



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10600.720031/2016-41
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.895 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 3 de abril de 2024
Recorrente ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INTERPOSIÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTOS FÁTICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA PARCIALMENTE NÃO CARACTERIZADA.

Não se conhece do recurso especial na parte em que o ágio surge em transações da controladora estrangeira com a empresa interposta, extinta por incorporação da investida, se os acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisão em contexto fático distinto, concernente à interposição de pessoa jurídica para aquisição do investimento, antes de sua incorporação pela investida.

ADIÇÃO DE AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL.

Não se conhece de recurso especial cujos acórdãos apresentados para demonstrar a divergência evidenciam decisões em contextos fáticos distintos, concernentes a amortização de ágio adicionada ao lucro real porque anterior à baixa do investimento, ou decorrente de ágio transferido, mas considerada dedutível na apuração do lucro real.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA NO BRASIL PARA AQUISIÇÃO EM OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (*incorporação reversa*).

O uso de *holding* (ou *empresa veículo*), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação por interposição de pessoa, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE *HOLDING*. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO *REAL ADQUIRENTE*.

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa *holding* constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do “*real adquirente*”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir *confusão patrimonial* entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de *simulação*, o que não se revela no caso.

ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE E CONTROLADO NA PARTE B DO LALUR. POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO DEPOIS DO EVENTO DE INCORPORAÇÃO.

O 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, prescrevendo 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação: (i) ao ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A por “Mittal BR” no âmbito da OPA; e (ii) à possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação, somente em relação às glosas cujo fundamento principal pode ser revertido na matéria anterior. No mérito, acordam em: (i) por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à matéria “ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A”, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por negar provimento; votou pelas conclusões do voto vencedor o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e (ii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à matéria “possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”, vencidos os Conselheiros Edeli Pereira Bessa (relatora), Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por negar provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Redator designado.

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

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por ARCELORMITTAL BRASIL S.A. ("Contribuinte") em face da decisão proferida no Acórdão nº 1402-003.905, na sessão de 15 de maior de 2019, expressa nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, : i) por unanimidade de votos: i.i) rejeitar a arguição de nulidade da decisão de 1ª instância; i.ii) rejeitar a arguição de decadência do direito de questionar a formação do ágio; i.iii) rejeitar a arguição de nulidade do questionamento sobre o ágio por ausência de base legal; i.iv) rejeitar a aplicação do art. 24 da LINDB, votando pelas conclusões os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Junia Roberta Gouveia Sampaio; e ii) por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário relativamente às glosas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL, divergindo os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Maurítânia Elvira de Sousa Mendonça e Junia Roberta Gouveia Sampaio, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

A decisão recorrida está assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não é inquinada de nulidade a decisão que adota, parcial ou integralmente, excertos de outras decisões ou o relatório da acusação fiscal, se, comprovadamente, foram apreciados pelos julgadores todos os fatos, argumentos e provas trazidos aos autos.

DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO.

É incabível a alegação de cerceamento ao direito de defesa, quando as infrações apuradas estiverem identificadas e os elementos dos autos demonstrarem a que se refere a autuação, dando-lhe suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhece-los e apresentar sua defesa sem empecilho de qualquer espécie.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011,2012

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. AMORTIZAÇÃO. DEDUÇÃO.

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

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 conseqüente 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.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurados nos anos-calendário 2011 e 2012, a partir da constatação de dedução indevida de amortização de ágio, em continuidade às glosas promovidas nos anos-calendário 2008 a 2010, objeto do processo administrativo nº 10600.720035/2013-86.

Uma parcela da glosa diz respeito a ágio originado em investimento na Companhia Siderúrgica de Tubarão – CST, promovido por Arcelor Aços Planos do Brasil S.A (AAPB) em 2004 e transferido para: i) Arcelor Aços do Brasil Ltda (AAB) e Arcelor Brasil S.A em dois momentos de 2005, e ii) Belgo Siderurgia S/A (antiga denominação social da Contribuinte) em 2007; seguindo-se a cisão parcial de CST em 01/09/2008, com versão da parcela cindida para a Contribuinte, que passou a amortizar o ágio transferido. A autoridade lançadora também apontou vícios na demonstração do fundamento e no cálculo do ágio pago, e observou que esta glosa não foi contestada no lançamento anterior.

Outra parcela da glosa tem origem no ágio pago no investimento detido por Mittal Steel Company NV em Arcelor Brasil S/A, considerando também as operações decorrentes da Oferta Pública de Aquisição de Ações - OPA imposta à primeira pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que aportou em Mittal Steel Brasil Participações S/A - MSBP as ações já detidas em Arcelor Brasil S/A, bem como capital em dinheiro para pagamento das ações adquiridas na OPA. A acusação fiscal conclui que *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.*

A autoridade lançadora refere a informação, pela Contribuinte, de que esta parcela da glosa é também composta pelos ágios formados nas seguintes operações, e acrescenta vícios mais gravosos presentes nos itens “c” e “d”:

196. 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.

197. 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.

198. 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. 199. 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.

200. Não obstante todo o ágio já ter sido fulminado por essa fiscalização, conforme descrito anteriormente até o item 195 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.

Por fim, a autoridade lançadora apresentou fundamentos específicos para glosar as exclusões do lucro real dos anos-calendário de 2011 e 2012, no valor de R\$ 14.872.515,96, a título de “Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil”, correspondente à *realização de ágio de parcelas amortizadas antes da incorporação*.

A Contribuinte acatou a acusação fiscal acerca do *Ágio CST* e impugnou as demais exigências. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência questionada (e-fls. 6779/6817). O Colegiado *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário (e-fls. 7080/7125).

Cientificada em 27/08/2019 (e-fls. 7130), a Contribuinte opôs embargos de declaração em 02/09/2019 (e-fls. 7131/7150), os quais foram rejeitados em exame de admissibilidade porque não caracterizados os seguintes vícios apontados (e-fls. 7157/7173):

- a) Omissão/contradição: Ausência de manifestação acerca dos pontos efetivamente suscitados pela Embargante no que se refere à nulidade da decisão da DRJ (Tópico 1 do RV);
- b) Omissão: Ausência de manifestação quanto aos argumentos relativos à correta compreensão das teorias sobre a validade dos atos jurídicos em face da finalidade de propósito negocial (Tópico 4.3 do RV);
- c) Omissão: Ausência de manifestação acerca da impossibilidade da aplicação da figura do abuso de direito (Tópico 4.4 do RV);
- d) Contradição: Indicação do artigo 187 do Código Civil como base legal da autuação e ausência de indicação de fundamento legal para sustentar o próprio entendimento adotado pela Decisão Embargada (Tópico 3 do RV);
- e) Omissão/obscuridade: Ausência de manifestação acerca das explicações relativas ao contexto negocial que levou à criação da Mittal BR e à estruturação das operações que se seguiram (Tópicos 4.6 a 4.9 do RV);
- f) Contradição: os elementos que embasaram as conclusões da Decisão Embargada não correspondem à realidade constante dos autos (Tópicos 4.7 e 4.8 do RV);
- g) Omissão: Ausência de manifestação quanto à possibilidade de amortização fiscal do ágio registrado mediante aumento de capital e mediante compra e venda (Tópico 4.9 do RV);
- h) Obscuridade: Decisão Embargada mantém a autuação da CSLL com aplicação de normas não suscitadas pela autuação (Item 213 do TVF).

Notificada da rejeição dos embargos em 04/11/2019 (e-fl. 7178), a Contribuinte interpôs recurso especial em 19/11/2019 (e-fls. 7179/7274) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 7698/7710, do qual se extrai:

(1) “preliminar de nulidade do acórdão recorrido: alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL”

[...]

6. Com relação a essa primeira matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por não se tratar de questões que possam ser objeto de Recurso Especial de divergência**, que está voltado, unicamente, à uniformização da interpretação da legislação tributária, e não à correção de pretensos erros ou ao

saneamento de supostos vícios (no caso, “*alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL*”) eventualmente constatáveis no julgado recorrido.

7. De se destacar que, com a edição do novo RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015 — **aplicável ao recurso interposto** —, esse fato ficou bem ressaltado, pela exigência, constante do § 1º do art. 67 (Anexo II), com a redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016 (em vigor a partir de 15/02/2016), de que: “*Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.*”

8. Ademais, **inexistindo qualquer pronunciamento do acórdão recorrido sobre a matéria suscitada** (“*preliminar de nulidade do acórdão recorrido: alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL*”), não há como se efetuar o confronto entre esse acórdão e os acórdãos paradigmas apontados, visando caracterizar eventual divergência jurisprudencial na interpretação da legislação tributária.

9. Há que se ressaltar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de ter ocorrido, no caso, “*alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL*”, constitui-se em **juízo de mérito próprio**, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência

(2) “preliminar de nulidade da decisão da DRJ por supressão de instância”

[...]

10. No que se refere a essa segunda matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas**.

11. Enquanto de conformidade com a **decisão recorrida, comprovadamente, foram apreciados pelos julgadores todos os fatos, argumentos e provas trazidos aos autos, nos acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs CSRF/01-05.134, de 2004, e CSRF/00-00.028, de 2008), **ao contrário**, teria ocorrido *ausência de análise de argumento devidamente ventilado em Recurso Voluntário (primeiro acórdão paradigma)* e teria havido *omissão das razões de convencimento (segundo acórdão paradigma)*.

12. São, pois, **situações fáticas distintas**, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

13. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a **similitude fática** entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo **matéria semelhante**, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

14. Em outras palavras, se é certo que a divergência deve dizer respeito a **questões de direito**, e nunca a **questões de fato**, é evidente que, se os fatos são diversos, a interpretação da norma jurídica não pode ser considerada divergente.

15. Há que se ressaltar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de se tratar, no caso, de *supressão de instância* por parte da *decisão da DRJ*, constitui-se em **juízo de mérito próprio**, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, no qual nada é afirmado nesse sentido:

Em suma, embora possa não ser usual, o fato de a decisão exarada adotar trechos, excertos ou mesmo amplamente o teor do TVF ou de outro acórdão que tenham os mesmos aspectos fáticos e jurídicos não inquina o Acórdão exarado de nulidade, desde que as razões de decidir se baseiem no rol de informações, argumentos e documentos presentes nos autos, posição que tem suporte inclusive em legislação subsidiária do processo administrativo-fiscal (artigo 50, § 1º, da Lei 9.784/1999).

(3) “preliminar de nulidade do lançamento por ausência de fundamento legal do lançamento – erro de direito”

[...]

16. No tocante a essa terceira matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas.**

17. Enquanto na **decisão recorrida a fiscalização classificou a operação como abuso de direito, conduta vedada pelo artigo 187 do Código Civil, nos acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 2402-004.102, de 2014, e 9303-005.460, de 2017), **ao contrário**, tratou-se de **lançamento desprovido de fundamentação legal (primeiro acórdão paradigma)** e de **falta de motivação ou motivação errônea do lançamento (segundo acórdão paradigma).**

18. São, pois, **situações fáticas distintas**, a demandarem, forçosamente, decisões diversas, insuscetíveis de uniformização por meio do Recurso Especial de divergência.

19. Evidentemente, o primeiro pressuposto para a configuração de dissídio interpretativo, é, inquestionavelmente, a **similitude fática** entre a matéria discutida nos acórdãos recorrido e paradigmas. Ou seja, é essencial que reste demonstrado que, decidindo **matéria semelhante**, órgãos julgadores distintos chegaram a conclusões diversas, em razão de divergências na interpretação da legislação tributária.

20. Em outras palavras, se é certo que a divergência deve dizer respeito a **questão de direito**, e nunca a **questão de fato**, é evidente que, se os fatos são diversos, a interpretação da norma jurídica não pode ser considerada divergente.

21. Há que se ressaltar, ainda, que a afirmação da Recorrente, de se tratar, no caso, de *ausência de fundamento legal do lançamento*, constitui-se em **juízo de mérito próprio**, do qual pretende ela partir para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, juízo, esse, porém, que não se confirma com a leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, no qual nada é afirmado nesse sentido (destaque da transcrição):

A fiscalização classificou a operação como abuso de direito, conduta vedada pelo artigo 187 do Código Civil, considerando que contrariaram a legislação tributária regente da matéria, como se pode depreender do trecho a seguir transcrito (destaques do original – TVF – fls. 55/58):

(4) “impossibilidade de se aplicar o instituto do abuso de direito”

[...].

22. Relativamente a essa quarta matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, uma vez que a decisão recorrida não se fundamentou, em nenhum momento, no *instituto do abuso de direito* para manter o lançamento fiscal, mas apenas na *indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL*, conforme se observa a seguir (destaque da transcrição):

[...]

(5) “impossibilidade de desconsideração de negócios jurídicos validamente celebrados e a liberdade do contribuinte para organizar suas operações”

[...].

24. Com referência a essa quinta matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, uma vez que a decisão recorrida não se fundamentou, em nenhum momento, na *desconsideração de negócios jurídicos validamente celebrados* para manter o lançamento fiscal, mas apenas na *indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL*, conforme se observa a seguir (destaque da transcrição):

Em face do ora exposto, **restam claras as razões que atestam a indedutibilidade 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.

(6) “impossibilidade de se aplicar a teoria do propósito negocial e demonstração da existência de efetiva motivação extratributária nas operações implementadas pelo grupo Arcelormittal”

[...].

25. No concernente a essa sexta matéria, também **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, uma vez que a decisão recorrida não se fundamentou, em nenhum momento, na *teoria do propósito negocial* para manter o lançamento fiscal, mas apenas na *indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL*, conforme se observa a seguir (destaque da transcrição):

[...]

(7) “legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”

Decisão recorrida:

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.

Acórdão paradigma nº 1301-002.434, de 2017:

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si sós, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Acórdão paradigma nº 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus

negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

27. Quanto a essa sétima matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

28. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a amortização do ágio [...] 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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 1301-002.434, de 2017, e 1302-002.045, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *o uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial (primeiro acórdão paradigma) e que a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude (segundo acórdão paradigma)*.

(8) “possibilidade de amortização fiscal do ágio decorrente de aumento de capital e de contrato de compra e venda (ágio interno)”

[...].

29. Com relação a essa oitava matéria, **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, uma vez que a decisão recorrida não se fundamentou, em nenhum momento, na *existência de ágio interno* para manter o lançamento fiscal, mas apenas na *indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL*, conforme se observa a seguir (destaque da transcrição):

Em face do ora exposto, **restam claras as razões que atestam a indedutibilidade 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.

30. Nesse mesmo sentido, assim constou do Despacho de Exame de Embargos Declaratórios (e-fls. 7.171):

Nesse sentido, a Turma não precisou se manifestar sobre as alegações contidas no recurso voluntário que procuravam sustentar a possibilidade de amortização do ágio registrado mediante aumento de capital e mediante compra e venda, pois, como dito anteriormente, já possuía razão suficiente para amparar a sua decisão.

Revela-se, portanto, manifestamente improcedente a alegação de omissão.

(9) “possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”

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/99, 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.

[...].

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.

[...].

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.

Acórdão paradigma n.º 1401-001.901, de 2017:

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO JÁ AMORTIZADO CONTABILMENTE NA SUCEDIDA

A amortização do ágio contábil corresponde à recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou pelo recebimento de dividendos) e, portanto, não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro. Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo. Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e, aí sim, terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real. 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.

Acórdão paradigma n.º 1302-002.346, de 2017:

ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO - DEDUTIBILIDADE INTEGRAL APÓS ADVENTO DE INCORPORAÇÃO.

As regras contidas nos art. 386 e 391 não devem ser aplicadas concomitantemente; ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de IN da CVM, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade à luz do art. 386, III, do RIR.

31. No que se refere a essa nona matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

32. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *ágio amortizado anteriormente à incorporação não pode ser aproveitado pela contribuinte, visto que não há autorização legal para que realize a dedução fiscal pretendida*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 1401-001.901, de 2017, e 1302-002.346, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal (primeiro acórdão paradigma)* e que, *ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de IN da CVM, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade à luz do art. 386, III, do RIR (segundo acórdão paradigma)*.

(10) “inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio”

Decisão recorrida:

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ.

Acórdão paradigma nº 9101-002.310, de 2016:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ART. 57, LEI N 8.981/1995.

Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

Acórdão paradigma nº 1301-002.047, de 2016:

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. DEDUTIBILIDADE.

Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.

33. Por fim, no tocante a essa décima matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

34. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a exigência decorrente deve seguir a orientação decisória adotada para o tributo principal, tendo em vista ser fundada nos mesmos fatos, mormente em face de norma prevendo, para a CSLL, iguais hipóteses e condições de dedutibilidade de amortização de ágio, existentes em relação ao IRPJ*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos nºs 9101-002.310, de 2016, e 1301-002.047, de 2016) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial, sendo inaplicável, ao caso, do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ (primeiro acórdão paradigma)* e que, *não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, teriam reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL (segundo acórdão paradigma)*.

35. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização, em parte, das divergências de interpretação suscitadas**.

36. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja **ADMITIDO, EM PARTE**, o Recurso Especial interposto. (*destaques do original*)

O agravo apresentado contra a admissibilidade parcial foi acolhido com retorno dos autos à Câmara para exteriorização do juízo de admissibilidade do recurso especial acerca da matéria “(1) preliminar de nulidade do acórdão recorrido: alteração de critério jurídico do

lançamento da CSLL”, contudo, no exame complementar foi negado seguimento a esta matéria conforme e-fls. 7747/7755, das quais se destaca:

A matéria encontra-se assim identificada no Recurso Especial:

IV.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO:
ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO DO LANÇAMENTO DA CSLL:
DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 146 DO CTN

A Recorrente alega que, tratando-se a arguição de nulidade de decisão matéria de ordem pública, a sua apreciação pela CSRF é compulsória e independe da demonstração de prequestionamento e de dissídio jurisprudencial. Acrescenta que, por zelo processual, demonstra que o tema também é objeto divergência de interpretação entre órgãos julgadores administrativos.

[...]

O primeiro paradigma indicado pela Recorrente para a matéria ora tratada pode ser compulsado no sítio do CARF, não sofreu reforma até a data da interposição do recurso especial e cópia do aresto foi anexada ao recurso. A ementa do Acórdão nº 1301-001.436 já foi transcrita pela Recorrente, na parte que importa a análise:

[...]

Este paradigma, portanto, não é apto a caracterizar a divergência porque tratou de situação fática não semelhante àquela analisada neste caso.

O paradigma seguinte também pode ser compulsado no sítio do CARF, não se encontra reformado e sua cópia foi anexada junto do apelo especial. O Acórdão nº 1401-002.822 adotou a seguinte ementa:

[...]

Mais uma vez se constata que os fatos tratados pelo paradigma não são semelhantes aos do presente caso.

Com efeito, no paradigma o Colegiado concluiu que a DRJ conferiu novo fundamento para negar a dedutibilidade do ágio que não fora mencionado pela auditoria fiscal.

No presente caso, como visto, a menção ao art. 13 da Lei nº 9.249/95 foi a título de *obiter dictum* que, acaso retirada do voto, não teria modificado a sua essência, tampouco na conclusão do julgado.

Por tratar de situação fática não semelhante, este paradigma não caracteriza a divergência jurisprudencial arguida.

Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho seja **NEGADO SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo, no tocante à matéria “**(1) preliminar de nulidade do acórdão recorrido: alteração de critério jurídico do lançamento da CSLL**”. (*destaques do original*)

No exame final dos agravos, concluiu-se por sua rejeição, prevalecendo o seguimento parcial do recurso especial. A Contribuinte foi cientificada deste despacho em 05/01/2023.

A Contribuinte assim principia a síntese da controvérsia nestes autos:

6. A presente autuação consubstancia a exigência de ajustes às bases de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), nos anos-calendário 2011 e 2012, com a consequente redução dos saldos de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL registrados pela Recorrente no período.

7. Conforme se verifica do Termo de Verificação Fiscal (“TVF”), a controvérsia dos autos se refere à validade das deduções realizadas pela Recorrente nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL relativas a despesas de amortização do ágio pago pela Mittal Steel

Brasil Participações S.A. (“Mittal BR”) na aquisição de ações de emissão da própria Recorrente, em operações realizadas ao longo do ano de 2007, no contexto da fusão dos grupos Arcelor e Mittal Steel e em função da Oferta Pública de Aquisição de Ações da Arcelor BR (“OPA”) ¹.

8. As acusações imputadas pelo Agente Fiscal para a invalidação do ágio registrado e das deduções efetuadas pela Recorrente podem ser assim sumarizadas:

(i) a criação de empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática para funcionar como mero caixa de empresa do exterior contraria a finalidade econômica da atividade social e, portanto, caracteriza abuso de direito;

(ii) a constituição da Mittal BR consistiu em operação sem fins econômicos, desprovida de propósito negocial e implementada tão-somente para tentar reduzir a carga tributária do grupo no Brasil. A Mittal BR, em verdade, seria uma empresa veículo utilizada para trazer ao Brasil os recursos externos oriundos da Mittal Steel Company NV (“Mittal NV”) utilizados na compra das ações da Arcelor BR, sendo a sociedade estrangeira a real adquirente do investimento;

(iii) a partir de exercício de cotejamento dos requisitos legais, a autoridade lançadora sugere a existência de “mera transferência” do ágio da Mittal NV para a Mittal BR e que a posterior incorporação da Mittal BR pela Arcelor BR não implicaria em confusão patrimonial entre a real investidora e a investida;

(iv) suposta inoponibilidade de determinadas operações ao fisco, em razão de elementos como “operações estruturadas em sequência”, “o antes e o depois”, “o elemento temporal”, “uso de sociedades aparentes” e, principalmente, a necessidade de se considerar o “filme” da operação como “um todo”, em detrimento dos “quadros” isolados;

(v) no que se refere às parcelas de ágio oriundas (a) da aquisição de participações na Arcelor BR por meio da venda das ações efetuada pela Mittal NV e (b) de aumento de capital realizado pela Mittal NV na Mittal BR, ao tempo das operações, as ações da Arcelor BR já estavam escrituradas em empresa do grupo (Mittal NV). Nessa linha, tenta a Autoridade Fiscal rotular o ágio gerado nas operações de ágio interno, sob justificativa de que as três sociedades pertenciam ao mesmo grupo econômico.

(vi) imposição reflexa da autuação à CSLL com fundamento na Lei nº 7.689/88, combinado com o art. 57 da Lei nº 8.981/95 e art. 28 da Lei nº 9.430/96.

9. Em vista de tais considerações, a Autoridade Fiscal concluiu que seriam “indevidas” as deduções fiscais computadas pela Recorrente, em função da amortização do ágio pago pela Mittal BR na aquisição de ações da própria Recorrente, no contexto da OPA, mesmo após a incorporação da Mittal BR pela Recorrente.

10. Além disso, a autoridade fiscal questiona a dedução do ágio que fora amortizado contabilmente no período anterior à incorporação da Mittal BR. Na visão da fiscalização, 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”, vigente à época dos fatos).

¹ As alegações relacionadas ao ágio registrado na aquisição de ações da CST pela Aços Planos Brasil Ltda. (Ágio CST) não foram questionadas pela Recorrente na Impugnação. Desta forma, a Recorrente recompôs as bases de cálculos do IRPJ e da CSLL dos períodos relacionados, por meio da adição dos valores indicados no Auto de Infração e movimentação de prejuízos e bases negativas existentes, tendo efetuado o pagamento dos tributos assim calculados no prazo legal, considerando, inclusive, o desconto da multa previsto na legislação vigente (doc. 4 da Impugnação). Tal recomposição foi reconhecida pela DRJ: “a Impugnante esclarece que, no tocante às alegações relacionada ao Ágio CST, deixa de rebater as acusações fiscais. Dessa forma, procedeu à recomposição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos períodos relacionados” (p. 12 daquela decisão).

Relata o percurso ao longo do contencioso administrativo, ponderando entre as ocorrências que:

14. Em que pese o elevado número de páginas do acórdão recorrido, decorrente, em grande parte, da transcrição do TVF, a leitura atenta do voto condutor revela que o E. CARF proferiu decisão superficial, que deixou de analisar elementos do caso concreto trazidos pela Recorrente.

15. Ao assumir que a Mittal BR constituiria empresa-veículo com base na única alegação de que os recursos para a aquisição das participações societárias seriam oriundos do exterior, o acórdão recorrido indevidamente não apenas ignorou que as autoridades fiscais não podem desconsiderar operações legitimamente implementadas, mas também deixou de considerar que, no caso concreto, existia evidente propósito negocial no emprego da sociedade holding do Grupo ArcelorMittal (Mittal BR).

[...]

17. Referidos embargos de declaração foram rejeitados por meio de Despacho proferido pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, com base em suposta ausência dos pressupostos de admissibilidade.

18. Ocorre que, como se demonstrará no decorrer desse recurso, os vícios apontados acima macularam o raciocínio adotado pelo Colegiado a quo quando do julgamento do caso, fato esse que prejudicou sobremaneira o direito de defesa da Recorrente.

19. A verdade é que o acórdão recorrido está eivado de nulidades e, também, embasado em uma interpretação equivocada dos fatos e das normas legais vigentes no Brasil, indo de encontro à melhor jurisprudência deste E. CARF e C. CSRF. Nesse giro, entende a Recorrente que a presente discussão comporta divergências jurisprudenciais aptas a ensejar a interposição do presente Recurso Especial.

Na sequência, assim apresenta *em detalhes as operações realizadas e que são objeto do Auto de Infração*:

II.2 – DESCRIÇÃO DAS OPERAÇÕES QUE GERARAM O DIREITO À AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

21. Com o objetivo de facilitar a compreensão dos fatos, antes de passar à descrição detalhada da operação, a Recorrente apresenta abaixo quadro sumarizado com os principais eventos que resultaram na amortização fiscal do ágio. O quadro é dividido em duas fases: (i) atos praticados em momento anterior à fusão do Grupo Arcelor com o Grupo Mittal; e (ii) atos praticados no contexto da fusão entre os referidos grupos empresariais.

Formação e expansão do Grupo Arcelor no Brasil (1921 – 2005)

- 1921 – Formação da Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (“CSBM”), originalmente fundada por um grupo de engenheiros brasileiros, com posterior participação e controle pelo grupo belgo-luxemburguês Arbed.
- 05.10.1994 – CSBM adquire 49% do capital social da Dedini.
- 26.06.1995 – Constituição da *holding* Belgo Mineira Participação, Indústria e Comércio S.A. (“Belgo”).
- 28.06.1995 – Contrato de arrendamento da planta da Usina Mendes Junior entre a MJS e a CSBM, com opção de compra das ações da MJS.
- 29.12.1997 - A Belgo Mineira Piracicaba Ltda. (“BM Piracicaba”) adquire 51% do capital social da Dedini (com pagamento de ágio).
- 30.07.1998 – Incorporação da BM Piracicaba pela Dedini.
- 23.08.1999 - Alteração da razão social da Dedini para Belgo Mineira Piracicaba S.A. (“Belgo Piracicaba”).
- 30.05.2000 - Incorporação da Belgo Piracicaba pela CSBM.

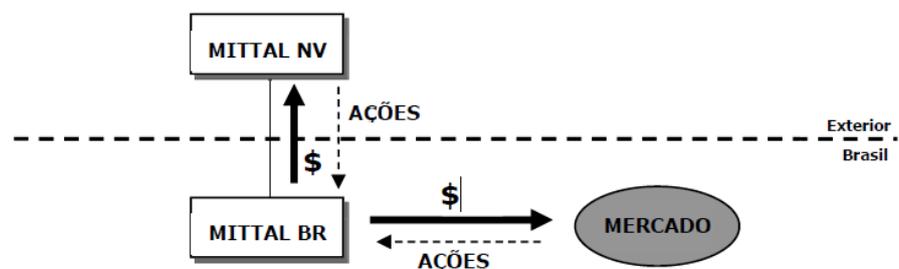
- 2001 – **Com a implementação da fusão entre os grupos Usinor (França), Acelialia (França) e Arbed (Luxemburgo), é criado o Grupo Arcelor, com sede em Luxemburgo, que resultou na posterior combinação de diversos segmentos de negócios detidos pelos referidos grupos no Brasil.**
- 14.03.2003 – No início de 2003, ocorre a aquisição das ações da MJS pela Belgo e, em 14.03.2003, a alteração da razão social da MJS para BMP Siderurgia S.A. (“BMP”).
- 01.01.2004 - Cisão parcial da Belgo, com incorporação do acervo cindido na BMP, antiga MJS, que passou a ser controlada diretamente pela CSBM.
- 01.12.2004 – Alteração da razão social da BMP para Belgo Siderurgia S.A. (“Belgo Siderurgia”).
- 31.03.2005 – Cisão total da *holding* Arcelor Aços Planos Brasil Ltda. (“AAPB”), que concentrava diversos ativos do então grupo Arcelor no Brasil (incluindo participações acionárias na CST e na Vega do Sul), com versão de ativos para a Arcelor Aços do Brasil Ltda. (“AAB”)², a qual passou a concentrar investimentos no segmento de ações longos e carbono.
- 31.03.2005 – A CSBM transfere seus ativos operacionais e investimentos (exceto Guilman Amorim, Belgo Mineira Participações e Belgo Mineira Engenharia) à sua controlada Belgo Siderurgia, passando a atuar como empresa *holding*.
- 28.09.2005 – AAB é incorporada pela CSBM, com a combinação de investimentos do grupo Arcelor na Belgo Siderurgia, CST e Vega do Sul em uma única empresa.
- 21.12.2005 – Alteração da razão social da CSBM para Arcelor Brasil S.A. (“Arcelor BR”).

Criação do Grupo ArcelorMittal e reestruturações no Brasil (2006 – 2013)

- Início de 2006 – Realização de OPA *hostil* na Europa pelo Grupo Mittal, por meio da Mittal NV, para a aquisição das ações de emissão da Arcelor S.A., companhia *holding* localizada em Luxemburgo que consolidava as empresas do Grupo Arcelor no mundo.
- 30.01.2006 - Rejeição da oferta, considerada *hostil* pela Administração do Grupo Arcelor, uma vez que foi efetuada sem a sua prévia consulta e aprovação. Em 12.06.2006 foi realizada nova oferta, igualmente rejeitada.
- 26.06.2006 – **Após novas negociações, o Grupo Arcelor finalmente associa-se ao grupo Mittal Steel no exterior, por meio da celebração de memorando de entendimentos (“MOU”) prevendo a fusão dos grupos, o que daria origem ao grupo ArcelorMittal** (doc. 6 da Impugnação).
- 05.07.2006 - Divulgação de Fato Relevante esclarecendo, inicialmente, que a fusão não traria consequências para as empresas brasileiras do grupo Arcelor e informando que a 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. 7 da Impugnação).
- 25.09.2006 – 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. 8 e 9 da Impugnação).
- 26.10.2006 – 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. 10 da Impugnação).
- 30.11.2006 – Constituição da Mittal BR, subsidiária da Mittal NV, cujo propósito era atuar como empresa *holding* do grupo Mittal no Brasil.
- 17.04.2007 – **Aprovação da realização da OPA da Arcelor BR no Brasil pela CVM, com a publicação do edital em 28.04.2007** (doc. 11 da Impugnação).

² A AAB era anteriormente denominada Feebas Participações Ltda., mas teve sua razão social alterada por ocasião da referida operação.

- 02.05.2007 – Em paralelo, ocorre a definição da estrutura de fusão dos Grupos Arcelor e Mittal Steel no exterior, que seria realizada em duas etapas.
- 04.06.2007 – 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 e adquire ações da empresa, com pagamento de ágio. O ágio em questão foi fundamentado em laudo de avaliação preparado pela Apsis Consultoria³ (doc. 12 da Impugnação), que justificou o ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, tendo as transações sido liquidadas pela Mittal BR por meio de recursos captados junto à Mittal NV e empresas do grupo Mittal (aumento de capital e empréstimos). Cabe notar, ainda, que o grupo Mittal também adquiriu ações da Arcelor BR de forma direta, por meio da Mittal NV.
- 31.07.2007 – 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. 13 da Impugnação), 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, também ensejando o registro de ágio. A ilustração a seguir ilustra graficamente a transação realizada:



- 20.08.2007 – **Uma vez que a Mittal BR passou a deter 100% das ações da Arcelor BR, foi iniciado o processo de consolidação do grupo e simplificação da estrutura, com a incorporação da Mittal BR pela Arcelor BR (doc. 14 da Impugnação).**
- 31.08.2007 – Em continuidade à referida consolidação de ativos, foi realizada a incorporação da Arcelor BR pela Belgo Siderurgia (doc. 15 da Impugnação), a qual passou a denominar-se ArcelorMittal Brasil S.A., ora Recorrente.
- 03.09.2007 – No exterior, os acionistas dos grupos Arcelor e Mittal aprovam a estrutura de combinação das empresas e, em 13.11.2007, foi definida a relação de troca para a fusão.

22. Conforme ilustrado acima, em 2006, quando o Grupo Arcelor já passava por um processo de reestruturação no Brasil, o Grupo Mittal, controlado pelo cidadão indiano Sr. Lakshmi Mittal, por meio da Mittal NV, empresa localizada na Holanda, efetuou uma oferta pública para a aquisição das ações da Arcelor S.A, empresa com sede em Luxemburgo. Esse movimento, inicialmente, não foi efetuado com a concordância da administração da Arcelor S.A., e, por esse motivo, foi denominado de OPA hostil para a aquisição de controle.

³ Observe-se que foram elaborados dois laudos no contexto da operação: (i) laudo técnico elaborado pela Goldman Sachs, que avaliou o valor das ações da Arcelor BR negociadas na OPA, datado de 26/10/2006, com a finalidade de atender o artigo 10 do Estatuto da Arcelor BR, bem como os artigos 4, §º e 254-A, da Lei das S.A. e, ainda, os artigos 8 e 16 da Instrução CVM 361/02; e (ii) laudo de avaliação econômico-financeira elaborado pela APSIS Consultoria, realizado em 31/05/2007, próximo à realização da OPA, encomendado pela Mittal BR, o qual, utilizando-se da mesma metodologia que o laudo anterior (fluxo de caixa descontado), ratificou a avaliação preliminar, tendo, ainda, confirmado que o ágio calculado estava fundamentado na rentabilidade futura, nos termos dos artigos 385, §2º, II, e 386, III, do RIR.

23. Após diversas negociações e aumento do valor da oferta, a Mittal NV firmou com o Grupo Arcelor, MOU prevendo a intenção de realizar uma fusão entre os dois grupos, a fim de constituir o Grupo ArcelorMittal.

24. Cumpre destacar que não existiram procedimentos preparatórios que geralmente cercam processos de fusão e aquisição anteriormente ao MOU, tais como negociações de preço, investigações dos livros contábeis, investigações jurídicas, negociações de garantias e contratos etc. Em outras palavras, nesse momento as partes não tinham a exata noção das consequências da transação.

25. Outro ponto de destaque é que o MOU foi firmado prevendo uma fusão “entre iguais” a ser executada mediante a incorporação da Mittal NV pela Arcelor S.A., logo que fosse encerrada a oferta para a aquisição das ações da Arcelor S.A. pela Mittal NV (constituição do Grupo ArcelorMittal), sem qualquer disposição sobre a estrutura da fusão. Nesse sentido, acreditava-se que a transação não resultaria em alienação do controle da Arcelor Brasil, já que, diante da estrutura proposta, todos os acionistas da Arcelor S.A. passariam a deter participação acionária na Mittal NV, de modo que nenhum acionista passaria a deter mais de 50% de participação acionária na Arcelor S.A.

26. Em função do cenário acima, acreditava-se que a oferta não traria consequências no Brasil, conforme divulgado, inclusive, no Fato Relevante de 05.07.2006. Não obstante, após um longo processo de discussão da questão entre a Mittal NV e a CVM, em 25.09.2006, a CVM decidiu que deveria ser lançada uma OPA em relação às ações da Arcelor BR, tendo em vista que a formação do Grupo ArcelorMittal teria, na visão da CVM, implicado alienação do respectivo controle indireto da Arcelor Brasil (“Decisão CVM”).

27. A Decisão CVM foi fortemente combatida pelo Grupo Mittal, na tentativa de demonstrar que mesmo após a operação, mais de 50% do capital social da Arcelor S.A. continuaria sendo detido por seus acionistas, de modo que a operação apenas resultaria na interposição da Mittal NV entre os antigos acionistas e a Arcelor S.A., o que de fato ocorreu.

28. Não obstante, **a Mittal NV foi obrigada pela CVM a lançar a OPA para aquisição das ações da Arcelor BR.** Nesse contexto, a Administração da Mittal NV houve por bem lançar a OPA por alienação de controle cumulada com a OPA para cancelamento do registro de companhia aberta da Arcelor BR.

29. A Mittal BR foi a efetiva adquirente da grande maioria das ações da Arcelor BR, tendo incorrido nos custos e despesas necessários para concretizar a compra das ações, tal como demonstram os documentos de corretagem emitidos pelos bancos intervenientes (doc. 16 da Impugnação).

30. Com isso, em 26.10.2006, foi apresentado o pedido de registro da OPA perante a CVM. Em 17.04.2007, a CVM aprovou tal pedido e, em 28.04.2007, foi publicado o respectivo Edital (“Edital”), que previa que a OPA permaneceria aberta por 38 dias corridos a contar da data da respectiva publicação, encerrando-se em 04.06.2007, data em que ocorreria o leilão (item 1.2).

31. Por outro lado, o item 5.4 do Edital, em linha com o artigo 10, § 2º, da Instrução Normativa CVM 361/2002⁴ (“IN CVM 361”), previa que, na hipótese de cancelamento

⁴ “§ 2º Ressalvada a hipótese de OPA por alienação de controle, do instrumento de qualquer OPA formulada pelo acionista controlador, pessoa a ele vinculada ou a própria companhia, que vise à aquisição de mais de 1/3 (um terço) das ações de uma mesma espécie ou classe em circulação, constará declaração do ofertante de que, caso venha a adquirir mais de 2/3 (dois terços) das ações de uma mesma espécie e classe em circulação, ficará obrigado a adquirir as ações em circulação remanescentes, pelo prazo de 3 (três) meses, contados da data da realização do leilão, pelo preço final do leilão de OPA, atualizado até a data do efetivo pagamento, nos termos do instrumento de OPA e da legislação em vigor, com pagamento em no máximo 15 (quinze) dias contados do último a ocorrer dos seguintes eventos:

I - exercício da faculdade pelo acionista; ou

do registro de companhia aberta da Arcelor BR em razão da OPA, **os acionistas que desejassem vender suas ações poderiam fazê-lo no período de 3 meses após a data do leilão, isto é, entre 05.06.2007 e 04.09.2007.**

32. O Edital previa, ainda, que os acionistas poderiam optar pelo recebimento do preço de alienação das ações da Arcelor BR integralmente em dinheiro ou, ainda, pelo pagamento misto, isto é, parte em dinheiro e parte em ações de emissão da Mittal NV. Tal opção decorreu da determinação contida na Decisão CVM de que a OPA fosse lançada exatamente nos mesmos moldes da oferta realizada no exterior pela Mittal NV aos acionistas da Arcelor S.A.

33. Não obstante, a opção de oferta mista teve que ser mantida apenas até a data de realização do leilão, tendo em vista a indefinição acerca do cronograma da incorporação da Mittal NV pela Arcelor no exterior.

34. Paralelamente aos eventos em curso no Brasil, os estudos e discussões preparatórios para a incorporação da Mittal NV pela Arcelor S.A. continuavam em andamento, sem que houvesse, contudo, definição concreta acerca da estrutura e cronograma desses eventos.

35. Apenas em **02.05.2007 – quase um mês após o registro da OPA na CVM –**, a Diretoria da Mittal NV chegou a um consenso sobre a estrutura da incorporação da sociedade pela Arcelor (doc. 17 da Impugnação), quando **definiu-se que a incorporação seria efetuada em duas etapas, sem qualquer previsão concreta acerca da data em que os atos em questão seriam executados:**

(i) a Mittal NV seria incorporada por uma sociedade domiciliada em Luxemburgo, denominada ArcelorMittal. A execução dessa etapa dependeria da aprovação dos acionistas da Mittal NV e da submissão dos documentos da incorporação aos órgãos competentes, por se tratar de companhia aberta;

(ii) a incorporação da então ArcelorMittal pela Arcelor S.A., o que dependeria não só da concretização da primeira incorporação, mas, ainda, do estabelecimento da relação de troca entre as ações da ArcelorMittal e da Arcelor S.A.

36. Assim, à época do protocolo dos documentos da OPA perante a CVM, o cronograma e a própria estrutura do processo de incorporação no exterior restavam absolutamente indefinidos, havendo apenas a certeza manifestada no MOU de que a Mittal NV seria extinta tão logo possível.

37. Nesse contexto, decidiu-se limitar a possibilidade de opção pela remuneração mista até a data do leilão (04.06.2007), conforme item 5.4 do Edital da OPA, de modo que os acionistas que optassem por alienar suas ações no período de 3 meses após o leilão apenas teriam a opção de receber o preço em dinheiro.

38. Não se pode perder de vista que a OPA no Brasil corria em paralelo à reorganização das empresas na Europa, sendo que, de acordo com o MOU, a Mittal NV deveria ser incorporada pela Arcelor S.A., imediatamente após o término da oferta pública na Europa.

39. Assim, havia o risco de que a incorporação pretendida prejudicasse a OPA no Brasil ou vice-versa, na medida em que a CVM havia obrigado o Grupo Mittal a ofertar ações da Mittal NV aos acionistas da Arcelor BR e referida empresa iria ser extinta por meio da sua incorporação pela Arcelor S.A.

40. Ou seja, o fato de a CVM ter obrigado a realização da oferta mista (i.e., parte paga com ações da Mittal NV e parte paga em dinheiro) **obrigava a manutenção da Mittal NV** (para que fosse possível entregar ações dessa empresa aos acionistas da Arcelor BR) e, portanto, colocava em risco o cronograma da sua incorporação pela Arcelor S.A.

41. Da mesma forma, caso a Mittal NV fosse incorporada pela Arcelor S.A., o Grupo Mittal corria o risco de se ver envolvido em uma nova discussão com a CVM, já que

II - pagamento aos demais acionistas que aceitaram a OPA, no caso de OPA com pagamento a prazo.”

não mais seria possível entregar ações da Mittal NV aos acionistas da Arcelor BR que decidissem alienar suas ações.

42. Diante desse complexo contexto, optou-se por lançar a OPA das ações da Arcelor BR por uma subsidiária no Brasil do Grupo Mittal, **já que se entendia que havia alta possibilidade de que a extinção da Mittal NV ocorresse anteriormente à finalização da OPA no Brasil.**

43. Se isso acontecesse, além de discussões ou explicações que teriam que ser eventualmente dadas à CVM, o procedimento burocrático da OPA se tornaria ainda mais custoso e complexo, visto que haveria a necessidade de alterar o ofertante perante todos os órgãos envolvidos (*e.g.* CVM, bolsa de valores, Banco Central do Brasil), além de realizar outros procedimentos burocráticos, tal como a abertura de conta corrente etc.

44. Para comprovar que esse receio era fundamentado, basta observar que a Mittal NV foi efetivamente extinta em **3.9.2007** e que os acionistas da Arcelor BR poderiam ter alienado suas ações para a Mittal BR, no contexto da OPA brasileira, até o dia **4.9.2007**.

45. A fim de melhor expor os diversos eventos acima descritos, demonstrando a imperiosa necessidade de impedir que a OPA no Brasil prejudicasse a incorporação da Mittal N.V. pela Arcelor S.A e vice-versa, a Recorrente traça, a seguir, um cronograma dos eventos ocorridos em paralelo no Brasil e no exterior:

EXTERIOR	DATA	BRASIL
Apresentação da 1ª Oferta Hostil pelo Grupo Mittal	27.01.06	
Rejeição da 1ª Oferta pelo Grupo Arcelor	29.01.06	
Apresentação da 2ª Oferta Hostil pelo Grupo Mittal	19.05.06	
Assinatura do MOU, já prevendo a extinção da Mittal NV	25.06.06	
Prazo final para adesão à oferta no exterior	13.07.06	
	25.09.06	Decisão CVM impondo o lançamento da OPA à Mittal NV
	26.10.06	Pedido de registro da OPA perante a CVM
	17.04.07	Deferimento do registro da OPA pela CVM
	28.04.07	Publicação do Edital da OPA
Definição da estrutura da incorporação (2 fases)	03.05.07	
Publicação atos da 1ª incorporação	29.05.07	
	04.06.07	Leilão – encerramento da fase inicial da OPA
	05.06.07	Início do período adicional para venda das ações da Arcelor Brasil
Votação da 1ª incorporação pelos acionistas da Mittal N.V.	28.08.07	
Extinção da Mittal N.V.	03.09.07	
	04.09.07	Encerramento do período adicional para venda das ações da Arcelor Brasil

46. Em suma, tendo em vista que 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 em solo europeu.

47. Verifica-se, portanto, que a constituição da Mittal BR se deu por razões negociais e regulatórias, o que impossibilita a sua qualificação como empresa veículo. Todo esse relevante e detalhado contexto foi, no entanto, inteiramente ignorado pelas instâncias a quo.

48. Por meio dessa estratégia, o Grupo Mittal procurou atender a CVM, reduzir o impacto da OPA na reorganização em andamento na Europa, bem como assegurar o sucesso da OPA para a aquisição das ações da Arcelor BR e o cancelamento de seu registro de companhia aberta.

49. Importa destacar que o processo de fechamento de capital poderia ter se estendido por um prazo ainda maior, caso não se tivesse significativa adesão à OPA, hipótese em que a Mittal BR poderia ter exercido suas atividades por mais tempo, a fim de executar eventuais procedimentos adicionais necessários ao fechamento do capital da Arcelor

BR, já que a essa altura a Mittal NV já teria sido incorporada pela Arcelor S.A. no exterior (doc. 18 da Impugnação).

50. Definida a necessidade de constituição da Mittal BR, **a Mittal NV realizou o aporte de parte dos recursos que seriam necessários para a liquidação financeira da OPA ao capital da Mittal BR. O restante dos recursos foi obtido pela própria Mittal BR através de contrato de empréstimo firmado com a Arcelor Investment S.A.**

51. Realizada a OPA, o Grupo ArcelorMittal optou por extinguir a Mittal BR, visto que esta havia cumprido seu propósito de viabilizar o lançamento da Oferta em questão, bem como concentrar os investimentos na Arcelor BR.

52. Após essa etapa e dando continuidade ao processo de reestruturação dos ativos do Grupo Arcelor no Brasil, agora denominado Grupo ArcelorMittal, tendo em vista o sucesso da Oferta no exterior e a incorporação da Mittal NV pela Arcelor S.A., visando à simplificação de sua estrutura societária, foi aprovada a incorporação da Arcelor BR – antiga holding do Grupo Arcelor – pela Recorrente, então Belgo Siderurgia, que teve sua razão social alterada para ArcelorMittal Brasil S.A.

53. A fim de demonstrar todo o exposto acima, a Recorrente anexa aos autos o Parecer do renomado escritório de advocacia internacional *Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP* (doc. 19 da Impugnação), que coordenou e assessorou o processo de fusão dos grupos Arcelor e Mittal. O escritório em questão tem tradição de mais de 65 anos e, em reconhecimento a sua forte atuação global, foi premiado, no ano de 2013, como Escritório de Advocacia Internacional pela publicação *Chambers & Partners*.

54. O Parecer foi elaborado pela advogada Anne-Sophie Coustel, especialista operações de fusões e aquisições e direito tributário internacional, que participou pessoalmente do processo de fusão da Mittal Steel com a Arcelor, além do advogado Gamal Abouali, especialista em mercado de capital, fusões e aquisições e financiamentos.

55. O Parecer foi emitido a pedido da Recorrente, com o intuito de esclarecer como ocorreu a fusão do grupo ArcelorMittal e, ainda, demonstrar a incontestável motivação econômica para a realização da OPA por meio da Mittal BR. Para tanto, o documento demonstra a complexidade operacional que envolveu a fusão dos grupos Arcelor e Mittal, em paralelo à exigência da OPA brasileira.

56. Nota-se 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, tal como destacado ao final do Parecer:

5. Conforme mencionado no parágrafo B.1 acima, a premissa de que a Mittal Steel deixaria de existir foi definida e acordada a partir de 26 de junho de 2006, mas os mecanismos precisos e prazo do processo de Incorporação só foram decididos em uma fase posterior. Em outras palavras, o momento exato da Incorporação era desconhecido quando houve a elaboração dos documentos da OPA Brasileira e do registro na CVM, em 17 de abril de 2007. Como observado acima, as indicações precisas sobre o prazo da Incorporação não foram divulgadas até o final de junho de 2007 e revelou-se ao fim que a primeira etapa da Incorporação da Mittal Steel na ArcelorMittal, cujo resultado foi a extinção da Mittal Steel, tornou-se eficaz em 03 de setembro de 2007, antes do final do período de três meses após o leilão, durante o qual os acionistas da Arcelor Brasil ainda poderiam vender suas ações (tal período expirou em 04 de setembro de 2007, após o fechamento dos negócios).

5. Em suma, diante de todo exposto, embora a Mittal Steel (e a sua sucessora legal) pudessem ser conjunta e solidariamente responsáveis pelas obrigações da Mittal Steel Brasil, em caso de descumprimento das suas obrigações, sob um ponto de vista prática, a utilização de uma empresa local [Mittal BR] para a aquisição das ações da Arcelor Brasil permitiu que Mittal Steel evitasse um envolvimento direto com a operação de opção de venda

posterior à OPA Brasileira e pudesse tratar essa operação como uma transação puramente doméstica no Brasil, assim assegurando uma melhor segregação entre a operação de Incorporação no exterior e a OPA Brasileira.

57. Como se verifica, a narrativa acima comprova o propósito negocial para a constituição da Mittal BR, já que 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. (*destaques do original*)

Depois de demonstrar o questionamento das matérias arguidas, a Contribuinte destaca os excertos dos acórdãos comparados para afirmar a similitude dos casos, e assim sintetiza a divergência jurisprudencial nos temas que tiveram seguimento:

- 7) *“legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”*:
 - Acórdão recorrido: *impossibilidade de utilização de “empresa veículo” criada para possibilitar a amortização de ágio;*
 - Paradigma n.º 1301-002.434: *não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja;*
 - Paradigma n.º 1302-002.045: *a lei fiscal permite a adoção, já que não impede, de empresas-veículos e transferências de ágio, da mesma maneira, objetivando a fruição de um benefício fiscal previsto em lei;*
- (9) *“possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”*:
 - Acórdão recorrido: *a amortização contábil do ágio teria sido anterior ao evento societário, de modo que o benefício fiscal não poderia ser utilizado antes do evento que ensejou a reorganização societária;*
 - Paradigma n.º 1401-001.901: *o ágio amortizado contabilmente não tem efeitos fiscais, quaisquer que sejam: não impacta o cálculo do lucro real e, por certo, não impacta o valor de ágio amortizável após extinção do investimento;*
 - Paradigma n.º 1302-002.346: *ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de norma contábil, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade a luz do art. 386, III do RIR (que replica as disposições do art. 7º da Lei 9.532/97);*
- (10) *“inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio”*:
 - Acórdão recorrido: *o artigo 13 da Lei n.º 9.249/95 determina a indedutibilidade da despesa de amortização de ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;*

- Paradigma n.º 9101-002.310: *inexistência de previsão legal para se exigir a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento. Despesa dedutível da base de cálculo da CSLL;*
- Paradigma n.º 1301-002.047: *a adição à base de cálculo da CSLL do valor da amortização/dedução do ágio na aquisição de investimentos não encontra previsão legal.*

Nas razões para a reforma do acórdão recorrido, a Contribuinte assim aduz acerca da matéria 7) “*legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas*”:

IV.7 – LEGITIMIDADE DO EMPREGO DE “EMPRESA VEÍCULO” E A EXISTÊNCIA DE EFETIVA “CONFUSÃO PATRIMONIAL” NAS OPERAÇÕES IMPLEMENTADAS: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97

A) CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

238. A despeito de todos os argumentos apresentados pela Recorrente ao longo do presente processo administrativo quanto ao enquadramento das operações nas regras fiscais de amortização do ágio, o acórdão recorrido buscou insistentemente sustentar que a Mittal BR seria “empresa veículo” criada tão somente para possibilitar a amortização do ágio. Confira-se:

Acórdão recorrido:

“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 Participação 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. (...)

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 vida 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.” (grifos nossos)

239. Conforme se infere, o acórdão recorrido fundamentou seu entendimento, basicamente, no fato de que parte dos recursos utilizados na aquisição das participações da Arcelor BR pela Mittal BR foi oriundo de aporte de capital da Mittal NV para sustentar a caracterização da Mittal BR como empresa veículo.

240. Ocorre que a Recorrente evidenciou ao longo do presente processo administrativo que, ainda que não fossem aceitos os argumentos e provas da necessidade de constituição da Mittal BR (o que se alegou apenas a título argumentativo), a utilização das chamadas empresas veículos não é vedada para fins de fruição dos efeitos fiscais do artigo 7º da Lei nº 9.532/97.

241. Assim sendo, a interpretação do acórdão recorrido vai de encontro com o entendimento deste E. CARF, especialmente no **acórdão paradigma n.º 1301- 002.434 (doc. 12)**, no qual – em situação idêntica à Recorrente - se concluiu que a utilização de “empresa veículo” não constitui restrição à amortização do ágio:

Ementa:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO, ABUSO DE DIREITO OU ABUSO DE FORMA

No contexto do programa de privatização, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

Trecho do Voto:

A Bemis é uma empresa fundada nos Estados Unidos, em 1858, produtora de sacos de algodão para grãos e produtos moídos, e desde então vem expandindo e desenvolvendo sua produção e participação no mercado internacional. Assim, em 2004, decidiu adentrar no mercado brasileiro, mediante a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A, o que ocorreu através da Holding Misbe, em janeiro de 2005, **holding esta que foi responsável pela comunicação ao mercado da aquisição do controle da Recorrente, submetida às normas da CVM, bem como em relação às normas relativas aos acionistas minoritários.**

(...)

Dessa forma, mostrou-se que a Misbe teve função ao ser constituída, assim como serviu de porta-voz com a CVM, sendo responsável por todos os atos. Isso tudo por 3 anos. Isso tudo demonstra que a existência da Misbe não teve o objetivo único, conforme mencionado pela fiscalização e DRJ, de fraudar o Fisco, com o intuito único de economia tributária.

(...)

Ora, se os investimentos foram transferidos para a Recorrente, assim como os ágios respectivos, verifica-se a confusão patrimonial dos patrimônios das investidas pela investidora, passando o ágio a ser dedutível para fins fiscais.

(...)

Assim, tendo em vista os diversos princípios a que é dado às entidades empresárias, dentre elas o da liberdade de organização, ele pode dentro da legalidade escolher a que melhor lhe atende, considerando todas as hipóteses e possibilidades a que se adstringe, objetivando o atendimento aos seus objetivos e dos seus acionistas. Ora, a empresa é sujeita a órgão regulador e assim deve obedecer sob pena de sofrer penalidades. **A lei fiscal permite a adoção, já que não impede, de empresas-veículos e transferências de ágio, da mesma maneira, objetivando a fruição de um benefício fiscal previsto em lei.**

(...)

O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre a investidora e investida, que se consumou, como anteriormente demonstrado (pela redação do art. 7º da Lei nº 9532/92) e, nesse contexto, se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, quando incorporada aquele veículo, demonstra apenas uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal.

Se o legislador permite literalmente a amortização de ágio nos casos de incorporação às avessas, **interpretação extensiva e lógica confere legitimidade para o instrumento imprescindível ao atingimento do objeto.** (...)

A forma utilizada, conforme já mencionado, tem base na legislação, tornando-se a amortização fiscal do ágio definitivamente passível de ser utilizada e assim ser benefício fiscal nos termos legais, os requisitos formais foram atendidos, assim o como os materiais.

242. Nesse mesmo sentido, a decisão proferida no bojo do **acórdão paradigma n.º 1302-002.045 (doc. 11)**. Confira-se:

Ementa:

“PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO. Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente. A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.”

243. Como se vê, em posição contrária àquela adotada no acórdão recorrido, os acórdãos paradigmas sustentam que a utilização de empresa veículo não tem o condão de descaracterizar as operações e de invalidar a amortização do ágio, ainda que seja empregada para obtenção de eficiência fiscal. No racional adotado nos acórdãos paradigmas, o uso das empresas veículo apenas poderia ser condenado caso comprovada a existência de conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa.

244. Neste ponto, é importante enfatizar que o emprego da expressão “por si só” nas ementas dos acórdãos paradigmas pretendem, justamente, conferir a percepção de que, caso existentes elementos que demonstrem intenção simulada, fraudulenta ou dolosa, o uso da empresa veículo pode ser considerada um indício adicional, mas, na hipótese em que ausentes esses elementos, não se prestará à desqualificação dos atos lícitos praticados pelos contribuintes.

245. Ora, a existência de quaisquer destas patologias (simulação, fraude ou dolo) não foi suscitada em nenhum momento nos presentes autos, sendo incontroverso que estes vícios não estão presentes nas operações praticadas pela Recorrente e demais entidades do grupo.

246. Nessa linha, tem-se para acusações fiscais semelhantes (operação lícita com emprego de empresa veículo) duas soluções distintas: enquanto o acórdão recorrido entendeu, com base na alegação de que a Mittal BR seria empresa veículo, pela ineficácia das operações para fins fiscais em decorrência de suposta falta de confluência patrimonial, os acórdãos paradigmas consideram como cumpridos os requisitos legais para amortização fiscal do ágio no caso em que empregada empresa veículo.

247. Demonstrada a existência de efetivo dissídio jurisprudencial também em relação a este tema, requer-se a reforma do acórdão recorrido nos termos dos **acórdãos paradigmas n.º 1301-002.434 e 1302-002.045**, a fim de que seja reconhecida a

impossibilidade de se glosar a amortização do ágio e seja cancelado, por consequência, o crédito tributário em face da Recorrente, independentemente de qualquer outra consideração.

B) RAZÕES DE DEFESA

(a) Legitimidade do emprego de empresa veículo na aquisição de participação societária

248. Da análise da legislação aplicável, se extrai claramente que a simples constituição de uma holding no Brasil, à qual a Fiscalização opta por denominar “empresa veículo”, não é suficiente para descaracterizar as operações praticadas. Inexiste qualquer irregularidade na utilização das chamadas empresas veículo.

249. Ainda assim, as autoridades fiscais se valem de acusações relacionadas ao uso de empresa veículo para demonizar a constituição de empresa cuja finalidade seja viabilizar a amortização de ágio.

250. Em autuações mais recentes, a RFB – em linha com o que fez o E. CARF no acórdão recorrido – tem substituído a alegação de patologias na operação para desconstituição do negócio jurídico pela arguição de inexistência de confusão patrimonial entre investidora e investida.

251. As autoridades fiscais buscam a origem dos recursos que viabilizaram o negócio jurídico que teria gerado o ágio. Analisa-se, assim, quem haveria de fato suportado o ônus financeiro. Caso os recursos tenham origem – ainda que indiretamente – em empresa diversa da investidora formal, entende-se que essa investidora não se reveste do caráter de real adquirente e que, portanto, inexiste a confusão patrimonial entre investidora e investida, sociedade cuja aquisição levou ao registro do ágio.

252. O que se verifica é que essa alegação é apenas um subterfúgio para se esquivar dos ônus de comprovar a existência de vícios aptos a ensejar a invalidade dos negócios jurídicos. A verdade é que a utilização de empresas veículo é medida autorizada e reconhecida pelo Governo Federal desde o início da amortização fiscal do ágio.

253. Diz-se que a Lei n.º 9.532/97, que tratou da amortização fiscal do ágio, corresponderia a uma espécie de benefício fiscal concedido com o intuito de fomentar as privatizações no contexto do PND. Em sendo assim, o próprio Governo Federal provocou diversas mudanças legislativas para permitir que estas privatizações fossem realizadas com eficiência.

254. Com o objetivo de transferir atividades anteriormente exploradas pelo setor público à iniciativa privada, diversos editais de privatização elaborados pelo Poder Público estabeleciam (e ainda estabelecem) a possibilidade de utilização das chamadas sociedades de propósito específico – que nada mais são do que autênticas empresas veículos.

255. Como se vê, o uso de sociedades de propósito específico, isto é, de empresas veículos, sempre foi uma prática recorrente e possui previsão legal no âmbito das privatizações. Ou seja, ainda que fosse entendido que a Mittal BR configura empresa veículo, o seu emprego não seria suficiente para descaracterizar as operações implementadas.

256. Seja como for, fato é que a Mittal BR não é mera empresa-veículo, na medida em que sua existência é plenamente justificada pelas circunstâncias fáticas que permeiam a operação. Embora o tema já tenha sido delineado em tópicos anteriores, a Recorrente passa a apresentar enfaticamente os elementos que demonstram que a Mittal BR não se prestou unicamente para viabilizar a amortização do ágio, como sugere o acórdão recorrido, tendo figurado como efetiva adquirente no contexto circunstancial da época.

(b) Impropriedade da qualificação da Mittal BR como empresa veículo e a legítima inserção da Mittal BR no contexto da OPA

257. Como já amplamente pontuado ao longo do presente processo administrativo e no presente recurso, a necessidade de constituição da Mittal BR para que fosse reduzida a

participação da Mittal NV na OPA Brasileira, em razão da reorganização em andamento na Europa, para que ficasse assegurado o fechamento de capital da Arcelor BR.

258. Assim, ainda que a Mittal BR tenha tido “vida efêmera”, como frisa o acórdão recorrido, esse fato não tem o condão de retirar a validade das ações praticadas durante a sua existência, mormente ao se considerar que a Mittal BR foi constituída, dentre outros motivos, para a implementação da OPA e simplificação da sua operacionalização.

259. As diversas “cenas do filme” revelam que a Mittal BR praticou todas as atividades ligadas à sua finalidade de sociedade *holding*, recebendo participações de empresas operacionais (e.g. Arcelor BR) e cumpriu devidamente o seu papel no contexto da OPA brasileira.

260. Caso fosse feita uma simples análise de todos os atos negociais em seu conjunto, isto é, “como se fossem várias cenas do mesmo filme”, restaria demonstrada que a existência da Mittal BR não foi motivada única e exclusivamente pela amortização fiscal do ágio ora discutido, sendo impropriedades todas as alegações da Autoridade Fiscal nesse sentido.

261. Ademais, havendo razões que justifiquem a constituição da sociedade para atendimento de um propósito específico – no caso presente, realização da OPA imposta pela CVM mediante adoção de estrutura que evitasse ainda maiores prejuízos ao Grupo, notadamente no tocante ao possível atraso na incorporação da Mittal NV pela Arcelor S.A. – não há que se falar em possibilidade de desconsideração dos atos praticados, ainda que apenas para fins fiscais.

(c) Existência de unificação patrimonial entre investidora (Mittal BR) e investida (Arcelor BR) e a ilegítima caracterização da Mittal NV como real adquirente

262. Atrelada à ideia de que a Mittal BR teria figurado como mero veículo da aquisição de participações societárias no ambiente da OPA, o acórdão recorrido sugere que a efetiva adquirente do investimento seria a Mittal NV e que a incorporação da Mittal BR pela Recorrente não teria tido o condão de desencadear a amortização fiscal do ágio registrado.

263. A OPA é o procedimento no qual um acionista ou grupo de acionistas manifesta o seu compromisso de adquirir uma quantidade específica de ações, com base em preço e prazo determinados, respeitando determinadas condições. O objetivo é oferecer a todos os acionistas, em igualdade de direitos, a possibilidade de alienar as suas ações em situações que normalmente envolvem mudanças na estrutura societária da empresa ou fechamento de seu capital.

264. A OPA tem o procedimento detalhadamente regulado pela CVM, por meio da Instrução Normativa CVM nº 361/02 (“IN CVM 361”), devendo obrigatoriamente ser realizada por meio de leilão na bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado e, ainda, com a intermediação obrigatória de uma instituição financeira.

265. A IN CVM 361, embora faça menção à figura do acionista controlador, não prevê em qualquer de seus dispositivos obrigatoriedade de que as ações sejam adquiridas, na OPA, por uma ou outra empresa do grupo econômico.

266. Afinal, o que a oferta pretende assegurar é a devida proteção aos acionistas minoritários em face do poder de controle do acionista controlador, definindo os princípios e regras a serem observadas na realização da oferta. Assim, embora o acionista controlador possa figurar na condição de proponente da OPA, não existe qualquer vinculação obrigatória à realização da oferta por aquela entidade jurídica que, direta ou indiretamente, detém o efetivo controle da empresa objeto da OPA.

267. Embora tal aspecto seja claro e intuitivamente compreendido, a própria IN CVM 361, quando define as partes que compõem a OPA, tratou de esclarecer que a entidade jurídica que é controlada pelo acionista controlador presume representar os seus

próprios interesses, bem como os interesses do ofertante ou intermediário (artigo 3^o), conforme o caso. Além disso, a referida IN define a figura da pessoa vinculada, como sendo *a pessoa que atue representando o mesmo interesse do acionista controlador, do ofertante ou do intermediário, conforme o caso.*

268. É claro, portanto, que a figura do acionista controlador é tomada em sentido amplo pela legislação que rege a OPA. Esse aspecto resta ainda mais evidente quando se examinam as diversas disposições da IN CVM 361. Assim, o artigo 4^o prevê que a OPA poderá sujeitar-se a condições, cujo implemento não dependa de atuação direta ou indireta do ofertante ou de pessoas a ele vinculadas.

269. Trata-se do reconhecimento de que **o acionista controlador, suas controladas e pessoas vinculadas a ambos representam um interesse comum de realizar a oferta, sem vinculação direta e necessária com a forma jurídica adotada para a transação.** Afinal, pode o acionista controlador se dirigir aos demais acionistas da companhia ou ao mercado, em caráter institucional e em consideração ao fato de deter o controle efetivo da companhia, sem que tal aspecto altere a estrutura jurídica de controle da companhia e a forma como as transações são realizadas, em seu sentido técnico-jurídico.

270. A partir de tais diretrizes, resta evidente que a figura do acionista controlador, do ofertante e das pessoas vinculadas estão conjuntamente presentes nos documentos da oferta, mas tal elemento não altera a forma jurídica adotada pelo grupo econômico para a implementação da aquisição das ações.

271. Na ausência de disposição legal em contrário, o grupo econômico tem plena liberdade para definir qual entidade jurídica poderá realizar a oferta, adquirir as ações, liquidar financeiramente o pagamento e efetivamente deter a propriedade das ações negociadas na OPA. Por tais razões, a legislação que rege a matéria procura tratar as partes envolvidas como representantes do mesmo interesse comum.

272. Analisando as alegações da Autoridade Fiscal sob tal perspectiva, fica evidente que os supostos elementos de que a OPA da Recorrente teria sido realizada pela Mittal NV, na qualidade de adquirente do controle indireto da Arcelor BR, não passam de

⁵ Art. 3^o - Para os efeitos desta Instrução, entende-se por:

I. companhia objeto: a companhia aberta emissora das ações visadas na OPA;

II. ações objeto da OPA: as ações visadas pelo ofertante na OPA;

III. ações em circulação: todas as ações emitidas pela companhia objeto, excetuadas as ações detidas pelo acionista controlador, por pessoas a ele vinculadas, por administradores da companhia objeto, e aquelas em tesouraria;

IV. acionista controlador: a pessoa, natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, direto ou indireto, que:

a. seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b. use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

V. ofertante: o proponente da aquisição de ações em uma OPA, seja ele pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos;

VI. pessoa vinculada: a pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, que atue representando o mesmo interesse do acionista controlador, do ofertante ou do intermediário, conforme o caso.

§ 1^o Salvo para o efeito de alienação de controle, a qual considerar-se-á caracterizada segundo as regras específicas aplicáveis, equipara-se ao acionista controlador, para os efeitos desta Instrução, o detentor de títulos conversíveis em ações ou de títulos que confirmam o direito à subscrição de ações, desde que tais ações, por si só ou somadas às já detidas pelo titular e pessoas a ele vinculadas, confirmam-lhe o controle acionário.

§ 2^o Presume-se representando o mesmo interesse do acionista controlador, do ofertante ou do intermediário, conforme o caso, quem:

a. o controle, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, seja por ele controlado ou esteja com ele submetido a controle comum; ou

b. tenha adquirido, ainda que sob condição suspensiva, o seu controle ou da companhia objeto, ou seja promitente comprador ou detentor de opção de compra do controle acionário da companhia objeto, ou intermediário em negócio de transferência daquele controle.

construções retóricas em que, por razões óbvias, todas as entidades (Mittal BR, Mittal NV e Arcelor BR) figuram conjuntamente como participantes.

273. Destaque-se que o fato de os recursos terem sido obtidos via aumento de capital ou empréstimo concedido por empresas do grupo econômico ao qual a Mittal BR pertencia 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.**

274. Com efeito, é absolutamente infundada a atribuição de suposta ilicitude aos atos praticados com base no argumento de que o ônus financeiro da aquisição das ações da Recorrente teria sido suportado pela controladora estrangeira (Mittal NV).

275. Ora, é natural que uma pessoa jurídica, diante da necessidade de caixa para realizar uma operação, seja financiada pela sócia ou por empresa do mesmo grupo econômico, por meio de aumento de capital ou de empréstimo.

276. Aqui, cabe o questionamento: em que circunstância ou regime jurídico uma operação dessa natureza, que é corriqueira no dia a dia das empresas, pode ser qualificada como artifício, de modo a macular a validade dos atos praticados pelo grupo como um todo?

277. Com efeito, a única alternativa adicional disponível à Mittal BR seria a obtenção de um empréstimo junto a terceiros (e.g. instituição financeira), o que, por razões comerciais óbvias, representa uma alternativa mais onerosa. Não há qualquer anormalidade ou ilegalidade que se possa atribuir aos atos praticados na aquisição das ações da Arcelor BR ou à decisão do grupo Mittal de prover os recursos para tal aquisição.

278. Ao que parece, a autoridade fiscal pretende, com tais alegações, criar uma modalidade de qualificação extrajurídica dos fatos, de modo a atribuir a titularidade de uma transação àquele que teria suportado o seu ônus financeiro.

279. Ou seja, na curiosa linha de pensamento sustentada pela autoridade fiscal, a parte adquirente em um contrato de compra e venda não seria mais aquele que figura no contrato como adquirente e que paga o preço, tornando-se titular dos direitos de propriedade sobre o ativo adquirido, mas sim aquele que teria suportado o ônus financeiro da transação (por exemplo, o banco financiador!?!).

280. Não é preciso muito esforço argumentativo para se constatar que tal linha de raciocínio é descabida e inteiramente incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Levada ao extremo, tal posição acabaria por criar situações absurdas em que a propriedade de ativos adquiridos por uma empresa seria atribuída, diretamente, aos sócios, simplesmente porque a empresa foi constituída a partir de aporte de capital por eles realizado. Ou ainda que quaisquer ativos financiados por terceiros (e.g. bancos) teriam sua titularidade atribuída aos próprios bancos, em detrimento dos legítimos adquirentes.

281. Não há como negar, diante da documentação constante dos autos, que a Mittal BR foi efetivamente a parte adquirente das ações da Arcelor BR na OPA, tendo liquidado as obrigações dela decorrentes, elemento este que a autoridade fiscal parece ignorar.

282. Como bem pontuou a autoridade fiscal em diversos trechos do TVF, o Grupo ArcelorMittal adotava, à época dos fatos, estratégias paralelas e concomitantes de reestruturação societária de suas empresas ao redor do mundo, as quais envolviam, particularmente, o fechamento de capital (*delisting*) de diversas subsidiárias em outros países, como Argentina e Polônia, além de empresas brasileiras.

283. É absolutamente normal que a contratação de um avaliador financeiro por parte de um conglomerado multinacional como o Grupo ArcelorMittal, no contexto de uma reestruturação de caráter global, seja realizada pelo acionista controlador. Trata-se de uma estratégia perfeitamente razoável e também comum em se tratando de conglomerados empresariais. Tal aspecto não altera em nada a validade dos atos praticados no Brasil.

284. O que se verifica é que são completamente absurdas as alegações feitas pela autoridade fiscal, no sentido de que o “verdadeiro” ofertante e adquirente das ações da Recorrente na OPA seria a controladora estrangeira Mittal NV, unicamente com base em tais elementos.

285. A transação ora discutida foi realizada sob estrito controle da CVM e das normas aplicáveis às companhias abertas, em operação realizada em leilão público e sob intermediação de instituição financeira³³. Colocar dúvidas sobre a legitimidade da transação, sem a devida comprovação, é, no mínimo, imprudente e revela o caráter precipitado e tendencioso da argumentação sustentada pela autoridade fiscal.

286. Portanto, não merecem prosperar as alegações ou suposições da autoridade fiscal quanto à caracterização da Mittal NV como real adquirente do investimento, quando é certo que as operações foram implementadas pela própria Mittal BR.

287. Resta bastante claro, portanto, que, no caso, houve efetiva absorção do patrimônio da Mittal NV (investidora) pela Recorrente (investida), tendo ocorrido subsunção dos fatos narrados à norma autorizativa da amortização fiscal, de forma que imperiosa a reforma do acórdão recorrido e o consequente cancelamento da exigência fiscal combatida nos presentes autos. *(destaques do original)*

Com respeito à matéria (9) “possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”, a Contribuinte argumenta que:

IV.9 – POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA INCORPORAÇÃO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 385 E 386 DO RIR/99 E DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97

A) CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

309. Como se não bastassem todos os argumentos evidenciados acima quanto à legalidade das transações realizadas, a Autoridade Fiscal questionou a possibilidade de dedução fiscal, pela Recorrente, do saldo do ágio, no tocante à parcela do referido ágio que teria sido amortizada contabilmente antes do evento societário que ensejou a dedução fiscal.

310. A Recorrente demonstrou que a legislação fiscal não faz qualquer referência a eventuais lançamentos contábeis que impactariam na possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio. Em que pese os diversos elementos apresentados pela Recorrente, o acórdão recorrido não assumiu o mesmo entendimento adotado pela Recorrente.

311. Ocorre que essa posição contraria o entendimento deste E. CARF exposto no **acórdão paradigma nº 1302-002.346 (doc. 16)**, no qual se discutia a possibilidade de sobreposição das normas contábeis sobre os critérios previstos na legislação fiscal, particularmente em matéria de ágio, tendo reconhecido a plena independência das referidas regras. Confira-se:

Ementa:

ÁGIO AMORTIZADO CONTABILMENTE ANTES DA EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO - DEDUTIBILIDADE INTEGRAL APÓS ADVENTO DE INCORPORAÇÃO.

As regras contidas nos art. 386 e 391 não devem ser aplicadas concomitantemente; ainda que amortizado contabilmente o ágio, por força de IN da CVM, ocorrida a extinção do investimento, há que se considerar a sua dedutibilidade a luz do art. 386, III, do RIR.

312. Nesse mesmo sentido é o **acórdão paradigma nº 1401-001.901 (doc. 15):**

Ementa:

“AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO JÁ AMORTIZADO CONTABILMENTE NA SUCEDIDA. A amortização do ágio contábil corresponde à recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou

pelo recebimento de dividendos) e, portanto, não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro. Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo. Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e aí sim terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real. 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.**”

313. O relator do caso – Conselheiro Guilherme Mendes - refutou tal pretensão por entender que a amortização contábil do ágio decorria única e exclusivamente de mecânica contábil (vigente à época dos fatos) segundo a qual deveria ser amortizado o ágio na medida em que o adquirente recebia o retorno pelo seu investimento, na forma de equivalência patrimonial ou dividendos (ambos não tributáveis, vale dizer, assim como o amortização do ágio antes de evento societário de incorporação não gera efeitos fiscais, o que apenas confirma a neutralidade fiscal dos procedimentos contábeis). Vejamos a seguir trecho do voto:

Trecho do voto:

“No caso, a amortização do ágio contábil, nada mais é do que a recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou pelo recebimento de dividendos), que não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro.

Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo.

Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e aí sim terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real.

Ou seja, com 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.” (o. 10)

314. Demonstrada a divergência jurisprudencial, passa-se, a seguir, às razões de defesa relativas ao tema.

B) RAZÕES DE DEFESA

315. Como mencionado, o que se discute é a aplicação ou não do artigo 386, III, do RIR/99, que trata somente da amortização fiscal do ágio para fins de apuração do lucro real e não se confunde com a amortização contábil.

316. Da leitura do comando normativo insculpido no artigo 386 do RIR/99, em conjunto com o artigo 385, é possível concluir que o legislador não fez nenhuma referência a eventuais lançamentos contábeis que impactariam a fruição do benefício fiscal concedido. Confira-se:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da

participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) (grifos nossos)

317. Veja-se que da leitura atenta do dispositivo é possível se inferir que (i) a legislação determina que se desdobre o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e **valor do ágio** e que (ii) será passível de amortização **o valor do ágio** registrado devidamente nos termos do artigo 385 do RIR/99. Ou seja, o legislador conferiu ao contribuinte a faculdade de amortizar o valor do ágio registrado à data da aquisição, razão por que o dispositivo de amortização de ágio (art. 386 do RIR/99) remete expressamente ao dispositivo de registro de ágio (art. 385 do RIR/99).

318. Assim, o valor de ágio a ser aproveitado pelo contribuinte é justamente o valor correspondente à diferença integral entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido, desde que essa diferença tenha sido fundamentada pela expectativa de rentabilidade futura do investimento.

319. A própria Lei nº 9.532/97 não faz menção ao aproveitamento do saldo contábil do ágio, mas tão somente assegura a sua plena amortização, de modo que não pode o intérprete estabelecer uma distinção não prevista em lei. Não é por outro motivo que o artigo 7º da referida Lei faz menção ao ágio apurado segundo o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Referido artigo 20, por sua vez, conforme redação vigente à época dos fatos, referia-se apenas ao *ágio na aquisição*.

320. Isso fica ainda mais claro ao se analisar a redação da Instrução Normativa nº 11/1999, responsável por regulamentar a amortização fiscal do ágio. Veja-se:

Art. 1º 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, **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 exercícios 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 em conta do patrimônio líquido.

§ 2º A opção a que se refere o parágrafo anterior aplica-se, também, à pessoa jurídica que houver absorvido patrimônio de empresa cindida, na qual tinha participação societária adquirida com ágio ou deságio, com o fundamento de que trata o inciso I, quando não houver 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, integrará o custo do respectivo bem ou direito, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital, bem assim para determinação das quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

II - o inciso II:

a) **podará ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do lucro real 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 lucro real 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; (grifos nossos)

321. Ao regulamentar a matéria, a própria RFB tornou ainda mais evidente que é “o valor do ágio registrado com fundamento em rentabilidade futura” que poderá ser amortizado nos balanços. Veja-se, inclusive, que o caput faz referência ao ágio apurado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, que corresponde ao valor total do ágio na data da aquisição.

322. Todos os parágrafos do dispositivo, a partir deste ponto, fazem referência ao valor registrado nos moldes do caput (i.e. o valor total do ágio). Não se fala em momento algum em saldo contábil da data de incorporação ou em saldo remanescente após amortizações contábeis.

323. No regime do Imposto de Renda, o valor do ágio contábil amortizado (computado em conta de resultado) deverá ser registrado na parte B do Lalur e somente será considerado dedutível (amortização fiscal) quando houver um evento societário, tal como incorporação, fusão ou cisão. Esse foi exatamente o procedimento adotado pela Recorrente.

324. Se fosse possível admitir que eventual redução do saldo contábil do ágio pudesse afetar o montante do ágio passível de dedução fiscal, seria necessário admitir, também, um tratamento desigual ao contribuinte que, após a aquisição de participação societária com ágio, posterga o evento de incorporação, em comparação com aquele contribuinte que realiza a incorporação na mesma data da aquisição. Tal desigualdade de tratamento não está prevista em lei, não cabendo ao intérprete estabelecer essa distinção.

325. A legislação aplicável estabelece a forma de registro inicial do ágio na aquisição de investimentos e o seu tratamento fiscal após o evento de incorporação, sem que se faça qualquer vinculação à contabilidade. Assim, não há espaço no texto legal em comento para se estabelecer a distinção pretendida pela autoridade fiscal.

326. Destaca-se que a Fazenda Nacional, na tentativa de fazer prevalecer seu entendimento acerca da impossibilidade de amortização fiscal do ágio amortizado contabilmente, propôs, no texto da Medida Provisória n.º 627/2014, que a amortização fiscal devesse ser feita sobre o saldo do ágio existente *no momento do evento societário*. Não obstante, o legislador, ao converter a MP na Lei n.º 12.973/2014, alterou o texto do art. 22, para esclarecer que poderá ser excluído o saldo de ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária (i.e. valor total do ágio apurado):

Art. 22. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (...) (grifos nossos)

327. Embora a Lei n.º 12.973/2014 tenha introduzido novo regime de amortização fiscal do ágio, a norma ainda aplica, de forma ainda mais clara, o racional do regime anterior, que rege o presente processo administrativo.

328. Na realidade, as alegações da acusação fiscal partem de uma premissa inadequada, que pretende identificar a dedução fiscal do ágio como um fato puramente contábil. A correta interpretação da legislação é no sentido de compreender o conceito de ágio como autônomo e sujeito a regramento específico por parte da legislação tributária, não havendo vinculação direta e necessária aos critérios contábeis, como pretende sugerir a descrição do TVF.

329. Luís Eduardo Schoueri corrobora essa afirmação ao declarar que o ágio amortizável para fins fiscais não se confunde com o conceito contábil de ágio⁶. Confira-se:

O ágio é (...) instituto jurídico. Tem disciplina legal exaustiva. O fato de haver figura homônima na Contabilidade – ou melhor ainda, o fato de a figura tributária ter se inspirado naquela – não afasta a conclusão de que uma vez regulado pelo Direito, é neste campo que se deve investigar sua natureza.

330. Baseado no exposto acima, **é evidente que o ágio a ser amortizado nos termos da Lei n.º 9.532/97 é o ágio fiscal, e não o ágio contábil**. Logo, qualquer redução no

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 13.

valor do ágio registrado para fins contábeis não tem qualquer relevância tributária tampouco interfere no valor dedutível fiscalmente⁷.

331. Além disso, no caso específico do ágio, deve-se compreender que, antes da introdução dos novos parâmetros contábeis (Lei nº 11.638/07), a lei fiscal e as regras contábeis tinham formas diferentes de tratar a amortização do ágio. A razão mais óbvia está em que as regras contábeis, por cuidarem da amortização do ágio no estágio em que este era registrado pela controladora, preocupava-se tão somente com os critérios pelos quais a sua amortização poderiam afetar a distribuição de lucros aos acionistas das empresas.

332. No entanto, o regime da Lei nº 9.532/97, diferentemente, tem por objetivo indicar os critérios de dedutibilidade do ágio, quando, após a incorporação, fusão ou cisão, ele deixa de ser ágio e passa a integrar o valor dos bens ou direitos, para depreciação, ou então passa a compor uma conta do ativo diferido para amortização, na hipótese de ter sido antes justificado com base em rentabilidade futura.

333. Aliás, essa dicotomia existente entre a amortização contábil e amortização fiscal ficou ainda mais evidente após a publicação Lei nº 11.941/09, que instituiu o RTT, estabelecendo a neutralidade fiscal em relação aos novos parâmetros contábeis brasileiros. A partir desse novo regime, não há mais amortização contábil do ágio, já que tal ativo intangível, pela sua natureza, está sujeito ao teste de recuperabilidade (*impairment*). Ainda assim, permanece a legislação fiscal (mesmo após a publicação da Lei nº 12.973/14) permitindo o aproveitamento fiscal do ágio.

334. Caso fosse correta a premissa de que o ágio amortizado contabilmente, antes do evento de incorporação, não mais poderia ser deduzido para fins fiscais, seria necessário admitir que o mesmo raciocínio deveria ser estendido para o caso do deságio, já que a linguagem prevista na Lei nº 9.532/97 é exatamente a mesma para os dois casos⁸. Esse foi inclusive o racional utilizado no acórdão paradigma citado nas linhas acima.

⁷ A melhor doutrina a respeito do assunto já reiterou essa posição por mais de uma vez. Nesse sentido vejamos o que dispõem Ricardo Mariz de Oliveira e João Francisco Bianco a respeito da aplicação do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 à parcela do ágio já amortizada contabilmente: “[c]om efeito, se os ágios ou deságios existentes na contabilidade continuam a ser considerados como existentes para serem adicionados ao valor do investimento [situação prevista no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/77], ou dele diminuídos, quando este venha a ser liquidado, eles também passam a receber a disciplina prevista nesse artigo 7º. Na verdade, ao ser encerrado o investimento, o ágio amortizado, e que está no LALUR, tem fiscalmente o mesmo tratamento que o ágio não amortizado, e que está na contabilidade, o mesmo ocorrendo com o deságio. Logo, se o encerramento do investimento decorre de incorporação da pessoa jurídica, ou de fusão ou cisão, e se tal situação agora submete-se ao tratamento do artigo 7º, este também se aplica sobre os ágios e deságios amortizados”. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; BIANCO, João Francisco, Extinção de participação societária em fusão, incorporação ou cisão – tratamento do ágio e deságio pela lei 9.532, in ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), Imposto de renda: alterações fundamentais, São Paulo, Dialéticas, 1998, p. 190.

Luciano Amaro e Marcos Shigueo Takata entendem da mesma forma, ao firmarem que “[o] ágio amortizado contabilmente ou não, submete-se, para fins fiscais, a idêntico tratamento. É isso que decorre do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997 (...). Em resumo: (a) na determinação do lucro real, a amortização do ágio fundamentado em rentabilidade futura do investimento é indedutível antes da confusão patrimonial da investida e da investidora; (b) esse ágio é amortizável fiscalmente após a confusão patrimonial (via incorporação, cisão ou fusão), ainda que, para efeito contábil, tenha sido amortizado antes”. AMARO, Luciano; TAKATA, Marcos Shigueo, Amortização Fiscal de Ágio já Amortizado Contabilmente, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 243, pp. 85 – 86.

⁸ Veja-se, nesse sentido, as determinações aplicáveis ao ágio e a deságio lastreados em expectativa de rentabilidade futura: “Artigo 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, artigo 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, artigo 10): (...) III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados

335. Não é razoável admitir-se que o espírito da legislação seja no sentido de admitir duas interpretações distintas para o ágio e para o deságio, dada a coincidência de linguagem prevista no texto legal. Caso contrário, seria necessário admitir, também, que eventual deságio (fundamentado em rentabilidade futura) que tenha sido integralmente amortizado na contabilidade, antes do evento de incorporação, não estará mais sujeito à tributação após referido evento, em frontal violação às disposições da Lei nº 9.532/97.

336. Portanto, assim como o deságio fundamentado em rentabilidade futura deve ser integralmente tributado após o evento de incorporação, fusão e cisão, também o ágio fundamentado em rentabilidade futura poderá ser integralmente deduzido, observados os requisitos legais.

337. Dessa forma, resta claramente demonstrado que o Auto de Infração é infundado também em relação a esse ponto, devendo o acórdão recorrido ser reformado e, portanto, cancelado o Auto de Infração em relação à dedução do saldo do ágio. *(destaques do original)*

E, no âmbito do item (10) “inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio”, a pretensão de reforma do acórdão recorrido está assim deduzida:

IV.10 – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.249/95

A) CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

338. Cumpre esclarecer, desde já, que, muito embora a Recorrente entenda que o acórdão recorrido é nulo em decorrência da alteração de critério jurídico na fundamentação que manteve a acusação fiscal para fins de CSLL, por cautela e visando a demonstrar a regularidade de seus procedimentos, passa a discorrer sobre os motivos pelos quais também é descabida a linha argumentativa adotada pelo E. CARF.

339. Pois bem. A Recorrente defendeu, ao longo do presente processo administrativo, que a amortização do ágio não suscita grandes problemas em relação à CSLL. Diferentemente do que se verifica com relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, § 1º⁹, e 391¹⁰ do RIR) veda a dedutibilidade do ágio, inexistente disposição legal que imponha qualquer vedação para fins de apuração da CSLL.

340. Ocorre que, ignorando a ausência de previsão legal específica e desconsiderando a base legal empregada pela Autoridade Fiscal, o acórdão recorrido sustentou que a despesa com amortização de ágio seria indedutível por força do artigo 13 da Lei nº 9.249/95¹¹.

durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.”

⁹ Artigo 389. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, artigo 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, artigo 1º, inciso IV).

§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, artigo 23, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, artigo 1º, inciso IV).

¹⁰ Artigo 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, artigo 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, artigo 1º, inciso III). Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (artigo 426).

¹¹ P. 46 do acórdão recorrido.

341. Não obstante, o acórdão recorrido não está alinhado com o entendimento mais recente desta C. CSRF, conforme se pode depreender do **acórdão paradigma nº 9101-002.310 (doc. 17)**:

Ementa:

“CSLL. BASE DE CÁLCULO E LIMITES À DEDUTIBILIDADE. A amortização contábil do ágio impacta (reduz) o lucro líquido do exercício. Havendo determinação legal expressa para que ela não seja computada na determinação do lucro real, o respectivo valor deve ser adicionado no LALUR, aumentando, portanto, a base tributável. Não há, porém, previsão no mesmo sentido, no que se refere à base de cálculo da Contribuição Social, o que, a nosso sentir, torna insubsistente a adição feita de ofício pela autoridade lançadora.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 57, LEI N 8.981/1995. Inexiste previsão legal para que se exija a adição à base de cálculo da CSLL da amortização do ágio pago na aquisição de investimento avaliado pela equivalência patrimonial. Inaplicabilidade, ao caso, do artigo 57 da Lei n 8.981/1995, posto que tal dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ.

IRPJ. CSLL. BASES DE CÁLCULO. IDENTIDADE. INOCORRÊNCIA. A aplicação, à Contribuição Social sobre o Lucro, das mesmas normas de apuração e pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, por expressa disposição legal, não alcança a sua base de cálculo. Assim, em determinadas circunstâncias, para que se possa considerar indedutível um dispêndio na apuração da base de cálculo da contribuição, não é suficiente a simples argumentação de que ele, o dispêndio, é indedutível na determinação do lucro real, sendo necessária, no caso, disposição de lei nesse sentido”. (grifos nossos)

342. De acordo com esta C. CSRF, a amortização do ágio não deve ser adicionada na apuração da base de cálculo da CSLL, tendo em vista a inexistência de previsão legal nesse sentido. Ainda que o artigo 57 da Lei nº 8.981/95, estenda às regras do IRPJ à CSLL, este dispositivo não autoriza uma aplicação indiscriminada, devendo ser preservadas as regras próprias aplicáveis à base de cálculo desta contribuição.

343. Ademais, conforme trecho do voto vencedor redigido pelo Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo, esta C. CSRF concluiu que *“para admitir-se como válida qualquer exclusão e/ou adição na apuração da base de cálculo da CSLL, faz-se essencial, no caso, a existência de legislação especificamente a ela relacionada”*. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo uma interpretação ampliativa, o que é vedado pelo princípio da legalidade tributária.

344. Em linha com o entendimento desta C. CSRF, este E. CARF também já proferiu diversas decisões afastando a tributação reflexa da CSLL em casos de ágio. É o caso do **acórdão paradigma nº 1301-002.047 (doc. 18)**:

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL. DEDUTIBILIDADE. Não restando evidenciado que as despesas com amortização de ágio seriam inexistentes ou que, por outra via, tenham reduzido indevidamente o lucro líquido do exercício por desatendimento à legislação comercial/contábil, não existe norma que determine sua indedutibilidade para fins de apuração da CSLL. As bases de cálculo da CSLL e do IRPJ são distintas, descabendo invocar dispositivos exclusivamente aplicáveis ao segundo para a glosa de despesas da primeira.

345. Demonstrada a divergência jurisprudencial exigida, cabem ainda algumas considerações adicionais.

B) RAZÕES DE DEFESA

346. Ao analisar o tema, o tributarista Ricardo Mariz de Oliveira¹² esclarece que a “materialidade” que compõe o núcleo do fato gerador do imposto de renda é a mesma do fato gerador da contribuição social, embora sejam previstos, nas respectivas leis ordinárias, alguns ajustes que se distinguem entre si, pois nem todos os ajustes para o IRPJ são aplicáveis à CSL, como, por exemplo, muitas normas de indedutibilidade de custos e despesas, previstas nas leis sobre o IRPJ, não se aplicam à CSLL.

347. Dessa forma, especificamente no que tange à CSLL, a amortização do ágio não suscita grandes problemas.

348. Contrariamente ao que se verifica em relação ao IRPJ, para o qual a lei (consolidada nos artigos 389, parágrafo 1º¹³, e 391¹⁴ do RIR/99) veda expressamente 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 RTT.

349. Neste momento importa observar que a legislação do IRPJ contempla a proibição da amortização do ágio para fins fiscais. O artigo 389 do RIR/99, cuja base legal reporta-se ao artigo 23, parágrafo único do Decreto-Lei n.º 1.598/77, e artigo 1, inciso V do Decreto-Lei n.º 1.648/78, determina expressamente que: “§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País”.

350. Como resultado, a regra geral é que a amortização de ágio não é dedutível para os fins de IRPJ. Para que a amortização seja dedutível é necessário um regime especial. Esse regime está contido no artigo 386 do RIR/99, que no caso dos ágios fundamentados com base em rentabilidade futura, conforme regulado pelo inciso III, temos: “III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração”.

351. Nada do disposto acima existe para o caso da amortização do ágio na base da CSLL. Não existe vedação para a amortização do ágio, como também não se requer um regime especial para a sua amortização, vinculado à necessidade de incorporação de empresas. A amortização do ágio para os fins da CSLL é dedutível em qualquer hipótese, havendo ou não incorporação!

352. Ainda assim, a autoridade fiscal se vale do artigo 57 da Lei n.º 8.981/95 e o acórdão recorrido do artigo 13, inciso III da Lei n.º 9.249/95¹⁵ para sustentar a indedutibilidade das despesas de amortização de ágio na base de cálculo da CSLL.

¹² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 975.

¹³ Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei n. 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

§ 1º Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único, e Decreto-Lei n. 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

¹⁴ “Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n. 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III). Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

¹⁵ Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964: (...)

353. Nenhum dos dois artigos citados, contudo, presta-se a impedir a dedução das despesas de amortização de ágio da base de cálculo da CSLL.

354. Começando pelo artigo 57 da Lei nº 8.981/95, utilizado como embasamento da autoridade fiscal, é de se enfatizar que o dispositivo não determina que haja identidade com a base de cálculo do IRPJ, como brilhantemente exposto pelo Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo na ocasião do julgamento do **acórdão paradigma nº 9101-002.310** por esta C. CSRF:

(...) o mencionado art. 57 da Lei 8.981/95 não autoriza, de forma alguma, a aplicação indiscriminada das disposições regentes do Imposto de Renda na verificação dos contornos de incidência da CSLL, mas preserva, expressamente, os ditames próprios da definição de sua base de cálculo (...).

355. O próprio acórdão recorrido, reconhecendo a inaplicabilidade do dispositivo, deixa de analisar a norma invocada pela autoridade lançadora e, como visto, na tentativa de remendar o Auto de Infração, mantém a autuação com base no artigo 13, III, da Lei nº 9.249/95. Nessa linha, o artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 sequer poderia ser utilizada no presente caso.

356. Seja como for, a verdade é que o artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95 sequer é aplicável ao presente caso, já que destinado a vedar, para fins de apuração da CSLL, as deduções de despesas de amortização de bens móveis ou imóveis, exceto se relacionados à produção ou comercialização de bens e serviços.

357. O ágio pago na aquisição de participação societária, como no caso em tela, não se amolda a nenhum espectro do comando legal. O ágio é, como já exaustivamente descrito acima, um desdobramento contábil do custo de aquisição de determinado investimento. Como tal, o ágio não tem natureza própria, não podendo ser enquadrado como bem móvel ou imóvel.

358. Ainda que se aloque ao ágio, como componente do custo, a natureza do ativo adquirido, o artigo 13, inciso III da Lei nº 9.249/95 não seria aplicável. No objeto dos presentes autos, o ágio é parte do custo de aquisição de participação societária, ou seja, quotas do capital de determinada sociedade. Em assim sendo, por óbvio, a aquisição desse bem está intrinsecamente relacionada à produção ou comercialização de bens e serviços.

359. Ainda que, tendo por base os novos preceitos contábeis e o já mencionado CPC 15, entenda-se que o ágio é um ativo intangível, esse não seria nem um bem móvel ou imóvel, o que afastaria de plano a aplicação do artigo 13, inciso III, da Lei nº 9.249/95.

360. Assim, inexistia à época dos fatos qualquer norma que vedasse a dedutibilidade do ágio para fins de CSLL. Não havia, até a edição da Lei nº 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, ou determinasse sua adição ao lucro líquido na hipótese de eventual indedutibilidade do lucro real.

361. De qualquer maneira, ainda que se entenda serem as normas do IRPJ extensíveis à CSLL, o que se admite somente em caráter argumentativo, a Instrução Normativa RFB nº 390/04, que compila as normas relativas à CSLL, traz em seu artigo 75 a disposição que, a exemplo do inciso III do artigo 386 do RIR/99, autoriza a amortização do ágio pago na hipótese de incorporação da sociedade investidora pela investida.

362. Nesse caso, nos termos do artigo 75 da Instrução Normativa RFB nº 390/04, o ágio pago seria amortizável à razão de 1/60 por mês, aplicando-se à CSLL, reflexamente, todos os argumentos anteriormente expostos.

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

363. Pelo exposto e não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio quanto à amortização do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição as disposições relativas ao IRPJ¹⁶, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela. (*destaques do original*)

Pede, sob estes fundamentos, que *seja o presente Recurso Especial conhecido e provido para que seja determinada a anulação ou, sucessivamente, a reforma do acórdão recorrido, com o conseqüente cancelamento integral dos débitos objeto do presente processo administrativo, com base nos fundamentos de mérito e na posição adotada pelas cortes administrativas nos acórdãos paradigmáticos.*

Os autos foram remetidos à PGFN em 06/01/2023 (e-fls. 7790), e retornaram em 10/01/2023 com contrarrazões (e-fls. 7791/7817) nas quais a PGFN expõe os *fundamentos para a manutenção do acórdão recorrido* nos seguintes termos:

II.1. Da ilegitimidade do emprego de empresa veículo – ausência de confusão patrimonial entre investida e real investidor

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

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

Sobre esse ponto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

De fato, na forma do art. 391 do RIR/99, as contrapartidas da amortização do ágio ou deságio não serão computadas na determinação do lucro real, salvo quando ocorrer a alienação ou baixa do investimento. Assim sendo, o valor do ágio ou deságio amortizado e que afetar o resultado do período deverá ser adicionado ou excluído do valor do resultado do período para fins de determinação do lucro real. Esse mesmo valor será controlado na Parte B do LALUR para futura exclusão ou adição, que deverá acontecer no período em que ocorrer a alienação ou baixa do valor do investimento. A exclusão, correspondente ao valor do ágio amortizado, só não será automática se a alienação ou liquidação do investimento ocorrer em situação na qual o valor da eventual perda não pudesse ser considerado dedutível.¹⁷

Tal regra, todavia, não se aplica em certas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão societária, quando a dedução da despesa com amortização do ágio na base de cálculo do IRPJ e da CSLL será admitida independentemente da alienação ou liquidação do investimento. Esse benefício fiscal é concedido expressamente pelo artigo 386 do RIR/99, o qual repete o conteúdo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

De acordo com o citado art. 386, quando uma pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em consequência de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, apurado segundo o art. 385 do RIR/99, e o fundamento

¹⁶ Na lista de dispositivos que igualmente se aplicam ao IRPJ e à CSLL, conforme descrita pela Lei 9.532/97, não se inclui a matéria do ágio.

¹⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 434.

econômico desse ágio for a previsão dos resultados de exercícios futuros da sociedade adquirida, é possível desde já a dedução da despesa com amortização da correspondente *mais valia* na apuração do IRPJ e da CSLL.

Por meio dessa exceção, a legislação tributária concede um benefício fiscal por meio de uma “ficção fiscal”. A Lei nº 9.532/1997 autoriza a redução dos tributos a serem recolhidos uma vez que considera que o investimento antes realizado pela pessoa jurídica foi extinto com a incorporação, fusão ou cisão patrimonial realizada com a sua controlada (o próprio investimento).

Acerca dessa “ficção fiscal”, transcreve-se novamente os ensinamentos do autor EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

Ocorre extinção de participação societária nos casos de fusão, cisão ou incorporação em que as ações ou quotas detidas não são trocadas por outras, ou seja, nos casos em que a sociedade que absorve o patrimônio destacado ou movido é também sócia naquela sociedade em que houve o destaque patrimonial ou o seu inteiro trespasse. Em lugar de novas ações ou quotas, a sociedade que recebe a parcela patrimonial recebe bens, direitos ou obrigações, que compõem o “acervo líquido”.

(...)

A neutralidade do ágio ou deságio amortizado não existe em casos de incorporação, fusão ou cisão. De fato, de acordo com o art. 386 do RIR/99, que tem por matriz legal o art. 7º da Lei nº 9.532/97, e também o art. 10 da Lei nº 9.718/98, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio:

--- omissis ---

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

(...)

As referidas normas regulam, grosso modo, o encontro – num mesmo patrimônio – do ágio ou deságio com os bens que lhes serviram de origem e que estavam originalmente em sociedades distintas.¹⁸

Tal dedução, contudo, na qualidade de benesse tributária, para ser autorizada deverá envolver a situação literalmente prevista no art. 386 do RIR/99, assim como observar estritamente as condições estipuladas, 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, senão vejamos:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

¹⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 473/480.

Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no art. 386 do RIR/99, não basta a pessoa jurídica, por exemplo, simplesmente incorporar uma controlada na qual detenha participação societária com ágio. Entre as condições e requisitos previstos, deve essa pessoa jurídica ter efetivamente suportado o ágio por ele registrado, ou seja, o ágio deve existir, deve ter propósito negocial e substrato econômico a justificar a sua origem. Além disso, o ágio deve também ter como fundamento econômico a rentabilidade futura da controlada, respaldado por um laudo que ateste esse fundamento econômico, devendo o documento ser arquivado como comprovante da escrituração do ágio. Por fim, a sua amortização deverá obedecer ao mínimo de 1/60 para cada mês do período de apuração.

Vale destacar, por último, que, para existir, o ágio ou deságio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e, assim, um substrato econômico (transação comercial). Somente registros escriturais, por exemplo, não podem ensejar o nascimento dessa figura econômica e contábil.

Por propósito negocial, entende-se a lógica econômica que levou ao surgimento do ágio ou deságio, ou seja, a razão negocial que ensejou a aquisição de um investimento por valor superior ou inferior àquele que custou originalmente ao alienante. Há esse propósito quando, por exemplo, uma empresa adquire participação societária de outra com ágio com o intuito de auferir os prováveis resultados positivos que esta última terá no futuro; ou, quando uma empresa adquire participação societária de outra com deságio porque a alienante precisava aumentar emergencialmente a liquidez de seu ativo.

O ágio ou deságio, dessa forma, deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e deveres correspondentes e proporcionais. À guisa de exemplo, se em um negócio o alienante pede pelo seu bem ou direito determinado sobre preço, essa “mais valia” a ser paga pelo adquirente deve ser justificada pela expectativa de algum ganho. Se não há previsão de ganho, não há porque existir ágio.

Nesse esteio, o § 2º do art. 385 do RIR/99, o qual repete o conteúdo do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determina que o lançamento do ágio ou deságio deve indicar como seu fundamento econômico uma das seguintes hipóteses:

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Sobre a causa material que dá ensejo ao ágio ou deságio (propósito negocial), especialmente na aquisição de participações societárias, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO tece os seguintes comentários:

O ágio ou deságio tem uma causa. A rigor, esta causa é o pagamento do preço que alguém faz pela aquisição de uma participação societária que seja portadora dos atributos da relevância e influência e, portanto, suscetível de ser obrigatoriamente avaliada com base no método da equivalência patrimonial. Quando a lei impõe o desdobramento do custo de aquisição entre valor patrimonial e ágio ou deságio, ela estabelece que o sujeito passivo atribua um fundamento econômico ao ágio ou deságio.

A atribuição do fundamento econômico é ato de valoração e consequente qualificação jurídica; ao sujeito passivo é facultado escolher um dentre os vários que tenham contribuído como motivo determinante da aquisição. Por vezes, o fundamento econômico consta do próprio contrato de aquisição da participação societária; isto ocorre quando as partes atribuem valores separados para certos bens.

O fato de o sujeito passivo ter certa liberdade para eleger um critério de qualificação não significa que o ato possa ser absolutamente discricionário ou

arbitrário: ao adquirente da participação societária com ágio ou deságio cumpre o dever de provar que o ágio ou deságio existiu e que o fundamento econômico atribuído tem correspondência com a realidade. ¹⁹ (grifo nosso)

Outrossim, para que ocorra a efetiva aquisição de um investimento, com o correspondente surgimento do ágio ou deságio, 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 ou deságio.

Corroborando com esse entendimento, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – emitiu o Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007. Nesse documento, a CVM, ao esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas Gerais de Contabilidade, chama atenção para os casos em que o ágio é criado artificialmente, vale dizer: quando empresas de um mesmo grupo econômico, indevidamente, geram ágio sem que haja o dispêndio de efetiva despesa (financeira ou patrimonial).

OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP n.º 01/2007

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2007

Aos Senhores

Diretores de Relações com Investidores e

Auditores Independentes

ASSUNTO: Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas

Prezados Senhores,

Os Ofícios-Circulares emitidos pela área técnica da CVM têm como objetivo principal divulgar os problemas centrais e esclarecer dúvidas sobre a aplicação das Normas de Contabilidade pelas Companhias Abertas e das normas relativas aos Auditores Independentes. Esse ofício-circular também procura incentivar a adoção de novos procedimentos e divulgações, bem como antecipar futura regulamentação por parte da CVM e, em alguns casos, esclarecer questões relacionadas às normas internacionais emitidas pelo IASB.

A CVM vem, ao longo dos anos da sua atuação, buscando aperfeiçoar e manter atualizado o seu arcabouço normativo contábil, sempre com a participação de segmentos interessados do mercado ou da profissão contábil. Cumpre destacar a importante colaboração recebida da Comissão Consultiva de Normas Contábeis da CVM, que conta com representantes da ABRASCA, APIMEC, CFC, IBRACON, FIPECAFI/USP e colaboradores especialmente nomeados pela CVM, além dos professores Ariovaldo dos Santos (USP), José Augusto Marques (UFRJ) e Natan Szuster (UFRJ) e, agora, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, recentemente instalado.

--- omissis ---

20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato

¹⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 422

contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

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

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como “arm’s length”.

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

Ainda nesse sentido, registra-se o item 50 da Orientação Técnica CPC 02/2008 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:

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

Mostra-se, com as premissas aqui expostas, a necessidade de o ágio 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 e 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.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, e sem observar os requisitos impostos pela lei que concede o benefício fiscal, não é hábil a gerar um ágio cuja despesa de amortização será dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL.

A partir das premissas firmadas acima, cabe agora analisar o “ÁGIO ARCELOR”, amortizado pela recorrente, a fim de determinar se era ou não possível a sua dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A recorrente sustenta que cumpriu todos os requisitos legais para que pudesse deduzir o mencionado ágio da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Entretanto, não merece prosperar a pretensão da recorrente. Isso porque o ágio amortizado não observa as condições e requisitos impostos pela legislação, notadamente, os arts. 385 e 386 do RIR/99 – os quais repetem os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

No que diz respeito ao “ÁGIO ARCELOR”, o ponto central da controvérsia é a demonstração que a controladora do GRUPO MITTAL no exterior – a MITTAL NV – foi a responsável pela aquisição das ações da ARCELOR BRASIL S.A. Mais precisamente, a autoridade fiscal evidencia, ao longo do Termo de Verificação Fiscal, a atuação determinante da MITTAL NV para a realização da OPA das ações da ARCELOR BRASIL. Nesse ponto, antes de prosseguir com a argumentação no sentido de demonstrar a indedutibilidade do ágio, convém segregar a análise sob duas perspectivas: (a) ágio relativo à parte das ações da ARCELOR BRASIL adquirida diretamente pela MITTAL NV; e (b) ágio concernente às ações da ARCELOR BRASIL adquiridas pela MITTAL NV por meio da interposição de uma “empresa veículo”.

Conforme já demonstrado em tópico anterior desta peça, boa parte das ações da ARCELOR BRASIL foram adquiridas na OPA diretamente pela MITTAL NV. Notadamente, duas operações comprovam que a MITTAL NV era a titular das referidas ações antes que fossem transferidas para a MITTAL BR, quais sejam: (i) integralização de aumento de capital da MITTAL BR, mediante a conferência de 64.952.982 ações da ARCELOR BRASIL, em 31/07/2007; (ii) um contrato de compra e venda, firmado em 31/07/2007, por meio do qual a MITTAL NV alienou para a MITTAL BR 10.805.000 ações da ARCELOR BRASIL, pelo montante de US\$ 300.054.850,00.

Esses dados corroboram o entendimento da autoridade fiscal no sentido de que o ágio registrado pela MITTAL BR originou-se no exterior, ou seja, quando a **MITTAL NV adquiriu as ações da ARCELOR BRASIL**. Nesse contexto, fica mais fácil compreender a conclusão externada pela Fiscalização, quando afirma que o ágio amortizado e deduzido pela ARCELORMITTAL BRASIL é indedutível. Com efeito, o entendimento da autoridade fiscal estava fundamentado, essencialmente, nas seguintes razões: a) ocorreu uma **ilegal transferência de um ágio que foi pago no exterior**; e b) o grupo econômico do qual a contribuinte faz parte lançou mão de uma **empresa sem verdadeiro propósito negocial (MITTAL BR), a fim de aproveitar indevidamente o ágio** e, com isso, reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A fim de rebater as conclusões fiscais, a recorrente defende, em primeiro lugar, 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 negocial.

Diante da controvérsia estabelecida, a indedutibilidade do ágio, tal como fora apurado pela Fiscalização, será aqui ratificada da seguinte forma: em um primeiro momento, será demonstrada que as operações que deram origem e possibilitaram a dedutibilidade do ágio discutido não podem ser analisadas da forma como o recorrente o faz, aproveitando o melhor de dois mundos possíveis; e em segundo, será comprovado que, identificando a correta forma de análise, o ágio amortizado não observa os requisitos legais a sua dedutibilidade. No que tange à utilização de empresa veículo, esse fato será abordado quando da defesa da qualificação da multa de ofício.

Em que pese a exposição do presente tema adiantar um pouco a análise do mérito que envolve a indedutibilidade do ágio, a sua análise deve ocorrer de forma preliminar em face da necessidade de se estabelecer certos parâmetros. Tais parâmetros, por sua vez, são importantes porque envolvem a forma como as operações societárias devem ser vistas.

Assim, ao contrário do que faz a recorrente, que defende que o ágio não foi transferido do exterior, enquanto a sua controladora (MITTAL NV) afirma que a essência econômica dessa “mais valia” reside justamente nas operações realizadas no estrangeiro, **propõe-se a análise da dedutibilidade do ágio com base na existência ou não da sua relação com as operações realizadas no exterior.**

Defende-se tal forma de estudo da dedutibilidade do ágio porque, da forma como a recorrente propõe, ela destaca apenas os fatos que lhe são proveitosos, excluindo, por outro lado, aqueles que demonstram a ilegalidade de sua pretensão. Da maneira como propõe a visão dos fatos, a contribuinte defende a existência do ágio (pagamento,

tributação do correspondente ganho de capital, etc.) com base nas operações realizadas no exterior, e quanto ao cumprimento dos requisitos legais à dedutibilidade (aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, laudo, confusão patrimonial entre investidora e investida), ele recorre às operações realizadas no Brasil.

Ora, da mesma forma que é possível aferir as operações dessa forma, também é plausível ver o outro lado da moeda. Nesse diapasão, destaca-se o fato de que, no exterior, eventual ágio registrado não cumpriu as formalidades exigidas pela legislação brasileira, e que, no Brasil, o ágio registrado não decorre de uma verdadeira aquisição de investimento.

Dessa forma, propõe-se que o ágio seja analisado com base na visão completa das operações societárias realizadas. Ou seja, partindo da operação que efetivamente proporcionou a aquisição da ARCELOR BRASIL pelo GRUPO MITTAL, analisar se foram cumpridos os requisitos à dedutibilidade previstos na legislação brasileira. Partindo da premissa que o ágio amortizado decorre da aquisição, pelo GRUPO MITTAL, da participação na ARCELOR BRASIL, demonstra-se a sua indedutibilidade por não cumprimento dos requisitos legais para tanto. Nesse diapasão, será exposto **que não é possível aferir a validade de um ágio que foi pago no exterior**. Em seguida, caso seja entendido que é possível aferir tal validade, será demonstrado que **não houve a indispensável “confusão patrimonial” entre investida e a real investidora**.

- Da impossibilidade de transferência de um ágio pago no exterior.

Antes de demonstrar a ilegalidade da dedutibilidade do ágio em questão, deve-se ressaltar que, em face do fato da operação que lhe deu ensejo ter ocorrido no exterior, há um aspecto territorial que originalmente impede a sua análise de acordo com a legislação brasileira. Com efeito, apesar de a União NÃO CONCORDAR com a dedutibilidade de um ágio transferido a pessoa jurídica diversa daquela que o efetivamente pagou – o que será melhor tratado adiante –, nos casos de transferência de ágio, a dedutibilidade do “ágio transferido” é usualmente aferida com base na operação que deu ensejo ao “ágio original”.

Assim, em apertada síntese, a dedutibilidade de um ágio que foi transferido para uma empresa veículo, a fim de que, com a sua incorporação, o investimento possa deduzir o ágio pago sobre sua própria participação societária, costuma ter por base a análise se o “ágio original” cumpriu os requisitos exigidos pelo artigo 385 e 386 do RIR/99. Afere-se, portanto, se o “ágio original”, ou a operação que deu ensejo ao seu pagamento, contou com um laudo que ateste o seu fundamento econômico na rentabilidade futura do investimento adquirido; se o seu valor fora corretamente calculado pelo MEP; etc.

Tal entendimento decorre do fato de se pensar que, como houve uma efetiva aquisição de investimento, a confusão patrimonial entre investida e investidora exigida pela Lei nº 9.532/1997 pode ser transferida a pessoa do mesmo grupo empresarial. Como será melhor tratado em outro ponto, de forma incorreta, alguns entendem que o simples pagamento do ágio acarreta a sua dedutibilidade.

Todavia, sem fugir do que se pretende ora demonstrar, destaca-se que, nos casos semelhantes a presente lide, onde **o ágio decorre de uma operação realizada no exterior, não é possível aferir a validade do “ágio transferido” com base no “ágio original”**. Isso porque tendo a verdadeira operação de aquisição ocorrida no exterior, não é possível aplicar a legislação brasileira para aferir a validade do “ágio original”.

Por certo, como no presente caso, a verdadeira operação de aquisição dos investimentos que deu ensejo ao ágio deduzido ocorreu na Holanda – sede da MITTAL NV –, como é possível aferir se eventual ágio pago fora registrado de acordo com a legislação brasileira?

Percebam, Srs. Conselheiros, que não se sabe sequer se houve registro de ágio na Holanda. Nesse ponto, importante lembrar que boa parte das ações da ARCELOR BRASIL foram adquiridas diretamente pela MITTAL NV e, posteriormente, transferidas para a MITTAL BR – conforme já exposto anteriormente. Desta feita, procura-se demonstrar no presente tópico que não há que se falar em transferência de

ágio pago no exterior. Sem adentrar a sua legalidade específica, tal evento somente pode ser analisado se a operação original de aquisição de investimento tiver ocorrido no Brasil. Se tal operação ocorrer em outro país, a ilegalidade da dedução do ágio no Brasil não decorrerá de infração à legislação brasileira, mas, sim, por impossibilidade de sua aplicação.

Diante do exposto, demonstra-se que a dedutibilidade do ágio em questão é indevida, antes de tudo, pela impossibilidade de se analisar os aspectos do ágio gerado no exterior. Como a verdadeira operação de aquisição ocorreu na Holanda, não há como aferir se houve o cumprimento dos requisitos exigidos pela legislação brasileira. **Não há como autorizar a dedução no Brasil de uma despesa que foi realizada no exterior.**

Todavia, caso seja entendido que é possível realizar tal análise, será demonstrado nos itens seguintes que, mesmo assim, o ágio deduzido não cumpriu os requisitos impostos pelas leis brasileiras.

- Da ausência de “confusão patrimonial” entre a investida e a real investidora .

Partindo novamente da premissa que a dedutibilidade do ágio amortizado deve ser analisada com supedâneo na operação pela qual o GRUPO MITTAL (MITTAL NV) efetivamente adquiriu a ARCELOR BRASIL, demonstrar-se-á nesse tópico que a MITTAL BR serviu como mero instrumento para o aproveitamento do ágio. Notadamente, em face das integralizações de aumento de capital da MITTAL BR, esta pessoa jurídica conseguiu adquirir ações da ARCELOR BRASIL. Aliás, convém lembrar que parte das ações da ARCELOR BRASIL foram repassadas para a MITTAL BR justamente por meio de uma operação de aumento do seu capital social. Em seguida, quando a MITTAL BR já havia cumprido o seu papel no planejamento estruturado pelo GRUPO MITTAL e pelo GRUPO ARCELOR, ocorreu da incorporação da MITTAL BR pela sua controlada, a ARCELOR BRASIL. Diante desse contexto é que se espera demonstrar a ausência de “confusão patrimonial” exigida pelo artigo 386 do RIR/99, entre a real investidora e o investimento adquirido.

Inicialmente, destaca-se que, ao contrário do que entende a recorrente, a dedutibilidade do ágio NÃO É um direito angariado pelo sujeito passivo em face da aquisição de um investimento. Como poderá ser visto adiante, a existência do ágio diverge da sua dedutibilidade. Uma coisa é o ágio existir, outra é ele observar os requisitos legais a sua dedutibilidade.

Assim, NÃO BASTA a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível. Se assim fosse, a Lei nº 9.532/1997 não teria razão de existir. Para ser dedutível, **o ágio deve cumprir determinados requisitos legais.** Dentre esses requisitos, além do documento que ateste o seu fundamento econômico, há a necessária presunção de perda do investimento adquirido.

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

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

--- omissis ---

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de

um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...) (grifo nosso)

Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, 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.

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 face da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, mas não será dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

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

Diante dessa conclusão, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual a operação societária que permite a dedutibilidade dessa “mais valia”? Qual a operação que permite a presunção que o investimento adquirido foi perdido?

A resposta é óbvia, a confusão patrimonial entre a MITTAL NV (investidora) e a MITTAL BRASIL (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 MITTAL BR pela ARCELOR BRASIL. Portanto, vê-se que o GRUPO ARCELOMITTAL não cumpriu mais um requisito legal para a dedutibilidade do ágio. Como a MITTAL BR não foi a real adquirente das ações da ARCELOR BRASIL, a confusão patrimonial entre essas empresas não autoriza a dedutibilidade da correspondente “mais valia”.

Desta feita, ante os fatos incontroversos ora levantados e o contexto normativo acima apresentado, demonstra-se que o ágio absorvido pela ARCELOR BRASIL com a incorporação da MITTAL BR 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.**

Vê-se, assim, que o GRUPO MITTAL, na verdade, tentou transformar o ágio “pago” pela MITTAL NV – quando da aquisição da ARCELOR BRASIL – em uma verdadeira “moeda de dedução”, a qual poderia ser transmitida por ele a quem ele quisesse. O GRUPO MITTAL tentou “autonomizar” o ágio. É evidente que esse não foi o intuito do legislador ao editar os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A intenção da Lei nº 9.532/1997 foi estimular as aquisições societárias seguidas da confusão patrimonial

entre a real investidora e a investida. Significa dizer que o objetivo da norma era beneficiar o real adquirente de uma participação societária, e não transformar o potencial direito à dedução dessa despesa em uma “moeda” que pudesse ser transferida a quem o seu detentor quisesse. Se assim não fosse, haveria uma norma expressa que autorizaria a transferência da “mais valia” por meio de operações intra-grupo.

Nesse diapasão, registra-se o teor do Acórdão n.º 1302-00.834, de lavra da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, o qual, em caso similar ao ora analisado, afastou a possibilidade de transferência do ágio de uma empresa para outra por absoluta ausência de previsão legal para tanto:

Ementa

(...)

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em virtude da absoluta ausência de previsão legal, o ágio, supostamente incorrido na aquisição de participação societária de pessoa jurídica domiciliada no exterior, não pode ser transferido por meio de aumento de capital e quitação dívida.

(...)

Voto condutor

(...)

Alinho-me, aqui, ao entendimento esposado na peça de autuação no sentido de que o disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99 (abaixo reproduzido) não pode ser interpretado de forma dissociada da norma estampada no caput do art. 385 do referido ato regulamentar, ou seja, o dever de segregar o custo de aquisição, no caso de avaliação de investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, obviamente é de quem incorreu em tal custo, e a faculdade de amortizar o ágio antes segregado não é deferida a outro senão àquele que adquiriu a participação societária com sobrepreço.

(...)

Não se trata, como parece crer a Turma Julgadora de primeiro grau, de vedação ao repasse de controle de empresas, mas, sim, de ausência de lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital e de quitação de dívida. (grifos nossos)

Outrossim, merece destaque também o Acórdão n.º 105-17.219, prolatado que antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

[Ementa]

ÁGIO NA INCORPORAÇÃO – Não demonstrado o pagamento de ágio, não há de se falar em aproveitamento do mesmo pela incorporadora.

[Voto condutor]

Não observo, no caso concreto, que na aquisição da FCP pela Ficap, por incorporação, tenha ocorrido ágio. Vejamos: a Metal Overseas integralizou o capital da FCP com as ações da Ficap que, de forma simplificada tinham o valor do PL da Ficap mais o valor atribuído à rentabilidade futura da própria Ficap.

A própria recorrente afirma que o pagamento do ágio ocorreu quando da aquisição pela Metal Overseas pelas ações da Ficap, em 1997 e que teria transferido para a recorrente, o que possibilitou a sua amortização para fins tributários.

Mesmo que, no momento do pagamento do ‘ágio’ alegado já estivesse vigente a Lei 9.532, ainda assim seria necessário que houvesse prévia avaliação da investida, utilizando o critério de rentabilidade futura.

Não foi o que ocorreu. A Metal Overseas efetivamente pagou cerca de US\$ 138.000.000,00 pela quase totalidade das ações da Ficap, em 1997. As conseqüências dos atos praticados ficam mais evidentes quando observados de um ponto externo ao ambiente da prática daqueles.

O que se pode observar é que em um momento a Metal Overseas adquire as ações da Ficap e não se fala em pagamento de ágio nem existe laudo que embasaria tal figura jurídica.

Quatro anos depois, há o laudo de avaliação da Ficap com base em rentabilidade futura. Logo após, a Metal Overseas, com as ações da Ficap, integraliza o capital da FCP, com as ações da Ficap sendo o capital constituído do PL da Ficap adicionado ao valor da rentabilidade futura da mesma Ficap.

Admitir-se a dedução deste suposto ágio seria admitir que qualquer empresa que tivesse adquirido ações de outra em período anterior à Lei 9.532, poderia, a qualquer tempo, reavaliar a empresa investida, constituir nova empresa e, ato contínuo, incorporá-la, aproveitando o ágio dela mesmo.

Verificando a situação fática da recorrente antes e depois da incorporação, verificamos que continua submetida ao mesmo controle acionário, tendo apenas feito uma reavaliação com base em rentabilidade futura dela mesmo e, se aceita a operação, usufruindo de um benefício fiscal previsto apenas quando se, efetivamente, houvesse pagamento de ágio em operação de aquisição ou equivalente.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário. (grifo nosso)

Portanto, demonstra-se que o ágio amortizado é indedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99 por mais um motivo: não há como aplicar a presunção de perda de investimento preconizada na Lei nº 9.532/1997.

- Conclusão

Em face do fora exposto, restam claras as razões que atestam a indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELORMITTAL BRASIL. Em primeiro lugar, como tal “mais valia” decorre de uma despesa que foi realizada 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 os requisitos legais à dedutibilidade, quais sejam: ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e as investidas.

II.2 – Da falta de previsão legal para o aproveitamento fiscal do valor do ágio amortizado contabilmente antes do cumprimento da exigência legal para tanto (Lei nº 9.532/1997)

A controvérsia se resume a saber se a parcela do ágio amortizado antes da incorporação poderia ser aproveitada para fins de dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Segundo a Fiscalização, o ágio amortizado contabilmente deve receber o tratamento previsto no art. 391 do RIR/99, ou seja, somente pode servir para a apuração de ganho ou perda de capital, no momento da alienação ou liquidação do investimento. Dessa forma, não poderia haver dedução fiscal do saldo de ágio amortizado antes da incorporação. Por sua vez, a recorrente defende que a legislação tributária – notadamente, o art. 386 do RIR/99 – não limita a dedução do ágio ao momento posterior à eventual fusão, cisão ou incorporação. Ademais, a recorrente também sustenta que não pode ser confundido o tratamento contábil do ágio – feito mediante controle na parte B do LALUR – com o tratamento fiscal do ágio – previsto no art. 386 do RIR/99.

No que diz respeito ao tratamento contábil do ágio, a contribuinte tem razão: este deve observar as normas contábeis e societárias. Assim, o valor referente ao ágio pago pode ser amortizado contabilmente, passando a integrar o valor do próprio investimento. Contudo, tais amortizações terão efeitos meramente contábeis. Com efeito, não há

autorização legal para que as mencionadas amortizações possam alterar o resultado tributável da pessoa jurídica.

Por outro lado, o tratamento fiscal do ágio aparece apenas em situações específicas, descritas pela própria legislação tributária. E é justamente nesse ponto que se encontra o equívoco da recorrente, pois esta parece ignorar o tratamento específico previsto para o ágio na legislação tributária. Antes do advento da Lei n.º 9.532, de 1997, os efeitos fiscais do ágio eram disciplinados nos arts. 33 e 34 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977. Confira-se:

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II – ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

III - (Revogado pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

IV – provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

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

I – somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

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

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

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

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

Portanto, ao adquirir um investimento, o valor referente ao ágio pago deve ser controlado na Parte B do LALUR e servirá para determinar, em caso de alienação ou liquidação do investimento, se houve perda ou ganho de capital – conforme previsto no

art. 391 do RIR/99. Implica dizer que as amortizações contábeis não terão qualquer impacto tributário, dada a ausência de previsão legal.

Essa situação não foi alterada pelos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (arts. 385 e 386 do RIR/99). Com efeito, os referidos dispositivos legais disciplinam uma situação específica, qual seja: o tratamento fiscal do ágio pago em decorrência de investimento avaliado por rentabilidade futura, nos casos em que este investimento for extinto por fusão, cisão ou incorporação. Desse modo, verifica-se nos art. 385 e 386 do RIR/99 a previsão de um tratamento específico, que autoriza a dedução das despesas com amortização de ágio em situações determinadas e desde que o contribuinte preencha todos os requisitos legais.

Portanto, não há como negar que o ágio amortizado contabilmente recebe uma disciplina da legislação totalmente distinta daquela prevista nos art. 385 e 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. Nesse ponto, cumpre destacar que esse tema já foi apreciado pelo CARF, havendo precedentes seguindo a mesma linha de raciocínio defendida pela autoridade fiscal. Confira-se nas ementas a seguir transcritas:

(Acórdão n.º 1102-001.104)

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.

(1101-000.968)

EXCLUSÃO. AMORTIZAÇÕES DE ÁGIO REGISTRADAS ANTES DA INCORPORAÇÃO. *As amortizações contabilizadas até o momento da incorporação devem ser baixadas no momento da liquidação do investimento e não observam as regras sucessórias estabelecidas para outras adições e exclusões que podem ser aproveitadas pela incorporadora.*

Nesse ponto, oportuno conferir o que asseverou a Conselheira Edeli Bessa, no Acórdão nº 1102001.104, sobre a impossibilidade de dedução dos saldos de ágio amortizados antes dos eventos sucessórios (fusão, cisão ou incorporação):

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” (n.º 105110). Demonstra, ainda, que este valor foi contabilizado a crédito na conta “Ágio s/ Invest. MSJ – Amortizado” (n.º 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.

Percebe-se, portanto, que os montantes de ágio amortizados anteriormente à incorporação não poderiam ter sido aproveitados 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.

II.3. Da impossibilidade de dedução da despesa com a amortização do ágio na base de cálculo da CSLL

A recorrente ainda traz como tese subsidiária a alegação de que, caso seja mantida a glosa referente à amortização do ágio, não há previsão legal para a adição da correspondente despesa na base de cálculo da CSLL. Segundo ele, nem toda norma que se aplica ao IRPJ, se aplica a CSLL.

A recorrente parte de uma premissa correta, contudo, chega a uma conclusão indevida.

De início, importante ressaltar que os aludidos artigos do RIR/99 são atos normativos infra-legais, cujo fundamento de validade se encontra no Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, senão vejamos:

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.

(...)

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

(...)

Art. 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados, nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.730, 1979)

III- revogado

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

§ 1º - Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente.

§ 2º - Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 1.648, de 1978). (grifo nosso)

Dessa forma, verifica-se que, em razão da adoção do Método da Equivalência Patrimonial no Brasil, **o Decreto-lei n.º 1.598/1977 (uma norma tributária) se propôs a determinar a técnica contábil para segregar o custo do investimento em duas contas distintas. Significa dizer: as figuras do ágio e do deságio surgiram de uma lei de natureza fiscal, não de uma norma específica de contabilidade.** Nesse sentido, importante transcrever trecho da obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações:

Ao comprar ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta.

A Lei das Sociedades por Ações, na verdade, não abordou esse tratamento contábil especificamente; todavia, ele está de acordo com adequada técnica contábil e expresso ainda na legislação fiscal, por meio do art. 385 do RIR/99 e na Instrução CVM n.º 247/96 (em seu art. 13). (grifo nosso)

Cumpramos observar que a legislação fiscal que autorizou a contabilização do custo de aquisição do investimento em duas subcontas distintas, uma para o ágio e outra para o patrimônio líquido, determinou, em contrapartida, a neutralidade da amortização do ágio para fins da apuração do IRPJ.

Com efeito, o art. 25 do Decreto-Lei 1.598/1977 foi expresso ao prever que a amortização do ágio NÃO será computada na determinação do lucro real. Por outro lado, o mencionado dispositivo legal faz a ressalva de que, observado o disposto no art. 33 do mesmo Decreto-Lei 1.598/1977, a amortização do ágio poderia ser utilizada para determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido.

Percebamos, Srs. Conselheiros, que o ágio amortizado somente integraria a apuração do IRPJ em duas situações: 1) na hipótese do inciso III do art. 386 do RIR/99, ou seja, em virtude de incorporação, fusão ou cisão de sociedade coligada ou controlada na qual o contribuinte tivesse participação societária adquirida com ágio ou deságio; 2) na hipótese do art. 33 do Decreto-Lei n.º 1.598/1977, que se aplica aos casos de alienação

ou liquidação do investimento em coligada ou controlada e para a apuração de ganho ou perda de capital.

Portanto, não restam dúvidas que, no caso do presente processo administrativo, o único dispositivo que poderia fundamentar eventual dedução da despesa com a amortização do ágio seria o inciso III do art. 386 do RIR/99. Isso porque não há que se falar em alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada, muito menos em ganho ou perda de capital.

A pergunta, então, é se o referido dispositivo do RIR/99 se aplicaria à apuração da CSLL.

Primeiramente, relevante destacar que a partir de uma interpretação teleológica, percebe-se que a finalidade da lei é permitir um controle contábil do ágio e da sua amortização, sem que tenha qualquer efeito fiscal até a alienação ou liquidação do investimento.

No caso da apuração da base de cálculo da CSLL, como não há norma expressa que autoriza a dedução da despesa com amortização de ágio, não há que se falar nessa renúncia fiscal.

Assim, ao contrário do que defende o recorrente, a dedutibilidade na CSLL da despesa com a amortização de um ágio não é assegurada em face da ausência de norma que preveja a adição dessa rubrica, a despesa com a amortização de um ágio, mesmo dedutível para fins de IRPJ, não é dedutível para a CSLL porque não há previsão legal a autorizando.

A premissa levanta pelo recorrente aqui tratada, e com a qual se concorda, na verdade não é subsidiária do pleito do contribuinte, mas sim da União. Destarte, a autonomia legislativa entre o IRPJ e a CSLL não impede a glosa na apuração da CSLL do ágio considerado indedutível para fins do IRPJ, mas impede o aproveitamento fiscal na apuração da CSLL do ágio considerado dedutível para o IRPJ.

Deve-se se ter em mente que, uma vez que a dedução de uma despesa na base de cálculo da CSLL importa renúncia de receita do Estado, seu cálculo pelo sujeito passivo se encontra condicionado a expressa previsão legal. Em suma, uma dedução na apuração da base de cálculo de um tributo não pode ser autorizada em face do silêncio da lei, mas sim em decorrência de norma autorizativa expressa. A regra é a indedutibilidade das despesas, a sua dedutibilidade é a exceção que deve vir expressamente prevista. Entender de forma distinta significa “rasgar” o preceito contido no artigo 111 do CTN, senão vejamos:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Destarte, ao contrário do que defende o recorrente, uma vez não sendo expressa a autorização para a dedução da base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de um ágio, essas despesas não são dedutíveis, mesmo se o ágio for considerado válido e dedutível para fins do IRPJ. A regra é as despesas não serem dedutíveis, a exceção é o oposto.

De acordo com a legislação tributária, o sujeito passivo do IRPJ e da CSLL somente pode reduzir a base de cálculo desses tributos com as deduções expressamente autorizadas pela lei. A legislação é que deve determinar os valores que serão excluídos do cálculo da apuração do lucro real e do resultado positivo ajustado para fins de incidência da CSLL; não o contribuinte de acordo com o seu livre convencimento.

Portanto, caso seja reconhecido que o ágio registrado pelo contribuinte é dedutível na apuração do IRPJ, NÃO se deve estender o mesmo entendimento para a apuração da CSLL. Isso porque não pode prevalecer a tese do contribuinte de que não existe norma

que impeça a dedução da despesa com amortização do ágio da base de cálculo da CSLL. Mas, sim, porque não há norma que autorize tal dedução.

Nesse sentido, registram-se a ementa e parte do voto do Acórdão n.º 1302-00.834:

Ementa

(...)

CSLL. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

Em conformidade com o disposto no art. 7º (caput) e inciso III da Lei nº 9.532, de 1997, a faculdade de amortização de ágio, nas condições ali referidas, limita-se à apuração do lucro real, base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica. (...)

Voto condutor

(...)

Observo que a contribuinte, por meio da peça impugnatória, sustentou que, no caso de amortização de ágio, inexistia previsão legal que permita a adição da referida despesa na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Creio que o argumento é digno de reparo.

Não se trata de falta de autorização para adição, mas, sim, de ausência de previsão legal para amortização, por força do disposto no inciso III do art. 386 do RIR/99, isto é, a faculdade de amortização refere-se à apuração do lucro real. Assim, ainda que se admitisse, no presente caso, a amortização pretendida pela fiscalizada, ela só seria possível na determinação da base de cálculo do imposto de renda. (...) (grifo nosso)

Além disso, não há que se falar em ampliação ilegal da base de cálculo da CSLL, visto que a autoridade administrativa apenas aplicou regras de apuração para chegar ao montante correto da base de cálculo – sem qualquer alteração no conceito trazido pelo caput do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988.

Por fim, como toda a espécie de renúncia fiscal, eventual dedução de uma despesa deve ser expressamente autorizada por lei, não pode ser realizada em face do seu silêncio. *(destaques do original)*

Requer, dessa forma, que *seja negado provimento ao recurso especial do contribuinte, mantendo-se o acórdão proferido pela e. Turma a quo, nos quesitos objeto da presente insurgência.*

Os autos foram sorteados para relatoria do Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, mas com sua dispensa promoveu-se novo sorteio.

Voto Vencido

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Relatora.

Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

As glosas anteriores de amortização do ágio formado nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A foram recentemente apreciadas por este Colegiado²⁰, no julgamento

²⁰ Participaram do julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Livia De Carli Germano, Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Guilherme

concluído em 06 de dezembro de 2022, e vertido no Acórdão n.º 9101-006.381, sob relatoria do ex-Conselheiro André Mendes de Moura e redatoria *ad hoc* desta Conselheira. Referido julgado contemplou outras exigências, e a decisão tomada com respeito às questões de fundo aqui subsistentes está destacada em negrito na transcrição seguinte:

Acordam os membros do colegiado, **por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial para os tópicos recursais A.4.I, A.5.II, A.5.III, A.5.V, A.5.VII, B.3, B.4, B.6 e B.7, divergindo os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que também não conheceram do tópico recursal A.5.VII** (julgamento encerrado em agosto/2022). No mérito, acordam em: i) **por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Especial nos tópicos A.4.I, A.5.II, A.5.III, A.5.V, A.5.VII, vencidos os Conselheiros André Mendes de Moura (relator), Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que negavam provimento** (julgamento encerrado em novembro/2022); ii) por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Especial nos tópicos B.6 e B.7, vencidos os Conselheiro André Mendes de Moura (relator), Edeli Pereira Bessa, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que negavam provimento; iii) por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Especial no tópico B.4 e considerar prejudicado o tópico B.3, vencido o Conselheiro André Mendes de Moura (relator) que dava provimento parcial ao Recurso Especial no tópico B.3 e considerava prejudicado o tópico B.4 e, subsidiariamente, negava-lhe provimento. Designada redatora *ad hoc* a Conselheira Edeli Pereira Bessa e designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Nos termos do § 5º do art. 58 do Anexo II do RICARF, não participou do julgamento o Fernando Brasil de Oliveira Pinto em razão de o relator, conselheiro André Mendes de Moura, já ter proferido seu voto na reunião de março de 2020. (*destacou-se*)

A decisão favorável ao conhecimento das matérias que, também aqui, tiveram seguimento, foi expressa nos seguintes termos do voto do relator, ex-Conselheiro André Mendes de Moura:

Protesta a PGFN em contrarrazões pelo não conhecimento dos tópicos recursais A.5.II, A.5.III, A.5.V, B.3 e B.4, por ausência de similitude fática entre os paradigmas apresentados e a decisão recorrida.

[...]

Sobre os tópicos A.5.III ,”IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97”, e A.5.V, “IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97”, tampouco assiste razão à PGFN.

[...]

Deve-se conhecer, portanto, o tópico recursal A.5.III ,”IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97”.

A respeito do tópico recursal A.5.V, foram apresentados os paradigmas n.º 1302-001.150 e 1302-001.182.

No caso, também não merecem reparos as conclusões do despacho de exame de admissibilidade:

Adolfo dos Santos Mendes, Gustavo Guimarães Fonseca, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Acórdãos paradigma indicados com relação a essa matéria:

Acórdão nº 1302-001.150 (2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, ementa reproduzida a seguir na parte de interesse):

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDEVIDA. SIMULAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA.

Deve ser afastada a imputação de simulação, quando não demonstrado o pacto simulatório.

O fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio não se constitui em conduta simulada, pois, diante de dois caminhos lícitos, não estaria obrigado a optar pelo mais oneroso tributariamente, ou seja, aquele em que ele adquirisse diretamente as ações com ágio e depois não pudesse realizar o evento (incorporação, fusão ou cisão) que lhe permitisse recuperar o custo sem alienar o investimento.

A dedutibilidade da amortização do ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, após a incorporação da controladora pela controlada, encontra expressa previsão legal nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Acórdão nº 1302-001.182 (2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, ementa reproduzida a seguir na parte de interesse):

DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA INDEVIDA.

Não restando demonstrados a simulação, o abuso de direito e a fraude à lei na geração do ágio, como sustentava a Fiscalização, há que se cancelar a glosa da despesa. Não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja.

Registre-se que os paradigmas em questão foram utilizados na demonstração de dissídios jurisprudenciais tratados anteriormente.

Em síntese, a Recorrente, ao demonstrar o dissídio jurisprudencial, assim argumenta:

240. A leitura do excerto acima transcrito leva a crer que a Mittal NV somente poderia adquirir participação na Arcelor BR se o fizesse de forma direta. Isso implica dizer que a constituição da Mittal BR seria irregular e que esta última não poderia adquirir participação na Arcelor Brasil.

241. Ocorre que a Mittal NV sempre teve plena liberdade para definir a forma como a aquisição das ações seria realizada. Esse é o posicionamento adotado pelo **acórdão paradigma no 1302-001.150 (doc. 13)**, proferido em contexto fático similar ao presente, no qual este E. CARF, em decisão unânime, decidiu que **um investidor estrangeiro não está obrigado a efetuar uma aquisição direta de participação societária**, de forma que pudesse eventualmente restringir o seu direito ao aproveitamento fiscal do ágio gerado na transação, caso pudesse fazê-lo por meio de subsidiária brasileira. Confira-se:

(...)

242. No mesmo sentido também é o **acórdão paradigma no 1302-001.182 (doc. 11)**:

(...)

243. A simples leitura dos excertos acima, extraídos dos acórdãos paradigmas, basta para justificar a reforma do acórdão recorrido, que desconsiderou operações validamente realizadas pelo grupo econômico da Recorrente.

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

Com efeito, nos paradigmas, ambos de relatoria do Conselheiro Relator Alberto Pinto Souza Júnior, conclui-se que "o fato de o investidor no exterior ter preferido aportar capital em uma subsidiária brasileira, para que essa depois adquirisse as ações da recorrente com ágio" não afasta a dedutibilidade da amortização do ágio (primeiro paradigma) e que "não é ilícita a conduta do investidor estrangeiro que prefere, primeiro, constituir uma subsidiária no Brasil, para que essa, depois, adquira os investimentos que a matriz no exterior deseja" (segundo paradigma).

No acórdão recorrido, por sua vez, conclui-se que em semelhante aquisição "a sociedade que efetivamente pagou o ágio, mediante transferência de recursos e capitalização, não foi extinta, assim como não o foi o próprio investimento", o que conduzia à conclusão no sentido de que os procedimentos, embora formalmente regulares, não tinham qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica que não fosse o efeito tributário desejado, inviabilizando o aproveitamento fiscal do ágio pago.

Como se pode observar, tanto os paradigmas quanto a decisão recorrida compartilham de fatos similares, com utilização de empresa "veículo" receptora de aportes de controladora no exterior para aquisição de investimento com ágio, e apresentam entendimentos divergentes na interpretação da legislação tributária relativos a possibilidade de aproveitamento de despesa de amortização de ágio. Assim, afasto a preliminar de não conhecimento suscitada em contrarrazões.

Deve-se conhecer, portanto, o tópico recursal A.5.V, "IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97.

[...]

Em relação aos tópicos recursais [...] A.5.VII- INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.981/95; [...]; adoto as razões do despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 18742/18779 para conhecê-los, com fulcro no art. 50, inc. V, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999²¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (*destaques do original*)

Esta Conselheira declarou voto conhecendo parcialmente do recurso especial da Contribuinte, em menor extensão, especificamente na matéria aqui identificada como (10) "inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio":

Esta Conselheira acompanhou o I. Relator no CONHECIMENTO PARCIAL do recurso especial, porém em menor extensão, concordando com seu voto em relação aos seguintes pontos:

[...]

²¹ 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.

- Na matéria A.4.I- *POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO SALDO DO ÁGIO MJS: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 386, INCISO III, DO RIR/99*, concernente apenas ao ágio MJS apurado em aquisição de 2003 e parcialmente realizado no próprio ano, antes da integração da investida à investidora em 01/01/2004, com a subsequente exclusão daquela parcela do lucro real de 2006 (parcelas acumuladas de 2004 a 2006) e de 2007 e 2008, o recurso especial deve ser CONHECIDO porque o paradigma n.º 1401-001.902 expressa que *a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal*. Anote-se que o voto condutor do acórdão recorrido traz a ponderação que *a amortização do ágio só pode ocorrer, dentro dos parâmetros legais, depois do ato de incorporação, fusão ou cisão, sendo certo que em relação ao montante diretamente excluído em 2008 nem mesmo a comprovação do fundamento econômico permitiria tal dedução, pois os balanços devem ser levantados posteriormente ao ato que ensejou a reorganização societária, o que efetivamente não ocorreu*, contudo, não há qualquer objeção específica à amortização de 2008, que tratou genericamente da impossibilidade de amortização fiscal do ágio já amortizado contabilmente, e é esta argumentação genérica que o voto condutor do acórdão recorrido endossa na sequência da referência específica a 2008, antes mencionada.

[...]

- Na matéria A.5.II- *IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR O INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL*, concernente apenas à amortização do ágio ARCELOR, deve ser CONHECIDO o recurso especial, vez que a amortização do ágio ARCELOR encontra como objeção, no acórdão recorrido, o fato de que *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*, mas isto apenas com base no paradigma n.º 1302-001.182, porque este, diversamente do outro paradigma que trata de distinta operação societária, também analisou amortização de ágio formado na aquisição por investidor estrangeiro, que primeiro aportou capital em sociedade-veículo, para esta adquirir a investida e ser incorporada por ela. Anote-se que o caso em tela teria como diferencial o fato de as operações de compra das ações de ARCELOR serem precedidas de oferta pública em face dos minoritários, à qual foi obrigada Mittal Steel Company N.V., que assim constituiu Mittal Steel Brasil Participações S/A para *suportar o ônus decorrente da aquisição das ações via OPA*. Contudo, esta circunstância específica para caracterização da empresa estrangeira como real adquirente não foi destacada no voto condutor do acórdão recorrido, no qual tomou-se como suficiente, em alinhamento a julgado desta 1ª Turma, constatar que a Mittal Steel Brasil Participações S/A foi *receptáculo* dos recursos destinados à aquisição da investida, a evidenciar Mittal Steel Company N.V como real adquirente;

- Na matéria A.5.III- *IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PRÓPOSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97*, concernente apenas à amortização do ágio ARCELOR, deve ser CONHECIDO o recurso especial, vez que afirmada a ausência de *propósito negocial ou racionalidade econômica* nas operações realizadas, ao passo que esta referência foi considerada no paradigma n.º 1302-001.150 um conceito vago e não positivado em nossa legislação, e isso em operação semelhante à presente na *qual um investidor estrangeiro (1700480 ONTARIO INC) aporta capital em uma empresa (BERTOLINO), a qual adquire ações de outra empresa com ágio (MTE) e, a seguir, esta incorpora aquela*, assim como no paradigma n.º 1302-002.045 consignou-se que *a alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico*, em operação na qual GRAPPA é interposta entre os reais adquirentes de RAIA, que seriam PRAGMA E GÁVEA;

- Na matéria A.5.V- *IMPROPRIEDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS E EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL E EFETIVA AQUISIÇÃO DA ARCELOR BRASIL PELA MITTAL BR: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97*, concernente apenas à amortização do ágio

ARCELOR, deve ser CONHECIDO o recurso especial, vez que afirmada em face do paradigma n.º 1302-001.150, já admitido na matéria A.5.III e do paradigma n.º 1302-001.182, admitido na matéria A.5.II;

[...]

O conhecimento parcial em menor extensão decorre da discordância quanto à matéria A.5.VII- *INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.981/95*. Embora o voto condutor do acórdão recorrido mencione a equivalência entre a legislação de regência da CSLL e do IRPJ, consignou-se como fundamento para manutenção da exigência de CSLL que *a constatação da artificialidade das despesas relativas ao ágio não nos permite aceitar, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL*.

A Contribuinte suscitou esta divergência no tópico A.5, correspondente ao *Ágio ARCELOR*, distinto do tópico A.4, correspondente ao *Ágio MJS*, muito embora as exclusões indevidas correspondentes a este segundo ágio também tenham sido apontadas para cálculo da CSLL. E, relativamente àquele primeiro ágio, a concepção de artificialidade dos valores deduzidos decorre do fato de a real-adquirente não ter sido integrada à investida na incorporação que antecedeu a amortização fiscal do ágio. Sob esta ótica, constata-se a dessemelhança fática entre os acórdãos comparados.

Isto porque o paradigma n.º 9101-002.310 trata de lançamento exclusivamente de CSLL, decorrente da exigência de adição ao lucro líquido de amortizações de ágio que foram adicionadas ao lucro real, porque referentes a investimento mantido no patrimônio da investidora. Ou seja, frente à observância, no âmbito de IRPJ, de regra que busca neutralizar as amortizações de ágio, postergando seus efeitos para o momento da liquidação do investimento, exigiu-se do sujeito passivo que a mesma providência fosse adotada no âmbito da CSLL, e este Colegiado, em antiga composição, afirmou inexistir norma legal que assim determinasse. Referido precedente distingue-se do substancialmente recorrido, no qual a amortização fiscal se deu depois da integração da pessoa jurídica tida como adquirente e a investida, afetando as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e a autoridade fiscal pretendeu reverter estes dois efeitos afirmando ser outra a real-adquirente do investimento.

O paradigma n.º 1301-002.047, por sua vez, teve em conta amortização de ágio que foi admitida tanto no âmbito do IRPJ, como da CSLL, dado tratar-se de aquisição no âmbito de *processo de privatização*, hipótese na qual este Conselho já teria concluído *no sentido de sua legitimidade, não obstante o uso de “empresas veículo”*. Especificamente quanto à incidência da CSLL, o outro Colegiado do CARF concordou com a interpretação de que, diante de uma exigência formulada como reflexo do IRPJ, e considerando a independência entre a apuração dos dois tributos, a glosa no âmbito da CSLL somente seria possível se demonstrado *que a despesa com a amortização do ágio teria sido apropriada ao resultado contábil (LLE) em desacordo com a legislação comercial, reduzindo-o indevidamente*. Acrescentando que vícios em fundamentação do ágio pago somente afetaria a amortização no âmbito do IRPJ, e observando que inexistiria exceção semelhante no âmbito da CSLL, a exigência correspondente deveria ser afastada.

Este segundo precedente, portanto, se mostra convergente com o recorrido, vez que a artificialidade referida neste corresponde à demandada demonstração, no segundo paradigma, de *que a despesa com a amortização do ágio teria sido apropriada ao resultado contábil (LLE) em desacordo com a legislação comercial, reduzindo-o indevidamente*. De fato, se a titular do investimento não é a pessoa jurídica extinta por incorporação à investida, a realização deste investimento não pode ser amortizada como despesa senão pela titular do investimento.

Para além disso, esta Conselheira tem dirigido seu entendimento em afirmar a existência de dissídios jurisprudenciais a partir da análise de **decisão** de diferentes Colegiados do

CARF, e não necessariamente dos votos condutores dos julgados comparados. Assim, se os casos comparados apresentam dessemelhanças fáticas que poderiam afetar a decisão da matéria, não basta a constatação de que alguma passagem do voto condutor do paradigma, isoladamente, reformaria o entendimento expresso no acórdão recorrido. A **decisão** do Colegiado que proferiu o paradigma é aferida a partir do **contexto fático** analisado em conjunto com os **fundamentos do voto condutor** do julgado.

E, no segundo paradigma, fato é que o Colegiado decidiu por reverter a exigência de CSLL em um contexto no qual as amortizações de ágio foram admitidas no âmbito do IRPJ, o que impede avaliar como decidiriam aqueles Conselheiros na hipótese de as amortizações de ágio serem declaradas indedutíveis na apuração do lucro real.

Esta as razões, portanto, para divergir do I. Relator e NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial relativamente à matéria *A.5.VII- INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO DA CSLL DAS DESPESAS COM A AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.981/95. (destaques do original)*

A pretensão da Contribuinte, neste ponto, é ver a exigência de CSLL afastada, ainda que não tenha sucesso em sua argumentação em favor da amortização do ágio do âmbito do IRPJ, como se vê do seguinte excerto de seu recurso especial:

339. Pois bem. A Recorrente defendeu, ao longo do presente processo administrativo, que a amortização do ágio não suscita grandes problemas em relação à CSLL. Diferentemente do 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.

Assim, embora a exigência reflexa da CSLL possa ser afetada pelo conhecimento do recurso especial nas demais matérias que defendem os efeitos fiscais do ágio formado nas operações aqui em debate, resta evidenciado, como demonstrado no precedente acima transcrito, que os paradigmas aqui novamente apresentados não se prestam a caracterizar divergência jurisprudencial autônoma, com potencial de afastar a exigência de CSLL, ainda que reconhecidos os pretendidos efeitos fiscais nas matérias cujo conhecimento será a seguir analisado.

Aqueles fundamentos, portanto, são aqui reiterados para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial na matéria (10) *“inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio”*.

Com respeito à matéria (7) *“legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”*, o seguimento aqui se deu com base nos paradigmas nº 1301-002.434 e 1302-002.045, sendo que apenas este último foi analisado no precedente, mas na matéria *A.5.III- IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PRÓPOSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97*

O paradigma nº 1301-002.434 foi recentemente revisitado por este Colegiado²² no Acórdão nº 9101-006.251, negando-se conhecimento, à unanimidade, ao recurso especial da PGFN contra ele interposto, pelas razões assim expressas pelo Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, no ponto que aqui interessa à Contribuinte:

Verifica-se que o acórdão recorrido trata da aquisição do controle acionário da empresa nacional Dixie Toga pelo grupo americano Bemis que, para tanto, criou uma holding no

²² Participaram do presente julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

país (empresa veículo) para efetuar a compra das ações dos acionistas majoritários e, posteriormente, de participações de sócio minoritários.

A referida empresa veículo, segundo o acórdão recorrido, foi a responsável pelas transações no país, inclusive perante a CVM, e manteve-se ativa por três anos até que foram realizadas as operações societárias que permitiram a amortização do ágio pago na aquisição do controle acionário. É o que se extrai dos excertos do voto condutor, *verbis*:

Passemos à análise dos fatos:

1) em 2005, o grupo Bemis quis adquirir as ações da Recorrente, que era uma sociedade anônima de capital aberto negociada em bolsa de valores, controladas pelas famílias Habermeld e Klabin, conforme abaixo:

[...]

Para tanto, a Bemis se utilizou de uma empresa holding no Brasil, a Misbe Participações Ltda. (Misbe).

E em Janeiro de 2005, a Misbe adquiriu o controle acionário da empresa Dixie Toga S/A, como parte de sua expansão mundial de mercado no setor de embalagens. E para tanto, ela adquiriu as ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas físicas (famílias Habermeld e Klabin), e ações de empresas holding que detinham ações da Dixie Toga S/A (SH Participações S/A " SH" e DT Participações S/A " DT"). Em seguida, a Misbe iniciou a aquisição de minoritários com a compra de ações da Dixie Toga S/A detidas por pessoas jurídicas (Brampac e Emília Participações).

Dessa aquisição a Misbe registrou ágio, conforme art. 385 do RIR/99. Passando a estrutura ter a seguinte forma:

[...]

Continua a Recorrente, que o grupo Bemis ensejava continuar a adquirir ações da Dixie Toga S/A dos acionistas minoritários remanescentes, a Misbe permaneceu em funcionamento até dezembro de 2008.

Quando o Grupo Bemis decidiu simplificar a sua estrutura societária, eliminando todas as empresas holding, e assim sendo, a Misbe foi incorporada pela SH, e a SH foi incorporada pela DT, e, por fim, a DT foi incorporada pela Dixie Toga S/A, ora Recorrente.

Passando a estrutura final a seguinte:

[...]

Dessa forma, o ágio registrado pela Misbe compôs o patrimônio vertido na Dixie Toga S/A, e esta passou a amortizar o ágio a partir de janeiro de 2009, nos termos do art. 386 do RIR/99.

No caso em tela, a Fiscalização e a decisão a quo refutam a existência da Misbe, já que sem propósito comercial, constituindo-se tão-somente em empresa veículo para a internalização do ágio, e que após uma série de operações não típicas de mercado, incorporações, realizadas em curtos espaços de tempo, visou unicamente a utilização do ágio pago, implicando em grande "economia" de tributos pela empresa brasileira.

E que em resumo, concluiu-se que o controle da Recorrente foi de fato adquirido, com ágio, pela empresa americana Bemis, de forma indireta, com a criação de empresa veículo, para que fosse possível o aproveitamento do ágio, através de operações estruturadas em sequência, ocorridas em curto intervalo de tempo, passando a Bemis a ter o controle direto da ora Recorrente, que possui o "direito" de utilizar o ágio.

Conforme se verifica dos autos, e da decisão a quo, reitera-se que **não é caso de ágio gerado artificialmente**, mas de ágio decorrente da aquisição pela Bemis da participação societária de 68,65%, que a DT e a SH detinham junto à Dixie, em

janeiro de 2005, no valor de R\$628.542.301,97, em que foi pago um ágio de R\$498.280.833,57, **operação com propósito negocial visível e envolvendo pessoas jurídicas independentes, com dispêndio de recursos e com previsão de ganho com base na rentabilidade futura.**

[...]

A Bemis, é uma empresa fundada nos Estados Unidos, em 1858, produtora de sacos de algodão para grãos e produtos moídos, e desde então vem expandindo e desenvolvendo sua produção e participação no mercado internacional. Assim, em 2004, decidiu adentrar no mercado brasileiro, mediante a aquisição do controle acionário da Dixie Toga S/A, o que ocorreu através da Holding Misbe, em janeiro de 2005, holding esta que foi responsável pela comunicação ao mercado da aquisição do controle da Recorrente, submetida às normas da CVM, bem como em relação às normas relativas aos acionistas minoritários.

Em razão inclusive da grande quantidade de acionistas minoritários, a existência da holding se justificou, já que foi ela que adquiriu as referidas ações. Ademais, em razão das taxas cobradas pelos bancos comerciais para a realização das operações de câmbio, conseguiu reduzir o custo das operações, bem como pelo pagamento em 3/4/2006 do ajuste do preço de aquisição às pessoas físicas, no valor de R\$9.122.400,00, fls. 2.698/2.699.

Dessa forma, mostrou-se que a Misbe teve função ao ser constituída, assim como serviu de porta-voz com a CVM, sendo responsável por todos os atos. Isso tudo por 3 anos.

Isso tudo demonstra que a existência da Misbe não teve o objetivo único, conforme mencionado pela Fiscalização e DRJ, de fraudar o Fisco, com o intuito único de economia tributária.

Portanto, aqui, importante ressaltar e pontuar que a fiscalização entende como válida a originação do ágio, bem como seu valor. Isso não é de nenhuma forma aqui atacado.

O ponto crucial está criação da empresa Misbe, como empresa-veículo e na sequência de operações societárias, incorporação reversa que levaram o ágio inicial para a ora recorrente, que nos termos da lei passou a deter o direito de amortiza-lo.

[...]

(grifei)

De outra parte, no primeiro acórdão paradigma indicado (9101-002.188) se analisa a transferência do ágio apurado e pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subseqüentes para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A própria ementa do Acórdão paradigma nº 9101-002.188 é suficiente para identificar a situação por ele analisada, *verbis*:

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, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há 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 por meio de**

interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar, que foi o caso dos autos, sendo indevida a amortização do ágio pela recorrida.

[...]

Como se vê, no paradigma o ágio é pago em operação anterior de aquisição de participação societária pela “real adquirente” que, em momento posterior, promove a incorporação da participação adquirida com o respectivo ágio em uma nova empresa que é utilizada em operações subsequentes, em curtíssimo prazo e sem qualquer justificativa, para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio.

A situação examinada no paradigma é distinta da discutida nestes autos em que, embora também exista a acusação da utilização de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento do ágio, neste caso o ágio já surge na empresa criada para tal fim (MISBE).

Esta empresa recebeu o aporte de recursos, a título de integralização de capital, da empresa estrangeira (BEMIS), que seria a “real investidora” e em nome próprio efetuou a aquisição da participação societária juntos aos acionistas majoritários e, posteriormente, de minoritários. O passo seguinte concernente à incorporação reversa da investidora pela investida com vistas a viabilizar a amortização do ágio, somente veio a ocorrer três anos depois do início do processo de aquisição das ações

Assim, não é possível afirmar que, diante deste quadro fático, o colegiado que proferiu o acórdão paradigma chegaria à mesma conclusão adotada no acórdão paradigma.

Desta feita, entendo que o primeiro acórdão paradigma não se presta para caracterizar a divergência jurisprudencial ante à substancial distinção fática dos casos comparados.

Melhor sorte, a meu ver, não encontra o segundo paradigma (9101-002.213) com vistas à caracterização da divergência.

Embora haja alguma semelhança com o acórdão recorrido no tocante à utilização de uma empresa veículo para aporte de capital e aquisição da participação societária por parte de empresa estrangeira, aqui também se verificam importantes dessemelhanças fáticas que impedem a caracterização do dissídio.

Nota-se que no caso paradigma a aquisição da participação acionária da empresa no país (COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL), cuja proprietária era outra empresa situada no exterior (COLUMBIAN INTERNACIONAL CHEMICALS), pelas empresas CC HOLDCO CAYMAN e CC HOLDCO LUXEMBURGO foi feita por intermédio de uma empresa veículo criada no país com este único propósito.

Além do fato de que todas as operações foram realizadas em curtíssimo espaço de tempo, observa-se que os recursos necessários à aquisição ingressaram no país e na mesma data foram remetidos para a empresa vendedora situada no exterior.

Ou seja, o que se verifica naquele caso é uma transação entre duas empresas situadas no exterior acerca da participação de uma delas em empresa situada no país tendo sido identificado como único propósito da interposição da empresa veículo no país a possibilidade de internalização do ágio gerado no exterior e seu posterior aproveitamento fiscal.

[...]

Como se vê, embora ambos os acórdãos cotejados tratem da utilização de empresa veículo para a aquisição e da ausência de confusão patrimonial entre a real investidora e a investida, notam-se significativas diferenças fáticas entre os casos, de sorte que não é possível afirmar como o colegiado que proferiu o acórdão paradigma analisaria o presente caso.

Destarte, entendo que não ficou efetivamente caracterizada a divergência suscitada em face do segundo paradigma.

Pelo exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso quanto à primeira matéria.
(*destaques do original*)

Nestes termos, portanto, o fato de os paradigmas tratarem de ágio existente no patrimônio da investidora e transferido para a empresa-veículo foi determinante para desassemelhar os casos com o recorrido, no qual a empresa-veículo foi constituída para aquisição das ações. Também sob esta ótica, o paradigma n.º 1301-002.434 foi rejeitado pela maioria deste Colegiado²³ no Acórdão n.º 9101-006.291, conduzido pelo voto do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, neste ponto:

Comparando, então, os votos em questão (vencido x vencedor), percebe-se que prevaleceu o entendimento de que a **transferência de ágio** para empresa veículo revelaria conduta que buscou burlar *requisito essencial para que se aplique a norma de exceção que confere a dedutibilidade veiculada pela Le n.º 9.532/97*, qual seja, *a falta de confusão patrimonial entre a investida e a investidora*.

Além disso, também é possível aferir que o entendimento pela necessidade de constituição da *empresa veículo Sobraser*, que havia sido reconhecida pelo voto vencido, não foi seguido pela maioria qualificada da Turma Julgadora *a quo*.

Pois bem.

Da ementa do *primeiro paradigma* (Acórdão n.º **9101-003.609**) extrai-se que:

[...]

No que diz respeito ao *segundo paradigma* (Acórdão n.º **1301-002.434**), cumpre observar que este diz respeito à aquisição de participação societária em empresa brasileira (*Dixie Toga*), por sociedade controladora domiciliada no exterior (*Bemis*), por intermédio de uma *holding* (*Misbe*), que foi considerada empresa veículo e extinta após 3 (três) anos da aquisição via *incorporação reversa*.

Além do *propósito negocial* e seus efeitos na amortização fiscal do ágio, o cerne da discussão lá travada se deu principalmente em torno da legitimidade ou não da *internacionalização* ou *nacionalização do ágio*, e não de transferência de ágio propriamente dita.

Nesse sentido, o voto condutor esclarece que:

[...]

Como se vê, a dedutibilidade do ágio realmente restou assegurada pelo julgado ora comparado, mas em situação na qual enfatizou-se não haver *simples transferência de ágio*. Ademais, a Turma Julgadora ainda considerou que a sociedade *Misbe*, ou seja, a dita *empresa veículo*, seria na verdade uma *holding* que mostrou-se necessária para a própria aquisição do investimento, figurando na realidade como *real adquirente* do investimento.

Tais circunstâncias, determinantes para a distinta solução jurídica naquele caso, mas que aqui não se fazem presentes, a meu ver prejudicam o conhecimento recursal também à luz do *segundo paradigma*.

Posto isso, não conheço do Apelo no tocante à matéria dedutibilidade, para fins fiscais, das quotas de amortização de ágio.

Aqui, como relatado, as amortizações de ágio glosadas têm diferentes origens:

a) R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA;

²³ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), e divergiram no conhecimento os Conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira. Ausente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

- 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. (*destaques do original*)

Os itens “c” e “d”, como se vê, correspondem a parcelas do ágio formado no aporte promovido por Mittal Steel Company NV em Mittal Steel Brasil Participações S/A, ainda que referente a ações de Arcelor Brasil S/A. Não se trata de ágio formado na aquisição, por Mittal Steel Brasil Participações S/A, de ações de Arcelor Brasil S/A detidas por terceiros. Assim, em linha com os precedentes citados, em relação a estas parcelas, o paradigma n.º 1301-002.434 não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial. Para tanto, essencial seria que o ágio fosse formado entre partes não-relacionadas e em aquisição promovida pela denominada “empresa-veículo”.

Quanto ao paradigma n.º 1302-002.045, sua admissibilidade na análise anterior da matéria por este Colegiado teve em conta arguição de *IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A TEORIA DO PRÓPOSITO NEGOCIAL: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97*. Aqui, o seguimento se deu em face de outra arguição, referida nos seguintes termos do exame de admissibilidade:

(7) “legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”

Decisão recorrida:

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 n.º 9.532/97 e art. 10 da Lei n.º 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 comercial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n.º 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.

[...]

Acórdão paradigma n.º 1302-002.045, de 2017:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. O legislador tributário, não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, seja por motivos tributários, societários, econômicos ou quaisquer outros, desde que o faça licitamente.

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

27. Quanto a essa sétima matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

28. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que *a amortização do ágio [...] 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*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs [...], e 1302-002.045, de 2017) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, [...] que *a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude (segundo acórdão paradigma)*. (destaques do original)

Como relatado, a Contribuinte sintetizou a divergência jurisprudencial sob a ótica de que o acórdão recorrido afirma a *impossibilidade de utilização de “empresa veículo” criada para possibilitar a amortização de ágio*, ao passo que segundo a sua ótica, o paradigma n.º 1302-002.045, *a lei fiscal permite a adoção, já que não impede, de empresas-veículos e transferências de ágio, da mesma maneira, objetivando a fruição de um benefício fiscal previsto em lei*.

Destacando do acórdão recorrido a premissa de 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, e não a empresa constituída formalmente sob a legislação brasileira, Mittal Steel Brasil Participação 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*, a Contribuinte refere, deste segundo paradigma, a ementa, no sentido de que *a utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude*, e argumenta que:

243. Como se vê, em posição contrária àquela adotada no acórdão recorrido, os acórdãos paradigmas sustentam que a utilização de empresa veículo não tem o condão de descaracterizar as operações e de invalidar a amortização do ágio, ainda que seja empregada para obtenção de eficiência fiscal. No racional adotado nos acórdãos paradigmas, o uso das empresas veículo apenas poderia ser condenado caso comprovada a existência de conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa.

244. Neste ponto, é importante enfatizar que o emprego da expressão “por si só” nas ementas dos acórdãos paradigmas pretendem, justamente, conferir a percepção de que,

caso existentes elementos que demonstrem intenção simulada, fraudulenta ou dolosa, o uso da empresa veículo pode ser considerada um indício adicional, mas, na hipótese em que ausentes esses elementos, não se prestará à desqualificação dos atos lícitos praticados pelos contribuintes.

245. Ora, a existência de quaisquer destas patologias (simulação, fraude ou dolo) não foi suscitada em nenhum momento nos presentes autos, sendo incontroverso que estes vícios não estão presentes nas operações praticadas pela Recorrente e demais entidades do grupo.

246. Nessa linha, tem-se para acusações fiscais semelhantes (operação lícita com emprego de empresa veículo) duas soluções distintas: enquanto o acórdão recorrido entendeu, com base na alegação de que a Mittal BR seria empresa veículo, pela ineficácia das operações para fins fiscais em decorrência de suposta falta de confluência patrimonial, os acórdãos paradigmas consideram como cumpridos os requisitos legais para amortização fiscal do ágio no caso em que empregada empresa veículo.

247. Demonstrada a existência de efetivo dissídio jurisprudencial também em relação a este tema, requer-se a reforma do acórdão recorrido nos termos dos **acórdãos paradigmas n.º 1301-002.434 e 1302-002.045**, a fim de que seja reconhecida a impossibilidade de se glosar a amortização do ágio e seja cancelado, por consequência, o crédito tributário em face da Recorrente, independentemente de qualquer outra consideração.

Referido paradigma, à semelhança do primeiro, também foi revisitado por este Colegiado em razão de recurso especial interposto pela PGFN, ao qual foi negado conhecimento por maioria de votos²⁴, nos seguintes termos do voto vencedor desta Conselheira exarado no Acórdão n.º 9101-006.037:

Na primeira matéria, o recurso fazendário teve seguimento com base nos paradigmas n.º 9101-002.188 e 9101-002.428. A PGFN partiu da premissa que *o acórdão recorrido aceitou a possibilidade de amortização de ágio, apesar da interposição de empresa veículo* e, sob esta ótica, afirmou o dissídio jurisprudencial em face do paradigma n.º 9101-002.188 porque. *tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma, verifica-se que o reconhecimento da existência legal das empresas intermediárias/veículo, assim como da validade da operação e consequente existência de ágio, sendo que para o paradigma a amortização com efeitos fiscal somente se verifica acaso existente a confusão patrimonial entre a real investidora e investida, ainda que se afirme a inoportunidade de simulação. Já o paradigma n.º 9101-002.428 também trataria de transferência de ágio por meio de empresa veículo, sendo afastada a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), diversamente do acórdão recorrido.*

Extrai-se da transcrição da acusação fiscal, presente no relatório do acórdão recorrido, que a operação examinada pelo Colegiado *a quo* teve em conta empresa-veículo constituída antes da aquisição e que figurou como adquirente do investimento com pagamento de ágio, muito embora com a assunção de obrigações equivalentes pelas pessoas jurídicas consideradas reais adquirentes. Veja-se:

23. O desenvolver desses fatos nos conduzem claramente a uma só conclusão: GAVEA e PRAGMA, interessadas em adquirir participação societária em RAIA, arquitetaram previamente intercalar uma sociedade (GRAPPA) com o único propósito de promover a sua incorporação e, assim, aproveitar a amortização do ágio na operação para, ilícitamente, reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL de RAIA.

²⁴ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andréa Duek Simantob (Presidente), e divergiu no conhecimento a conselheira Andréa Duek Simantob.

24. Nos três documentos que serviram para formalizar a aquisição (o Contrato de Investimento, Doc 02, fls. 70 a 122; o Contrato de Opção de Compra e Venda de Ações” Doc 02, fls. 123 a 145; e o Acordo de Acionistas, Doc 02, fl. 147 a 218), GAVEA e PRAGMA manifestam o seu interesse original de investir em RAIA, e assumiram para si direitos e obrigações equivalentes àqueles assumidos por GRAPPA.

25. Ademais, GRAPPA foi constituída poucos dias antes da celebração dos atos anteriormente descritos (conforme ficha cadastral completa da Junta Comercial do Estado de São Paulo, Doc 15, GRAPPA foi formalmente constituída apenas em 01/10/2008, com início das atividades em 22/09/2008) e veio a ser incorporada por RAIA um ano depois.

Estas as premissas para a autoridade fiscal concluir, nas palavras do relator do acórdão recorrido, ex-Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que GRAPPA, *além de ter operado em um curto espaço de tempo, não possuía qualquer substrato societário, segundo a fiscalização, sendo seu único propósito o de conduzir ilicitamente o ágio*. Este entendimento foi refutado no voto condutor do acórdão recorrido, concluindo-se o que, *tendo os atos sido procedidos em conformidade com a lei; não havendo fraude, dolo ou simulação na execução dos mesmos, e não sendo dada a análise quanto à existência, ou não, de propósito negocial, seria indevida a glosa procedida, bem como a qualificação da multa de ofício*.

A circunstância de a aquisição ter sido promovida pela pessoa jurídica interposta tem sido determinante para a caracterização de dissídios jurisprudenciais nesta temática. No Acórdão nº 9101-005.790, o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli foi acompanhado pela maioria deste Colegiado²⁵ para negar a caracterização da divergência em face do paradigma nº 9101-002.188, em razão daquela ocorrência específica estar presente no recorrido, mas não no paradigma:

Nesse caso específico, cumpre observar que a discussão se restringiu a legitimidade ou não de uma *holding (empresa-veículo)* adquirir o investimento com ágio e, ato seguinte, ser incorporada pela empresa investida, de forma a reunir as condições para a dedução fiscal do ágio que foi por ela pago.

Aos olhos do voto vencedor do acórdão ora recorrido:

O fundamento único, diga-se, utilizado pela D. Auditoria para inquirir de ilegalidade as operações acima, e, consentaneamente, para glosar as despesas deduzidas pela recorrente a título de amortização de ágio, foi o uso de uma "empresa de passagem", de vida curta, para efetuar-se a aquisição do investimento mencionado alhures; ao ver da fiscalização, e da DRJ, a criação da aludida empresa veículo não teria, em si, um fundamento econômico suficiente para justificar os negócios pactuados, tal qual como concebidos, identificando-se, assim, um intuito exclusivamente fiscal.

Venia concessa, na minha opinião e com o devido respeito aos que dela divergem, a criação de uma empresa de passagem para a aquisição, por empresas estrangeiras, de investimento lotado em território nacional está adstrita à liberdade de reorganização empresarial, embasada, inclusive, na garantia constitucional posta no art. 170 da CF88. Dizer-se, neste particular, que determinadas companhias estrangeiras estão obrigadas à efetuar a compra de ativos instalados no Brasil de forma direta e sem interposição de qualquer outra entidade, revela, insisto, na minha visão, pretensão de pautar a estrutura societária e institucional de entes privados.

²⁵ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício), e divergiram na matéria os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob.

E da declaração de voto do I. Presidente da Turma a quo, Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado extrai-se que:

Com relação ao fundamento principal da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Neste passo, com a devida vênia do entendimento fiscal e do adotado pelo i. relator, o meu entendimento é o de que a utilização da empresa chamada "veículo" para a aquisição do investimento encontra respaldo no ordenamento societário e fiscal e, efetivamente, encontra-se dentro da esfera de liberdade que a empresa tem para conduzir os seus negócios, inclusive de modo a lhe propiciar o menor custo ou a maior vantagem tributária.

Note-se que o negócio de compra e venda é real. O que se discute é se o contribuinte poderia adotar a estrutura societária que utilizou para a sua concretização.

(...)

A possibilidade legal de aproveitamento do ágio (uma vez que este tenha ocorrido e sido demonstrado legitimamente) decorre da absorção do patrimônio de um pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. Inc II do art. 385 do RIR/1999, inclusive quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a participação.

Assim dispõe o art. 386 do RIR/1999:

(...)

Analisando o dispositivo acima, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

E, no caso, concreto, a pessoa jurídica que detinha a participação era, indubitavelmente, a empresa holding que foi a responsável pela aquisição

da participação societária no Brasil, ainda que os recursos tenham vindo, confessadamente, de empresas situadas no exterior.

Portanto, os reais detentores do investimento no Brasil eram a empresa do grupo TNT situada no exterior, mas ao contrário do entendimento fiscal a lei não estabelece a confusão patrimonial entre investidora (de fato) e investida, mas, sim e expressamente, entre a "pessoa jurídica" que detém a participação societária na outra "pessoa jurídica" adquirida com ágio com esta última, ou vice-versa, por meio de processos de incorporação, fusão ou cisão.

Como se nota, a circunstância fática da TNT-Two (a holding ou empresa veículo) ter efetuado o pagamento do preço do negócio, ou seja, ter sido a adquirente de direito, foi determinante para a decisão do Colegiado em sentido contrário à glosa da dedução do ágio.

Os *paradigmas* (Acórdãos n.ºs **9101-002.188** e **9101-002.186**), por sua vez, analisaram os requisitos de dedutibilidade do ágio à luz de situação fática diversa, qual seja, em aquisição de investimento com ágios que foram transferidos para empresas veículos.

Vale dizer, diferentemente daqui, naqueles casos o preço do negócio não foi pago pela empresa veículo que se envolveu no evento de incorporação, mas sim por terceiro.

Tratam-se, portanto, de situações fático-jurídica incomparáveis para a finalidade pretendida pela Recorrente, fato este que impede a caracterização do dissídio, conforme acima apontado. (*destaques do original*)

No Acórdão n.º 9101-005.869 este Colegiado, à unanimidade²⁶, acompanhou o entendimento assim manifestado pela Conselheira Lívia De Carli Germano:

Quanto à matéria **“impossibilidade de dedução do ágio transferido”**, ressalta-se que o acórdão recorrido passa a analisar o assunto como o quarto e último argumento constante do relatório fiscal, após rejeitar os três primeiros fundamentos da autoridade autuante para aglossa das despesas com amortização fiscal do ágio.

Nesse ponto, o voto condutor do acórdão recorrido observa:

O quarto ponto levantado pelo autuante reside na alegação de que a Technical e a Itajaí Investimentos seria empresas veículos. Note-se inicialmente, que os autuantes não enquadraram a conduta como simulação ou fraude, tanto que não houve qualificação da multa, assim fica a questão: qual a natureza jurídica do termo “empresa veículo”? Não há nos autos qualquer esclarecimento.

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 autuante 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

²⁶ Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Lívia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie 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 autuante passa ao largo dessa questão.

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

Em síntese, o caso dos autos trata de situação em que investidores estrangeiros aportam capital em pessoa jurídica brasileira para que esta adquira com ágio o investimento visado. A acusação fiscal é de que, neste cenário, o “real adquirente” é o investidor estrangeiro e por isso o ágio não se tornaria dedutível quando da incorporação ocorrida entre a investidora brasileira, chamada de “veículo”, e a investida. E o acórdão recorrido entendeu que não haveria suporte legal para tal autuação.

No caso do paradigma 9101-002.188, a situação fática era diversa. Ali, primeiro houve uma aquisição de investimento com ágio e, depois, buscou-se transferir tal investimento para uma outra pessoa jurídica, para que esta passasse a registrar o ágio e então participasse da operação de incorporação que permitiria o início da amortização fiscal. Nesse contexto, o voto condutor de tal acórdão observa expressamente que a amortização do ágio seria devida apenas se a incorporação ocorresse entre a investida e a investidora original, veja-se (grifos do original):

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

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

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

Neste sentido, assim como esta Turma decidiu no acórdão 9101-005.790, sessão de outubro de 2021, compreendo que as situações fáticas são diversas, não havendo comparabilidade entre os paradigmas para fins de demonstração e divergência jurisprudencial.

O mesmo se pode dizer do paradigma 9101-002.186, eis que este analisou cenário fático semelhante ao do acórdão 9101-002.188, tendo o seu voto condutor (que, por sinal, foi da lavra do mesmo conselheiro do acórdão 9101-002.186), observado:

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

6.2. A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (CELPE) tivesse incorporado a investidora original (investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material. Pouco importa terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediam a CELPE de incorporar a real investidora: são as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos gradados..

Assim, oriento meu voto para não conhecer do recurso especial quanto à matéria **“impossibilidade de dedução do ágio transferido”**. (*destaques do original*)

Esta Conselheira acompanhou tais entendimentos, e apenas se manifestou de forma diferenciada no voto vencido abaixo transcrito, proferido no Acórdão nº 9101-005.907²⁷, dado o caso ali sob análise, apesar de apresentar o mesmo diferencial aqui referido, contar com a excepcionalidade de a decisão de 1ª instância reformada no acórdão lá recorrido ter se fundamentado, justamente, nas razões de decidir do paradigma nº 9101-002.188:

A Contribuinte contesta a admissibilidade do recurso especial da PGFN apontando que os paradigmas apresentariam circunstâncias diferenciadas em relação ao recorrido.

Destaca, quanto ao primeiro paradigma (Acórdão nº 9101-002.188), que a sociedade veículo, além de ter efêmera duração, recebeu em aumento de capital a participação societária adquirida por sua controladora. Já no presente caso, a “suposta empresa veículo” adquiriu o controle societário da investida depois de quatro anos de existência, tendo inclusive contraído empréstimo para tal aquisição, ainda que com aval de sua controladora, e foi incorporada pela investida mais de um ano depois.

Ocorre que estes diferenciais não foram, sequer, citados na decisão divergente acerca da indedutibilidade das amortizações do ágio, ou seja, na parte em que decidiu sobre a exigibilidade do crédito tributário principal de IRPJ e CSLL ali em debate. A conclusão do voto condutor do paradigma é clara, neste sentido:

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material.

²⁷ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausente a Conselheira Andréa Duek Simantob. Acompanharam o voto vencido os Conselheiros Luiz Augusto Souza Gonçalves e Caio Cesar Nader Quintella.

Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "As avessas", exclusivamente no caso em que a investida **adquire a investidora original** (ou **adquire diretamente a investidora**, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio),

implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

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

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL.

Para além disso, a decisão de 1ª instância, reformada no acórdão recorrido, pauta-se, precisamente, nos fundamentos do paradigma para manter o lançamento. Depois de sua citação expressa e reprodução dos parâmetros de decisão fixados no paradigma antes da conclusão antes transcrita, o voto condutor da decisão de 1ª instância assim arremata:

No presente caso, os aspectos acima delineados não foram satisfeitos, em especial o pessoal e o material.

Antes de se adentrar efetivamente na análise dessa não satisfação dos requisitos, cumpre salientar que a Nova 4 não era a investidora original, como quer a impugnante.

Como visto acima, ficou demonstrado no Termo de Verificação e Constatação Fiscal que "a Nova 4 não demonstrou ser empresa operacional, constituindo-se a aquisição da participação societária na Cia. Luz e Força Santa Cruz e o Ágio decorrente dessa aquisição como os únicos eventos de relevância durante o período em que existiu como empresa". Também ficou caracterizado que a "... aquisição só ocorreu graças a um empréstimo tomado junto ao Banco do Brasil, com aval da CPFL Energia".

Portanto, a Nova 4 tem todas as características da assim denominada "empresa veículo", como visto no item próprio acima, e que a investidora era, de fato, a CPFL Energia.

Dessa forma, a utilização de uma pessoa jurídica interposta (Nova 4) exclusivamente para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Santa Cruz), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Santa Cruz) tivesse incorporado a investidora (CPFL Energia - investidora *strico sensu*), ou vice-versa como aventou a própria impugnante, pois somente assim há o enquadramento nos aspectos pessoal e material.

Dessa forma, devem ser mantidos os lançamentos a título de IRPJ e CSLL.

E a reforma promovida pelo recorrido decorre, precisamente, da inexigibilidade de confusão patrimonial entre a investida (Cia. Santa Cruz) e a empresa entendida como investidora pelas autoridades lançadora e julgadora de 1ª instância (CPFL Energia), na forma exposta no voto condutor do acórdão recorrido:

O óbice apresentado pela fiscalização reside no fato, em sua ótica, da NOVA 4 PARTICIPAÇÕES ter se apresentado como uma "empresa veículo", sem substância ou propósito negocial, não arcando, efetivamente com os custos para a aquisição da participação societária da recorrente. Acaso viesse a ocorrer a incorporação da investida pela CPFL ENERGIA, a real investidora, não haveria impedimento ao aproveitamento fiscal do ágio.

[...]

Também inexistente vedação na Lei nº 9.532/97 (ou em qualquer outro instrumento legal), desautorizando sejam realizadas reorganizações societárias periféricas e intermediárias ao evento de absorção eleito para ensejar a amortização do ágio por expectativa de rentabilidade futura, a exemplo da constituição de empresa-veículo.

Assim, após a aquisição de um investimento em outra pessoa jurídica com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, a denominada empresa-veículo poderia executar a fórmula prescrita pelo legislador, que consiste na confusão patrimonial, mediante incorporação, cisão ou fusão, das despesas de ágio contra os lucros da empresa adquirida.

Ora, salvo hipótese de fraude, a utilização de "empresa-veículo" não gera qualquer efeito tributário, isto é, não altera o potencial de amortização deste em caso de posterior operação de fusão, incorporação ou cisão que ocasione o encontro patrimonial requerido pelo legislador. Por isso, correto afirmar que tais operações são neutras, não alterando a esfera de direitos dos contribuintes ou do fisco no que concerne a efetiva amortização do ágio.

Dessa forma, ausente manifestação clara e expressa do legislador no sentido de limitar a liberdade constitucional da empresa, de investimento, de organização e de contratação, me parece não ser razoável a interpretação adotada pelo acórdão recorrido, de que as reorganizações societárias intermediárias ao encontro patrimonial da entidade investida com o investimento faz perecer o direito à amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura legitimamente apurado.

Assim, se o acórdão recorrido reforma decisão de 1ª instância no ponto em que ela se pauta no paradigma nº 9101-002.188, o dissídio jurisprudencial está claramente evidenciado. (*destaques do original*)

O posicionamento da maioria do Colegiado, porém, foi assim reiterado no voto vencedor da Conselheira Livia De Carli Germano:

No caso, o **acórdão recorrido 1301-002.836** inicia com a premissa de que ali não se discutirá (i) a formação inicial do ágio ou (ii) o laudo de avaliação ou o valor do ágio. Neste sentido, o precedente delimita a questão ao fato de a chamada "empresa veículo" ter sido "capitalizada pela controladora", em vista

da tomada de empréstimo bancário por ela avalizado. Veja-se respectivo trecho (grifamos):

[...]

Diante de tal racional, compreende-se que os seguintes aspectos, fáticos e teóricos, foram considerados relevantes pelo voto condutor do acórdão recorrido: (i) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto à formação do ágio, do envolvimento de terceiros na formação do preço, etc. (ii) a inexistência de questionamento da autoridade fiscal quanto ao laudo ou aos registros do ágio, (iii) seu entendimento sobre a (ir)relevância do lapso temporal, (iv) seu entendimento sobre a (in)existência de restrição legal a reorganizações societárias visando a aproveitar o ágio, (v) o fato de se tratar de um setor regulado, o que fez com que a participação da *holding* tanto possa ser vista como tendo sido *prevista na legislação de privatizações* como também possa ser entendida como a *única forma de se viabilizar a incorporação com a investida e assim o aproveitamento do ágio*.

Como já se afirmou, para que possa fazer frente ao acórdão recorrido e reformá-lo em todos os pontos por ele considerados relevantes para a solução do litígio, o precedente apontado como paradigma deverá tratar de contexto fático e jurídico semelhante, de forma que a aplicação do racional constante de tal decisão seja capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Passamos à análise dos paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional.

Paradigma 1: 9101-002.188 (Caso Biosintética CSRF)

A operação ali analisada era, no aspecto fático, diferente da dos autos, o que levou, ali, à discussão sobre a possibilidade de “transferência do ágio”: no caso desse paradigma, primeiro a ACHE adquiriu, com ágio, participação societária na BIOSINTÉTICA (investida), sendo que, pouco mais de um mês depois, a ACHÉ transferiu tal participação societária, por meio de integralização de capital social, para a DELTA (rotulada de “empresa veículo”), o que fez com que o ágio passasse a ser registrado por esta última, com base no mesmo relatório de rentabilidade futura que embasou o destaque do ágio pela ACHÉ.

No mérito, o voto do Cons. Rafael Vidal de Araújo cita trecho do acórdão 1103-001.170, de 2015, da relatoria do Cons. André Mendes de Moura, e em seguida afirma a importância da “investidora original”, que necessariamente deveria participar da incorporação para que o ágio pudesse ser amortizado. *In verbis*:

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso

de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).”

Diante de tal premissa, o voto condutor do paradigma conclui:

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

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

A aplicação do racional desse paradigma ao caso dos autos não altera a conclusão a que chegou o recorrido, eis que, no caso dos autos, se buscarmos uma “investidora original” (no parâmetro utilizado pelo paradigma), concluiríamos que esta foi a empresa que acabou sendo, no caso dos autos, rotulada de “empresa veículo” (isto é, a Nova 4). No caso dos autos, não houve “transferência do ágio” entre partes ligadas como no caso deste paradigma.

A questão é que, no caso dos autos, a tal “veículo” (Nova 4) obteve recursos mediante empréstimo bancário com aval da sua controladora, mas nada me permite inferir que, em vista de tal circunstância, a Turma que prolatou o paradigma trataria a controladora, e não a Nova 4 como “investidora original”. Por mais que se possa, hipoteticamente, supor acerca do que a Turma do paradigma poderia dizer sobre o caso dos autos, fato é que tal conclusão seria por mera inferência, já que a Turma do paradigma, **efetivamente**, não tratou de tal matéria – é dizer, não tratou da acusação de que a investidora “original” seria aquela que avalizou o empréstimo bancário, e não a tomadora do empréstimo perante a instituição financeira.

Estas são, essencialmente, as razões pelas quais compreendo que não é possível conhecer do recurso com base no paradigma 9101-002.188. (*destaques do original*)

Também aqui, pelas mesmas razões, deve ser rejeitado o paradigma nº 9101-002.188: a operação lá analisada teve em conta investimento adquirido com ágio por investidora que depois aportou esta participação societária em pessoa jurídica interposta, sendo esta, na sequência, extinta por incorporação da investida. No presente caso, as evidências são de que GRAPPA promoveu a aquisição da atuada e foi constituída antes da celebração dos atos de aquisição, ainda que neles tenha figurado com assunção de responsabilidade, também, por GAVEA e PRAGMA.

Quanto ao segundo paradigma, nº 9101-002.428, constata-se o mesmo diferencial, vez que a participação societária de Editora Ática S/A foi adquirida por três pessoas jurídicas (Editora Abril S/A, Havas S/A e Serra das Araras Participações Ltda), seguindo-se o posterior aporte das ações adquiridas por Editora Abril S/A e Havas S/A em Serra das Araras Participações Ltda, que assim foi cindida para que as quotas de capital de Editora Ática S/A fossem incorporadas ao seu patrimônio, com subsequente aproveitamento do ágio pago. No relatório desse julgado consta, ainda, que *também participou das operações a JVHA PARTICIPAÇÕES S/A, controladora da última adquirente citada*, e mais à frente está indicado que Editora Abril S/A e Havas S/A já eram integrantes do quadro social da Editora Ática S/A antes da formação do ágio amortizado.

Este relato, em princípio, permite cogitar que Serra das Araras Participações Ltda poderia ter atuado de forma semelhante à pessoa jurídica interposta nestes autos,

também adquirindo, ao menos em parte, o investimento que motivou o ágio amortizado. Contudo, o voto condutor do paradigma expõe premissas fáticas de decisão que deixam foram de dúvida que *a totalidade* do ágio, cujas amortizações eram ali debatidas, *foi originalmente registrado na contabilidade* de Editora Abril S/A e Havas S/A, e somente depois aportado em Serra das Araras Participações Ltda, que assim não *desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil*. Veja-se:

Registre-se que a empresa **SERRA DAS ARARAS**, embora figurasse entre as adquirentes originais da recorrida, **não dispunha à época de recursos próprios suficientes para participar efetivamente do processo de aquisição, ocorrido em 20/08/1999. Esta empresa contava com capital social de somente R\$99,00 (noventa e nove reais) até 25/08/1999, data em que foram admitidos como seus sócios a ABRIL e a HAVAS, que aumentaram seu capital social para R\$126.671.893,00 (cento e vinte e seis milhões, seiscentos e setenta e um mil e oitocentos e noventa e três reais), integralizados pela entrega de quotas da recorrida acompanhadas do respectivo ágio.**

[...]

O caso concreto que motivou a lavratura dos autos de infração objeto dos presentes autos teve origem na aquisição da recorrida, EDITORA ÁTICA, em 20/08/1999, por três empresas: ABRIL, HAVAS e SERRA DAS ARARAS. As adquirentes eram, até esta data, independentes entre si e também não tinham relação societária pré-existente com a adquirida.

[...]

Tal ágio, originalmente dividido na contabilidade das três adquirentes, foi reunido na SERRA DAS ARARAS alguns dias após a aquisição, por meio da integralização de aumento de capital social desta empresa pela ABRIL e pela HAVAS. Na aludida integralização, estas duas empresas cederam as participações societárias que haviam adquirido na EDITORA ÁTICA, acompanhadas das respectivas frações do ágio registrado na aquisição.

Assim, o capital social da SERRA DAS ARARAS aumentou de R\$99,00 (noventa e nove reais) para R\$126.671.893,00 (cento e vinte e seis milhões, seiscentos e setenta e um mil e oitocentos e noventa e três reais).

Já em 30/10/2000, a empresa SERRA DAS ARARAS sofreu cisão total e a parcela de seu patrimônio correspondente à participação societária na EDITORA ÁTICA, juntamente com o ágio a ela associado, foi integralmente incorporada pela própria empresa cuja expectativa de rentabilidade futura originalmente fundamentou a criação do ágio.

Com a incorporação de parte do patrimônio da SERRA DAS ARARAS pela EDITORA ÁTICA, esta empresa passou a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

[...]

No caso analisado nos presentes autos, **é incontroverso que houve desembolso de valores por ocasião da aquisição, pelas empresas ABRIL, HAVAS e SERRA DAS ARARAS, das quotas da EDITORA ÁTICA**, em operação realizada em 20/08/1999.

Também não se discute que tais valores superaram o valor contábil das quotas alienadas. Conforme alegou por várias vezes a recorrida, a existência de tal ágio ou a sua fundamentação econômica não foram alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Ocorre que **praticamente a totalidade deste ágio foi originalmente registrado na contabilidade das empresas ABRIL e HAVAS, já que a terceira**

adquirente, SERRA DAS ARARAS, contava à época com capital social de apenas R\$99,00 (noventa e nove reais).

Sendo assim, para que o ágio oriundo da aquisição das quotas da recorrida pudesse ser utilizado na forma prevista no art. 386 do RIR/1999, existiam duas opções para o recém formado grupo: (i) a EDITORA ÁTICA poderia incorporar suas três controladoras, trazendo o ágio recém registrado para a sua contabilidade (a incorporação de apenas alguma das controladoras também seria possível, com a utilização proporcional à parcela do ágio registrado naquela empresa); ou (ii) as controladoras poderiam incorporar frações do patrimônio da EDITORA ÁTICA, correspondentes às parcelas das quotas adquiridas (neste caso, a empresa recém-adquirida teria que ser cindida).

Registre-se que a segunda alternativa não seria uma opção especificamente para a adquirente HAVAS. Como se trata de uma pessoa jurídica sediada na França, que não se submete à legislação tributária brasileira, a incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para a matriz da empresa no país europeu.

As empresas controladoras da recorrida não tiveram interesse em adotar nenhuma das duas alternativas mencionadas, que efetivamente se adequariam à hipótese legal prevista no art. 386 do RIR/1999. Ao invés disso, adotou-se um procedimento de engenharia societária que permitisse, ao final, a reunião do ágio e do investimento que lhe deu causa em uma mesma pessoa jurídica, situação semelhante à requerida pela legislação, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

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

Sendo assim, a recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo da operação levada a cabo em 20/08/1999.

Como não foi a SERRA DAS ARARAS que desembolsou o valor que deu origem ao ágio contábil, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. O numerário que pagou pela aquisição das quotas da recorrida saiu dos ativos das adquirentes ABRIL e HAVAS.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio que se exige diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

A empresa SERRA DAS ARARAS, embora conste entre as adquirentes originais, não tinha lastro econômico para efetivamente realizar algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação do ágio. Tal ágio só passou a fazer parte de seu patrimônio em 25/08/1999, quando as reais investidoras (ABRIL e HAVAS) lhe cederam as quotas de participação social na recorrida e as respectivas frações do ágio. Nesta operação específica, a transferência do ágio se deu por operação meramente contábil e sem nenhum desembolso ou sacrifício de ativos da SERRA DAS ARARAS.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação da SERRA DAS ARARAS foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999. A empresa foi constituída

pouco tempo antes da aquisição das quotas da recorrida e não possuía patrimônio relevante. Sendo assim, salta aos olhos sua utilização como "empresa-veículo", concebida especificamente para participar de forma efêmera das operações societárias e deixar como único legado a possibilidade de utilização indevida de algum benefício fiscal.

A SERRA DAS ARARAS sofreu cisão total em 30/10/2000 e teve parte de seu patrimônio incorporado pela recorrida EDITORA ÁTICA (justamente a parte correspondente à participação societária na agora incorporadora e ao respectivo ágio). A recorrida, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre o ágio e o investimento que lhe deu causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, as reais investidoras são ABRIL e HAVAS, apenas.

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

Além disso, **o ágio registrado na SERRA DAS ARARAS decorreu de operação meramente contábil, sem efetiva circulação de riquezas, por meio da qual as investidoras de fato (ABRIL e HAVAS) promoveram o aumento de capital social da "empresa-veículo" através da entrega de quotas de participação no capital social da EDITORA ÁTICA, acompanhadas das respectivas parcelas do ágio anteriormente registrado em suas próprias contabilidades. (negrejou-se)**

Do exposto conclui-se que, também aqui, a constatação de que a pessoa jurídica interposta nada desembolsou para deter, em seu patrimônio, o investimento e o ágio correspondente, decorre do fato de este ativo ser nela aportado, em aumento de capital, depois da aquisição e já contemplando o ágio antes pago. Assim, o mesmo óbice verificado à admissibilidade do primeiro paradigma está presente, também, no segundo.

Os acórdãos comparados, assim, se distinguem em ponto determinante para a decisão acerca de a confusão patrimonial exigida pela lei ter se dado entre a investida e os reais adquirentes. Em tais circunstâncias, o dissídio jurisprudencial não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por fim, como o não conhecimento da primeira matéria torna definitivo o cancelamento da exigência principal, resta prejudicada a análise da segunda matéria, referente à qualificação da penalidade aplicada sobre o tributo exonerado.

Estas as razões, portanto, para NEGAR CONHECIMENTO ao recurso especial da PGFN na primeira matéria e declarar prejudicada a segunda matéria. (*destaques do original*)

Sob esta ótica, também este segundo paradigma não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial acerca das parcelas de ágio referidas nos antes transcritos itens “c” e “d”, vez que formadas no aporte promovido por Mittal Steel Company N.V em Mittal Steel Brasil Participações S/A. Para caracterizar o dissídio jurisprudencial suscitado, também aqui, seria necessário que o ágio fosse formado entre partes não-relacionadas e em aquisição promovida pela denominada “empresa-veículo”.

Adicione-se, por fim, que o paradigma n.º 1302-002.045 também foi rejeitado, à unanimidade²⁸, para caracterização de divergência jurisprudencial em sede de transferência de ágio no Acórdão n.º 9101-006.453.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial na matéria 7) “*legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas*”, apenas com respeito ao ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A promovidas por Mittal Steel Brasil Participações S/A no âmbito da OPA, ou seja, excluídas as glosas de amortização das parcelas de ágio mencionadas nos itens “c” e “d” da transcrição inicial da acusação fiscal.

Por fim, a matéria (9) “*possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação*” teve seguimento com base nos paradigmas n.º 1401-001.901 e 1302-002.346, ao passo que no litígio anterior, matéria semelhante exposta no item A.4.I- *POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO SALDO DO ÁGIO MJS: DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 386, INCISO III, DO RIR/99*, foi conhecida com base no Acórdão n.º 1401-001.902.

Primeiramente observe-se que no lançamento anterior a glosa sob esta motivação – dedução fiscal de ágio antes amortizado contabilmente – teve em conta operação na qual não houve interposição de empresa-veículo ou transferência de ágio. O ágio pago na aquisição de Mendes Júnior Siderurgia (MJS), antiga denominação social da Contribuinte, foi amortizado contabilmente pela adquirente Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S.A. (BMP) antes da cisão desta e versão do patrimônio, incluindo o investimento adquirido com ágio, para a

²⁸ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

investida. O questionamento fiscal, assim, se resumiu à impossibilidade de amortização fiscal, depois do evento de incorporação, cisão ou fusão, do ágio antes amortizado contabilmente.

Nestes autos, a objeção à dedução fiscal do ágio antes amortizado contabilmente tem em conta o ágio pago na aquisição de ações de Arcelor Brasil S/A, amortizado contabilmente por Mittal Steel Brasil Participações S/A, e assim constitui argumento complementar para a negativa ao seu aproveitamento, como expressamente consignado no relatório do acórdão recorrido:

206. Como se não bastassem todos os vícios encontrados e discorridos 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 2011 e 2012 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.

207. 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.

208. **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 2011 e 2012 devem ser glosadas, 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.** (*destacou-se*)

Assim, com respeito à parcela das exclusões glosadas que têm origem nas parcelas de ágio mencionadas nos itens “c” e “d” da transcrição inicial da acusação fiscal, na medida em que não restou caracterizado o dissídio jurisprudencial suscitado pela Contribuinte, subsiste fundamento autônomo para tornar inútil a discussão acerca da possibilidade de exclusão fiscal do ágio antes amortizado contabilmente.

Quanto à parcela do ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A promovidas por Mittal Steel Brasil Participações S/A no âmbito da OPA, amortizada contabilmente antes do evento de incorporação, os acórdãos n.º 1401-001.901 e 1401-001.902 analisam diferentes aspectos da mesma operação, mas no ponto em referência trazem o mesmo voto condutor, do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, no sentido de que *a amortização contábil do ágio (e do deságio) não produz qualquer efeito fiscal*, bem como a seguinte ementa:

AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO JÁ AMORTIZADO CONTABILMENTE NA SUCEDIDA

A amortização do ágio contábil corresponde à recuperação do investimento (por equivalência patrimonial ou pelo recebimento de dividendos) e, portanto, não pode ser distribuído aos sócios a título de lucro. Amortiza-se o ágio contabilmente na mesma proporção do aumento do investimento por equivalência ou também pelo recebimento direto de dividendos. Tal amortização tem o propósito de neutralizar o resultado comercial para impedir a distribuição, via dividendos, de valor que não corresponde a um lucro efetivo. Só depois de integralmente amortizado é que o aumento do investimento tem como contrapartida um acréscimo no lucro e aí sim terá repercussão no resultado comercial e, dessa forma, na distribuição de resultado aos sócios. Ainda sim, esse aumento do resultado comercial, seja pela equivalência patrimonial, seja pelo recebimento de dividendos, é excluído do lucro real. 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.

O recorrido, por sua vez, está pautando no entendimento de que *não pode ser admitido o aproveitamento do saldo de ágio amortizado contabilmente antes da operação de cisão, fusão ou incorporação*, pois 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*.

O paradigma n.º 1302-002.346, por sua vez, trata apenas de glosa de exclusões promovidas depois do evento de incorporação, para apropriação fiscal do ágio antes amortizado contabilmente, e diverge do recorrido precisamente no ponto em que o relator, ex-Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, pontua que:

Entendo, todavia, que, na verdade, o erro incorrido pela fiscalização não foi a tentativa de interpretar o art. 386 mas, isto sim, de entender aplicáveis as regras nele descritas e, concomitantemente, as regras insertas no art. 391. E aqui, destaca-se, revela-se o sofisma incorrido pela auditoria porque como já demonstrado anteriormente, tais preceitos se complementam, de fato, mas apenas quanto aos momentos em que serão aplicados; insista-se, enquanto não extinto o investimento, há que se observar a regra inserta no art. 391; **ocorrida a extinção do investimento, passa-se a valer aquilo que dispõe o art. 386, III, mormente porque o ágio amortizado contabilmente não tem efeitos fiscais, quaisquer que sejam; ele não impacta o cálculo do lucro real e, por certo, não impacta o valor de ágio amortizável após a extinção do investimento ("pau que dá em Chico, da em Francisco")**. (*destaques do original*)

Ambos paradigmas, portanto, caracterizam o dissídio jurisprudencial suscitado, mas o recurso especial, neste ponto, deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE, apenas com respeito à anterior amortização contábil do ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A promovidas por Mittal Steel Brasil Participações S/A no âmbito da OPA, vez que subsiste fundamento autônomo para a glosa das exclusões correspondentes ágio amortizado contabilmente e originalmente formado a partir das parcelas de ágio mencionadas nos itens “c” e “d” da transcrição inicial da acusação fiscal.

Em síntese, o recurso especial da Contribuinte deve ser CONHECIDO PARCIALMENTE nas matérias 7) *“legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”* (paradigmas n.º 1301-002.434 e 1302-002.045) e (9) *“possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”* (paradigmas n.º 1401-001.901 e 1302-002.346), quanto aos efeitos do ágio pago nas aquisições de ações de Arcelor Brasil S/A promovidas por Mittal Steel Brasil Participações S/A no âmbito da OPA, e NÃO CONHECIDO na matéria (10) *“inexistência de previsão legal para a adição à base de cálculo da CSLL das despesas com a amortização de ágio”*, subsistindo a discussão acerca da CSLL apenas como exigência decorrente das matérias a serem examinadas nos itens (7) e (9).

Recurso especial da Contribuinte - Mérito

No mérito, esta Conselheira mantém a concordância com o voto vencido do ex-Conselheiro André Mendes de Moura, expresso no Acórdão n.º 9101-006.381, a seguir transcrito:

Sobre a matéria “despesas de amortização de ágio”, propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica, para depois tratar do caso concreto.

II.1.1 - Conceito e Contexto Histórico ²⁹

Pode-se entender o ágio como um valor a maior que é pago por alguma coisa. O adquirente constata que determinado objeto vale mais do que o preço que sugere o senso comum. ELISEU MARTINS e SÉRGIO DE IUDÍCIBUS mencionam como exemplo histórico o momento vivido pela sociedade brasileira no Plano Cruzado, na década de 1980. O congelamento de preços provocou um aumento do consumo. Ocorre que, por considerarem os preços de revenda defasados, vários fornecedores represaram as vendas. E enquanto aguardavam o fim do congelamento, comercializavam os produtos (dentro os quais a carne bovina e veículos) apenas mediante o pagamento de um sobrepreço: o ágio.³⁰

Atendo-se ao âmbito empresarial, o ágio é um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, participação societária, dentre outros).

No escopo de uma transação envolvendo a aquisição de participação societária em uma empresa, pode-se dizer que o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. Como exemplo, toma-se a empresa A que possui ações da empresa B, avaliadas patrimonialmente em 45 unidades. A empresa C resolve adquirir da empresa A as ações da empresa B, pagando o valor de 100 unidades.

No caso, considera-se o sobrepreço pago em razão da expectativa de resultados futuros a serem auferidos pelo investimento.³¹

Ocorre que os ramos contábil e tributário não convergiram sobre o método para se apurar o valor do ágio.

Iniciando-se pela ciência, ou técnica, contábil, o conceito de ágio é conhecido como goodwill, cuja origem reflete a própria evolução do empreendimento comercial. Na realidade, de acordo com ELISEU MARTINS ET AL. o conceito referia-se inicialmente à vantagem da localização e fidelidade dos clientes, e evoluiu para incluir os intangíveis que digam respeito ao nome, marca, qualidade gerencial, qualificação do corpo funcional, tecnologia, conhecimento, capital intelectual, que em sinergia geram potencialidades que geram expectativas positivas para o negócio.³²

No mesmo artigo os autores discorrem sobre os erros conceituais na definição do goodwill, com base em extensa pesquisa em trabalhos científicos:

Um caso típico, na literatura contábil (...) (também chamado de *goodwill* ou ágio por expectativa de rentabilidade futura). O conceito de *goodwill*, referendado pela literatura contábil, é o montante de lucros futuros esperados acima da rentabilidade normal de uma empresa, mensurado pela diferença entre o valor da empresa e o seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. Todavia, conceitos divergentes desse têm sido utilizados.

²⁹ Vide artigo ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. MOURA, A. M. ; VALADAO, M. A. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA , v. Ano 4 (2018), p. 1329-1371, 2018.

³⁰ MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Ágio interno - É um mito? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES Alexandro Broedel. (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (Aproximações e Distanciamentos)*. v. 4, p. 83-103. São Paulo: Dialética, 2013, p. 83-85.

³¹ Cabe a observação porque a Lei nº 9.532, de 1997 (que remete ao art. 20 do DL 1.598/77, quando distingue os fundamentos econômicos do ágio), diferenciou o tratamento dos três tipos de ágio: mais valia (decorrente da valorização do valor de mercado de bens do ativo da investida), expectativa de rentabilidade futura e fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

³² MARTINS, Eliseu et al. *Goodwill: uma análise dos conceitos utilizados em trabalhos científicos*. Revista Contabilidade & Finanças, São Paulo, v. 21, n. 52, p. 0-25, jan. 2010.. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34310>>. Acesso em: 26 sep. 2017.

(...)

Para a operacionalização do estudo, foram analisados 138 trabalhos científicos nacionais e internacionais. Desse total, 47 apresentam, explicitamente, o conceito de *goodwill* e 18 deles mostram conceito divergente daquele referendado pela literatura contábil: *goodwill* é mensurado como sendo a diferença entre o valor total da empresa e seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado. A maioria das imprecisões conceituais encontradas refere-se ao cálculo do *goodwill* como sendo a diferença entre o valor de mercado (pago ou não) e o valor contábil do patrimônio.³³

Observa-se que o *goodwill* é determinado pela diferença entre (1) o valor de mercado, ou seja, o valor pago, e (2) o valor do patrimônio líquido avaliado a preços de mercado - VPLm³⁴.

Na realidade, consiste o *goodwill* em valor residual, essencialmente derivado da expectativa de lucros futuros que a participação societária poderá viabilizar no futuro.

Assim, tomando-se o exemplo da transação apresentada no início do tópico, a empresa A detinha participação societária na empresa B com valor patrimonial de 45 unidades. Quando a empresa C se propôs a adquirir a empresa B, o valor de mercado da empresa B (que se mostrou lucrativa) era superior ao valor patrimonial de 45 unidades. Apura-se o valor de mercado considerando-se os ativos tangíveis (como investimentos em imobilizado e estoques) e intangíveis da empresa (fundo de comércio, marca, expectativas de receitas). Adotando-se como valor de ativos tangíveis 15 unidades, e de ativos intangíveis 20 unidades, verifica-se que a empresa B tem um VPLm de 80 unidades (45 + 15 + 20).

Nesse sentido, o valor do *goodwill*, ou ágio, é apurado mediante a diferença em que a empresa C (adquirente) se propôs a pagar, 100 unidades, e o VPLm mensurado de 80 unidades da empresa B. O ágio contábil seria no valor de 20 unidades.

Fato é que o legislador tributário, ao tratar sobre o assunto, por meio do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico próprio, fiscal, para o ágio. ELISEU MARTINS ET AL. reconhecem a diferença, mas reputam a definição legal do Decreto-lei como uma “impropriedade conceitual”.³⁵

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

³³ Ibidem, p. 3-4 (itálicos no original).

³⁴ Vale transcrever equação dada pelo artigo referido:

Por sua vez, a definição operacional, referendada pela literatura contábil, a ser utilizada nesta pesquisa é: *goodwill* é mensurado como a diferença entre o valor total da empresa e seu patrimônio líquido avaliado a valores de mercado (Equação 1):

$$GO = VME - VPLm (1)$$

Em que:

GO = *goodwill*;

VME = valor de mercado da entidade;

VPLm = valor do patrimônio líquido da entidade avaliado a preços de mercado, ou seja, com todos seus elementos constitutivos, ativos e passivos, já registrados contabilmente ou não, separáveis e viáveis individualmente, devidamente avaliados pelos seus valores individuais de mercado.

³⁵ Ibidem, p. 9.

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

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

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

Em duas situações.

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

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

E no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural³⁶. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

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

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

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

II.1.2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses³⁷.

³⁶ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

³⁷ Vide artigo ESTABILIDADE JURÍDICA EM RISCO: JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO CARF SOBRE O TEMA DO ÁGIO NAS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. MOURA, A. M. ; VALADAO, M. A. RJB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA , v. Ano 4 (2018), p. 1329-1371, 2018.

A edição do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, veio em momento histórico, no qual se buscou a edição de leis visando atualizar o direito empresarial. No ano anterior, em 1976, foi editada a Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades por Ações), e no posterior, em 1978, foi editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a Instrução Normativa nº 01, dispondo sobre normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações financeiras relativas a ajustes decorrentes da avaliação de investimento relevante de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas.

Determinou-se que os investimentos relevantes em sociedades coligadas, e em sociedades controladas, deveriam ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial (MEP)³⁸. A principal característica da metodologia contábil consiste em permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido. As variações no patrimônio líquido das empresas investidas (coligadas e controladas) passam a refletir na contabilidade da empresa investidora. Supõe-se uma controladora que detém 60% das ações da controlada. Assim, se uma controlada apurou lucros de 100 unidades na apuração do balanço anual, e esse resultado foi integralmente alocado no patrimônio líquido, a controladora deve contabilizar por meio do MEP a valorização do investimento no montante de 60 unidades.

O artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, determinou que a empresa que viesse a adquirir participação societária de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (ou seja, pelo MEP) deveria contabilizar o custo da aquisição (valor pago no investimento) em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) diferença entre o custo da aquisição e o valor do patrimônio líquido, denominado pela legislação fiscal de ágio. Predicava ainda que o ágio em debate, com previsão dos resultados de exercícios futuros, deveria estar fundamentado com base em demonstração a ser elaborada pela empresa.

Também previa no art. 25³⁹ do mesmo Decreto-lei que o ágio, se fosse amortizado contabilmente (crédito em conta de investimento e débito em conta de despesa, diminuindo o lucro da empresa), deveria ser adicionado para fins de apuração do lucro real. Ou seja, para fins fiscais, a despesa, em regra, não seria dedutível.

E, na sequência, tratou o Decreto-lei de dispor sobre as situações específicas em que o ágio poderia ser aproveitado pela empresa adquirente como despesa dedutível para fins fiscais. Na realidade, dispôs que tais situações seriam as previstas no artigo 33 (conforme redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730, de 1979).

A hipótese tratava da alienação da empresa investida, no qual, na apuração do ganho da capital, a base de cálculo era o resultado da diferença entre o valor alienado e a somatória do valor do patrimônio líquido com o ágio pago na aquisição. Aproveitava-se, portanto, o valor do ágio, para reduzir a base de cálculo do ganho de capital.

Ocorre que várias empresas entenderam pela existência de uma outra hipótese, prevista no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/1977⁴⁰, aplicável quando a investida era objeto de

³⁸ Veja-se a redação do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1.976:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

[...]

³⁹ Confira-se a redação do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) :

Art. 25. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

⁴⁰ É a seguinte a redação do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

incorporação, fusão ou cisão. Tal interpretação foi alvo de controvérsias, tanto que foi o principal motivo para importante revisão na legislação sobre o assunto.

Isso porque supostamente autorizava a dedução, como perda de capital, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital, do montante equivalente à diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado do investimento ⁴¹. A amortização do valor poderia se processar no prazo máximo de dez anos, ou seja, não se falava em prazo mínimo.

Diante de tal normatização, várias empresas incorreram em operações bastante questionáveis, no qual eram adquiridas empresas deficitárias com pagamento de ágio. Logo em seguida, processava-se a incorporação da empresa investidora pela investida, ou mesmo a chamada incorporação reversa, quando a empresa deficitária incorpora a empresa superavitária, com ágio. As operações ocorriam quase simultaneamente.

A distorção era tão evidente que, conforme já dito, a legislação foi objeto de alteração, por meio da conversão da MP nº 1.602, de 1997 na Lei nº 9.532, de 1997, visando criar restrições ao aproveitamento indevido da despesa ⁴², conforme contemplava os arts. 7º e 8º da Lei. A Exposição de Motivos da Medida Provisória trazia o seguinte esclarecimento:

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

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

[...]

⁴¹ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁴² Cf. Luís Eduardo Schoueri:

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

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

(...)

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.

(...)

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

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

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

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

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

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.⁴³

O Relatório da Comissão Mista que trabalhou na edição da medida provisória, arremata o assunto com precisão:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas. (...)⁴⁴

A edição desta Lei ocorreu na mesma época do Programa Nacional de Desestatização (PND), razão pela qual existe entendimento de que a nova legislação sobre o ágio teria sido apresentada como um incentivo às privatizações. Contudo, como visto, não há qualquer menção ao assunto na Exposição de Motivos, que deixou claro, com todas as letras, que a motivação para o dispositivo foi um maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos que ocorriam pelo desvirtuamento do instituto do ágio.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal. Contudo, caso fosse benefício fiscal, caberia ao próprio legislador ter se manifestado, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP n.º 1.602, de 1997 (convertida na Lei n.º 9.532, de 1997).

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

Os artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532, de 1997, ao tratar do ágio criado em razão da expectativa de resultados futuros, predicaram que, em razão de evento de incorporação, fusão ou cisão, ocorrido entre investidor e investida, o ágio registrado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977 poderia ser amortizado por um período mínimo de sessenta meses.

O que se observa é que a legislação tributária, naquele momento, não alterou a base de cálculo do ágio, mantendo-se a apuração com a diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido à época da aquisição do investimento, mas, por outro lado, tratou de estabelecer que nos eventos de incorporação, fusão ou cisão o aproveitamento seria por meio de amortização mediante um prazo temporal mínimo, de sessenta meses, não deixando mais espaço para interpretações que resultassem em aproveitamento

⁴³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 26, de 02/12/1997, p. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴⁴ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional n.º 27, de 03/12/1997, p. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

integral da despesa decorrente do ágio em um único momento, com ocorria anteriormente.

Em verdade, passou a valer, para fins fiscais, o aproveitamento do ágio mediante a ocorrência de duas hipóteses: (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).

Destaque-se que os eventos que autorizam o aproveitamento da despesa guardam correlação com a extinção da companhia (do investimento), previsto no art. 219 da Lei das Sociedades Anônimas: (1) encerramento da liquidação e (2) incorporação, fusão e cisão com versão do patrimônio para outras sociedades:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

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

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

II.1.3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

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

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

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

II.1.4. Aproveitamento do Ágio. Encontro (comunicação) entre Investidora e Investida

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

Sobre o assunto, primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

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

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da

participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

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

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Os arts. 385 e 386 do RIR/99 constituem-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

II.1.5. Amortização. Despesa.

Topologicamente, o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos), do RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), legislação vigente à época dos fatos dos presentes autos.

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

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

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

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

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

Após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁴⁵.

A amortização constitui-se em espécie de gênero despesa (em sentido amplo), e, por consequência, encontra-se submetida ao **regramento geral** das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

⁴⁵ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

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

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

II.1.6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II.1.7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

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

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

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da

participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁴⁶.

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

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

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

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

⁴⁶ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

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

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade

da investidora. SCHOUERI⁴⁷, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

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

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

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

II.1.8. Consolidação

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

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da

⁴⁷ SCHOUERI, 2012, p. 62.

construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. **Houve de fato uma aquisição?** Quem **viabilizou a aquisição?** De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

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

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

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

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

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

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

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

II.1.9. Sobre o Caso Concreto

São duas situações devolvidas para apreciação do Colegiado no qual se contesta a formação do ágio: (1) ágio na ARCELOR BRASIL e (2) ágio da MJS.

Passo ao exame.

Sobre a formação do ágio na ARCELOR BRASIL, em breve síntese, decorreu de operação cuja origem remonta à fusão, no exterior, de dois conglomerados do setor mundial de aços, ARCELOR (Luxemburgo) e MITTAL STEEL (Holanda).

A ARCELOR detinha participação (67%) na ARCELOR BRASIL, que era a "holding" brasileira dos ativos operacionais.

Em "Oferta de Permuta", deu-se a união da ARCELOR e da MITTAL STEEL. No Brasil, a CVM, considerando ter havido uma alienação indireta do controle da ARCELOR BRASIL, determinou realização de OPA das ações da controlada brasileira para preservar o direito dos acionistas.

Foi criada a MSBP (subsidiária da MITTAL no Brasil), identificada pela autoridade autuante como "empresa-veículo".

A MITTAL STEEL integraliza o capital da MSBP via remessa de recursos. A MSBP efetua a aquisição de ações da ARCELOR BRASIL com sobrepreço (ágio).

Na sequência, a ARCELOR BRASIL incorpora a MSBP, e três dias depois, a Contribuinte incorpora a ARCELOR BRASIL, e passa a amortizar o ágio, por entender ter restado concretizada a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Ocorre que não assiste razão à Contribuinte.

A transação **efetivamente concretizada** teve como **investidora** a MITTAL STEEL, na aquisição dos investimentos localizados no Brasil.

A empresa MSBP, serviu deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição do investimento para a Contribuinte, razão pela qual é classificada como "**empresa-veículo**" nos presentes autos. Recepcionou os recursos para aquisição da ARCELOR BRASIL e, ato contínuo, foi incorporada pelo investimento.

Empresa de papel, artificial, criada especificamente para criar despesa tributária de amortização de ágio fictícia. Transcrevo constatações da autoridade autuante sobre a MSBP:

166.- 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.

(...)

171. 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.

172. 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.

173. 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 Arcelor Mittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

(...)

163: Em 31/08/2007 a Arcelor Brasil S/A é incorporada pela Belgo Siderurgia S/A que, na mesma data, tem sua denominação social alterada para ArcelorMittal Brasil S/A (a fiscalizada).

179. 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 descrevermos 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".

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

(...)

206. A criação da MSBP (empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática 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 veículo.

(...)

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

215. 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.

216. 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.

217. A interposição de uma empresa-veículo, casca e configurada como mero caixa da subsidiária integral revela os traços da dissociação entre o objeto perquerido (aquisição das ações da) Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item II.1.8 do voto).

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

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação 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.

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. Vale transcrever novamente constatações da autoridade fiscal:

179. 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 descrevermos 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".

180. A comprovação de que a MSBP nunca teve nenhum funcionário pode também ser constatada pelo sistema da RFB GFIP-WEB. (*Grifei*)

Como se pode observar, houve uma tentativa de se empreender **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (**tópico II.1.6** do presente voto). Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. Independente da natureza do dispêndio, seja potencialmente dedutível, amortizado ou depreciado, deve decorrer de atividades operacionais da empresa, e ter origem em um esforço direcionado à geração de receitas. Impossível permitir o aproveitamento de dispêndios, independente de sua espécie, **derivados de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

Nesse sentido, **cabem ser mantida a decisão recorrida e a glosa de despesa de amortização de ágio relativa à operação ARCELOR BRASIL.** (*destaques do original*)

Em declaração de voto apresentada no referido precedente, esta Conselheira adicionou que:

De toda a sorte, concorda-se com a aplicação do item II.1 da exposição do I. Relator a ambas origens das amortizações glosadas, do que decorre a conclusão que, relativamente ao "Ágio ARCELOR", Mittal Steel Company N.V. é a real adquirente dos investimentos, não se verificando a necessária confusão patrimonial que os art. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 demandam para autorizar a amortização fiscal do ágio pago, aspecto suficiente para justificar a exigência fiscal e evidenciar a irrelevância do debate acerca de abuso de direito e propósito negocial, na forma exposta no acórdão recorrido e contestado em divergências específicas pela Contribuinte.

Consigne-se, por oportuno, que esta Conselheira já se manifestou contrariamente à amortização do "Ágio ARCELOR" em face da exigência posteriormente realizada nos anos-calendário 2011 e 2012, acompanhando o voto do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone no Acórdão nº 1402-003.905⁴⁸, do qual destaca-se:

⁴⁸ Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (Suplente Convocada), Junia Roberta Gouveia Sampaio e Edeli Pereira Bessa (Presidente), e divergiram na matéria

Pois bem, excetuados casos pontuais, desde o julgamento do processo n.º 16561.720026/201113 (“Caso Bunge” – acórdão n.º 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 internação 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 negocial.

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 discorrido 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).

os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Mauritania Elvira de Sousa Mendonça (Suplente Convocada) e Junia Roberta Gouveia Sampaio.

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 indedutibilidade 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. (*destaques do original*)

Frise-se, ainda, que nos termos da acusação fiscal, Mittal Steel Company N.V foi a pessoa jurídica obrigada a realizar a oferta pública de aquisições de ações que resultou no pagamento do ágio cujas amortizações são aqui debatidas:

140. 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 e Mittal Steel com os correspondentes reflexos no Brasil. As repercussões do referido evento no exterior avaliadas pela CVM que considerou ter havido alienação indireta do controle da Arcelor Brasil S/A a qual, anteriormente aquela fusão, era controlada pela Arcelor que detinha cerca de 67% de suas ações.

141. Assim, por decisão da CVM, a Mittal Steel Company N.V. foi obrigada a realizar uma OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES 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 nº 6.404/76.

[...]

146. 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.

[...]

164. 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 ArcelorMittal para servir como elemento de passagem para que o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A acabasse na própria Arcelor Brasil após a incorporação da efêmera veículo MSBP por aquela.

165. 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.

[...]

Em seu recurso especial, a Contribuinte reitera as justificativas para interposição da Mittal Steel Brasil Participações S/A, das quais destaca-se:

42. A Recorrente também demonstrou de forma contundente que, à época dos fatos, duas ofertas públicas para a aquisição de ações (“OPA”) de empresas distintas forma realizadas concomitante.

43. A primeira delas foi uma OPA hostil efetuada no exterior, tendo como proponente Mittal NV, com sede na Holanda. Referida empresa pretendia, por

meio dessa oferta, adquirir o controle da empresa Arcelor S/A, empresa com sede em Luxemburgo que detinha o controle indireto da Arcelor Brasil, empresa brasileira.

44. Deve-se observar que a oferta foi inicialmente rejeitada, mas, após negociações, o Grupo Arcelor acabou por se associar ao Grupo Mittal Steel, celebrando Memorando de Entendimentos (“MOU”) prevendo a fusão do grupos. Referido documento previa que a Mittal NV deveria ser incorporada pela Arcelor S.A, imediatamente após o término da oferta pública na Europa.

45. Por sua vez, a segunda OPA foi efetuada no Brasil por imposição da CVM à Mittal NV. A autarquia entendeu que a formação do Grupo ArcelorMittal teria implicado na alienação do controle indireto da Arcelor BR e, ao término de contencioso administrativo, determinou a realização de oferta pública para a aquisição de ações havidas no mercado dos acionistas da Arcelor Brasil, nas mesmas condições propostas pela Mittal NV aos acionistas da Arcelor S/A. Essa determinação fez com que o Edital da OPA previsse a possibilidade de os acionistas interessados optarem pelo recebimento do preço de alienação das ações da Arcelor BR integralmente em dinheiro ou pelo pagamento misto, isto é, parte em dinheiro e parte em ações de emissão da Mittal NV.

46. Dessa forma, caso a incorporação da Mittal NV ocorresse antes do término da OPA no Brasil, esta última seria oferta prejudicada (uma vez que não seria possível entregar ações da Mittal NV, empresa que estaria então extinta).

47. Por esse motivo foi criada a Mittal Steel Brasil Participações S/A (Mittal Brasil ou Mittal BR), empresa brasileira, a fim de realizar partes da oferta pública brasileira (conforme será mais adiante detalhado) e, mais importante, permitir a segregação e a segurança na condução das duas ofertas em andamento. Como resultado da segregação, a Mittal Brasil veio a registrar o ágio objeto de questionamento nesses autos (Ágio Arcelor).

Com as devidas vênias, não se vislumbra na necessária incorporação da *Mittal NV* por Arcelor S/A motivação para a constituição de outra pessoa jurídica no Brasil para execução dos procedimentos referentes à segunda oferta pública de ações. No histórico apresentado mais à frente no recurso especial, tem-se que em 20/08/2007 *foi iniciado o processo de consolidação do grupo e simplificação da estrutura, com a incorporação da Mittal BR pela Arcelor BR*, também objetivando preencher o requisito legal para a dedução fiscal do ágio registrado na aquisição das ações da Arcelor BR, e somente em 03/09/2007, 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. Ou seja, a incorporação de *Mittal NV* pode ser adiado até a conclusão da segunda OPA, a evidenciar a desnecessidade da interposição da pessoa jurídica constituída no Brasil para ser extinta, na sequência, por incorporação pela autuada.

Veja-se que, como dito pela Contribuinte, se a incorporação da *Mittal NV* ocorresse antes do término da OPA no Brasil, esta última seria oferta prejudicada (uma vez que não seria possível entregar ações da Mittal NV, empresa que estaria então extinta). Neste contexto, o grupo empresarial necessariamente deveria adiar este evento para atender às exigências da CVM, não se prestando a cogitação de encargos decorrentes de eventual alteração do ofertante perante todos os órgãos envolvidos, além de outros procedimentos burocráticos, que poderia decorrer daquela incorporação se fosse realizada no curso da OPA no Brasil, como justificativa para a atuação de *Mittal BR*

Patente, assim, que Mittal Steel Company N.V. é a adquirente do investimento em tela e, não tendo ela participado da confusão patrimonial que antecedeu o aproveitamento fiscal do ágio, corretas foram as adições exigidas.

Estes fundamentos são suficientes para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte relativamente às matérias A.5.II, A.5.III, A.5.V. (*destaques do original*)

Por tais razões, também aqui deve ser negado provimento ao recurso especial da Contribuinte na matéria (7) *“legitimidade do emprego de ‘empresa veículo’ e a existência de efetiva ‘confusão patrimonial’ nas operações implementadas”*.

Com respeito à matéria (9) *“possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação”*, também são aqui reiterados os seguintes fundamentos do voto vencido do ex-Conselheiro André Mendes de Moura, expresso no Acórdão n.º 9101-006.381:

No caso, trata-se de requisito legal presente no núcleo material da norma tributária: *A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977:*

A norma é de natureza jurídica-tributária, e independente de ajustes de natureza contábil, predica que o aproveitamento da despesa de amortização deve ocorrer a partir do momento em que ocorre a comunicação entre os patrimônios do investidor e da investida, por meio dos eventos de transformação societária de incorporação, fusão ou cisão. Parcela já amortizadas anteriormente a tais eventos societários encontram-se fora da moldura da norma.

São precisas as razões da decisão recorrida:

Assim, a fiscalização glosou corretamente as parcelas acima, sob o argumento de que a amortização foi anterior à cisão, de sorte que o benefício fiscal não poderia ser utilizado antes do evento que ensejou a reorganização societária.

Ressalte-se, quanto ao valor excluído diretamente na apuração do Lucro Real relativo ao ano-calendário de 2008, que tal medida não possui qualquer amparo legal, pois cuida de valores que foram excluídos antes do ato de incorporação, cisão ou fusão, em total desacordo com o disposto no artigo 386, III, do Decreto n. 3.000/99:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior

(...)

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

A redação do dispositivo evidencia que a amortização do ágio só pode ocorrer, dentro dos parâmetros legais, depois do ato de incorporação, fusão ou cisão, sendo certo que em relação ao montante diretamente excluído em 2008 nem mesmo a comprovação do fundamento econômico permitiria tal dedução, pois os balanços devem ser levantados posteriormente ao ato que ensejou a reorganização societária, o que efetivamente não ocorreu.

A redação é suficientemente clara para confirmar a posição da autoridade fiscal, que assim se manifestou:

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, fusão ou cisão tem como objetivo a determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento.

Como após absorver o patrimônio, nos eventos de incorporação, fusão ou cisão, investidor e investida se confundem, não há mais como referido valor anteriormente adicionado ser aproveitado. Como ressaltado pela fiscalização, é evidente que o benefício da dedutibilidade só pode ter início depois dos eventos de incorporação, fusão ou cisão e sua não adição ao lucro real somente é possível posteriormente a tal situação, nos termos dos artigos 386 e 391 do RIR/99.

Nesse sentido, **cabe ser mantida a decisão recorrida e a glosa de despesa de amortização de ágio relativa à operação MJS.** (*destaques do original*)

Transcreve-se, também aqui, a declaração de voto apresentada acerca deste tema, no precedente referido:

Retornando à matéria A.4.I, esta Conselheira acompanha o I. Relator em suas conclusões, no sentido de que não há previsão legal que autorize a exclusão, depois do evento de incorporação, das parcelas do ágio antes amortizado contabilmente. Adiciona-se, como fundamento, o que expresso pelo Conselheiro Paulo Mateus Ciccone no já referido Acórdão nº 1402-003.905:

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 Sejlul (Ac. 1102-001.104) [1101-000.968]:

“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 105-110). 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 intragrupo 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.

De fato, a defesa da Contribuinte se pauta na indedutibilidade da amortização contábil do ágio e deriva para a possibilidade de dedução fiscal a partir do evento societário de incorporação, ignorando a incidência intermediária do art. 391 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n.º 3.000/99 - RIR/99, e também do art. 426 ao qual ele se refere, e do art. 430, que juntamente com o anterior regulamenta os arts. 33 e 34 do Decreto-lei n.º 1.598/77, os quais determinam a apuração do ganho ou perda de capital por ocasião da baixa do investimento, momento no qual serão consideradas as amortizações contábeis, controladas no LALUR. Veja-se:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei n.º 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

[...]

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

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

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

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

[...]

Art. 430. Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computada na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 34):

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de dez anos;

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

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 34, § 1º):

I - discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período de apuração; e

II - mantiver, no LALUR, controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito à atualização monetária até 31 de dezembro de 1995 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 6º, e parágrafo único).

§ 2º O contribuinte deve computar no lucro real de cada período de apuração a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão e respectiva atualização monetária até 31 de dezembro de 1995, quando for o caso, deduzidas como custo ou despesa operacional (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 34, § 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 6º, e parágrafo único).

Assim, não é no art. 386 do RIR/99 que deve ser buscada a dita *referência a eventuais lançamentos contábeis que impactariam a fruição do benefício fiscal concedido*. A amortização fiscal permitida no referido dispositivo deve ter em conta, apenas, o ágio ainda não amortizado contabilmente, porque a parcela já deduzida na apuração do lucro do exercício e controlada na parte "B" o LALUR deve ser considerada na apuração do ganho ou perda de capital por ocasião da liquidação do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, e pela titular do investimento alienado.

Recorde-se que os registros na parte "B" do LALUR são mantidos para ajustes futuros do lucro líquido do próprio sujeito passivo, e inclusive devem ser baixados quando abandonada a opção pela tributação na sistemática do lucro real⁴⁹.

⁴⁹ Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 - RIR/99

Art. 520. A pessoa jurídica que, até o ano - calendário anterior, houver sido tributada com base no lucro real, deverá adicionar à base de cálculo do imposto, correspondente ao primeiro período de apuração no qual houver optado pela tributação com base no lucro presumido, os saldos dos valores cuja tributação havia diferido, controlados na parte "B" do LALUR (Lei nº 9.430, de 1996, art. 54).

Por sua vez, as amortizações contábeis aqui em debate foram promovidas por Belgo Mineira Participação, Indústria e Comércio S/A (BMP), que teria pago ágio na aquisição de ações de Mendes Júnior Siderúrgia (MJS), e posteriormente promoveu cisão que verteu este investimento para BMP Siderurgia S/A (BMPS), antiga denominação social da atuada. Logo, cabia a Belgo Mineira Participação, Indústria e Comércio S/A baixar na parte “B” de seu LALUR as amortizações contábeis adicionadas ao lucro líquido do ano-calendário 2003, não havendo porque cogitar de transferência desses registros da parte “B” do LALUR de outra pessoa jurídica para a atuada, restando injustificadas as exclusões promovidas entre os anos-calendário 2006 a 2008. Note-se, inclusive, que o histórico de tais exclusões foi “Real. Ágio na BMP e transferido p/ Belgo Sid. Pela Cisão”.

Note-se, inclusive, que quando a Lei nº 12.973/2014 atualiza aquela disciplina, é permitida a exclusão posterior do ágio originalmente contabilizado, mas pela pessoa jurídica titular do investimento extinto em razão de incorporação. Veja-se:

Art. 22. A pessoa jurídica **que absorver patrimônio de outra**, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, **na qual detinha participação** societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 , **poderá excluir** para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subsequentes o saldo do referido ágio existente na contabilidade na data da aquisição da participação societária, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

I - o laudo a que se refere o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não for elaborado e tempestivamente protocolado ou registrado;

II - os valores que compõem o saldo do ágio por rentabilidade futura (goodwill) não puderem ser identificados em decorrência da não observância do disposto no § 3º do art. 37 ou no § 1º do art. 39 desta Lei.

§ 2º O laudo de que trata o inciso I do § 1º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes apresentem comprovadamente vícios ou incorreções de caráter relevante.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 1º não se aplica para participações societárias adquiridas até 31 de dezembro de 2013, para os optantes conforme o art. 75, ou até 31 de dezembro de 2014, para os não optantes. (*destacou-se*)

Esclareça-se, ainda, que não se trata de conceber *a dedução fiscal do ágio como um fato puramente contábil*, mas sim ter em conta todas as regras, contábeis e tributárias, que impactam esta realidade. Não merecem acolhida, assim, os argumentos da Contribuinte, inclusive no que se refere ao paralelo com a tributação do deságio, por terem em conta uma visão parcial da legislação de regência da matéria.

Correta, portanto, a conclusão fiscal de que *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, fusão ou cisão tem como objetivo a determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento. Como após absorver o patrimônio, nos eventos de incorporação, fusão ou cisão, investidor e investida se confundem, não há mais como referido valor anteriormente adicionado ser aproveitado.*

Por fim, registre-se que não tem lugar aqui as objeções da PGFN quanto ao ágio em referência conter *todas as características do denominado “ágio de si mesmo”*, porque a

acusação fiscal, assim como o acórdão recorrido, nada trazem acerca deste aspecto para fundamentação e validação da glosa promovida.

Estas as razões para acompanhar o I. Relator em suas conclusões e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte quanto à matéria A.4.I. (*destaques do original*)

O presente voto, portanto, é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte também neste ponto.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator designado.

Fui designado para expor as razões que levaram a maioria do Colegiado dar provimento ao recurso especial da contribuinte, no tocante ao afastamento da glosa da amortização fiscal do “ÁGIO ARCELOR BR”, bem como da parcela do ágio já amortizado contabilmente.

I. Do ÁGIO ARCELOR BR

Trata-se de matéria conhecida e que foi apreciada no Acórdão nº **9101-006.381**, julgado este que também fui designado para redigir o voto vencedor, o qual ora reproduzo como razões de decidir:

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.

[...]

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 CTN⁵⁰, 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 n.º 66/2002⁵¹. No entanto, esse dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei n.º 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.

⁵⁰ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconSIDERAR atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp n.º 104, de 2001)

⁵¹ Art. 14 - São passíveis de desconSIDERAÇÃO os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a desconSIDERAÇÃO de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

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 Barreto⁵², 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 Rocha⁵³:

..., 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 Greco⁵⁴ 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 Ferrara⁵⁵, 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 simular⁵⁶.

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

⁵² Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

⁵³ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

⁵⁴ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

⁵⁵ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

⁵⁶ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

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 vontade⁵⁷.

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 Carnelutti⁵⁸ 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 *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Na visão de Orlando Gomes⁵⁹, *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 Betti⁶⁰, 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 Torres⁶¹:

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 magistério⁶²:

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

⁵⁷ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

⁵⁸ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

⁵⁹ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

⁶⁰ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

⁶¹ Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

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 Júnior⁶³. 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 estipula⁶⁴.

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 manifestou⁶⁵:

[...] 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 legais⁶⁶, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva ocorrência do

⁶³ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

⁶⁴ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

⁶⁵ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

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 Júnior⁶⁷:

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.

[...]

⁶⁶ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

⁶⁷ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

§ 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 Carvalhosa⁶⁸ 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 McNaughton⁶⁹:

(...) 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.

⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

⁶⁹ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

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 Filho⁷⁰:

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*

⁷⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

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 9.532/1997⁷¹) 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 n.º **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 autuante 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

⁷¹ Artigo 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: (grifamos)

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;

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 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.

Artigo 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.

norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie 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 autuante 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*⁷², 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 n.º **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.

⁷² Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis: “(...) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “ilegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

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 9.532/97⁷³, mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro⁷⁴.

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.

⁷³ A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

⁷⁴ Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

Como diria Carlos Maximiliano⁷⁵, 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*.

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

⁷⁵ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense. 9ª edição. 1984. P. 103.

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.

Essas as razões, contudo, que levaram ao provimento do recurso especial nessas duas matérias.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli