



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

Processo n° 10600.720035/2013-86
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.871 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria Auto de Infração
Recorrente ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

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

Pode a fiscalização verificar documentos e analisar fatos ocorridos há mais de cinco anos para deles extrair a repercussão tributária de exercícios futuros. A vedação contida no Código Tributário Nacional impossibilita apenas o lançamento de crédito tributário relativo a período já fulminado pela decadência.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

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

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade negocial ou societária.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplica-se à CSLL, por relação de causa e efeito, o mesmo fundamento do lançamento primário.

LUCROS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE DOS RENDIMENTOS. LEGALIDADE.

O Código Tributário Nacional confere à lei o poder de estabelecer as condições e o momento em que se dará a disponibilidade dos rendimentos oriundos do exterior, e este é exatamente o papel do artigo 74 da MP 2.158, referendado em termos de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO. COMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO LOCAL.

Não existe qualquer incompatibilidade entre as normas brasileiras e os tratados internacionais para evitar a bitributação, inclusive nos acordos firmados com a Argentina e a Holanda, pois a norma local estabelece a forma e o momento de incidência do IR e da CSLL.

COMPENSAÇÃO COM IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. ÔNUS NA DEMONSTRAÇÃO DO VALOR EFETIVAMENTE PAGO.

Para fins de compensação, o tributo pago no exterior será considerado pelo valor efetivamente pago, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal. Cabe ao interessado apresentar prova cabal e documentação apta a comprovar o efetivo recolhimento no exterior.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, por qualidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Luis Fabiano, Luis Toselli, Rafael Gasparello e Gisele Bossa, que davam parcial provimento ao Recurso Voluntário para afastar as autuações relativas ao ágio da Arcelor e aos resultados no exterior das coligadas/controladas na Argentina e na Holanda, por força da prevalência dos tratados, mantendo as demais autuações.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteadó, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ e CSLL lavrados contra a empresa em epígrafe, relativos a glosa com despesas de ágio e exclusões indevidas, nos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, no valor total de R\$ 1.250.566.545,03 (inclusos multa de ofício de 75% e juros de mora à taxa Selic, calculados até dezembro/2003).

Como os fatos e a matéria jurídica foram bem relatados pela decisão de primeira instância, que informa que a interessada apresentou **impugnação parcial** às exigências tributárias consubstanciadas nos autos, posto que não foram questionadas as glosas da amortização de ágio das empresas CST e Dedini, reproduzo-a a seguir:

Consoante Termo de Verificação Fiscal, fls. 41 a 122, a Fiscalização constatou que:

“(…)

Nos anos-calendário de 2008 e 2009 a fiscalizada adotou como forma de tributação e apuração o Lucro Real Anual tendo optado pelo Regime Tributário de Transição - RTT. No ano-calendário de 2010 (RTT obrigatório), a forma de tributação e apuração utilizada também foi o Lucro Real Anual.

8. Em 27/05/2013 a fiscalizada entrega a documentação solicitada no Termo de Intimação nº 2 acima mencionado.

9. Da análise de toda documentação apresentada relatamos abaixo os fatos e conclusões que esta auditoria fiscal apurou:

10. O objeto social da fiscalizada ARCELORMITTAL BRASIL S/A, CNPJ 17.469.701/0001-77, conforme estatuto social, compreende a exploração da indústria siderúrgica, atividades correlatas e derivadas, incluindo o comércio, importação e exportação de matérias-primas e produtos siderúrgicos, podendo ainda dedicar-se a quaisquer outras atividades industriais ou comerciais que se relacionem com o seu objeto social.

11. Durante o procedimento de fiscalização foram identificadas diversas operações de reorganização societária envolvendo uma série de incorporações com a contabilização de vultosos valores, de ágio que posteriormente acabaram sendo considerados dedutíveis pela fiscalizada. Considerando a diversidade e a extensão das operações realizadas, antes de entrar na análise de cada caso concreto relativo aos ágios aproveitados pela empresa é imprescindível apresentar o contexto histórico do ágio combinado com a análise de sua dedutibilidade, bem como os requisitos essenciais para que tal benefício possa ser usufruído. Dessa forma, as análises dos casos concretos adiante explanadas deverão ser sempre interpretadas no contexto que abaixo passamos a expor, (...)

57. Destarte, não há como se admitir na apuração do resultado fiscal do contribuinte, deduções decorrentes de parcelas de "ágio

tributário" artificialmente gestado entre pessoas jurídicas residentes, direta ou indiretamente ligadas; ou mesmo entre empresas independentes; se revelado que a parte (sujeito passivo) que dele se aproveita, o fez sob circunstâncias e atos que ignoram a essência desse instituto, ou exorbitam os seus limites frente ao normativo estabelecido.

58. Passamos agora a analisar, individualizadamente, as diversas reorganizações societárias efetuadas pela fiscalizada que acabaram gerando diversos ágios, cujas amortizações não estão sendo por ela adicionadas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Ágio na CST

59. Através do Termo de Início de Fiscalização o contribuinte foi intimado a apresentar histórico e memorial do processo de reorganização societária envolvendo diversas sociedades, dentre elas a Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST) CNPJ-27.251.974/0001-02.

60. De toda documentação apresentada durante a fiscalização verificamos que a empresa Arcelor Aços Planos do Brasil S.A (AAPB - CNPJ-07.157.394/0001-06) tinha um ágio contabilizado no ano-calendário de 2004 relativo à aquisição de investimento realizado na CST.

61. Em setembro de 2005, em virtude da incorporação da AAPB pela Arcelor Brasil S.A, CNPJ 24.315.012/0001-73 houve a transferência do saldo a amortizar do ágio da AAPB para a Arcelor Brasil S.A.

62. Em 31 de Agosto de 2007, em virtude da incorporação da Arcelor Brasil CNPJ 24.315.012/0001-73 pela Belgo Siderurgia S.A., CNPJ 17.469.701/0001-77 (atual fiscalizada ArcelorMittal Brasil S.A, CNPJ 17.469.701/0001-77) houve a transferência do saldo a amortizar do ágio da Arcelor Brasil S.A para a Belgo Siderurgia S.A. (atual fiscalizada ArcelorMittal Brasil S.A, CNPJ 17.469.701/0001-77).

63. Em 01 de setembro de 2008, em virtude de cisão parcial da CST com versão da parcela cindida do Patrimônio Líquido para a ArcelorMittal Brasil S.A, 95% do saldo do ágio da CST a amortizar foi transferido para o ativo diferido da ArcelorMittal Brasil S.A - conta contábil 1370005.

64. A partir dessa data, 01/09/2008, a ArcelorMittal Brasil S.A passou a deduzir fiscalmente as despesas com amortização de ágio decorrentes do outrora investimento na CST; uma vez que a incorporação do acervo cindido da CST havia ocorrido.

(...)

66 Em resposta aos itens acima mencionados, a fiscalizada apresentou resposta em 23/05/2012 contendo parte das informações requisitadas relativa à aquisição das ações da

Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST). Tais informações estariam compiladas em um anexo à resposta do contribuinte denominado "Doc. 10.4".

67. Porém, analisando a referida documentação constatamos que não havia sido apresentado o documento probante pertinente relativo ao ágio contabilizado, ou seja, a demonstração que o contribuinte arquivou como comprovante da escrituração do ágio, incluindo eventuais relatórios e/ou laudos de avaliação elaborados (Art. 20, §3º do DL 1598/77). Também não foi informado pelo contribuinte em sua resposta o fundamento econômico do ágio contabilizado, assim como não foi comprovado o pagamento do ágio contabilizado.

68. Sendo assim, em 21/03/2013, através do item 7 do Termo de Intimação Fiscal reentimamos o contribuinte a apresentar toda documentação probante pertinente (Art. 20, §3º do DL 1598/77) incluindo o fundamento econômico do ágio, bem como o respectivo relatório e/ou laudo de avaliação elaborado que deu aquele suporte, apresentando ainda os cálculos relativos ao valor patrimonial do investimento e o correspondente ágio apurado em relação ao valor da aquisição.

69. No dia 24/04/2013 a fiscalizada apresenta resposta ao Termo de Intimação Fiscal (...) informando relativamente ao item 7 que o ágio na aquisição das ações da CST foi fundamentado na rentabilidade futura da empresa e complementa: "Esse ágio tem origem na aquisição de ações da CST pela Aços Planos do Brasil Ltda. em 2003 conforme demonstra a nota explicativa número 5 - Investimentos que foi extraída das demonstrações financeiras da sociedade. Todavia, como desde a aquisição das ações em 2003, a empresa passou por inúmeros processos de reestruturação societária, como pode ser confirmado na documentação que foi encaminhada à RFB em 23/05/2012, anexa ao Doc. 09 dos itens 11 a 14, não foi possível localizar o laudo até o presente momento".

70. Como a fiscalizada informou textualmente que até o momento não havia sido localizado o laudo que suportaria o ágio contabilizado com fundamento na rentabilidade futura da empresa (CST), esta fiscalização, uma vez mais em 07/05/2013, através do item 5 do Termo de Intimação Fiscal nº 2, reentimou o contribuinte a apresentar toda documentação probante pertinente (Art. 20, §3º do DL 1598/77) incluindo o fundamento econômico do ágio, bem como o respectivo relatório e/ou laudo de avaliação elaborado que deu àquele suporte, apresentando ainda os cálculos relativos ao valor patrimonial do investimento e o correspondente ágio apurado, em relação ao valor da aquisição.

71. Em sua resposta, em 27/05/2013, o contribuinte foi taxativo: "A Fiscalizada informa que não foi possível localizar outra documentação, relativamente ao ágio na aquisição das ações da CST, além das que já foram encaminhadas à esta Fiscalização."

72. Portanto, o que esta fiscalização constatou é que não existe um documento que possa comprovar o fundamento econômico do ágio com base na rentabilidade futura da CST. Não há um Laudo e nem sequer qualquer outro documento que possa demonstrar o fundamento econômico do ágio contabilizado.

73. Além disso, não houve a comprovação do pagamento do ágio originalmente contabilizado na Arcelor Aços Planos do Brasil S.A (AAPB - CNPJ 07.157.394/0001-06), assim como não foram comprovados os cálculos relativos ao Valor patrimonial do investimento e o correspondente ágio apurado em relação ao valor da aquisição.

74. A falta dessa documentação probante impede que a amortização do ágio seja dedutível na apuração do Lucro Real.

75. É elemento essencial para que a amortização do ágio seja dedutível que exista toda a documentação probante pertinente nos termos do Art. 20, §3º do DL 1598/77, ou seja, é necessário que haja uma demonstração que o contribuinte tenha arquivado como comprovante da escrituração do ágio, incluindo eventuais relatórios e/ou laudos de avaliação elaborados comprovando e demonstrando os fundamentos do ágio, bem como os comprovantes de pagamento e ainda uma demonstração de como foi apurado o valor do ágio contabilizado.

76. Na ausência/desses requisitos essenciais todos os efeitos fiscais produzidos pela amortização do ágio não podem prosperar. Os valores correspondentes que reduziram indevidamente o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL ano-calendário (2008, 2009 e 2010) estão sujeitos ao lançamento e são os seguintes:

a) No ano-calendário de 2008, conforme demonstrativos apresentados pelo contribuinte e analisados por esta fiscalização, o valor das amortizações do ágio da CST perfaz o montante de R\$ 2.454.635,97, cujas contrapartidas foram despesas de amortização de ágio (conta 3402001) que influenciaram o resultado e não tiveram seu efeito neutralizado através da adição do referido valor na apuração do Lucro Real. Dessa forma a fiscalização está adicionando o valor de R\$ 2.454.635,97 na apuração do Lucro Real;

b) Já para os anos-calendário de 2009 e 2010 o contribuinte informou em resposta ao item 18 do Termo de Início de Fiscalização que a partir de 01/01/2009 o ágio amortizado a débito da conta 342001 e a crédito da conta 1331106 foi retificado a débito da conta 1331105 e a crédito da conta 3402033, em virtude das novas normas contábeis de convergência ao IFRS. E prossegue informando que os lançamentos contábeis relativos à amortização do ágio foram realizados através dos ajustes ao RTT, conforme pode ser constatado no LALUR dos anos de 2009 e 2010.

77. Os valores relativos à amortização de ágio da CST em 2009 e em 2010 foram R\$ 7.363.908,35. Como a fiscalizada entendia

que estas parcelas seriam dedutíveis, na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, deixou de adicionar os respectivos valores. Dessa forma, estamos adicionando os referidos valores para a correta apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL da fiscalizada nos anos-calendário de 2009 e 2010.

78. Ainda com relação ao ágio da CST identificamos que a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real do ano-calendário de 2008 o valor de R\$ 1.781.318,00 com a seguinte rubrica: "Ágio CST - realização da parcela amortizada antes da incorporação". Ora, referida exclusão também não pode ser aceita por essa fiscalização pelas razões acima expostas (falta de documentação probante).

79. Além disso, ainda que toda a documentação probante do ágio existisse essa parcela excluída diretamente na apuração do Lucro Real de 2008 deve ser glosada, pois trata-se de parcela de ágio já amortizado antes da incorporação e o artigo 386, inciso III, do RIR/99 nesse ponto é cristalino quando assevera que o ágio passível de dedutibilidade é 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.

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

(...)

82. Sendo assim, pelas razões acima expostas, procedemos à glosa da exclusão, no valor de R\$ 1.781.318,00 realizada pelo contribuinte no ano-calendário de 2008.

Ágio na DEDINI

83. Através do Termo de Início de Fiscalização o contribuinte foi intimado a apresentar histórico e memorial do processo de reorganização societária envolvendo diversas sociedades, dentre elas, a DEDINI S.A SIDERÚRGICA, CNPJ 48.170.765/0001-04.

84. De toda documentação apresentada durante a fiscalização verificamos que em 05 de Outubro de 1994 a empresa

Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) - CNPJ 24.315.012/0001-73 adquiriu 49% da Dedini S.A. Siderúrgica.

85. Posteriormente, em 29 de Dezembro de 1997, a Belgo-Mineira Piracicaba Ltda - CNPJ 02.316.860/0001-64 adquiriu 51% da Dedini S.A. Siderúrgica.

86. Ambas operações envolveram a contabilização de ágio na aquisição dos investimentos por parte dos investidores

87. Uma série de eventos de reorganização societária veio a ocorrer, os quais resumidamente descrevemos abaixo com a finalidade do completo entendimento dos fatos que levaram o ágio contabilizado nas investidoras acima a figurar na atual fiscalizada ArcelorMittal Brasil S.A - CNPJ 17.469.701/0001-77 produzindo efeitos fiscais até o ano-calendário de 2008, objeto desta ação fiscal.

a) Em 30/07/1998 a Dedini S.A. Siderúrgica incorpora a Belgo-Mineira Piracicaba Ltda.

b) Em 23/08/1999 a Dedini S.A. Siderúrgica altera a denominação, social da Companhia para Belgo-Mineira Piracicaba S.A.

c) Em 30/05/2000 a Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) incorpora a Belgo-Mineira; Piracicaba S.A.

d) Em 30/06/2003 a Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) integraliza na BMP Siderurgia S.A - CNPJ 17.469.70170001-77 (atual fiscalizada ArcelorMittal Brasil S.A) o estabelecimento relativo à antiga Dedini S.A. Siderúrgica.

e) Em 01/12/2004 foi alterada a denominação social da empresa BMP Siderurgia S.A (atual ArcelorMittal Brasil S.A) CNPJ 17.469.701/0001-77 para Belgo-Siderurgia S.A.

f) Em 21/12/2005 a Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) altera a denominação social da Companhia para Arcelor Brasil S.A.

g) E finalmente em 31/08/2007 a Belgo Siderurgia S.A incorpora a Arcelor Brasil S.A sendo que, na mesma data, a Belgo Siderurgia S.A altera sua denominação social para ArcelorMittal Brasil S.A.

Passamos a análise dos ágios originalmente gerados na aquisição dos 49% da Dedini S.A pela CSBM e dos 51% da Dedini S.A pela Belgo-Mineira Piracicaba Ltda.

Ágio na Aquisição de 49% da Dedini S.A.

89. Também foram objeto do Termo de Início a apresentação dos protocolos e justificação de todas as operações de incorporação realizadas pela empresa acompanhadas de cópias das AGE, bem como dos Laudos de Avaliação, do Patrimônio Líquido (contábil e a mercado) de todas as sociedades incorporadas.

Quanto ao ágio a fiscalizada foi intimada a:

(...)

90. Em resposta aos itens acima mencionados, a fiscalizada apresentou resposta em 23/05/2012 contendo parte das informações requisitadas relativa a aquisição das ações da Dedini S.A Siderúrgica. Tais informações estariam compiladas em um anexo à resposta, do contribuinte denominado "Doc. 10.2";

91. Porém, analisando a referida documentação constatamos que não havia sido apresentado o documento probante pertinente ao ágio contabilizado relativo à aquisição dos 49%, ou seja, a demonstração que o contribuinte arquivou como comprovante da escrituração do ágio, incluindo eventuais relatórios e/ou laudos de avaliação elaborados (Art. 20, §3º do DL 1598/77).

Também não foi informado pelo contribuinte em sua resposta o fundamento econômico do ágio contabilizado, assim como não foi comprovado o pagamento do ágio contabilizado.

92. Sendo assim, em 21/03/2013, através do item 5 do Termo de Intimação Fiscal nº 1, reentimamos o contribuinte a apresentar toda documentação probante pertinente (Art. 20, §3º do DL 1598/77) incluindo o fundamento econômico do ágio, bem como o respectivo relatório e/ou laudo de avaliação elaborado que deu aquele suporte.

93. No dia 24/04/2013 a fiscalizada apresenta resposta ao Termo de intimação Fiscal nº 1 informando relativamente ao item 5 que o ágio na aquisição das ações da Dedini S/A foi fundamentado na rentabilidade futura da empresa e que já havia encaminhado à RFB em 23/05/2012 anexo ao Doc. 10.2 da resposta ao Termo de Início e complementa: "Esse estudos suportam 100% da rentabilidade futura da empresa, dessa forma, reforça o valor do ágio pago pela aquisição dos 49% das ações em 1994 e a aquisição dos 51% remanescentes em 1997.

94. E continua: "Esclarece que a avaliação econômico-financeira da Dedini S/A realizada pelo Banco Pactual foi utilizada como estudo preliminar para início das negociações. Dessa forma, o estudo que suportou o ágio pago foi a avaliação feita pelo banco Bozano Simonsen, em 1997, que é contemporânea a negociação das ações. Além disso, informa que o valor presente líquido da empresa está demonstrado na página 9 do estudo de rentabilidade futura elaborado pelo Banco Bozano Simonsen".

95. Diante da resposta da fiscalizada e a fim de que fosse confirmada a utilização de estudo elaborado em 1997 pelo banco Bozano Simonsen para amparar ágio contabilizado em 1994, esta fiscalização, em 07/05/2013, através do item i do Termo de Intimação Fiscal nº 2, solicitou confirmação e o esclarecimento da resposta da fiscalizada de que utilizou o

estudo de rentabilidade futura elaborado pelo banco Bozano Simonsen para as aquisições tanto da participação de 49% (em 05/10/1994) como da participação de 51% (em 29/12/1997), uma vez que na documentação entregue à RFB em 23/05/2012 não constava nenhum relatório e/ou laudo elaborado em 1994 que tivesse suportado o ágio escriturado naquele ano na CSBM.

96. Em 27/05/2013 a fiscalizada entrega resposta confirmando que os estudos que suportaram o ágio com base na rentabilidade futura da Dedini S/A são aqueles já apresentados à RFB, ou seja, o do banco Pactual elaborado em Setembro de 1996 e o do banco Bozano Simonsen elaborado em maio 1997.

*97. Ora, a aquisição de 49% da Dedini S/A pela CSBM **ocorreu em 05/10/1994**. Em resposta ao item 5 do Termo de Intimação Fiscal nº 1 de 21/03/2013, a fiscalizada intimada a apresentar a documentação probante que teria suportado o ágio contabilizado no ano de 1994 relativo à aquisição dos 49% da Dedini S/A informa que o estudo feito pelo banco Bozano Simonsen, **em 1997**, é que teria amparado o ágio pago em 1994, vale dizer, o contribuinte deseja fundamentar um ágio na rentabilidade futura da Dedini S/A, contabilizado em 1994, com um estudo do banco Bozano Simonsen produzido em 1997, ou seja, 03 anos após a contabilização do ágio, que ocorreu em 1994, o contribuinte vem a descobrir que o fundamento daquele ágio tinha encontrado sua razão no estudo do banco Bozano Simonsen de 1997.*

98. O Art. 20, §3º do DL 1598/77 é claro ao prescrever que o ágio contabilizado deve estar suportado por documentação probante de seu fundamento econômico no momento de sua escrituração, o que flagrantemente não é o caso da fiscalizada, que justifica a escrituração em 1994 de ágio com fundamento na rentabilidade futura com estudo produzido somente em 1997 pelo Banco Bozano Simonsen.

99. Além disso, cabe ressaltar aqui que referido estudo do banco Bozano Simonsen teve como escopo a aquisição de 51% da Dedini S/A pela Belgo Mineira Piracicaba Ltda, CNPJ 02.316.860/0001-64, sendo, portanto, totalmente descabido querer utilizar referido estudo para amparar ágio contabilizado 03 anos antes e ainda por empresa diversa (CSBM) da adquirente da participação societária de 51% da Dedini S/A. Ou seja, embora a investida seja a mesma (Dedini S/A), a investidora em 1994 com aquisição de 49% foi a GSBM, enquanto que em 1997 a investidora, com aquisição de 51%, foi a Belgo Mineira Piracicaba Ltda.

100. Portanto, o que esta fiscalização constatou é que "não existe um documento que possa comprovar o fundamento econômico do ágio com base na rentabilidade futura da Dedini S/A relativo à aquisição da participação societária de 49% pela CSBM. Não há um Laudo e nem sequer qualquer outro documento que possa demonstrar o fundamento econômico do ágio contabilizado naquela data (05/10/1994).

101. Além disso, não houve a comprovação do pagamento do ágio originalmente contabilizado na Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) - CNPJ 24.315.012/0001-73.

102. A falta dessa documentação probante impede que a amortização do ágio seja dedutível na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

103. É elemento essencial para que a amortização do ágio seja dedutível que exista toda documentação probante pertinente nos termos do Art. 20, §3º do DL 1598/77, ou seja, é necessário que haja uma demonstração que o contribuinte tenha arquivado como comprovante da escrituração do ágio, incluindo eventuais relatórios e/ou laudos de avaliação elaborados comprovando e demonstrando os fundamentos do ágio, bem como os comprovantes de pagamento.

104. Na ausência desses requisitos essenciais todos os efeitos fiscais produzidos pela amortização do ágio não podem prosperar. O valor correspondente ao ágio relativo à aquisição de 49% da Dedini S/A acabou por reduzir indevidamente o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL no ano-calendário de 2008, objeto dessa fiscalização, e está sujeito ao lançamento na forma que mais adiante será demonstrada, ou seja, a parcela do ágio correspondente à aquisição de 49% da Dedini S/A não comporá o valor do ágio passível de ser amortizado e deduzido na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Ágio na Aquisição de 51% da Dedini S.A.

105. A mesma documentação acima mencionada nos itens 89 e 90 foi solicitada e analisada pela fiscalização para o perfeito entendimento da operação que havia gerado o ágio na aquisição dos 51% da Dedini S/A pela Belgo Mineira Piracicaba Ltda.

106. Em 21/03/2013, através do item 6 do Termo de Intimação Fiscal nº 1, intimamos o contribuinte a demonstrar qual valor do relatório de avaliação econômico-financeira do Banco Pactual teria suportado o ágio contabilizado de R\$ 50.333.290,00, com fundamento na rentabilidade futura.

107. No dia 24/04/2013 a fiscalizada apresenta resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 1 informando relativamente ao item 6 que a avaliação econômico-financeira da Dedini S/A realizada pelo banco Pactual foi utilizada como estudo preliminar e complementa: "Dessa forma, o estudo que suportou o ágio pago foi a avaliação feita pelo banco Bozano Simonsen, em 1997".

108. Diante da resposta da fiscalizada e a fim de que fosse melhor esclarecida a questão, da existência de dois documentos que poderiam ter fundamentado a rentabilidade futura do ágio relativo à parcela dos 51%, esta fiscalização, em 07/05/2013, através dos itens 2 e 3 do Termo de Intimação Fiscal, solicitou com relação às duas avaliações econômicas/estudos o seguinte:

(...)

109. Em 27/05/2013 a fiscalizada entrega resposta confirmando que os estudos que suportaram o ágio com base na rentabilidade futura da Dedini S/A são aqueles já apresentados à RFB, ou seja, o do banco Pactual elaborado em Setembro de 1996 e o do banco Bozano Simonsen, elaborado em maio 1997 e, nas palavras da fiscalizada, a saber:

(...)

110. O que esta fiscalização constatou diante de toda documentação apresentada foi que a fiscalizada, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 1, informou que teria utilizado o estudo do banco Bozano Simonsen para justificar o ágio fundamentado na rentabilidade futura da Dedini S.A.

111. Já na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 2 a fiscalizada alega que foram dois estudos que suportaram a fundamentação da rentabilidade futura da Dedini S.A, a saber:

a) A avaliação econômico-financeira do Banco Pactual por ela contratado em 05/09/1996, para o qual apresentou o respectivo contrato de prestação de serviços ficam como os comprovantes de pagamento pelos serviços prestados, e

b) O estudo do Banco Bozano Simonsen, com data genérica, de maio de 1997, sem assinatura e elaborado, segundo a própria resposta, a pedido do vendedor das ações e não para a fiscalizada.

Em relação à avaliação econômico-financeira elaborada pelo Banco Pactual

a) O autor da requisição da avaliação é a própria adquirente (Belgo Mineira) da participação societária dos 51% da Dedini S/A.

b) Existiu um efetivo contrato de prestação de serviços de consultoria na aquisição e avaliação da Dedini S/A celebrado entre o Banco Pactual e a Belgo Mineira, para o qual se comprovou a efetiva prestação, bem como os pagamentos pelos serviços de consultoria e avaliação realizados pelo Banco Pactual;

c) Apesar da assinatura do contrato ter ocorrido em 05/09/1996, ocorreram pagamentos pela prestação de serviços pelo Banco até o mês de maio de 1998, indicando que a conclusão da aquisição se desenvolveu entre aquelas datas;

d) A data do contrato com o Banco Pactual é 05/09/1996 e que a data da avaliação econômico-financeira é também em setembro de 1996, portanto anterior à efetiva concretização da aquisição de 51% das ações da Dedini S/A, cujo contrato de compra e venda de ações ocorreu em 21/11/1997;

e) O princípio contábil da Prudência fica preservado, pois o benefício fiscal líquido gerado pela amortização fiscal do ágio fundamentado na rentabilidade futura amparado pela avaliação do Banco Pactual é inferior ao benefício fiscal líquido quando comparado ao estudo do banco Bozano Simonsen.

f) A projeção da avaliação econômico-financeira utilizou o prazo de 10 anos, portanto dentro do prazo permitido pela legislação fiscal para amortização do ágio, que teria seu fundamento de rentabilidade futura amparado por aquela avaliação.

Por sua vez, o estudo do banco Bozano Simonsen:

a) Não foi elaborado a pedido da adquirente das ações (Belgo-Mineira), mas sim a pedido dos acionistas vendedores da Dedini S/A, ou seja, parte alheia ao adquirente que poderia contabilizar o eventual ágio;

b) Carece de contrato de prestação de serviços e de pagamentos relativos a esse estudo, conforme a própria fiscalizada reconhece;

c) Não contempla nem os responsáveis pela elaboração do estudo, sendo que a fiscalizada afirma que não tem como os informar;

d) Foi elaborado em maio de 1997 no âmbito de mandato conferido pela presidência da Dedini S/A ao banco Bozano Simonsen para a venda do controle e da participação acionária relativa aos 51% da Dedini S/A. Posteriormente, em 09/09/1997, referido mandato foi cancelado pela presidência da Dedini S/A, portanto referido estudo elaborado pelo banco Bozano Simonsen é inócuo, pois elaborado para o vendedor das ações, o qual cancelou o referido mandato antes da venda das ações que ocorreu em 21/11/1997.

e) Afrenta o princípio contábil da Prudência, pois o benefício, fiscal líquido gerado pela amortização fiscal do ágio fundamentado na rentabilidade futura amparado pelo estudo do Banco Bozano Simonsen, se considerada a forma como foi apresentado, é superior ao benefício fiscal líquido quando comparado à avaliação do banco Pactual;

f) Considera em seu cálculo de rentabilidade futura a projeção para 12 anos (verso da página 9 do estudo) sendo, portanto, incompatível com o prazo de amortização de 10 anos utilizado pela fiscalizada nos cálculos dos valores por ela amortizados. A projeção se realizada para 10 anos implicaria em um valor presente do fluxo de caixa descontado menor em relação ao encontrado pelo estudo, ou seja, o valor que poderia amparar o fundamento da rentabilidade futura seria menor.

(...)

113. Sendo assim, esta fiscalização concluiu que a avaliação econômico-financeira do Banco Pactual é a que dispõe das

características de idoneidade, certeza de sua ocorrência anterioridade em relação ao evento de compra das ações, dirigida ao adquirente das ações, com prazo compatível para a amortização fiscal em 10 anos e respeitando os princípios contábeis, sendo, portanto, a que será considerada por essa fiscalização para fins de apuração do valor máximo do ágio com base na rentabilidade futura que poderia ter sido considerado no caso concreto da aquisição dos 51% das ações da Dedini S/A.

114. Com relação ao ágio relativo à aquisição de 49% da Dedini S/A, ocorrida em 1994, como já descrito em item próprio deste Termo, o mesmo carece de documentação de suporte que ampare o fundamento da rentabilidade futura nos termos preconizados pelo Art. 20, §3º do DL 1598/77.

CÁLCULO DO VALOR DO ÁGIO ADMITIDO

115. Primeiramente cabe ressaltar que a parcela do ágio correspondente à aquisição de 49% da Dedini S/A não comporá o valor do ágio passível de ser amortizado e deduzido na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, conforme já explicado nos itens precedentes.

116. Quanto à parcela dos 51%, a fiscalizada apresentou planilha de cálculo demonstrando como havia calculado o ágio relativo na aquisição do percentual de 51% da Dedini. Os valores foram os seguintes:

Aquisição de 91.239.432 ações (51%) em 21/11/1997 R\$ 86.503.000,00

51% do Valor do Patrimônio Líquido em 31/12/1997 R\$ 36.169.710,00

Ágio pago na aquisição de 51% da Dedini em 1997 R\$ 50.333.290,00

117. Ao valor do ágio acima mencionado a fiscalizada teria adicionado os valores de R\$ 2.310.000,00 a título de juros sobre financiamento para aquisição da Dedini e mais R\$ 1.585.000,00, a título de despesas pagas ao Banco Pactual na avaliação da Dedini. Referidos valores não serão considerados por essa fiscalização como integrantes do valor do ágio passível de ser amortizado, pois para as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real o reconhecimento tanto das receitas como dos custos ou despesas se faz pelo regime de competência.; Nesse sentido as receitas devem ser reconhecidas quando auferidas e os custos ou despesas quando incorridos. O tratamento contábil e fiscal dado pela fiscalizada a esses dispêndios, ao proceder à amortização de despesa que não se enquadra no conceito de ágio (art. 385, II, do RIR/1999), fere o regime de competência. Referidos valores não se agregam ao ágio. São despesas de outra competência. Nesse sentido, as despesas deveriam ter sido reconhecidas quando incorridas e deduzidas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL naquele período onde incorreram.

118. Nos termos do art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, o lançamento do ágio fundamentado na rentabilidade futura deverá ser suportado com a respectiva documentação probante. No caso concreto da aquisição de 51% da Dedini S/A esse documento foi a avaliação econômico-financeira elaborada pelo banco Pactual. Porém, como pode ser constatado à página 7 da referida avaliação, o valor encontrado para os 51% das ações, utilizando o método do fluxo de caixa descontado, foi de R\$ 53.255.000,00.

119. Dessa forma o valor máximo do ágio que poderia ter sua fundamentação amparada em rentabilidade futura seria:

51% das ações conforme avaliação do Banco Pactual R\$ 53.255.000,00

(-) 51% do Valor do Patrimônio Líquido em 31/12/1997 R\$ 36.169.710,00

(=) Ágio máximo admitido com fundamento na rentabilidade futura R\$ 17.085.290,00

120. A diferença a maior paga na aquisição das ações, ainda que possa ser considerada como ágio, não tem, certamente, fundamento na rentabilidade futura. Dessa forma, os cálculos elaborados por essa fiscalização tiveram como único ponto de partida o valor do ágio de R\$ 17.085.290,00 com fundamento em rentabilidade futura passível de gerar benefício fiscal.

121. A fiscalizada atribuiu o prazo de amortização de 10 anos começando a amortização em janeiro de 1998. Amortizou por 6 meses e a partir de julho de 1998 (inclusive) redefiniu o prazo de amortização em 10 anos a partir dessa nova data, conforme demonstra a planilha de cálculo entregue pelo contribuinte. Dessa forma temos: R\$ 17.085.290,00/120 meses = R\$ 142.377,42 por mês.

122. De janeiro a junho de 1998 foram amortizados R\$ 854.264,50, restando em 30/06/1998 um saldo a amortizar de R\$ 16.231.025,50. Esse saldo foi projetado para ser amortizado em 120 meses, o que gerou uma parcela mensal de amortização, começando em 01/07/1998, no valor de R\$ 135.258,55.

123. De julho de 1998 a 31/12/2007 teríamos uma amortização de $114 \times 135.258,55 = \text{R\$ } 15.419.474,23$ restando, portanto, R\$ 811.551,28 passível de ser amortizado no ano de 2008, ou seja, $6 \times 135.258,55$.

124. Como a fiscalizada amortizou R\$ 2.479.456,26 e não adicionou referido valor na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL concluímos que ocorreu a infração de falta de adição do valor de R\$ 2.479.456,26 - R\$ 811.551,28 = R\$ 1.667.904,98 que está sendo objeto de lançamento, pois o ágio dedutível fiscalmente é somente aquele fundamentado na rentabilidade futura devidamente comprovada.

125. O Art. 20, §3º do DL 1598/77 é claro ao prescrever que o ágio contabilizado deve estar suportado por documentação probante de seu fundamento econômico no momento de sua escrituração, o que flagrantemente não é o caso da fiscalizada em relação à aquisição dos 49%, pois esta justifica a escrituração em 1994 de ágio com fundamento na rentabilidade futura com estudo produzido somente em 1997 pelo Banco Bozano Simonsen.

126. Além disso, cabe ressaltar aqui que referido estudo do banco Bozano Simonsen teve como escopo a aquisição de 51% da Dedini S/A pela Belgo Mineira Piracicaba Ltda, CNPJ 02.316.860/0001-64, sendo, portanto, totalmente descabido querer utilizar referido estudo para amparar ágio contabilizado 03 anos antes e ainda por empresa diversa (CSBM) da adquirente da participação societária de 51% da Dedini S/A. Ou seja, embora a investida seja a mesma (Dedini S/A), a investidora em 1994 com aquisição de 49 % foi a CSBM, enquanto que em 1997 a investidora, com aquisição de 51%, foi a Belgo Mineira Piracicaba Ltda.

127. Portanto, o que esta fiscalização constatou é que não existe um documento que possa comprovar o fundamento econômico do ágio com base na rentabilidade futura da Dedini S/A relativo à aquisição da participação societária de 49% pela CSBM. Não há um Laudo e nem sequer qualquer outro documento que possa demonstrar fundamento econômico do ágio contabilizado naquela data (05/10/1994).

128. Além disso, não houve a comprovação do pagamento do ágio originalmente contabilizado na Companhia Siderúrgica Belgo Mineira (CSBM) CNPJ 24.315.012/0001-73.

129. A falta dessa documentação probante impede que a amortização do ágio seja dedutível na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL e, por essa razão, a parcela do ágio referente à aquisição dos 49% da Dedini não foi considerada nos cálculos do ágio admitido e que nos itens acima foi demonstrado.

130. É elemento essencial para que a amortização do ágio seja dedutível que exista toda documentação probante pertinente nos termos do Art. 20, §3º do DL 1598/77, ou seja, é necessário que haja uma demonstração que o contribuinte tenha arquivado como comprovante da escrituração do ágio, incluindo eventuais relatórios e/ou laudos de avaliação elaborados comprovando e demonstrando os fundamentos do ágio, bem como os comprovantes de pagamento.

131. Na ausência desses requisitos essenciais todos os efeitos fiscais produzidos pela amortização do ágio não podem prosperar. O valor correspondente ao ágio relativo à aquisição de 49% da Dedini S/A acabou por reduzir indevidamente o Lucro Real e a base de cálculo da CSLL no ano-calendário de 2008, objeto dessa fiscalização, e está sujeito ao lançamento na forma que acima foi demonstrada, ou seja, não integrou o valor

do ágio admitido por essa fiscalização passível de ser amortizado e que acima demonstramos.

Ágio na Mendes Júnior Siderurgia (MJS)

132. No ano-calendário de 2003, Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S.A (BMP) CNPJ 00.664.902/0001-23 adquiriu ações da Mendes Júnior Siderurgia (MJS) - CNPJ 17.469.701/0001-77 com ágio no valor total de R\$ 1.718.180.004,66. A amortização realizada por BMP no ano-calendário de 2003 fez a quantia de R\$ 121.886.955,06. O saldo a amortizar ficou em R\$ 1.596.293.049,60.

133. Em 14/03/2003 a Mendes Júnior Siderurgia (MJS) altera sua denominação social para BMP Siderurgia S.A (BMPS) CNPJ 17.469.701/0001-77.

134. Através da AGE de 01/01/2004 foi aprovada Justificação e Protocolo de Cisão Parcial de Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S.A (BMP) - CNPJ 00.664.902/0001-23 com versão, para a BMPS, da parcela cindida que continha o investimento nesta anteriormente realizado.

135. A partir do evento acima, BMPS (que alterou sua denominação social em 01/01/2004 para Belgo Siderurgia S/A e em 31/08/2007 para ArcelorMittal Brasil S/A) passa a amortizar o ágio e não adicioná-lo na apuração do Lucro Real. Conforme mencionado, o saldo do ágio acima foi amortizado em 05 anos (2004 a 2008) sendo R\$ 319.258.609,92 por ano.

136. Com relação ao ágio já amortizado na BMP no ano-calendário de 2003, no valor de R\$ 121.886.955,06 identificamos que a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008 as seguintes parcelas:

2006 - R\$ 73.132.173,00

2007 - R\$ 24.377.391,00

2008 - R\$ 24.377.391,00 com a seguinte rubrica: "Real. Ágio na BMP e transferido p/ Belgo Sid. Pela Cisão".

137. Essa parcela excluída diretamente na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL de 2008 deve ser glosada, pois trata-se de parcela de ágio já amortizado antes dos eventos de incorporação/fusão/cisão e o artigo 386, inciso III, do RIR/99, nesse ponto é cristalino quando assevera que o ágio passível de dedutibilidade é aquele decorrente de amortizações ocorridas posteriormente aos eventos de incorporação, fusão ou cisão nos balanços correspondentes à apuração do Lucro Real levantados após os eventos mencionados.

138. O direito à dedutibilidade do ágio amortizado nasce somente após o evento de incorporação, fusão ou cisão. Não tem sentido algum querer obter qualquer benefício fiscal para as parcelas de ágio já amortizadas anteriormente ao evento de

incorporação, fusão ou cisão. O ágio amortizado anteriormente aos eventos citados é totalmente indedutível nos termos do artigo 391 do RIR/99. O controle na parte B do LALUR dos valores adicionados anteriormente à incorporação, 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 o referido valor anteriormente adicionado ser aproveitado.

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

Sendo assim, pelas razões acima expostas, procedemos à glosa da exclusão no valor de R\$ 24.377.391,00 realizada pelo contribuinte no ano-calendário de 2008.

Ágio na Arcelor Brasil S/A

140. Para que se compreenda a forma como surgiu o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A a 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.

142. A Arcelor S/A ("Arcelor") e a Mittal Steel Company N.V. ("Mittal") eram as duas maiores empresas no setor mundial de aços, detendo juntas 10% da produção mundial de aço. A Arcelor tinha sede em Luxemburgo, contava com ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era disperso em mercado. A Mittal tinha sede na Holanda, possuía ações listadas em bolsas de diversos países e seu controle era retido nas mãos da família Mittal, de origem indiana.

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

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

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

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

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.

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

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

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

149. A partir de 20 de novembro de 2006, como consequência da Oferta de Permuta, (incluindo o período de oferta subsequente desta e o procedimento de oferta obrigatória, conforme as leis de Luxemburgo) e da conversão dos OCEANES da Arcelor, a Ofertante detinha 630.608.385 ações da Arcelor representando 94,04% do capital social da Arcelor. Os acionistas da Arcelor e os detentores de OCEANES da Arcelor tomaram-se acionistas diretos da Ofertante.

Em 30 de setembro de 2006, a Arcelor detinha ações representando aproximadamente 67% do capital social da Arcelor Brasil (excluídas as ações em tesouraria).

150. Em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do Artigo 1 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e de acordo com o artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de

Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações detidas por acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A.

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

151. A Mittal Steel Company N.V. era constituída de acordo com as leis da Holanda e localizava-se em Hofplein 203032, AC, Roterdã, Holanda, tendo como seu principal objeto, entre outros, a participação societária em outras sociedades.

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

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

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

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

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

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

157. A sede social da Arcelor Brasil S/A - CNPJ 24.315.012/0001-73 era na Avenida Carandaí, nº 1.115, 20º a 26º andares, no Município de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais e seu principal objeto social era o estabelecimento e a operação de indústrias e empreendimentos nos setores siderúrgico e metalúrgico, no Brasil e no exterior, e o investimento em outras sociedades que operassem os mesmos

setores ou atividades complementares, tais como a produção, compra e venda de energia e outros insumos das atividades siderúrgicas e metalúrgicas.

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

159. Arcelor Brasil S/A era a nova denominação social da Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira (CSBM), a partir de 21 de dezembro de 2005.

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

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

161. Em 31 de março de 2007, a composição da participação acionária na Arcelor Brasil era a seguinte:

Acionistas Controladores: 66,73% (ASBM S/A R L, ARCELOR FRANCE, ARCELOR SPAIN HOLDING SL, ARCELOR LUXEMBOURG e SIDARFIN NV).

Acionistas Minoritários: 32,74%

Ações em Tesouraria: 0,53%

162. O número total de ações ordinárias era de 650.993.100, sendo 3.415.041 em tesouraria e não havia ações preferenciais.

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).

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

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.

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.

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

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

169. Adicionalmente, na mesma data de 31/07/2007, controladora (MSCNV) e (MSBP) celebram contrato de compra e venda no qual a MSCNV vende para sua controlada MSBP, 10.805,000 ações da Arcelor Brasil S/A pela quantia de R\$ 563.382.986,36.

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

171. Além disso, a MSBP tomou vultosos empréstimos (mais de R\$ 5 bilhões) de outra empresa do grupo ArcelorMittal 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 nº 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, a Arcelor Brasil S/A é incorporada pela ArcelorMittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

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

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

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

Cario Panuhzi - 0,01%

José Armando de Figueiredo Campos - 0,01% e

Marcos Afonso Maia - 0,01%

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

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

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

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 descreveremos 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.

OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES DE EMISSÃO DA ARCELOR BRASIL SA. (OPA)

181. O preâmbulo da OPA dispunha que a **Mittal Steel Company N.V** submetia aos acionistas da **ARCELOR BRASIL S.A.** ("Arcelor Brasil"), companhia aberta, oferta pública ("Oferta") para a aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Arcelor Brasil ("Ações") conforme as

regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") nº 361, datada de 5 de março de 2002.

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

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

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

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

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

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

188. Conforme definido no Laudo de Avaliação elaborado pela Goldman Sachs International e Goldman Sachs Representações Ltda, referido na Seção 7.2. da OPA, o Preço de Oferta foi superior ao preço justo da Arcelor Brasil, conforme determinado

de acordo com o valor econômico da Arcelor Brasil baseado na análise de fluxo de caixa descontado.

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

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

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

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

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

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

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

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

195. E de acordo com o item 4.4.2 do Edital da OPA as obrigações de liquidação da Ofertante Mittal Steel Company N.V. estabelecidas no Edital seriam cumpridas diretamente pela Ofertante, ou por meio de entidade integrante de seu grupo econômico e, em qualquer caso, a Ofertante permaneceria

integralmente responsável e garantiria o cumprimento de todas as obrigações a ela atribuídas relativas à Oferta e estabelecidas no Edital.

196. Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente das ações da Arcelor Brasil S/A era uma empresa do exterior com sede na Holanda, a Mittal Steel Company N.V..

197. Foi a Mittal Steel Company N.V. quem realmente procedeu à operação de compra das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA e quem realmente suportou o ônus pelas ações adquiridas, seja através da opção de pagamento misto, seja pela opção do pagamento em dinheiro.

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

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

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

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

202. O abuso de direito é definido nesses termos pelo atual Código Civil:

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.

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

204. A criação de empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática (que normalmente se verifica nas atividades

empresariais) para funcionar deliberadamente como mero caixa de empresa do exterior contraria a finalidade econômica da atividade nos termos em que é descrita no artigo 966 do atual Código Civil. Logo, semelhante ato, por si só, caracteriza abuso de direito.

205. Marco Aurélio Greco destaca em sua obra (Planejamento Tributário - São Paulo, Dialética, 2004), que o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A idéia de empresa é o núcleo a ser investigado. O Código Civil define no caput do art. 966 que considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Sendo assim, no contexto aqui analisado, qual seria o papel da MSBP.

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.

207. As circunstâncias materiais do fato gerador devem ser levadas em consideração na determinação de sua ocorrência em todos os seus aspectos e dimensões, isto é, aspecto material, espacial, temporal, subjetivo e valorativo.

Esse é o caso do IRPJ, quanto ao qual tanto o sujeito passivo quanto a autoridade fiscal deverão apurar os fatos e as circunstâncias concretas para efeito de determinar a qualificação e as conseqüências jurídicas previstas em lei.

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

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

210. *A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente corrobora o único intuito do abuso da forma como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.*

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

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

213. *Este fato demonstra que a verdadeira adquirente que efetivamente suportou o ônus foi uma empresa do exterior e não uma pessoa jurídica nacional. Tendo em vista que somente as pessoas jurídicas nacionais poderiam gozar do benefício fiscal do ágio ao adquirirem participação societária em outra pessoa jurídica, também nacional, conclui-se que o ágio em comento não é dedutível na apuração do Lucro Real da fiscalizada.*

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, em 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 perquirido (aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.*

218. *Guiados pelo fundamento econômico de rentabilidade futura e voltados essencialmente à obtenção de economia fiscal forçosa, os "negócios" de tal natureza apresentam-se, quase sempre, sob um mesmo invólucro, qual seja: um pacote contendo*

a inserção (entre a operação negocial e os agentes efetivos) de entidades efêmeras desprovidas de existência fática (sem rastro de exercício fático de objeto societário, autonomia administrativa ou plano de negócios), acompanhada de atos societários seqüenciais - formalizados em diminuto espaço de tempo - sem que estejam estes vinculados a uma legítima motivação econômica ou propósito negocial.

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

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

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

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

223. Parte do ágio total escriturado na Mittal Steel Brasil Participações S/A proveio exatamente do aumento e integralização de capital feito pela Mittal Steel Company N.V. através da entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A. O restante das ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V., ou seja, 10.805.000, foram vendidas pela Mittal Steel Company N.V. para a Mittal Steel Brasil Participações S/A, a qual recebeu o investimento e o escriturou com ágio.

224. Revelou-se mais tarde, por ocasião da incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A, que as ações da Arcelor Brasil S/A detidas pela MSCNV e integralizadas na MSBP acabaram retornando ao seu patrimônio na medida em que na relação de troca de ações realizada entre Arcelor Brasil S/A e MSBP, a MSCNV, como controladora integral da MSBP, acabou por receber ações da Arcelor Brasil S/A, ou seja, a MSCNV transfere ações da Arcelor com ágio, em um primeiro momento, para logo

em seguida (após a incorporação da MSBP pela Arcelor Brasil S/A) receber também ações da Arcelor, ou seja, os efeitos dos atos praticados retornaram à situação original, porém com uma diferença marcante: o ágio vultoso agora transferido e, na visão da fiscalizada, pronto para ser amortizado.

225. A validade da dedutibilidade do ágio na apuração do lucro tributável das empresas depende tanto da confirmação das condições jurídicas e dos elementos formais previstos no normativo tributário, quanto dos aspectos intrínsecos ou subjacentes que levam ao conhecimento da realidade fática motivadora da operação, bem como das características essenciais que o credencia como fiscalmente dedutível, de modo a não restar nenhuma dúvida quanto à lisura e efetivação da finalidade comercial dos eventos societários a ele vinculados - no que se inclui a confirmação da operacionalidade efetiva das sociedades envolvidas e a presença de lapso temporal entre a constituição destas e os eventos deflagradores do instituto - em extensão suficiente a empregar razoabilidade aos negócios formalizados. E como já repetidamente enfatizado nesse Termo de Verificação, a Mittal Steel Brasil Participações S/A foi uma mera entidade veículo, com curto lapso temporal de existência, sem operacionalidade efetiva e com o único objetivo de economia tributária, que fica ainda mais evidente quando se constata que a própria Mittal Steel Company N.V. (empresa Holandesa) adquiriu ações da Arcelor Brasil S/A através do mix-option ARCE11L denotando que era perfeitamente factível a aquisição de todas as ações da Arcelor Brasil S/A por uma empresa do exterior (hipótese na qual o eventual ágio estaria contabilizado no exterior) sem a necessidade ulterior de haver qualquer transferência dessas ações adquiridas para uma subsidiária brasileira para posteriormente ser incorporada restando ao final para a empresa do exterior (Mittal Steel Company N.V.) as mesmas ações que anteriormente já detinha da Arcelor Brasil S/A.

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

exclusivamente ao intuito de forçar a obtenção de economias fiscais ante a Fazenda Pública.

227. Um dos juristas que mais contribuiu sobre os limites do planejamento tributário foi o professor Marco Aurélio Greco especialmente em sua obra "Planejamento Tributário" da Editora Dialética. De sua obra cabe destacar, por extrema pertinência com os fatos apurados por essa fiscalização, o capítulo das "Operações Preocupantes", onde o autor comenta sobre determinadas operações que exigem uma particular atenção do intérprete antes de emitir um pronunciamento quanto à sua oponibilidade ou não contra o Fisco.

Transcrevemos a seguir, seu entendimento sobre algumas das referidas "operações preocupantes" que foram reconhecidas no presente procedimento fiscal:

(...)

228. Nesse sentido, o planejamento tributário abusivo quanto à vantagem fiscal aqui analisada é algo que se depreende facilmente quando se assiste ao filme da operação como um todo, em uma resultante final de fatos, circunstâncias e eventos encadeados cronologicamente e não somente com visão fixa em determinados quadros isolados. Disso decorre que, ao se refutar o efeito fiscal suscitado pelas partes (frente à conhecida essência da operação), retorna-se, pois, à verdade material assim consubstanciada: uma entidade jurídica estrangeira (controladora Mittal Steel Company N.V.) adquirindo, via bolsa de valores, ações de uma controlada residente.

229. Dessa forma, é notório que a operação financeira em tela não se tratou de investimento local, efetivado por uma empresa residente em ativos de outra, que pudesse se converter (legítima e legalmente) em um aproveitamento fiscal futuro, quanto a ágio eventualmente ocorrido na aquisição do mesmo, sob evento superveniente de incorporação societária (igualmente legítimo).

230. Tal constatação já é por si só suficiente para fulminar, no nascedouro, a dedução fiscal suscitada pela própria empresa objeto do fechamento de capital, já que o instituto do ágio tributário pátrio - que rege investimentos entre empresas residentes e existentes de fato - não ultrapassa fronteira. Assim, uma empresa estrangeira não pode utilizar aqui uma eventual segregação de ágio efetivada no exterior. E, ao segregá-lo aqui, não basta, pura e simplesmente, inserir fugazmente na operação uma sociedade local-interposta, sem relação efetiva e objetiva com o evento, para que cumprida a forma ter-se direito automático a uma dedução fiscal futura pela empresa residente, a quem de fato se dirigia o investimento estrangeiro. Ou seja, manobras desse tipo não alteram a substância da operação que remete ao ente estrangeiro como o efetivo e real adquirente das ações da Arcelor Brasil S/A. Verdade material essa que não se desfaz pela mera participação de uma entidade interposta local (MSBP), na figura de extensão do caixa da real adquirente do exterior Mittal Steel Company N.V.

231. O RIR/99 é claro ao dispor que somente as pessoas jurídicas que investirem em outra com ágio é que terão direito à amortização fiscal do ágio. No caso em tela, não foi uma pessoa jurídica residente no Brasil que efetivamente adquiriu as ações na OPA, mas sim a Mittal Steel Company N.V. sediada na Holanda.

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

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

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

235. Portanto, o **benefício fiscal** da dedutibilidade do **ágio** somente é aplicável quando o evento de incorporação ocorrer entre duas **empresas** que sejam **domiciliadas no Brasil**. Permitir o benefício fiscal da amortização do ágio em operações de incorporação, envolvendo pelo menos um não residente está completamente fora do escopo da norma. Essa é a essência da norma. Irrelevante se as operações ocorreram formalmente entre empresas domiciliadas no País, através da criação efêmera, de empresa veículo, especialmente quando a mesma é extinta em evento encadeado e subsequente de incorporação. Cabe aqui ressaltar que o artigo 11 do CTN estabelece que a legislação tributária que disponha sobre benefício fiscal deve ser interpretada literalmente, vale dizer, as sociedades não residentes não tem amparo para gozar do benefício fiscal da amortização do ágio. O benefício fiscal não contempla a hipótese do presente caso no qual houve aquisição de ações com ágio via OPA por conta e ordem de Mittal Steel Company N.V, pois trata-se de empresa domiciliada no exterior e, portanto, fora do escopo da norma que dispunha sobre o benefício.

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

conferir ao ágio carregado uma eventual legitimidade que efetivamente não foi confirmada.

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

238. Vê-se claramente que a empresa do exterior não goza do benefício fiscal da amortização do ágio e dado o abuso da forma utilizado pela fiscalizada não há como essa fiscalização considerar como dedutível um ágio nas circunstâncias apresentadas.

(...)

240. Nas condições apresentadas e descritas nesse tópico não há como aceitar a amortização do ágio como dedutível e, como resultado, todos os valores que a fiscalizada deixou de adicionar na apuração do Lucro Real e na base de cálculo da CSLL serão lançados por essa fiscalização nos seguintes valores:

2008 - R\$ 1.128.840.327,23

2009 - R\$ 1.128.840.327,23

2010 - R\$ 1.128.840.327,23

Composição dos valores dos ágios em função das operações que os originaram

241. 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\$ 4.147.292.208,40 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA

b) 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-ARCEIIL, o qual foi celebrado em 31/07/2007 entre Mittal Steel Company M.V. e Mittal Steel Brasil Participações S/A.

c) R\$ 148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado;

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 M.V. na opção de pagamento misto ARCEIIL;

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.

242. A soma dos valores acima mencionados perfaz a quantia de R\$ 6.773.041.963,39 e a totalidade desse valor foi considerada não dedutível na apuração do Lucro Real, de acordo com toda a fundamentação retro exposta.

243. 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 1 "c" acima contempla o ágio contabilizado via 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 M.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 fora 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.

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

245. A aquisição de ações da Arcelor Brasil S/A pela Mittal Steel Company N.V., via OPA, ocorreu em 04/06/2007 e após, em 31/07/2007, esta aumenta o capital e integraliza essas ações na Mittal Steel Brasil Participações S/A, que as recebe e contabiliza o investimento com ágio que se encontrava no exterior, agora encontra-se no Brasil, através de um aumento de capital na MSBP pela MSCNV.

Na MSBP esse é um novo ágio surgido intragrupo dentro de um cenário fático onde MSCNV controla integralmente MSBP e onde MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A fazem parte do grupo mundial Arcelor Mittal formado em 2006, conforme já detalhado no tópico do histórico das empresas deste Termo de Verificação.

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

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

(...)

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

249. Como se não bastassem todos os vícios encontrados e percorridos até o momento por essa fiscalização, ainda com relação ao ágio da Arcelor Brasil S/A, identificamos que a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010 os valores de R\$ 36.501.457,68 (2008 e 2009) e R\$ 36.729.508,17 (2010) com a seguinte rubrica: Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil. Tais valores são referentes à realização de parcelas amortizadas antes da incorporação.

250. Ora, referida exclusão também não pode ser aceita por essa fiscalização por todas as razões que já foram anteriormente descritas e detalhadas.

251. 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 2008, 2009 e 2010 deve ser glosada, pois trata-se de parcela de ágio já amortizado antes da incorporação e o artigo 386, inciso III do RIR/99 nesse ponto é cristalino quando assevera que o ágio passível de dedutibilidade é somente aquele decorrente de amortizações ocorridas posteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão nos balanços correspondentes à apuração do Lucro Real levantados após os eventos mencionados.

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

254. *Sendo assim pelas razões acima expostas, procedemos à glosa das exclusões realizadas pelo contribuinte nos valores, de R\$ 36.501.457,68, na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2008 e 2009 e de R\$ 36.729.508,17 na apuração do Lucro Real do ano-calendário de 2010.*

LUCROS NO EXTERIOR

255. *Através do item 19 do Termo de Início de Procedimento Fiscal a fiscalizada, com relação às participações no exterior e lucros disponibilizados declarados na ficha 34da DIPJ do ano-calendário de 2008, foi intimada a apresentar:*

i) As demonstrações de resultado e os balancetes de cada controlada no exterior;

ii) A memória de cálculo das adições, na apuração do Lucro Real e na base de cálculo da CSLL, a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 8 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 08 da Ficha 17 para a CSLL, no valor de R\$7.002.670,26;

iii) Informação sobre os tratados/convenções eventualmente utilizados na apuração do valor oferecido à tributação;

iv) Informação sobre a existência ou não de qualquer ação judicial impetrada pelo contribuinte cujo objeto possa afetar a apuração da matéria Lucros Disponibilizados no Exterior.

256. *Na resposta entregue em 23/05/2012, a empresa apresentou a demonstração de resultado e o balancete do ano-calendário de 2008 de suas controladas no exterior, bem como a memória de cálculo relativa à adição de lucros disponibilizados no exterior em 2008. Informou também que os lucros auferidos por suas controladas - situadas na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A) e na Holanda (CST Corporation B.V.) - estavam amparados respectivamente pelos tratados para evitar a dupla tributação celebrados entre o Brasil e a Argentina (Decreto nº 87.976/92) e entre o Brasil e os Países Baixos (Decreto nº 355/91).*

257. *Informou ainda que não tem conhecimento de nenhuma ação judicial, por ela interposta, que possa afetar a matéria tributável, relativa aos lucros disponibilizados no exterior.*

258. *Posteriormente, através dos itens 6 e 7 do Termo de Intimação Fiscal a fiscalizada, com relação às participações no exterior e lucros disponibilizados declarados na ficha 34 da DIPJ dos anos-calendário de 2009 e 2010, foi intimada a apresentar, as mesmas informações anteriormente solicitadas para o ano-calendário de 2008, acima mencionadas nos itens "i" a "iv".*

259. *Na resposta entregue em 7/05/2013, a empresa apresentou a demonstração de resultado e o balancete dos anos-calendário de 2009 e 2010 de suas controladas/coligadas no exterior, bem como informou que no ano-calendário de 2009 não havia nenhuma adição na Ficha 09/37 a título de lucros disponibilizados no exterior, pois com relação às empresas situadas na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A) e nos Países Baixos (CST Corporation B.V.) estariam sendo aplicados respectivamente os tratados para evitar a dupla tributação assinados entre o Brasil e a Argentina (Decreto 87.976/92) e entre o Brasil e os Países Baixos (Decreto nº 355/91) e que as demais controladas/coligadas no exterior haviam apresentado prejuízo contábil.*

260. *Informa também que em relação ao ano-calendário de 2010 adicionou apenas os lucros apresentados na demonstração de resultado da Unki de Venezuela S A.*

261. *Complementa a informação relativa ao ano-calendário de 2010 repetindo que não há outros valores a serem adicionados tendo em vista a aplicação do tratado para evitar a dupla tributação assinado entre o Brasil e a Argentina (Decreto nº 87.976/92) e entre o Brasil e os Países Baixos (Decreto nº 355/91) e que as demais controladas/coligadas no exterior haviam apresentado prejuízo contábil.*

262. *Por fim ressaltou que não há discussão judicial a respeito da matéria objeto da intimação.*

263. *Das respostas do contribuinte conclui-se que o entendimento da fiscalizada é que existem tratados celebrados pelo Brasil com a Argentina (Decreto nº 87.976/92) e com os Países Baixos (Decreto nº 355/91) que impedem a tributação de qualquer lucro disponibilizado por suas controladas/coligadas sediadas nesses dois países.*

264. *Para uma melhor compreensão da matéria aqui tratada faremos um breve histórico sobre a evolução da legislação.*

(...)

VALORES APURADOS

307. *Passamos agora a analisar o caso concreto da fiscalizada que detinha controladas na Argentina, Países Baixos (Holanda), Costa Rica, Bermudas e Venezuela.*

Ano-Calendário de 2008

308. *No ano-calendário de 2008 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 8 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 08 da Ficha 17 para a CSLL o valor de R\$ 7.002.670,26. Este valor declarado na DIPJ seria relativo somente ao lucro da Empresa Trefilaria Colima S.A (Costa Rica) tendo em vista que em relação às empresas controladas na Argentina e na Holanda a fiscalizada entendia estar amparada pelos Tratados internacionais celebrados com esses países e com relação às outras empresas controladas no exterior (ArcelorMittal Costa Rica e Bemex International Ltd), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2008.*

309. *Porém, ao analisar a demonstração de resultado da Trefilaria Colima S.A (Costa Rica) constatamos que o Lucro Líquido antes do IRPJ era de 3.870.992.347,24 Colons que convertidos pela taxa de 0,0042991, para a data de 30/11/2008 (data do balanço de incorporação da Trefilaria), corresponde a R\$ 16.641.783,20. A participação da fiscalizada nessa empresa controlada era de 50%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008. Sendo assim, o lucro auferido pela fiscalizada e que deveria ter sido adicionado na apuração do IRPJ e da CSLL seria de R\$ 16.641.783,20 (50% = R\$ 8.320.891,60), porém o valor adicionado foi somente de R\$ 7.002.670,26.*

310. *A diferença correspondente, ou seja, R\$ 8.320.891,60 - R\$ 7.002.670,26. = R\$ 1.318.221,34 está sendo lançada por esta fiscalização como insuficiência de adição de lucros auferidos no exterior relativos a controlada Trefilaria Colima S.A (Costa Rica), na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

Referido, equívoco foi inclusive reconhecido pelo contribuinte ao apresentar a memória de cálculo das adições em sua resposta ao item 19, do termo de Início de Fiscalização.

311. *Já com relação à empresa controlada na Argentina Acindar Industria Argentina de Aceros S.A - a fiscalizada detém a participação de 64,59%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008.*

A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 626.485.450,43. Portanto a participação de 64,59%, que corresponde a R\$ 404.646.952,43, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros SA (Argentina).

312. Na controlada CST Corporation B.V. (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008. A demonstração de resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 66.168.886,00. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 66.168.886,00, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation B.V. (Holanda).

313. O resumo dos valores das infrações relativos à falta insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior, na apuração as bases de cálculo, do IRPJ e da CSLL, para o ano-calendário de 2008 é o seguinte:

Trefilaria Colima S A (Costa Rica) - R\$ 1.318.221,34

Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina) - R\$ 404.646.952,43

CST Corporation B.V. (Holanda) - R\$ 66.168.886,00

Ano-Calendário de 2009

314. No ano-calendário de 2009 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da Ficha 17 para a CSLL - o valor de R\$ 0,00 (zero). Em relação às empresas controladas na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A) e na Holanda (CST Corporation B.V.) a fiscalizada entendia estar amparada pelos Tratados internacionais celebrados com esses países e com relação às outras empresas controladas no exterior (ArcelorMittal Costa Rica, Unki de Venezuela S.A e Arcelor Pine Bluff Inc), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2009.

315. Com relação à empresa controlada na Argentina - Acindar Industria Argentina de Aceros S.A a fiscalizada detém a participação de 64,59%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 162.255.068,90. Portanto, a participação de 64,59%, que corresponde a R\$ 104.800.549,00, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina).

316. Já na controlada CST Corporation B.V. (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 49.549.663,00. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 49.549.663,00, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de

cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation B.V. (Holanda).

317. Para a controlada Unki de Venezuela S.A, embora a fiscalizada tenha apresentado demonstração do resultado em reais constando prejuízo de - R\$ 31.797.648,00, o que pode ser constatado pelas demonstrações na moeda original é que, em verdade, houve um Lucro no período de 16.756.957 bolívares, que convertidos pela taxa de 31/12/2009 (0,8119), corresponde a um Lucro de R\$ 13.604.973,39. O equívoco da fiscalizada foi deduzir do lucro operacional o valor de 48.554.605 a título de despesas operacionais quando facilmente pode ser constatado pelas demonstrações na moeda original que esse valor se refere a impostos, ("income taxes"). Da simples comparação dos demonstrativos originais dos anos calendário de 2009 com o de 2010 percebe-se que para o ano de 2010 a fiscalizada transcreveu o demonstrativo computando como receitas/despesas não operacionais líquidas a rubrica "Net recovery of impairment of value property, plant and equipment" que nesse ano de 2010 tinha o valor de 5.341.597 bolívares. Esse valor está refletido na demonstração em reais de 2010 no título receitas/despesas não operacionais líquidas. Porém, com relação ao ano-calendário de 2009 o valor no demonstrativo original na rubrica "Net recovery of impairment of value property, plant and equipment" é zero e, portanto, nada haveria de ser colocado no título receitas/despesas não operacionais líquidas, na demonstração em reais de 2009.

318. Repita-se: o valor de 48.554.605 deduzido em 2009 no título receitas/despesas não operacionais líquidas, na demonstração do resultado nada mais é do que o valor dos imposto e, portanto, o valor do Lucro do ano-calendário de 2009 foi de 16.756.957 bolívares, que convertidos pela taxa de 31/12/2009 (0,8119), corresponde a um Lucro de R\$ 13.604.973,39.

319. A fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da Unki de Venezuela S.A, conforme explicado no parágrafo anterior, corresponde a R\$ 13.604.973,39. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 13.604.973,39, estará sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo.

320. As demais controladas (ArcelorMittal Costa Rica e Arcelor Pine Bluff Inc) apresentaram prejuízo no período.

321. O resumo dos valores das infrações relativos à falta/insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, para o ano calendário de 2009 é o seguinte:

Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina) - R\$ 104.800.549,00

CST Corporation B.V. (Holanda) - R\$ 49.549,663,00

Unki de Venezuela S.A (Venezuela) - R\$ 13.604.973,39

Ano-Calendário de 2010

322. No ano-calendário de 2010 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da ficha 17 para a CSLL - o valor de R\$ 83.158.221,03. Este valor declarado na DIPJ seria relativo somente ao lucro da empresa Unki de Venezuela S.A. (Venezuela) tendo em vista que em relação às empresas controladas na Argentina (Acindar, Industria Argentina de Aceros S.A) e na Holanda (CST Corporation B.V.) a fiscalizada entendia estar amparada pelos tratados internacionais celebrados com esses países e com relação às outras empresas controladas no exterior (Arcelormittal Costa Rica Unki de Venezuela S.A e Arcelor Pine Bluff Inc), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2010.

323. Com relação à empresa controlada na Argentina - Acindar Industria Argentina de Aceros S.A a fiscalizada detém a participação de 65,01%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2010. A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 264.805.901,68. Portanto, a participação de 65,01%, que corresponde a R\$ 172.150.316,68, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina).

324. Já na controlada CST Corporation BA (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2010. A demonstração de resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 32.334.758,73. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 32.334.758,73, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation, B.V. (Holanda).

325. Para a controlada Unki de Venezuela S.A, a fiscalizada calculou corretamente e adicionou o valor de R\$ 83.158.221,03 a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior", Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da Ficha 17 para a CSLL.

326. As demais controladas (ArcelorMittal Costa Rica e Arcelor Pine Bluff Inc) apresentaram prejuízo no período.

327. O resumo dos valores das infrações relativos à falta/insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, para o ano-calendário de 2010 é o seguinte:

- *Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina)* - R\$ 172.150.316,68

- *CST Corporation B.V. (Holanda)* - R\$ 32.334.758,73

328. *Cabe fazer um destaque quanto aos valores de Imposto de Renda Pago no Exterior. Esta matéria, foi colocada pelo art. 26 da Lei n. 9.249/95, a saber:*

(...)

329. *Desta forma, o imposto de renda pago no exterior, para ser compensado com o valor a pagar no Brasil deve ser informado até o 2º ano do apurado. O Imposto de Renda devido no exterior não utilizado não afasta a incidência do prazo peremptório previsto na lei para o exercício desse direito. Tal restrição para a utilização do crédito do imposto foi revogada somente pela MP nº 627/13, com vigência a partir de 2015.*

CSLL - APURAÇÃO REFLEXA

330. *As infrações apuradas para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica geram reflexo na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, nos termos da 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.*

331. *Informamos também que na apuração dos valores lançados por esta fiscalização foram compensados os saldos de prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas da CSLL de períodos anteriores no limite legal de 30%.*

A Contribuinte foi cientificada em 19/12/2003, na pessoa de seu Gerente de Tributos, fl. 37, e apresentou a impugnação de fls. 2568-2707, discorrendo sobre os seguintes tópicos:

I - DOS FATOS

1 - Sumário do Auto de Infração

2 - Contextualização das operações discutidas no Auto de Infração

II - DO DIREITO

1 - Da impropriedade da glosa da amortização de ágio

1.1 - Matéria preliminar: Ágio CST e Ágio Dedini - Acatamento da Acusação Fiscal

1.2 - Preliminar de decadência do direito de questionar a formação do Ágio MJS e do Ágio Arcelor

1.3 - Preliminar de nulidade do questionamento em torno do Ágio Arcelor por ausência de base legal

1.4 - Mérito: possibilidade de dedução fiscal do saldo do Ágio MJS

1.5 - Mérito: demonstração da validade das transações e do cumprimento dos requisitos legais para a amortização do Ágio Arcelor

1.5.1 - Contexto da OPA no Brasil e do propósito negocial da Mittal BR

1.5.2 - Fundamentos da glosa da amortização do ágio

1.5.3 - A correta compreensão das teorias sobre a validade dos atos jurídicos em face da finalidade e do propósito negociais

1.5.4 - Impossibilidade de desconsideração de negócios jurídicos validamente celebrados

1.5.5 - Propósito negocial da existência da Mittal BR (efetivas razões econômicas no contexto da OPA)

1.5.6 - Improriedade da qualificação da Mittal BR como "empresa veículo" ou como "extensão de caixa" da Mittal NV

1.5.7 - Improriedade da qualificação da controladora estrangeira como verdadeira adquirente das ações

1.5.8 - A parcela do ágio registrado mediante aumento de capital da Mittal BR e compra e venda também pode ser amortizada fiscalmente

1.5.9 - Inexistência da figura do abuso de direito em vista das disposições da Lei nº 9.532/97

1.5.10 - Demonstração do preenchimento dos requisitos para a amortização do ágio à luz da jurisprudência do CARF

1.5.11 - Possibilidade de dedução fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação

1.5.12 - A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL

2 - Do lucros no exterior

2.1 - Mérito: violação ao ordenamento jurídico e aos tratados internacionais de bitributação

2.2 - Inocorrência de acréscimo patrimonial conforme o disposto no artigo 43 do CTN

2.3 - Ilegalidade do auto de infração por afronta aos tratados internacionais para evitar dupla tributação

2.3.1 - Da Prevalência dos Tratados Internacionais

2.3.2 - Lucros da CST Corporation B.V. (HOLANDA) e da Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (ARGENTINA) à luz dos TDT

2.4 - Possibilidade de compensação de imposto pago no exterior

2.4.1 - *O direito de crédito relativo ao imposto pago no exterior: inexistência de prazo para a compensação*

2.4.2 - *O crédito de imposto a ser compensado*

3 - *Ilegalidade da incidência dos juros Selic sobre a multa*

III - PEDIDO

LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS

“(…) III - PEDIDO

555. *Por todas as razões de fato e de direito acima expostas, requer a Impugnante dignem-se V. Sas. a determinar o cancelamento integral do Auto de Infração, a fim de que sejam desconstituídas as exigências formuladas a título de IRPJ e CSLL em razão da indevida glosa de despesas com ágio - Ágio MJS e Ágio Arcelor e da indevida adição, a título de lucros auferidos e não disponibilizados pelas controladas na Holanda (CST Corporation B.V.), na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A.), diante da ilegitimidade da exigência e, ainda, em face da determinação expressa contida no Tratado Brasil-Holanda e Brasil-Argentina, respectivamente*

556. *Na remota hipótese de não atendimento do pedido supra, requer a Impugnante seja reconhecida a legitimidade da compensação realizada pela Impugnante, para dedução do imposto pago pelas controladas na Holanda e na Argentina, tendo em vista que inexistente limite temporal, na legislação atualmente vigente em relação ao regime especial de tributação dos lucros auferidos no exterior, para a compensação dos valores efetivamente pagos em outros países sobre a mesma renda que o Fisco brasileiro pretende tributar.*

Em sessão de 08 de agosto de 2014 a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento de Ribeirão Preto, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação e manteve integralmente os lançamentos efetuados.

Com a ciência da decisão, a interessada interpôs Recurso Voluntário, no qual repetiu, basicamente, os argumentos da impugnação. Posteriormente, em fevereiro de 2015, a empresa juntou tradução juramentada de documentos, de fls. 3.985 e seguintes.

Por seu turno, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, rebatendo os argumentos do Recurso Voluntário.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais, razão pela qual dele conheço.

Como a Recorrente apresentou diversos argumentos na peça recursal, faremos a análise tópica das matérias em litígio, ressaltando, contudo, que o julgador, ao decidir, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato e de direito trazidos à discussão, podendo conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, não se encontrando, pois, obrigado a responder a todas as suas alegações, desde que entregue a prestação jurisdicional, com a análise das principais teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa, entendimento há muito tempo cristalizado nos Tribunais Superiores, a exemplo do que já decidiu o STJ no EDcl na AR3788 - PE 2007/0144084-2, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 02/03/2011, posição confirmada, inclusive, após a edição do Novo Código de Processo Civil.

1. Preliminar de decadência do direito de questionar os ágios na MJS e Arcelor

Entende a Recorrente que a fiscalização não poderia mais questionar a formação dos ágios registrados nas operações entre 2003 e 2007, ainda que em relação à amortização de despesas relativas aos anos-calendário de 2008 em diante:

Inicialmente, é necessário considerar que o Código Tributário Nacional não apresenta qualquer norma relativa ao prazo decadencial de atos constitutivos delegados ao contribuinte. Isso porque o CTN foi originariamente estruturado para estabelecer normas predominantemente relativas ao lançamento direto, no qual o próprio Fisco interpreta a legislação e lança os tributos devidos.

Contudo, a atual predominância dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação no sistema tributário, que obriga o contribuinte a interpretar a legislação e fornecer informações ao Fisco para posterior homologação, seja ela expressa ou tácita, conduz à necessidade de que sejam estabelecidos critérios rigorosos de controle dos atos de constituição de lançamentos tributários por parte do Fisco.

Afinal, não pode o contribuinte, já obrigado a estudar a legislação tributária e a produzir documentos contábeis e fiscais, ficar à mercê da Fiscalização por um período indeterminado, causando enorme insegurança jurídica em relação aos procedimentos por ele adotados.

Penso que não assiste razão à Recorrente.

A matéria é bastante conhecida e tem posição firme neste Conselho, no sentido de que não se submete ao prazo decadencial ou a limitação objetiva a análise, pela fiscalização, de fatos ocorridos há mais de cinco anos quando deles se extrai a repercussão tributária de períodos ainda não fulminados pela caducidade.

Como se sabe, a decadência impede apenas o lançamento do crédito tributário relativo a períodos fora do alcance legal, mas isso em nada se confunde com a possibilidade (em verdade, com o dever) de a fiscalização analisar fatos, livros e documentos cuja repercussão ainda possa ser objeto de autuação.

Se não fosse assim, de nada serviria o comando previsto, por exemplo, no artigo 195 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.
(grifamos)

O dever da fiscalização é o de apurar matéria tributável (dentro dos limites legais) e não o de verificar continuamente os registros do contribuinte. É evidente que o prazo previsto pelo CTN cuida de prescrição, sendo certo que, na hipótese dos autos, este prazo sequer se iniciou. Isso porque é forte o entendimento de que o prazo prescricional só pode ter início quando possível a cobrança do crédito, inclusive na esfera judicial.

Com a interposição de recurso no âmbito administrativo, o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 174 do CTN, só pode ter início com a constituição definitiva do crédito, que ocorre quando prolatada decisão administrativa irrecurável e contrária ao sujeito passivo.

Já o prazo decadencial tem como marco inicial a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado (nas hipóteses do art. 173, I, do mesmo diploma legal).

No caso em análise o lançamento se deu em dezembro de 2013 e não se encontra prejudicado por qualquer fenômeno relativo à decadência.

Também não se vislumbra, na hipótese, a existência de qualquer preclusão ou limitação do direito de a fiscalização analisar operações e negócios jurídicos anteriores a 2008, posto que a autuação recaiu sobre os efeitos da amortização indevida dos ágios, em períodos posteriores e não atingidos pela decadência.

Ressalte-se que o simples registro do ágio na contabilidade não implica redução do crédito tributário ou qualquer outra circunstância passível de autuação pela autoridade competente. Não se trata de fato gerador da obrigação tributária nem produz qualquer efeito sobre a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Apenas as hipóteses que alteram a base de cálculo dos referidos tributos encontram-se sujeitas a controle e auditoria pelas autoridades fiscais e o Estado tem a prerrogativa de analisar todo e qualquer documento ou registro contábil relacionado à redução

dos montantes devidos em cada ano-calendário. Como as glosas dizem respeito a deduções efetuadas a partir de 2008 e os lançamentos efetuados tiveram ciência do contribuinte em dezembro de 2013, inexistente qualquer vício ou mácula na atividade fiscal, assim como não havia, na espécie, transcorrido o prazo decadencial.

É o que se depreende da determinação contida no artigo 37 da Lei n. 9.430/96:

Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

A lei não trata do prazo decadencial - e nem poderia fazê-lo, por ser matéria típica de lei complementar -, mas expressamente autoriza a possibilidade de auditoria de lançamentos que repercutirão em outros exercícios.

Esse entendimento é pacífico no caso de operações ou fatos com repercussão em exercícios futuros, até porque não seria lógico ou razoável opor ao Fisco a ocorrência de qualquer preclusão cronológica que impossibilitasse a análise dos documentos e operações, posto que o único limite temporal para a verificação da escrituração comercial e fiscal encontra-se previsto no artigo 195, parágrafo único, ao norte reproduzido.

Diversas decisões deste Conselho consagram a tese aqui defendida. Citamos, a título de exemplo, recente Acórdão da 2ª Turma da 4ª Câmara:

Acórdão nº 1402002.152 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 06 de abril de 2016

Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Recorrente BANCO CITICARD S/A

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

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

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do

exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Afasto, portanto, a preliminar suscitada pela Recorrente.

2. Preliminar de nulidade do questionamento em torno do Ágio Arcelor por ausência de fundamento legal no lançamento

Aduz a Recorrente que

Após a cuidadosa leitura do TVF, o que o leitor conclui é que não há qualquer indicação sobre quais foram os dispositivos violados pela Recorrente de modo a ensejar eventual infração ou impossibilidade de aproveitamento fiscal do Ágio Arcelor, uma vez que todos os requisitos legal (sic) foram devidamente cumpridos.

(...)

A fundamentação do lançamento é essencial para o controle da conduta do agente no exercício de sua competência legal. A autoridade fiscal é obrigada a justificar o ato, apontando os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre eles. A motivação do lançamento tem que ser objetiva e específica.

A simples leitura do Termo de Verificação e dos fundamentos do Auto de Infração nos leva a concluir que não pode prosperar a alegação da Recorrente.

Com efeito, a autoridade fiscal elaborou longa descrição dos fundamentos que a levaram à glosa do ágio apurado na Arcelor e chegou à conclusão, bastante explícita, de que o **real adquirente** da Arcelor Brasil foi a Mittal Steel Company N.V., empresa domiciliada no exterior, com sede na Holanda.

A descrição dos fatos e suas implicações jurídicas evidenciam que a autoridade considerou abusivas as operações societárias, encetadas com finalidade exclusivamente tributária, e que tiveram por objetivo a internação de um ágio oriundo do exterior, com vistas à sua amortização no Brasil.

A fiscalização classificou a operação como abuso de direito, conduta vedada pelo artigo 187 do Código Civil e considerou que as operações contrariaram a legislação tributária que rege a matéria, como se pode depreender do trecho a seguir transcrito:

196. Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente das ações da Arcelor Brasil S/A era uma empresa do exterior com sede na Holanda, a Mittal Steel Company N.V.

197. Foi a Mittal Steel Company N.V. quem realmente procedeu à operação de compra das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA e quem realmente suportou o ônus pelas

ações adquiridas, seja através da opção de pagamento misto, seja pela opção do pagamento em dinheiro.

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

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

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

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

*202. O **abuso de direito** é definido nesses termos pelo atual Código Civil:*

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.

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

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

(...)

*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***

reduzira carga tributária via amortização de ágio contabilizado na veículo.

207. *As circunstâncias materiais do fato gerador devem ser levadas em consideração na determinação de sua ocorrência em todos os seus aspectos e dimensões, isto é, aspecto material, espacial, temporal, subjetivo e valorativo.*

Esse é o caso do IRPJ, quanto ao qual tanto o sujeito passivo, quanto a autoridade fiscal, deverão apurar os fatos e as circunstâncias concretas para efeito de determinar a qualificação e as conseqüências jurídicas previstas em lei.

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

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

210. *A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente **corrobor**a o único intuito do abuso da forma como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.*

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

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

213. *Este fato demonstra que a verdadeira adquirente que efetivamente suportou o ônus foi uma empresa do exterior e não uma pessoa jurídica nacional. Tendo em vista que somente as pessoas jurídicas nacionais poderiam gozar do benefício fiscal do ágio ao adquirirem participação societária em outra pessoa jurídica, também nacional, conclui-se que o ágio em comento não é dedutível na apuração do Lucro Real da fiscalizada.*

(...)

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 perquirido (aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.*

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

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

Verifica-se que estão presentes todos os requisitos exigidos pela legislação para a autuação, conforme estabelece o artigo 10 do Decreto n. 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Não se verifica qualquer situação de nulidade na espécie, assim como não se trata, como quer a Recorrente, de **vício de motivação**, posto que as matérias fática e jurídica foram muito bem descritas (de forma bastante minuciosa, diga-se de passagem) pela autoridade fiscal.

Também não se cuida da chamada norma geral antielisiva, de eficácia e aplicação limitadas, veiculada pelo parágrafo único do artigo 116 do CTN. De se notar que a autoridade fiscal, **em momento algum**, utiliza o comando do CTN como fundamento para a autuação, razão pela qual não pode prosperar, neste ponto, a alegação da Recorrente.

Afasto, portanto, a preliminar suscitada.

3. Mérito: possibilidade de dedução fiscal do saldo do Ágio MJS

Em relação à dedutibilidade do saldo do ágio apurado na MJS, entende a Recorrente que não se aplicaria ao caso a regra do artigo 386, III, do Regulamento do Imposto de Renda:

Porém, ao contrário do alegado pela DRJ, o artigo 386, III, do RIR trata somente da amortização fiscal do ágio para fins de apuração do lucro real, que não se confunde com a amortização contábil. 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!

Da simples leitura do comando normativo insculpido no artigo 386, é possível concluir que o legislador não fez nenhuma referência a eventuais lançamentos contábeis que impactariam a fruição do benefício fiscal concedido, razão pela qual o valor de ágio a ser aproveitado pelo contribuinte deverá corresponder à integral diferença entre o custo de aquisição e o valor do patrimônio líquido, desde que essa diferença tenha sido fundamentada pela expectativa de rentabilidade futura do investimento.

(...)

Com efeito, 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.

Na realidade, as alegações da autoridade fiscal, corroboradas pela DRJ, partem de uma premissa inadequada, que pretende identificar a dedução fiscal do ágio como um fato puramente contábil. A correta interpretação da legislação que vem sendo reiteradamente confirmada pelas cortes administrativas, 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.

Na sequência, a Recorrente colaciona julgados do CARF que, em seu entendimento, corroborariam a tese de distinção entre os fatos e registros contábeis e a suposta autonomia do ágio como figura de natureza econômica.

Não consigo vislumbrar a correlação entre os casos apontados pela Recorrente e a matéria debatida neste tópico, pois entendo que a parcela do Ágio MSJ excluída diretamente na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL em 2008 deve ser efetivamente glosada, visto tratar-se de valor de ágio amortizado **antes** dos eventos de reorganização societária.

Vamos ao fatos.

Em 2003, a Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S.A adquiriu ações da Mendes Júnior Siderurgia com ágio no valor total de R\$ 1.718.180.004,66 e amortizou, neste próprio ano, o valor de R\$ 121.886.955,06.

A Mendes Junior alterou sua razão social para BMP Siderurgia S/A em 2003 e, posteriormente, para Belgo Siderurgia (2004) e ArcelorMittal Brasil S/A (2007), passando a amortizar o ágio da operação inicial e não adicioná-lo ao lucro real, durante 5 anos, vale dizer, entre 2004 e 2008.

Ocorre que em relação ao ágio já amortizado na BMP em 2003, no valor de R\$ 121.886.955,06, a fiscalização detectou que a empresa excluiu diretamente na apuração do lucro real dos anos-calendário de 2006, 2007 e 2008 as parcelas abaixo, sob a rubrica "Realização de Ágio na BMP e transferido para Belgo pela cisão":

- 2006: R\$ 73.132.173,00

- 2007: R\$ 24.377.391,00

- 2008: R\$ 24.377.391,00

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, descabe razão à Recorrente, pois o direito à dedutibilidade do ágio amortizado nasce somente após o evento de incorporação, fusão ou cisão.

4. Das operações que ensejaram a dedutibilidade do Ágio Arcelor

Neste tópico, a Recorrente traça um longo panorama histórico acerca da formação e expansão do Grupo Arcelor no Brasil, bem como das reorganizações societárias empreendidas pelo Grupo Arcelor Mittal no país, entre 2006 e 2013.

Argumenta a interessada que em razão da complexidade das operações, que incluíram a tentativa de uma aquisição hostil entre as controladoras, além da incerteza quanto

ao prazo para a incorporação no exterior ocorrer e a consequente extinção da Mittal Steel, a alternativa operacionalmente mais conveniente seria a criação de uma subsidiária brasileira:

Portanto, apesar de os grupos Arcelor e Mittal terem formalmente se comprometido a estabelecer a máxima celeridade possível no processo de criação do grupo ArcelorMittal, não havia clareza sobre o momento em que a Mittal Steel NV seria juridicamente extinta, o que tornava-se operacionalmente indesejado ter esta última companhia como parte na OPA brasileira.

(...)

Assim, resta claramente demonstrado o propósito comercial para a constituição da Mittal BR, já que foi o modo mais adequada, 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.

Esses fatos e fundamentos são apontados pela Recorrente como contraponto à acusação fiscal, no sentido de que a subsidiária brasileira seria *apenas uma casca, uma extensão do caixa da real adquirente no exterior.*

E aqui temos o ponto central da discussão, pois o entendimento da fiscalização, corroborado pela decisão de piso, discrepa das alegações da interessada e constitui a parte mais relevante dos montantes autuados.

A despeito das longas considerações da Recorrente, reitero que não são aplicáveis à espécie os comentários relativos ao parágrafo único do artigo 116 do CTN, visto que este dispositivo não foi sequer citado pela fiscalização. Conquanto toda a discussão teórica acerca do tema me pareça um *falso problema*, descabe, no âmbito desta decisão, qualquer digressão ou análise mais aprofundada, pois o dispositivo não serviu de fundamento à autuação.

Os lançamentos foram efetuados a partir da análise dos fatos e circunstâncias que envolveram a reorganização societária, que são bastante extensos e constam do relatório deste voto.

Contudo, apenas para demarcar o contexto das operações, reproduzimos a seguir as suas principais etapas, conforme narradas pela fiscalização (grifaremos os trechos mais relevantes):

Ágio na Arcelor Brasil S/A

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.

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.

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

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

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

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

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

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

Em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final segundo a qual, para fins do Artigo 1 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e de acordo com o artigo 254-A da Lei nº 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações detidas por acionistas minoritários da Arcelor Brasil S/A.

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

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

Arcelor Brasil S/A era a nova denominação social da Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira (CSBM), a partir de 21 de dezembro de 2005.

Arcelor Brasil era uma sociedade de capital aberto com suas ações listadas na BOVESPA. Em 31 de março de 2005, a Arcelor Brasil (então CSBM) efetuou uma reorganização societária, com a transferência, para a controladora Belgo Siderurgia (...)

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

Em 31 de março de 2007, a composição da participação acionária na Arcelor Brasil era a seguinte:

Acionistas Controladores: 66,73% (ASBM S/A R L, ARCELOR FRANCE, ARCELOR SPAIN HOLDING SL, ARCELOR LUXEMBOURG e SIDARFIN NV). Acionistas Minoritários: 32,74% Ações em Tesouraria: 0,53%

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).

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

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 úgio 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.

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

Adicionalmente, na mesma data de 31/07/2007, controladora (MSCNV) e (MSBP) celebram contrato de compra e venda no qual a MSCNV vende para sua controlada MSBP, 10.805,000 ações da Arcelor Brasil S/A pela quantia de R\$ 563.382.986,36.

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

Além disso, a MSBP tomou vultosos empréstimos (mais de R\$ 5 bilhões) de outra empresa do grupo ArcelorMittal 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.

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 nº 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.

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, a Arcelor Brasil S/A é incorporada pela ArcelorMittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

Em documentos enviados ao Banco Santander (relativo à conta da MSBP), a mesma pessoa, o Sr. Marcos Afonso Maia, autoriza também os pagamentos das compras de ações da Arcelor Brasil pela MSBP em documentos com o logo da ArcelorMittal e cujo local de envio mencionado no próprio corpo daqueles documentos é a própria Arcelor Brasil S/A. Estes fatos apenas demonstram e corroboram que as três empresas (Arcelor, MSBR e MSCNV) pertencem ao mesmo grupo mundialmente conhecido como ArcelorMittal e que as operações realizadas

através da empresa veículo MSBP apenas e tão somente existiram para tentar validar o benefício fiscal da amortização do ágio.

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 descreveremos 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.

(...)

Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente das ações da Arcelor Brasil S/A era uma empresa do exterior com sede na Holanda, a Mittal Steel Company N.V.

Foi a Mittal Steel Company N.V. quem realmente procedeu à operação de compra das ações da Arcelor Brasil S/A através da OPA e quem realmente suportou o ônus pelas ações adquiridas, seja através da opção de pagamento misto, seja pela opção do pagamento em dinheiro.

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

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

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

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

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

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

A posterior extinção da empresa veículo em momento subsequente à aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A somente corrobora o único intuito do abuso da forma como meio de obter benefício através da amortização fiscal do ágio.

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

Este fato demonstra que a verdadeira adquirente que efetivamente suportou o ônus foi uma empresa do exterior e não uma pessoa jurídica nacional. Tendo em vista que somente as pessoas jurídicas nacionais poderiam gozar do benefício fiscal do ágio ao adquirirem participação societária em outra pessoa jurídica, também nacional, conclui-se que o ágio em comento não é dedutível na apuração do Lucro Real da fiscalizada.

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.

Guiados pelo fundamento econômico de rentabilidade futura e voltados essencialmente à obtenção de economia fiscal forçosa, os "negócios" de tal natureza apresentam-se, quase sempre, sob um mesmo invólucro, qual seja: um pacote contendo a inserção (entre a operação negocial e os agentes efetivos) de entidades efêmeras desprovidas de existência fática (sem rastro de exercício fático de objeto societário, autonomia administrativa ou plano de negócios), acompanhada de atos societários

seqüenciais - formalizados em diminuto espaço de tempo - sem que estejam estes vinculados a uma legítima motivação econômica ou propósito negocial.

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

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

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

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

A descrição trazida pela fiscalização, cuja veracidade fática não é objeto de contestação, nos leva a concluir que realmente houve abuso na operação engendrada.

Contudo, insurge-se a Recorrente contra os argumentos formulados pela fiscalização, que enquadrou sua conduta, em relação à reorganização societária mediante a utilização de empresa veículo, com o único propósito de obter vantagem fiscal, como abuso de direito.

Ressalte-se que Marco Aurélio Greco, na já clássica obra *Planejamento Tributário*, 3ª edição, fls. 210 e 211, cuida especificamente da figura do **abuso de direito** em relação às possibilidades de auto-organização:

Nesse contexto é que vejo a inserção da temática do abuso do direito de auto-organização no âmbito tributário. Ou seja, a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal.

Aqui reside um ponto importante. Independente da validade jurídica do ato e do direito de organização das sociedades, a questão diz respeito, essencialmente, à **oponibilidade** das condutas em relação ao Fisco, notadamente quando o seu objetivo único é o de obter vantagens tributárias.

Recordamos que em relação ao ágio a regra geral é de indedutibilidade e que as situações em que a amortização como despesas é possível exigem perfeita subsunção dos fatos às normas tributárias.

Aliás, o próprio Marco Aurélio reconhece, na sequência do parágrafo ao norte reproduzido, que depois do Código Civil de 2002 o abuso de direito **não é apenas caso de inoponibilidade perante o Fisco, mas hipótese de ato ilícito** que destrói um dos requisitos indispensáveis para que se tenha um efetivo planejamento tributário.

E é justamente esse o fundamento da autuação em análise, conforme apresentado pela autoridade fiscal.

Neste passo, a Recorrente entende que a fiscalização não poderia desqualificar atos jurídicos legítimos.

Ocorre que o entendimento fiscal qualificou a conduta como ilegítima, à luz do já citado artigo 187 do Código Civil.

Ademais, o Professor Marco Aurélio Greco defende, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, que cabe sim à autoridade fiscal requalificar negócios jurídicos que tenham como fim único a redução da carga tributária (obra citada, fls. 212 e 213):

No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

Entendo que o caso em tela se amolda à hipótese acima. A narrativa dos fatos nos leva a concluir, para além de qualquer dúvida, que a real adquirente das ações foi a empresa estrangeira, e que a utilização da chamada empresa veículo, a Mittal Steel Brasil Participações S/A, teve como único objetivo a interinação do ágio, para seu posterior aproveitamento.

Neste passo, convém ressaltar o contexto do ágio e de sua amortização no país. A matéria encontra-se disciplinada nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, que dispõem sobre o registro e a amortização do ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido:

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

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

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

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes 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.

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

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

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

Já a sistemática de apuração do ágio deve seguir o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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.

À luz da legislação de regência, percebe-se que o ágio corresponde à diferença entre o custo de aquisição de um investimento e o seu valor patrimonial. Isso significa que a figura do ágio decorre do fato de uma das partes se comprometer a pagar à outra, pela aquisição do investimento, um valor superior àquele registrado no patrimônio líquido. A expressão “pagar” pode ser entendida em sentido amplo, contemplando diversas modalidades, desde que todas impliquem algum tipo de desembolso ou ônus para o adquirente.

Assim, deve o intérprete atentar para as circunstâncias fáticas e jurídicas da operação, que incluem, entre outras, o *propósito negocial*, o efetivo *pagamento ou desembolso* pela aquisição, a *sequência cronológica* das operações, a adequada avaliação da rentabilidade futura e, sobretudo, a análise *entre as posições inicial e final* de cada interveniente.

Ricardo Mariz de Oliveira apresenta a racionalidade e os requisitos das normas relativas ao ágio nas passagens seguintes, extraídas das páginas 763 e seguintes da obra “Fundamentos do Imposto de Renda”:

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).

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

(...)

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

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

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

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

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

incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro. (grifamos)

Destarte, o escopo implícito na lei, ao estabelecer a condição de realização de incorporação, fusão ou cisão, é unir o ágio e os lucros a que ele se refira, numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Representando isso o cerne da exigência condicional de dedução do ágio, manifesta-se através do requisito da absorção de um patrimônio pelo outro.

Ocorre que no caso dos autos percebe-se a utilização da chamada "empresa veículo", expressão que normalmente é entendida de forma pejorativa, no intuito de desqualificar a operação realizada por seu intermédio.

Já nos manifestamos, em outras ocasiões, pela possibilidade de utilização lícita (e, portanto, não abusiva) de uma empresa veículo, sempre que reste claramente demonstrada a sua razão de ser e finalidade ou, ainda, quando se comprove que os mesmos objetivos poderiam ser alcançados sem a sua interposição.

Ocorre que, no caso dos autos, os argumentos da Recorrente não me convencem acerca da necessidade da empresa brasileira, ao menos da forma como foi utilizada. Parece-me que realmente o seu único propósito foi o de carrear para o sistema tributário e econômico brasileiro valores que posteriormente seriam deduzidos a título de despesas com ágio.

Confirmam-no a sua criação específica e breve existência, a ausência de atividade econômica (conforme demonstrado pela autoridade fiscal), o recebimento integral de recursos oriundos do exterior e sua posterior extinção, numa sequência fática a cronológica que nos leva a concluir que, ao final do "filme", todo o arranjo teve por único objetivo a amortização do ágio.

Nesse contexto, a Câmara Superior recentemente decidiu pela indedutibilidade do ágio:

Acórdão 9101-002.213 – 1ª Turma

Sessão de 3 de fevereiro de 2016

Recorrente - FAZENDA NACIONAL

Interessado - COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Relator

Do voto do i. Relator podemos extrair os seguintes excertos, que justificam a posição adotada:

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.A.R.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do exterior - e não do País -, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso.

(...)

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “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”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997).

Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recursos para cá enviados por ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é

incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

(...)

Cumpre deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua conseqüente e inexorável extinção.

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO).

Conquanto o caso apreciado pela Câmara Superior não seja exatamente igual ao dos autos, posto que naquele processo a empresa veículo recebeu e transferiu recursos *de e para o exterior*, os argumentos acerca de sua efemeridade, ausência de substância econômica e falta de propósito negocial são aplicáveis ao caso sob análise.

Aliás, na hipótese dos autos, a fiscalização demonstrou que, ao final dos procedimentos, houve o retorno das ações para a empresa no exterior, de forma idêntica à posição societária inicial, mas com o relevante acréscimo do ágio para fins de amortização:

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

Cai por terra, nesse cenário, o argumento da Recorrente sobre a impropriedade de a controladora estrangeira ser entendida como real adquirente das ações no Brasil, posto que os recursos dela vieram e o resultado econômico da operação (o fechamento do capital e a titularidade posterior das ações) a ela aproveitaram.

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

Essa circunstância foi bem apontada pela decisão de piso (grifado no original), cujos argumentos reconheço e acolho:

Desta feita, a dedução autorizada pelos artigos da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, decorrem do encontro num mesmo patrimônio da investida com o investimento, pago com ágio por ocasião da aquisição da participação societária, visto que o legislador entendeu que nesta situação o investidor perdeu o seu capital investido com ágio e, assim, poderia deduzir como despesa a "expectativa de rentabilidade" que ele havia pago por ocasião da aquisição societária.

Outrossim, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que o ágio contabilizado tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participa da "confusão patrimonial". O investidor deve se confundir com o seu investimento.

Assim, em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio registrado seja dedutível nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

No caso em tela, a investidora estrangeira não deixou de existir e em nenhum momento perderam seu investimento na Arcelor Brasil.

De se notar que as principais características apontadas por Luís Eduardo Schoueri (*Ágio em Reorganizações Societárias - Aspectos Tributários*, Editora Dialética, p. 103) para a configuração da empresa veículo estão presentes no caso dos autos: i) criação pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio; ii) criação sem qualquer outro propósito econômico; iii) transferência do ágio para a empresa veículo; iv) ser a controladora da empresa que restou após a incorporação; v) extinção por conta da incorporação e vi) possibilitar que a controlada possa amortizar o referido ágio.

Diante dessas características, o autor pondera que (*op. cit.*, p. 104):

Dada a natureza claramente simulada de tais entidades, a jurisprudência tende a afastar os efeitos fiscais decorrentes de seu emprego.

Percebe-se que ao final da operação, levada a cabo por meio da empresa veículo, a sociedade que efetivamente pagou o ágio, mediante transferência de recursos e capitalização, não foi extinta, assim como não o foi o próprio investimento. Isso nos leva a concluir que os procedimentos, embora formalmente regulares, não tinham qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica que não fosse o efeito tributário desejado.

Diante de todo o exposto entendo como corretos os lançamentos efetuados pela autoridade tributária em relação ao ágio.

5. A amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL

Em relação à CSLL entende a Recorrente que inexistente dispositivo legal que impeça a dedutibilidade do ágio, nos seguintes termos:

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

Já me manifestei em diversas outras oportunidades no sentido de reconhecer a evidente aproximação e quase identidade entre o IRPJ e a CSLL, notadamente quanto à apuração das respectivas bases de cálculo.

Dentro dos limites do que se discute neste processo, e sem a necessidade de maiores digressões, devemos nos ater aos fundamentos trazidos pela autoridade fiscal, que no Termo de Verificação consignou que

As infrações apuradas para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica geram reflexo na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, nos termos da 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.

Os dispositivos utilizados pela fiscalização possuem a seguinte redação:

Art. 28 da Lei nº 9.430 de 1996

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

Art. 57 da Lei nº 8.981/95

*Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as **mesmas normas de apuração** e de pagamento*

estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995) (grifamos)

A leitura dos dispositivos nos leva a concluir que a metodologia e as regras de apuração para o imposto de renda **são aplicáveis ao cálculo da CSLL** (o que se infere da dicção "mesmas normas de apuração") e que o preceptivo só perderia eficácia se houvesse norma específica, relativa à contribuição, em sentido diverso.

Aliás, os demais parágrafos do artigo 57 corroboram a tese de semelhança entre as duas figuras:

*§ 3º A pessoa jurídica que determinar o **Imposto de Renda** a ser pago em cada mês **com base no lucro real** (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no **lucro líquido ajustado apurado em cada mês**.*

*§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de **tributação com base no lucro real**, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.*

Igual raciocínio se aplica, ainda, para fins de compensação, conforme dispõe o artigo 58 do mesmo diploma legal:

*Art. 58. Para efeito de **determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado** poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.*

Além de fixar idêntica trava para a compensação das bases negativas (em relação ao IRPJ), o comando expressamente menciona que a base de cálculo será o *lucro líquido ajustado*, ou seja, o legislador estabelece para a CSLL o mesmo ponto de partida previsto para o cálculo do lucro real, afinal o lucro é "ajustado" pelas adições e exclusões previstas na legislação do Imposto de Renda (artigos 250 e 510 do Decreto n. 3.000/99).

Não se trata, portanto, de integração por analogia, figura vedada pelo artigo 108 do CTN no que se refere à exigência de tributos. O que se tem, de fato, é a **identidade, prevista em lei, quanto às sistemáticas de apuração** da base de cálculo das duas figuras.

Também não se cuida de omissão, pois a lei expressamente configura a base de cálculo do tributo e a aproxima, por equivalência, às regras do IRPJ.

Ademais, no caso em tela, 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.

Trata-se de questão ontológica e, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, torna-se de rigor declarar que não assiste razão à Recorrente.

E mais, apenas a título de argumentação: ao contrário do que alega a Recorrente, que pugna pela ausência de norma específica relativa à CSLL, ainda que tal circunstância fosse observada, isso não autorizaria a sua dedutibilidade; ao revés, justamente impediria tal procedimento, pois, ao se defender a autonomia normativa da contribuição o argumento automaticamente exigiria a previsão legal de dedutibilidade, posto que a regra geral, como se sabe, é em sentido contrário. Nessa linha de raciocínio, para além do artigo 386, simplesmente inexistente norma que autorize a dedutibilidade, circunstância essencial para a sua realização, visto que o silêncio normativo não confere ao contribuinte qualquer direito quando se trata de benefício legal, que deve ser interpretado literalmente.

6. Dos Lucros auferidos no Exterior e respectivos Tratados

A Recorrente entende que não devem ser autuados o IRPJ e a CSSL sobre os lucros auferidos por suas controladas no exterior, a partir de três premissas:

Abaixo, a Recorrente demonstrará que é ilegítima a exigência de IRPJ e CSLL sobre os lucros auferidos por suas controladas, sobretudo porque:

(i) há nítida afronta ao art. 43 do CTN;

(ii) os tratados internacionais contra dupla tributação firmados com a Holanda e com a Argentina impedem a tributação, pelo Brasil, dos lucros auferidos pelas controladas no exterior;

(iii) há créditos decorrentes de imposto sobre a renda pago no exterior pelas controladas, compensáveis com o imposto brasileiro, sendo que esta possibilidade de compensação é resguardada não apenas pela legislação interna, mas também pelos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Os fundamentos jurídicos da autuação foram assim destacados na decisão de piso:

A Fiscalização, partindo do entendimento que “inexiste conflito entre norma interna que tribute empresa brasileira e eventual tratado com Estado estrangeiro para evitar bitributação, dado que a legislação brasileira incide em contribuinte com domicílio no Brasil, e não em contribuinte com domicílio no outro Estado contratante”, efetuou as verificações cabíveis e conclui às fls. 75 e 76 do TVF que:

“(…) a tributação dos lucros auferidos no exterior não representa ofensa aos acordos para evitar a dupla tributação firmados entre o Brasil e a Argentina (Decreto 87.976/82) e entre o Brasil e a Holanda (Decreto 355/91). Também não há nenhuma ação judicial interposta pela fiscalizada contestando referida matéria.

Dessa forma, procedemos de ofício à adição dos lucros líquidos apurados pelas controladas da fiscalizada no exterior, na proporção da participação detida por ela, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de

2008 a 2010, tudo conforme os artigos 25 e 26 da Lei nº 9.249/95, art. 16 da Lei 9.430/96 e arts. 21 e 74 da MP nº 2.158-35/2011, (...)

328. Cabe-fazer um destaque quanto aos valores de Imposto de Renda Pago no Exterior. Esta matéria foi colocada pelo art. 26 da Lei nº 9.249/95, a saber:

(...)

Porém, posteriormente, mais alguns requisitos foram introduzidos. E na Lei nº 9.532/97, em seu art. 1º, § 4º, é definido um quesito importante:

4º Os créditos de imposto de renda de que trata o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente serão compensados com o imposto de Renda devido no Brasil se referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital forem computados na base de cálculo do imposto, no Brasil, até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração.

329. Desta forma, o imposto de renda pago no exterior, para ser compensado com o valor a pagar no Brasil deve ser informado até o 2º ano do apurado. O Imposto de Renda devido no exterior não utilizado não afasta a incidência do prazo peremptório previsto na lei para o exercício desse direito. Tal restrição para a utilização do crédito do imposto foi revogada somente pela MP nº 627/13, com vigência à partir de 2015.

O cotejo entre as alegações da Recorrente e a acusação fiscal nos leva a concluir pela procedência dos lançamentos.

Em primeiro lugar, convém destacar que toda a argumentação jurídica trazida pela Recorrente, contrária à legitimidade e aos preceitos veiculados pelo artigo 74 da MP 2.158 em nada lhe aproveita neste julgamento, seja pela impossibilidade de se questionar, na esfera administrativa, a legalidade de norma vigente e eficaz, seja porque o STF já se pronunciou sobre a matéria. Considero sem efeito prático todo o malabarismo jurídico construído para afastar a aplicação do artigo 74 em detrimento do artigo 43 do Código Tributário Nacional, assim como não me parece suficiente a tese de que a decisão do Supremo acerca da matéria não teria efeitos *ergas omnes*.

Ao julgador administrativo cabe aplicar a lei posta, assim como nortear suas posições a partir de decisões paradigmáticas dos tribunais superiores, quando claramente aplicáveis ao caso em discussão.

Ademais, a tese de incompatibilidade entre o artigo 43 do CTN e o artigo 74 da MP 2.158 simplesmente carece de coerência lógica, pois a redação do dispositivo do Código **confirma** a tese formulada pela fiscalização.

Vejamos.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (grifamos)

Ora, o comando do Código Tributário Nacional claramente **confere à lei** o poder de estabelecer as condições e o momento em que se dará a disponibilidade dos rendimentos oriundos do exterior, e este é **exatamente o papel** do artigo 74 da MP 2.158, referendado em termos de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

A constitucionalidade do artigo 74 da MP n. 2.158-35/2001 já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 2.588, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).

1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados:

1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros;

1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao

Método de de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248);

1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada;

1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.

2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece:

2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;

2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei);

2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001. (grifamos)

Como visto, o STF considerou **inconstitucional** o parágrafo único do artigo 74, **para afastar a retroatividade** veiculada pelo dispositivo, tanto para controladas e coligadas situadas em paraísos fiscais quanto para aquelas instaladas em países de tributação não favorecida.

Restou prejudicado, portanto, o seguinte comando:

“os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”.

Por outro lado, foi **reconhecida a legalidade** do *caput* do artigo 74, vigente e aplicável ao tempo dos fatos, tanto assim que serviu de fundamento para a autuação:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão

considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Neste passo, convém traçar breves considerações sobre a tributação de lucros no exterior.

A Lei n. 9.249/95 instituiu, no Brasil, o regime de tributação universal, presente em quase todos os Estados desenvolvidos, segundo o qual devem ser tributados no país de residência da empresa o resultado obtido por filiais, sucursais ou controladas no exterior.

Trata-se do princípio da **renda mundial**, que busca atrair para o sistema tributário nacional lucros que, de outra forma, escapariam à competência pátria, notadamente quando se tratasse de empresas sediadas em países com tributação favorecida ou, ainda, nos casos de planejamento tributário internacional que tivessem por objetivo precípuo a fuga de capitais.

É legítima, portanto, a tributação de resultados auferidos no exterior, sendo que a norma funciona como verdadeiro imã, permitindo que o país exerça competência tributária em relação a fatos jurídicos produzidos fora do território nacional.

A interpretação da lei, todavia, transcende o mero aspecto gramatical, pois é evidente que o seu objetivo fundamental é o de capturar e tributar atividade econômica extraterritorial, mas que aproveita empresas residentes no país.

De se notar que igual raciocínio também se aplica às pessoas físicas (e nem poderia ser diferente), pois a construção deriva dos princípios constitucionais que devem informar o imposto de renda, como a **universalidade**, a generalidade e a progressividade.

E foi a partir dos preceitos constitucionais que o legislador decidiu trazer para a competência nacional os resultados obtidos no exterior. Desnecessário dizer que, para os lucros auferidos no país vige, desde sempre, o princípio da territorialidade, pelo qual aqui são tributados.

Nesse sentido o disposto no artigo 25 da Lei n. 9.249/95 e no artigo 1º da Lei n. 9.532/97:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

e

Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:

a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;

(...)

Constata-se, portanto, que não há qualquer vício ou mácula nos lançamentos efetuados pela fiscalização.

A Recorrente aduz, ainda, que houve ofensa aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil para evitar a bitributação, tanto em relação à Holanda como no que se refere à Argentina.

O objeto da autuação foi assim descrito pela autoridade fiscal:

283. Conforme mencionado anteriormente neste Termo de Verificação, a fiscalizada informou que **não ofereceu os valores dos lucros apurados em suas controladas situadas na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A) e nos Países Baixos (CST Corporation B.V.), pois entende que referidos lucros auferidos no exterior, em virtude sua participação societária naquelas empresas, estariam ao abrigo dos tratados para evitar a dupla tributação, assinados entre o Brasil e a Argentina (Decreto 87.976/92) e entre o Brasil e os Países Baixos (Decreto 355/91).**

284. Sendo assim, cabe analisar a aplicabilidade e o alcance dos referidos tratados, bem como verificar se efetivamente o entendimento da fiscalizada é pertinente ou não, tendo em vista o disposto no artigo 74 da MP 2.158-35/01, mencionado anteriormente.

285. Os resultados, rendimentos e ganhos obtidos pelas empresas brasileiras em países com os quais o Brasil possui Acordos para evitar a dupla tributação são temas de regras dispostas nas próprias convenções internacionais. Os Acordos internacionais têm como objetivo incrementar as trocas de bens e serviços e a movimentação de capital e pessoas, isso tudo mediante a eliminação da dupla tributação. O Brasil possui Acordos com diversos países, entre eles, Argentina (Decreto 87.976/82) e Holanda (Decreto 355/91), países sedes das controladas diretas da fiscalizada, respectivamente, Acindar Industria Argentina de Aceros S.A e CST Corporation B.V.

286. A fiscalizada, ao invocar os tratados acima mencionados, entende que o art. 7, inciso I, desses Tratados é que daria amparo ao seu entendimento de que o lucro das empresas Acindar Industria Argentina de Aceros S.A e CST Corporation B.V. não poderia ser tributado pelo Brasil.

Os artigos dos dois tratados (a seguir reproduzidos) são praticamente idênticos e seguem o padrão internacional proposto pela OCDE:

Tratado Brasil x Argentina (Decreto 87.976/82)

1. *Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente à medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente.*

2. *Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.*

3. *No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.*

4. *Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.*

5. *Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições deste Artigo.*

e

Tratado Brasil x Holanda (Decreto 355/91)

1 - *Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça, sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem, atribuíveis àquele estabelecimento permanente.*

2 - *Ressalvado o disposto no parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado, serão atribuídos, a esse estabelecimento permanente, em cada Estado Contratante, os lucros que obteria se fosse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades iguais ou similares, sob condições iguais ou similares e transacionando*

com absoluta independência com a empresa da qual é estabelecimento permanente.

3 - Na determinação dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas incorridas para a consecução dos seus objetivos, inclusive as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4 - Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5 - Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos disciplinados separadamente em outros Artigos desta Convenção, o disposto em tais Artigos é prejudicado pelo que dispõe este Artigo.

Pois bem.

De plano, convém ressaltar que não se discute, nem nos autos nem tampouco no entendimento deste Relator, a supremacia dos tratados internacionais em relação à legislação interna, notadamente na seara tributária, por força do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

O que se deve analisar são os casos de compatibilidade ou conflito entre as normas domésticas e os acordos celebrados pelo país na ordem internacional.

Quando se aborda a questão, muitos intérpretes cometem um erro de premissa, pois buscam identificar nos tratados para evitar a bitributação o fundamento para a exigência tributária.

Em verdade, os tratados para evitar a bitributação, como o próprio nome declara, sempre veiculam **regras restritivas ou negativas de competência**, pois não lhes é dada a prerrogativa de estabelecer as hipóteses de tributação.

Em julgado desta Turma, sobre caso análogo ao dos autos, decidiu-se que os lucros auferidos por subsidiária da Petrobrás na Holanda deveriam ser tributados na controladora brasileira. Na época, acompanhei o voto vencedor do ilustre Conselheiro João Thomé pelas conclusões, justamente por entender que a validade da autuação carece de enquadramento nos conceitos do tratado.

Explico.

A regra geral dos tratados para evitar a bitributação é cristalina e se baseia na premissa de que cada Estado tributa o lucro da empresa nele residente (artigo 7). Este comando, por si só, é suficiente para se reconhecer a procedência da tributação, sem qualquer necessidade de se adentrar na discussão se a matéria tributável diz respeito efetivamente a lucros, royalties ou qualquer outra forma de rendimento.

A competência tributária é matéria constitucional no Brasil, de sorte que somente a lei brasileira pode sobre ela dispor (e não se trata de norma qualquer, mas somente aquelas com força de lei complementar, sempre que os critérios forem relativos à definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, como determina o artigo 146, III, a, da CR).

Nesse contexto, não é papel dos tratados descrever ou fixar **regras positivas** de competência, mas apenas definir os limites de aplicação de tais normas, no intuito de se evitar múltiplas incidências.

Cada Estado tem plena competência para definir a base de cálculo e o conceito de lucro tributável, papel que no Brasil coube aos artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da **disponibilidade econômica ou jurídica**:*

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

*§ 1º A incidência do imposto **independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.***
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

*§ 2º Na hipótese de **receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.***
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)
(grifamos)

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

O Código, com as alterações introduzidas em 2001, passou a entender como irrelevantes a denominação da receita ou do rendimento, bem como a sua localização. E mais, atribuiu à lei a função de estabelecer as condições e o momento em que deva ser reconhecida a disponibilidade para fins de incidência.

E foi exatamente para cumprir esses objetivos que surgiu o artigo 74 da MP 2.158, cuja regra geral de disponibilização **foi julgada conforme** pelo Supremo Tribunal Federal:

*Art.74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, **os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.***

O comando foi introduzido para fixar o momento e as condições de disponibilidade dos lucros auferidos por controlada no exterior, na exata dicção do § 2º, do artigo 43 do CTN. Nem se argumente de que se trata de disponibilidade apenas jurídica, pois essa situação sempre foi hipótese de incidência do tributo e está expressamente prevista no *caput* do dispositivo.

O objetivo do artigo 74 foi evitar diferimentos ou postergações no reconhecimento de resultados no exterior, cuja tributação deva ocorrer no Brasil.

Frise-se: o que se tributa a partir do artigo 74 é o lucro da empresa residente no Brasil, nos exatos limites do que preceituam os tratados internacionais. Nesse sentido, não existe qualquer incompatibilidade entre as normas brasileiras e os tratados internacionais para evitar a bitributação, inclusive nos acordos firmados com a Argentina e a Holanda, pois a norma local estabelece a forma e o momento de incidência do IR e da CSLL.

É cediço que cada Estado tem competência para fixar seus próprios critérios de apuração do lucro e das respectivas bases de cálculo. Isso não é vedado pelos tratados internacionais, que não têm o condão de interferir no exercício da competência em função do critério territorial que alcança o residente. Cuida-se, aqui, de questão relacionada à soberania, que transcende a seara tributária e é reconhecida internacionalmente.

O que a legislação pátria fez foi estabelecer critérios que podem ser diferentes de outros países, inclusive no que tange ao conceito de lucro, regras de apuração e critérios de incidência tributária. Aliás, se as regras tributárias fossem idênticas em todos os países simplesmente não haveria necessidade de se celebrar tratados internacionais!

Ressalte-se que a legislação interna pode fixar critérios relativos ao lucro, conforme expressamente reconhece o artigo III.2 dos tratados (comando praticamente idêntico nos casos de Argentina e Holanda):

2. Para a aplicação da presente Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da presente Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diferente.

A apuração do lucro no Brasil é diferente daquela na Holanda, na Argentina e nos demais países. Isso em nada fere ou colide com o teor dos tratados, desde que o objeto da tributação seja a empresa residente. O que se veda é a tributação da empresa estrangeira, o que efetivamente não ocorreu.

No caso em discussão, a autoridade reconheceu a supremacia dos tratados, aplicou corretamente a legislação brasileira que rege a matéria e constatou a existência de valores tributáveis a título de IRPJ e CSLL, de sorte que não há reparos a fazer em relação à autuação, seus fundamentos ou conclusões.

Descabe, portanto, o argumento da Recorrente no sentido de que foram tributados os lucros das sociedades estrangeiras Acindar e CST Corporation. A matéria tributável alcança o lucro disponibilizado ao sócio no Brasil e é evidente que isso não se confunde com os lucros da pessoa jurídica no exterior.

Daí a perfeita sintonia entre as normas de incidência brasileiras, já convalidadas pelo STF, e as limitações jurídicas e territoriais veiculadas pelos tratados.

Inexiste conflito ou antinomia, pois a legislação brasileira entende que os lucros são disponibilizados aos sócios na data de sua apuração no balanço da controlada ou coligada residente no exterior, o que significa que a apuração do lucro alhures implica o

oferecimento à tributação no Brasil, na exata proporção da participação da empresa residente no país em suas controladas e coligadas estrangeiras.

Caem por terra, neste ponto, os argumentos da Recorrente, pois verifica-se que o objeto da autuação são os lucros auferidos pela empresa brasileira ArcelorMittal e não aqueles obtidos pelas suas controladas no exterior. Não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, invasão de competência ou qualquer outro malabarismo jurídico, mas simplesmente da aplicação válida de norma brasileira em relação a empresa sob sua jurisdição.

Também não procedem as críticas da Recorrente sobre a utilização do método da equivalência patrimonial. O MEP, independentemente de sua aplicação ou obrigatoriedade em outros países, é o critério previsto no Brasil para a consolidação dos resultados de um grupo empresarial e consequente identificação das participações societárias.

O MEP não é o fundamento da autuação, mas apenas o critério exigido para a controladora brasileira, que deve consolidar os resultados no país, a partir dos lucros obtidos no exterior por meio de controladas diretas ou indiretas.

Destaque-se que a utilização da metodologia pela controladora no Brasil em nada interfere com a apuração dos lucros apurados no exterior, até porque a lei brasileira sequer teria competência para tanto. O que a fiscalização corretamente fez foi aceitar os valores declarados pelas empresas no exterior e a partir deles calcular o lucro tributável no país.

Em suma, não se tributa o MEP, mas o lucro auferido por empresas residentes no Brasil a partir de resultados obtidos por controladas ou coligadas no exterior.

No que tange à CSLL o **raciocínio é exatamente o mesmo**.

Não se pode olvidar que o artigo 11 da Lei n. 13.202/2015 resolveu, (corretamente, no entendimento deste Relator e de grande parte da doutrina) a antiga questão sobre a pertinência da CSLL nos tratados para evitar bitributação em que a contribuição não fora expressamente prevista:

Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.

Portanto, a controvérsia está resolvida, e os preceitos relativos aos tratados devem ser estendidos à CSLL.

Contudo, isso em nada altera a situação dos autos, pois todo o raciocínio desenvolvido ao longo deste voto é no sentido de **absoluta compatibilidade** entre as normas nacionais e as limitações impostas pelos tratados, ou seja, o reconhecimento da aplicabilidade do artigo 74 à espécie conduz, automaticamente, à tributação tanto do IRPJ quanto da CSLL, nos termos lavrados pela fiscalização.

Como visto, a regra geral do comando foi considerada conforme pelo STF, de sorte que os lucros auferidos por controlada no exterior devem ser computados na base de cálculo dos dois tributos.

7. Da possibilidade de compensação com o imposto pago no exterior

Defende a Recorrente a possibilidade de compensação do imposto pago no exterior, por entender que não existe limite temporal para a compensação, notadamente após o regime de tributação instaurado pelo artigo 74 da MP 2.158.

Sobre a questão, assim se manifestou a autoridade fiscal:

328. Cabe fazer um destaque quanto aos valores de Imposto de Renda Pago no Exterior. Esta matéria foi colocada pelo art. 26 da Lei nº 9.249/95, a saber:

Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

Porém, posteriormente, mais alguns requisitos foram introduzidos. E na Lei nº 9.532/97, em seu art. 1º, § 4º, é definido um quesito importante:

4º Os créditos de imposto de renda de que trata o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente serão compensados com o imposto de Renda devido no Brasil se referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital forem computados na base de cálculo do imposto, no Brasil, **até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração.** (grifamos)

329. Desta forma, o imposto de renda pago no exterior, para ser compensado com o valor a pagar no Brasil deve ser informado até o 2º ano do apurado. O Imposto de Renda devido no exterior não utilizado não afasta a incidência do prazo peremptório previsto na lei para o exercício desse direito. Tal restrição para a utilização do crédito do imposto foi revogada somente pela MP nº 627/13, com vigência a partir de 2015.

O tema é eminentemente jurídico e objeto de divergências.

O argumento em favor do entendimento da fiscalização consiste no fato de que o artigo 1º, § 4º, da Lei n. 9.532/97 somente foi revogado posteriormente.

Por outro lado, existem decisões neste Conselho que consideram que a partir da sistemática inaugurada pelo artigo 74 da MP 2.158 o reconhecimento, no Brasil, da disponibilização dos lucros auferidos pelas controladas e apurados em balanço implicaria, automaticamente, a possibilidade de aproveitamento de eventuais créditos de imposto pagos no exterior.

Nesse sentido reproduzimos a ementa do Acórdão n. 1401000.937, da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, relatado pelo Conselheiro Antonio Bezerra Neto, em 05 de março de 2013:

IRPJ. COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PAGO NO EXTERIOR.

O imposto de renda pago no exterior, relativo aos lucros disponibilizados por controladas estrangeiras, poderá ser compensado com o imposto que for devido no Brasil. Na sistemática da Lei nº 9.532/1997, em que a tributação dos lucros dependia de sua efetiva distribuição aos sócios, o direito à compensação ficava condicionado a que os referidos lucros fossem distribuídos no prazo limite de dois anos-calendário. Já no regime do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, em que os lucros consideram-se disponibilizados no momento de sua apuração no balanço, o direito à compensação não sofre qualquer limitação temporal.

O argumento formulado neste e em outros acórdãos do CARF reproduz, em meu sentir, a melhor interpretação para a matéria.

Isso porque, ao defendermos a validade e a aplicabilidade do artigo 74 ao caso em tela, torna-se imperioso reconhecer que resta desprovida de sentido qualquer limitação temporal para aproveitamento do imposto pago no exterior.

Vale dizer, na exata medida em que ocorre a disponibilização jurídica de rendimentos no exterior para a controlada no Brasil, com impacto na apuração do IRPJ e da CSLL, também nasce, para o contribuinte, o direito de compensação dos tributos aqui apurados com os valores comprovadamente pagos alhures.

A distribuição automática prevista pelo artigo 74 da MP 2.158 afasta o risco de postergação do reconhecimento daqueles rendimentos e possibilita, em decorrência, o aproveitamento de créditos porventura existentes.

Trata-se de conclusão óbvia, em homenagem à simetria dos ordenamentos jurídicos e à coerência cronológica do fenômeno da incidência. Se há tributo a pagar deve haver a compensação com o que já foi tributado, desde que atendidos os requisitos legais.

O entendimento nesse sentido parece-me convergente, inclusive em relação à Receita Federal que, ao editar a Instrução Normativa n. 213/2002, **não fixou qualquer limite** temporal para a compensação. É o que se depreende do artigo 14, ainda em vigor:

COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA DEVIDO NO BRASIL

*Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, **poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.***

*§ 1º Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada ou o relativo a rendimentos e ganhos de capital, o **tributo que incida sobre lucros**, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem.*

§ 2º O tributo pago no exterior, a ser compensado, será convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento.

§ 3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em Dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em Reais.

*§ 4º A **compensação do imposto será efetuada, de forma individualizada, por controlada, coligada, filial ou sucursal, vedada a consolidação dos valores** de impostos correspondentes a diversas controladas, coligadas, filiais ou sucursais.*

§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, poderá haver consolidação dos tributos pagos, observado o disposto no § 2º do art. 3º e § 5º do art. 4º.

§ 6º A filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, deverá consolidar os tributos pagos correspondentes a lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por meio de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária.

*§ 7º O tributo pago no exterior, passível de compensação, **será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real.***

*§ 8º Para efeito de compensação, o tributo será considerado **pelo valor efetivamente pago**, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal.*

§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.

§ 10. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

I - do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada ou coligada e aos rendimentos e ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real;

II - do imposto de renda e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

§ 11. Efetuados os cálculos na forma do § 10, o tributo pago no exterior, passível de compensação, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto em seu inciso I, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital, referidos em seu inciso II.

§ 12. Observadas as normas deste artigo, a pessoa jurídica que tiver os lucros de filial, sucursal e controlada, no exterior, apurados por arbitramento, segundo o disposto nas normas específicas constantes desta Instrução Normativa, poderá compensar o tributo sobre a renda pago no país de domicílio da referida filial, sucursal ou controlada, cujos comprovantes de pagamento estejam em nome desta.

§ 13. A compensação dos tributos, na hipótese de cômputo de lucros, rendimentos ou ganhos de capital, auferidos no exterior, na determinação do lucro real, antes de seu pagamento no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, poderá ser efetuada, desde que os comprovantes de pagamento sejam colocados à disposição da Secretaria da Receita Federal antes de encerrado o ano-calendário correspondente.

§ 14. Em qualquer hipótese, a pessoa jurídica no Brasil deverá colocar os documentos comprobatórios do tributo compensado à disposição da Secretaria da Receita Federal, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da compensação.

*§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, **poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes.***

*§ 16. **Para efeito do disposto no § 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).***

*§ 17. O cálculo referido no § 16 será efetuado mediante a multiplicação dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou **pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder.***

§ 18. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 17, tendo por

base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

§ 19. Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 17 e 18, somente o valor pago poderá ser compensado.

§ 20. Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do art. 15, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur. (grifamos)

Nota-se que a normativa infralegal da própria Receita Federal não estabeleceu qualquer limite temporal para a compensação; em sentido oposto permitiu, por meio do § 15, que o valor pago no exterior possa ser compensado com períodos subsequentes, na hipótese de resultado negativo no ano-calendário de reconhecimento do lucro no exterior.

E, para sepultar de vez a controvérsia, a Lei n. 12.973/2014 não apenas revogou o limite temporal previsto no artigo 1º, § 4º, da Lei nº 9.532/97, como ainda veiculou, por meio de seu artigo 99, interpretação autêntica acerca do tratamento a ser conferido para a matéria:

Art. 99. O prazo de que trata o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não se aplica a partir da entrada em vigor do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

§ 1º Na hipótese de existência de lançamento de ofício sem a observância do disposto no caput, fica assegurado o direito ao aproveitamento do imposto pago no exterior, limitado ao imposto correspondente ao lucro objeto do lançamento.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput aos débitos ainda não constituídos que vierem a ser incluídos no parcelamento de que trata o art. 40 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. (grifamos)

Não há dúvida de que o comando trazido pela Lei n. 12.973/2014 deve ser interpretado desde a entrada em vigor do artigo 74 da MP 2.158-35, **produzindo efeitos concretos** para o deslinde do caso sob análise, de sorte que resta assegurada à Recorrente o direito de compensação, dentro dos parâmetros legais.

Ressalte-se que o dispositivo se amolda perfeitamente à hipótese aqui discutida, pois o parágrafo § 1º **determina o reconhecimento** ao direito de compensação mesmo nas hipóteses em que **já tenha ocorrido lançamento de ofício**, o que afasta o argumento formulado na decisão de piso.

O entendimento aqui adotado também guarda coerência com a nossa posição em relação aos tratados, posto que a possibilidade de compensação também consta expressamente dos dois acordos firmados pelo Brasil:

Decreto n. 87.976/82 (Brasil x Argentina)

*1. Quando um residente do Brasil receber rendimentos que, de acordo com as disposições da presente Convenção, sejam tributáveis na Argentina, o Brasil, ressalvado o disposto no parágrafo 2, **permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos desse residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago na Argentina.***

Todavia, o montante deduzido não poderá exceder à fração do imposto sobre a renda, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributáveis na Argentina.

e

Decreto n. 355/91 (Brasil x Holanda)

*5. Quando um residente no Brasil receber rendimentos que, nos termos desta Convenção, possam ser tributados na Holanda, o **Brasil permitirá, como dedução do imposto da renda dessa pessoa, um valor igual ao imposto de renda pago na Holanda.** Todavia, a dedução não será maior do que a parcela do imposto que seria devido antes da inclusão do crédito correspondente aos rendimentos que podem ser tributados na Holanda. (grifamos)*

8. Dos montantes passíveis de compensação

Para que se possa definir quais são os valores passíveis de compensação devemos analisar duas situações distintas:

- a) o preenchimento dos requisitos e formalidades previstos pela legislação;
- b) a apuração dos montantes efetivamente recolhidos no exterior, individualizadamente, ou seja, por controlada.

Em relação aos requisitos e formalidades para o aproveitamento do montante do imposto pago no exterior, o artigo 26 da Lei n. 9.249/95 exige que:

Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

*§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, **será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.***

*§ 2º Para fins de compensação, **o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.***

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

No caso dos autos a Recorrente apresentou documentos que seriam aptos a comprovar, em seu entendimento, a apuração e o recolhimento dos tributos no exterior, com o reconhecimento dos pagamentos pelas respectivas autoridades arrecadoras. Esses documentos podem ser encontrados às fls. 3.159 e seguintes.

Ademais, devemos ressaltar que a Recorrente apresentou, em fevereiro de 2015, documentos complementares, com destaque para a cópia autenticada de tradução juramentada das declarações do imposto de renda da controlada Acindar Indústria Argentina de Aceros S/A ("Acindar"), referentes aos anos de 2008 a 2010, e tradução juramentada das declarações do imposto de renda e comprovantes de pagamento da controlada CST Corporation B.V. ("CST"), referentes aos anos de 2008 a 2010.

Aqui temos um ponto importante. É inequívoco que esses documentos foram apresentados depois do Recurso Voluntário e sequer deveriam ser considerados, pois **não se enquadram** nas hipóteses previstas no artigo 16 do Decreto n. 70.235/72:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (grifamos)*

Convém ressaltar, ainda, que a Recorrente peticionou pela juntada de documentos em maio de 2016, muito tempo depois da interposição do Recurso Voluntário e em momento no qual este voto já estava em elaboração.

Tenho me manifestado pela possibilidade de aceitar documentos ainda que fora das condições do artigo 16, sempre que estes ofereçam prova cabal da materialidade que precisam demonstrar.

Contudo, entendo que a apresentação de documentos vários anos depois da data da autuação deve ser apreciada com parcimônia, especialmente quando o interessado tinha condições de trazê-los ao processo em momento oportuno e não o fez.

Nesse contexto, **não serão apreciados neste voto, por intempestivos**, os documentos colacionados em 2016.

Com relação aos documentos apresentados até 2015, antes da distribuição dos autos a este Relator, entendo que não possuem o condão de demonstrar, de modo cabal e conclusivo, o direito da Recorrente.

Explico.

Em primeiro lugar, vejamos quais foram os montantes apurados pela fiscalização, que serão considerados como ponto de partida para os cálculos, em homenagem ao trabalho extremamente minucioso efetuado, que, inclusive, apontou erros e inconsistências nas informações prestadas pelo contribuinte:

308. No ano-calendário de 2008 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 8 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 08 da Ficha 17 para a CSLL o valor de R\$ 7.002.670,26. Este valor declarado na DIPJ seria relativo somente ao lucro da empresa Trefilaria Colima S.A (Costa Rica) tendo em vista que em relação às empresas controladas na Argentina e na Holanda a fiscalizada entendia estar amparada pelos Tratados internacionais celebrados com esses países e, com relação às outras empresas controladas no exterior (ArcelorMittal Costa Rica e Bemex International Ltd.), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2008.

309. Porém, ao analisar a demonstração de resultado da Trefilaria Colima S.A (Costa Rica) constatamos que o Lucro Líquido antes do IRPJ era de 3.870.992.347,24 colons que convertidos pela taxa de 0,0042991, para a data de 30/11/2008 (data do balanço de incorporação da Trefilaria), corresponde a R\$ 16.641.783,20. A participação da fiscalizada nessa empresa controlada era de 50%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008. Sendo assim, o lucro auferido pela fiscalizada e que deveria ter sido adicionado na apuração do IRPJ e da CSLL seria de R\$ 16.641.783,20 x 50% = R\$ 8.320.891,60, porém o valor adicionado foi somente de R\$ 7.002.670,26.

310. A diferença correspondente, ou seja, R\$ 8.320.891,60 - R\$ 7.002.670,26 = R\$ 1.318.221,34 está sendo lançada por esta fiscalização como insuficiência de adição de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Trefilaria Colima S.A (Costa Rica), na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Referido equívoco foi inclusive reconhecido pelo contribuinte ao apresentar a memória de cálculo das adições em sua resposta ao item 19, ii, do Termo de Início de Fiscalização.

311. Já com relação à empresa controlada na Argentina Acindar Industria Argentina de Aceros S.A - a fiscalizada detém a participação de 64,59%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008. A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 626.485.450,43. Portanto, a participação de 64,59%, que corresponde a R\$ 404.646.952,43, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da

CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina).

312. Na controlada CST Corporation B.V. (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2008. A demonstração de resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 66.168.886,00. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 66.168.886,00, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e do CSLL lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation B.V. (Holanda).

313. O resumo dos valores das infrações relativos à falta/insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior, na apuração as bases de cálculo, do IRPJ e da CSLL, para o ano-calendário de 2008 é o seguinte:

Trefilaria Colima SA (Costa Rica) - R\$ 1.318.221,34

Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina) - R\$ 404.646.952,43

CST Corporation B.V. (Holanda) - R\$ 66.168.886,00

314. No ano-calendário de 2009 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da Ficha 17 para a CSLL - o valor de R\$ 0,00 (zero). Em relação às empresas controladas na Argentina (Acindar Industria Argentina de Aceros S.A) e na Holanda (CST Corporation, B.V.) a fiscalizada entendia estar amparada pelos Tratados Internacionais celebrados com esses países e com relação às outras empresas controladas no exterior (ArcelorMittal Costa Rica, Unki de Venezuela S.A e Arcelor Pine Bluff Inc), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2009.

315. Com relação à empresa controlada na Argentina - Acindar Industria Argentina de Aceros S.A a fiscalizada detém a participação de 64,59%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes, do IRPJ foi de R\$ 162.255.068,90. Portanto, a participação de 64,59%, que corresponde a R\$ 104.800.549,00, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina).

316. Já na controlada CST Corporation B.V. (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 49.549.663,00. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 49.549.663,00, está sendo lançada por esta

fiscalização como falta de adição, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation B.V. (Holanda).

317. Para a controlada Unki de Venezuela S.A, embora a fiscalizada tenha apresentado demonstração do resultado em reais constando prejuízo de R\$ -31.797.648,00, o que pode ser constatado pelas demonstrações na moeda original é que, em verdade, houve um Lucro no período de 16.756.957 bolivars, que convertidos pela taxa de 31/12/2009 (0,8119), corresponde a um Lucro de R\$ 13.604.973,39. O equívoco da fiscalizada foi deduzir do lucro operacional o valor de 48.554.605 a título de despesas operacionais quando facilmente pode ser constatado pelas demonstrações na moeda original que esse valor se refere a impostos ("income taxes"). Da simples comparação dos demonstrativos originais dos anos-calendário de 2009 com o de 2010 percebe-se que para o ano de 2010 a fiscalizada transcreveu o demonstrativo computando como receitas/despesas não operacionais líquidas a rubrica "Net recovery of impairment of value property, plant and equipment" que nesse ano de 2010 tinha o valor de 5.341.597 bolivars. Esse valor está refletido na demonstração em reais de 2010 no título receitas/despesas não operacionais líquidas. Porém, com relação ao ano-calendário de 2009 o valor no demonstrativo original na rubrica "Net recovery of impairment of value property, plant and equipment" é zero e, portanto, nada haveria de ser colocado no título receitas/despesas não-operacionais líquidas, na demonstração em reais de 2009.

318. Repita-se o valor de 48.554.605 deduzido em 2009 no título receitas/despesas não-operacionais líquidas, na demonstração do resultado nada mais é do que o valor dos impostos e, portanto, o valor do Lucro do ano-calendário de 2009 foi de 16.756.957 bolivars, que convertidos pela taxa de 31/12/2009 (0,8119), corresponde a um Lucro de R\$ 13.604.973,39.

319. A fiscalizada detém a participação de 100%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2009. A demonstração de resultado da Unki de Venezuela S.A, conforme explicado no parágrafo anterior, corresponde a R\$ 13.604.973,39. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 13.604.973,39, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Unki de Venezuela S.A.

320. As demais controladas (ArcelorMittal Costa Rica e Arcelor Pine Bluff Inc.) apresentaram prejuízo no período.

321. O resumo dos valores das infrações relativos à falta/insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, para o ano-calendário de 2009 é o seguinte:

Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina) - R\$ 104.800.549,00.

CST Corporation B.V. (Holanda) - R\$ 49.549.663,00**Unki de Venezuela S.A (Venezuela) - R\$ 13.604.973,39**

322. No ano-calendário de 2010 a fiscalizada informou a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior" - Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da Ficha 17 para a CSLL - o valor de R\$ 83.158.221,03. Este valor declarado na DIPJ seria relativo somente ao lucro da empresa Unki de Venezuela S/A (Venezuela) tendo em vista que em relação às empresas controladas na Argentina (Acindar, Industria Argentina de Aceros S.A) e na Holanda (CST Corporation B.V.) a fiscalizada entendia estar amparada pelos Tratados internacionais celebrados com esses países e, com relação às outras empresas controladas no exterior (ArcelorMittal Costa Rica Unki de Venezuela S.A e Arcelor Pine Bluff Inc), as mesmas teriam apurado prejuízo em 2010.

323. Com relação à empresa controlada na Argentina - Acindar Industria Argentina de Aceros S.A - a fiscalizada detém a participação de 65,01%, conforme pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2010. A demonstração de resultado da Acindar, apresentada pela fiscalizada, atesta que o Lucro Líquido antes do IRPJ foi de R\$ 264.805.901,68. Portanto, a participação de 65,01%, que corresponde a R\$ 172.150.316,68, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL de lucros auferidos no exterior relativos à controlada Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina).

324. Já na controlada CST Corporation B.V. (Holanda) a fiscalizada detém a participação de 100%, como pode ser verificado na Ficha 34 da DIPJ do ano-calendário de 2010. A demonstração do resultado da CST Corporation, apresentada pela fiscalizada, atesta que o lucro líquido antes do IRPJ foi de R\$ 32.334.758,73. Portanto, a participação de 100%, que corresponde a R\$ 32.334.758,73, está sendo lançada por esta fiscalização como falta de adição na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, de lucros auferidos no exterior relativos à controlada CST Corporation, B.V. (Holanda).

325. Para a controlada Unki de Venezuela S.A, a fiscalizada calculou corretamente e adicionou o valor de R\$ 83.158.221,03 a título de "Lucros Disponibilizados no Exterior", Linha 7 da Ficha 09A para o IRPJ e Linha 07 da Ficha 17 para a CSLL.

326. As demais controladas (ArcelorMittal Costa Rica e Arcelor Pine Bluff Inc) apresentaram prejuízo no período.

327. O resumo dos valores das infrações relativos à falta/insuficiência de adição de lucros disponibilizados no exterior na apuração as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, para o ano-calendário de 2010 é o seguinte:

Acindar Industria Argentina de Aceros S.A (Argentina) - R\$ 172.150.316,68

CST Corporation. B.V. (Holanda) - R\$ 32.334.758,73.

A Recorrente defende, no voluntário, a possibilidade de compensação do imposto pago no exterior e apresenta todo o raciocínio dos montantes que entende adequados, segregados por controlada e ano-calendário. A longa exposição pode ser encontrada nos itens 522 e seguintes da peça recursal (fls. 3.649 em diante).

Em síntese, os valores considerados compensáveis pela Recorrente constam da tabela a seguir:

Ano	CST Corporation (Holanda)	Acindar (Argentina)	Unki de Venezuela (Venezuela)
2008	7.210.959,00	137.579.963,65	-
2009	2.453.711,00	34.772.065,90	4.625.690,82
2010	3.291.825,00	48.387.205,64	-
Total	12.956.495,00	220.739.235,49	4.625.690,82

No intuito de convalidar os valores apurados pela Recorrente analisamos os documentos de fls. 3.234 e seguintes, que trazem os comprovantes de recolhimento e declarações no exterior, assim como os documentos posteriormente colacionados ao processo, em 2015, que cuidam das traduções juramentadas.

De plano, destacamos que tomamos como ponto de partida, como matéria tributável, **os valores já apurados e autuados pela fiscalização** (itens 308 a 327 do Termos de Verificação, ao norte reproduzidos), **que consideramos corretos**.

Cabe-nos, portanto, verificar se os documentos permitem convalidar os argumentos trazidos pela Recorrente.

Em relação à Acindar (que geraria os maiores créditos), ano-calendário 2008, alega a Recorrente que o imposto a compensar, no valor de R\$ 137.579.963,65, decorre de recolhimento efetuado naquele país, no total de \$ 314.915.560,00, na moeda local (equivalente, em reais, a R\$ 213.321.027,00 - a diferença decorre do percentual de participação que a autuada possui na empresa estrangeira).

Ocorre que na declaração juntada aos autos, embora conste este valor numa das linhas de subtotal, indica que o **saldo final de imposto a pagar é bem menor**:

AFIP VEP
ADMINISTRACION FEDERAL

Comprobante de Pago

Datos del subVEP:

Nro. subVEP: 65982856
Organismo Reaudador: AFIP
Tipo de Pago: Ganancias Sociedades - Saldo DJ
Descripción Reducida: DJ GAN2008
CUIT: 30-50119925-3
Concepto: 19 OBLIGACION MENSUAL/ANUAL
Subconcepto: 19 OBLIGACION MENSUAL/ANUAL
Período: 2008
Generado por el Usuario: 27263218316
Corresponde al VEP Consolidado: 65982854

GANANCIAS SOCIEDADES (10)	\$24.876.238,45
----------------------------------	------------------------

Datos del comprobante de Pago:

Entidad de Pago: INTERBANKING
Medio de Pago: HomeBanking-EFECTIVO
Debito en cuenta del Banco: BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES S.A.
Nro. de Transacción: 78952873
Código de Control: - 569296
Fecha de Pago: 2009-11-04 Hora: 16:19:27
IMPORTE PAGADO : \$24.876.238,45

Conclui-se, portanto, que a documentação trazida aos autos não nos permite aferir - e, nesse cenário, tampouco adiantaria realizar diligências - **qual o efetivo valor pago no exterior**, lembrando que a IN 213/2002, utilizada como fundamento para a possibilidade de compensação pela própria Recorrente, determina que (artigo 14):

*§ 8º Para efeito de compensação, o tributo será considerado **pelo valor efetivamente pago**, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal.*

Para os anos seguintes, a dúvida/divergência nos valores (ou simplesmente a insuficiência de documentos ou informações) remanesce.

Em 2009 e 2010 os comprovantes de pagamento indicam recolhimentos bastante inferiores aos alegados pela Recorrente, o que pode advir de compensações, deduções, antecipações, créditos fiscais ou quaisquer outros motivos, cuja existência não interessa para fins de compensação no Brasil, pois somente pode ser utilizado como crédito o **imposto efetivamente pago**.

Por mais atenção e boa vontade que o julgador possa ter na análise dos documentos, cabe ao interessado demonstrar e **comprovar, para além de qualquer dúvida e no tempo processual adequado**, a liquidez dos créditos que busca ver reconhecidos e, no caso dos autos, não consegui, apesar do esforço, convalidar os números mencionados pelo contribuinte a partir dos documentos trazidos aos autos em 2015, até porque descabe, nesse sentido, tentar intuir ou desvendar o sistema tributário e as declarações de outros países

(quando as informações são insuficientes ou divergentes), pois de complexa já basta a legislação brasileira.

Entendo que caberia à Recorrente fazer prova cabal do seu direito, que pode até existir, mas não restou, em meu entendimento, claramente demonstrado no processo, à luz dos documentos que foram analisados.

Ademais, **todo o conjunto probatório deveria ter sido apresentado à autoridade fiscal**. Ressalte-se que os documentos entregues ao tempo da fiscalização, além de insuficientes, continham erros e equívocos, conforme demonstrado pelo autuante.

O mesmo problema se observa em relação aos valores apurados e porventura pagos pelas controladas na Holanda e na Venezuela. Conquanto possam ser plausíveis as alegações da Recorrente, não me pareceu possível identificar e correlacionar os valores apurados e efetivamente pagos com aqueles informados pela interessada no voluntário.

Diante disso, penso não ser possível a compensação, pela insuficiência de comprovação dos resultados e efetivos pagamentos no exterior.

9. Da taxa SELIC sobre a multa

Por fim, diz a Recorrente ser incabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, por ausência de dispositivo legal.

Contudo, parece-me indubitoso que a multa de ofício integra o conceito de obrigação tributária esposado pelo artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Como é cediço, o conceito de crédito tributário no Brasil engloba tributo e multa, como expressamente estabelece o artigo 43 da Lei n. 9430/96:

*Art.43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente **exclusivamente a multa ou a juros de mora**, isolada ou conjuntamente.*

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifamos)

Artigo 5º, § 3º, da Lei n. 9.430/96. As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento. (grifamos)

No mesmo sentido, impõe o Código Tributário Nacional que:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifamos)

Do exposto podemos concluir que há disposição expressa para a cobrança de juros sobre multas, porque incluídas no conceito de crédito tributário, e que a taxa aplicável à espécie é a referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

Esse também é o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa da ementa a seguir transcrita (AgRg no REsp 1335688/PR – DJe de 10/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. (grifamos)

Ante o exposto CONHEÇO do Recurso e, no mérito, voto por NEGAR-LHE provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator