



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10600.720070/2018-18
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-006.897 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 3 de abril de 2024
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CSN MINERAÇÃO SA

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

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONTEXTO DE OPERAÇÃO PARA OCULTAR OPERAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. EFEMERIDADE DO TRÂNSITO DE RECURSOS. INCORPORAÇÃO. EFEITOS TRIBUTÁRIOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO ÁGIO AMORTIZADO.

O uso de empresa de passagem capitalizada por investidores estrangeiros para aquisição de investimento com ágio, no Brasil, por si só, a amortização desse ágio. Demonstrado, contudo, que todas as negociações foram realizadas e que a transferência dos recursos das empresas no exterior poderia ter se dado diretamente à investida, tendo somente transitado efemeramente pelas contas da “empresa veículo” - e sem qualquer demonstração de qualquer restrição regulatória ou necessidade de sua interposição - de modo a viabilizar uma artificial confusão patrimonial entre investida e a aparente investidora, o aproveitamento tributário do ágio não é válido, mormente quando a utilização da “empresa veículo” e a formação do ágio se deram em típica operação com o intuito de ocultar o ganho de capital do alienante na participação societária adquirida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic e Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior que votaram por negar provimento. Votaram pelas conclusões do voto do relator, quanto ao mérito, os Conselheiros Edeli Pereira Bessa e Jandir José Dalle Lucca.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL em face do Acórdão nº 1201-003.412 (11/12/2019) cuja ementa, e respectivo dispositivo, restaram assim redigidos:

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

Ano-calendário: 2013, 2014

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.532/1997, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, cisão ou fusão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, pode amortizar, na apuração do lucro real, o valor do ágio cujo fundamento seja a expectativa de rentabilidade futura, à razão de sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal, em face da estreita relação de causa e efeito entre ambos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Lizandro Rodrigues de Sousa (Relator), Efigênio de Freitas Júnior e Allan Marcel Warwar Teixeira. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

A Recorrida (CSN Mineração) sucedeu por incorporação em 2015 a pessoa jurídica responsável pelos fatos tributários ocorridos em 2013 e 2014 alvos da ação fiscal que redundou no presente recurso - no caso, a cia Nacional Minérios S.A (NAMISA); também constituída pela CSN Siderúrgica, como subsidiária integral.

A exigência em discussão nos autos refere-se a autos de infração de IRPJ e CSLL(Anos-calendário 2013 e 2014) em que há acusação fiscal de deduções indevidas de amortização de ágio, acompanhadas de multa proporcional de 75% e juros de mora, além de compensação de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL.

Em apertada síntese, as operações a grosso modo podem ser sintetizadas da seguinte forma: A CSN (Recorrida) cria a BIG JUMP. Esta mediante aporte recebido dos investidores estrangeiros, adquire participação da NAMISA, com sobrepreço (ágio), fazendo

com que a CSN controle a BIG JUMP, e esta, a NAMISA. Logo a seguir, a NAMISA (cuja sucessora é a Recorrida) incorpora BIG JUMP e passa a amortizar o ágio decorrente da valorização de suas próprias ações.

O relatório da decisão recorrida esclarece de forma bem detalhada todo o contorno da lide, procurando colocar em relevo a artificialidade da empresa considerada como holding (BIG JUMP), e também considerada empresa veículo constituída apenas com fim de amortizar o ágio. Confira-se:

Trata o presente processo de Autos de infração de IRPJ e de CSLL (e-fls. 02/15 e e-fls. 16/26), anos-calendário 2013 e 2014, nos montantes de R\$ 321.726.329,54 e de R\$ 115.838.758,63, respectivamente, acompanhados de multa proporcional de 75% e juros de mora, além de compensação de prejuízo fiscal e de base negativa de CSLL.

A infração apurada foi capitulada como (e-fl. 07): “A contribuinte ora fiscalizada, ao apurar o lucro real do exercício, DEIXOU DE ADICIONAR dedução de que se valera através de ajustes do RTT, atribuída a “amortização de ágio na incorporação da BIG JUMP”; a qual se revelou Indedutível frente às normas que regem o aproveitamento fiscal do ágio.”.

Ao colocar as circunstâncias de formação, contabilização e amortização do ágio amortizado pela recorrente sob o teste de conformação do caso às normas de regência (artigo 7º da Lei 9.532/1997; artigos 385, 386, 387 e 391 do RIR/99, e demais descritos a seguir), sobressaíram, segundo a Fiscalização, ao menos, dois requisitos não atendidos, para efeito de validade do seu aproveitamento fiscal.

O primeiro tratar-se-ia da necessária ocorrência de “confusão patrimonial”, a se estabelecer entre o investidor “originário” (que no caso concreto seriam os investidores estrangeiros representados pela cia coreana POSCO e pela cia japonesa Brazil Japan Iron, e não a empresa veículo BIG JUMP) e a parte investida (que no caso seria a empresa NAMISA, controlada pela CSN SIDERÚRGICA), provocando a chamada “confusão de patrimônio” (universalização patrimonial) entre os mesmos, a partir da qual, se deflagraria o direito ao aproveitamento fiscal do ágio genuinamente segregado no investimento originário; se atendidos demais requisitos legais.

A outra condição normativa que não teria sido satisfeita remeteria ao necessário “documento de demonstração da avaliação econômica do ente investido”, com base na “expectativa de rentabilidade futura”, a ser disponibilizado por ocasião do investimento, de maneira a justificar a “mais valia” (ágio/sobre preço) suportada por aquela empresa que arca de fato com o custo financeiro da operação (investidor “originário”/ real adquirente). Consoante a norma de regência, tal documento representaria o comprovante da escrituração do ágio incorrido pelo investidor, cujo fundamento econômico declarado seria o valor de rentabilidade futura da empresa investida. No caso presente, o laudo apresentado (da empresa PLANCONSULT) foi formalizado em 15/06/2009, mas a alienação do investimento foi registrado em data prévia (30/12/2008).

A NAMISA, controlada pela CSN SIDERÚRGICA (o investimento alienado somou 40% do capital da primeira), foi incorporada pela Recorrente (CONGONHAS MINÉRIOS S.A.) em 2015, que passou a denominar-se CSN MINERAÇÃO.

Por bem descrever o litígio, peço vênha para reproduzir o relatório da decisão recorrida (e-fls. 7412 e ss):

[...]

O Termo de Verificação Fiscal (TVF) -Relatório Fiscal, às fls. 29/89, parte integrante dos autos de infração, detalha todo o procedimento adotado na ação fiscal, de onde se extrai que:

1. Introdução

A empresa ora fiscalizada (CSN Mineração S.A - CNPJ: 08.902.291/0001-15) trata-se da razão social atual (a partir de 30/11/2016) da antes denominada Congonhas Minérios S.A - constituída em 2007, como subsidiária integral da tradicional empresa de siderurgia nacional, a Companhia Siderúrgica Nacional (CNPJ: 33.042.730/0001-04); doravante, CSN.

A qualificação desta contribuinte, como sujeito passivo principal frente ao presente procedimento fiscal, decorre do fato de - ainda sob a denominação anterior - ter sucedido por incorporação a pessoa jurídica responsável pelos fatos tributários alvos da presente ação fiscal - no caso, a cia Nacional Minérios S.A; CNPJ: 08.446.702/0001-05 (doravante, NAMISA); também constituída pela CSN, como subsidiária integral.

Desse modo, foi que a então Congonhas Minérios S.A veio suceder a (extinta) NAMISA na data de 31/12/2015, em todos os seus bens, direitos e obrigações. Isso, quando a incorporada havia sido avaliada em R\$9,7 bilhões (consoante laudo de avaliação contábil elaborado pela Deloitte Brasil); e a titularidade de todo o seu capital social já se encontrava representado na própria “incorporadora” (Congonhas Minérios); cujos sócios naquela oportunidade eram: (1) a “controladora” CSN, de capital aberto; (2) as cias estrangeiras (japonesa Brazil Japan Iron e coreana POSCO), que haviam adquirido participação na NAMISA em 2008, e cuja consequência tributaria (dedução de ágio) é objeto do presente trabalho; e ainda, (3) a cia estrangeira China Steel Corporation (Taiwan); que adquiriu participação na NAMISA após ao ano de 2008 (anexos: estatuto social e alterações).

No escopo da presente ação fiscal, encontram-se vultosas deduções fiscais efetivadas pela NAMISA em sua base tributável de IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 2013 e 2014 (total de R\$1,3 bilhão), atribuídas a “amortização de ágio”, tendo como origem investimento formalizado ao final do ano de 2008, quando 40% do seu capital votante viu-se “transferido” às citadas cias estrangeiras (Brazil Japan Iron e POSCO), por parte daquela que detinha (até então) o seu controle integral; ou seja, a siderúrgica CSN, de capital aberto.

Importa mencionar que deduções do mesmo ágio na apuração do lucro real da NAMISA de anos-calendário antecedentes já foram objeto de autuação fiscal (PAF n.º 19515.723053/2012-72), cujo crédito tributário (em valor de “principal”) encontra-se controlado atualmente no processo de n.º 15504.727972/2017-06, conforme despacho da SECAT-DRF-BHE-MG. Tal lançamento fiscal encontra-se confirmado em julgamento proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), na data de 14/03/2017 (Acórdão n.º 9101-002.592, da 1ª Turma); no qual foi ratificada a indedutibilidade fiscal apontada por aquela fiscalização,

quanto as deduções computadas pela contribuinte a título de amortizações do aludido ágio – tudo isso, frente a um conjunto de documentos, fatos, e informações, reunido no aludido processo.[...]

Temos, assim, que as deduções de ágio na apuração do lucro real ora analisadas (2013 e 2014) representam fato tributário continuado, inicialmente atacado em procedimento fiscal sobre exercícios antecedentes. De tal maneira, impera reproduzir, no presente processo, fatos, informações e documentos contidos no processo anterior; a justificar, portanto, a extração das principais peças documentais integrantes daquele procedimento fiscal, cujo conteúdo se projete sobre o fato ora recorrente, envolvendo mesmo contribuinte (NAMISA) – não obstante o seu evento sucessório que, conforme já dito, efetivou-se intra-grupo controlador, e ainda, em momento posterior aos exercícios fiscais em questão.

De tal forma, os trabalhos da presente ação fiscal compreenderam análise complementar dos fatos, circunstâncias e elementos que envolveram a segregação e conseqüente dedução tributária do aludido ágio; cujos documentos principais da operação já instruem processo fiscal antecedente, conforme antecipado. Assim, a análise atual abarca o reexame da forma e circunstâncias em que se efetivou o investimento originário do ágio suscitado pelo contribuinte, e dos aspectos da reorganização societária e combinação de negócios formalizadas pelas partes interessadas, frente à norma de regência do aproveitamento fiscal do ágio. Bem assim, o exame dos registros contábeis e demonstrações financeiras pertinentes - tanto da NAMISA quanto das empresas sucessoras, e dos demais entes relacionados e/ou vinculados aos eventos e operações objeto deste procedimento. Tendo os trabalhos compreendido, ainda, a realização de diligências fiscais, e consultas a registros contábeis disponibilizados no SPED, bem assim, à base de dados dos contribuintes mantida no sistema de informação da Receita Federal do Brasil - RFB.

[...]

2. DOS FATOS

[...]

Não obstante as alterações registradas em estatuto social, as informações envolvendo o histórico operacional da NAMISA, podem ser verificadas em documento intitulado Avaliação Econômico-Financeira da Empresa (NAMISA), assinado pela cia PLANCONSULT Planejamento e Consultoria Ltda, em 15/06/2009. Tal documento foi apresentado pela ora fiscalizada como “laudo de rentabilidade futura da NAMISA”, para efeito de justificar o aproveitamento fiscal do presente ágio - **sobre o que discorreremos mais detalhadamente adiante** (anexos: laudo de rentabilidade futura)

Nesse contexto corporativo, foi que o jornal Folha de São Paulo noticiou, na data de 23/08/2008, que empresas estrangeiras estariam preparando uma oferta “pela mina de minério de ferro da CSN, a Namisa”. Em Fato Relevante publicado em data próxima (29/08/2008), no sítio da BMFBOVESPA (www.bmfbovespa.com.br); a CSN de capital aberto informou o seguinte ao mercado de ações (grifo nosso): “[...] conforme

divulgado pela imprensa, encontram-se em andamento negociações visando a eventual alienação de participação societária e investimento na Nacional Mineiros S.A, subsidiária da companhia”. Na mesma data, comunicado de igual teor foi também publicado no mercado norte americano (anexos: docs. notícias e comunicados ao mercado).

Em outro Fato Relevante, datado de 17/10/2008, a CSN relatou aos seus acionistas e ao público em geral “o estabelecimento de uma parceria estratégica “ com um grupo de empresas estrangeiras composto por uma empresa sul-coreana (POSCO) e seis empresas japonesas, a saber: ITOCHU Corporation, NIPPON STEEL Corporation, JFE STEEL Corporation, SUMITOMO METAL INDUSTRIES LTD, KOBE STEEL LTD, e NISSHIN STEEL Corporation LTD. Sendo que tais empresas nipônicas, antes de efetivada a referida transação, formaram um consórcio empresarial consolidado numa única empresa (igualmente japonesa), denominada Brazil Japan Iron Ore Corporation.

Segundo o mesmo anunciado, a transação consistia-se (grifo nosso) na **“aquisição de 40% do capital votante e total da Nacional Minérios S/A (NAMISA)”**; então, uma subsidiária da CSN; pelo valor ajustado de **“US\$3,12 bilhões de dólares norte-americanos, a serem pagos à vista”**. Nessa oportunidade, foi comunicada ainda **“a celebração de contratos de venda de minério de ferro e serviços portuários, a serem prestados pela CSN a NAMISA”**. Tais fatos foram publicados tanto no mercado norte americano, como noticiados no mercado brasileiro pelo jornal Folha de São Paulo.

Em 21/10/2008, a CSN anunciou ao mercado, também por meio de fato relevante, que “havia concluído as negociações e assinado os principais contratos referentes ao estabelecimento de uma parceria estratégica” com as empresas estrangeiras. E prosseguiu informando que (grifo nosso) **“[...] a transação consiste na alienação de 40% do capital votante e total da Nacional Minérios S.A (NAMISA),** uma subsidiária da CSN; pelo valor de US\$ 3,12 bilhões de dólares norte-americanos, a serem pagos à vista, na data de liquidação financeira da transação”. No mesmo evento, informou ainda que, do valor pactuado, a quantia de US\$3 bilhões seria utilizada pelos investidores estrangeiros para adquirir novas ações da NAMISA, por meio de emissão primária de capital. Comunicado de mesmo teor, também foi divulgado no mercado norte-americano.

No interim a tais eventos, ocorreu-se que, na data de 10/10/2008, os investidores estrangeiros (na figura de representantes da coreana POSCO e da japonesa Brazil Japan Iron) receberam, de duas pessoas físicas integrantes de um escritório de advocacia no Brasil, a “cessão” de cotas simbólicas de “capital a integralizar” (meros R\$100), referentes a uma pessoa jurídica já formalmente constituída no país, em março do mesmo ano, denominada BIG JUMP ENERGY PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ: 09.431.882/0001-14 (doravante, BIG JUMP). No caso, o referido escritório tratava-se de MACHADO MEYER, SENDACZ E OPICE ADVOGADOS, instalado em São Paulo-Capital - no mesmo local registrado como “endereço-sede” da BIG JUMP; sendo que dois integrantes do seu corpo de advogados (José Virgílio Lopes Enei, CPF 136.583.408-51, e Ana Karina Esteves de Souza, CPF 781.045.481-15) compunham, também, o quadro societário da referida BIG JUMP (anexos: docs.da BIG JUMP)

Em 21/10/2008, a (então) recém constituída BIG JUMP (sob interveniência e assinatura dos representantes legais das cias “adquirentes estrangeiras”) formalizou com a “alienante” CSN o instrumento denominado “Acordo de Compra e Venda de

Ações e Outras Avenças” (anexos: docs. apres. pela NAMISA). Nesse instrumento, registrou-se que a BIG JUMP adquiriria da CSN a fração de 0,65% do capital votante da NAMISA, pelo valor de US\$ 30 milhões (acordo formal de “compra e venda”; sendo tal fração alterada adiante para 0,79%). O documento dispunha ainda que, por meio da mesma BIG JUMP, o capital social da NAMISA seria aumentado em US\$ 3,047 bilhões (acordo formal de “aumento de capital”). Com isso, restou registrado que BIG JUMP – já sob o controle formal das duas sócias estrangeiras - passaria a deter em contrapartida 39,6% das ações da NAMISA. Dispunha ainda o documento que a quantia recebida pela NAMISA deveria ser repassada à própria CSN, a título de adiantamento de obrigações contratuais. Ou seja, valendo-se da interposição “formal” da cia “veículo” BIG JUMP, as duas empresas estrangeiras assumiram o compromisso de pagar US\$ 3,1 bilhões (aproximadamente) em troca de 40% do capital votante da NAMISA; cujo controle integral até então era da CSN.

Em documento datado de 21/11/2008 - protocolado junto a Secretaria de Direito Econômico/SDE/MJ, sob o número: 08012.011002/2008-62 -, representantes da BIG JUMP (sob “interveniência” dos sócios estrangeiros) e da própria “alienante” CSN relataram o seguinte perante ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em sessão de apreciação da referida “combinação de negócios” (grifamos) : “a BIG JUMP é uma empresa veículo que foi constituída somente para implementação da presente operação”; (e que), “por meio de um Contrato de Compra de Ações e Outras Avenças, a BIG JUMP adquiriu da CSN 40% das ações emitidas pela Nacional Minérios S.A ” (anexos: docs. processo no CADE).

Em 30/12/2008, ocorre o fechamento da operação afeta ao investimento em questão. Como primeiro passo, as empresas estrangeiras (na figura da japonesa Brazil Japan Iron, e da coreana POSCO) transferiram à empresa veículo - a então recém-constituída BIG JUMP - a quantia de R\$7,4 bilhões (US\$3,1 bilhões, convertidos ao câmbio do dia). Ato contínuo, a BIG JUMP entregou, desse aporte estrangeiro, R\$ 87,5 milhões em conta da CSN (como contrapartida à aquisição de 0,79% da participação detida pela CSN sobre a NAMISA); e depositou o restante da quantia recebida dos investidores estrangeiros (R\$ 7,28 bilhões) em conta da própria “investida” NAMISA (a título de “subscrição de 187.749.249 novas ações”; ordinárias, nominativas e sem valor nominal). No mesmo dia, a NAMISA repassou a quantia recebida da BIG JUMP aos cofres da CSN, a título de **“antecipação de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro, e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação”**. Ou seja, na forma de “antecipação contratual”, a vultosa soma de dinheiro advinda do exterior foi imediatamente “repassada” aos cofres da CSN, pela empresa alvo do investimento em questão (NAMISA). Isso, sem que fosse exigida da “destinatária” dos recursos (CSN) qualquer tipo de garantia contra risco na execução dos aludidos “contratos de prestação de serviços”, tais como seguros ou fianças bancárias – conforme demonstrado no Relatório Fiscal integrante do processo fiscal antecedente.

Como se percebe, a reprodução cronológica dos eventos acima já nos permite apontar claramente para aquela que de fato se capitalizou na aludida operação de investimento, qual seja: a CSN de capital aberto, que (até então) controlava integralmente a NAMISA.

Nisso, cabe replicar que os fatos envolvendo a dita combinação de negócios – em especial, as circunstâncias com que os recursos estrangeiros “passaram” pela contabilidade da cia “veículo” BIG JUMP; desta, imediatamente para a “investida” NAMISA, para chegar em mesmo dia (30/12/2008) aos cofres da CSN – culminaram

em lançamento fiscal contra a “alienante” CSN, sob o enquadramento de “omissão de ganho de capital”; consoante exposição exaustiva contida no TVF integrante do PAF n.º 19515.723039/2012-79. Procedimento fiscal que, conforme antecipado, foi constituído concomitantemente aquele em que se glosou o aproveitamento inicial do ágio em questão (PAF n.º 19515.723053/2012-72); tendo o mesmo também obtido julgamento favorável ao fisco, consoante Acórdão n.º 1401-001.239, da 4ª câmara do CARF (26/06/2014), cuja ementa assim consignou (grifamos):[...]

Assim, por meio dessa sequência de eventos formalizados, restou configurado que as duas empresas estrangeiras, sob interposição da (então) recém-constituída BIG JUMP, passaram a deter 40% do capital votante da NAMISA. Oportunidade, em que foi registrada na contabilidade da referida “veículo” o vultoso ágio da ordem de R\$ 4,093 bilhões, atribuído à “subscrição de novas ações ordinárias” na cia NAMISA.

Ou seja, do total de R\$7,4 bilhões de investimento externo consumido na operação de aquisição de posição societária na NAMISA; 55% (R\$ 4,093 bilhões) ficaram atribuídos como “ágio na subscrição de ações”, **supostamente pela BIG JUMP**. Esta última, na qualidade de pessoa jurídica “veículo”, que, conforme vem sendo demonstrado, foi utilizada na operação como mera “repassadora” do dinheiro advindo dos investidores estrangeiros aos cofres da CSN - a quem os recursos se destinavam de fato, por estar “alienando” 40% da participação integral que mantinha até então sobre a cia de mineração NAMISA; conforme assevera o próprio conteúdo da série de comunicações feita pela CSN ao mercado acionário; já reproduzidas neste TVF.

Voltando à cronologia dos fatos, temos que, em 15/04/2009, representantes da BIG JUMP assinaram contrato de prestação de serviços com a empresa PLANCONSULT Planejamento e Consultoria Ltda, tendo como objeto contratual o seguinte (grifamos): “[...] avaliação econômico-financeira da empresa NAMISA, através do método de fluxo de caixa (DCF), para fins de justificativa de amortização de ágio, conforme especificado na proposta n.º 040036/09, de 14 de abril de 2009, anexa ao presente contrato” (anexos).

Em 15/06/2009 (ou seja, depois de transcorridos mais de 06 meses da aquisição da posição acionária na NAMISA, por parte dos investidores estrangeiros); a cia PLANCONSULT assinou o “Laudo de Avaliação Econômico-Financeira da Empresa (NAMISA) ”; tendo recebido pelos serviços prestados a quantia de R\$95.727,00, conforme cheque emitido em nome da BIG JUMP, na data de 23/06/2009. Cópia do referido “laudo” foi fornecida pela ora fiscalizada (CSN Mineração) ainda no curso de diligências fiscais que precederam a presente ação fiscal; nos permitindo asseverar que se trata do mesmo documento de avaliação econômico-financeira fornecido pela NAMISA, quando fiscalizada no procedimento antecedente - sendo que cópia deste, também integra o rol de documentos anexados ao presente TVF (anexos: laudo de rentabilidade futura da NAMISA).

Na sequência dos fatos, formalizou-se em 30/07/2009 a incorporação da BIG JUMP pela “investida” NAMISA – a qual, já no mês seguinte, passou a deduzir da sua base tributável de IRPJ (e CSLL) cerca de R\$68 milhões/mês (ou R\$816 milhões/ano-fiscal); a título de “amortização” do vultoso ágio segregado na operação de aquisição do seu próprio capital.

Tal evento de “incorporação societária”, em que pese ter alterado a qualificação “formal” das cias estrangeiras (Brazil Japan Iron e POSCO), fazendo com que passassem da condição de sócias indiretas para sócias diretas da cia “investida” -; veio, em verdade, ratificar a condição de “reais” adquirentes (investidoras “de fato”),

que já detinham desde o momento em que negociavam com a CSN a compra de participação societária na NAMISA. Vale dizer, o “negócio” efetivamente realizado pelas partes interessadas resumiu-se à seguinte transação: enquanto os recursos externos aportavam no caixa da CSN (cerca de R\$7,4 bilhões, em 30/12/2008), a mesma cedia, em contrapartida, 40% da participação integral que mantinha até então sobre a NAMISA.

Assim, demonstrado de antemão que a “venda” de participação societária na cia NAMISA aos investidores estrangeiros vinha sendo anunciada reiteradamente ao mercado pela própria “alienante” CSN, e sabido que tal investimento se efetivou na data de 30/12/2008 - quando o dinheiro estrangeiro “passeou” pelas contas da “veículo” BIG JUMP com destino final aos cofres da “alienante” – já se coloca outra questão no âmbito da presente operação de investimento, que é a notória intempestividade do ato de avaliação econômica da cia NAMISA. Esta última, em que pese se tratar de empresa-alvo do investimento estrangeiro efetivado em 30/12/2008; somente veio ter uma avaliação documentada, baseada em rentabilidade futura, na data de 15/06/2009 - o que traz repercussões importantes na análise de dedutibilidade fiscal do ágio em questão, frente a norma de regência; conforme abordaremos adiante.

Nesse sentido, a própria proposta de prestação de serviços (supratranscrita), datada de 15/04/2009; ao objetivar a “**avaliação econômico-financeira da empresa NAMISA, através do método de fluxo de caixa (DCF), para fins de justificativa de amortização de ágio**”, já prenuncia a extemporaneidade na demonstração da “razão econômica” do aludido investimento. Consoante disposição insculpida na norma de regência, tal comprovante de “demonstração do fundamento econômico do ágio”, baseado na rentabilidade futura da empresa investida, haveria de estar lastreando a escrituração da “mais valia” incorrida na operação, no mais tardar, até à efetivação do dito investimento; ou seja, até a data de 30/12/2008, para o presente caso.

Portanto, já se mostra claro que a BIG JUMP - a quem as partes interessadas atribuíram o papel de (pretensa) investidora -; ao repassar os recursos recebidos do exterior à “investida” NAMISA” e registrar ágio na subscrição de suas ações; o fez **sem que a escrituração do mesmo estivesse lastreada por documento de demonstração da rentabilidade futura da empresa que motivou o investimento e a consequente segregação da mais valia incorrida**. Tal constatação, frente ao contido nos artigos 385, 386 e 391 do RIR/99 (a seguir transcritos), já sinaliza para a condição de indedutibilidade fiscal da amortização do ágio segregado em tal condição, conforme detalharemos mais adiante.

[...]

Como dito, a cronologia dos fatos envolvendo toda a operação pertinente ao investimento em tela, os questionamentos fiscais feitos a NAMISA e as respostas oferecidas; bem assim, a narrativa de eventos conexos e dos atos jurídicos formalizados (dentre contratos e documentos afins envolvidos na mesma combinação de negócios), e ainda, as comunicações feitas pela “alienante” CSN ao mercado acionário, ao tempo da operação; encontra-se exaustivamente retratada no Termo de Verificação Fiscal (TVF) integrante do procedimento fiscal antecedente (PAF: 19515.723053/2012-72). De tal forma, **cabe reproduzir trechos do referido TVF no presente relatório fiscal, para melhor compreensão dos fatos e da presente análise complementar sobre os efeitos fiscais da amortização do ágio em questão**, suscitados pela fiscalizada na apuração do lucro real dos anos calendários de 2013 e 2014.

[...]

Cientificado da autuação fiscal, o Contribuinte apresentou IMPUGNAÇÃO nos termos abaixo resumido:

- defende que empresa Big Jump não foi uma mera interposição formal de pessoa jurídica para realização tributária do ágio, tendo finalidade, propósito negocial e foi imprescindível para a concretização do investimento;

- cumpriu-se o requisito da existência do Laudo de Rentabilidade futura. Defende que a exigência de tempestividade não contida em lei e regulamento, não é causa de afastamento da dedução do referido ágio;

- discorda das razões reproduzidas no TVF trazidas do primeiro auto de infração (Auto NAMISA - período 2009 a 2011 - PAF n.º 19515.723053/2012-72), uma vez as comunicações ao mercado devem seguir uma forma direta e de fácil entendimento ao investidor e não precisa refletir os pormenores técnicos da operação, bem como pelo fato de a empresa Big Jump ter realmente existido e que não houve desproporcionalidade nos contratos formalizados entre CSN e NAMISA;

- defende que empresa BIG JUMP não foi meramente formal, tendo um propósito negocial motivo pelo qual não haveria que se falar em interposição formal de uma pessoa jurídica (BIG JUMP) entre os investidores estrangeiros e a investida Brasileira somente para possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio;

- aduz ainda que no processo negocial foi fundamental, do ponto de vista operacional e estratégico, que os investidores centralizassem seus interesses e os apresentassem de forma coesa, sob pena de fragilização de suas posições na defesa de seus interesses, e tal atuação só foi possível por meio de uma empresa holding que fosse integrada pelos sete investidores;

- neste ponto, defende que a jurisprudência do CARF trazida pelo autuante seriam inaplicáveis ao caso concreto, uma vez que elas trataram de casos envolvendo apenas um único investidor estrangeiro, mas não 7(sete). Logo a seguir indaga: se essas sete empresas iriam conseguir centralizar e defender seus interesses, tanto acionários, quanto financeiros, sem centralizar as decisões em uma holding brasileira. Responde que não seria possível, principalmente pelo fato de que são empresas de diferentes países (Coreanas e Japonesas);

[...]

- relembra que, no primeiro processo (PAF n.º 19515.723053/2012-72) que questionou a operação, tanto a DRJ quanto o acórdão do CARF reconheceram expressamente tanto a existência da BIG JUMP quanto sua finalidade não tributária nos termos expostos concluindo pela improcedência da glosa do ágio;

- ressalta o caráter indutor da legislação em debate cujas operações foram praticadas não no âmbito de um planejamento fiscal engendrado pelo sujeito passivo, mas de um benefício fiscal por ele legitimamente usufruído. Nesse contexto, alega que perderia todo o sentido quaisquer acusações de abuso de forma, falta de propósito negocial ou intenção do contribuinte de economizar tributo, relevantes no âmbito dos planejamentos tributários, mas

absolutamente irrelevantes para se aferir a legitimidade da fruição de um benefício fiscal cuja única coisa que importaria seria saber se o contribuinte cumpriu os requisitos legais necessários e suficientes para fazer jus ao benefício.

A contribuinte apresentou impugnação que foi julgada improcedente pela 2ª Turma da DRJ/JFA, nos termos, conforme ementa a seguir.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.

INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

INCORPORAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. INDEDUTIBILIDADE.

A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, na qual detenha participação societária adquirida com ágio poderá amortizar o valor do ágio, cumpridos os requisitos e as condições legais. Porém, provada a participação de empresa veículo, com a demonstração de que sua criação visou tão somente não registrar a presença das investidoras "originais" na transação realizada, sendo posteriormente ou melhor imediatamente incorporada pela investida, é devida a glosa da amortização do ágio deduzido na base de cálculo dos tributos lançados.

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE FUTURA. LAUDO. PRAZO.

A demonstração de que o ágio foi pago por rentabilidade futura do investimento deve ser contemporânea à escrituração do ágio, porque, na forma da lei, deve ser arquivada como comprovante da escrituração, a denotar que não se trata de demonstração elaborada para convalidar posteriormente a operação, mas de demonstração elaborada para dar respaldo à definição do preço da operação.

Inconformado, o contribuinte reiterou suas razões impugnatórias no recurso voluntário ao CARF ao qual deu-se provimento integral, nos termos da ementa já transcrita no início deste relatório, reconhecendo, a dedutibilidade das despesas com ágio pela utilização de empresa veículo.

O processo foi encaminhado à PGFN em 14/01/2020 (Despacho de Encaminhamento à e-fl. 7.629).

Nos termos do art. 79 do Anexo II do RICARF, a PGFN será considerada intimada pessoalmente “*das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN, salvo se antes dessa data o Procurador se der por intimado mediante ciência nos autos*”. Desse modo, a ciência ficta da PGFN se deu em 13/02/2020. No mesmo dia da ciência ficta, em 13/02/2020, tempestivamente, a PGFN interpôs o Recurso Especial de e-fls. 7.630 a 7.765 (Despacho de Encaminhamento à e-fl. 7.676), dentro do prazo quinzenal previsto no art. 68 do Anexo II do RICARF.

Por meio do Despacho de Admissibilidade do Recurso Especial de fls. 7.679 a 7.689, o Apelo fazendário foi admitido em relação à matéria “*Ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio por empresa veículo*”, indicando-se como paradigmas o Acórdão n.º 9101-003.275 e o de n.º 9101-002.592.

Reproduz-se a seguir os trechos de interesse:

[...]

Da situação fática assemelhada:

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas, tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciado o mesmo arcabouço jurídico, porém com conclusões diversas para fatos relevantes assemelhados, inclusive envolvendo em todos eles o processo de internalização de ágio gerado no exterior através de empresa constituída no Brasil (internalização do ágio) em que há transferência de outra empresa do grupo para a aquisição do investimento no Brasil.

O segundo paradigma apresenta praticamente o mesmo teor do 1ª paradigma, porém envolvendo uma situação quase de identidade fática com a do ac. recorrido, uma vez que se trata da amortização do mesmo ágio ora em comento que se deu na apuração do lucro real da NAMISA (anos-calendário anteriores 2009 a 2011), que por sua vez é controlada da CSN (atual demandante).

Em esse 2º paradigma, firmou-se também a tese de que a amortização do ágio só pode ser reconhecida quando houver a confusão patrimonial entre a investida e a real investidora, afastando a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículo), independente de haver ou não propósito negocial.

Confira-se trechos do segundo paradigma para fique bem assentada a quase identidade dos fatos, que foi afirmada inclusive pelo relator:

[...] Resta claro a conexão dos fatos que redundaram no presente litígio e naqueles constantes dos processos 19515.723053/2012-72 e 19515.723039/2012-79. Quanto ao processo 19515.723053/2012-72, tal conexão permite a replicação aqui do decidido neste processo prévio, tendo-se em vista tratar-se de ação fiscal diversa versando sobre diversos anos calendários, mas sobre o mesmo contribuinte, mesmo ágio e mesmos fundamentos para a glosa da dedução. Já no processo 19515.723039/2012-79 a ação fiscal versou sobre diversos anos

calendários, diversos fatos tributários e sobre outro contribuinte, razão pela qual aqui não serão tratados.

A similaridade dos fatos tributados de ofício no processo 19515.723053/2012-72 resulta referirem-se às mesmas deduções de ágio (2009 a 2011) na apuração do lucro real da mesma pessoa jurídica (2013 e 2014), ou sejam, representam fato tributário continuado, inicialmente atacado em procedimento fiscal sobre os exercícios antecedentes. De tal maneira, impera reproduzir aqui fatos, informações, documentos e análises contidos no processo anterior; cujo conteúdo se projete sobre o fato ora recorrente, com o fim de concordar ou não com a glosa aqui e lá procedida pelas mesmas razões.

[...]

Da existência de divergência:

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

Os paradigmas apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa "confusão patrimonial" entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), mesmo que haja propósito negocial nas operações, pois senão, estar-se-ia descaracterizando o critério pessoal da hipótese de incidência e, por consequência, aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é flexibilizada ou praticamente desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias – envolvendo o mesmo ágio e mesmo partícipes (BIG JUMP, NAMISA E CSN) em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito negocial, no caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice para considerar a BIG JUMP que recebeu aporte de capital (na forma de aumento de capital) para poder realizar os investimentos no Brasil e consequente aquisição da NAMISA.

[...]

Às e-fls 7.630 a 7.665 consta Contrarrazões tempestivas do Contribuinte à admissão do recurso especial da Fazenda Nacional, não oferecendo qualquer resistência ao conhecimento do Apelo da Fazenda e, no mérito, reiterando suas razões impugnatórias e recursais, bem assim pugnando pela manutenção da decisão do acórdão recorrido.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

1 CONHECIMENTO

O Contribuinte apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional sem oferecer qualquer resistência ao seu conhecimento.

Conforme relatado, o Despacho de Admissibilidade deu seguimento integral ao Apelo da Fazenda Nacional em relação à matéria “*Ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio por empresa veículo*”, indicando-se como paradigmas o Acórdão n.º 9101-003.275 e o de n.º 9101-002.592.

O Despacho de Admissibilidade admitiu a matéria nos termos já reproduzidos alhures mas que, a fim de facilitar sua compreensão, peço vênua para novamente reproduzir apenas o seu parágrafo conclusivo:

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

Os paradigmas apresentam a seguinte tese: a dedução autorizada pelo artigo 386 do RIR/99 decorre da necessidade de haver encontro no mesmo patrimônio da participação societária adquirida com o ágio pago por essa participação. Em face dessa “confusão patrimonial” entre o investimento e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor, somente nessa situação a legislação admitiria que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com o ágio e, assim, deduza a despesa que ele teve quando da sua aquisição. Ou seja, os paradigmas deixam claro que não admitem a existência de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas (empresas veículos), mesmo que haja propósito comercial nas operações, pois senão, estar-se-ia descaracterizando o critério pessoal da hipótese de incidência e, por consequência, aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei n.º 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, resultando na impossibilidade da amortização do ágio.

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de “confusão patrimonial” entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é flexibilizada ou praticamente desconsiderada na medida em que não vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias – envolvendo o mesmo ágio e mesmo partícipes (BIG JUMP, NAMISA E CSN) em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito comercial, no caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice para considerar a BIG JUMP que recebeu aporte de capital (na forma de aumento de capital) para poder realizar os investimentos no Brasil e consequente aquisição da NAMISA.

[...]

Saliente-se ainda a quase identidade fática entre o segundo paradigma e acórdão recorrido como bem destacado pelo despacho de admissibilidade:

O segundo paradigma apresenta praticamente o mesmo teor do 1ª paradigma, porém envolvendo uma situação quase de identidade fática com a do ac. recorrido, uma vez que se trata da amortização do mesmo ágio ora em comento que se deu na apuração do lucro real da NAMISA (anos-calendários anteriores 2009 a 2011), que por sua vez é controlada da CSN (atual demandante).

[...]

No caso concreto, a divergência é patente, pois os acórdãos recorrido e paradigmas referem-se a fatos muito similares (2º paradigma) ou quase idênticos (1º paradigma), sobre a mesma legislação cujas interpretações se mostram de forma antagônicas.

Por fim, salienta-se em relação ao interesse recursal que este também foi cumprido. Isso porque o outro fundamento do auto de infração e ligado à intempestividade do laudo de rentabilidade futura que foi rechaçado pelo acórdão recorrido não precisaria mesmo ser combatido pelo Recurso Especial, uma vez que o auto de infração ainda se sustentaria por meio apenas do outro fundamento autônomo, ora combatido.

Em face do acima exposto, a matéria *intempestividade do laudo de rentabilidade futura* não fará parte dessa lide, por não ter se apresentado uma divergência específica a esse respeito.

Desse modo, encaminho meu voto para confirmar o Despacho de Admissibilidade no sentido de CONHECER DO RECURSO ESPECIAL da Fazenda Nacional.

2 MÉRITO

Ilegitimidade do aproveitamento fiscal da amortização do ágio por empresa veículo

Conforme relatado, a exigência em discussão refere-se a autos de infração de IRPJ e CSLL (Anos-calendário 2013 e 2014) em que há acusação fiscal de deduções indevidas de amortização de ágio em que não foi identificado pela fiscalização a confusão patrominial entre a investidora BIG JUMP (que não foi considerada a real investidora) e a investida Namisa.

Para a autoridade fiscal atuante, o ágio teria sido registrado em pessoa jurídica sem qualquer propósito negocial (“empresa-veículo”), cuja atuação resumiu-se a mera “extensão de caixa” dos adquirentes estrangeiros para subseqüentemente ter sua extinção decretada com o único intuito de reduzir a carga tributária em arrepio à legislação tributária.

O TVF dá o tom de como de como se configurou a empresa veículo de forma a invalidar a confusão patrominial entre as reais investidoras e a investida:

A exposição detalhada dos fatos, feita ao longo deste TVF, e as circunstâncias que abarcaram a referida aquisição de participação societária ao final de 2008, envolvendo a cia CSN (alienante), a cia NAMISA (investida), e 02 cias estrangeiras (investidoras), deixaram claro o papel cumprido pela pessoa jurídica BIG JUMP na combinação de negócios em questão, **cuja atuação resumiu-se a mera "extensão de caixa" dos adquirentes estrangeiros que, efetivamente, desejaram, promoveram e custearam toda a operação de investimento** – a cia coreana POSCO e da cia japonesa Brazil Japan Iron.

Assim, por meio de uma pessoa jurídica “veículo” - inserida apenas “formalmente” pelas partes negociais efetivas já ao final da transação - tentou-se contornar a norma afeta a dedução fiscal de ágio, fazendo parecer que o ônus financeiro do investimento, de fato suportado por empresas sediadas no exterior, estivesse recaindo sobre uma empresa nacional (BIG JUMP, cia residente e domiciliada no Brasil); que, conforme demonstrado, somente figurou formalmente na transação. Para tanto, atribuiu-se a esta pessoa jurídica o status de (pretensa) investidora residente (local), quando as verdadeiras adquirentes já haviam negociado diretamente com a CSN a aquisição de participação societária na cia NAMISA. Tal constatação está estampada na própria sequência de comunicações obrigatórias (“fatos relevantes”), feita pela CSN ao mercado acionário, conforme fartamente reproduzido ao longo deste Relatório.

Conforme demonstrado, o caso concreto em análise envolveu, pois, uma combinação de negócios em que empresas estrangeiras (cia Brazil Japan Iron e cia POSCO) adquiriram, em 2008, participação societária na cia “residente” NAMISA, junto à CSN, que (até então) detinha o seu controle integral. [...]

[...]

A análise de dedutibilidade fiscal da amortização de ágio passa por identificar, antes de tudo, o adquirente “real”, efetivamente envolvido na operação de investimento em que se apurou a “mais valia”. Ou seja, exige buscar inicialmente pela pessoa jurídica que, de fato, desejou, coordenou e dispendeu recursos financeiros num determinado investimento sob a expectativa de retorno futuro; arcando, inclusive, com eventual “sobrepço” (mais valia/ágio) na operação - assumindo, assim, todo o risco negocial.

Frente a isso, nada mais lógico, prudente e natural que o investidor recorresse a uma análise previa ao fechamento do “negocio”, de forma a verificar a viabilidade econômica da operação - antes, por certo, de desembolsar os recursos financeiros necessários à aquisição, conforme se impera no “mundo dos negócios empresariais”.

Na combinação de negócios em tela, restou claro que, por todo o tempo, o ânimo (intento/ímpeto) em adquirir participação societária na NAMISA recaiu sobre as duas empresas estrangeiras (a cia japonesa Brazil Japan Iron e a cia coreana POSCO). Foram elas (e não outra pessoa jurídica) que, em verdade, planejaram, coordenaram, negociaram, e assumiram o risco do negócio, acreditando na “mais valia” da cia de mineração NAMISA (que, até então, era integralmente controlada pela CSN). Ou seja, foram as cias estrangeiras que acreditaram no negócio, levando-as inclusive a desembolsar expressiva soma financeira na consecução do intento (no caso, cerca de US\$3,1 bilhões; ou R\$7,4 bilhões, após convertidos na data de 30/12/2008).

Ao examinar a sequência de atos, fatos e circunstâncias retratada ao longo deste TVF, observa-se claramente que as partes efetivamente envolvidas na aquisição de participação societária na NAMISA interpuseram uma pessoa jurídica por ocasião do fechamento da transação, que não diretamente ligada ao investimento. De tal forma, a pessoa jurídica BIG JUMP, notadamente alheia à transação efetiva, foi utilizada para a mera “passagem” do capital estrangeiro ao seu destino final - qual seja: a cia de capital aberto CSN; na condição demonstrada de “alienante” de parte do capital da (então) subsidiária integral, a cia NAMISA. Desse modo, ficou notório que, sobre a BIG JUMP, não se recaiu o ânimo (ímpeto) do investimento, quanto mais o custo (“ônus”) financeiro dele decorrente. (Destacou-se).

Para complementar, peço vênia ainda para descrever de forma cronológica as operações realizadas a partir do que foi bem relatado na decisão envolvendo os mesmos partícipes e as mesmas operações geradores do presente ágio cujas amortizações foram também tratadas no voto condutor do Acórdão n.º 9101-002.592 (PAF n.º 19515.723053/2012-72):

O contexto trata de negociação no qual investidores japoneses (grupo BRAZIL JAPAN IRON) e coreanos (grupo POSCO) adquiriram o capital NAMISA (Contribuinte), subsidiária da CSN.

Vale apreciar a sequência dos fatos:

- 1º) A CSN, que controlava a NAMISA (99,99%), criou a empresa BIG JUMP;
- 2º) a BIG JUMP recebeu em 30/12/2008 o valor de R\$7,40 bilhões das empresas BRAZIL JAPAN IRON e POSCO;
- 3º) no mesmo dia, a BIG JUMP repassou R\$86,56 milhões para a CSN, a título de compra de 0,7907% do capital da NAMISA, e repassou R\$7,28 bilhões para a NAMISA, a título de capitalização da empresa;
- 4º) parcela do preço correspondente a R\$4.093.701.875,14 foi registrada pela BIG JUMP como ágio fundamentado em rentabilidade futura, amparado em laudo, decorrente da aquisição com sobrepreço de participação de 40% da participação societária da NAMISA;
- 5º) no mesmo dia, a NAMISA transferiu os R\$7,28 bilhões para a CSN, a título de "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação";
- 6º) em 30/07/2009, a NAMISA incorporou a BIG JUMP;
- 7º) a NAMISA passou a amortizar despesa de amortização de ágio, escriturada no valor de R\$4,1 bilhões.

São os fatos.

Pois bem, passo à análise do tema.

Em relação ao ágio, como se vê, a acusação do Fisco é que o investimento foi realizado pelos grupos estrangeiros (BRAZIL JAPAN IRON¹e POSCO), não havendo efetiva confusão patrimonial entre os reais investidores e a investida (NAMISA), uma vez que foi interposta uma “empresa veículo”: (BIG JUMP) apenas para fins de economia tributária.

A Recorrida, por sua vez, aduz que não há previsão legal de necessidade de confusão patrimonial entre investidora e investida, sendo suficiente tão somente a ocorrência incorporação de patrimônio na qual a incorporadora detenha participação. Nesse contexto, entende ser o ágio pago em aquisição desse quilate um ativo, podendo ser transferido sem restrições.

Não refuta o fato de a aquisição do investimento na NAMISA pela BIG JUMP ter sido realizada por meio de ativos que foram integralizados na NAMISA pelos grupos estrangeiros (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO), contudo, argumenta que, sob a ótica jurídica, teria sido a BIG JUMP a verdadeira adquirente das ações da NAMISA. Salienta que qualquer sociedade, para ser constituída, necessita do capital de terceiros.

Defende ainda que a BIG JUMP não foi uma empresa meramente formal, e teve, sim, propósito negocial, na medida em que envolveu considerações estratégicas para viabilizar o investimento em termos operacionais, qual seja, a constituição de uma holding no Brasil.

Segundo a defesa, em face do processo competitivo lançado pela CSN para a negociação das ações de NAMISA, a utilização de uma sociedade local pelos investidores estrangeiros era de fundamental importância para permitir a interação entre os então potenciais futuros sócios por meio de inúmeras rodadas de negociação dos termos e condições do investimento, as quais ocorreram por aproximadamente um ano.

Sendo assim, do ponto de vista operacional e estratégico era necessário que os investidores centralizassem seus interesses e os apresentassem de forma coesa, sob pena de fragilizarem suas posições na defesa de seus interesses, o que foi feito por meio de uma empresa holding que fosse integrada pelos sete investidores.

Pois bem, antes de adentrar na análise da operação em si, convém discorrer sobre a legislação tributária que rege a matéria, em especial sobre *a necessidade de não se confundir o direito à contabilização do ágio com as condições para sua amortização, ao menos em termos fiscais*.

Vejamos, com base no Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores, a legislação que rege a matéria:

Amortização do Ágio ou Deságio

Art.391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

¹ Grupo formado por seis empresas: (i) ITOCHU Corporation; (ii) JFE Steel Corporation; (iii) Nippon Steel Corporation; (iv) Sumitomo Metal; (v) Kobe Steel Ltd; (vi), Nisshin Steel Co, Ltd.

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426). [grifo nosso]

Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido

Art.426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. [grifos nossos]

Constata-se, assim, que, em regra geral, o ágio *deverá ser* ativado e utilizado *como custo somente no momento da alienação do investimento*, obviamente se essa vier a ocorrer.

Excepcionalmente, o ágio pode vir a ser amortizado, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, *verbis*:

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

[...]

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

[...]

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

[...]

II- a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária. (grifos nossos)

Para amortização do ágio, a meu ver, diversas premissas necessitam ser cumpridas. o efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio;

- 1) a realização das operações originais entre partes não ligadas;
- 2) seja demonstrada a lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;

3) **a extinção do investimento em razão da absorção do patrimônio da investidora pela investida, ou vice-versa, conforme prevê o art. 386, e seu inciso III, do RIR/99, ou seja, confusão patrimonial entre a investidora e investida.**

Como se passará a demonstrar a partir de agora, a avaliação detalhada de como se deu esse último pressuposto será o ponto nodal para se confirmar ou não a negativa de aproveitamento do ágio levada a efeito pela autoridade fiscal.

Isso porque se pode facilmente extrair da dicção do 7º da Lei nº 9.532/97 que o aspecto pessoal delineado pela norma, no caso de pessoa jurídica absorver patrimônio de outra na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, passa necessariamente pelo reconhecimento de que a pessoa jurídica investidora originária é aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da pessoa jurídica investida. Ou, se examinado sob o ângulo da *holding* formada no Brasil especificamente para aquisição do investimento, se a operação realizada necessitava dessa interposição, quer por questões negociais, regulatórias ou mesmo para viabilização do negócio. Enfim, as operações efetivamente realizadas pela holding são essenciais no exame de sua eventual artificialidade na operação levada a efeito.

No caso concreto, a acusação contida no Termo de Verificação Fiscal elaborado pela autoridade fiscal autuante foi a artificialidade da operação buscando contornar a aplicação de tais normas imperativas que impunham a ativação do ágio na real investidora (arts. 391 e 426 do RIR/99), buscando posicionar a Recorrente diante de normas de contorno, quais sejam, o art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99, mediante operações societárias meramente com fins fiscais.

Conforme já explanado, entendo existir a necessidade de confusão patrimonial entre a investidora e a investida a fim de que o ágio possa vir a ser amortizado. **Isso em regra**, e para uma aquisição de investimento realizado por uma empresa situada no Brasil ou sem entraves de natureza regulatória que exijam, ao menos não tornem a operação artificial, que a operação seja realizada mediante a utilização de estrutura organizacional distinta, conforme já esclarecido.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou comercial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito.

Conforme já tive a oportunidade de me pronunciar em inúmeros casos atinentes à amortização de ágio mediante utilização de “empresas de passagem” ou “empresas veículo”, há se analisar, em cada caso, se o único propósito de assim se proceder foi a economia tributária, ou, de modo diverso, se há outros propósitos que justifiquem a constituição de tal empresa².

No caso concreto acusa a autoridade fiscal de que quem realmente adquiriu o investimento foram os dois grupos estrangeiros (sete empresas estrangeiras). Nesse sentido, em uma primeira análise, tende-se a aceitar o fato de que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, deveriam compor o ativo dessas empresas situadas no exterior na proporção das suas participações.

Ora, a análise da consumação ou não da confusão patrimonial entre investidora e investida sem artificialidades, passa em primeiro lugar e necessariamente pela pesquisa a respeito de saber do real papel de BIG JUMP na operação.

Segundo o Contribuinte, BIG JUMP teria cumprido dupla finalidade na operação de aquisição na participação societária na NAMISA: (i) quanto ao relacionamento dos investidores estrangeiros entre si, BIG JUMP teria sido a sociedade na qual se disciplinaram os direitos e obrigações dos investidores estrangeiros; (ii) quanto ao relacionamento dos investidores estrangeiros com a controladora da NAMISA, a BIG JUMP teria facilitado a participação no processo competitivo e na negociação dos termos e condições do investimento, bem como possibilitado a integralização do capital a ser investido em um único momento diretamente no Brasil, por todos os investidores estrangeiros.

Examinando os fatos levantados pelo Fisco e as ponderações do Contribuinte, alinho-me às conclusões da autoridade fiscal.

Ora, embora o fechamento da operação de aquisição das ações de NAMISA tenha se dado em 30/12/2008, todas as negociações foram realizadas junto à CSN, então controladora de NAMISA, diretamente pelos investidores estrangeiros ao menos desde agosto de 2008 (publicação de Fato Relevante pela CSN informando sobre andamento das negociações “*visando a eventual alienação de participação societária e investimento na Nacional Mineiros S.A.*”, sendo que em 17/10/2008, por meio da divulgação de outro Fato Relevante “*o estabelecimento de uma parceria estratégica*” com uma empresa sul-coreana (POSCO) e seis empresas japonesas (ITOCHU Corporation, NIPPON STEEL Corporation, JFE STEEL Corporation, SUMITOMO METAL INDUSTRIES LTD, KOBE STEEL LTD, e NISSHIN STEEL Corporation LTD.). Cite-se que tais empresas japonesas, posteriormente formaram um consórcio empresarial mediante a consolidação em uma única empresa (japonesa) denominada Brasil Japan Iron Ore Corporation. Em tal anúncio, informou-se acerca na alienação de “*de 40% do capital votante e*

² Nesse sentido, no Acórdão 1402-001.954 votei por dar provimento ao recurso do contribuinte por entender justificada a utilização de uma empresa enquadrada como “veículo” pela autoridade fiscal lançadora, mas que restou configurada, em realidade, como sociedade de propósito específico, e não constituída com o fim único de angariar vantagem tributária de forma artificial. Entendimento semelhante encontra-se nos Acórdãos 9101-003.609 e 9101-003.610, julgamentos em que atuei como suplente na Câmara Superior de Recursos Fiscais e apresentei declarações de voto.

*total da Nacional Minérios S/A (NAMISA)” e a “a celebração de contratos de venda de minério de ferro e serviços portuários, a serem prestados pela CSN a NAMISA”. **Quatro dias depois (21/10/2008) CSN informou ao mercado sobre a conclusão das negociações** com as empresas estrangeiras, em valores a serem pagos à vista na data da liquidação financeira da transação, sendo que seriam emitidas novas ações da NAMISA que seriam adquiridas por tais investidores.*

Em paralelo, no dia 10/10/2008, os representantes da empresa coreana e do consórcio japonês receberam a cessão de cotas simbólicas de BIG JUMP, sendo essa pessoa jurídica (sob interveniência e assinatura dos representantes legais citadas empresas estrangeiras) a firmar o “*Acordo de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças*” em 21/10/2008.

Em 21/11/2008, BIG JUMP e CSN, em sessão de apreciação da referida “combinação de negócios” assim informaram: “**a BIG JUMP é uma empresa veículo que foi constituída somente para implementação da presente operação**”; [...] “*por meio de um Contrato de Compra de Ações e Outras Avenças, a BIG JUMP adquiriu da CSN 40% das ações emitidas pela Nacional Minérios S.A*”

Conforme se observa, BIG JUMP somente foi formalizada no momento de assinatura do Acordo de Compra e Venda de Ações.

Este relator poderia levar em consideração eventual necessidade da criação de uma empresa no Brasil (*holding* ou não) para que o negócio pudesse ser concluído, como, por exemplo, em razão de eventuais contratos de financiamento a serem firmados no Brasil para viabilizar a aquisição (quer em razão da aprovação do financiamento, quer pela impossibilidade de concessão de empréstimos a estrangeiros). A esses motivos poderiam ser somadas as dificuldades que necessariamente surgem na concretização da alienação de suas ações, se tivessem que fechar negócios individualmente com cada investidor, todos eles domiciliados no exterior, quer pela dificuldade de viabilizar a união de *diversos investidores* estrangeiros.

Nesse mesmo sentido já me pronunciei no Acórdão nº 1402-001.954, por meio de declaração de voto, onde acompanhei pelas conclusões o voto vencedor que deu provimento ao recurso voluntário lá em exame. Naquele caso, uma série de investidores estrangeiros, que criaram e capitalizaram uma empresa no Brasil para centralizar e sincronizar os investimentos e as negociações no Brasil. Confira-se apenas a parte conclusiva e mais relevante da referida declaração de voto:

No presente caso, não há dúvidas que investida (Recorrente) e investidora (ALNILAN) passassem a ser uma única pessoa jurídica (mediante incorporação reversa). No que tange ao propósito negocial na constituição de ALNILAN, convenci-me de que havia diversas justificativas para que assim se procedesse, em especial em razão da participação de inúmeros investidores (muitos deles estrangeiros) e as dificuldades, algumas talvez intransponíveis, na obtenção de empréstimos necessários às aquisições realizadas (quer em razão da aprovação do financiamento, quer pela impossibilidade de concessão de empréstimos a estrangeiros e a fundos de participação). A esses motivos somam-se ainda as dificuldades que surgiriam se os ex-sócios da Recorrente, para concretização da alienação de suas ações, tivessem que fechar negócios individualmente com cada investidor, alguns, conforme explanado, domiciliados no exterior.

Assim sendo, entendo restarem justificados os motivos extra tributários para a constituição de ALNILAN. E, considerando-se que os demais pressupostos para amortização do ágio restaram demonstrados, voto por dar provimento ao recurso em relação a tal infração.

Contudo, não é possível replicar tal entendimento ao caso concreto, pois o principal contexto³ que me levou, naquele precedente, a concluir pelo cancelamento da exigência (óbices à obtenção de empréstimos necessários às aquisições realizadas) *não ocorreu* nos presentes autos, pelo contrário, pois em 30/12/2008 os investidores estrangeiros aportaram os recursos no Brasil, diretamente em BIG JUMP, no montante *exato* para o fechamento do negócio referente à subscrição das ações de NAMISA (leia-se: “*aquisição junto à CSN de 40% da participação em NAMISA*”), que, na *mesma data*, transferiu os recursos à NAMISA que, por sua vez, ainda em 31/12/2008 remeteu de imediato a totalidade dos recursos à CSN a título de adiantamento de obrigações contratuais.

Com efeito, vislumbra-se que não havia qualquer óbice operacional, regulatório ou mesmo de ordem financeira que tornasse necessária a *efêmera* passagem de recursos por BIG JUMP para imediata transferência à NAMISA para a subscrição das ações pactuada. Os recursos não ficaram sequer um dia em posse de BIG JUMP, tampouco com NAMISA que, efetivamente, não teve qualquer aporte de recursos em suas atividades, uma vez que, na mesma data, transferiu a totalidade dos recursos oriundos dos investidores estrangeiros para CSN.

E pode-se perguntar o porquê desse trâmite de recursos para CSN, por via indireta, utilizando-se de BIG JUMP e NAMISA. A resposta é óbvia, conforme consta no lançamento formalizado no processo 19515.723039/2012- 79 (Acórdão n.º 1401-001.239), o desenho da operação em operação para camuflar o ganho de capital auferido por CSN, que, efetivamente estava alienando ações equivalentes a 40% do capital de NAMISA, mas se furtou ao pagamento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital. Confira-se elucidativa passagem do voto condutor do referido julgado:

No caso, se um dos interessados faz um lance de comprar uma pequena participação societária, e concomitantemente faz um grande aumento de capital através da subscrição de novas ações emitidas, onde o outro abre mão de subscrevê-las, até esse ponto, não há nada que conduza à ilação de que tal subscrição de capital guarda idênticas características da venda direta de ações, pois as antigas investidoras (CSN) continuam como titulares das ações que detinha. *Cabe salientar, nesse ponto, que na venda de participações acionárias, tem-se a tradição de recursos e de títulos entre comprador e vendedor, sem alteração no capital da empresa investida. Nesse último caso, a operação está sujeita à tributação pelo ganho de capital quando o valor da venda for superior ao valor patrimonial das ações vendidas. E isso aconteceu em um primeiro momento com a aquisição de 0,7% das ações onde a Big Jump ofereceu à tributação o ganho de capital correspondente. O problema é que esse oferecimento é figura coadjuvante diante da outra parcela sobremaneira maior, onde o mesmo não aconteceu.*

³ Fundamento que, se inexistente, me levariam a votar pela manutenção do lançamento.

Não há problema em se enveredar por um negócio jurídico (aumento de capital por terceiros) e não a venda de direitos de subscrição, quando o interessado deseja efetivamente vivenciar em sua plenitude aquele negócio jurídico, ou seja, deseja quedar-se às suas conseqüências jurídicas e econômicas, quais seja, o acionista que abriu mão da subscrição para equalizar sua participação majoritária deixa de ser recompensado de forma direta com o ingresso financeiro correspondente à aquela subscrição. Porém, não foi o que aconteceu. No mesmo dia, um investimento de grande monta, no valor superior a 7,28 Bilhões foi transferido diretamente para a CSN, como se venda direta daquelas ações tivesse ocorrido e não meramente um aumento de capital, cuja real intenção do negócio seria capitalizar a empresa alvo, como é a forma e a função corretas desse instituto ser utilizado.

Outro ponto, estranho é a cobrança de juros sobre esses adiantamentos, sendo que parte deles não é pago: 2/3 não eram pagos e 1/3 eram pagos!

Evidentemente, a partir de todo esse contexto e dessa nova configuração o ônus da prova se inverteu em favor do fisco. É que essa nova roupagem aponta certamente para uma venda direta de participações, afinal todas as características desse negócio são postas à tona. A carga de prova passa a ser toda da Recorrente no sentido de infirmar tal presunção. Cabe salientar, que não foi parte do aumento de capital que foi repassado para a CSN, nem muito menos grande parte do capital, mas sim TODO O CAPITAL investido naquela subscrição. O fim maior do aumento de capital que seria capitalizar a empresa alvo desse instituto, terminou por não ficar capitalizada, pois nem um único real permaneceu nela!

É claro que o fiscal ou o órgão julgador tem sempre em mente que os dois caminhos tem conseqüências tributárias diametralmente opostas. O aumento de capital pura e simples com variação de participação acionária não é tributado e a venda direta de participações acionárias é tributada integralmente, em havendo ganho de capital, como seria o caso concreto.

Veja-se, pois, que somados à efemeridade do trânsito de recursos por BIG JUMP que, tal “empresa veículo” - assim nominada por ela própria e CSN junto ao CADE - foi constituída em contexto de operação com o intuito do não pagamento de ganho de capital na verdadeira operação de alienação de 40% do capital de NAMISA, e não a BIG JUMP, mas sim, na essência, junto aos investidores coreano e japoneses.

E veja-se que a inicial complexidade da reunião de inúmeros investidores estrangeiros foi facilitada pela formação de consórcio por todas as empresas japonesas e em uma empresa situada no Japão, o que não trouxe qualquer dificuldade na transferência dos recursos à BIG JUMP em 30/12/2008. Bastava tal transferência ser feita diretamente à CSN, ou, ainda que se desconsiderasse o contexto que buscou também o não oferecimento à tributação do ganho de capital na operação, diretamente à NAMISA. O mesmo se diz em relação ao investidor coreano.

E a fim de evitar discussões futuras, não há que se falar em inovação dos fundamentos da exigência, pois foi a própria autoridade fiscal atuante que fez observar o papel de BIG JUMP também na operação de ganho de capital não oferecida à tributação por CSN. Confira-se passagens do TVF nesse sentido:

Em 30/12/2008, ocorre o fechamento da operação afeta ao investimento em questão. Como primeiro passo, as empresas estrangeiras (na figura da japonesa Brazil Japan Iron, e da coreana POSCO) transferiram à empresa veículo - a então recém-constituída BIG JUMP - a quantia de R\$7,4 bilhões (US\$3,1 bilhões, convertidos ao câmbio do dia). Ato contínuo, a BIG JUMP entregou, desse aporte estrangeiro, R\$ 87,5 milhões em conta da CSN (como contrapartida à aquisição de 0,79% da participação detida pela CSN sobre a NAMISA); e depositou o restante da quantia recebida dos investidores estrangeiros (R\$ 7,28 bilhões) em conta da própria “investida” NAMISA (a título de “subscrição de 187.749.249 novas ações”; ordinárias, nominativas e sem valor nominal). No mesmo dia, a NAMISA repassou a quantia recebida da BIG JUMP aos cofres da CSN, a título de “*antecipação de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro, e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação*”. Ou seja, na forma de “antecipação contratual”, a vultosa soma de dinheiro advinda do exterior foi imediatamente “repassada” aos cofres da CSN, pela empresa alvo do investimento em questão (NAMISA). Isso, sem que fosse exigida da “destinatária” dos recursos (CSN) qualquer tipo de garantia contra risco na execução dos aludidos “contratos de prestação de serviços”, tais como seguros ou fianças bancárias – conforme demonstrado no Relatório Fiscal integrante do processo fiscal antecedente.

Como se percebe, a reprodução cronológica dos eventos acima já nos permite apontar claramente para aquela que de fato se capitalizou na aludida operação de investimento, qual seja: a CSN de capital aberto, que (até então) controlava integralmente a NAMISA.

Nisso, cabe replicar que os fatos envolvendo a dita combinação de negócios – em especial, as circunstâncias com que os recursos estrangeiros “passaram” pela contabilidade da cia “veículo” BIG JUMP; desta, imediatamente para a “investida” NAMISA, para chegar em mesmo dia (30/12/2008) aos cofres da CSN – culminaram em lançamento fiscal contra a “alienante” CSN, sob o enquadramento de “omissão de ganho de capital”; consoante exposição exaustiva contida no TVF integrante do PAF nº 19515.723039/2012- 79. [...] [destaques ora inseridos]

Assim, por meio dessa sequência de eventos formalizados, restou configurado que as duas empresas estrangeiras, sob interposição da (então) recém-constituída BIG JUMP, passaram a deter 40% do capital votante da NAMISA. Oportunidade, em que foi registrada na contabilidade da referida “veículo” o vultoso ágio da ordem de R\$ 4,093 bilhões, atribuído à “subscrição de novas ações ordinárias” na cia NAMISA.

Ou seja, do total de R\$7,4 bilhões de investimento externo consumido na operação de aquisição de posição societária na NAMISA; 55% (R\$4,093 bilhões) ficaram atribuídos como “ágio na subscrição de ações”, supostamente suportado pela BIG JUMP. Esta última, na qualidade de pessoa jurídica “veículo”, que, conforme vem sendo demonstrado, foi utilizada na operação

como mera “repassadora” do dinheiro advindo dos investidores estrangeiros aos cofres da CSN - a quem os recursos se destinavam de fato, por estar “alienando” 40% da participação integral que mantinha até então sobre a cia de mineração NAMISA; conforme assevera o próprio conteúdo da série de comunicações feita pela CSN ao mercado acionário; já reproduzidas neste TVF.

Ou seja, do total de R\$7,4 bilhões de investimento externo consumido na operação de aquisição de posição societária na NAMISA; 55% (R\$4,093 bilhões) ficaram atribuídos como “ágio na subscrição de ações”, supostamente suportado pela BIG JUMP. Esta última, na qualidade de pessoa jurídica “veículo”, que, conforme vem sendo demonstrado, foi utilizada na operação como mera “repassadora” do dinheiro advindo dos investidores estrangeiros aos cofres da CSN - a quem os recursos se destinavam de fato, por estar “alienando” 40% da participação integral que mantinha até então sobre a cia de mineração NAMISA; conforme assevera o próprio conteúdo da série de comunicações feita pela CSN ao mercado acionário; já reproduzidas neste TVF. (fl. 35)

No caso concreto resta evidente que quem realmente adquiriu o investimento foram os dois grupos estrangeiros. Nesse sentido, em uma primeira análise, percebe-se claramente que os investimentos realizados, e adquiridos com ágio, deveriam compor o ativo dessas empresas situadas no exterior na proporção das suas participações.

Depõe ainda contra o Contribuinte, conforme restou claro no TVF (conforme reproduzido abaixo), o fato de terem sido os próprios grupos estrangeiros que contrataram a confecção de laudo de avaliação da NAMISA, “planejaram, coordenaram, negociaram e assumiram o risco do negócio”, em uma clara demonstração do caráter precário da suposta autoria das transações realizadas pela BIG JUMP. Confirma-se TVF a esse respeito:

Na combinação de negócios em tela, restou claro que, por todo o tempo, o ânimo (intento/ímpeto) em adquirir participação societária na NAMISA recaiu sobre as duas empresas estrangeiras (a cia japonesa Brazil Japan Iron e a cia coreana POSCO). Foram elas (e não outra pessoa jurídica) que, em verdade, **planejaram, coordenaram, negociaram, e assumiram o risco do negócio, acreditando na “mais valia” da cia de mineração NAMISA** (que, até então, era integralmente controlada pela CSN). Ou seja, foram as cias estrangeiras que acreditaram no negócio, levando-as inclusive a desembolsar expressiva soma financeira na consecução do intento (no caso, cerca de US\$3,1 bilhões; ou R\$7,4 bilhões, após convertidos na data de 30/12/2008).

[...]

Na presente combinação de negócios, **resta evidente que as partes negociais efetivas - ao inserirem a “veículo” BIG JUMP na operação, quando negociavam há meses e já caminhavam para a efetivação da transação** (consoante os próprios informes feitos pela “alienante” CSN ao mercado) - fizeram parecer ao fisco que a cia (“residente”) BIG JUMP estivesse adquirindo com recursos próprios participação acionária na NAMISA; forçando, assim, o surgimento de vantagens tributárias na operação. Vale dizer, atribuiu-se à cia BIG JUMP (**constituída, praticamente, às portas de finalização da transação**) o papel de aparência negocial, como se investidora fosse – em que pese os entes “não-residentes” terem protagonizado e custeado toda a

operação de investimento. Para isso, corrobora o fato de tais empresas estrangeiras (“reais” adquirentes) terem participado, no mínimo, como “intervenientes” nos principais atos assinados com a “alienante” CSN ao fim da transação; nos quais figura o nome da “veículo” BIG JUMP. Portanto, as cias estrangeiras (Brazil Japan Iron e POSCO) sempre foram as protagonistas do investimento e efetivas “adquirentes” da participação societária na NAMISA junto a “alienante” CSN. [destaques ora inseridos]

Dessa forma, é patente que, no caso concreto, BIG JUMP atuou como mera empresa veículo e as adquirentes foram aquelas que efetivamente suportaram o ônus pela aquisição das ações da NAMISA, ou seja os entes situados no exterior (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO). Esse dois grupos foram os que efetivamente procederam com a operação de compra das ações da NAMISA e quem realmente suportou o ônus pelas ações adquiridas.

Outrossim o fato de BIG JUMP também ter sido criada apenas para o propósito a que ora se debate só corrobora o fato dessa empresa ter sido utilizada como uma “empresa veículo” para fins de se dar a aparência que ela era a real investidora e não as empresas fora do Brasil, que realmente estavam adquirindo as ações da empresa no Brasil.

De fato, conforme registrado pelo Fiscal autuante, *BIG JUMP foi utilizada como mera extensão do caixa das empresas situadas no exterior*, sendo estas, como já demonstrado, que efetivamente suportaram o ônus da operação.

Outrossim, a proximidade temporal entre a transferência de valores provenientes do exterior e operação de aquisição da NAMISA é mais um fator convergente a demonstrar que a BIG JUMP efetivamente não participou da operação e atuou apenas como uma empresa de fachada.

Aliás, reforce-se que tal proximidade, em realidade, *foi de menos de 1 (um) dia*, pois, na mesma data em que os recursos foram recebidos por BIG JUMP (R\$ 7,28 bilhões), transferidos para NAMISA e imediatamente repassados à CSN a título “*antecipação de pagamentos referentes a aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação*”.

E sobre tal justificativa, muito bem observou a autoridade fiscal que “*ou seja, na forma de “antecipação contratual”, a vultosa soma de dinheiro advinda do exterior foi imediatamente “repassada” aos cofres da CSN, pela empresa alvo do investimento em questão (NAMISA). Isso, sem que fosse exigida da “destinatária” dos recursos (CSN) qualquer tipo de garantia contra risco na execução dos aludidos “contratos de prestação de serviços”, tais como seguros ou fianças bancárias*” (fl. 34).

Conforme se observa, nos moldes realizados, não há dúvidas de que houve a utilização de mera empresa veículo na operação, em que as reais investidoras eram as empresas no exterior, o que por si só já impede o aproveitamento do ágio gerado.

Por se tratar de caso concreto assemelhado, reproduz-se abaixo trecho do voto do Conselheiro André Mendes de Moura, proferido no Acórdão CARF nº 9101-002.592⁴, de 14/03/2017, envolvendo as mesmas operações e mesmos partícipes:

[...]

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela **primeira verificação** (vide item 8 do voto).

Quanto ao aspecto **pessoal**, cabe verificar quem é efetivamente a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

No pólo da pessoa jurídica investidora, encontram-se os grupos BRAZIL JAPAN IRON e POSCO, que efetuaram o aporte de R\$7,40 bilhões na BIG JUMP, para que a BIG JUMP viesse a adquirir a NAMISA, com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. É incontestável que foram os grupos BRAZIL JAPAN IRON e POSCO **que efetivamente acreditaram na mais valia do investimento (NAMISA), coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item 7 do voto).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a NAMISA, cuja participação societária foi adquirida em valor superior ao do patrimônio líquido.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a BIG JUMP e NAMISA. Ou seja, sem a presença do BRAZIL JAPAN IRON e POSCO, os reais investidores.

Por consequência, tampouco se consumou o encontro de contas entre a investidora (BRAZIL JAPAN IRON e POSCO) e a investida (NAMISA), não atendido, portanto, aspecto material (vide item 7 do voto).

Nesse sentido, o aproveitamento da despesa de amortização de ágio promovido pela Contribuinte deu-se sem respaldo legal, vez que não se consumou a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Vale registrar que a autuação fiscal relatou que a operação deuse, de fato, entre CSN (alienante) e BRAZIL JAPAN IRON e POSCO (adquirentes), e discorre sobre a artificialidade da BIG JUMP. Vale transcrever excertos do Relatório de Verificação Fiscal:

3. A NAMISA, através de esclarecimentos prestados e de documentos apresentados alega, em síntese, que as empresas fizeram o seguinte (Anexos 1 a 14):

a) A BRAZIL JAPAN IRON e a POSCO entregam, em 30 de dezembro de 2008, recursos em moeda estrangeira imediatamente convertidos para R\$ 7,40 bilhões na BIG JUMP.

⁴ "Participaram do julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto.

A BIG JUMP, no mesmo dia: repassa R\$ 86,56 milhões à CSN, alegando se tratar da compra de apenas 0,7907% das ações da NAMISA; e repassa R\$ 7,28 bilhões à NAMISA, supostamente a título de capitalização (Anexo 4, fls. 19 a 23, Anexo 12, fls. 52 a 71 e Anexo 13, fls. 1 a 16);

b) A NAMISA, ainda no mesmo dia, transfere os R\$ 7,28 bilhões recebidos, para a CSN (Anexo 4, fls. 19 a 23) a título de "antecipações de pagamentos referentes à aquisição futura de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação".

4. Essa transferência imediata feita pela NAMISA para sua controladora, por si só, demonstra que, na verdade, quem se capitalizou de fato foi a CSN, eis que o capital recebido dos compradores estrangeiros não permaneceu sequer um dia na conta da NAMISA.

[...]

3.4 CONCLUSÃO

1. Os documentos, fatos e fotos que fazem parte dos Anexos ao presente termo demonstram que:

a) A CSN, em 2008, demonstrou publicamente sua intenção de venda de 40% da participação que detinha na NAMISA. Além disso, anunciou que havia efetivado tal venda por US\$ 3,12 bilhões exatamente para os investidores que declarou que estavam interessados na compra da participação que pretendia vender.

b) A BIG JUMP, cuja criação e existência foi simulada, foi a peça central na engenhosa operação desenvolvida para gerar irregularmente ágio que, depois, seria utilizado para reduzir significativamente as bases de cálculo de IRPJ e da CSLL da NAMISA em 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, e para esconder o real valor do ganho de capital obtido pela CSN na venda que ela mesma anunciou que realizou.

c) A NAMISA assinou contratos que, além de terem sido contaminados pela simulação praticada na constituição e operação da BIG JUMP, apresentam nítido desequilíbrio em favor da CSN, sua controladora. Em outras palavras, os contratos assinados como "antecipações de compra de minério de ferro e de serviços portuários de embarque de minério de ferro para exportação", por prazos que chegam a 34 anos, foram também componentes do engenhoso processo dissimulante criado. (grifei)

Observa-se, com clareza, que a autoridade autuante destaca que a transação, de fato, não envolveu a BIG JUMP, que, por ser empresa sem substância, de "papel", foi utilizada para mera passagem dos recursos necessários à aquisição do investimento, e que os recursos foram direcionados, na realidade, para a CSN.

Vale repetir as constatações do Termo de Verificação Fiscal:

[...]

Constata-se, com nitidez, a construção artificial do suporte fático, mediante utilização de empresa de caráter estritamente formal, para que a operação societária pudesse se amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do voto). Movimentações na mesma data ou em datas próximas, utilização de empresa sem nenhuma substância (BIG JUMP), com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável. O recurso para aquisição da NAMISA, no mesmo dia 30 de dezembro de 2008, "passeou", primeiro, pela BIG JUMP, segundo, para a NAMISA e, terceiro, finalmente, foi para quem deveria ter sido destinado, a CSN, a alienante. Ocorre que o "passeio" que não se

presta a materializar uma despesa dedutível. Completamente desvirtuada situação no qual a NAMISA, investida, aproveita-se, ela mesma, do sobrepreço pago por suas próprias ações, para deduzir despesa.

Repito a observação registrada no início do voto: não há que se falar em inovação do critério jurídico, ou inépcia do recurso especial, suscitada pela Contribuinte em contrarrazões, porque a PGFN não discorreu especificamente sobre a empresa BIG JUMP.

O que se observa, com clareza, é que a autoridade autuante destaca que a transação, de fato, não envolveu a BIG JUMP, que, por ser empresa sem substância, de "papel", foi utilizada para mera passagem dos recursos necessários à aquisição do investimento, e que os recursos foram direcionados, na realidade, para a CSN. Trata-se de fundamento que acolho no presente voto, independente de ter sido suscitado pela PGFN, porque o julgador não se encontra vinculado aos argumentos das partes do processo. Nesse sentido, deve ser restabelecida a autuação fiscal em relação à glosa de despesa de amortização de ágio.

Para que o ágio com fundamento em rentabilidade futura possa compor o resultado do período, o regulamento do imposto de renda impõe, em regra, a alienação do investimento – nesse caso, na forma de custo de aquisição -, ou, em situação de exceção, mediante amortização, desde que haja incorporação, fusão ou cisão entre investidora e investida (art. 386, caput e inciso III), ainda que de forma reversa (art. 386, § 6º, II).

Saliento ainda que a tese de que os artigos 7º e 8º Lei nº 9.532/97 trouxeram um benefício fiscal relativo à amortização do ágio não prospera. A esse respeito, reproduzo excerto do voto do i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé no bojo do acórdão 1102-000.873:

A profunda alteração levada a efeito pela Lei nº 9.532/97 consiste no seguinte: antes dela (na vigência do art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77), era absolutamente irrelevante (nos casos de incorporação, fusão ou cisão) o fundamento no qual baseava-se o anterior registro do ágio ou deságio. Bastaria à pessoa jurídica avaliar o acervo líquido recebido a preços de mercado, e toda a diferença entre este acervo e o valor contabilmente registrado, relativo à participação societária extinta, era imediatamente deduzido como perda, para fins fiscais, qualquer que fosse o fundamento daquele ágio.

Após a Lei nº 9.532/97, nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o ágio fundamentado em rentabilidade futura não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma “parcelada” em, no mínimo, cinco anos; o ágio fundamentado na diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, senão de forma também “parcelada”, acompanhando a depreciação, amortização, ou exaustão normal do bem; e o ágio baseado em outros fundamentos econômicos não apenas não mais pode ser deduzido imediatamente como perda, como ainda sequer pode ser amortizado ao longo do tempo.

A nova lei, portanto, possui caráter manifestamente anti-elisivo. Não somente pelo seu próprio conteúdo normativo, já que a partir de sua edição foram sensivelmente restringidas as possibilidades de dedução do ágio, conforme acima exposto, como também pela própria manifestação do legislador, contida

na exposição de motivos ao art. 8º da MP 1.602/97, posteriormente convertido no art. 7º da Lei nº 9.532/97, *verbis*:

“O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.”

Este ponto merece ser melhor explicitado, visto que há muitos juristas e doutrinadores - quiçá a maioria, até - que tratam os referidos artigos 7º e 8º como um incentivo fiscal às privatizações. Contudo, o entendimento aqui exposto não é isolado, e, neste sentido, transcrevo excerto de manifestação de Luís Eduardo Schoueri em recente livro⁵ a respeito do tema:

“Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 ‘foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços’.

O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao “então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago nos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente”. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e de Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 “foi o de fomentar o chamado ‘Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal’”.

Tal posicionamento não deixa de ser curioso. Afinal, se anteriormente o ágio era deduzido integralmente, a imposição de restrições não

⁵ SCHOUERI, Luis Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo: Dialética, 2012, p. 66-68.

poderia ser considerada um incentivo. A exposição de motivos da Medida Provisória n.º 1.602/1997 deixou hialino esse intuito de restrição da consideração do ágio como despesa dedutível, mediante a instituição de óbices à amortização de qualquer tipo de ágio nas operações de incorporação. Com isso, o legislador visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que os justificassem.

Segundo as palavras utilizadas à época pelo Poder Executivo para justificar a introdução de disciplina diferenciada para o ágio conforme sua fundamentação, houve a necessidade de se coibir planejamentos tributários consistentes na aquisição com ágio de empresas deficitárias e posterior incorporação que fizesse com que o ágio fosse deduzido na empresa lucrativa.

Como antigamente não havia qualquer coerência e consistência para a dedução do ágio, a falta de regulamentação específica estava sendo utilizada para distorcer a lógica do sistema, o que gerou motivação suficiente para que o legislador barrasse esses artifícios prejudiciais à completude do ordenamento jurídico.”

Ainda que possa não ser o entendimento dominante, também no CARF se encontram manifestações no mesmo sentido do quanto exposto no presente voto. Peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no acórdão n.º 101-95.786, de 18 de outubro de 2006, à época acompanhado por unanimidade pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

“Antigamente, o Decreto 1.598/77, em seu artigo 34, atual artigo 430 do RIR/99 [...]

Não havia prazo mínimo para esta operação de registro da perda, certo que alguns contribuintes, fortes na avaliação apenas de bens tangíveis e ignorando a valorização de intangíveis, registravam perdas quase pela totalidade do ágio pago na aquisição. E isso em operações muitas das vezes instantâneas.

[...]

A motivação para a nova regra teve caráter antielisivo, conforme a exposição de motivos ao artigo 8º da MP 1.602/97, convertido no artigo 7º da Lei 9.532/97, verbis:

[...]

A única conclusão possível, portanto, é que a nova regulamentação, além de tomar despicienda qualquer avaliação de acervo líquido quando existente ágio ou deságio, criou prazo mínimo para a amortização, no caso 5 anos, como forma de evitar o ganho fiscal imediato que anteriormente se obtinha, pelo reconhecimento a um só tempo da diferença entre o valor contábil e o valor do acervo líquido.

No entanto, não há na norma qualquer permissão para que tal efeito represente um ajuste ao lucro líquido, mediante exclusão no LALUR. O fato é contábil, representativo do controle na escrituração da

amortização do ágio após a incorporação. Como bem observou a decisão recorrida, apenas se a amortização ultimar-se em período anterior a cinco anos, haverá necessidade de ajustes por adição e exclusão, para respeito ao prazo mínimo definido na norma.”

O entendimento, data vênua equivocada, de que o referido artigo veicularia incentivo fiscal foi tão veemente e reiteradamente alardeado, que na própria Câmara de Deputados foi debatido um projeto de lei visando à revogação do “benefício fiscal” previsto no inciso III do artigo 7º (que trata da amortização do ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros).

De fato, o então Deputado Valdemar Costa Neto apresentou o Projeto de Lei n.º 2.922-A, de 2000, por meio do qual propunha, em seu artigo 1º, a revogação do inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532/97, ao argumento de ser “completamente absurdo o benefício fiscal que ela concedeu as empresas vencedoras dos leilões de privatização de empresas estatais”.

Ainda, posteriormente, foi apresentada emenda, pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, a este projeto de lei, propondo a supressão da revogação antes proposta, na qual, mais uma vez, deu-se ao referido artigo a conotação de incentivo fiscal, *verbis*:

“Inclusive, a forma de contabilização atualmente prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, representou um incentivo para que as empresas privadas participassem dos programas de desestatização.

Neste sentido, podemos até dizer que um dos principais incentivos apresentados pelos processos de privatização está inserido na seara fiscal, eis a razão pela qual o benefício fiscal do inciso III do art. 7º da Lei n.º 9.532, de 1997, se faz necessário.”

O Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, Deputado Antonio Cambraia, em seu voto, acolheu integralmente as ponderações apresentadas pela emenda supressiva, ressaltando que, por meio do artigo da Lei n.º 9.532/97 em questão, “estimula-se o investimento em outras empresas e a reorganização societária, tão importantes num contexto de baixo crescimento econômico do país”.

O Projeto de Lei n.º 2.922-A foi rejeitado, no mérito, por unanimidade, tendo sido arquivado em 02/12/2004, consoante informações obtidas em www.camara.gov.br.

O entendimento de que se trata de um incentivo fiscal tem permeado as mais recentes decisões do CARF a respeito do tema. Neste contexto foram proferidos diversos dos acórdãos citados pela recorrente em sede de recurso e memoriais apresentados, bastando a tanto citar o Acórdão n.º 1301-000.711 (Tele Norte Leste, de relatoria do ilustre Conselheiro Valmir Sandri) e o Acórdão n.º 1402-000.802 (Banco Santander, de relatoria do ilustre Conselheiro Antônio José Praga de Souza).

Transcrevo abaixo breve excerto do Acórdão n.º 1301-000.711:

“Na verdade, o Programa Nacional de Desestatização, juntamente com as regras atinentes à dedutibilidade do ágio fizeram parte de todo um contexto para a formulação dos preços ofertados nos leilões de privatização e para as sucessivas reorganizações societárias realizadas pelas empresas objeto da desestatização, servindo como atrativo e motivo para o aumento substancial dos valores auferidos pelo Governo com a privatização.

Noutro giro, a dedutibilidade do ágio e a possibilidade de a empresa realizar a reorganização societária para o seu aproveitamento fez parte do pacote de condições ofertadas às empresas que participaram das privatizações, tendo, todas elas, conforme pesquisa na internet, adotado a política incentivada acima.”

Não me sensibilizam, contudo, os argumentos expendidos neste sentido. Identifico nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 tão somente uma nova normatização atinente ao registro e amortização do ágio - a propósito, sem sombra de dúvidas, mais restritiva que a anterior.

Além disto, não há nenhum elemento na Lei nº 9.532/97 que expressamente vincule ao Programa Nacional de Desestatização. Pelo contrário, suas regras são válidas para todo e qualquer evento de fusão, incorporação ou cisão que implique a extinção de participação societária anteriormente adquirida com ágio.

Por essas razões, não há que se falar em norma indutora de comportamento, como em geral argumentado pelas defesas. O que houve foi uma operação criada artificialmente a fim de que buscasse a amortização do ágio como se tal direito fosse inerente a qualquer operação de aquisição de investimento, hipótese, na realidade, restrita a operações realizadas, concretamente, nos termos do art. 386, III, e seu § 6º, II, do RIR/99.

Não há dúvida que a pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, absorver patrimônio de outra pessoa jurídica que dela detenha participação societária adquirida com ágio, cujo fundamento seja a rentabilidade futura, poderá amortizá-lo nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, pois assim possibilita o art. 386 do RIR/99.

De igual forma, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem em aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

Nesse sentido, colacionam-se a seguir os ensinamentos de Marco Aurélio Greco⁶:

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 198-208.

[...] a pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível? Minha resposta é negativa. (pág. 190)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

[...] com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

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. (pág. 206)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Nota-se, assim, que o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito.

Ricardo Lobo Torres, a esse respeito, esclarece que “*a proibição da elisão abusiva no campo tributário nada mais é que a especificação do princípio geral, jurídico e moral, da vedação do abuso de direito*”.⁷

Marco Aurélio Greco assevera ainda que “*nem tudo o que é lícito é o honesto*” e que o “*o ordenamento jurídico não se resume à legalidade; ele contempla também mecanismos em última análise de neutralização de esperteza*”, fazendo

⁷ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 20.

parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de **regras de calibração do ordenamento**. Ou seja, os textos legais dão as peças do sistema jurídico, mas para que funcionem coordenadamente precisam ser calibradas, ajustadas.⁸ [grifo nosso]

Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres conclui que

No direito tributário o mais importante para a Administração é requalificar o ato abusivo, sem anulá-lo em suas consequências no plano das relações comerciais ou trabalhistas.[...] Na elisão, afinal de contas, ocorre um abuso na subsunção do fato à norma tributária; como lembra Paul Kirchhof, a elisão é sempre uma subsunção malograda [...] Cabe à Administração Tributária, conseqüentemente, corrigir a subsunção malograda, requalificando o fato de acordo com a interpretação correta da regra de incidência.⁹

Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

A estrutura negocial montada pela Recorrente caracteriza o que a doutrina denomina de “operação estruturada em sequência”.

Greco¹⁰ trata o tema com a maestria peculiar:

Operação Estruturada em Sequência

Sob esta denominação estão as *step transactions*, vale dizer, aquelas sequências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas. (p. 462)

Uso de Sociedades

[...] o elemento relevante quando estamos perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente etc.); tão importante ou até mais – em matéria tributária – é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida

⁸ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 231.

⁹ LOBO TORRES, Ricardo. Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 25.

¹⁰ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2011, p. 462-476.

em que corresponda à vestimenta jurídica de determinado empreendimento econômico ou profissional. A ideia de empresa é o núcleo a ser perquirido. (vide a importância que o Código Civil dá à noção de empresa – artigos 966 e segs.). (p. 468/469)

Conduit companies

A primeira situação a observar é das chamadas conduit companies (empresas-veículos ou de passagem) em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. (p. 470)

Deslocamento da Base Tributável

Outro aspecto a ser considerado é o do deslocamento da base tributável para sociedades que se encontrem em situação tributariamente mais favorável.

O deslocamento de base tributária para outra pessoa jurídica que se encontra em regime tributário comparativamente mais vantajoso é elemento que merece especial atenção; aliás, já foi objeto de exame pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao ensejo da mencionada Apelação Cível n.º 115.478-RS (julgada em 18.02.87, Rel. Min. Américo Luz). Neste processo, além de outras considerações, encontra-se no relatório do acórdão o seguinte aspecto:

“O que existiu foi na realidade transferência de receita representada pela diferença de preços nas transações entre a autora e as demais empresas, pois a receita que não se realizou foi realizada pelas demais empresas, ainda que sob regime de determinação diferente.”

Este é o ponto a considerar, pois – dependendo das circunstâncias do caso concreto – pode configurar fraude à lei tributária. (p. 475/476) [grifos nossos]

Salienta-se que sem a utilização da denominada “*empresa veículo*” (no caso, a BIG JUM) não haveria amortização do ágio, pois tais valores deveriam compor o custo do investimento das empresas situadas no exterior. Nesse contexto, é de pouco relevo se as “empresas veículo” efetivamente operavam, ou se suas existências foram efêmeras. O importante para a caracterização como *conduit company* foi a interposição da holding (BIG JUMP) na operação, de forma desnecessária e artificial alterando os efeitos tributários da real operação realizada, no caso, o investimento realizado pelas empresas estrangeiras na aquisição do investimento na NAMISA.

Conforme se observa, os pontos destacados por Greco ressaltam aos olhos no caso concreto, pois as operações perpetradas pela Recorrente foram estruturadas em sequência, sem qualquer propósito negocial que não seja a mera economia tributária. Ou seja, utilizou-se de sociedade de passagem a fim de que a mais valia na aquisição de ações - contabilizada como ágio e que deveria compor o custo do investimento das empresas situadas no exterior, após imediata incorporação reversa entre investida e aparente investidora, se transformasse em despesa dedutível na Recorrente.

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente nos passos intermediários da reorganização societária e *dos seus efeitos tributários*. Não se contestam, pois, os demais aspectos da reorganização, bem como suas consequências em outras searas.

Entendo que, pelas conclusões já expostas não se pode acatar as deduções a título do ágio realizadas pela Recorrente, motivo pelo qual voto por dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

3 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por DAR-LHE provimento.

(documento assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto