



Processo nº	10600.720073/2018-43
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1302-006.303 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	16 de novembro de 2022
Recorrente	ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2013, 2014

ARTIGO 24 DA LINDB (DECRETO-LEI N° 4.657/42). INAPLICABILIDADE.

O art. 24 da LINDB, com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, não é apto a regular a atividade de lançamento de ofício do crédito tributário pelo auditor fiscal.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. VÍCIO DE MOTIVAÇÃO.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do que prescreve o artigo 59 do Decreto 70.235/72. Não sendo caracterizada uma dessas hipótese, não há que se falar em nulidade do lançamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014

DECADÊNCIA. GLOSA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INOCORRÊNCIA.

Nos termos Súmula 116 do CARF, foi consolidado o entendimento no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de que, para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.

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

Ano-calendário: 2013, 2014

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se não restar comprovada a prática de atos simulados e/ou dissimulados pelo contribuinte.

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Não há que se falar em ausência de independência entre as partes, para fins de verificação da legitimidade de ágio, quando estas combinam a estruturação de um negócio, mas permanecem em polos de interesses antagônicos, sem um comando único.

AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL DO ÁGIO. AUSÊNCIA DE IMPACTO PARA FINS TRIBUTÁRIOS.

O ágio passível de ser amortizado em razão do evento de incorporação é aquele apurado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, qual seja, custo de aquisição menos o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, sem a exclusão de qualquer outra parcela. O ágio amortizado na escrituração contábil antes dos referidos eventos não tem nenhuma repercussão de natureza tributária, devendo ser adicionado ao lucro líquido e controlado em livros fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e decadência suscitadas, e, quanto ao mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao Recurso Voluntário, para reconhecer como legítima a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio (“Ágio na Arcelor Brasil S/A”) e, por consequência, cancelar a exigência fiscal tratada nos autos, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os conselheiros Ailton Neves da Silva (suplente convocado), Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por negar provimento ao recurso, também, quanto a tal matéria.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva (suplente convocado(a)), Flávio Machado Vilhena Dias, Savio Salomão de Almeida Nobrega, Fernando Beltcher da Silva (suplente convocado(a)), Fellipe Honório Rodrigues da Costa (suplente convocado(a)), Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente). Ausente (s) o conselheiro(a) Marcelo Oliveira.

Relatório

Trata-se o presente processo administrativo de Autos de Infração lavrados em face do contribuinte Arcelormittal Brasil S.A., ora Recorrente, através dos quais foram constituídos créditos tributários de IRPJ e CSLL, referentes aos anos-calendários de 2013 e 2014.

Como se observa do “Termo de Verificação de Infração” que acompanha os Autos de Infração, em um primeiro momento, o agente autuante deixou claro que o Recorrente já foi autuado em outras duas oportunidades, consubstanciadas nos processos de números 10600.720.035/2013-86 e 10600.720.031/2016-41, relativos, respectivamente, aos anos-calendários “2008, 2009 e 2010” e “2011 e 2012”, com o mesmo fundamento da discussão travada no presente processo, qual seja: aproveitamento indevido de ágio surgido nas reorganizações societárias do grupo ao qual pertence.

Assim, após tecer comentários sobre o “histórico” da amortização do ágio no ordenamento jurídico brasileiro, as hipóteses em que a legislação autoriza esta a amortização e os supostos limites de atuação dos contribuintes nos chamados planejamentos tributários, a acusação fiscal, neste sentido, é de que o Recorrente promoveu a amortização de ágios ao arrepio da legislação em vigor à época dos fatos geradores.

Em síntese, a fiscalização demonstra o aproveitamento indevido de “dois” ágios, um denominado de “Ágio CST” e o outro “Ágio na Arcelor Brasil S/A”.

No que tange ao primeiro ponto da acusação fiscal – “Ágio CST” –, entende-se pela desnecessidade de demonstrar os apontamentos da fiscalização, na medida em que o Recorrente, ao ser intimado da constituição de ofício do crédito tributário, não impugnou esta parte da autuação, promovendo o pagamento dos valores relativos ao tema exigido por meio de Autos de Infração. Os comprovantes de pagamentos – DARF’s – foram acostados aos autos às fls. 606 e 607, junto com a Impugnação Administrativa que deu início ao presente processo administrativo.

No que se refere ao segundo ágio, denominado “Ágio na Arcelor Brasil S/A”, as operações e eventos praticados pelo Recorrente foram assim descritos, no TVF, pelo agente autuante:

Ágio na Arcelor Brasil S/A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

84. Adicionalmente, a Ofertante ofereceu uma permuta de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações da Arcelor (OCEANEs) por Ações da Mittal Steel e dinheiro.

Do valor total pago pelas ações da Arcelor pela Mittal Steel, 69,6% foi na forma de Ações da Mittal Steel e 30,4% foi em dinheiro.

85. A partir de 20 de novembro de 2006, como consequência da Oferta de Permuta (incluindo o período de oferta subsequente desta, e o procedimento de oferta obrigatória conforme as leis de Luxemburgo) e da conversão dos OCEANEs da Arcelor, a Ofertante detinha 630.608.385 ações da Arcelor, representando 94,04% do capital social da Arcelor. Os acionistas da Arcelor e os detentores de OCEANEs da Arcelor tornaram-se acionistas diretos da Ofertante. Em 30 de setembro de 2006, a Arcelor detinha ações representando aproximadamente 67% do capital social da Arcelor Brasil (excluídas as ações em tesouraria).

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

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

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

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

89. No MOU o Conselho de Administração da Arcelor recomendava a oferta da Mittal Steel para a Arcelor e, entre outras questões, as partes concordaram sobre certos assuntos acerca da governança corporativa para o grupo societário em formação. Em particular, o MOU incluía certos mecanismos especiais de governança para promover a

integração da Mittal Steel e da Arcelor durante um período inicial transitório de 3 anos iniciado em 1º de agosto de 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acionistas Minoritários: 32,74%

Ações em Tesouraria: 0,53%

98. O número total de ações ordinárias era de 650.993.100 sendo 3.415.041 em tesouraria. Não havia ações preferenciais.

99. Em 31/08/2007 a Arcelor Brasil S/A é incorporada pela Belgo Siderurgia S/A que, na mesma data, tem sua denominação social alterada para ArcelorMittal Brasil S/A (a fiscalizada).

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

100. A Mittal Steel Brasil Participações S/A (MSBP) – CNPJ: 08.489.812/0001-54 (subsidiária integral da Mittal Steel Company N.V.) foi a empresa veículo utilizada pelo

grupo mundial Arcelor-Mittal para servir como elemento de passagem para que o ágio decorrente da aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A acabasse na própria Arcelor Brasil após a incorporação da efêmera veículo MSBP por aquela.

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

102. O capital social da empresa que era de R\$500,00 passa para R\$1.000.000,00 em junho de 2007 e de acordo com a AGE de 01/06/20007 é aprovado um novo aumento do capital social.

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

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

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

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

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

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

109. A MSBP nasce em 30/11/2006, sob as condições citadas acima, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 como inativa, tendo movimentações próximas a zero nos meses de janeiro a maio de 2007 (conforme DIPJ) antes de haver o vultoso aporte de capital externo de sua controladora Mittal Steel Company N.V. realizado nos meses de junho e julho de 2007, para nesses mesmos meses de junho e julho, e

complementarmente em agosto de 2007, efetuar a aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A e, depois de cumprido seu papel formal, ser incorporada logo em 28 de agosto de 2007, pela própria Arcelor Brasil S/A, no modelo conhecido como incorporação às avessas ou reversa. Três dias após, ou seja, no dia 31/08/2007 Arcelor Brasil S/A é incorporada pela ArcelorMittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

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

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

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

Carlo Panunzi – 0,01%

José Armando de Figueiredo Campos – 0,01% e

Marcos Afonso Maia – 0,01%

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

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

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

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

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

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

117. O preâmbulo da OPA dispunha que a Mittal Steel Company N.V. submetia aos acionistas da ARCELOR BRASIL S.A. ("Arcelor Brasil"), companhia aberta, oferta pública ("Oferta") para a aquisição de até a totalidade das ações ordinárias de emissão da Arcelor Brasil ("Ações") conforme as regras estabelecidas pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") n.º. 361, datada de 5 de março de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

154. Guiados pelo fundamento econômico de rentabilidade futura e voltado essencialmente à obtenção de economia fiscal forçosa, os “negócios” de tal natureza apresentam-se, quase sempre, sob um mesmo invólucro, qual seja: um pacote contendo a inserção (entre a operação negocial e os agentes efetivos) de entidades efêmeras

desprovidas de existência fática (sem rastro de exercício fático de objeto societário, autonomia administrativa, ou plano de negócios), acompanhada de atos societários sequenciais - formalizados em diminuto espaço de tempo - sem que estejam estes vinculados à uma legítima motivação econômica ou propósito negocial.

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

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

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

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

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

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

com uma diferença marcante: o ágio vultoso agora transferido e, na visão da fiscalizada, pronto para ser amortizado. Este fato demonstra claramente que um dos requisitos legais essenciais para que o ágio possa ser considerado como dedutível não foi cumprido, pois percebe-se claramente que não houve a necessária absorção de patrimônio (“confusão patrimonial”) da investidora original (MSCNV) com a investida (Arcelor Brasil S/A).

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

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

(...)

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

165. Dessa forma, é notório que a operação financeira em tela não se tratou de investimento local, efetivado por uma empresa residente em ativos de outra, que pudesse se converter (legítima e legalmente) em um aproveitamento fiscal futuro,

quanto a ágio eventualmente ocorrido na aquisição do mesmo, sob evento superveniente de incorporação societária (igualmente legítimo).

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

167. O RIR/99 em seus artigos 386 e 147 é claro ao dispor que somente as pessoas jurídicas que investirem em outra com ágio é que terão direito à amortização fiscal do ágio. No caso em tela, não foi uma pessoa jurídica residente no Brasil que efetivamente adquiriu as ações na OPA, mas sim a Mittal Steel Company N.V. sediada na Holanda.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

177. A utilização de empresa veículo como mero caixa para a transferência de capital pela investidora original para que aquela adquira investimento e, em seguida, seja incorporada pela investida, já foi inclusive analisada e condenada pelo CARF no Acórdão: 1101000.942 - 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – (setembro de 2013), cuja ementa transcrevemos abaixo. Não é possível conceber uma amortização fiscal se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original. Cabe ressaltar inclusive que referido acórdão tem como recorrente também uma empresa do Grupo ArcelorMittal (ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A), o que apenas demonstra a utilização do artifício pelas empresas do Grupo do qual a fiscalizada faz parte.

(...)

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

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

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

186. No caso em tela, a investidora estrangeira não deixou de existir e em nenhum momento perdeu seu investimento na Arcelor Brasil. Ao final de toda a operação, tanto

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

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

(...)

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

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

196. No presente caso a investidora original no exterior MSCNV detinha ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas via OPA, as quais foram transferidas via integralização de capital e venda para sua subsidiária integral MSBP. Além disso houve uma integralização de capital em dinheiro na MSBP pela MSCNV. Após a deflagração das diversas etapas da operação estruturada, as ações da Arcelor Brasil S/A anteriormente transferidas pela MSCNV à MSBP acabaram no patrimônio da própria Arcelor Brasil S/A que, como contrapartida, emitiu novas ações e na mesma quantidade para a MSCNV. Ou seja, ao final da operação o investimento original efetuado pela MSCNV (investidora original) na Arcelor Brasil S/A (investida) permaneceu subsistindo no patrimônio daquela não havendo que se falar então em incorporação da investidora original pela investida ou da investida pela investidora original. Assim, além de todos os outros vícios já demonstrados e discorridos no presente Termo, constata-se que o requisito essencial de haver a incorporação da investida pela investidora original ou vice-versa nos termos preconizados pela legislação tributária, em especial o artigo 7º da Lei 9.532/97 não foi satisfeito, o que também impede a dedutibilidade fiscal do ágio amortizado.

197. Nas condições apresentadas e descritas nos itens precedentes deste Termo, em especial os itens 18 a 40, 50 a 55 e 77 a 197, e com fundamento no art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, art. 10 da Lei nº 9.718, de 1998, art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (com a redação dada pelo art. 1º, inciso III do Decreto-Lei nº 1.730, de 1979), artigo 6º, §2º, alínea “a” do Decreto-Lei 1.598/77, artigos 146, 147, 247, 249, inciso I, 250, inciso I, 385, 386 e 391 do RIR/99 e art. 111 do CTN, não há como aceitar a amortização do ágio das ações da Arcelor Brasil S/A como dedutível e, como resultado, todos os valores que a fiscalizada deixou de adicionar (2013) ou excluiu indevidamente (2014) na apuração do Lucro Real e na base de cálculo da CSLL relativos à amortização

desse ágio serão lançados por essa fiscalização nos seguintes valores (conforme planilhas e demonstrativos da própria fiscalizada):

2013 - R\$460.979.418,01

2014 - R\$460.979.418,01

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

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

- a) R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA;
- b) R\$148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado de balcão;
- c) R\$339.138.066,90 em julho de 2007, decorrente de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas por Mittal Steel Company N.V. na opção de pagamento misto – ARCE11L, o qual foi celebrado em 31/07/2007 entre Mittal Steel Company N.V. e Mittal Steel Brasil Participações S/A.;
- d) R\$2.039.002.326,30 em julho de 2007, decorrente de aumento de capital da Mittal Steel Brasil Participações S/A com ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V. na opção de pagamento misto – ARCE11L;
- e) R\$99.141.918,66 em agosto de 2007, decorrentes de aquisições residuais posteriores realizadas fora do leilão e após o fechamento de capital na Bolsa de Valores.

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

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

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

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

202. Não obstante todo o ágio já ter sido fulminado por essa fiscalização, conforme descrito anteriormente até o item 198 deste Termo, essas duas parcelas dos ágios (R\$339.138.066,90 e R\$2.039.002.326,30) escriturados na MSBP revelam ainda vícios adicionais, uma vez que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor

Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) no exterior e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Não há uma geração de riqueza nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A.

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

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

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

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

(...)

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

208. Como se não bastasse todos os vícios encontrados e discorridos até o momento por essa fiscalização, ainda com relação ao ágio da Arcelor Brasil S/A, identificamos que a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2013 e 2014 o valor de R\$14.872.515,96 com a seguinte rubrica: “Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil”. Tais valores são referentes à realização de ágio de parcelas amortizadas antes da incorporação.

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

210. Além disso, ainda que todos os requisitos para o gozo do benefício fiscal estivessem presentes, essa parcela excluída diretamente na apuração do Lucro Real de 2013 e 2014 deve ser glosada, pois trata-se de parcela de ágio já amortizado antes da incorporação e o artigo 386, inciso III do RIR/99 nesse ponto é cristalino quando assevera que o ágio passível de dedutibilidade é somente aquele decorrente de amortizações ocorridas posteriormente ao evento de incorporação, fusão ou cisão nos balanços correspondentes à apuração do Lucro Real levantados após os eventos mencionados.

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

(...)

214. Sendo assim, pelas razões acima expostas e não havendo previsão legal para essas exclusões efetuadas pelo contribuinte em seu LALUR, procedemos à glosa das referidas exclusões realizadas pela fiscalizada no valor de R\$14.872.515,96, na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL dos anos-calendário de 2013 e 2014.

O que se percebe, basicamente, do relato transcrito acima, é que a acusação fiscal, ao descrever todas as operações societárias que deram, ao fim e ao cabo, ensejo na amortização do ágio por parte da Recorrente, é que, em que pese terem surgido de operações lícitas, estas não poderiam ter efeitos tributários, na medida em que foi utilizada uma “empresa veículo” para aquisição da participação societária, além de ter sido constatada a transferência de ágio entre companhias do mesmo grupo, sendo vedado, aos olhos da fiscalização, o denominado “ágio interno”.

Ademais, ao final da transcrição da acusação fiscal, esta deixa claro que “*a fiscalizada excluiu diretamente na apuração do Lucro Real dos anos-calendário de 2013 e 2014 o valor de R\$14.872.515,96 com a seguinte rubrica: “Realização de ágio ações MSBP x Arcelor Brasil”. Tais valores são referentes à realização de ágio de parcelas amortizadas antes da incorporação*”, o que seria vedado pela legislação.

Por fim, a fiscalização afirmou que “*as infrações apuradas para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica geram reflexo na determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL, nos termos da Lei nº 7.689/88, combinado com o art. 57 da Lei nº 8.981/95 e art. 28 da Lei nº 9.430/96.*”

Importante ressaltar, ainda, que a multa de ofício não foi qualificada, tampouco foram indicados responsáveis tributários ao pagamento dos créditos tributários constituídos via Autos de Infração.

Devidamente intimada, a Recorrente apresentou Impugnação Administrativa, cujos argumentos foram assim sintetizados no acórdão proferido pela DRJ de Ribeirão Preto (SP):

Após breve resumo da fiscalização e dos autos lavrados, acata as razões da fiscalização em relação ao ágio da Companhia Siderúrgica Tubarão - CST, tendo efetuado o pagamento respectivo.

Passa a apresentar suas razões de discordância quanto ao ágio formado na Arcelor.

Inicia fazendo uma pequena retrospectiva acerca das operações ora em análise.

Em sede de preliminar, pleiteia a manifestação do julgador quanto à aplicação ao presente caso do artigo 24 do Decreto-lei 4.657 de 1942 (LINDB), tendo em vista que à época das operações que levaram à amortização do ágio havia jurisprudência administrativa que considerava legítimas as operações efetuadas.

Argui a nulidade dos autos lavrados tendo em vista a ausência de motivação. Afirma a contribuinte que inexistiria base legal para a desconsideração dos negócios jurídicos praticados, posto terem as operações observado os requisitos legais impostos para a dedutibilidade do ágio.

Defende a decadência do direito da RFB questionar a formação do ágio Arcelormittal, tendo em vista sua origem em operações ocorridas em 2007.

No mérito, questiona a possibilidade de se aplicar o instituto do abuso de direito na seara tributário, uma vez que não encontra aplicação em tal perspectiva. Deveria o lançamento observar ao princípio da estrita legalidade, sendo a figura do abuso de direito restrita ao Direito Civil. A ilicitude dos atos eivados de abuso estaria nos efeitos, não servindo para sua desconsideração, consoante parecer elaborado por Tercio Sampaio para corroborar o entendimento da contribuinte.

Argumenta ser ilegítima a desconsideração de suas operações, apontando a efetiva existência de propósito negocial nos atos praticados pelo grupo:

134. De forma bastante sucinta e retomando o descrito acima, as causas objetivas da constituição da Mittal BR foram, em síntese:

- (i) O cumprimento de imposição regulatória, oriunda da Decisão da CVM;
- (ii) Redução da participação da Mittal NV na OPA brasileira ao mínimo possível, tendo em vista a reorganização em andamento na Europa;
- (iii) Assegurar o sucesso da OPA e o fechamento de capital da Arcelor Brasil, evento então incerto, já que muitos acionistas poderiam desejar alienar suas ações após a data do leilão, como de fato ocorreu, e (iv) Simplificar a realização e operacionalização da OPA, já que a sua realização no exterior tornaria o processo ainda mais custoso e de difícil operacionalização, em razão dos procedimentos de câmbio.

135. Vale ilustrar, nesse sentido, o Capítulo III - Seção 2. Mercado de Renda Variável - Item 2.4 do Manual de Procedimentos Operacionais da BOVESPA, o qual prevê que a liquidação financeira das operações realizadas em seu recinto, tal como a OPA, deverá ocorrer em até três dias úteis contados da data do leilão19.

136. Assim, a ausência de subsidiária constituída no Brasil poderia implicar atrasos na liquidação da Oferta, tendo em vista que a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata.

137. Ora, em um procedimento de OPA, o ofertante apenas fica ciente de quanto deverá dispor para liquidar a Oferta na data do leilão, tendo a obrigação de liquidá-la financeiramente em três dias úteis, prazo nem sempre suficiente para a remessa dos recursos do exterior.

138. Note-se que o próprio Edital da OPA ora discutida comprova o aqui exposto, na medida em que consta de seu item 4.1 que a liquidação da "Opção de Pagamento Misto", segundo a qual os acionistas receberiam parte do preço em ações da Mittal NV e parte em dinheiro, seria feita apenas 15 dias úteis após a data do leilão, enquanto que a liquidação da "Opção de Pagamento em Dinheiro" seria feita no prazo de 3 dias úteis acima referido, conforme item 4.2 do Edital.

139. Ademais, por força da regulamentação do Banco Central sobre a matéria, o registro de capital estrangeiro ingressado para negociação em mercado de capitais, incluindo aquisição de ações em OPA, teria que ser feito ao amparo da antiga Resolução n.º 2.689/00 ("Regime da Resolução 2,689").

140. Diferentemente, o registro de capital estrangeiro ingressado com o objetivo de permanência no Brasil deve ingressar no País conforme os ditames da Lei n.º 4.131/62 ("Regime de Investimento Externo Direto"). Por via de consequência, a entrada dos recursos diretamente do exterior para aquisição de ações na OPA implicaria que a Mittal NV inicialmente obteria o registro de acordo com o Regime da Resolução 2.689 e, posteriormente, migraria para o Regime de Investimento Externo Direto, mediante processo burocrático e custoso, visto que os bancos comerciais que efetuam essa migração cobram por esse serviço.

141. Tanto assim que, em relação à parcela da oferta mista, o receio quanto a possíveis atrasos e óbices que poderiam advir das normas regulatórias foi retratado no item 4.5 do Edital, ressalvando-se, naquela oportunidade, que a liquidação de parte do preço mediante entrega de ações de emissão da Mittal NV poderia restar inviabilizada caso não se lograsse obter os devidos registros junto ao Banco Central do Brasil.

142. Assim, a estrutura utilizada pela OPA ora questionada não padece de qualquer vício, na medida em que há absoluta correspondência entre sua causa objetiva e sua causa típica, uma vez que o propósito que justificou a constituição da Mittal BR, isto é, o lançamento da OPA, foi inteiramente concretizado.

Aponta, por outro lado, a inexistência da figura do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro.

Alega que as empresas de propósito específico, utilizadas em suas operações, foram legitimamente criadas e utilizadas com o aval da legislação que instituiu a dedutibilidade do ágio, sendo que a em presa Mittal BR não poderia ser enquadrada como empresa veículo, devido à necessidade de reduzir a participação da Mittal NV na OPA brasileira, em razão da reorganização em andamento na Europa, para que ficasse assegurado o fechamento de capital da Arcelor BR. A constituição de subsidiária brasileira ainda viabilizaria a simplificação e operacionalização dos procedimentos da OPA.

Expõe que a própria autuante teria reconhecido que outra empresa do grupo poderia ser obrigada ao cumprimento das obrigações estabelecidas no edital da OPA, apesar da Mittal NV ser a ofertante.

Complementa:

A Mittal BR foi sociedade regularmente constituída, que, durante sua existência, exerceu plenamente seu objeto social a partir da aquisição de participações societárias.

Afirma ser a Mittal BR a real adquirente das participações da Arcelor BR, tendo, portanto, ocorrido a confusão patrimonial questionada.

Aduz que a parcela do ágio registrado mediante aumento de capital e operações de compra e venda também seria passível de amortização, pois tanto na alienação das ações da Arcelor BR realizada pela Mittal NV à Mittal BR quanto na subscrição do capital da Mittal BR por meio de dação de ações da Arcelor BR, tem-se a figura de um novo ágio.

Entende a contribuinte que a fiscalização utilizou-se de conceito equivocado de ágio interno para desconsiderar parcela da amortização:

224. Sob esse aspecto, a Impugnante frisa que a Autoridade Fiscal, revelando a fragilidade da autuação, se vale do conceito de ágio interno de forma equivocada. De um ponto de vista estritamente técnico, a expressão "ágio" refere-se ao reconhecimento, por determinada sociedade, no seu próprio balanço, de ágio decorrente de ganho gerado em transações intragrupo.

225. Ora, tendo em vista que se comprovou que (i) a aquisição que gerou o ágio se deu entre partes não ligadas (independentes) e que (ii) o pagamento dos valores devidos é matéria incontroversa, já de plano se percebe a também equivocada interpretação da Autoridade Fiscal quanto aos fatos analisados.

226. Não só não se trata de ágio "criado", ante (i) ao efetivo pagamento na operação, como não se trata de operação intragrupo, (ii) ao fato de que a realização da OPA foi

uma imposição da CVM e foi realizada entre partes independentes; e, (iii) à inexistência de qualquer ganho intragrupo nas transações efetuadas.

E segue desconsiderando a ocorrência de "transferência de ágio", o que, defende, mesmo que caracterizado, não impediria sua amortização.

Argumenta que o entendimento da fiscalização de que a amortização dedutível do ágio se aplicaria apenas a empresas adquirentes brasileiras decorreria de interpretação parcial do texto legal.

Quanto à parcela de ágio amortizada antes da incorporação, entende ser autorizada pela norma, segundo interpretação literal.

Aponta que deve ser efetuada desvinculação entre a amortização fiscal e a contábil:

258. Em outras palavras, se por uma questão de praticidade (ou de mera escolha do legislador), a legislação fiscal adota a contabilidade como ponto de partida, isso não significa que aquela não possui conceitos próprios. Na realidade, os ajustes determinados pela legislação fiscal evidenciam a independência desta em relação à Ciência Contábil.

259. Luís Eduardo Schoueri corrobora essa afirmação ao declarar que o ágio amortizável para fins fiscais não se confunde com o conceito contábil de ágio³².

Confira-se:

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

E conclui que é evidente que o ágio a ser amortizado nos termos da Lei 9.532/97 é o ágio fiscal, e não o ágio contábil. Logo, qualquer redução no valor do ágio registrado para fins contábeis não tem qualquer relevância tributária tampouco interfere no valor dedutível fiscalmente.

No que se refere à CSLL, entende que inexistir previsão legal que impeça específica, não sendo possível tal glosa.

Encerra arguindo a ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a multa.

Entretanto, aquela DRJ, ao analisar as razões do apelo da Recorrente, entendeu por bem julgá-los como improcedente. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014

EFICÁCIA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN.

"Embora não tenha a acusação fiscal se baseado na norma antielisão prevista no art. 116, parágrafo único do CTN, sua utilização não seria vedada. A eficácia de tal dispositivo independe de expedição de novo ato legal ante a existência de rito próprio para a constituição e exigência de créditos tributário em âmbito federal, consubstanciado no Decreto nº 70.235/1972. A Medida Provisória nº 66/2002, pretendeu estabelecer um rito prévio ao lançamento no qual o contribuinte, caso concordasse com a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos pelo Fisco, poderia efetuar, no prazo de 30 dias, o pagamento sem a incidência de multa. Caso discordasse, sofreria o lançamento dos tributos, com aplicação da multa de ofício, que se submeteria, no âmbito federal, ao rito previsto no Decreto nº 70.235/1972. Com a rejeição dos dispositivos da MP. 66/2002 perderam os contribuintes a oportunidade desse "rito prévio", mas nenhum prejuízo sofreu a aplicação das normas de constituição e exigência do crédito tributário previstas no decreto do PAF, que de resto já regulavam toda a relação processual entre o Fisco e os contribuintes na esfera federal". (Acórdão 1302-002.622 Data da Sessão 13/03/2018).

IMPUGNAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO.

Tendo em vista ter a contribuinte efetuado o recolhimento de parcela da infração autuada, renunciando, de forma expressa em sua impugnação, ao julgamento administrativo, entende-se parcial a impugnação, inexistindo litígio quanto à parte paga.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em seqüência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou, diretamente, a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência do direito de amortização do ágio à pessoa jurídica distinta daquela que adquiriu, com ágio, a participação societária de pessoa não vinculada.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.

É descabida a amortização de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura da empresa investida, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação entre controladora e controlada, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2013, 2014

CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO. ÁGIO.

Como os lançamentos envolvendo ágio afetam diretamente a escrituração contábil da entidade, têm influência sobre a apuração da CSLL.

LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão proferida pela Turma de Julgamento *a quo*, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, no qual repisa os argumentos apresentados em sede de Impugnação Administrativa, inclusive com relação às preliminares levantadas naquele apelo.

Em um primeiro momento, os autos foram distribuídos perante a 1ª Turma, da 4ª Câmara, da 1ª Seção de Julgamento do CARF. Contudo, nos termos do despacho de encaminhamento de fls. 1089, a Conselheira daquela Turma de Julgamento que havia sido

designada como relatora declarou-se como impedida de analisar o feito, nos termos dos artigos 42, § 1º e 2º, e 44, § 1º, do Anexo II do RICARF.

Desta feita, sendo determinado novo sorteio perante à 1^a Seção de Julgamento do CARF, os autos foram distribuídos a este relator para julgamento.

É este o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DA TEMPESTIVIDADE.

Como se denota dos autos, o contribuinte foi intimado do resultado do julgamento no dia 19/06/2019 (fls. 1.002), sendo que no dia 20/06/2019 foi feriado Nacional (“Paixão de Cristo”). Desta forma, o Recurso Voluntário foi apresentado em 19/07/2019, conforme comprovante de fls. 1.004, ou seja, o Recurso ora em análise foi apresentado no prazo de 30 dias, como fixado no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, por cumprir os demais requisitos de admissibilidade, o Recurso Voluntário deve ser conhecido e analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DAS PRELIMINARES

No Recurso Voluntário, como relatado alhures, a Recorrente apresenta três preliminares de nulidade, quais sejam: (i) cancelamento do Auto de Infração à Luz da Jurisprudência da época e do artigo 24 da LINDB; (ii) Nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação – Inexistência de base legal para a desconsideração de negócios jurídicos validamente praticados; e (iii) Decadência do direito de questionar a formação do ágio Arcelor.

Desta feita, antes de se passar à análise do mérito propriamente dito, se faz necessária a verificação das preliminares levantadas. É o que se passa a fazer.

DO CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA ÉPOCA E DO ARTIGO 24 DA LINDB.

Na primeira preliminar apontada pela Recorrente, esta aduz que “*grande parcela da orientação jurisprudencial, ao tempo das operações que levaram à amortização do ágio, reputava legítima a dedutibilidade das despesas com ágio em operações engendradas nessas circunstâncias*”.

Aduz, neste sentido, que, o presente caso deve “ser analisado à luz da jurisprudência administrativa majoritária existente à época, nos termos do artigo 24 da LINDB.”, uma vez que a intenção da referida norma é de “*regular a interpretação de todo o Direito Brasileiro - no qual, por óbvio, se inclui o Direito Tributário - , reforçou a necessidade de observância aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade. Como efeito, as decisões administrativas e judiciais devem levar em consideração a interpretação verificada a época dos atos praticados, sendo incabível que modificações interpretativas retroajam em malefício de contribuintes que atuaram de boa-fé*”.

Não se pode dar guarida a este argumento. Explica-se.

Em primeiro lugar, em que pese a Recorrente afirmar que o “*Auto de Infração tem por base interpretações extremamente minoritárias à época dos fatos, o que o macula com um alto grau de indeterminação e instabilidade*”, não se pode falar em um entendimento majoritário consolidado, até mesmo porque, se houvesse essa consolidação, ela teria sido transformada em uma súmula vinculante.

Não se desconhece, é claro, que os julgados no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, notadamente no que tange à interpretação e aceitação dos chamados Planejamentos Tributários, sofreram (e ainda sofrem) significativas mudanças. Se antes se aceitava qualquer tipo de operação, desde que fosse lícita, atualmente, alguns julgados se preocupam e consideram o chamado “propósito negocial” para validar ou não determinada operação realizada pelos contribuintes.

Em que pese a posição deste relator, quanto a desnecessidade de existência de um propósito negocial, como será demonstrado mais adiante, não se pode afirmar, com toda venia, que havia uma jurisprudência consolidada quanto aos planejamentos tributários, em especial naquelas discussões que envolviam a amortização do ágio, como no presente caso, tanto que, reitere-se, no Recurso Voluntário, não foi citado nenhum acórdão proferido no âmbito do CARF que respaldasse as operações realizados pela Recorrente e que foram questionadas pela fiscalização.

Por outro lado, em julgados já proferidos pelo CARF, tem-se entendido que o artigo 24 da LINDB não tem por objeto regulamentar o lançamento fiscal e as decisões proferidas no PAF. É que, quando se analisa a redação do dispositivo, pode-se concluir que ele “*simplesmente determina que, se a Administração pratica ato que gera uma situação consolidada (por exemplo, emite uma licença de funcionamento, assina um contrato, autoriza um pagamento), a mudança posterior de entendimento sobre a validade deste ato não pode afetar a situação consolidada que a própria Administração gerou*” (acórdão n.º 1402-003.858 – Sessão de 16 de abril de 2019). Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.(Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O que se percebe é que o objetivo do artigo em comento é a proteção dos atos administrativos já consolidados (tais como atos, contratos, acordos, processos, licenças, alvarás), evitando invalidações retroativas pelos órgãos de controle.

Ademais, o dispositivo não obriga o auditor fiscal, que efetua o lançamento do crédito tributário, a seguir a “jurisprudência consolidada” do Tribunal Administrativo. Pensar desta forma, seria como engessar por completo a atividade de construção da norma pelo interprete da legislação e, mais especificamente, do lançamento de ofício do crédito tributário, em que a fiscalização, diante de eventos praticados pelos contribuintes, os transforma em fatos jurídicos.

E, não se pode argumentar, ainda, que o ato de lançamento do contribuinte, de acordo com a “jurisprudência consolidada” também estaria protegido pelo citado artigo, o que

proibiria a sua revisão pela autoridade fiscal. Não se pode perder de vista, neste ponto, que o ato de lançamento é privativo da autoridade fiscal, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Nos tributos sujeito ao lançamento por homologação, em que pese, em um primeiro momento, ser obrigação do contribuinte constituir o crédito tributário, cabe à autoridade fiscal revisar aquele ato, homologando-o ou não. E este ato de homologação – seja ele tácito ou expresso – é que é protegido pelo artigo 24 da LINDB. Desta feita, não poderia a fiscalização, alterar o seu ato, de forma contrária à jurisprudência dominante à época em que houve a homologação do lançamento.

Inclusive, esta Turma de Julgamento, em composição diversa da atual, já se manifestou neste sentido. Confira-se:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 24 DA LINDB.
INAPLICABILIDADE.

Inaplicável o art. 24 da LINDB aos julgamentos no âmbito do contencioso administrativo tributário, já que não tratam da revisão de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

O transrito artigo 24 da LINDB, portanto, não alcança os atos privados, realizados pelos contribuintes, na declaração e apuração dos tributos devidos, mas sim os atos administrativos realizados pela Administração Pública. (acórdão nº 1302-003.821 – Sessão de 14/08/2019)

Este entendimento prevaleceu, sendo pacificado no âmbito do CARF com a publicação da súmula 169, que tem a seguinte redação: “*O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal*”.

Por todo o exposto, VOTA-SE por REJEITAR a preliminar de nulidade ora analisada.

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

Em outra preliminar apresentada, a Recorrente alega que, no lançamento que constituiu o crédito tributário, a autoridade fiscal teria deixado de indicar o dispositivo legal que autorizaria a desconstituição do negócio jurídico, afirmando, assim, que “não houve qualquer inobservância à legislação por parte da Recorrente.”

Neste sentido, afirma que “*ao furtar-se do dever legal de fundamentar as infrações apontadas ou fundamentá-las em regras genéricas, sem conexão direta com os fatos discutidos, a Autoridade Lançadora incorreu em verdadeiro vício de motivação*”.

Em síntese, assim, a Recorrente afirma que o negócio jurídico por ela praticado não poderia ser requalificado, nem com base no artigo 187 do Código Civil, uma vez que a figura do abuso de direito não poderia ser invocada no âmbito do Direito Tributário, tampouco com base no artigo 116 do CTN, já que esse dispositivo tem uma eficácia limitada.

Não se pode concordar com o argumento da nulidade da autuação, aduzido pela Recorrente.

De pronto, não se pode deixar de consignar que as hipóteses de nulidade do atos praticados pela autoridade fiscal, devidamente elencadas no artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, são limitadas. Veja-se a redação do dispositivo legal:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

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

Contudo, vez ou outra, há uma certa confusão das partes quando invocam a nulidade do procedimento, quando, na verdade, se está se aduzindo uma questão de mérito, como no caso, por exemplo, de uma interpretação equivocada da legislação por parte da fiscalização. Neste sentido, são precisas as colocações da Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, na declaração de voto constante do acórdão de nº 1402-003.857 (Processo nº 16561.720171/2016-17). Veja-se:

Sendo assim, esclarecedor o posicionamento de CELSO RIBEIRO BASTOS que enuncia ser nulo o ato "que apresenta vícios de legalidade atinentes à competência, ao objeto, ao motivo, à forma e à finalidade". (BASTOS, Celso Ribeiro Curso de direito administrativo, 2002, p. 163/164). Em outras palavras, não são quaisquer vícios de legalidade que acarretam a nulidade. O erro na interpretação dos dispositivos legais é matéria que será revista nos processos de controle do lançamento e terá como eventual consequência a improcedência do lançamento, não sua nulidade

Por outro lado, este relator não tem dúvidas de que a expressão "preterição do direito de defesa", constante no inciso II, do citado artigo 59, pode ter diversas interpretações e, por consequência, uma aplicação ampliada. Assim, qualquer ato da administração que, de alguma forma, dificulte ou inviabilize o direito de ampla defesa outorgado aos contribuintes, poderá macular o ato praticado, devendo este ser considerado nulo.

No presente caso, contudo, não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses de nulidade elencadas no citado artigo 59 do Decreto 70.235/72.

Em primeiro lugar, não há qualquer vício no ato quanto à competência da autoridade que promoveu o lançamento de ofício dos créditos tributários. Inclusive, a própria Recorrente não se insurge quanto a esse ponto.

Por outro lado, em que pese a Recorrente alegar, não há vício de motivação. Quando se analisa o Relatório de Fiscalização, o que se percebe é justamente o contrário: com base nas demonstrações contábeis e fiscais do contribuinte, das informações por esse prestadas no curso da fiscalização e com uma crítica contundente quanto aos atos societários que deram ensejo ao aproveitamento dos ágios, o agente autuante deixou bem clara a motivação do lançamento e quais os dispositivos legais foram de alguma forma infringidos pela Recorrente. Não há qualquer vício que pudesse acarretar na nulidade do lançamento.

Ademais, não houve qualquer cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Como mencionado, os fatos foram devidamente apresentados e os dispositivos legais infringidos

estão apontados de forma clara, propiciando à Recorrente o pleno exercício de defesa, que lhe é garantido pelo Texto Constitucional.

Assim, a não concordância com os apontamentos e com as conclusões da fiscalização não acarreta, por si só, na nulidade do lançamento. Caso existam imprecisões na autuação e/ou erros cometidos pela fiscalização, estes serão corrigidos quando da análise do mérito da discussão. O que é totalmente diverso da declaração de nulidade do lançamento, como foi requerido pela Recorrente.

Assim, neste ponto, REJEITA-SE a preliminar de nulidade do lançamento, uma vez que não há qualquer vício na sua motivação fática e legal.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUESTIONAR A FORMAÇÃO DO ÁGIO ARCELOR.

Na terceira preliminar de nulidade arguida pela Recorrente, esta afirma que “*o direito da Fiscalização de questionar os eventos relacionados à formação do ágio amortizado pela Recorrente já havia decaído quando da lavratura do Auto de Infração*”.

A argumentação da Recorrente seria de que “*é imprescindível que o termo inicial do prazo decadencial seja contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais, de tal modo que as Autoridades Fiscais têm o prazo de 5 anos (nos termos do art. 150, §40, do CTN), contado a partir daquela ocorrência, para eventualmente constituir o crédito tributário, (...)*”

Neste sentido, a Recorrente afirma que “*não poderia a Autoridade Lançadora questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu, repita-se, em 2007, eis que transcorreu o prazo decadencial de cinco anos entre (i) o fato que propiciou o seu surgimento (2007) e (ii) a ciência do Auto de Infração em questão (2018)*”.

Não há como acatar as argumentações da Recorrente.

É que, nos termos da Súmula 116 do CARF, foi consolidado o entendimento no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de que “*para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança*”.

Assim, considerando que as glosas realizadas pela fiscalização são relativas às amortizações do ágio realizadas nos anos-calendários de 2013 e 2014 e sendo a ciência do Auto de Infração em comento em 2018, não há que se falar em decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Portanto, sem maiores delongas, por ser a aplicação do excerto da súmula obrigatória ao julgador administrativo, VOTA-SE por REJEITAR a preliminar de decadência.

DO MÉRITO

DA FIXAÇÃO DE ALGUMAS PREMISSAS

Rejeitadas as preliminares levantadas em sede de Recurso Voluntário, passa-se a analisar o mérito da discussão.

Antes, contudo, de se analisar a acusação fiscal, os argumentos e documentos apresentados pelo Recorrente em seus apelos, ou seja, o mérito da discussão, entende-se como

necessária a fixação de algumas premissas iniciais, que serão utilizadas como fundamentação da presente decisão. É o que se passa a fazer.

DO REGRAMENTO LEGAL PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.973/13.

As discussões que envolvem a amortização do ágio são inúmeras perante este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e, a princípio, já não existem matérias a serem debatidas e/ou decididas perante o órgão julgador administrativo.

Contudo, o que se percebe é que, passados vários anos em que as primeiras demandas chegaram ao Conselho, ainda não há um entendimento consolidado. Certo é que, desde o início das discussões, já foram exarados inúmeros entendimentos com relação à interpretação da legislação e aos limites da Fazenda Pública para contestar os planejamentos tributários realizados pelos contribuintes no que tange ao aproveitamento do ágio.

E é neste norte, sempre com a intenção de contribuir com o debate, é que se fixará as premissas para análise do presente processo administrativo, partindo-se do que dispõe a legislação que regula a amortização do ágio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, os limites para se contestar os chamados planejamentos tributário e, por fim, a operação realizada pela Recorrente, que é o objeto do lançamento do crédito tributário realizado pela fiscalização.

Pois bem.

Nos termos do artigo 248, da Lei nº 6.404/76, até o advento da Lei 12.973/14, as sociedades que possuíssem investimentos relevantes em controladas e/ou coligadas deviam refletir em sua contabilidade aquele investimento, fazendo a avaliação de acordo com o MEP – Método de Equivalência Patrimonial.

Neste sentido, há de se ressaltar que, no investimento realizado por determinada entidade, esta pode se propor a pagar um valor maior do que o patrimônio líquido da entidade investida, quando tem, por exemplo, expectativa de uma rentabilidade futura. Assim, a entidade propõe-se a pagar pelo investimento um valor maior do que aquele que corresponde ao seu patrimônio líquido.

Nestes termos, o legislador, como se observa do Decreto-Lei nº 1.598/77, determinou que aquelas pessoas jurídicas que detivessem investimentos em coligadas e controladas, ao fazer a escrituração pelo MEP, deveriam desdobrar o custo destas em (i) valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da empresa investida; e, (ii) o ágio ou deságio eventualmente presente na aludida aquisição.

Confira-se a redação dos artigos 20 e 21 daquele Decreto-Lei, antes das alterações promovidas pela 12.973/14, uma vez que as estas disposições estavam vigentes à época dos fatos geradores tratados no presente processo:

Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

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

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

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

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada.

Avaliação do Investimento no Balanço

Art 21 - Em cada balanço o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as seguintes normas:

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até 2 meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda.

II - se os critérios contábeis adotados pela coligada ou controlada e pelo contribuinte não forem uniformes, o contribuinte deverá fazer no balanço ou balancete da coligada ou controlada os ajustes necessários para eliminar as diferenças relevantes decorrentes da diversidade de critérios;

III - o balanço ou balancete da coligada ou controlada levantado em data anterior à do balanço do contribuinte deverá ser ajustado para registrar os efeitos relevantes de fatos extraordinários ocorridos no período;

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item I aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades, de que trata o § 4º do artigo 20, de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente.

IV - o prazo de 2 meses de que trata o item aplica-se aos balanços ou balancetes de verificação das sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimentos relevantes que devam ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido para efeito de determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

V - o valor do investimento do contribuinte será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido ajustado de acordo com os números anteriores, da porcentagem da participação do contribuinte na coligada ou controlada.

Contudo, em que pese a necessidade de se refletir, na contabilidade, aquelas aquisições – investimentos - com ágio ou deságio, com a amortização a débito ou a crédito no lucro líquido, de início, estas amortizações tinham efeito meramente contábil, não podendo gerar qualquer tipo de efeito fiscal, ou seja, havia uma neutralidade para fins tributários. Esta era, inclusive, a determinação expressa do artigo 25 do Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Este cenário de neutralidade tributária sofreu grande alteração com a edição da MP 1.602/97 (posteriormente convertida na Lei n.º 9.532/97) que, em síntese, passou a considerar a possibilidade de dedutibilidade da despesa com ágio à fração de no mínimo 1/60 ao mês.

Interessante, neste ponto, que, na exposição de motivos daquela MP, deixou-se claro que o intuito da alteração legislativa então proposta era dar maior transparência ao aproveitamento do ágio nas operações societárias. Veja-se o que constou no texto enviado ao Congresso Nacional:

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

Assim, com o advento da Lei n.º 9.532/97, aqueles contribuintes que tinham realizado investimentos, com o pagamento de ágio ficaram autorizados a deduzir os valores para determinação do lucro real. Veja-se o que dispõe a lei em comento:

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

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

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

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

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

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

Como se observa, a própria legislação trouxe os requisitos que deveriam ser cumpridos pelos contribuintes, para que pudessem fazer jus à dedução. Em artigo denominado “Ágio Interno” e ‘Empresa-veículo’ na Jurisprudência do CARF: um estudo acerca da importância dos padrões legais na realização da igualdade tributária”, Karen Jureidini Dias e Raphael Assef Lavez¹ sintetizam, de forma bastante didática, quais seriam os requisitos impostos pela legislação, necessários para que o ágio pago pudesse ser deduzido à fração 1/60 ao mês. Confira-se:

“Em suma, da análise do direito positivo vigente até 2014 (ou até 2017, de acordo com as regras intertemporais da Lei n. 12.973/14), pode ser amortizado, para fins fiscais e à proporção de 1/60 mensal, o ágio decorrente de operações que preencham os seguintes requisitos:

(i) o ágio deve resultar da aquisição de participação societária;

(ii) o ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, correspondendo à diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial (ágio enquanto desdobramento do custo de aquisição), comprovando-se tal fundamento por meio de demonstrativo específico;

(iii) deverá haver a absorção do patrimônio, por meio de incorporação, cisão ou fusão, da controlada pela controladora ou o inverso”.

Neste sentido, em brilhante voto, o ex-Conselheiro do CARF, Luiz Flávio Neto, em que pese ter ficado vencido, por maioria, no julgamento conduzido junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais, deixa clara a possibilidade de amortização do ágio, quando cumpridos os requisitos impostos pela legislação. Veja-se as suas colocações:

Os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/97 prescreveram que, na hipótese de aquisição de investimento relevante com ágio fundado em expectativa de rentabilidade futura, com a correta adoção do MEP para apuração pela investidora do patrimônio líquido da investida e do correspondente ágio, acompanhada da fórmula operacional básica

¹ In Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL: à luz da jurisprudência do CARF: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Coordenação Marcelo Magalhães Peixoto, Maurício Pereira Faro. 1ª ed. - São Paulo: MP Editora, 2016. pág. 336.

estipulada em lei para a absorção, pela pessoa jurídica investidora, do acervo patrimonial da controlada ou coligada que justificou o ágio incorrido em sua aquisição (ou vice versa), então a consequência jurídico-tributária deve ser a amortização da fração de 1/60 por mês do ágio por expectativa de rentabilidade futura contra as receitas da empresa investida (cuja expectativa de lucratividade tenha dado causa ao ágio quando de sua aquisição). (Acórdão n.º 9101-002.805 – Processo n.º 16327.001482/201052 – Sessão de 10 de Maio de 2017).

E o que se observa da legislação que regula e possibilita a amortização do ágio é que, até o advento da Lei n.º 12.973/14, não havia qualquer vedação legal para que o ágio pudesse ser formado entre empresas vinculadas (ágio interno), desde que a operação se mostrasse real, ou seja, desde que a fiscalização não identificasse a prática de atos simulados ou dissimulados por parte dos contribuintes.

Assim, no chamado “ágio interno”, entende-se que o que se deve perseguir não é o fato de a operação ter sido realizada entre partes vinculadas e sim se a operação importou na aquisição da participação societária com pagamento de ágio e se cumpriu os demais requisitos definidos na legislação para que o ágio possa ser efetivamente amortizado.

Não se pode deixar de mencionar que as operações entre partes relacionadas podem ser mais facilmente manipuladas, na medida em que não há – ou não deveria ter – interesses contrapostos. No caso de uma aquisição de participação societária, por exemplo, não há um comprador e um vendedor em situações opostas. Por isso, esse tipo de operação é sempre visto com *grano salis* pela fiscalização.

Contudo, no caso de amortização do ágio, mesmo que haja ressalvas da fiscalização quanto ao chamado “ágio interno”, o que se percebe é que, como mencionado, até o advento da Lei 12.973/14, o ordenamento jurídico brasileiro não vedava esse tipo de operação.

Só com a vigência da nova legislação, em especial com o que restou prescrito no artigo 22 da Lei n.º 12.973/14, é que ficou vedado expressamente o aproveitamento do ágio gerado em operação realizada por partes vinculadas.

O dispositivo legal – artigo 22 da Lei n.º 12.973/14 – foi claro ao dizer que o ágio só poderia ser amortizado na hipótese de “*aquisição de participação societária entre partes não dependentes*”. E a própria lei n.º 12.973/14 trouxe o conceito do que seria partes dependentes, como se observa da redação do artigo 25. Confira-se:

Art. 25. Para fins do disposto nos arts. 20 e 22, consideram-se partes dependentes quando:

I - o adquirente e o alienante são controlados, direta ou indiretamente, pela mesma parte ou partes;

II - existir relação de controle entre o adquirente e o alienante;

III - o alienante for sócio, titular, conselheiro ou administrador da pessoa jurídica adquirente;

IV - o alienante for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro das pessoas relacionadas no inciso III; ou

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, em que fique comprovada a dependência societária.

Parágrafo único. No caso de participação societária adquirida em estágios, a relação de dependência entre o(s) alienante(s) e o(s) adquirente(s) de que trata este artigo deve ser verificada no ato da primeira aquisição, desde que as condições do negócio estejam previstas no instrumento negocial.

Ademais, o artigo 119 da Lei 12.973/14 foi bastante claro em seu artigo 119, quando estatuiu que “*esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2015, (...)*”. Mesmo que não houvesse essa previsão expressa, não se pode deixar de mencionar que o artigo 150, inciso III, da Constituição Federal de 1988 impede que a aplicação retroativa da legislação, em especial quando esta preveja a instituição ou o aumento de determinado tributo.

Por outro lado, não se pode argumentar, como fez o agente autuante, que a CVM, por meio do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, condenou as operações em que há ágio gerado internamente, ou seja, o ágio gerado sem a validação (pagamento) de terceiros independentes.

Em primeiro lugar, como demonstrado, não havia na legislação qualquer vedação à formação do ágio em operações realizadas entre partes vinculadas. Ainda, como muito bem apontado pelo ex-Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, no voto exarado no acórdão de nº 1302-001.150, não se pode dar efeito tributários (ainda mais restritivos de direitos) a uma interpretação econômica feita pela Comissão de Valores Mobiliários. Veja-se o que constou daquele acórdão:

Os julgadores do CARF prestarão um grande serviço ao Estado e a sociedade brasileiras se imprimirem segurança jurídica e isonomia ao sistema, evitando que suas decisões fiquem ao sabor lotérico do entendimento de cada conselheiro sobre conceitos vagos não positivados como, por exemplo, “falta de propósito negocial”, que não passa de uma construção jurisprudencial alienígena sem respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Da mesma forma, não me impressiona os efeitos tributários que se tenta dar a um mero pronunciamento técnico da CVM sobre ágio gerado em operações internas, se não vejamos o teor do item 20.1.7 do Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, *in verbis*:

(...)

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, “falta de substância econômica” assim como “falta de propósito negocial” não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal. (acórdão nº 1302-001.150 – Processo nº 16682.720880/2011-11 – Sessão de Julgamento em 07/08/2013) (destacou-se)

Portanto, até a edição da Lei n. 12.973/2014, não havia qualquer vedação legal para a existência do denominado “ágio interno”, não se mostrando correto afirmar como sendo ilegítima a operação de aquisição de investimento pelo simples fato de ter sido realizada por partes vinculadas.

Desta feita, o fato de se tratar de “ágio interno”, gerado a partir de operações societárias entre partes vinculadas, não pode ser o único fundamento para descharacterização da operação. Cabe à fiscalização demonstrar e, é claro, provar, que houve algum vício na realização dos atos.

Por outro lado, também não existe, na legislação, qualquer vedação para a utilização das denominadas “empresas-veículos”, assim denominadas as entidades criadas para viabilizar a aquisição de determinado investimento, mas que são absorvidas (incorporadas) posteriormente pela sociedade investida, fazendo nascer, assim, para esta última, o direito de

aproveitamento do benefício fiscal. Veja-se, neste sentido, ementa de julgado proferido por esta Turma de Julgamento:

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

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão no 1302-003.434, sessão de 20.03.2019)

Como será demonstrado a seguir, só poderão ser desconsiderados os atos praticados pelos contribuintes, caso haja, por parte da fiscalização, a comprovação da ocorrência de atos simulados e/ou dissimulados.

Neste passo, antes ainda de se verificar a operação realizada pela Recorrente, que culminou na amortização do ágio contestada pela fiscalização e que é aqui analisada, entende-se como necessária a exposição do entendimento deste relator quanto aos limites do planejamento tributário e quando os atos poderão ser desconsiderados pela fiscalização. É que se passa a fazer.

DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DOS LIMITES PARA DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em última análise, a discussão travada entre a Recorrente e o fisco federal perpassa nos limites impostos pela legislação para a realização de negócios comerciais, financeiros, societários, que podem, de alguma forma, reduzir a carga tributária das entidades envolvidas.

Assim, como não poderia deixar de ser, a presente análise se inicia do texto da Constituição Federal de 1988, que tem diversos dispositivos que dão ao cidadão plena liberdade para realizar os seus negócios, desde que sua atuação não seja contrária ao que dispõem os textos legais, ou seja, desde que não haja nenhuma ilicitude nas ações praticadas. O artigo 1º, inciso IV da CF é claro no sentido de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Já o artigo 5º, inciso II da CF/88 é cristalino, no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Por outro lado, o legislador constituinte de 1988 foi muito claro, como se depreende da redação do caput do artigo 170, ao afirmar que a ordem econômica será fundada, dentre outros princípios, na livre iniciativa. Veja-se a redação do mencionado dispositivo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Assim, não é por outro motivo que o Paulo Ayres Barreto leciona pela liberdade dos contribuintes em gerirem seus negócios, desde que atuem de forma lícita. Eis seus ensinamentos:

"(...)Saliente-se que a livre-iniciativa consubstancia princípio cujo sentido é amplo, alcançando a liberdade de empresa, de investimento, de organização e de contratação.

No âmbito Tributário, o contribuinte tem o direito subjetivo de gerir suas atividades e negócios, buscando a menor onerosidade tributária, desde que atue de forma lícita.

Como ensina Aires Barreto,

pode o contribuinte atuar dentro de um amplo espectro de alternativas igualmente lícitas, sopesando-lhes as vantagens e desvantagens, avaliando os ganhos e perdas que decorrerão de cada qual e, afinal, adotando aquela que mais vantagens ou ganhos lhe possam proporcionar, inclusive no que respeita à carga tributária que deverá suportar.

Nesse passo, somente lhe é defeso 'enveredar por trilhas que constituam ilicitude, que envolvam simulação ou fraude'. Logo, desde que se mova por 'comportamentos lícitos, não proibidos, sua atuação constituirá elisão fiscal, perfeitamente admitida, sem risco de ser confundida com a evasão fiscal - essa vedada pelo direito'.

Em síntese, os contribuintes têm o direito, constitucionalmente assegurado, de estruturarem suas negócios livremente. Trata-se de garantia que não pode ser suprimida, nem mesmo por intermédio de emenda constitucional, por força do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Magna Carta. " (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1^a ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 103 e 104)

Ademais, em que pese não ser o objetivo, neste momento, de se fazer uma reconstrução histórica da legislação pátria, no que tange às tentativas de se limitar a atuação dos contribuintes (se é que estes limites realmente existem ou podem existir), quando da realização de negócios, de alguma forma, tem como consequência a redução da carga tributária, não se pode desprezar a redação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que foi introduzido pela Lei Complementar 104/2001, da seguinte forma:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de **dissimular** a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (destacou-se)

Pela redação do artigo, não há dúvidas de que, mesmo não tendo sido editada a lei ordinária a que faz menção do citado parágrafo, uma vez caracterizada a ocorrência de atos ou negócios dissimulados, estes poderão ser desconsiderados pelo agente fiscal.

Contudo, como boa parte da doutrina admite, este dispositivo seria dispensável, uma vez que, dentro do ordenamento jurídico pátrio, já existem outros textos legais, que autorizam a desconsideração (anulação) de atos ou negócios jurídicos realizados com simulação ou dissimulação. Mas, o mais importante é que não existe nenhum texto legal que proíba a realização de negócios com a intenção de redução de tributos. Neste ponto, se vale, mais uma vez, dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto:

"Com efeito, não há enunciado prescritivo que proíba, direta ou indiretamente, a estruturação, por meios lícitos, de operação tributária com o único propósito de reduzir ou mesmo não pagar tributos. Não há regra específica que vede tal procedimento, mas figuras como a simulação e a fraude são aptas a demonstrar que a busca pela economia tributária não pode ultrapassar os limites normativos, como bem demonstra o mencionado art. 149 do CTN, em seus incisos V, VI e VII." (BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. pág. 219) (destacou-se)

Ainda neste ponto, não se pode deixar de consignar que o Supremo Tribunal Federal, em que pese ter considerado a constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 116 do CTN, apontou que esse dispositivo trata-se de uma norma de combate à evasão fiscal, ou seja, tem o condão de evitar a prática de atos ilícitos (dissimulados) praticados com o fim de reduzir, de forma indevida, a tributação. Transcreve-se, neste sentido, trecho do voto proferida pela relatora, Ministra Cármem Lúcia, nos autos da ADI 2446 / DF²:

Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

(...)

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação "norma antielisão" é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal. (destacou-se)

Desta feita, pode-se chegar à uma primeira conclusão neste tópico: o propósito negocial, para fins de aferição da legalidade ou não de eventual planejamento tributário, não é um requisito essencial. E mais: não se pode perder de vista que o administrador/sócio de qualquer entidade tem como dever a busca de eficiência em todos os aspectos, inclusive os econômicos, que podem ser tributários, ainda mais nos dias atuais, em que a carga tributária é extremamente relevante no dia a dia das empresas.

Não se pode dar ao aplicador da lei (*in casu*, o agente autuante) a possibilidade de questionar o intento negocial das empresas nos chamados planejamentos tributários, uma vez que este pode se dar por diversos motivos, inclusive com o fito de reduzir a carga tributária. O que se pode, deve-se ressaltar, é se verificar a legalidade das operações e a prática ou não de condutas simuladas, dissimuladas ou fraudulentas. Não mais do que isso. Neste sentido, são os ensinamentos do Professor Ives Gandra Martins:

² Eis a ementa da decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 104/2001. INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: NORMA GERAL ANTIELISIVA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGALIDADE ESTRITA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADAS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI 2446, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 26-04-2022 PUBLIC 27-04-2022)

Não há, no Direito Tributário brasileiro, regido pelo princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei tributária, a figura desconsiderativa, nem o princípio de que, à falta de propósito negocial, o planejamento fiscal, que apenas objetive reduzir a carga tributária, utilizando-se do instrumental legal existente, seja ilegal. Tal interpretação fere direitos fundamentais do contribuinte. Viola o inciso I do artigo 150 da CF. Desfigura a moral impositiva e produz desconfiança de que, para gerar “superávits primários” – cada vez mais difíceis, em face da esclerosada máquina burocrática, que consome 37% de tributos em relação ao PIB -, hoje é mais importante do que arrecadar a lei. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Planejamento Tributário e Legalidade. In Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, 18º Volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014. Págs. 226 e 227)

Sabe-se que parte da doutrina e da jurisprudência, em especial a administrativa, têm dado outros contornos ao tema, arrimados na importação de doutrina estrangeira trazida ao Brasil. Vários julgados deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais buscam o propósito negocial dos contribuintes (que não seja apenas a redução de tributos), para validar planejamentos tributários.

Entretanto, tem-se a convicção de que, sendo a eficiência econômica um princípio que deve ser perseguido por qualquer gestor e sendo a carga tributária extremamente relevante no dia a dia das empresas, não se pode afastar a possibilidade (e/ou facultatividade) de haver rearranjos societários, econômicos e/ou financeiros com o intuito de reduzir o pagamento de tributos.

Contudo, não se pode permitir que, na busca desta eficiência econômica, sejam praticados atos simulados, fraudulentos, em contrariedade com a lei, principalmente quando praticados entre partes relacionadas, pertencentes ao mesmo grupo econômico ou com o mesmo quadro societário.

No que tange à simulação, o Código Civil (Lei nº 10.406/02), independentemente da redação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, preceitua que é nulo o negócio jurídico simulado. Veja-se a redação do artigo 167 do CC:

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

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A doutrina civilista entende que a simulação pode ser absoluta ou relativa. O saudoso Caio Mário da Silva Pereira é cirúrgico ao conceituar o instituto. Confira-se:

"Pode a simulação ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando o ato encerra confissão, declaração, condição ou cláusula não verdadeira, realizando-se para não ter eficácia nenhuma. Diz-se aqui absoluta, porque há uma declaração de vontade que se destina a não produzir resultado. (...) A simulação se diz relativa, também chamada dissimulação, quando o ato tem por objeto encobrir outro de natureza diversa (e.g. uma compra e venda para dissimular uma doação), ou quando aparenta conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem (e.g. a venda realizada a um terceiro para que este transmita a coisa a um descendente do alienante, a quem este, na verdade, tencionava desde logo transferi-la). E é relativa em

tais hipóteses, porque à declaração de vontade deve seguir-se um resultado, efetivamente querido pelo agente, porém diferente do que é o resultado normal do negócio jurídico. O agente faz a emissão de vontade, e quer que produza efeitos; mas é uma declaração enganosa, porque a consequência jurídica em mira é diversa daquela que seria a regularmente consequente ao ato. (...) (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume 1. Rio de Janeiro, Forense, 2001. pág. 339) (destacou-se)

Portanto, na simulação relativa ou dissimulação, dois negócios existem: o aparente (o simulado) e o oculto (o dissimulado), sendo este o que as partes efetivamente desejavam realizar. Ainda, na dissimulação, nem tudo é fictício, tendo em vista que o seu objetivo é justamente ocultar a verdadeira natureza do ato praticado. Existe licitude, mas esta não representa o real negócio praticado. Fabiana Del Padre Tomé assim leciona sobre o tema:

"Para que haja simulação, é necessário (i) divergência entre a real vontade das partes e o negócio por ela declarados e (ii) intenção de lograr o Fisco. Esses são, por conseguinte, pressupostos indeclináveis da desconsideração das operações jurídicas praticadas pelos contribuintes, devendo estar demonstrado por meio de provas constituídas pela Administração (...)." (TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2008. Pág. 312).

Desta feita, chega-se à segunda conclusão deste tópico, necessária para a análise do presente caso: a fiscalização, caso demonstre (prove) que houve simulação ou dissimulação nos negócios jurídicos praticados, poderá desconsiderá-los e, com esta desconsideração, imputar obrigações tributárias de acordo com o real negócio praticado.

Todavia, não se pode perder de vista que, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, "a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções, para chegar à convicção de sua existência.". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Volume 1. Rio de Janeiro, Forense, 2001. pág. 341) Ou seja, cabe a fiscalização comprovar, mesmo que com indícios e presunções, a prática de atos simulados, descharacterizando-se assim o negócio, para que possa, ao final, constituir créditos tributários de acordo com o real negócio realizado.

Ao comentar o disposto no artigo 167 do Código Civil, Paulo Ayres Barreto chega a esta mesma conclusão. Confira-se:

"Consoante a dicção legal, a simulação pode decorrer (i) da interposição de pessoa(s); (ii) da ocultação da verdade; e (iii) da oposição de data falsa. Por se tratar de hipótese de nulidade, prescreve o art. 168 do CC que a ocorrência de simulação pode ser alegada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Públíco, quando lhe couber investir. Nessa perspectiva, as Fazendas Públícas, prejudicadas por força da verificação de ato ou negócio simulado, têm legitimidade para pleitear o reconhecimento judicial da simulação perpetrada." (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1ª ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 143)

Ainda, há que se posicionar no sentido de que a figura do abuso de direito, invocada pela fiscalização na autuação ora em análise, para desqualificar as operações societárias praticadas, no sentido que elas seriam ilícitas, não pode ser utilizada no âmbito do Direito Tributário, porque se estaria, em última análise, utilizando-se de analogia para a caracterização do fato gerador, o que, como sabido, é vedado pelo § 1º, do artigo 108, do CTN.

Mais uma vez, se vale dos ensinamentos de Paulo Ayres Barreto, que leciona no sentido de que o abuso de formas jurídicas deve ser tomado como um indício de dissimulação, mas nunca para fins de requalificação do negócio jurídico praticado. Veja-se a sua conclusão:

“(...) fato que nos autoriza a afirmar que só poderá ocorrer a requalificação de fatos relatados pelo particular, por parte da autoridade administrativa, se restar comprovada a simulação ou dissimulação. Abuso de direito, qualificado nos termos do Código Civil, poderá ser representativo de mero índice de simulação ou dissimulação. Todavia, se não restar comprovada a ocorrência de simulação ou de dissimulação, não haverá autorização para requalificação fática com base na alegação de abuso de direito. Prevalecerá a norma especial de direito tributário, não se aplicando a geral de direito privado.” (BARRETO, Paulo Ayres. Planejamento tributário: limites normativos. 1^a ed. - São Paulo: Noeses, 2016. págs. 206)

Assim, por todo o exposto até aqui, podem ser fixadas as seguintes premissas: (i) com a edição da Lei n.º 9.532/97 (fruto da conversão da MP n.º 1.602/97), o ágio passou a ter efeitos tributários; (ii) até o advento da Lei 12.973/14, a legislação não vedava a amortização do ágio em operações realizadas por partes vinculadas, o chamado “ágio interno”; (iii) a fiscalização, caso demonstre que houve simulação ou dissimulação nos atos praticados, poderá desconsiderá-los e, com esta desconsideração, imputar obrigações tributárias de acordo com o real negócio praticado entre as partes, não se admitindo o abuso de direito como único fundamento para requalificação dos negócios praticados; e (iv) o propósito negocial, para fins de aferição da legalidade ou não de eventual planejamento tributário, não é um requisito essencial.

Com base neste entendimento, passa-se a analisar as imputações da fiscalização, os argumentos do contribuinte e, em especial, as provas carreadas aos autos.

DAS ILAÇÕES DA FISCALIZAÇÃO NO QUE TANGE ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS E DOS ARGUMENTOS E PROVAS APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE.

Quando se analisa o Termo de Verificação Fiscal, o que se percebe é que, em pese ter considerado como lícitas as operações realizadas pela Recorrente, a fiscalização entendeu que faltava a tais operações o chamado propósito negocial. Veja-se trecho do TVF neste sentido:

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

Neste ponto, pelo o que restou demonstrado acima, não há como se sustentar a acusação fiscal. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, notadamente na Constituição Federal, qualquer vedação para que os contribuintes exerçam suas atividades e se organizem de forma a ter que suportar uma carga tributária menor, menos onerosa.

Desta forma, refutando-se desde já esse argumento constante do TVF, pode-se adiantar que não há reparos a se fazer na amortização do ágio realizada pela Recorrente e que esta foi indevidamente glosada pelo agente autuante. Para demonstrar esse entendimento, contudo, é necessário discorrer sobre os atos praticados pela Recorrente e analisar as provas apresentadas.

Não se pode deixar de mencionar, que a acusação fiscal não perpassa pela constatação de prática de atos simulados ou dissimulados pelo Recorrente. O agente autuante deixa claro que a glosa está baseada em suposto “abuso de direito” praticado pelo contribuinte. Veja-se a conclusão constante do TVF:

138. O abuso de direito é definido nesses termos pelo atual Código Civil: (...)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

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

Entretanto, como demonstrado nas premissas acima fixadas, os atos praticados pelo contribuinte, que levam em consideração aspectos econômicos/financeiros, inclusive para suportar uma menor carga tributária, se não forem eivados de ilicitudes (simulação ou dissimulação, fraude), não podem ser desconsiderados pela fiscalização, uma vez que o legislador pátrio não condenou e/ou repeliu esse tipo de atitude. Pelo contrário, demonstrou-se acima que o ordenamento jurídico privilegia a livre iniciativa, repelindo apenas aqueles atos praticados de forma contrária ao direito.

Em parecer juntado pela Recorrente aos autos (fls. 971 e seguintes), o eminentíssimo Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior ao analisar a autuação consubstanciada nos autos do processo nº 10600.720.035/2013-86, que tratou dos mesmos fatos ora analisados, mas relativos aos anos-calendários de 2008, 2009 e 2010, deixa claro que a fiscalização,

(...) com o objetivo de buscar a verdadeira essência da operação, muito embora diga que, de acordo com o item 4.4.2 do Edital da OPA, as obrigações de liquidação da Ofertante Mittal Steel Company N.V estabelecidas no Edital seriam cumpridas diretamente pela ofertante ou por meio de entidade integrante de seu grupo econômico (item 195), nem fala em simulação, até porque a figura exigiria a demonstração de que o sujeito passivo teria agido com simulação. Como seu objetivo é desconsiderar a operação, com a demonstração de que o real adquirente era uma empresa do exterior, sendo esta que realmente teria procedido à operação de compra de ações, a figura da simulação não lhe aproveita o objetivo, mesmo porque não haveria como deixar de reconhecer que ela fora realizada por integrante do grupo e para atender exigência da CVM. Afinal, o problema com a operação estaria nem em declaração falsa, nem em dissimulação do fato gerador, nem em um de negócio típico para efeitos atípicos (negócio indireto), mas no uso abusivo de um direito reconhecido.

O que se percebe é que a fiscalização, sob o argumento do abuso de forma, mesmo deixando claro no Termo de Verificação Fiscal que os atos praticados não poderiam ser considerados como ilícitos, tenta glosar o aproveitamento do ágio, apenas afirmando que a aquisição que gerou este sobre preço teria sido realizada, na verdade, pela empresa estrangeira (Mittal NV), com a utilização de uma “empresa-veículo” (Mittal BR).

Não se pode perder de vista, neste ponto, como muito bem esclarecido naquele parecer, que “os ágios, cujas amortizações foram consideradas indevidas, foram registrados no contexto da oferta pública de aquisição de ações realizada pelo Grupo Mittal, em junho de 2007, em face da exigência da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), a qual entendeu ter havido mudança de controle acionário da Arcelormittal BR, dada a fusão dos grupos Arcelormittal e Mittal que estava sendo implementada no exterior (“OPA””). E esclarece o ilustre professor:

A parcela mais significativa do ágio (R\$4,15 bilhões) foi registrada em função da aquisição direta de ações da Arcelormittal BR, pela Mittal BR, na OPA. No entanto, a Mittal BR registrou também ágio em função do aumento de capital subscrito pela sócia Mittal Steel Company NV (“Mittal NV”), o qual foi integralizado diretamente na OPA, ensejando o desdobramento de novo ágio pela Mittal BR (R\$2,04 bilhões). Finalmente,

a Mittal BR registrou ágios em operações residuais de aquisição direta de ações junto ao mercado e em razão da compra de determinada parcela das ações que a Mittal NV detinha diretamente na Arcelor BR (aproximadamente R\$700 milhões).

E quando se analisa os fatos, corroborados com os documentos apresentados pela Recorrente, verifica-se que não subsiste o fundamento da acusação de que a empresa-veículo foi utilizada tão somente para dar ensejo ao ágio amortizável, ou seja, de que não havia a necessidade de esta entidade figurar na operação.

Como houve uma determinação de uma OPA no Brasil e sendo essa realizada de forma concomitante com operação na Europa, que poderia acarretar na extinção da Mittal NV – fato este devidamente comprovado pelo parecer do escritório que coordenou a operação societária no exterior –, não se poderia conceber que essa empresa (Mittal NV) fosse a adquirente das ações, caso fosse extinta.

Todos os atos praticados, em especial a utilização da Mittal BR, foram, ao fim e ao cabo, para viabilizar a OPA no Brasil, bem como para que a operação brasileira não contaminasse a reorganização societária que ocorria de forma concomitante na Europa.

Em que pese a DRJ ter entendido o contrário, também é relevante o argumento da Recorrente, no sentido de que o “*Capítulo III - Seção 2. Mercado de Renda Variável - Item 2.4 do Manual de Procedimentos Operacionais da BOVESPA, o qual prevê que a liquidação financeira das operações realizadas em seu recinto, tal como a OPA, deverá ocorrer em até três dias úteis contados da data do leilão. Assim, a ausência de subsidiária constituída no Brasil poderia implicar atrasos na liquidação da Oferta, tendo em vista que a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata*”.

Ora, qual a alternativa poderia escolher as entidades envolvidas na OPA: correr o risco de não cumprir com os prazos estipulados pela CVM ou criar uma estrutura que desse segurança no cumprimento desses prazos? Não se tem dúvidas de que o caminho mais conservador era o melhor a ser escolhido pelos gestores.

Por outro lado, como a própria fiscalização deixa claro, não houve qualquer vício no que diz respeito ao cumprimento da legislação brasileira, notadamente ao que restou disposto na Lei nº 9.532/97. Como se não bastasse, a fiscalização não contesta e aponta vícios nos laudos de avaliação, o que demonstra que as aquisições com ágio cumpriram o que determinava o ordenamento jurídico pátrio à época das operações.

Já a acusação no que tange ao “ágio interno”, que teria sido gerado em decorrência da integralização de capital realizada pela Mittal NV na Mittal BR e das operações de compra e venda celebradas entre a Mittal BR e Mittal NV, também não pode prosperar.

Veja-se o que constou da acusação fiscal:

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

- a) R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA;
- b) R\$148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado de balcão;
- c) R\$339.138.066,90 em julho de 2007, decorrente de contrato de compra e venda de ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas por Mittal Steel Company N.V. na opção de pagamento misto – ARCE11L, o qual foi celebrado em 31/07/2007 entre Mittal Steel Company N.V. e Mittal Steel Brasil Participações S/A.;

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

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

(...)

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

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

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

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

202. Não obstante todo o ágio já ter sido fulminado por essa fiscalização, conforme descrito anteriormente até o item 198 deste Termo, essas duas parcelas dos ágios (R\$339.138.066,90 e R\$2.039.002.326,30) escriturados na MSBP revelam ainda vícios adicionais, uma vez que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) no exterior e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Não há uma geração de riqueza nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A.

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

Não se concorda, neste sentido, com a afirmação da Turma de Julgamento *a quo* de que “não há independência e/ou não preponderância entre as partes. Não há equilíbrio de

forças, já que o ágio surge de uma relação entre controlada e controladora. É dizer, havendo ou não perspectiva de rentabilidade, as decisões corporativas determinariam a assunção do controle das empresas, o registro do ágio e a reorganização societária capaz de torná-lo dedutível tributariamente.”

O que se percebe, em verdade, é que, em que pese haver um acordo prévio das partes no negócio que seria realizado, esse fato não pode ser imputado como sendo uma falta de independência dos envolvidos. O objetivo era comum, mas os interesses antagônicos. Este entendimento já foi proferido pelo CARF. Confira-se:

LEGITIMIDADE DO ÁGIO. PARTES INDEPENDENTES. AMORTIZAÇÃO ÁGIO T4U. RESTABELECIMENTO DA DESPESA.

Do ponto de vista negocial - que é o enfoque relevante para fins de verificação da legitimidade de ágio -, mesmo que combinem a estruturação de um negócio, as partes permanecem ocupando pólos de interesses antagônicos, desde que não submetidas a um comando único. Em outras palavras, o fato de as partes interessadas conjuntamente definirem a estruturação do negócio não retira delas o atributo de independência, caso se verifique que não se encontrem submetidas a um único polo de interesses. (Acórdão no 1401-003.082 - Sessão de 22.01.2019)

No presente caso, ficou demonstrado que o Grupo Arcelor e o Grupo Mittal não eram um só grupo quando da formação do ágio no Brasil, que foi classificado pela acusação fiscal como sendo “ágio interno”. É que reorganizações societárias no exterior se deram de forma concomitante. Em que pese ter sido esclarecido no Recurso Voluntário que “durante o período em que ocorreu aquisição da quase totalidade das ações da Arcelor BR não houve quaisquer movimentações societárias efetivas no exterior. Durante esse período, apenas existiam os compromissos assumidos no MOU”.

Assim, independentemente do entendimento fixados nas premissas acima de que, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, não havia qualquer impedimento quanto a formação do chamado “ágio interno”, no presente caso, ficou demonstrado que o ágio amortizado, na parte em que a fiscalização aponta um segundo vício na operação, por se tratar supostamente de “ágio interno”, este não restou caracterizado.

Por fim, cumpre apontar que não há reparos a se fazer no acórdão recorrido, quando afirma que a fiscalização se equivocou no ponto em que critica a amortização do ágio que já havia sido amortizado contabilmente antes da incorporação. Veja-se o que constou na decisão recorrida:

A fiscalização questiona, em acréscimo às demais razões já expostas, a indedutibilidade de parcela do ágio (R\$ 14.872.515,96) por ter sido amortizada anteriormente à incorporação.

Expõe a contribuinte que tal parcela fora objeto de amortização contábil, mas não fiscal. Somente teria sido deduzida da base de cálculo dos tributos após a incorporação.

Neste ponto, considera-se equivocado o entendimento da fiscalização, tendo em vista a separação existente entre escrituração fiscal e contábil e a previsão expressa no sentido de que o ágio poderá ser deduzido após a incorporação, guardadas as regras definidas na Lei. O fato de a contribuinte ter procedido à amortização contábil de parcela do ágio em nada influencia a possibilidade de posterior dedutibilidade fiscal, caso observadas as regras para tanto. (destacou-se)

Neste sentido, são precisas as colocações da Conselheira Lívia De Carli Germano, consignadas no voto consubstanciado no acórdão de nº 1401001.908, cujas razões de decidir aqui se adota, *in verbis*:

A leitura dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 (regulamentados no artigo 386 do RIR/99) permite concluir que o tratamento **tributário** do ágio (isto é, a amortização **da base de cálculo dos tributos**) pode ser conferido ainda que o ágio tenha sido amortizado contabilmente, tanto é que os dispositivos se aplicam ainda que as sociedades não estejam obrigadas a seguir o método de equivalência patrimonial. Veja-se (grifos nossos):

Lei 9.532/1997

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória n.º 135, de 30.10.2003)

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "a" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa; II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "c" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar:

- o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

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

§ 4º Na hipótese da alínea "b" do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos e contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente.

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

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

a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido; b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

RIR/99

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

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

(...)

O que se percebe é que, sob tal legislação, o ágio a ser amortizado da base de cálculo do IRPJ e da CSLL está completamente desvinculado de seu registro contábil; o valor do lucro apurado contabilmente será ajustado nos livros fiscais, assim como o valor do ágio a ser amortizado da base de cálculo dos tributos será controlado na escrituração tributária -- especificamente, na Parte B do LALUR/LACS.

A legislação não faz qualquer diferenciação entre o ágio amortizado contabilmente e aquele ainda não amortizado, devendo-se assim conferir a ambos exatamente o mesmo tratamento tributário previsto no artigo 7º da Lei nº 9.532/97, uma vez que a amortização na escrituração contábil não tem repercussão fiscal, sendo controlada na Parte B do LALUR.

De se ressaltar que não há nenhuma omissão legislativa aqui. O legislador não se “esqueceu” de mencionar que o ágio já amortizado contabilmente, antes dos eventos de incorporação, fusão ou cisão, não seria passível de aproveitamento fiscal; apenas não quis que assim o fosse. Daí a simples remissão, feita no caput do artigo 7º da Lei nº 9.532/1997, ao ágio apurado de acordo com o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, sendo absolutamente indevida qualquer interpretação que busque conferir à ausência de menção ao ágio não amortizado o caráter de “esquecimento” do legislador a ser suprido pela lavratura de autos de infração.

Portanto, a previsão legal existe, é clara, literal e possui lógica substanciada na legislação tributária: o ágio a ser amortizado em razão do evento de incorporação é aquele apurado nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, qual seja, custo de aquisição menos o valor de patrimônio líquido do investimento adquirido, sem a exclusão de qualquer outra parcela, uma vez que o ágio amortizado na escrituração contábil antes dos referidos eventos não tem nenhuma repercussão de natureza tributária, devendo ser adicionado ao lucro líquido e controlado na Parte B do LALUR/LACS.

Assim, restou demonstrado que, por qualquer ângulo que se analise a autuação, esta não deve subsistir.

Por todo o exposto, VOTA-SE por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para, reformando a decisão recorrida, reconhecer como legítima a dedutibilidade das despesas com amortização do ágio (“Ágio na Arcelor Brasil S/A”) e, por consequência, cancelar a autuação consubstanciada nos Autos de Infração ora em discussão.

Importante destacar, para que não haja dúvidas em eventual liquidação do julgado, que, *in casu*, não se discute a acusação fiscal com relação ao denominado “Ágio CST”, na medida em que, como restou demonstrado no relatório acima, o Recorrente, ao ser intimado da constituição de ofício do crédito tributário, não impugnou esta parte da autuação, promovendo o pagamento dos valores relativos ao tema exigido por meio dos Autos de Infração.

Por fim, como se está dando provimento ao Recurso Voluntário quanto ao mérito da discussão, deixa-se de analisar os argumentos e pedidos subsidiários apresentados pelo Recorrente, notadamente quanto à (i) amortização do ágio e seus reflexos em relação à CSLL; e à (ii) ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias