

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

PROCESSO	10600.720073/2018-43
ACÓRDÃO	9101-006.991 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de junho de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	ARCELORMITTAL BRASIL S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014

TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTO ADQUIRIDO PARA EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA.

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura, é necessário que a incorporação se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio em face de operações com terceiros.

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

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

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

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, acordam em: (i) quanto aos ágios de “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.” e de

“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 – ARCE11”, por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso, com retorno dos autos ao colegiado a quo para exame do pedido subsidiário em recurso voluntário quanto à suposta ilegalidade da exigência de CSLL, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca que votaram por negar provimento; votaram pelas conclusões os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e (ii) relativamente aos ágios de “R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA”, de “R\$148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado de balcão” e de “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”, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes (relator), Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por dar provimento; votou pelas conclusões do voto vencedor o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Julgamento realizado após a vigência da Lei nº 14.689/2023, a qual deverá ser observada quando do cumprimento da decisão.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes – Relator

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator designado

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Helder Jorge dos Santos Pereira Junior, Jandir Jose Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

A recorrente, Fazenda Nacional, inconformada com a decisão proferida, por meio do Acórdão nº 1302-006.303, interpôs, tempestivamente, recurso especial de divergência com julgados de outros colegiados, relativamente ao tema: **“dedutibilidade do ágio pago quando houver “interposição da empresa veículo, tão somente para carrear o ágio para dentro da empresa, não havendo assim confusão patrimonial entre a investida e a real investidora”.**

A ementa do acórdão recorrido apresenta a seguinte redação:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2013, 2014

ARTIGO 24 DA LINDB (DECRETO-LEI Nº 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 hipóteses, 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.

Foram apresentados os acórdãos paradigma nº 1402-003.905 e nº 1201-001.871, relativos à alegada divergência interpretativa, assim ementados:

AC nº 1402-003.905

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. PAGAMENTO EFETUADO POR CONTROLADORA. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

A amortização do ágio, como regra geral, é indedutível para a apuração do lucro real, bem como da base de cálculo da CSLL. A possibilidade de deduzi-la prevista no art. 386, III, do RIR/99 art. 7º, III, da Lei nº 9.532/97 e art. 10 da Lei nº 9.718/98 não pode prevalecer quando, para sua configuração, é utilizada empresa veículo para, em nome dela e com recursos provenientes de sua controladora, serem adquiridas ações com ágio da empresa que vem a ser a incorporadora e que passa a amortizar ágio de si mesma.

A condição legal de ocorrência de uma operação de incorporação, mediante extinção da investida ou da investidora, e da consequente confusão patrimonial entre elas, não pode ser admitida apenas como uma exigência formal, mas deve ser considerada como um requisito de efetivo conteúdo econômico e societário, que reflita um verdadeiro propósito negocial e não apenas uma opção empresarial dos interessados.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, o que não ocorre quando inserida no procedimento uma terceira pessoa jurídica com nítido caráter de empresa veículo.

AC nº 1201-001.871

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

(…)

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

Por meio do despacho de fls. 1.193-1.200, foi dado seguimento ao recurso em relação a ambos os paradigmas.

Mediante a peça de fls. 1.211-1.245, o contribuinte ofereceu contrarrazões, em que contesta o conhecimento e o mérito do recurso.

Quanto ao conhecimento, o contribuinte reconhece que se trata da mesma operação, mas alega que um dos acórdãos paradigma foi reformado pela Câmara Superior e que ambos não cobrem a totalidade das questões suscitadas pela PFN. Nas suas palavras:

Os acórdãos suscitados pela PGFN serviriam, quando muito, para demonstrar o cabimento do recurso em relação às discussões de empresa-veículo.

No mérito, o contribuinte descreve as operações, defende a legitimidade do ágio, assevera ser impróprio qualificar a “MITTAL BR” como empresa-veículo e que houve confusão patrimonial. Por fim, contesta a alegação de abuso de direito.

É o relatório do essencial.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Relator.

PRELIMINAR DE CONHECIMENTO

Com relação à divergência suscitada, o despacho assim se posicionou:

Pode-se deduzir do recurso especial que a divergência proposta assenta-se na impossibilidade de **dedutibilidade do ágio pago quando houver “interposição da empresa veículo, tão somente para carrear o ágio para dentro da empresa”, não havendo assim confusão patrimonial entre a investida e a real investidora.**

Em relação a esta arguição de divergência, foram indicados como paradigmas os Acórdãos nº 1402-003.905 (1ª Seção/4ª Câmara/2ª TO) e nº 1201-001.871(1ª

Seção/2ª Câmara/2ª TO), cujas ementas dispõem o seguinte, no relevante: 1º Paradigma -Acórdão nº 1402-003.905:

[Seguiram-se transcrições dos dois acórdãos]

Para fins de cotejo e demonstração da divergência jurisprudencial, a Recorrente transcreve com destaques trechos dos votos condutores do acórdão recorrido e dos paradigmas, para após concluir pela demonstração da divergência, nos seguintes termos:

Não obstante a clara divergência de entendimentos, pela simples leitura das ementas acima, seguindo-se no cotejo da análise da divergência apresentada, os trechos dos relatórios e votos condutores corroboram o ementado, reforçando a divergência jurisprudência com o acórdão recorrido:

(...)

Perceba-se que os acórdãos paradigmas analisando o mesmo arcabouço fático e jurídico, entenderam configurado o abuso de direito, tendo em vista a interposição da empresa veículo, sem qualquer propósito comercial, utilizada tão somente para carrear os recursos externos da controladora Mittal Steel Company N.V., além do fato de não ter havido a necessária confusão patrimonial para a extinção do investimento, afastam expressamente a possibilidade de dedutibilidade das despesas com amortização do ágio.

Segundo o acórdão 1201-0001.871, *“Já nos manifestamos, em outras ocasiões, pela possibilidade de utilização lícita (e, portanto, não abusiva) de uma empresa veículo, sempre que reste claramente demonstrada a sua razão de ser e finalidade ou, ainda, quando se comprove que os mesmos objetivos poderiam ser alcançados sem a sua interposição. Ocorre que, no caso dos autos, os argumentos da Recorrente não me convencem acerca da necessidade da empresa brasileira, ao menos da forma como foi utilizada. Parece-me que realmente o seu único propósito foi o de carrear para o sistema tributário e econômico brasileiro valores que posteriormente seriam deduzidos a título de despesas com ágio. Confirmam-no a sua criação específica e breve existência, a ausência de atividade econômica (conforme demonstrado pela autoridade fiscal), o recebimento integral de recursos oriundos do exterior e sua posterior extinção, numa sequência fática a cronológica que nos leva a concluir que, ao final do "filme", todo o arranjo teve por único objetivo a amortização do ágio. (...) “Percebe-se que ao final da operação, levada a cabo por meio da empresa veículo, a sociedade que efetivamente pagou o ágio, mediante transferência de recursos e capitalização, não foi extinta, assim como não o foi o próprio investimento. Isso nos leva a concluir que os procedimentos, embora formalmente regulares, não tinham qualquer propósito comercial ou racionalidade econômica que não fosse o efeito tributário desejado.*

Já o acórdão nº 1402-003.905 afirma que, *“De fato, a complexa operação engendrada não pode ser tomada esparsamente, mas como um todo e, neste contexto, os recursos aportados pela Mittal holandesa a favor da Mittal Brasil para consecução dos objetivos propostos – adquirir o controle da Arcelor – só podem levar à conclusão da indedutibilidade do ágio, mais não fosse, pelo simples fato de se tratar de ágio suportado REALMENTE por empresa localizado no exterior, ainda que, formalmente, o negócio tenha sido levado a efeito por empresa no Brasil (empresa veículo). Há mais, porém, a levar a este desenlace: a não existência da exigida “confusão patrimonial” entre investida e investidora. (...) No caso aqui tratado, a acusação fiscal foi incisiva: a real adquirente da Arcelor Brasil foi a empresa empresa a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda. Todas as operações societárias, embora formalmente válidas, foram realizadas visando também a internação do ágio e viabilizar sua amortização. Em face do ora exposto, restam claras as razões que atestam a indedutibilidade do ágio amortizado pela ARCELOMITTAL BRASIL. Em primeiro lugar, como tal “mais valia” foi assumida no exterior, não há como reconhecer a sua dedutibilidade de acordo com as leis brasileiras. Em segundo, ainda que fosse possível realizar essa análise, o ágio deduzido não observa requisito primeiro e fundamental à dedutibilidade, qual seja, não existe confusão patrimonial entre a real investidora e as investidas”.*

O acórdão recorrido diversamente dos paradigmas entendeu que *“(...) 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. (...) 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). (...) 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”.*

Perceba-se que, além do entendimento divergente acerca da qualificação jurídica dos fatos, a autuação é idêntica, assim como a operação que deu causa, uma vez que todos os casos referem-se à glosa de despesas com amortização do ágio “Ágio na Arcelor Brasil S/A” por meio da interposição da empresa veículo Mittal Steel Participações.

Desse modo, **patente a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, pois, diante de casos envolvendo a amortização do ágio oriundo das**

mesmas operações entre o Grupo Arcelor Mittal, divergiram quanto à dedutibilidade da despesa com base nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97: enquanto paradigmas entenderam pela indedutibilidade do “Ágio Arcelor Brasil S/A”, o acórdão recorrido decidiu pela dedutibilidade de tal ágio.

Logo, estando demonstrada a divergência jurisprudencial diante dos acórdãos paradigmas, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do recurso especial,

Da situação fática assemelhada:

Tanto o acórdão recorrido, quanto os acórdãos paradigmas tratam do aproveitamento da amortização fiscal do ágio referenciando o mesmo arcabouço jurídico para fatos relevantes quase idênticos, inclusive envolvendo em todos eles o processo de internalização de ágio gerado no exterior através de empresa constituída no Brasil em que há aporte de capital de outra empresa do grupo estrangeiro para a aquisição do investimento no Brasil. para na sequência, ser extinta por incorporação e permitir a amortização do ágio pago em tal aquisição.

Ademais, corroborando para a existência não só de uma similitude fática, mas também de uma identidade fática, há a peculiaridade de que todas as operações envolverem os mesmo partícipes (Recorrente, Mittal Steel Participações1 , Mittal Steel Company N.V2 etc), praticando as mesmas operações, mudando-se apenas os períodos da amortização do ágio em referência. Tal identidade fática foi também mencionada no recurso especial:

A divergência aqui é hialina, pois, independentemente das premissas fixadas pela Turma recorrida para afastar a autuação, nos autos dos processos nº 10600.720.035/2013-86 e 10600.720.031/2016-41 a mesma infração foi mantida. Tanto a 1ª Turma da 2ª Câmara, quanto a 2ª Turma da 4ª Câmara, entenderam pela indedutibilidade do ágio denominado “Ágio na Arcelor Brasil S.A.”.

Assim, enfrentando a mesma infração, ou seja, mesmos fatos, provas e fundamentos, os Colegiados divergiram quanto à possibilidade de dedução do ágio amortizado pela contribuinte autuada. Enquanto os acórdãos paradigmas entenderam pela indedutibilidade, em razão da interposição da empresa veículo, tão somente para carrear o ágio para dentro da empresa, sendo a real adquirente a controladora estrangeira; o acórdão recorrido, amparado na princípio da legalidade estrita, reconheceu a dedutibilidade do ágio, por entender ser irrelevante a interposição de empresa veículo, assim como o propósito negocial e o abuso de direito, uma vez que não restou demonstrada que houve simulação/dissimulação das operações.

(...)

(...) a autuação é idêntica, assim como a operação que deu causa, uma vez que todos os casos referem-se à glosa de despesas com amortização do

ágio 'Ágio na Arcelor Brasil S/A' por meio da interposição da empresa veículo Mittal Steel Participações."

Confira trechos dos respectivos TVFs relatados em todos os acórdãos confrontados, deixando clara a identidade fática entre os mesmos:

Excerto do TVF relatado no acórdão recorrido:

(...)

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.

(...) (Destacou-se).

Voto condutor/TVF do 1º Paradigma:

"1. Preliminarmente cabe informar que as infrações que serão tratadas mais adiante neste Termo de Verificação já foram abordadas na fiscalização realizada no mesmo contribuinte em relação aos anos-calendário de 2008, 2009 e 2010, as quais originaram Autos de Infração que foram objeto do processo administrativo 10600.720.035/2013-86 (Segundo paradigma, esclareço), cuja decisão da primeira instância administrativa foi proferida

em 08/08/2014 através do Acórdão 1452.723 5ª Turma da DRJ/RPO, a qual manteve integralmente o lançamento realizado.

(...)

“130. Portanto, resta claramente demonstrado que a real adquirente 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.

131. 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.

132. 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 é quem realmente estava adquirindo as ações da Arcelor Brasil S/A.

133. 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.

(...) (Destacou-se).

TVF relatado no 2º Paradigma:

(...)

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

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

198. O fato de a Mittal Steel Company N.V. ter criado (em curto espaço de tempo) sua subsidiária integral Mittal Steel Brasil Participações S/A para que essa última efetivamente efetuasse o pagamento no Brasil das ações da

Arcelor Brasil S/A em nada altera a substância da operação que revela que uma empresa fora do Brasil é quem realmente estava adquirindo as ações da Arcelor Brasil S/A.

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

(...) (Destacou-se).

Da existência de divergência:

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que **a recorrente logrou êxito ao demonstrar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial** em face de decisões divergentes para situações fáticas praticamente idênticas, envolvendo os mesmos partícipes.

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

De outro lado, no acórdão recorrido essa premissa jurídica da necessidade de "confusão patrimonial" entre a investida e o ágio pago pela sua aquisição pelo real investidor é flexibilizada ou praticamente desconsiderada na medida em que não se vislumbra qualquer irregularidade nessas operações societárias em que restou configurada a utilização lícita de interposição de pessoa jurídica com propósito negocial. No caso específico, não se vislumbrou qualquer óbice ou abuso de direito para considerar a **Mittal Steel Brasil Participações S/A** (considerada "empresa veículo" pela Fiscalização) que recebeu aporte de capital estrangeiro do mesmo grupo econômico para que essa última efetivamente efetuasse o pagamento no Brasil das ações da Arcelor Brasil S/A, para na sequência de operações ser a referida empresa denominada veículo ser extinta por incorporação e assim permitir a **Arcelor Brasil S/A** (Recorrente) amortizar o

ágio pago na aquisição original em que o real investidor, no exterior (Mittal Steel Company N.V. - Holanda) não poderia fazê-lo.

Observar que independente do fundamento levantado pela fiscalização dos presentes autos no que diz respeito a haver ágio interno (e que foi rejeitado pelo acórdão recorrido), o que importa é que o fundamento da ausência de confusão patrimonial presente de forma sólida em ambos os paradigmas por si só dá sustentação ao presente auto de infração.

Além disso, como bem pontuou a Recorrente:

A divergência aqui é hialina, pois, independentemente das premissas fixadas pela Turma recorrida para afastar a autuação, nos autos dos processos nº 10600.720.035/2013-86 e 10600.720.031/2016-41 a mesma infração foi mantida.

Conclusão:

Por todo exposto, proponho que seja admitida a matéria arguida, em relação aos dois paradigmas apresentados.

O despacho foi bastante acalentado, em que se reproduziram trechos amplos dos acórdãos contrapostos. De nosso bordo, vejo que se trata da mesma operação e a qualificação fática “empresa-veículo” foi enfrentada em todos com deslindes divergentes.

Tanto é assim que, nas contrarrazões, o contribuinte pede o não conhecimento em razão de que um dos acórdãos ter sido revertido na Câmara Superior, enquanto o outro (ambos, no seu dizer) só poderia ser adotado para o enfrentamento de questões atinentes a “empresa-veículo” e não outras que a Procuradoria supostamente pretende ver tratadas pelo apelo especial.

Pois bem, são justamente os efeitos da “empresa-veículo” e a questão consequente da confusão patrimonial entre o real investidor e a investida a que se deu seguimento no recurso, com o que concordo para conhecer o recurso da Procuradoria.

MÉRITO

O Acórdão nº 9101-006.381, de 6 de dezembro de 2022, que tratou da mesma operação e relativamente à mesma questão fático-jurídica, o voto vencido traz um bom resumo da lide. Segue a transcrição nessa parte:

Sobre a formação do ágio na ARCELOR BRASIL, em breve síntese, decorreu de operação cuja origem remonta à fusão, no exterior, de dois conglomerados do setor mundial de aços, ARCELOR (Luxemburgo) e MITTAL STEEL (Holanda).

A ARCELOR detinha participação (67%) na ARCELOR BRASIL, que era a “holding” brasileira dos ativos operacionais.

Em “Oferta de Permuta”, deu-se a união da ARCELOR e da MITTAL STEEL. No Brasil, a CVM, considerando ter havido uma alienação indireta do controle da

ARCELOR BRASIL, determinou realização de OPA das ações da controlada brasileira para preservar o direito dos acionistas.

Foi criada a MSBP (subsidiária da MITTAL no Brasil), identificada pela autoridade autuante como “empresa-veículo”.

A MITTAL STEEL integraliza o capital da MSBP via remessa de recursos. A MSBP efetua a aquisição de ações da ARCELOR BRASIL com sobrepreço (ágio).

Na sequência, a ARCELOR BRASIL incorpora a MSBP, e três dias depois, a Contribuinte incorpora a ARCELOR BRASIL, e passa a amortizar o ágio, por entender ter restado concretizada a hipótese de incidência prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

Na sequência, o ilustre relator, Conselheiro André Mendes de Moura, assim se posicionou acerca do emprego da empresa veículo para fins de viabilizar a amortização de ágio:

Ocorre que não assiste razão à Contribuinte.

A transação **efetivamente concretizada** teve como **investidora** a MITTAL STEEL, na aquisição dos investimentos localizados no Brasil.

A empresa MSBP, serviu deliberadamente para transportar o ágio relativo à aquisição do investimento para a Contribuinte, razão pela qual é classificada como **"empresaveículo" nos presentes autos**. Recepcionou os recursos para aquisição da ARCELOR BRASIL e, ato contínuo, foi incorporada pelo investimento.

Empresa de papel, artificial, criada especificamente para criar despesa tributária de amortização de ágio fictícia. Transcrevo constatações da autoridade autuante sobre a MSBP:

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

(...)

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

172. No Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica consta a informação que a data da abertura da empresa MSBP foi 30/11/2006. E essa data não é casual, pois em 25 de setembro de 2006, a CVM emitiu uma decisão final

segundo a qual, para fins do-Artigo 10 do Estatuto Social da Arcelor Brasil e, de acordo com o artigo 254-A da Lei 6.404/76, as operações contempladas no âmbito da Oferta de Permuta geraram uma obrigação para que a Mittal Steel Company N.V. apresentasse oferta pública decorrente de alienação de controle para a aquisição de todas as ações-detidas por acionistas minoritários-da Arcelor Brasil S/A, vale dizer, já sabendo em 25 de setembro de 2006 que seria compelida a realizar uma OPA, a MSCNV tratou de providenciar a criação de uma empresa no País para que a mesma fosse o veículo do ágio dedutível almejado.

173. A MSBP nasce em 30/11/2006, sob as condições citadas acima, apresentando DIPJ do ano-calendário de 2006 como inativa, tendo movimentações próximas a zero nos meses de janeiro a maio de 2007 (conforme DIPJ) antes de haver o vultoso aporte de capital externo de sua controladora: Mittal Steel Company N.V., realizado nos meses de junho e julho de 2007, para nesses mesmos meses de junho e julho, e complementarmente em agosto de 2007, efetuar a aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A e, depois de cumprido seu papel formal, ser incorporada logo em 28 de agosto de 2007, pela própria Arcelor Brasil S/A; no modelo conhecido como incorporação às avessas ou reversa. Três dias após, ou seja, no dia 31/08/2007 Arcelor Brasil S/A é incorporada pela Arcelor Mittal Brasil S/A (antiga Belgo Siderurgia).

(...)

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

179. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND1450574, atestam que o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero! Exatamente isso "0" (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada uma pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevermos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional".

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

(...)

206. A criação da MSBP (empresa veículo efêmera, desprovida de realidade fática e mero caixa da MSCNV) consistiu numa operação sem fins econômicos, mas montada apenas para tentar reduzir a carga tributária via amortização de ágio contabilizado na veículo.

(...)

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

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

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

217. A interposição de uma empresa-veículo, casca e configurada como mero caixa da subsidiária integral revela os traços da dissociação entre o objeto perquerido (aquisição das ações da) Arcelor Brasil S/A pela MSCNV) e a forma externada.

Diante de todo o escrito no presente voto, a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item II.1.8 do voto).

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação do investimento, mas sim da empresa MSBP, denominada como “empresa-veículo”. Não esteve presente a investidora, MITTAL STEEL, **aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição** (vide item II.1.7 do voto).

E, na mesma medida, **não se consumou a confusão patrimonial** entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa MSBP tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, vez que afastou a empresa investidora do evento de incorporação.

Ainda, não se pode deixar de registrar a artificialidade da MSBP, empresa de fachada, sem funcionários, de existência efêmera, desvirtuando por completo o instituto da pessoa jurídica. Vale transcrever novamente constatações da autoridade fiscal:

179. Outro dado de extrema relevância para demonstrar que a MSBP era mero invólucro: os itens 13 e 14 da ficha 58-A da DIPJ do ano-calendário de 2007, ND1450574, atestam que o número de empregados no início de 2007 e ao final do período (20/08/2007 em virtude da DIPJ ser referente ao evento especial de incorporação) é igual a zero! Exatamente isso "0" (zero), nenhum, ou seja, uma empresa na qual não há sequer um único funcionário para desempenhar qualquer tipo de função. Aceitar que tal ente seja considerada uma pessoa jurídica exercendo atividades empresariais é aceitar o absurdo. Mais adiante descrevermos a lição de Marco Aurélio Greco quando afirma que a criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional".

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

Como se pode observar, houve uma tentativa de se empreender a **construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (tópico II.1.6 do presente voto). Não há norma de despesa que recepcione uma situação criada artificialmente. Independente da natureza do dispêndio, seja potencialmente dedutível, amortizado ou depreciado, deve decorrer de atividades operacionais da empresa, e ter origem em um esforço direcionado à geração de receitas. Impossível permitir o aproveitamento de dispêndios, independente de sua espécie, **derivados de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma **construção artificial** visando o aproveitamento do ágio concretizaria um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente e uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

Nesse sentido, **cabe ser mantida a decisão recorrida e a glosa de despesa de amortização de ágio relativa à operação ARCELOR BRASIL.**

Participamos desse julgado, cujo conteúdo concordamos na sua inteireza, razão pela qual adotamos seus fundamentos como razão de decidir no presente feito.

Cumpre-nos, porém, registrar que o contribuinte, em face da mesma exigência e em decorrência dela, ofereceu dois pedidos subsidiários com razões próprias: (i) ilegalidade da exigência na apuração da CSLL e (ii) não incidência de juros sobre a multa de ofício.

A questão dos juros sobre multa de ofício é objeto da Súmula CARF nº 108, cuja força é vinculante e, desse modo, não há que se perquirir acerca de eventual cerceamento de direito de defesa em razão de o colegiado *a quo* não ter se manifestado sobre o tema.

Todavia, o mesmo não se pode dizer acerca da questão específica acerca da CSLL, pois, uma vez superada a razão que afastou a exigência principal e a exigência decorrente (CSLL), o feito deve retornar à turma recorrida para que prossiga no julgamento em relação à razão subsidiária e específica oferecida pela defesa em relação à CSLL.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional para, no mérito, dar provimento com o fito de restabelecer a exigência e determinar o retorno dos autos à turma recorrida com o propósito de prosseguir o julgamento quanto ao pedido subsidiário de ilegalidade da exigência da CSLL.

Assinado Digitalmente

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Redator designado.

Trata-se de matéria conhecida e que foi apreciada nos Acórdãos **9101-006.381**, **9101-006.894** e **9101-006.895**, julgados estes que também fui designado para redigir o voto vencedor, o qual ora reproduzo como razões de decidir contrárias aos ágios de R\$4.147.292.208,47, decorrente de aquisições via OPA; de “R\$148.467.443,05, decorrente de aquisições no mercado de balcão e de R\$99.141.918,66, decorrentes de aquisições residuais posteriores realizadas fora do leilão e após o fechamento de capital na Bolsa de Valores:

Da artificialidade da operação

Acerca da *desqualificação* da dita *empresa veículo*, venho me posicionando no sentido de que a eficácia ou ineficácia de atos ou negócios jurídicos praticados em conformidades com as formas permitidas pelo Direito, mas com a finalidade de gerar economia fiscal, deve sempre ser aferida com base nos critérios previstos exclusivamente na lei, notadamente em torno da ocorrência ou não de **simulação**, e não por motivos pessoais, ideologias, preconceitos, crenças ou importação de teorias alienígenas, sob pena de violação à livre iniciativa e estrita legalidade, princípios estes que, além de nortear a tributação, constituem valores fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

Os limites daquilo que se denomina de “planejamento tributário” – cujo propósito muitas vezes se confunde com a própria **tentativa legítima** de buscar economia

de tributos - estão restritos, além dos casos que envolvem condutas ilícitas ou fraudulentas, às hipóteses de *simulação*.

Tanto é assim que o artigo 149, VII, do CTN, abaixo transcrito, permite a revisão do lançamento em casos que envolvem simulação. Confira-se:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;

Além, então, da *fraude*, onde o dolo e a falsidade integram seu próprio conceito, o fisco, no exercício de sua atividade vinculada de busca pela verdade material, tem poderes para *requalificar* atos ou negócios jurídicos quando caracterizada a *simulação*.

A redação atual do referido artigo 116 do CTN¹, aliás, tal como foi positivada após sua alteração pela LC 104/2001, a nosso ver **(i)** reforçou a *simulação* (mais precisamente o seu viés, a *dissimulação*) como hipótese que permite a requalificação jurídica dos fatos; e **(ii)** permitiu que lei ordinária crie novos critérios jurídicos para desconsiderar atos ou negócios jurídicos específicos, de modo a instituir *normas antielisivas* propriamente ditas.

Nesse ponto, não se pode perder de vista, primeiramente, que o Governo buscou assim proceder, pretendendo “incorporar” a *teoria do propósito negocial* e do *abuso de forma* no Direito Tributário Brasileiro por intermédio do artigo 14 da Medida Provisória nº 66/2002². No entanto, esse dispositivo foi rejeitado pelo Congresso Nacional quando da conversão da referida MP na Lei nº 10.637/2002, o que significa dizer que tais figuras definitivamente são estranhas ao nosso sistema jurídico tributário.

¹ 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

² Art. 14 - São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º- Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º - Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º- Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Ademais, cumpre notar que também não existe nenhuma lei *antielisiva* que proíba o uso de empresas *holding* tanto para adquirir ou deter investimentos com ágio quanto para serem extintas pelas investidas de modo a “antecipar” os seus efeitos fiscais.

É a *simulação*, portanto, que figura como uma espécie de *divisor de águas* na busca natural e legítima de economia tributária em operações societárias que implementam os chamados planejamentos tributários, dentre eles a aquisição de investimentos com participação de *holdings* para aproveitamento fiscal imediato do respectivo ágio.

Apenas na hipótese de estruturas que envolvam ato ou negócio *simulado* é que estaremos diante de caso de planejamento inoponível ao fisco, que tem o poder-dever de, nessas situações, recapitular os fatos em prol da verdade material e atingimento da efetiva capacidade contributiva. Afastada, porém, a ocorrência de *simulação* (além da fraude), estaremos diante de hipótese de *elisão fiscal*, isto é, de planejamento fiscal legítimo e assegurado ante os princípios da livre iniciativa e legalidade, de modo a preservar a eficácia dos atos e negócios tal como formalizados.

Nos dizeres de Paulo Ayres Barreto³, provadas a simulação ou a dissimulação, perdem relevo a ausência de propósito negocial e a alegação de abuso. Contudo, se não restarem comprovadas, as ações do contribuinte deverão ser plenamente respaldadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que, como aponta o professor Sérgio André Rocha⁴:

..., cada um tem uma simulação “para chamar de sua”, que só fica clara diante de casos concretos. O que um autor chama de simulação, para outro é abuso de formas jurídicas, ou fraude à lei. Somente a situação concreta é capaz de revelar se os autores concordam ou divergem e em que concordam ou divergem.

Nesse sentido, não é à toa que Marco Aurélio Greco⁵ chegou a afirmar “que hoje, em matéria de planejamento tributário, “simulação” é um conceito à procura de um significado”.

A *simulação* pode comparar-se a um *fantasma*, a *dissimulação* a uma *máscara*. É este o ponto de partida adotado na clássica obra de Francisco Ferrara⁶, civilista italiano que muito influenciou e ainda influencia a doutrina brasileira. Adepto da teoria voluntarista, leciona que o negócio simulado implica a ocorrência de uma aparência diferente da realidade. Assim, a característica marcante do negócio simulado seria a divergência intencional entre a vontade e a declaração, visando iludir terceiros.

³ Planejamento tributário: perspectivas teóricas e práticas. Revista de Direito Tributário n. 105. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 60.

⁴ Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019. P. 50.

⁵ Planejamento tributário. São Paulo: Dialética. 2011. P. 395.

⁶ A simulação dos negócios jurídicos. Trad. Dr. A. Bossa. São Paulo: Saraiva. 1939. P. 50

A crítica que se costuma fazer dessa teoria diz respeito à ausência da aludida divergência. Precisamente porque os simuladores declaram espontaneamente o que querem, não seria pertinente falar na existência de conflito entre a vontade e a declaração. É certo que não querem os efeitos, mas querem a forma do negócio; a aparência desse negócio é indispensável por razões que as levam a simular⁷.

Esse questionamento deu origem à teoria declarativista – que possuiu menor influência que a teoria voluntarista – e que, também conferindo o aspecto subjetivo à simulação, passa a sustentar que a vontade interna não possuiria significado enquanto não seja declarada, razão pela qual a simulação deveria ser vista como um conflito entre declarações. Desse modo, as partes emitiriam uma *declaração* dirigida ao público e uma *contradeclaração* para conhecimento restrito delas (um “contrato de gaveta”, por exemplo), de modo que o efeito do negócio seria neutralizado. O negócio simulado, então, não seria um negócio inexistente, mas sim uma espécie de negócio sem resultado jurídico.

O principal argumento oposto à teoria declarativista consiste no fato de que o negócio simulado não seria neutralizado por um ato posterior, já que desde sua origem corresponderia a um ato doloso e aparente. Desta forma, a *contradeclaração* não teria como revelar caráter modificativo, mas meramente declaratório. Ademais, os críticos esclarecem que a prerrogativa da nulidade advém do ordenamento jurídico, e não da autonomia da vontade⁸.

Nesse contexto, fato é que a limitação ou restrição de um conceito exclusivamente subjetivo de simulação passou a ser colocada em xeque, o que levou ao *desenvolvimento* da dita teoria objetivista (ou teoria causalista) na busca de um conceito objetivo de simulação.

Francesco Carnelutti⁹ foi um dos que inaugurou a vertente teórica objetivista no campo de estudo da simulação, a qual para o autor é um incidente relacionado à *inadequação da causa*, inadequação esta que decorre da circunstância de um ato ser querido para o atendimento de interesse diverso ou incompatível com os seus respectivos *efeitos jurídicos*.

Sob esse viés, todo ato ou negócio jurídico tem uma *causa jurídica* – ou “função típica”, que correspondente aos efeitos jurídicos que o Direito espera do negócio celebrado. A *causa*, pois, equivale às *consequências jurídicas* inerentes a cada *tipo* negocial.

Na visão de Orlando Gomes¹⁰, *não é a causa antecedente, mas causa final, isto é, o fim que atua sobre a vontade para lhe determinar a atuação no sentido de celebrar certo contrato*.

⁷ Cf. Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. A simulação no direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1980, P. 37.

⁸ Cf. Fábio Piovesan Bozza. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Quartier Latin. P. 158

⁹ Sistema del Diritto Processuale Civile, vol II. Pádua: CEDAM. 1938.

¹⁰ Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1987. P. 57.

E segundo Emílio Betti¹¹, também expoente da tese objetivista, e que não raramente costuma ser citado pela doutrina brasileira, a simulação é o resultado de um conflito insanável entre o escopo típico e a sua causa. Constatado, então, um desvio da função instrumental do contrato, também estaríamos diante de uma simulação, objetivamente considerada.

Para Heleno Tavares Torres¹²:

Causa é a finalidade, a função, o fim que as partes pretendem alcançar com o ato que põem em execução, sob a forma de contrato, para adquirir relevância jurídica. Por isso, a causa é elemento essencial do negócio, como fim de realizar uma operação apreciável economicamente, devendo ser sempre lícita e passível de tutela pelo direito positivo. E para cada contrato ou ato jurídico, somente uma causa. No contrato de venda e compra, a causa é o intuito de entregar um bem recebendo um preço correspondente. Caso seja um bem por outro, a causa já individualiza um outro contrato, o de permuta; e se não há intuito de obter o pagamento de preço, mas apenas atribui um bem a outrem, aumentando o patrimônio deste, a causa já impõe outra qualificação, o de um contrato de doação.

A propósito, o ex. Ministro Moreira Alves preleciona que a causa diz respeito à "função prática" do ato ou negócio jurídico, não podendo ser confundida com o motivo que leva à formação dos negócios jurídicos. Segundo seu magistério¹³:

Para uma compreensão mais clara dos problemas que se apresentam, é preciso, preliminarmente, fazer uma distinção fundamental para o entendimento desses meios jurídicos quem diretamente visam à obtenção de um fim, mas que indiretamente permitem que as partes que deles se utilizam alcancem um fim diverso com efeitos mais ou menos amplos. Para isso é preciso desde logo fazer a distinção, que é fundamental, entre a causa do negócio jurídico e o motivo dele. A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômico-prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa, nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem com aquela coisa objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico...

Há, ainda, manifestações doutrinárias que pretendem dar autonomia (tipicidade) ao próprio negócio simulado. É o caso da interessante obra de Luiz Carlos de

¹¹ Teoria Geral do Negócio Jurídico. Campinas: Servanda. 2008. P. 562 e 578.

¹² Direito tributário e direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. P. 141/142.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. "As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 11. Idem na palestra inaugural do XVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. "Pesquisas Tributárias - Nova Série - 10". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13.

Andrade Júnior¹⁴. Após criticar a ideia tradicional de que a simulação consiste em um defeito no negócio jurídico, o autor busca demonstrar, no negócio simulado, uma manifestação de autonomia privada típica pela qual as partes conjugam esforços para, através do engano, perseguirem um determinado resultado, e que é nula porque a lei assim estipula¹⁵.

Do ponto de vista do direito positivo, o Código Civil de 2002 inseriu a *simulação* no capítulo “*Da Invalidade do Negócio Jurídico*”, passando a ser causa de nulidade do negócio nos termos do artigo 167, *in verbis*:

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

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

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

Ao comentar esse dispositivo, Tercio Sampaio Ferraz Jr assim se manifestou¹⁶:

[...] a estrutura da mentira tem, no CC/2002 uma configuração diferente. [...] O novo Código altera o enquadramento da simulação. Não se trata, necessariamente, de um defeito (da vontade, maliciosa ou inocente), mas da presença de um requisito de validade aparentemente consistente com as regras de validade, mas, na verdade, inconsistente. [...]

Como, então, as partes muitas vezes simulam (o negócio, portanto, é nulo), mas um fato (econômico), de algum modo acontece, o novo Código Civil (art. 167, par. 2º) ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. Por exemplo, o Fisco. [...]

Na comprovação da simulação, não caberia ao Fisco examinar a “real” intenção, mas visar ao uso inconsistente do meio (negócio típico) para atingir os resultados típicos, e, assim, mediante esses resultados, alcançar outros fins.

[...] é indispensável examinar a ocorrência de “ações simuladoras”, isto é, ações que apenas simulam uma determinada consequência de fato. Ou seja, que as partes, ao eleger um negócio jurídico típico frustram suas consequências e, com isso, mostram que verdadeiramente não queriam o negócio que escolheram, mas outro. Com isso, o negócio jurídico e a sua execução econômica se mostram apartados. *Grifamos*

Tal, então, como positivado e integrado com os demais dispositivos legais¹⁷, notadamente aqueles que impõem o dever do Estado de verificar a efetiva

¹⁴ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 19.

¹⁵ Ao definir o conceito de simulação, leciona o referido autor que a “simulação é um programa de autonomia privada pelo qual as partes articulam ações e omissões com o objetivo de criar a ilusão negocial, assim entendido o erro coletivo, objetivamente aferível, relativo à interpretação e/ou à qualificação do negócio jurídico”.

¹⁶ Simulação e negócio jurídico indireto no direito tributário à Luz do novo código civil. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 48. Belo Horizonte: Fórum, P. 10.

ocorrência do fato gerador e identificar a correta matéria tributável, o instituto da simulação no Brasil, enquanto limitadora de planejamentos fiscais, incorporou as duas referidas teorias (*voluntarista* e *causalista*), permitindo que o fisco negue eficácia aos atos e negócios jurídicos simulados, podendo, portanto, requalificar juridicamente os fatos declarados desde que prove a existência de uma *mentira consciente* ou desde que demonstre haver uma *desconformidade* do ato/negócio praticado com sua respectiva *finalidade jurídica*.

Embora o artigo 167 acima transcrito não tenha veiculado uma definição expressa do que seja *simulação*, chama atenção que o Legislador, após fazer referência ao *negócio jurídico simulado*, enunciou três diferentes hipóteses de simulação no seu parágrafo primeiro. Valendo-se da exposição de Luiz Carlos de Andrade Júnior¹⁸:

Suas notas características não são apresentadas sob a forma de uma proposição descritiva, mas mediante uma formulação exemplificativa de subtipos, a saber:

- (i) a *simulação subjetiva* (negócio subjetivamente simulado - §1º, I);
- (ii) a *simulação objetiva* (negócio objetivamente simulado - §1º, II); e
- (iii) a *simulação de data* (negócio simulado quanto à data - §1º, III).

Para esse caso concreto, no qual se alega artificialidade da *empresa veículo*, não se pode perder de vista que, quando o art. 167, §1º, I, prescreve que haverá simulação nos negócios jurídicos que *aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, ele evidentemente repudia a *interposição fictícia* (ou *fraudulenta*).

Ao contrário da *interposição real*, onde o interposto atua em nome próprio, ainda que em interesse e por conta e ordem de *outrem*, tornando-se titular dos direitos e obrigações derivados do negócio que intervém, na *interposição fictícia* o interposto figura como “laranja”, limitando-se à aposição do seu nome no documento que formaliza o ato ou o negócio celebrado.

As questões, portanto, que se colocam para aferir a dita *artificialidade* ou *simulação* da estrutura ora analisada, especificamente na interposição de pessoa jurídica como forma de adquirir investimentos no Brasil são as seguintes: uma empresa holding, como é o caso da MSBP, pode, aos olhos jurídicos, receber recursos de sua controladora no exterior para adquirir investimento com ágio e, em seguida, ser extinta por incorporação? Uma *empresa veículo* constituída exclusivamente para esta finalidade possui *causa jurídica*?

¹⁷ Nesse sentido são as expressões “fim econômico ou social”, constante do artigo 187, “função social do contrato”, reportada no artigo 421 e, ainda, no signo “substância” que se valeu o artigo 173, todos do Código Civil:

“Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”.

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

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

¹⁸ A simulação no Direito Civil. São Paulo: Malheiros. 2016. P. 112.

As respostas a meu ver são positivas. Senão, vejamos:

Tratam-se as rotuladas *empresas veículos de holdings*, ou seja, sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, **em plena conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/76**. Confira-se:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Grifamos

Sobre esse tipo de sociedade, Modesto Carvalhosa¹⁹ esclarece que “*tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez de exercício de atividade produtiva ou comercial*”.

A ideia, então, de que toda sociedade deve necessariamente possuir estrutura física, portaria, prédio, funcionários, máquinas, etc., não se aplica para uma *holding*, cuja *causa jurídica* ou *finalidade sócia*, conforme visto, consiste justamente na participação em outras sociedades enquanto objeto social típico.

Ao contrário, então, de uma empresa industrial, comercial ou uma prestadora de serviços que, como regra geral, demandam um mínimo de estrutura física e de pessoal para operarem, a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios.

Na linha do que apontou Charles William McNaughton²⁰:

(...) por causa finalística de uma sociedade, podemos entender como sua própria função social.

Uma sociedade possui um objeto social que é justamente a atividade econômica efetivada para gerar resultados aos sócios. Nesse sentido, todo ato que uma sociedade pratica para contribuir na formação desse resultado há de ser tido como englobado na função social da sociedade.

O que se opera no caso da empresa-veículo utilizada para aproveitamento do ágio? O investidor paga um sobrepreço para adquirir um ativo (uma sociedade) com a expectativa de ter um resultado (lucro) no futuro. A obtenção desse resultado é justamente o tipo de ato que se enquadra na função social daquela pessoa jurídica.

¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 15.

²⁰ IR e planejamento fiscal: a questão das empresas-veículo. In: Novo RIR. Coordenação: Jimir Doniak Jr. São Paulo: Quartier Latin. 2019. P. 97/98.

O aproveitamento fiscal do ágio nada mais é do que o reconhecimento do ordenamento jurídico de que a renda auferida pelo investidor será o resultado futuro menos o valor pago por esse resultado.

Mas, por certos motivos, como por exemplo, o fato de o investidor estar situado no exterior, o sistema jurídico pode colocar barreiras procedimentais de que esse ágio seja aproveitado. Nesse sentido, a empresa-veículo é um meio para que essas barreiras sejam ultrapassadas.

E o que o uso da empresa-veículo permite? Ao superar tais empecilhos procedimentais para o aproveitamento do ágio e reduzir a tributação incidente sobre o empreendimento econômico que poderá ser aproveitado pelo investidor graças a aquisição de participação societária da investida, o uso da empresa veículo nada mais faz senão contribuir para aumentar aquele resultado futuro almejado pelo investidor, reduzindo uma despesa com tributação.

A empresa veículo *holding* que participa de outra pessoa jurídica cumprindo seu objeto social, portanto, e incrementa, assim, o resultado dos sócios está sim cumprindo sua função social. A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, está sendo atingida.

Quanto à duração de uma sociedade, convém notar que esta varia conforme o interesse das partes, lembrando que, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O artigo 997, também do Código Civil, aliás, estabelece, em seu inciso II, que os atos constitutivos de uma sociedade devem conter, além das cláusulas estipuladas pelas partes, “a **denominação, objeto, sede e prazo**”, o que ratifica a liberdade quanto à duração e finalidade de uma *holding*.

Como bem notou Edmar Oliveira Andrade Filho²¹:

No Brasil, o problema do prazo de duração passou a ser secundário após o advento do parágrafo único do art. 981 do CC, segundo o qual 'a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados'. Portanto, a permanência ou duração de uma sociedade não é um requisito de validade para a constituição e utilização de uma pessoa jurídica, pois o próprio ordenamento jurídico já se encarregou de realizar as valorações pertinentes ao tempo de duração de uma sociedade.

Nota-se, assim, que é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como mero *canais de investimento*, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios e administradores dentro de sua liberdade de empreender e de buscar maximizar os resultados nos limites da lei.

²¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Planejamento Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 300/304.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso de empresas veículos em estruturas de aquisições de investimentos com ágio.

Não há, no plano jurídico, nenhum *vício* ou *aparência* sobre a existência, causa e finalidade da *empresa veículo* MSBP. E qual foi a sua finalidade? Foi a de instrumentalizar, no Brasil, a aquisição do referido investimento com ágio, de modo também a reunir as condições necessárias para o seu aproveitamento fiscal após sua extinção mediante *incorporação reversa*.

O § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.404/76, repita-se, reconhece expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída para beneficiar-se de incentivos fiscais, o que não é bem o caso, mas que a meu ver tem o condão de legitimar o uso de uma *holding* nesse tipo de operação.

Trata-se a MSBP, pois, de uma *holding* com fins específicos, cuja *existência* restou provada a partir de seus atos constitutivos e cuja finalidade jurídica restou observada quando do desempenho de seu objeto social, qual seja, a aquisição e detenção de participação em outra sociedade (no caso a investida ArcelorBR), pouco importando, para o que se espera desse tipo jurídico e societário, a sua curta duração e inexistência de funcionários.

Ademais, nesse caso concreto ainda chama atenção a circunstância de que foi a própria CVM que determinou o lançamento de uma OPA em relação às ações da ArcelorBR. Para tanto, a controladora estrangeira, seguindo prática de mercado, constituiu a MSBP por meio de subscrição dos recursos necessários à aquisição, tendo esta *holding* adquirido em nome próprio a participação societária da MittalBR, inclusive na qualidade de *ofertante* da OPA.

Não há, assim, que se falar em *artificialidade* ou caracterização de *simulação*, de modo que, em sentido oposto ao do Conselheiro Relator, a geração do ágio na *holding* MSBP é eficaz, devendo produzir efeitos.

Da ausência de confusão patrimonial entre a real adquirente e a empresa investida

O I. Relator, considerando que como os recursos utilizados para pagamento do preço foram transferidos da controladora domiciliada no exterior para a *holding*, o *real adquirente* seria a controladora, e não a MSBP (*empresa veículo*). Em razão, então, do fluxo financeiro, e sob a premissa de que a norma fiscal vigente (artigo

7º e 8º da Lei 9.532/1997²²) condicionaria a dedução fiscal do ágio à confusão patrimonial entre *real adquirente* e *investida*, concluiu que não haveria que se falar em direito à amortização fiscal do ágio.

Nenhum reparo caberia ao raciocínio, não fosse, é certo, a existência de dois “detalhes” da maior relevância, quais sejam: (i) não houve *simulação* (ou *artificialidade*) da MSBP, conforme visto no tópico anterior; e (ii) a rastreabilidade da origem dos recursos é irrelevante para fins de reconhecimento do direito à amortização fiscal do ágio.

A propósito, no Acórdão nº **1302-002.011**, que afastou a procedência dessa *tese fazendária* em caso semelhante, o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior expôs com propriedade o quanto segue:

Pela narrativa do autuante, o que se depreende é que os investidores estrangeiros, ao invés de adquirirem diretamente as empresas brasileiras, resolveram aportar capital em subsidiárias brasileiras, para que estas adquirissem com ágio as empresas visadas e posteriormente, com as incorporações reversas, as adquiridas

²² Artigo 7º - A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (grifamos)

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

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

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

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

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

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

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

pudessem se valer da dedutibilidade da amortização do ágio. **Ora, qual o ilícito de tal conduta? Nenhum, pois são caminhos permitidos pela legislação tributária.**

Todavia, o autuante entende que o verdadeiro adquirente (quem pagou pelo ágio) das empresas adquiridas foi o controlador estrangeiro, desconsiderando assim a personalidade jurídica da Technical e da Itajaí Investimento, para então, concluir que não se aplicaria a norma do art. 7º da Lei 9.532/97 (aqui ele se confunde, pois a norma aplicável na espécie é o art. 8º que trata de incorporações reversas), porque não teria havido a reunião do patrimônio de quem pagou pelo ágio e o patrimônio da sociedade que presumivelmente vai gerar os lucros justificadores desse pagamento.

Com base em que norma legal, um Auditor-Fiscal desconsidera a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída? Certamente, não é com base no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois esse além de inaplicável por falta de regulamentação, só admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos. Não me parece que se possa tomar personalidade jurídica como sinônimo de negócio jurídico, razão pela qual tal dispositivo não autoriza, por via oblíqua, a Autoridade Fiscal a desconsiderar contratos ou estatutos sociais de sociedades, ainda que regulamentado estivesse. O mais grave, porém, é que, talvez por falta de qualquer suporte legal, o autuante passa ao largo dessa questão.

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

Não obstante a deficiência da própria terminologia *real adquirente*²³, realmente essa tese não se sustenta em face do princípio da legalidade. Isso porque o referido artigo 7º autorizava a dedução do ágio fundado na rentabilidade futura pela “*pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*” (cf. caput do artigo 7º da Lei 9.532/1997), o que significa dizer que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa), linguagem esta (verbo *deter*) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da *fonte dos recursos* empregados na aquisição pela *holding*.

²³ Nesse sentido, convém ressaltar a observação feita por Rosanova Galhardo e Pedro A. do A. Abujamra Asseis:

“(…) não se pode perder de vista que, para se falar em “real”, é necessário que haja o “irreal”, o “falso”, o “illegítimo”. Ou seja, “real adquirente”, para fins jurídicos, é uma expressão que apresenta um campo de aplicação muito restrito, limitado ao âmbito da anormalidade, dos vícios dos negócios jurídicos e da nulidade civil. Acaba justamente sendo, por outras palavras, o caso de simulação precisamente qualificado pelo Código Civil, em seu art. 167, § 1º, I – negócios que “aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem”.

A utilização desse tipo de restrição ou a imposição como um “teste” de forma ampla, geral e irrestrita, especialmente para casos muitas vezes anteriores à própria regulamentação contábil, e que não digam respeito a simulação, fraude ou abuso, portanto, já seriam equivocadas, independentemente de quaisquer outras análises.”. (Realidade do “real adquirente”. In: Controvérsias jurídico-contábeis. São Paulo: Atlas. 2020. Organizadores: Alexandre Evaristo Pinto ... P. 225).

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao *supridor* dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou a de proibir a *nacionalização* do ágio, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito e de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Em outras palavras, a utilização da expressão “na qual **detenha** participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio na operação ora analisa.

Como bem observado no Acórdão nº **1301-000.999**:

A motivação que levou o legislador a editar esta norma (...) foi aumentar as ofertas dos participantes do leilão das empresas desestatizadas, mediante a garantia aos investidores da dedutibilidade do ágio pago na aquisição das empresas. Porém, especialmente na privatização das concessionárias de serviços públicos, a norma não alcançaria seu objetivo se não houvesse permissão para a utilização de incorporação invertida e de empresa veículo.

A possibilidade de dedução da amortização é condicionada à junção dos patrimônios. Como os licitantes, na quase totalidade dos casos, são grupos de empresas dos mais variados setores da economia (grandes construtoras, seguradoras, fundos de previdência, bancos de investimentos, etc.), a junção patrimonial direta, para utilização do benefício, seria impossível.

É curial que não era objetivo do PND extinguir as empresas concessionárias de serviços públicos. Por isso, a previsão expressa da possibilidade de operação invertida (a investida absorvendo a investidora).

Por seu turno, as investidoras também não têm interesse em serem extintas, e mais, podem ter limitações reguladoras específicas, que impeçam a junção patrimonial.

Assim, a única forma de viabilizar a utilização do benefício é concentrar a participação societária adquirida (com ágio) no leilão numa empresa veículo (sociedade com propósito específico), a qual seria incorporada pela investida.

[...]

Portanto, operações como as ora submetidas a julgamento nada têm de planejamento ilícito ou inoponível ao fisco, sendo, ao contrário, atuações induzidas pelo Poder Público.

Além de a possibilidade de dedução do ágio permitido pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/97 ter sido uma forma encontrada pelo Governo de incrementar os preços das ofertas nos leilões de privatização (conduta induzida), o normativo deixou ao inteiro talante dos contribuintes o momento de obter o aproveitamento fiscal do sobrepreço pago (opção fiscal), ao vincular a dedutibilidade do ágio a partir do evento incorporação, fusão ou cisão.

Adotar a interpretação de que o adquirente, no caso, seria a controladora estrangeira em razão da *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital),

com a devida vênia, permitiria colocar o intérprete na indevida posição de Legislador, autorizando-lhe alterar a literalidade e conteúdo do texto legal, o que não se sustenta.

Cai como uma luva, aqui, o alerta do Sr. Ministro Gurgel de Faria, em voto-vista proferido no STJ nos autos do AgResp 511.736: em atenção à separação de poderes, não me parece possível que prevaleça a regra criada pelo próprio credor (Receita Federal), a quem competia apenas aplicar ou no máximo regulamentar as normas já criadas.

Mas, não é só. Em se tratando de recursos provenientes do exterior, a *tese do real adquirente* também não merece ser acolhida em face do princípio da isonomia e da regra legal de *não discriminação de capital estrangeiro* prevista no artigo 2º da Lei nº 4.131/62, *in verbis*:

Art. 2º - Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Ainda que o *capital* usado na aquisição tenha passado da pessoa jurídica estrangeira para uma *holding* no Brasil, esse fato de maneira nenhuma poderia ensejar a alegada perda do direito à amortização fiscal do ágio não só à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97²⁴, mas também em face da proibição de discriminação do capital estrangeiro²⁵.

O fluxo financeiro dentro do grupo adquirente, é certo, constitui circunstância irrelevante, não interferindo no direito de amortização fiscal. Até mesmo porque seguir o entendimento fiscal de condicionar o direito de deduzir o ágio à *origem da origem* (e aqui a redundância é proposital) dos recursos utilizados na compra inclusive conduziria ao absurdo cenário de que tudo na economia seria sempre da controladora, que até mesmo deixaria de existir na figura de uma sociedade, que não passa de uma *ficção jurídica*, considerando que no topo de qualquer estrutura societária estão os sócios pessoas físicas, que passariam a ser taxados de adquirentes de tudo.

Posto isso, forçoso concluir que a tese do *real adquirente* ou da *ausência de confusão patrimonial entre o efetivo investidor e a investida* não encontra amparo na legislação de regência, devendo o acórdão recorrido ser reformado de modo a afastar a glosa da dedução do ágio *ARCELOR BRASIL*.

²⁴ A própria lógica da dedução do ágio não se altera com essa passagem, afinal, havendo absorção da empresa detentora do ágio ou da investida, não haveria mais como alienar o investimento e deduzir a respectiva perda de capital. Daí a lei ter autorizado o aproveitamento das despesas incorridas com a amortização do ágio pela empresa sucessora.

²⁵ Sobre o tema, vide a obra já referida de NEVES, Guilherme. "O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro". São Paulo: Dialética. 2021.

Essas as razões, contudo, para afastar a glosa dos ágios de: “R\$4.147.292.208,47 em junho de 2007, decorrente de aquisições via OPA”; de “R\$148.467.443,05 em julho de 2007, decorrente de aquisições no mercado de balcão”; e de “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”.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Edeli Pereira Bessa.

O recurso especial interposto pela PGFN contra o Acórdão nº 1302-006.303 teve seguimento em face dos paradigmas nº 1402-003.905 e 1201-001.871, sob a premissa de que *todas as operações envolverem os mesmo partícipes (Recorrente, Mittal Steel Participações, Mittal Steel Company N.Vetc), praticando as mesmas operações, mudando-se apenas os períodos da amortização do ágio em referência.*

A Contribuinte, porém, defende que o recurso especial não seja conhecido nos pontos *Ágio pago no exterior: ações da ARCELOR BRASIL adquiridas pela MITTAL NV” e “Da impossibilidade de transferência de um ágio pago no exterior”, ficando a discussão perante esta C. CSRF limitada tão-somente à dedutibilidade do ágio em vista das teses de empresa veículo e real adquirente, afastados todos os demais temas e acusações que não foram levados com êxito pela a PGFN a esta instância superior.*

No entendimento da Contribuinte, nos paradigmas *a decisão desfavorável foi proferida com base no fundamento de que o uso de empresa-veículo impediria a confusão patrimonial entre real adquirente e investida e, como consequência, impediria a amortização fiscal do ágio, e as questões atreladas à conferência de ações e à operação de compra e venda entre Mittal NV e Mittal BR estariam atreladas, nos presentes autos, à ideia de ágio interno, suscitada. E prossegue:*

27. Não só a PGFN pretende alterar o critério jurídico empregado pela Autoridade Fiscal, como pretende discutir matéria sem demonstrar o devido cabimento do recurso fazendário. Os acórdãos paradigmáticos não discutem, em momento algum, o ágio interno – ou, de forma específica, as operações de conferência de ações e de compra e venda que pretende a PGFN discutir.

28. Frise-se: em que pese se tenha tratado da mesma operação analisada nos presentes autos, os acórdãos não discutiram a legitimidade do ágio registrado mediante aumento de capital e operações de compra e venda. As decisões se pautaram exclusivamente no argumento de uso de empresa veículo para chegar à conclusão equivocada de inviabilidade da amortização do ágio. Aqui cabe frisar que, embora a ementa do acórdão paradigma 1402-003.905 trate da “transferência de ágio”, o faz no contexto da discussão da legitimidade do uso de empresa veículo. Não há sequer um trecho dos votos proferidos nos acórdãos

paradigmáticos que se prestem a discutir a legitimidade do ágio associado à conferência de ações ou ao contrato de compra e venda.

29. Ao que parece, a PGFN entendeu que por tratarem os paradigmas elencados da mesma operação, não seria necessário ao órgão demonstrar o cabimento do recurso. O entendimento não pode prosperar. O fato de se tratar da mesma operação serve tão-somente para se demonstrar a similitude fática. A demonstração da divergência jurisprudencial exige que se comprove que turmas diversas do CARF adotaram posições divergentes em relação a um mesmo tema.

30. Nos presentes autos, o acórdão do CARF foi enfático em afirmar que a tentativa de invalidar essa parcela da autuação referente à conferência de ações em aumento de capital e de compra e venda com base no argumento de ágio interno não poderia prevalecer. Veja-se:

[...]

De fato, o paradigma nº 1201-001.871 analisou, com respeito ao denominado “Ágio Arcelor BR”, apenas as amortizações do ágio pago em razão da Oferta Pública de Ações, operacionalizada no Brasil por Mittal Steel Brasil Participações S/A (Mittal BR). O recurso especial interposto pela Contribuinte contra esta decisão foi apreciado e provido, no que importa ao tema aqui em debate, no Acórdão nº 9101-006.381, na sessão de julgamento de 6 de dezembro de 2022, mas foi publicado no sítio do CARF na Internet em 22/02/2023, depois da interposição do recurso especial fazendário em 12/01/2023.

Já o paradigma nº 1402-003.905, confrontado por recurso especial interposto pela Contribuinte e inicialmente também constante da pauta de julgamento de 03/04/2024, nos autos do processo administrativo nº 10600.720031/2016-41, tem em conta glosas de amortização de ágio formado nas seguintes operações:

- 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.

Consoante relato da acusação fiscal transcrita no paradigma nº 1402-003.905, as parcelas correspondentes às operações “c” e “d” receberam em acréscimo, como aqui, argumentos em favor da caracterização do ágio como interno. Veja-se:

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

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

b) Já a parcela “d” acima contempla o ágio contabilizado na Mittal Steel Brasil Participações S/A., cujo objeto era a Arcelor Brasil S/A, através do aumento de capital efetuado pela Mittal Steel Company N.V. em sua subsidiária integral, Mittal Steel Brasil Participações S/A., ações essas que haviam sido adquiridas anteriormente (em 04 de junho de 2006) via OPA pela empresa do exterior Mittal Steel Company N.V. 199. Portanto, a parcela do ágio no valor de R\$2.039.002.326,30 escriturado na Mittal Steel Brasil Participações S/A proveio exatamente do aumento e integralização de capital feito pela Mittal Steel Company N.V. através da entrega de 64.962.982 ações da Arcelor Brasil S/A anteriormente adquiridas pela MSCNV via OPA. O restante das ações da Arcelor Brasil S/A adquiridas pela Mittal Steel Company N.V. via OPA, ou seja, 10.805.000 foram vendidas pela Mittal Steel Company N.V. para a Mittal Steel Brasil Participações S/A, a qual recebeu o investimento e o escriturou com ágio no valor de R\$ 339.138.066,90.

200. Não obstante todo o ágio já ter sido fulminado por essa fiscalização, conforme descrito anteriormente até o item 195 deste Termo, essas duas parcelas dos ágios (R\$339.138.066,90 e R\$2.039.002.326,30) escriturados na MSBP revelam ainda vícios adicionais, uma vez que no momento em que o investimento (ações da Arcelor Brasil S/A) é contabilizado com ágio na MSBP, a situação fática é de que as ações da Arcelor Brasil S/A já não pertenciam mais aos minoritários, mas sim já estavam escrituradas em uma empresa do grupo (MSCNV) no exterior e, portanto, com a referida integralização e/ou venda das ações para a MSBP estamos diante do caso clássico de ágio interno, uma vez que todas as três empresas envolvidas na operação (MSCNV, MSBP e Arcelor Brasil S/A) pertenciam ao mesmo grupo e as ações da Arcelor Brasil S/A integralizadas ou vendidas já não pertenciam mais aos acionistas minoritários, mas sim a uma empresa do grupo (MSCNV). Não há uma geração de riqueza nova quando a Mittal Steel Company N.V. integraliza capital em sua subsidiária integral (MSBP) com ações da Arcelor Brasil S/A.

201. 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 ArcelorMittal 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.

O voto condutor do paradigma nº 1402-003.905, por sua vez, tratou todas as glosas sob os fundamentos comuns de que Mittal Steel Company N.V. (Mittal NV) foi a real adquirente dos investimentos com ágio e que Mittal BR somente foi interposta para que o ágio pudesse ser

utilizado no Brasil pela investida, concluindo pela impossibilidade de amortização fiscal do ágio em face da *não existência da exigida “confusão patrimonial” entre investida e investidora.*

A transcrição do Termo de Verificação Fiscal apresentada no voto condutor do paradigma, antes da afirmação da interpretação da legislação tributável aplicável ao caso, deixa fora de dúvida que todo o conjunto de operações foi analisado e teve seus efeitos fiscais contestados:

149. 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.

150. 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.

[...]

158. 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.

[...]

170. 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.

171. 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”. *(negrejou-se)*

Assim, distintamente do que alega a Contribuinte, a abordagem deste paradigma acerca da “transferência de ágio” não é feita apenas no contexto da discussão da interposição de empresa veículo para aquisição de investimento no Brasil. A transferência de ágio foi afirmada imprópria para todas as operações. Apenas que o voto condutor do paradigma nº 1402-003.905 não dá atenção ao argumento adicional, da autoridade lançadora, de que as parcelas “c” e “d” antes referidas estariam contaminados pelo surgimento intra-grupo. A constatação de que Mittal

NV foi a real adquirente de todos os investimentos com o ágio foi suficiente para a manutenção das glosas.

É certo que a PGFN se equivoca ao generalizar a abordagem dos três casos e afirmar que *a única diferença existente entre os três processos é referente aos períodos de apuração*. Nas glosas de 2008 a 2010, analisadas no paradigma nº 1201-001.871, assim como nas glosas de 2007 (analisadas no Acórdão nº 1201-001.872, cujo recurso especial interposto pela Contribuinte também constava da pauta de julgamento de 03/04/2024, nos autos do processo administrativo nº 16643.720041/2011-51), somente foram apreciadas as aquisições de ações operacionalizadas por Mittal BR no âmbito da Oferta Pública de Ações, para além de o segundo caso também tratar de glosa do “Ágio MJS” considerado interno. As glosas a partir de 2011 (paradigma nº 1402-003.905 contemplando as amortizações de 2011 e 2012 e recorrido as de 2013 e 2014) já consideram, também, os ágios transferidos para Mittal BR.

Contudo, a demonstração da divergência jurisprudencial é suficiente para controverter as glosas de amortização de ágio de todas as operações, porque constituída a partir da seguinte premissa:

A conclusão fiscal ora em debate é indiscutivelmente irretocável. No Termo de Verificação Fiscal, percebe-se que o trabalho da autoridade responsável pelo lançamento foi minucioso, visto que apresenta detalhadamente todos os passos das reorganizações societárias estruturadas, especialmente com a criação da Mittal Steel Brasil Participações S/A que 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.).

[...]

Para o presente recurso não é relevante o entendimento da Turma de que o abuso de direito e o propósito negocial não são requisitos essenciais para afastar o planejamento tributário idealizado pelas contribuintes, mas sim, o fato de que diante da mesma infração, envolvendo a mesma operação, os mesmos fatos, as mesmas provas, enquanto o acórdão recorrido concluiu pela dedutibilidade do ágio, os acórdãos divergentes entenderam, diante da ausência de propósito negocial, do abuso de direito e da confusão patrimonial necessária, pela indedutibilidade da despesa.

Sob esta ótica, a PGFN somente não poderia pretender a restauração da acusação fiscal no ponto em que adicionara, às amortizações de ágio decorrentes das operações “c” e “d”, a mácula de terem origem em operação interna. Como bem exposto pela Contribuinte, o acórdão recorrido *foi enfático em afirmar que a tentativa de invalidar essa parcela da autuação referente à conferência de ações em aumento de capital e de compra e venda com base no argumento de ágio interno não poderia prevalecer*. Mas isto para refutar o “segundo vício” da operação, nos seguintes termos:

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. *(negrejou-se)*

Esta compreensão não destoa da acusação fiscal examinada nestes autos e assim transcrita no relatório do acórdão recorrido:

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. (*destacou-se*)

Com respeito ao “primeiro vício”, consistente na constatação de que Mittal NV é a real adquirente dos investimentos cujo ágio restou escriturado em Mittal BR nas cinco parcelas descritas na acusação fiscal, está enfrentado no recorrido e no paradigma nº 1402-003.905, evidenciando dissídio jurisprudencial suficiente para reversão do julgado, razão pela qual só merece ressalva a insuficiência do paradigma nº 1201-001.871 para caracterização do dissídio jurisprudencial acerca das glosas de amortização do ágio descrito nas operações “c” e “d” da acusação fiscal.

Esclareça-se, por oportuno, que a completude da abordagem expressa no paradigma nº 1402-003.905, inclusive, motivou o conhecimento parcial do recurso especial contra ele interposto pela Contribuinte nos autos do processo administrativo nº 10600.720031/2016-41, conforme Acórdão nº 9101-006.895, pois a divergência jurisprudencial com seguimento teve em conta, apenas, paradigmas que validaram amortização de ágio pago pela *holding* constituída para figurar como adquirente, não se prestando a constituir dissídio na hipótese em que o ágio pago pela controladora é transferido para a pessoa jurídica interposta a ser integrada à investida com vistas à amortização fiscal do ágio. Neste sentido as conclusões intermediárias desta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 9101-006.895:

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

O paradigma nº 1301-002.434 foi recentemente revisitado por este Colegiado²⁶ no Acórdão nº 9101-006.251, negando-se conhecimento, à unanimidade, ao recurso especial da PGFN contra ele interposto, pelas razões assim expressas pelo

²⁶ Participaram do presente julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, no ponto que aqui interessa à Contribuinte:

[...]

Os itens “c” e “d”, como se vê, correspondem a parcelas do ágio formado na aquisição de investimentos em Arcelor Brasil S/A por Mittal Sttel Company N.V., posteriormente transferidos para Mittal Steel Brasil Participações S/A em aumento de seu capital. Assim, em linha com os precedentes citados, em relação a estas parcelas, o paradigma nº 1301-002.434 não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial.

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

[...]

Sob esta ótica, também este segundo paradigma não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial acerca das parcelas de ágio referidas nos antes transcritos itens “c” e “d”, vez que formadas no patrimônio de Mittal Steel Company N.V e transferidos, mediante aumento de capital, a Mittal Steel Brasil Participações S/A.

Adicione-se, por fim, que o paradigma nº 1302-002.045 também foi rejeitado, à unanimidade²⁷, para caracterização de divergência jurisprudencial em sede de transferência de ágio no Acórdão nº 9101-006.453.

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

No mais, vale apenas destacar que o Colegiado *a quo* afastou a objeção fiscal à amortização fiscal do ágio amortizado contabilmente antes da incorporação, concordando com os fundamentos da autoridade julgadora de 1ª instância que já havia afastado os argumentos fiscais neste sentido. E, como a PGFN não suscitou divergência específica acerca deste ponto da decisão, restou ela definitiva, somente cabendo cogitar, em caso de reversão do julgado, de retorno para apreciação dos *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*, expressamente descritos como não analisados no voto condutor do acórdão recorrido, ainda que não requerido em sede de contrarrazões pela Contribuinte.

O recurso especial da PGFN, portanto, deve ser CONHECIDO.

²⁷ Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

No mérito, esta Conselheira acompanha o I. Relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos subsidiários de defesa.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa