



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10980.722071/2012-76
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-003.060 – 1ª Turma
Sessão de 12 de setembro de 2017
Matéria IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERURGICOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPESAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

Aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa e Rafael Vidal de Araújo, que votaram por converter o julgamento do recurso em diligência à câmara recorrida, para sanear a admissibilidade do Recurso Especial. No mérito, quanto (i) ao ágio, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; quanto (ii) à multa isolada, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa e Luís Flávio Neto, que lhe deram provimento e quanto (iii) aos juros sobre a multa, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura. Votou pelas conclusões do voto vencedor em relação (i) ao ágio a conselheira Cristiane Silva Costa.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Leonardo de Andrade Couto (suplente convocado), Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rego (Presidente em exercício).

Relatório

Tratam-se de **Autos de Infração** (E-fls. 1942 ss.) para a exigência de IRPJ e CSLL relativamente ao anos calendário 2008 a 2010, juntamente com juros de mora, multas proporcional e isolada, decorrentes da glosa de despesas de amortização de ágio e adição de excesso de juros sobre o capital próprio distribuídos, diante da acusação de *“incorporação às avessas com aproveitamento de ‘ágio de si mesmo’ gerado em*

negociação entre partes relacionadas e por meio de transações sem propósito comercial”, conforme síntese da **Representação Fiscal** que compõe os autos (E-fls. 2357 ss.).

Uma leitura mais detalhada dos fatos que originaram a autuação, sob a óptica administrativa, pode ser realizada a partir do **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 1981 ss.), do qual se pede licença para transcrever trecho mais longo, a fim de facilitar essa compreensão. Veja-se:

“DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

13. *Em apertada síntese, podemos dizer que o GRUPO ARCELOMITTAL é um conglomerado industrial de produção de aço surgido da fusão, ocorrida no ano de 2006, entre o grupo indiano Mittal Steel Company e o grupo franco-espanhol Arcelor. O Grupo Arcelor (transformado depois em GRUPO ARCELORMITTAL) possuía, ao menos desde o ano de 2003, participações nos Grupos espanhóis GONVARRI e GESTAMP (vide Arcelor Annual Report 2003 e 2006 e ArcelorMittal Annual Report 2007, 2008 e 2009 extraídos do sitio www.arcelomittal.com, anexos às fls. 892 a 1661). Os Grupos GONVARRI e GESTAMP, por sua vez, eram controladores de 100% do capital da GONVARRI BRASIL antes desta receber a entrada da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES (controlada pelo GRUPO ARCELORMITTAL), cuja transação aliás é o escopo da presente Auditoria-Fiscal.*

14. *Em suma, o negócio ora em análise é o seguinte:*

- a) *a empresa espanhola GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL (controlada pelos Grupos GONVARRI e GESTAMP) era acionista da GONVARRI BRASIL PRODUCTOS SIDERÚRGICOS S/A (GONVARRI BRASIL) com 100% de participação, sendo portanto parte vendedora da operação ora em análise;*
- b) *o GRUPO ARCELORMITTAL, via ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES - mas com Recursos da empresa espanhola ARCELOR SPAIN HOLDING S.L. -, figura como parte compradora;*
- c) *após o ingresso direto do GRUPO ARCELOMITTAL na GONVARRI BRASIL com sua conseqüente transformação em ARCELOMITTAL GONVARRI, a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL passou a deter 50% de participação na mesma e a ARCELOR SPAIN HOLDING SL outros 50%.*

15. *Damos ênfase ao termo ingresso direto, uma vez que, conforme anteriormente comentado, antes do início das tratativas que culminaram na concretização do negócio em tela, indiretamente, o GRUPO ARCELOMITTAL já detinha direitos sobre a GONVARRI BRASIL.*

Portanto, para sermos mais diretos, estamos diante de análise de negociação entre partes relacionadas.

16. *Dito isso, passemos à estudo dos documentos coligidos e ao relato dos fatos.*

17. *Analizando os documentos apresentado pelo Sr. JOSE ANTONIO ORUE MERA, representante no Brasil de GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L., verificamos que esta foi constituída em 13/10/2003 com o nome GONVAREX SL e com capital social inicial de 60.000,00 € (sessenta mil euros) integralmente subscrito em dinheiro na seguinte proporção (fls. 798 a 814):*

- r) *a sociedade HOLDING GONVARRI SL subscreeveu 1 quota pelo valor de 50,00 € (cinquenta euros);*

s) a sociedade comercial GONVARRI INDUSTRIAL S/A subscreveu 1.199 quotas pelo valor de 59.950,00 € (cinquenta e nove mil, novecentos e cinquenta euros).

20. Em 20/02/2004, por meio de Assembleia Geral Extraordinária, os acionistas da GONVAREX SL decidiram pela mudança no nome da empresa a qual passou a se chamar GONVARRI CORPORACION FINANCEIRA SL (fls. 827 a 838).

21. Em 06/11/2007, por meio de Assembleia Geral Extraordinária e Universal de Acionistas, a GONVARRI INDUSTRIAL S/A anteriormente referida é transformada em sociedade limitada, passando a se chamar GONVARRI INDUSTRIAL SL (fl. 853).

22. Segundo Ato de Concentração nº 08012.002543/2008-08 do Conselho Administrativo de Defesa Econômico do Ministério da Justiça (fls. 870 a 872) e Parecer 06288/2008/DF COGC/SEAE/MF da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (fls. 873 a 891) – os quais analisaram o negócio ora em análise de aquisição pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES de 50% do capital social da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A – a composição do Capital Social da GONVARRI CORPORACION FINANCEIRA SL era a seguinte:

<i>Acionista</i>	<i>Participação (%)</i>
<i>Corporación Gestamp SL</i>	<i>65,00</i>
<i>Arcelor France</i>	<i>24,90</i>
<i>Arcelor Percebras</i>	<i>5,10</i>
<i>Arcelor Espana</i>	<i>5,00</i>
<i>Total</i>	<i>100,00</i>

23. Essa informação é corroborada por documentos denominados Arcelormittal Anual Report 2007 e Arcelormittal Anual Report 2008 (Relatórios Anuais) - constantes do sitio do GRUPO ARCELOMITTAL na internet (www.arcelormittal.com), seção Responsabilidade Corporativa (Corporate Responsibility) - os quais informam que esta detinha participação de 35% na GONVARRI INDUSTRIAL SL e 35% na GESTAMP (vide documentos de fls. 1390 a 1557).

Vide também notícias extraídas da internet de fls. 1662 a 1667.

24. Portanto, no início do ano de 2008 (ou seja, antes de qualquer transação envolvendo o ingresso de novo sócio), a participação societária na fiscalizada (então denominada GONVARRI BRASIL) tinha a seguinte configuração:

(gráfico)

25. Enquanto isso, no Brasil, em 07/12/2007- conforme ATA DE AGE DE CONSTITUIÇÃO (fls. 16 a 25) - é criada a THEOBROMA PARTICIPAÇÕES S/A com Capital Social inicial de R\$ 800,00; a empresa tinha como Presidente o Sr. EDUARDO DUARTE (CPF 024.974.417-15) e como Diretor o Sr. VINÍCIUS AGUILLAR DUARTE (CPF 053.942.037-92).

26. Em 22/02/2008 na - conforme ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA DA THEOBROMA PARTICIPAÇÕES S/A de fls. 26 a 37:

a) é alterada a denominação social da empresa a qual passa a se chamar ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A;

b) EDUARDO DUARTE e VINÍCIUS AGUILLAR DUARTE renunciam a seus cargos na empresa e são substituídos por BENJAMIN MARIO BAPTISTA FILHO (CPF 405.906.317- 72) e por SUZANA FAGUNDES RIBEIRO DE OLIVEIRA (CPF 941.450.836-87).

27. Em 03/03/2008, na GONVARRI BRASIL (nome anterior da fiscalizada), conforme ATA DE AGE de fls. 62 a 63: é aprovada a redução do Capital Social da empresa em R\$ 150.963.495,00, pela justificativa de ser o mesmo excessivo em relação ao seu objeto e às operações atuais e projeções futuras, o qual diminuiu de R\$ 200.963.495,00 para R\$ 50.000.000,00, mantendo-se o número de ações em 200.963.495. Todavia, essa redução se realizou somente no âmbito contábil, uma vez que somente em 29/10/2008, e com Recursos aportados pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES, é que referida importância de R\$ 150.963.495,00 foi paga à sócia então detentora de 100% da GONVARRI BRASIL, a empresa espanhola GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L. (vide Contrato de Fechamento de Câmbio de fls. 610 e 619, Registro de Investimento Externo Direto no SISBACEN de fls. 620 a 623 e Extrato da Conta Bancária da GONVARRI BRASIL então já transformada em ARCELOMITTAL GONVARRI de fls. 747 a 753). Ou seja, para que efetivamente ocorresse geração de ágio, antes da realização do negócio em tela, o valor nominal das ações da GONVARRI BRASIL foi forçadamente desvalorizado por uma pseudo redução do PL. No decorrer do presente relatório falaremos mais sobre o pagamento dessa redução de capital, pois a forma como ele se procedeu é de fundamental importância dentro desse contexto.

28. Em 14/03/2008 é assinado o INVESTMENT AGREEMENT (ACORDO DE INVESTIMENTO) entre GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L. (empresa espanhola então proprietária de 100% das ações da fiscalizada) e ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A. A empresa GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. é apontada como parte interveniente no ACORDO e HOLDING GONVARRI SL e ARCELOMITTAL STEEL SERVICES CENTRES como partes garantidoras (fls. 100 a 137). Por meio deste documento ficou estabelecido ingresso da ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A no quadro societário da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. (fiscalizada), passando aquela a deter 50% de participação nesta. Em suma, para chegar a este percentual de participação na GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. (atual ARCELOMITTAL GONVARRI), primeiramente ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A deveria adquirir, pelo preço de R\$ 54.223.355,72, 39.025.800 ações desta sociedade então de propriedade de GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L (o que representaria a compra de 19,42% de participação da GONVARRI BRASIL); em seguida, subscreveria 122.911.895 novas ações emitidas pela mesma pelo preço total de R\$ 170.776.644,28, chegando assim à 50% de participação. O ACORDO ainda previa que do preço de emissão total mencionado (R\$ 170.776.644,28), o valor de R\$ 30.580.756,48 seria alocado ao capital social da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES que saltaria de R\$ 50.000.000,00 para R\$ 80.580.756,48, e o montante remanescente de R\$ 140.195.887,80 seria contabilizado com Reserva de Ágio.

29. Em 02/04/2008, conforme ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA DA ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A de fls. 38 a 49, é alterado o endereço da empresa - então localizada na cidade do Rio de Janeiro, R. Da Candelária, 79, cobertura 01 - para a cidade de Belo Horizonte, Av. Carandaí, 1115, 11º andar, Bairro Funcionários, CEP 30.130-915.

30. Em 26/05/2008, conforme ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA DA ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A de fls. 50 a 52, é aprovado o aumento do capital social da empresa o qual saltou de R\$

800.00 para R\$ 54.430.991,00, mediante emissão de 54.430.191 ações ordinárias subscritas e integralizadas pela empresa espanhola ARCELOR SPAIN HOLDING S.L. (CNPJ 07.061.827/0001-54). A holding ARCELOR SPAIN HOLDING S.L. é controlada pela ARCELOMITTAL S.A. (GRUPO ARCELOMITTAL) a qual detém 100% de participação no seu capital social (vide Arcelormittal Annual Report 2003, 2006, 2007, 2008 e 2009 extraídos do sítio www.arcelomittal.com, anexos às fls. 892 a 1661).

31. Portanto, com as informações trazidas até aqui, já podemos constatar que o GRUPO ARCELOMITTAL (compradora no negócio pactuado no referido ACORDO DE INVESTIMENTO) e o GRUPO GONVARRI (vendedora no negócio pactuado no referido ACORDO DE INVESTIMENTO) são partes relacionadas no exterior ao menos desde o ano de 2003. Para uma maior compreensão, segue configuração das participações societárias das empresas envolvidas no negócio em tela, antes da assinatura do citado ACORDO DE INVESTIMENTO.

(gráfico)

32. Percebe-se que, antes da celebração do ACORDO DE INVESTIMENTO, o GRUPO ARCELOMITTAL já detinha - indiretamente via participações na GONVARRI INDUSTRIAL S.A e na GESTAMP - 57,75% (35% + 35% \times 65%) de participação na GONVARRI BRASIL.

33. Em 06/06/2008 a conta contábil 1104111 - Banco Itaú - Conta Movimento da contabilidade da ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES registra o ingresso de recursos em conta bancária na ordem de R\$ 54.465.324,00 com contrapartida lançada como aumento de capital social e histórico "TED RECEBIDA - CAMBIO HSBC". Cópia do Contrato de Câmbio nº 08/039472 de 04/06/2008 anexo às fls. 627 a 630 e Registro de Investimento Externo Direto no SISBACEN de fls. 634 a 637 confirmam o envio oficial desse recurso pela empresa espanhola ARCELOR SPAIN HOLDING S.L.

34. Em 09/06/2008, é cumprida a primeira parte do ACORDO DE INVESTIMENTO. A contabilidade da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES registra compra de 39.025.800 ações da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. pelo valor líquido de R\$ 47.641.447,82 (valor líquido do imposto de renda sobre o ganho de capital). Em decorrência disso, em seu ativo é registrado um ágio por expectativa de rentabilidade futura de R\$ 39.901.084,71, conforme lançamentos a seguir (o capital social da empresa mantém-se inalterado uma vez que a referida compra foi registrada às custas de um aumento do passivo). A remessa feita pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES à GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L. (Espanha), por conta de aquisição de participação na GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A está registrada em Contrato de Câmbio nº 08/008411 de 09/06/2008 de fls. 624 a 626 .

(tabela)

35. Atente-se para o nome da conta do passivo onde foi contabilizado o pagamento de R\$ 47.641.447,82: Credores Diversos empresas do grupo. Ou seja, a própria ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES confirma que a transação é entre partes dependentes ao tratar a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L como "empresa do grupo".

36. Questionada por estas Autoridades Fiscais (via Termo de Intimação Fiscal 002/2012) a justificar a importância de R\$ 39 milhões registrada a título de ágio, a ARCELOMITTAL GONVARRI apresentou os seguintes cálculos (fl. 746):

(gráfico)

37. Destamos que desses R\$ 47.641.447,82 vindos do GRUPO ARCELOMITTAL e remetidos à GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L, R\$ 27.485.423,14 pertence por direito e esse mesmo GRUPO ARCELOMITTAL, uma vez que, consoante já relatado, indiretamente via participações na GONVARRI INDUSTRIAL S.A e na GESTAMP, referido GRUPO tinha 57,75% de participação nessa empresa. Ou seja, do pagamento de R\$ 54.465.324,00 remetido ao Brasil pelo GRUPO ARCELOMITTAL em 06/06/2008, R\$ 27.512.936,12 já estava disponível de volta ao mesmo na Espanha em 09/06/2008. Somente R\$ 20.108.383,13 ficou disponível aos demais sócios da GESTAMP. Podemos dizer, portanto, que a remessa de R\$ 47.641.447,82 feita pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES à Espanha tem natureza de restituição de capital a sócio e não de pagamento de ágio (mesmo porque não há que se falar em ágio em transação entre partes relacionadas), o que implica dizer que seu PL ficou artificialmente inflado.

38. O gráfico a seguir mostra o direito que cada empresa envolvida nas transações ora em análise tem sobre a referida importância de R\$ 47.641.447,82. Repetindo, trata-se de demonstração de direito sobre mencionado valor e não de fluxo financeiro, haja vista que não temos informações sobre movimentação financeira das empresas espanholas. As únicas movimentações financeiras comprovadamente ocorridas são da ARCELOR SPAIN HOLDING SL para a ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES (R\$ 54.465.324,00), e desta para a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL (R\$ 47.641.447,82).

(gráfico)

39. Continuando. Ainda em 09/06/2008, só que na GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A.: conforme ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA de fls. 64 a 83, é alterado o nome da empresa para ARCELOMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A, que aqui convencionamos chamar ARCELOMITTAL GONVARRI.

40. Em 10/06/2008, só que na Espanha, a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL (acionista da fiscalizada) é incorporada pela GONVARRI INDUSTRIAL SL, com a consequente extinção da sociedade incorporada e aumento do capital social da incorporadora pelas quotas da sociedade incorporada detidas pela HOLDING GONVARRI SL. Após a incorporação a GONVARRI INDUSTRIAL SL passou a se chamar GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL (vide documentos em espanhol e cópias traduzidas anexas às fls. 839 a 869). Do documento que aprovou mencionada incorporação damos destaque ao seguinte trecho (excertos da cópia em português) :

'Que em cumprimento do disposto no artigo 227.2.6a do Regulamento do Registo Mercantil:

a) Em representação da "GONVARRI INDUSTRIAL, S.L.", manifesta:
Que a Assembléia Geral de sócios da referida sociedade, celebrada com o carácter de universal, no dia 10 de junho de 2008, adotou a deliberação de aprovar a fusão por incorporação da "GONVARRI CORPORACION FINANCIERA, S.L." pela "GONVARRI INDUSTRIAL, S.L.", de acordo com o previsto no projeto de fusão de 22 de abril de 2008, devidamente depositado no Registo Comercial, e com base no balanço de fusão encerrado em 31 de dezembro de 2007, aprovado pela Assembléia; e com a subsequente dissolução sem liquidação e extinção da sociedade

incorporada e o trespasse em conjunto do seu patrimônio para a sociedade incorporadora, com subsequente aumento do capital da sociedade incorporadora, tal como consta na certidão emitida em 10 de junho de 2008, pelo ora outorgante Sr. JUAN MARÍA RIBERAS MERA, na sua qualidade de secretário do Conselho de Administração da referida Sociedade, com o Visto do Presidente do mesmo, a sociedade comercial "Corporación Gestamp, S.L." e, em seu nome, o Sr. FRANCISCO RIBERAS PAMPLIEGA. A referida certidão fica inserida. (grifo nosso)

41. Destarte, após essas transações, a situação societária das empresas envolvidas em 10/06/2008 era a a seguinte:

(gráfico)

42. Em 16/06/2008, por solicitação da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, é confeccionado e assinado Laudo de Avaliação da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A, que tem por objeto "elaboração de projeções financeiras para fundamentação pela rentabilidade futura, do ágio gerado na aquisição da GONVARRI BRASIL". Segundo referido Laudo, a rentabilidade acumulada da GONVARRI BRASIL, considerando o resultado de equivalência patrimonial de 50%, seria de R\$ 254 milhões em 5 anos a partir daquela data. Com isso, ainda segundo o Laudo, levando em consideração o investimento de R\$ 225 milhões realizado pela ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES (R\$ 54 milhões em junho/2008 e R\$ 170.776.644,28 milhões em outubro/2008), ao final da operação, haveria o registro, no ATIVO da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, de ágio de R\$ 92 milhões referente a expectativa de rentabilidade futura de investimento na GONVARRI BRASIL. Para mostrar como chegou a este montante de R\$ 92 milhões, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal 002/2012, o sujeito passivo (atual ARCELORMITTAL GONVARRI e ex-GONVARRI BRASIL) apresentou cálculos de fl. 746.

43. Destacamos que o Laudo de Avaliação supra, datado de 16/06/2008, foi confeccionado e assinado:

a) depois da assinatura do ACORDO DE INVESTIMENTO entre GONVARRI CORPORACION FINANCEIRA SL e ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, para aquisição, por parte desta, de 50% da GONVARRI BRASIL (atual ARCELORMITTAL GONVARRI);

b) após compra pela ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES de 19,42% das ações da GONVARRI BRASIL (atual ARCELORMITTAL GONVARRI) por R\$ 54 milhões;

c) após a mudança do nome da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. (GONVARRI BRASIL) para ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S.A. (ARCELORMITTAL GONVARRI), a despeito do Laudo ainda apontar como empresa objeto de avaliação a GONVARRI BRASIL; e

d) antes do efetivo pagamento da importância de R\$ 150.963.495,00 à GONVARRI CORPORACION FINANCEIRA SL referente à supramencionada redução de Capital Social da ARCELORMITTAL GONVARRI (à época ainda denominada GONVARRI BRASIL) para restituição a sua então única sócia, redução esta aprovada e contabilizada em 03/03/2008, mas só concretizada realmente em 29/10/2008 e com recursos aportados pelo GRUPO ARCELORMITTAL.

44. Ora, as práticas de mercado sugerem um estudo prévio por parte do comprador da situação econômica da empresa objeto de seu investimento. O ágio a ser apresentado numa Demonstração Contábil Consolidada é aquele resultante da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos da controlada. Daí a vem a

utilidade dos Laudos de Avaliação. Como assinar um compromisso de investimento, com preço estipulado, sem uma avaliação que dê suporte acerca da viabilidade e rentabilidade do negócio? Entendemos que a assinatura do Contrato de Compra e Venda (ou Acordo de Investimento) antes da confecção do Laudo de Avaliação denota a característica meramente formal dos atos praticados pelas partes. Some-se a isso a seguinte situação paradoxal: o GRUPO ARCELOMITTAL, parte que solicitou a confecção do Laudo, figura como acionista, mesmo que indireto, da empresa objeto da avaliação. Ou seja, considerando que ambas as empresas envolvidas na transação são sociedades anônimas, houve, neste caso, confusão jurídica, ao menos que parcial, previstas nos artigos 381 e 382 do Código Civil, pois que nas qualidades de credores e devedores desta relação jurídica, reuniram-se as mesmas pessoas e, o encontro dessa dupla qualidade na mesma pessoa, extingue qualquer obrigação, por confusão.

45. Ademais, para calcular o ágio por expectativa de rentabilidade futura de R\$ 92 milhões e a rentabilidade acumulada em 05 anos de R\$ 254 milhões, o Laudo toma por base a expectativa de crescimento no lucro da GONVARRI BRASIL (atual ARCELOMITTAL GONVARRI) o qual não se verificou na prática, senão vejamos (vide pág. 04 do Laudo):

46. Em relação à Redução ao Valor Recuperável de Ativos, a INSTRUÇÃO CVM Nº 319/99, em seu art. 8º, diz o seguinte:

(...)

47. Além do mais, ainda em relação a esse assunto, o Pronunciamento Técnico CPC nº 01 – aprovado pela DELIBERAÇÃO CVM Nº 527, DE 30 DE OUTUBRO DE 2007, posteriormente alterado e aprovado novamente pela CVM por meio de DELIBERAÇÃO CVM Nº 639, DE 7 DE OUTUBRO DE 2010 - estabelece:

(...)

48. De qualquer modo, a despeito desses equívocos cronológicos e contábeis relacionados, respectivamente, ao Laudo de Avaliação da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A e à origem do ágio, o foco dessa Auditoria-Fiscal diz respeito ao reconhecimento pela fiscalizada de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado intragrupo, o qual é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Falaremos mais sobre isso no decorrer desse TERMO.

49. Seguindo com a análise cronológica dos fatos, em 22/09/2008, os acionistas da ARCELOMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A por meio de ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA de fls. 58 a 59, aprovam o aumento do capital social da empresa o qual saltou de 54.650.838,66 para R\$ 226.078.909,61, mediante emissão de 171.428.070 ações ordinárias no valor de R\$ 171.428.070,95, todas subscritas e integralizadas pela empresa espanhola ARCELOR SPAIN HOLDING S.L.

50. Em 09/10/2008 a contabilidade da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES registra o ingresso em sua conta bancária no Banco Itaú da importância de R\$ 170.776.644,28, que, conforme comprova Contrato de Câmbio nº 08/015902 de 07/10/2008 (fls. 631 a 633), se refere a remessa de divisas de sua sócia controladora ARCELOR SPAIN HOLDING S.L. Vide também extrato bancário da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES no Banco Itaú anexo Às fl. 754.

(gráfico)

51. Em 29/10/2008, é cumprida a segunda parte do retrocitado ACORDO DE INVESTIMENTO.

Em decorrência disso, a contabilidade da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES registra a saída e recursos no total de R\$

170.776.644,28 tendo em vista a integralização do aumento de capital social realizada pela empresa na ARCELORMITTAL GONVARRI. Em contrapartida o capital social da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES aumenta em R\$ 30.580.756,48 e no seu PL é registrada Reserva de Capital referente a Ágio da Venda de Ações no total de R\$ 140.195.887,80, exatamente como previsto no supramencionado ACORDO DE INVESTIMENTO. Ademais, em seu ativo é registrado um ágio por expectativa de rentabilidade futura de R\$ 52.540.161,90 (vide lançamentos contábeis a seguir extraídos da contabilidade da empresa).

(gráfico)

52. Questionada por estas Autoridades Fiscais (via Termo de Intimação Fiscal 002/2012) a justificar a importância de R\$ 52 milhões registrada a título de ágio, a ARCELORMITTAL GONVARRI apresentou os seguintes cálculos (fl. 746):

53. Com isso a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES passa a ser acionista da ARCELORMITTAL GONVARRI (ex GONVARRI BRASIL) com 50% de participação.

Vejamos como ficou a partir de então a configuração das participações societárias:

(gráfico)

54. Já o PL da ARCELORMITTAL GONVARRI em 29/10/2008 ficou assim constituído:

(gráfico)

55. Ainda em 29/10/2008, só que na ARCELORMITTAL GONVARRI, conforme ATA DE AGE EXTRAORDINÁRIA de fls. 84 a 87:

a) é aprovado aumento de capital social da companhia tendo em vista emissão de 122.911.895 ações ordinárias, pelo preço de emissão de R\$ 170.776.644,28, todas subscritas pela ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES.

b) Por conseguinte, o capital social da companhia salta de R\$ 50.000.000,00 para R\$ 80.580.756,48;

c) A operação resultou nos seguintes lançamentos na contabilidade da ARCELORMITTAL GONVARRI:

(gráfico)

56. O PL da ARCELORMITTAL GONVARRI ficou assim constituído (situação em 29/10/2008):

(gráfico)

57. Ainda no dia 29/10/2008 e ainda na ARCELORMITTAL GONVARRI: a empresa utiliza considerável parte do recurso de R\$ 170.776.644,28 supra, integralizado pelo GRUPO ARCELORMITTAL via ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, para pagar a acionista espanhola GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL a redução de capital para restituição a sócio aprovada no dia 03/03/2008 (vide Contrato de Fechamento de Câmbio de fls. 610 e 619 e Extrato da Conta Bancária da ARCELORMITTAL GONVARRI de fls. 747 a 753). Vide também lançamentos contábeis a seguir extraídos da contabilidade da empresa.

(gráfico)

58. Ou seja, o pagamento referente à redução de capital só foi possível de ser realizado após aporte de recursos no total de R\$ 170.776.644,28 feito em 29/10/2009 pela acionista ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, a qual veio a ingressar no quadro societário da GONVARRI BRASIL em 09/06/2008, conforme estipulado no já relatado ACORDO DE INVESTIMENTO. Em outras palavras: o pagamento de R\$ 150.963.495,00 à social GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL não foi feito com

disponibilidades previamente existentes na GONVARRI BRASIL, mas sim com recursos de sócio desta que só veio a ingressar na empresa em data ulterior a realização da assembléia que aprovou a redução do capital social. Portanto, se considerarmos que a referida redução de capital R\$ 150.963.495,00 ocorreu efetivamente em 29/10/2008, podemos concluir que, até a presente data, o PL da GONVARRI BRASIL estava indevidamente subavaliado, o que ajudou demais na confecção (ou geração) do ágio. Não fosse pela pseudo redução do capital social contabilizada em 03/03/2008, o valor nominal de cada ação da GONVARRI BRASIL na data da celebração do negócio com a ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES seria bem superior, o que praticamente inviabilizaria qualquer tentativa das partes em fazer surgir o pretense ágio.

(gráfico)

59. Vide a seguir lançamentos contábeis extraídos da contabilidade da GONVARRI BRASIL (atual ARCELOMITTAL GONVARRI) os quais registram referida redução de capital social para restituição a sócio e o posterior pagamento. Vide também extrato da conta bancária da ARCELOMITTAL GONVARRI no Banco Santander, o qual registra a entrada dos R\$ 170.776.644,28 e a conseqüente saída dos R\$ 150.963.495,00 ocorridas no dia 29/10/2008 (fls. 747 a 753).

60. Entendemos que a importância de R\$ 140.195.887,80 supra não pode ser contabilizada como reserva de ágio pela ARCELOMITTAL GONVARRI, mesmo porque não há que se falar em ágio em transação entre partes relacionadas. A importância de R\$ 170.776.644,28 tem natureza de empréstimo e, portanto, deveria ter sido contabilizada como tal. Ora, este recurso, supostamente utilizado para “pagamento” do ágio na subscrição de ações na ARCELOMITTAL GONVARRI, não ficou à disposição desta nem um dia sequer. Ele foi utilizado para pagamento de obrigação desta para com seus acionistas. Aliás, como à época da aprovação da redução do capital social o GRUPO ARCELOMITTAL detinha, mesmo que indiretamente, 57,75% de participação da GONVARRI BRASIL, o que ocorreu foi que parte da importância de R\$ 170.776.644,28 enviada ao Brasil em 09/10/2008 pelo GRUPO ARCELOMITTAL, ficou novamente disponível a ele na GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL no dia 29/10/2008.

61. O gráfico a seguir mostra o direito que cada empresa envolvida no negócio em questão tem sobre a referida importância de R\$ 170.776.644,28. Repetindo, trata-se de demonstração de direito sobre mencionado valor e não de fluxo financeiro, haja vista que não temos informações sobre movimentação financeira de empresas espanholas. As únicas movimentações financeiras comprovadamente ocorridas são as processadas da ARCELOR SPAIN HOLDING SL para a ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES (R\$ 170.776.644,28), e desta para a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL (R\$150.000.000,00).

(gráfico)

62. Continuando a análise cronológica, no dia 19/12/2008 é assinado Laudo de Avaliação contábil da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES (situação em 30/11/2008) tendo em vista intenção da ARCELOMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A de incorporá-la.

Segundo esse Laudo, o Patrimônio Líquido da avaliada na mencionada data era de R\$ 230.487.089,30 (fls. 183 a 185). Destaque que o maior - e único - ativo da incorporada era a sua participação na Incorporadora.

63. No dia 22/12/2008 é assinado “Protocolo de Instrumento de Justificação da Incorporação da ARCELOMITTAL BRASIL

PARTICIPAÇÕES S/A pela ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A” (fls. 186 a 189), que, entre outras coisas, diz o seguinte:

“3.1. LAUDO DE AVALIAÇÃO. O patrimônio líquido da ArcelorMittal Brasil SSC (ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES), estimado em R\$ 230.487.089,80 (duzentos e trinta milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, oitenta e nove reais e oitenta centavos), foi avaliado com base no seu valor contábil na data-base de 30 de novembro de 2008, pela Emst & Young Auditores Independentes S/S, estabelecida à Alameda Dr. Carlos de Carvalho, 555 - 17 andar, Curitiba - PR, inscrita no CNPJ/MF sob n.º. 61.366.936/0005-59 e no Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Paraná sob o n.º. CRC - 2SP 015.199/O-6-F-PR (“Ernst & Young”), ad referendum dos acionistas das Partes deste Protocolo, sendo que após a dedução do investimento, que é a equivalência patrimonial decorrente da participação acionária na própria Incorporadora ArcelorMittal Gonvarri, o valor a ser vertido para esta é de R\$ 88.284.621,80.

...

4.1 CAPITAL SOCIAL DA ARCELORMITTAL GONVARRI. A incorporação do patrimônio da ArcelorMittal Brasil SSC não acarretará aumento de capital na ArcelorMittal Gonvarri, uma vez que o valor do patrimônio líquido da Incorporada, deduzido o investimento na incorporadora, o que resulta em R\$ 88.284.621,80, será destinado à Reserva de Ágio Especial na Incorporação da Incorporadora. No ato da Incorporação, serão canceladas as 161.937.692 (cento e sessenta e um milhões, novecentas e trinta e sete mil, seiscentas e noventa e duas) ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal representativas do capital da ArcelorMittal Gonvarri de titularidade da ArcelorMittal Brasil SSC, sendo tais ações serão substituídas por novas ações ordinárias de emissão da ArcelorMittal Gonvarri, a serem atribuídas aos acionistas da ArcelorMittal Brasil SSC, na proporção de sua participação no capital social da Incorporada. Esta Reserva de Ágio será em benefício de todos os acionistas.

As novas ações a serem emitidas pela ArcelorMittal Gonvarri serão assim atribuídas aos acionistas da ArcelorMittal Brasil SSC: (i) 161.937.685 (cento e sessenta e um milhões, novecentas e trinta e sete mil, seiscentas e oitenta e cinco) ações ordinárias serão atribuídas à ArcelorMittal Spain Holding, S.L. e (ii) 7 (sete) ações ordinárias serão atribuídas à Aceralia Construcciones, S.L.”

64. A justificativa perfunctória dada para a incorporação consta do item 1.1 do referido Protocolo de Instrumento de Justificação da Incorporação, com excertos a seguir transcritos:

1.1 JUSTIFICATIVA. As administrações das Partes entendem que Incorporação, conforme prevista neste Protocolo e Justificação se justifica na medida em que as atividades da ArcelorMittal Brasil SSC poderão ser exercidas pela ArcelorMittal Gonvarri e, ainda, que a centralização de ambas em uma única sociedade atende aos objetivos das partes e de seus acionistas, uma vez que permitirá a racionalização de suas atividades administrativas e financeiras.

65. Em 31/12/2008 os acionistas da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES realizam AGE (vide ATA de fls. 60 a 61), a qual aprovou:

a) “Protocolo de Instrumento de Justificação da Incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A pela ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A”;

b) Nomeação da empresa Ernest & Young para elaboração do Laudo de Avaliação do PL da empresa;

c) Laudo de Avaliação do PL da empresa a ser vertido à ARCELOMITTAL GONVARRI;

d) Incorporação da empresa pela ARCELOMITTAL GONVARRI com a sua consequente extinção.

e) Em face da incorporação as 161.937.692 ações de emissão da Incorporadora e de titularidade da empresa Incorporada são canceladas e substituídas por igual número de novas ações ordinárias emitidas pela Incorporadora, sendo que tais novas ações são atribuídas aos acionistas das empresa Incorporada (ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES) na proporção da participação de cada um no capital social desta, conforme segue:

161.937.685 ações são atribuídas à ARCELOMITTAL SPAIN HOLDING SL (99,99%) e 7 ações são atribuídas à Aceralia Construcciones SL (insignificantes 0,01%).

66. Por fim, também em 31/12/2008, a fim de completar o planejamento tributário e transportar o ágio da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES para a ARCELOMITTAL GONVARRI, os acionistas desta realizam AGE (vide ATA de fls. 88 a 89), a qual aprovou:

a) O supramencionado "Protocolo e Instrumento de Justificação da Incorporação da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES pela ARCELOMITTAL GONVARRI", firmado em 22 de dezembro de 2008;

b) Laudo de Avaliação do acervo patrimonial da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES;

c) A incorporação da acionista ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES pela Companhia e a subsequente extinção da primeira (sendo que o maior - e único - ativo desta era a sua participação na Incorporadora);

d) A destinação da parcela do patrimônio líquido da incorporada para Reserva Especial de Ágio na Incorporação da Companhia.

e) Em virtude da INCORPORAÇÃO as ações emitidas pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES foram extintas, e em decorrência dessa extinção os seus acionistas receberam ações da ARCELOMITTAL GONVARRI na mesma proporção da participação que detinham da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES.

67. Com isso, chegamos à seguinte configuração societária final:
(gráfico)

68. Destacando que, em 31/12/2008, a conta 1302082 – Gonvarri Prod Siderurgicos – Ágio, contabilizada no ATIVO da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES, registrava ágio pago por esta na compra e subscrição de ações da ARCELOMITTAL GONVARRI no montante de R\$ 86.073.464,31. Em decorrência da mencionada incorporação a conta contábil supra foi absorvida pela ARCELOMITTAL GONVARRI (vide lançamento contábil abaixo extraído da contabilidade da empresa), sendo que, a partir dessa data, esta passou a amortizar ágio próprio (ou ágio de si mesmo) o qual foi utilizado na redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

69. Ainda em decorrência desse incorporação o PL da ARCELOMITTAL GONVARRI aumentou em R\$ 86.073.464,31, ficando assim constituído (situação em 31/12/2008):

(gráfico)

DO ÁGIO GERADO EM TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS

70. Finda a análise cronológica dos fatos, fica evidente que todas essas as operações em sequência (step transactions) foram realizadas com desiderato específico de diminuir pagamento de tributos. Verifica-se que não há qualquer suporte fático atinente à prática empresarial que justifique a sequência de os atos supra envolvendo principalmente a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES. Não fosse pelo interesse tributário, os mesmos jamais teriam sido levado a cabo.

71. Sobre operações estruturadas em sequência, Marco Aurélio Greco diz o seguinte:

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

...

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

72. Ademais, consoante relatado alhures, o ágio em questão foi gerado em negócio entre partes relacionadas. Os valores estipulados no supramencionado ACORDO DE INVESTIMENTO não surgiram de uma negociação de mercado, a qual requer um ambiente de livre concorrência e independência entre os envolvidos. Ao contrário, o mesmo contém a mácula de apresentar como parte compradora (GRUPO ARCELOMITTAL) e vendedora (GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL) empresas que são partes relacionadas no exterior.

73. O arts. 7º da Lei nº 9.532/97, que tratam da situação específica do presente caso diz o seguinte:

(transcrição art. 7o.)

74. Então, segundo o dispositivo em tela, é requisito para a possibilidade de dedutibilidade dos valores das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL que se exista na incorporada participação societária adquirida com ágio.

75. Contudo, os valores contabilizados pela ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES sob a rubrica de ágio não se coadunam com o conceito contábil do termo, posto que não cumpre os pressupostos básicos comuns ao ágio, a dizer: a substância econômica e a bilateralidade na relação que deu origem ao mesmo. Ora, não se cogita a menção de ágio em relação a empresas do mesmo grupo, posto que uma pessoa não pode cobrar ágio de si mesma. Além do mais, a substância econômica do ágio está condicionada à transação ter sido efetuada entre partes independentes. De forma que, o ativo artificialmente criado pela fiscalizada sob a rubrica de ágio não se coaduna com o conceito existente no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

76. Com efeito, em relação às operações realizadas entre empresa de mesmo grupo, a CVM por meio de OFÍCIO CIRCULAR CVM SNC SEP 01/2007, diz o seguinte:

“20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas

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

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

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

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

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

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

77. E, ainda, o item 20.1.6. do Ofício-Circular/CVM/SN/SEP nº 01/2007 alerta para a íntima associação entre o reconhecimento contábil do ágio (e sua manutenção) e a substância econômica:

Há que se enfatizar que o reconhecimento contábil do ágio (e a sua manutenção) está

intimamente associado ao seu fundamento econômico, não sendo aceitas divulgações que contemplem definições evasivas ou genéricas. Cabe lembrar a previsão do artigo 14, § 2º, alínea "a", da Instrução CVM nº 247/96, inclusive com a redação dada pela Instrução CVM nº 285/98, que recomenda o reconhecimento imediato da perda da substância econômica, atestada pela revisão obrigatória periódica (no mínimo uma vez por ano) das projeções de resultados futuros. Igual procedimento deve ser adotado para o ágio cujo fundamento econômico não seja justificado.

Instrução CVM nº 247/96

Art. 14 - O ágio ou deságio computado na ocasião da aquisição ou subscrição do investimento deverá ser contabilizado com indicação do fundamento econômico que o determinou.

(...)

§ 2º - O ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do

*investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, referido no parágrafo anterior, deverá ser amortizado da seguinte forma. (NR)**

o ágio ou o deságio decorrente de expectativa de resultado futuro no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual, a fim de que sejam revisados os critérios utilizados para amortização ou registrada a baixa integral do ágio; e

78. Assim sendo, para efeito da legislação societária, a perda da substância econômica do ágio deve ser imediatamente reconhecida na contabilidade de acordo como o disposto na alínea “a”, do § 2º, do art. 14 da IN CVM nº 247/96, com as alterações das IN CVM nº 269/97 e no 285/98. Assim, no tocante ao conjunto de operações estruturadas em sequência sob comento, a perda de substância econômica do ágio deveria ter sido reconhecida, ao menos, no momento da incorporação da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES pela ARCELOMITTAL GONVARRI com versão parcial do patrimônio daquela nesta, pois, se não há substância econômica em negócios realizados entre empresas ligadas aos mesmos acionistas, ainda mais não haverá quando os direitos de uma pessoa jurídica são registrados contra ela mesma.

Isto é, deveria ter ocorrido a abstenção do registro do ágio de si mesma na contabilidade da ARCELOMITTAL GONVARRI, pois não há substância econômica no reconhecimento e manutenção de ágio sobre si mesma.

79. Toda a discussão sobre o uso enviesado dos conceitos de ágio tem o sentido de demonstrar que a infração tributária em questão não ocorreu sem que tenha havido ao mesmo tempo o uso distorcido da legislação societária. Assim, demonstramos que além de não atender os requisitos tributários e infringir o art. 7º da Lei nº 9.532/97, o sujeito passivo infringiu também a alínea “a”, do § 2º, do art. 14 da IN CVM nº 247/96, com as alterações das IN CVM nº 269/97 e nº 285/98, e, conseqüentemente, o § 3º, do art. 6º da IN CVM nº 319/99 que determina que:

(...)

80. Neste sentido também caminha o parecer dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior (“A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Conseqüências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade”), consoante excerto que segue transcrito:

“Aplicando os conceitos abordados à figura do ágio (ou, analogamente, à figura do deságio), esta surge, em regra, quando da alienação do controle de uma dada entidade ou quando da aquisição do controle de uma dada entidade, derivada de uma transação realizada dentro de uma relação de comutatividade, independência e de não preponderância das partes envolvidas. Em síntese, quando há equilíbrio de forças ou, dentro da filosofia anglo-saxônica, quando se observa uma arm’s length transaction. O acervo líquido de ativos (net assets) dessa dada entidade, avaliado originariamente a custo histórico, deve ser submetido a uma avaliação subjetiva e responsável pelo seu potencial gerador de caixa futuro, descontado a valor presente por uma taxa que reflita o valor do dinheiro no tempo e o risco dos negócios sociais. Do confronto desses valores surge o ágio (ou, por vezes, o deságio).

(...)

“2. Contabilização do Ágio: Como fazê-la à luz da Teoria Contábil?”

(...)

Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), precificado por intermédio de uma transação envolvendo terceiros independentes, e o

valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida).

Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço.

(...)

Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.

(...)” (grifo nosso)

81. O próprio GRUPO ARCELORMITTAL, na seção *Balances and Transactions with Related Parties* do documento intitulado *Arcelormittal Annual Report 2008* constante do sítio na internet www.arcelormittal.com, confirma que GONVARRI INDUSTRIA S.A., a GESTAMP e a GONVARRI BRASIL são partes relacionadas à companhia. Enfatize-se, aliás, que nesse documento o negócio com GONVARRI BRASIL objeto desta fiscalização é tratado como transação com parte relacionada. (vide fls. 1390 a 1597).

82. Ademais, o supracitado ACORDO DE INVESTIMENTO em sua página 3 confirma, mesmo que de forma indireta, que a negociação envolve partes relacionadas, senão vejamos:

Considerando que o Grupo ArcelorMittal e o Grupo Gonvarri, por intermédio de diferentes subsidiárias, são sócias comerciais desde 1992....

83. Com relação aos 02 (dois) pagamentos que, segundo o sujeito passivo, teriam dado origem ao suposto ágio, os mesmos, consoante já relatado, têm natureza de restituição de capital a sócio e de empréstimo, respectivamente.

DA UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO

84. Analisando todos os passos tomados para concretização do negócio em tela, nos perguntamos: se o GRUPO ARCELORMITTAL tinha intenção de aumentar sua participação na GONVARRI BRASIL, então porque simplesmente não o fez via subscrição de ações nessa empresa, com conseqüente aumento de capital da mesma? Lembrando que, indiretamente, o GRUPO já detinha participação nessa empresa.

85. Ao analisarmos ATA da 12ª AGE da GONVARRI BRASIL (atual ARCELOMITTAL GONVARRI) datada de 31/10/2000, verificamos a ocorrência de situação semelhante a aqui analisada: o ingresso de novo acionista na fiscalizada. Todavia, naquela ocasião o ingresso do novo acionista (empresa com sede em Portugal denominada GONVARRI PRODUCTOS SIDERURGICOS S/A) se deu mediante subscrição de novas ações por parte deste com conseqüente aumento do capital social da fiscalizada e diminuição de participação societária da então única acionista (empresa espanhola GONVARRI INDUSTRIAL S/A) em favor da entrada de novo sócio.

86. Por que o ingresso da ARCELOR SPAIN HOLDING S.L na GONVARRI BRASIL (atual ARCELOMITTAL GONVARRI) não se deu da mesma forma? Por que utilizar-se do expediente de reativar um “CNPJ de Prateleira” (THEOBROMA PARTICIPAÇÕES S/A transformado depois em ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES), capitalizá-lo para que o mesmo

viesse a comprar e subscrever ações da GONVARRI BRASIL, e ato contínuo extingui-lo via incorporação por esta última? Porque com a utilização da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES – “empresa veículo” sem nenhum propósito negocial e receptora de investimentos de curta duração – pode-se transportar da controladora original para a controlada, o suposto ágio originado nessa transação. De fato, o único substrato econômico que subsistiu nesses arranjos societários foi o pretense benefício fiscal com a possibilidade de amortização do ágio pela própria empresa que o gerou.

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

88. Acrescente-se que a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, extinta em 31/12/2008, manteve atividade unicamente no ano-calendário 2008, quando teve apenas 253 lançamentos contábeis (vide Diário Geral de fl. 1668 a 1685), sendo nenhum deles relacionado a alguma atividade comercial, industrial, mas somente a atos de reorganização societária, pagamentos de consultoria e amortização de ágio.

89. As evidências patentes são de que jamais houve, por parte do GRUPO ARCELORMITTAL, a intenção de viabilizar a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, de sorte que esta pudesse conservar as ações da ARCELORMITTAL GONVARRI (ex GONVARRI BRASIL). Ao contrário, trata, a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, de uma sociedade efêmera, que nasceu para morrer ou para ser extinta tão logo fosse cumprido seu papel na operação. Podemos dizer também que trata-se de uma Pessoa Jurídica Interposta utilizada na realização de negócio que se fosse realizado por outra pessoa o efeito tributário seria diferente.

90. O Comitê de Pronunciamentos Contábeis, via Pronunciamento Técnico CPC 15, analisou combinação de negócios envolvendo empresas veículo como a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, e chegou à seguinte conclusão:

Nos casos em que há incorporações da controlada na controladora e que a controladora é somente uma empresa “veículo” sem operações, o saldo do ágio deve ser baixado, por meio de provisão, em contrapartida ao patrimônio líquido, no momento da incorporação.

DA APURAÇÃO DA INFRAÇÕES E DO CÁLCULO DOS TRIBUTOS DEVIDOS

ÁGIO DE SI MESMO

91. Questionada por estas Autoridades Fiscais (via Termo de Intimação Fiscal nº 001/2011) sobre as contas contábeis em que foram efetuados os lançamentos referentes à operação de incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A e sobre eventuais amortizações de ágio efetuadas, a ARCELORMITTAL GONVARRI assim respondeu (fls. 590 a 597):

Informamos que, de acordo com as novas normativas contábeis, o ágio não foi amortizado na contabilidade societária a partir de janeiro de 2009. Assim, considerando o registro da incorporação em 31/12/2008, não temos nenhum registro de amortização de ágio na AMG.

92. De fato nas Fichas 6A das DIPJ 2011 e 2010 - que apuram o Resultado Operacional com base da legislação SOCIETÁRIA – não há registro de despesa com amortização de ágio.

Essas despesas, todavia, foram consideradas pela empresa quando da apuração do Ajuste do RTT (vide Fichas 9A das DIPJ). Destaque-se que a ARCELORMITTAL GONVARRI é optante pelo Regime Tributário de Transição (RTT) em relação aos anos-calendário 2009 e 2010.

93. Recordando que as pessoas jurídicas optantes pelo Regime Tributário de Transição (RTT) devem apresentar à Receita Federal duas escriturações distintas: a societária (normas após 31/12/2007) e a fiscal (normas até 31/12/2007). O programa validador do FCONT extrai a os lançamentos contábeis comuns das duas escriturações, sendo que as diferenças apuradas entre as duas escriturações compõem o Ajuste do RTT.

94. Os cálculos do Ajuste do RTT nos foram apresentados pelo sujeito passivo via respostas ao Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 483 a 544) e ao Termo de Intimação Fiscal nº 002/2012 (fls. 702 a 745), cálculos estes que transcrevemos a seguir:

AC 2009

AC 2010

95. Também em respostas ao Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 483 a 544) e ao Termo de Intimação Fiscal nº 002/2012 (fls. 702 a 745) o sujeito passivo confirma que a origem do lançamentos abaixo constantes de suas DIPJ é a amortização de referido ágio.

96. Ou seja, resta comprovado que o sujeito passivo reduziu, indevidamente, seu Lucro Real via contabilização de despesa de “ágio de si mesmo”. Destarte, glosamos a apropriação do referido ágio feita no Ajuste do RTT nas DIPJ 2010 e 2011 (AC 2009 e 2010), conforme planilhas constantes do Anexo I do presente TERMO.

97. Desconsiderando a amortização do ágio dos cálculo supra, temos os seguintes novos valores de Ajuste do RTT:

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

98. Consoante relatado alhures, por intermédio do Termo de Início de Procedimento Fiscal e Termo de Intimação Fiscal nº 002/2012, intimamos o sujeito passivo a comprovar origem dos valores de R\$ 7.999.999,71, R\$ 18.289.999,24 e de R\$ 18.599.999,24 informados na linha “Juros sobre o Capital Próprio”, Fichas 6A e 7A das DIPJ 2009, 2010 e 2011, respectivamente.

99. Em resposta, o sujeito passivo nos apresentou Demonstrativos de Cálculo dos Juros Sobre o Capital Próprio - JSCP pagos aos seus acionistas nos anos-calendário 2008, 2009 e 2010, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP (vide fls. 193, 485 e 704).

100. Analisando esses Demonstrativos apresentados, verificamos que o sujeito passivo calculou e pagou JSCP com base em PL inflado artificialmente pela contabilização de Reserva de Ágio, a qual, evidentemente, influenciou diretamente no cálculo do limite de dedutibilidade desses pagamentos.

101. Vejamos como ficou o PL do sujeito passivo após o processo reorganização societária anteriormente relatado e objeto dessa Auditoria:

102. Destaque-se que no AC 2008, a reserva de ágio de R\$ 140.195.887,80 foi utilizado para aumento do capital social, consoante excertos da contabilidade da empresa a seguir reproduzidos.

103. Consoante relatado anteriormente, o Pronunciamento Técnico CPC 15 determina que, nos casos em que há incorporações da controlada na controladora e que a controladora é somente uma empresa “veículo” sem operações (como é o caso da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES), o saldo do ágio deve ser baixado por meio de provisão, em contrapartida ao patrimônio líquido, no momento da incorporação.

104. Destarte, com base no que assevera o Pronunciamento Técnico CPC 15 e no que foi dito anteriormente sobre a inexistência de ágio gerado em negócio entre partes relacionadas (vide tópico DO ÁGIO GERADO EM TRANSAÇÃO ENTRE PARTES RELACIONADAS supra), em respeito à doutrina contábil e às legislações tributária e societária, baixamos o ágio da contabilidade da fiscalizada e glosamos os lançamentos supra de R\$ 140.195.887,80 e R\$ 86.073.464,31 contabilizados em seu PL a título de Reserva de Ágio, e apuramos os Juros Sobre o Capital Próprio (JSCP) que a legislação entende como passíveis de serem deduzidos na apuração do Lucro Real. Ademais, lembremos novamente que a importância de R\$ 140.195.887,80 tem natureza de empréstimo, e como tal deveria ser contabilizada no passivo da fiscalizada e não em seu PL. Lembremos, outrossim, que o PL da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, antes da incorporação, estava inflado artificialmente (o pagamento de R\$ 47.641.447,82 feito pela ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES à GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL tem natureza de restituição de capital e como tal deveria ter sido lançado em redução do PL).

105. Com relação à distribuição de JSCP, o artigo 29 da IN/SRF nº 11/1996 assim dispõe:

(...)

106. Pelo disposto acima, os juros remuneratórios do capital próprio, quando efetivamente pagos ou creditados individualizadamente aos sócios ou acionistas, poderão ser deduzidos do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, desde que primeiramente respeitado o limite de cálculo pela TJLP pro rata dia sobre o Patrimônio Líquido existente.

107. Além do limite do cálculo dos JSCP com base na TJLP, para sua dedutibilidade, ainda há outro: 50% do lucro líquido correspondente ao período-base do pagamento ou crédito, antes da provisão do IRPJ e da dedução dos JSCP; ou 50% dos saldos de lucros acumulados de períodos anteriores.

108. Constatado o efetivo pagamento de JSCP no valor de R\$ 7.999.999,71 em 2008, sendo o limite dedutível de R\$ 7.175.924,99 (vide Cálculo do JSCP feito por esta Fiscalização constante do ANEXO II do presente TVF), adicionamos a diferença de R\$ 11.114.074,25 ao

Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL para apuração do IRPJ e da CSLL, respectivamente.

109. Em 2009, da mesma forma, tendo em vista o efetivo pagamento de JSCP no valor de R\$ 18.289.999,24 em 2009, sendo o limite dedutível de R\$ 6.137.799,06 (vide Cálculo do JSCP feito por esta Fiscalização constante do ANEXO II do presente TVF), adicionamos a diferença de R\$ 1.862.200,65 ao Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL para apuração do IRPJ e da CSLL, respectivamente.

110. Em 2010, por fim, tendo em vista o efetivo pagamento de JSCP no valor de R\$ R\$ 18.599.999,24, sendo o limite dedutível de R\$ 8.026.880,26 (vide Cálculo do JSCP feito por esta Fiscalização constante do ANEXO II

do presente TVF), adicionamos a diferença de R\$ 10.573.118,98 ao Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL para apuração do IRPJ e da CSLL, respectivamente.

BASES DE CÁLCULO IRPJ E CSLL

111. O cálculo do novo Lucro Real – e por conseguinte do IRPJ e da CSLL reflexa devidos - considerando a glosa da despesa de amortização de ágio e adição do excesso de JSCP distribuídos encontram-se dispostos no ANEXO I do presente TERMO (os cálculos foram elaborados com base nas DIPJ e apresenta comparação entre os Valores Apurados pelo Sujeito Passivo versus Valores Apurados pela Fiscalização).

112. Da análise desses cálculos constantes do ANEXO I, verifica-se que a glosa de despesa e a adição de receita obviamente impactaram na apuração do LUCRO REAL.

113. No AC 2008, em decorrência da adição do excesso de JSCP distribuídos feitos por esta Auditoria-Fiscal, o LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS e a BASE DE CÁLCULO DA CSLL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE BC NEGATIVA DE PERÍODOS ANTERIORES saltaram de R\$ 77.555.054,33 (valor apurado pelo sujeito passivo) para R\$ 79.417.254,98 (valor apurado pela Fiscalização). Todavia, considerando que o sujeito passivo possui Prejuízos Fiscais e valores de Base de Cálculo Negativa de CSLL de anos anteriores passíveis de serem compensados (vide Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais e Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL extraídos do SAPLI, sistema da Receita Federal responsável pelo acompanhamento desses valores, anexos às fls. 1929 a 1940), compensamos de ofício o valor de R\$ 558.660,19, sendo que o saldo compensado no período saltou de R\$ 23.266.516,30 para R\$ 23.825.176,49.

114. No AC 2009, com a contabilização de amortização de ágio na ordem de R\$ 18.452.041,78, o sujeito passivo apurou prejuízo de R\$ -906.773,19. Em decorrência da glosa da amortização de ágio e da adição do excesso de JSCP distribuídos feitos por esta Auditoria-Fiscal, o LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS e a BASE DE CÁLCULO DA CSLL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE BC NEGATIVA DE PERÍODOS ANTERIORES saltaram daquele valor negativo para R\$ 28.659.342,84. Todavia, considerando que o sujeito passivo possui Prejuízos Fiscais e valores de Base de Cálculo Negativa de CSLL de anos anteriores passíveis de serem compensados (vide Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais e Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL extraídos do SAPLI, sistema da Receita Federal responsável pelo acompanhamento desses valores, anexos às fls. 1929 a 1940), compensamos de ofício o limite máximo de 30% permitido, ou seja R\$ 8.597.802,85. Com isso chegamos ao LUCRO REAL e à BASE DE CÁLCULO DA CSLL no AC de 2009 no total de R\$ 20.061.539,99.

115. Já no AC 2010, em decorrência da glosa da amortização de ágio e da adição do excesso de JSCP, o LUCRO REAL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS e a BASE DE CÁLCULO DA CSLL ANTES DA COMPENSAÇÃO DE BC NEGATIVA DE PERÍODOS ANTERIORES saltaram de R\$ 50.615.753,84 (valor apurado pelo sujeito passivo) para R\$ 79.640.914,60 (valor apurado pela Fiscalização). O valor de Prejuízos Fiscais e de BC Negativa da CSLL de exercícios anteriores compensados pelo sujeito passivo em DIPJ foi de R\$ 15.184.726,15 (30% de R\$ 35.431.027,69). Pois bem, como o saldo de Prejuízos Fiscais de exercícios anteriores após a compensação de ofício realizada no AC 2009 estava em

R\$ 16.878.475,68, compensamos de ofício o valor restante de R\$ 1.693.749,53 e chegamos ao LUCRO REAL de R\$ 62.762.438,92. Em relação ao saldo de BC Negativa disponível, como o seu saldo após a compensação de ofício realizada no AC 2009 era de R\$ 19.055.304,45, compensamos de ofício o valor restante de R\$ 3.870.578,30 e chegamos à BASE DE CÁLCULO DA CSLL no AC 2010 no total de R\$ 60.585.610,15.

116. Os detalhes do aproveitamento de prejuízos fiscais e de bases negativas da CSLL podem ser acompanhados a seguir, na PLANILHA DE COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS DO IRPJ, bem como, na PLANILHA DE COMPENSAÇÃO DE BASE NEGATIVA DA CSLL. As alterações procedidas nos saldos de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas no AC 2009 alimentaram o sistema SAPLI. Com relação às alterações procedidas no AC 2010 as mesmas ainda não foram feitas junto ao SAPLI pois os dados desse AC ainda não estão disponíveis para alteração nesse sistema.

PLANILHA DE COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS DO IRPJ
(...)

DA MULTA PELO NÃO RECOLHIMENTO DO IRPJ E DA CSLL POR ESTIMATIVA
(...)

DA NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÕES

122. Em decorrência da presente autuação os Saldos Negativos de IRPJ e CSLL apurados pelo sujeito passivo nos AC 2009 e 2010 deixaram de existir. Vejamos a comparação:

123. Pois bem, em consulta às Declarações de Compensação (DCOMP) enviadas pelo sujeito passivo à Receita Federal constatamos que o mesmo utilizou esses pretensos créditos em compensações conforme quadro a seguir.

124. Tal constatação será objeto de Representação ao Seort da Delegacia da Receita Federal em Curitiba – Serviço Responsável pela análise de PER/DCOMP – para que a mesma tome as providências necessárias no sentido de não homologar referidas compensações e, por conseguinte, cobrar os débitos indevidamente compensados.

CONCLUSÃO
(...)

127. Fica o sujeito passivo intimado a ajustar a PARTE B do LALUR AC 2009, tendo em vista a ocorrência de glosa de prejuízo fiscal de R\$ - 906.773,19, bem como a realização de compensação de ofício de Prejuízos Fiscais e de Base Negativa da CSLL na ordem de R\$ 8.597.802,85.

128. Fica o sujeito passivo intimado a ajustar a PARTE B do LALUR AC 2010, tendo em vista aumento do montante de Prejuízo Fiscal compensado no período a qual saltou de R\$ 15.184.726,15 para R\$ 16.878.475,68, bem como aumento do montante de Base Negativa da CSLL compensada a qual saltou de R\$ 15.184.726,15 para R\$ 19.055.304,45.

(...)"

A contribuinte apresentou **Impugnação** (E-fl. 2070 ss.), resumida pelo relatório do acórdão recorrido como tendo tratado da

“atuação do grupo; disse que em abril/2008 o Grupo ArcelorMittal, por meio de sua controlada ArcelorMittal Participações, firmou a intenção de adquirir 50% do capital da Gonvarri Brasil, formando a joint venture ArcelorMittal Gonvarri Brasil; contestou a alegação fiscal de que o Grupo ArcelorMittal e o Grupo Gonvarri são partes relacionadas no exterior, assim como de que o Grupo ArcelorMittal deteria indiretamente, via participações na Gonvarri Industrial SA e na Gestamp, 57,75% das participações societárias da Gonvarri Brasil.

Abordou o tratamento do ágio interno no âmbito contábil, reportando-se aos Pronunciamentos Técnicos do CPC nº 14 e 15, e ressaltando que as participações detidas por não controladores, independentemente de sua extensão, afastam a caracterização de controle comum. Destaca que o Grupo ArcelorMittal detinha participação minoritária de 35% na controladora indireta da autuada antes dos eventos de 2008, e que a aquisição da participação direta na autuada foi efetuada entre partes independentes. Questiona a vinculação que classifica como ‘coligação indireta’, defende a validade do laudo, discorda da necessidade de ele ser prévio à aquisição, e opõe-se aos demais argumentos da autoridade fiscal.

Reporta-se aos estudos de impairment do ágio em 2008 e 2009, aborda o propósito negocial das operações, defende a regularidade da redução do capital social, apresenta restrições à abordagem fiscal acerca da utilização de “empresa veículo”, e afirma a regularidade do cálculo da Reserva de Ágio em seu Patrimônio Líquido para fins de cálculo dos juros sobre o capital próprio.

Menciona outros efeitos jurídicos dos negócios praticados e questiona a desconsideração da personalidade jurídica da Gonvarri Espanha e da Holding Gonvarri SL. Por fim, discordou da exigência cumulada da multa de ofício e da multa isolada, e além de pedir o cancelamento integral da exigência, protestou pela posterior juntada de cópia do doc. 03 e da tradução juramentada dos documentos ora apresentados em língua estrangeira, dentre outros requerimentos.”

Na sequência, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba** (E-fl. 2362 ss.), *“considerando que os saldos negativos de IRPJ e CSLL dos anos calendário de 2008 e 2009, originalmente declarados, já haviam sido utilizados como direito creditório em diversas declarações de compensação apresentadas pela contribuinte”*, determinou o retorno do autos à DRF para *“a lavratura de auto de infração complementar para exigência das parcelas dos saldos negativos indevidamente deduzidas na apuração da exigência fiscal em litígio, com reabertura de prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.”*

O **Autos de Infração complementares** (E-fls. 2369 ss.) foram lavrados para a exigência de IRPJ e CSLL relativamente ao anos calendário 2008 a 2010, juntamente com juros de mora e multas proporcional, sob a seguinte acusação, mais detalhada no **Termo de Verificação Fiscal** sobre esse novo lançamento (E-fls. 2385 ss.):

“Por intermédio do presente Auto de Infração estão sendo lançados Saldos Negativos de IRPJ apurados pelo Sujeito Passivo (decorrentes dos pagamentos das estimativas mensais e de Imposto de Renda Retido na Fonte em montante superior

ao imposto anual declarado) os quais foram indevidamente utilizados como dedução no Auto de Infração Original datado de 03/04/2012. Como referidos Saldos Negativos já foram usados pelo sujeito passivo em compensações - todas realizadas antes da ciência do Auto de Infração Original, cabe enfatizar - os mesmos não poderiam ter sido utilizados novamente na apuração da exigência fiscal original.”

Nova **impugnação** (E-fls. 2394 ss.) foi apresentada, arguindo a contribuinte nulidade porque não observados os requisitos legais para sua formalização, apontando a alteração do critério jurídico do lançamento, e a correta fundamentação do lançamento original, além de invocar a Solução de Consulta Interna nº 23/2006 e o Ato Declaratório Normativo nº 58/94.

Retornando os autos à **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba** (E-fl. 2502 ss.), esta proferiu decisão administrativa mantendo o crédito tributário parcialmente, com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário:

2008, 2009, 2010

NULIDADE.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO COMPLEMENTAR.

Legítima a lavratura de auto de infração complementar quando, em exams posteriores, no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, pois foi devolvido ao sujeito passivo o prazo para impugnação no concernente à matéria modificada, nos termos dos art. 18, § 3º, e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2008, 2009, 2010

ÁGIO GERADO EM OPERAÇÕES INTRAGRUPPO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO CONTROLE INDIRETO SOBRE A SOCIEDADE INVESTIDA.

A premissa adotada pela autoridade fiscal de que o ágio foi gerado em operações intragrupo restou prejudicada em face de inexistir nos autos comprovação de que o grupo econômico ao qual pertence a sociedade investidora deteria, indiretamente, o controle sobre a sociedade investida.

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÓMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA. FALTA DE LAUDO OU ESTUDO PRÉVIO À AQUISIÇÃO DO INVESTIMENTO.

A dedutibilidade do ágio com base em expectativa de rentabilidade future exige que o valor de aquisição do investimento esteja lastreado em laudo ou estudo prévio, que a contribuinte deve manter arquivado como comprovante da sua escrituração.

ÁGIO. INCORRETA APURAÇÃO SOBRE INVESTIMENTO EM SOCIEDADE CUJO CAPITAL SOCIAL HAVIA SIDO APENAS FORMALMENTE REDUZIDO.

Considerando que o ágio somente foi apurado em decorrência de o custo de aquisição do investimento ter sido comparado com o valor patrimonial de sociedade investida cujo capital social havia sido apenas formalmente reduzido, porquanto a restituição ao sócio não foi efetuada com disponibilidades financeiras ou com bens

previamente existentes, mas com os recursos que ingressaram na empresa com a posterior integralização de aumento de capital na operação que deu causa à apuração desse ágio, indedutível na apuração do lucro real é o encargo com sua amortização.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. REMUNERAÇÃO COM BASE NA VARIAÇÃO, PRO RATA DIA, DA TJLP. BASE DE CÁLCULO.

A pessoa jurídica pode deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da TJLP, condicionado à existência de lucros ou lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário:

2008, 2009, 2010

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.

A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano calendário, com base no lucro real anual.

DECORRÊNCIA. CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidade descrita e analisada no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento à CSLL.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

A contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 2544 ss.), com as seguintes razões, igualmente enumeradas pelo relatório do acórdão recorrido:

“Inicialmente observa que deixa de combater as alegações de que o Grupo ArcelorMittal seria seu controlador indireto anteriormente à formação da joint venture com o Grupo Gonvarri, bem como de que inexistiria propósito comercial para a realização da operação de formação de joint venture, na medida em que autoridade julgadora de 1ª instância acolheu a argumentação apresentada em impugnação. De toda sorte, apresenta relatório elaborado pela empresa de renome internacional KPMG, que comprova, mais uma vez, que o Grupo ArcelorMittal não era controlador indireto da recorrente.

Considerando que a decisão recorrida manteve a glosa da despesa de amortização do ágio por entender que o laudo que amparou a respectiva fundamentação econômica teria sido elaborado posteriormente à formação da joint venture, bem como porque o ágio teria sido registrado em razão da indevida redução de capital da ora Recorrente, além de manter as exigências de multa isolada e o crédito tributário consignado no lançamento complementar, a recorrente apresenta suas razões para reforma parcial da decisão recorrida nestes pontos.

Principia traçando o contexto da formação da joint venture, abordando as atividades do Grupo ArcelorMittal e indicando sua origem em fusão dos Grupos Mittal Steel e Arcelor em 2006, de modo a distinguilo do Grupo Gestamp, este dividido em três segmentos distintos, quais sejam, Gonvarri, Gestamp Automación e Gestamp Renewables. Esclarece, então que:

21. O segmento GONVARRI tem por foco a prestação de serviços para o setor siderúrgico, notadamente, o processamento de bobinas de aço. No Brasil, suas atividades eram desenvolvidas pela Gonvarri Brasil, centro de serviço especializado no processamento e distribuição de aços planos.

22. Já o segmento Gestamp desenvolve atividade complementar à do ramo Gonvarri, qual seja, a estamparia das peças obtidas pelo processamento das bobinas de aço.

23. Por razões comerciais que serão exploradas adiante, em 14 de março de 2008, o Grupo ArcelorMittal, por meio de sua controlada ArcelorMittal Participações, firmou a intenção de adquirir 50% do capital da Gonvarri Brasil, formando a joint venture ArcelorMittal Gonvarri Brasil.

24. Referida aquisição foi realizada em duas etapas: (i) na primeira, em JUNHO de 2008, a ArcelorMittal Participações adquiriu ações ordinárias da Gonvarri Brasil, então detidas pela Gonvarri Espanha; e (ii) na segunda, em OUTUBRO de 2008, novas ações ordinárias da Gonvarri Brasil foram subscritas e integralmente integralizadas pela ArcelorMittal Participações.

Aduz que esta operação modificou substancialmente a forma de gestão da Gonvar Brasil apontando: a alteração de sua denominação social, a constituição de um Conselho de Administração composto por membros indicados por ambos os acionistas, e a reforma integral do Estatuto Social. A joint venture assim constituída permitiu que os grupos independentes e autônomos no exterior pudessem desenvolver atividades complementares em conjunto no Brasil, consoante preâmbulo do Acordo de Investimentos e excertos do Parecer do CADE que aprovou a operação, os quais transcreve.

Reputa nítida a sinergia entre as atividades de cada um dos grupos, visto que o Grupo ArcelorMittal manufatura as bobinas, que são processadas pela Recorrente, e diretamente integradas ao produto dos clientes tanto do Grupo ArcelorMittal, quanto da Recorrente, e discorre sobre a expansão das atividades do grupo.

Discorda dos argumentos opostos pela decisão recorrida à validade do laudo de avaliação pois: 1) a aquisição não ocorreu em abril/2008, mas sim em junho e outubro do mesmo ano; 2) em março/2008 apenas foi assinado o Acordo de Intenções entre as partes, sujeito a condições para que a compra se efetivasse; 3) a Ata de Assembléia Geral Extraordinária de 09/06/2008 atesta a transferência de ações da autuada, detidas pela Gonvarri Corporacion Financiera SL, para a ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A; 4) a Ata de Assembléia Geral Extraordinária e Boletim de Subscrição da Companhia de 29/10/2008 atestam a subscrição, pela ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A de ações emitidas somente nesta data; e 5) a aquisição das ações somente ocorre com a transferência de sua titularidade.

Nega a validade jurídica do relatório das demonstrações financeiras do Grupo ArcelorMittal, emitido na Europa, destinado aos seus acionistas europeus, no qual se sustenta a acusação fiscal, dado que a recorrente não participou de sua elaboração, não sabe a origem da informação, e seu conteúdo é incorreto. Observa, ainda, que nos termos da legislação tributária, o laudo de avaliação não é obrigatório, bastando uma demonstração elaborada pela própria empresa, de modo que sua elaboração evidencia o zelo da adquirente em dar suporte ao ágio em questão.

Acrescenta que a elaboração do laudo de avaliação não deve ser necessariamente prévia, mas contemporânea à aquisição, e que a determinação legal neste sentido apenas busca permitir que o adquirente da participação societária possa apontar de forma apropriada a justificativa econômica da parcela do preço que exceder ao PL da investida.

Discorda do entendimento da autoridade julgadora de que o laudo se prestaria a fixar o preço de aquisição, asseverando que ele serve como justificativa econômica do ágio, bastando que seja contemporânea à aquisição. No caso, como o Acordo de Investimentos apenas definiu os termos gerais da negociação, o laudo de avaliação, além de se reportar à data base de 31/05/2008, foi emitido e assinado em 16/06/2008, uma semana após a compra das ações na primeira etapa do acordo (09/06/2008), e em data bem anterior à segunda etapa de aquisição (29/10/2008). Adiciona que a Apsis Consultoria Empresarial Ltda certamente não elaborou o laudo em uma semana, mas sim já o estava preparando e discutindo em momento anterior à aquisição, de modo que a ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A obviamente sabia que o ágio estava baseado em expectativa de rentabilidade futura. Ressalta que a própria autoridade julgadora de 1ª instância reconheceu que o Acordo de Investimentos continha condições precedentes à conclusão do negócio, e assevera

que não tivessem as condições precedentes sido cumpridas, a aquisição provavelmente não teria sido realizada e não haveria que se falar em pagamento do preço ou em registro do ágio.

Conclui, assim, que a avaliação é contemporânea à aquisição, refletindo a expectativa de rentabilidade da Recorrente naquele momento.

Passa, então, a abordar a acusação de redução indevida do PL da Recorrente.

Inicialmente opõe-se à alegação de que o registro do ágio decorreria unicamente da diminuição indevida do PL da Recorrente em função da redução de capital deliberada em 03.03.2008, pois, inexistindo qualquer vício nesta operação, os questionamentos apresentados são improcedentes.

Afirma ser notório que tendo sido a redução de capital deliberada em março de 2008, o valor patrimonial do qual partiu a negociação do preço de aquisição das ações da Recorrente tomou por base o valor de seu PL já reduzido. Acrescenta que não tivesse a redução de capital sido deliberada, o PL da Impugnante seria de R\$ 224 milhões, aumentando em R\$ 150 milhões (valor da redução de capital) o valor patrimonial de suas ações. Em consequência, o valor de 100% da empresa passaria a ser de R\$ 600 milhões (i.e., $225 (50\% \text{ de } 74) + 75 (50\% \text{ de } 150) = 300 \times 2 = \text{R\$ } 600 \text{ milhões}$), e a aquisição de 50% da empresa deveria ser feita por R\$ 300 milhões, e não R\$ 225 milhões como efetivado, permitindo a formação do mesmo montante de ágio, que considerando agora o valor patrimonial de R\$ 112 milhões (50% de 224 milhões), equivaleria a R\$ 188 milhões (apesar de o valor efetivamente registrado ter sido inferior, visto que parte da aquisição se deu por meio de subscrição de capital da Recorrente.)

Conclui, assim, que o efeito da redução de capital na formação do ágio é totalmente neutro, na medida em que eventuais alterações neste sentido afetariam diretamente a negociação de preço. Por estas razões, reputa impossível a manutenção da glosa das despesas de ágio também por este fundamento.

Defende a impossibilidade de se exigir multa isolada prevista pelo artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430 após o encerramento do anocalendarário, asseverando que esta penalidade somente é aplicável quando verificada a falta de recolhimento das estimativas mensais antes do encerramento do anocalendarário.

Encerrado o anobase, eventuais insuficiências de recolhimento só serão exigidas quando examinados todos os elementos integrantes da renda em 31 de dezembro do anocalendarário, como inclusive dispõe o art. 15 da Instrução Normativa SRF nº

93/97. Reportase a julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais e a outros acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Pleiteia, ainda, a aplicabilidade da jurisprudência relativa a período anterior à Lei nº 11.488/07 ao presente caso, dado que a materialidade sobre a qual incide a multa permanece rigorosamente a mesma, consoante se infere, inclusive, da Exposição de Motivos da medida provisória que deu origem à referida alteração legislativa. Complementa alegando a impossibilidade de se exigir cumulação de multas pelo mesmo fato gerador, na medida em que tanto a multa isolada como a multa de ofício possuem os mesmos elementos centrais e a mesma natureza jurídica, qual seja, a de sanção pelo não recolhimento do tributo. Reporta-se a julgados do Primeiro Conselho de Contribuintes e desta Primeira Seção de Julgamento em favor da sua tese. Finaliza observando que aparente conflito entre as normas é resolvido pela absorção da multa isolada pela multa proporcional de ofício, consoante manifestações da Câmara Superior de Recursos Fiscais e desta Primeira Seção de Julgamento.

Pede, também, o cancelamento do auto de infração complementar porque: 1) a autorização concedida pela DRJ para sua lavratura não se funda no art. 18, §3º do Decreto nº 70.235/72, mas sim na regra geral de revisão de ofício do lançamento tributário contida nos arts. 145 e 149 do CTN; e 2) o critério de apuração da base tributável utilizado no AI original estava totalmente correto e pautado em orientações da própria Receita Federal.

Transcreve as hipóteses do art. 149 do CTN e constata que nenhuma delas se verificou no presente caso. Cita doutrina e invoca o princípio da segurança jurídica. Reportase a doutrina para reforçar seu entendimento de que a permissão contida no art. 18, §3º do Decreto nº 70.235/72 tem como base as hipóteses do art. 149 do CTN. E aduz:

136. Nesse contexto, se o art. 149 do CTN não especificasse quais as situações em que a revisão do lançamento seria possível, as autoridades fiscais teriam uma espécie de “cheque em branco” em seu poder para lavrar autos de infração complementares toda vez que verificassem que outros critérios poderiam ser aplicados ao lançamento original de forma a agravá-lo, o que significaria afronta ao princípio da segurança jurídica, pois o sujeito passivo, a qualquer tempo, teria que se defender de novas autuações consubstanciadas por meio de autos de infração complementares.

Invoca doutrina para argumentar que o auto de infração tem como elemento essencial o seu motivo, o qual abrange os pressupostos de fato e de direito que o embasam, afirmando que identificado erro no pressuposto de direito, o ato administrativo é inválido, a ensejar a nulidade do lançamento complementar.

De outro lado, a autoridade fiscal, ao apurar os tributos devidos, deduziu o montante do saldo negativo objeto de compensações da Recorrente, de modo que o lançamento complementar desfez esta apuração, exigindo aqueles valores no lançamento complementar.

Defende que o art. 2º, §4º, inciso IV e art. 30 da Lei nº 9.430/96 determinam a dedução das antecipações para apuração do saldo a pagar a título de IRPJ e CSLL, de modo que a autoridade fiscal também devem considerá-las, compensando o saldo negativo na autuação.

Complementa que o critério adotado no lançamento original atende à Solução de Consulta Interna nº 23/2006, bem como ao Ato Declaratório Normativo nº 58/94. Reporta-se a julgados administrativos no mesmo sentido, e reputa inaceitável a alteração de critério adotado no lançamento original, argumentando que se estava correto o critério jurídico de apuração na base tributável no AI original, a D. Fiscalização, ao alterá-lo no AI complementar, incorreu em nítido erro de direito, ensejando a nulidade não só do AI complementar, como do AI original.

Associa o erro no critério jurídico utilizado ao princípio da legalidade e ao art. 142 do CTN, conceituando o erro de direito como inadequada aplicação da norma jurídica pelo auditor fiscal, em razão de equivocado entendimento sobre o seu comando ou puro desconhecimento. E conclui que este tipo de erro fere a substância da exigência, impondo o cancelamento do auto de infração, como inclusive reconhecido nos acórdãos que cita.

Inexistindo fato novo, mas sim revisão sobre o critério da base de cálculo apurada no auto de infração original, a qual culminou em agravamento da cobrança, pede o cancelamento do auto de infração complementar, a fim de que seja decretada a nulidade dos lançamentos fiscais indevidamente constituídos.

Por fim, afirma a ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício, porque a lei somente autoriza seu acréscimo a débitos decorrentes de tributos e contribuições, na medida em que se prestam a remunerar o credor pela privação do uso de seu capital, no caso, o que deveria ter sido recolhido e não foi. A multa presta-se apenas a atribuir eficácia ao cumprimento da obrigação principal, e a aplicação de juros sobre ela acarreta afronta ao princípio do não confisco e viola o direito de propriedade. Cita jurisprudência administrativa em favor do seu entendimento.”

Na sequência, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrrazões** aos recursos voluntário e de ofício (E-fls. 2652 ss.), com os fundamentos resumidos pelo acórdão recorrido:

“Inicialmente no que se refere ao lançamento complementar, observa a existência de representação por parte da autoridade lançadora, informando à DRJ Curitiba o erro cometido no cálculo do débito lançamento, e solicitando autorização para sua revisão de ofício. A autoridade julgadora analisou a solicitação e entendeu necessária a correção, caso contrário o contribuinte seria duplamente beneficiado por um mesmo direito creditório, assim determinando a revisão nos termos do art. 18, §3º do Decreto nº 70.235/72. A autoridade lançadora, por sua vez, além de reportar a este dispositivo, fundamentou a revisão no art. 145, inciso III e no art. 149, inciso IX, ambos do CTN. Ao final, o lançamento complementar não importou qualquer alteração do critério jurídico inicialmente aplicado, mas apenas imputou ao sujeito passivo uma nova infração em face da revisão dos fatos apurados.

Reporta-se a julgado deste Conselho favorável à revisão de ofício e quanto ao cabimento meritório da revisão realizada, destaca que ela procurou evitar que o contribuinte gozasse duplamente de um mesmo direito creditório. Assim, como ele já havia utilizado os saldos negativos de IRPJ e CSLL apurados nos anos-cálculo de 2008 e 2009 para reduzir débitos tributários (DCOMP's), não há como esses mesmos saldos justificarem a redução de novos débitos. Concordar com a segunda dedução desses saldos, importará o enriquecimento sem causa do contribuinte.

Prosseguindo, defende a indedutibilidade do ágio escriturado pois, além da clara imprestabilidade do laudo apresentado e da artificialidade da redução de capital realizada, há nos autos provas suficientes que demonstram que o ágio decorreu de operações realizadas entre partes relacionadas.

Historia os fatos societários que reputa relevantes, e reportase aos “Relatórios Anuais do Grupo ARCELORMITTAL”, nos quais consta claramente que esse grupo, além de controlar de forma absoluta a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, também detinha participação societária da empresa espanhola GONVARRI INDUSTRIAL SL, a qual era a única sócia da também espanhola GONVARRI

CORPORACION, esta última única controladora da GONVARRI BRASIL (cuja negociação deu ensejo ao ágio glosado).

A referida participação representa 59,8% em 2003, e fora reduzida em 2006 para 35%, patamar no qual foi mantida até 2008. Estando, portanto, o Grupo ARCELORMITTAL presente nos dois polos de negociação, não há como negar que o ágio decorreu de uma operação entre partes relacionadas (empresas que pertencem a um mesmo grupo). Reporta-se, também, às inúmeras notícias jornalísticas juntadas pela Fiscalização, e desta aquela publicada (em português) pelo sítio eletrônico “Económico.fórum” no dia 27/09/2004.

Observa, ainda, que, com base na ligação existente entre a GONVARRI CORPORACION e a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, primeiro, a parte alienante reduziu o capital social do investimento que seria negociado com vistas a criar um ágio a ser deduzido pela adquirente, sem gerar para si, por outro lado, o correspondente ganho de capital tributável, e, segundo, para atestar o fundamento econômico do ágio, fora elaborado um laudo após o preço ter sido negociado e o seu pagamento iniciado. Entende que a artificialidade da redução do capital social da GONVARRI BRASIL resta evidente quando a análise das operações se concentra em três aspectos: primeiro, a relação existente entre as partes negociantes; segundo, a proximidade temporal entre a redução do capital e a negociação do investimento; e, terceiro, a utilização dos recursos oriundos da negociação do investimento para a concretização da redução do capital.

Analizando “o filme completo” com base nessas três premissas, será possível alcançar a real intenção da GONVARRI CORPORACION e da ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES desde a redução do capital até a dedução do ágio que surgiu da aquisição de 50% das ações da GONVARRI BRASIL.

Como as referidas empresas integravam o mesmo grupo empresarial, é possível concluir que a Gonvarri Corporacion, ao reduzir seu capital na Gonvarri Brasil, já sabia da futura venda de metade desta empresa à outra integrante do grupo. E, sendo partes relacionadas, não havia razão para a alienante (GONVARRI CORPORACION) cobrar ágio da adquirente (ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES), dado que eventual ágio cobrado de uma parte seria neutralizado pelo ganho auferido pela outra). Logo, o correto e normal seria a transferência da participação societária da GONVARRI BRASIL pelo seu valor de patrimônio líquido.

Assim, as empresas começaram a orquestrar uma forma dessa transferência ocorrer pelo seu valor de PL, e ainda propiciar uma redução fiscal, vislumbrada com o ágio que poderia ser amortizado em razão da aquisição da participação societária. Daí a solução: a alienante, antes da negociação do investimento, iria reduzir o seu capital social, contudo, essa redução somente iria se concretizar após o fechamento da negociação, a fim de que o pagamento fosse disfarçado de redução de capital. Por meio dessa fórmula, mesmo o investimento sendo transferido pelo seu valor de PL, o adquirente registra um ágio, e o alienante não auferiu ganho de capital, porque o dinheiro que recebeu foi registrado em seu patrimônio como redução de capital social de uma controlada.

Entende demonstrada a artificialidade da redução do capital social da GONVARRI BRASIL realizada pela GONVARRI CORPORACION. Tendo sido realizada poucos dias antes da negociação de 50% da GONVARRI BRASIL, e dependendo financeiramente dos recursos que seriam entregues pela ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES, a redução de capital da GONVARRI BRASIL não pode ser aceita pelo Fisco como um ato verdadeiro e válido. Não fosse tal redução artificial de capital social, a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES não teria registrado praticamente nenhum ágio em face da aquisição da participação societária da GONVARRI BRASIL (o ágio seria de R\$ 1 milhão, e não de R\$ 92 milhões como registrado).

Refuta o raciocínio desenvolvido no recurso voluntário acerca da manutenção do ágio mesmo sem a redução do capital social, porque a recorrente se olvida é que o contexto negocial por ele proposto somente é cabível quando as partes contratantes são independentes entre si. Quando há contraposição de interesses. Quando o interesse da parte adquirente (pagar menos) vai de encontro com o interesse da parte alienante (ganhar mais), permitindo, assim, que se estabeleça um valor justo que satisfaça a todos.

Quanto ao laudo, assevera que ele não foi elaborado à época em que o ágio foi negociado, assim como quando foi paga a sua primeira parcela, de modo que sua apuração se fez com base em quaisquer outras razões econômicas, mas não na rentabilidade futura da GONVARRI BRASIL. Defende que a legislação exige a prova do fundamento em documento elaborado antes do efetivo pagamento dessa “mais valia”, e diz: Por fundamento, razão ou justificativa econômica, que leva ao surgimento de um ágio, por sua vez, deve-se entender o elemento volitivo que faz uma empresa adquirir a participação societária de outra. O fundamento econômico, assim, não é um simples documento, mas sim a vontade real que fez parte do negócio firmado. A rentabilidade futura, por exemplo, traduz o interesse da empresa adquirente de auferir no futuro a rentabilidade que será distribuída pelo investimento adquirido.

A legislação fiscal exige que o lançamento contábil do ágio esteja amparado por documento arquivado na contabilidade da empresa. Daí porque o laudo deve ser elaborado antes do desembolso pela aquisição. Se este documento inexistir, o laudo não terá qualquer fundamento no momento da contabilização do ágio. Ademais: Com efeito, a anterioridade que deve existir do documento que atesta o fundamento econômico do ágio ao seu efetivo pagamento, em que pese não estar expressamente prevista na lei, decorre de uma estrutura lógica que se impõe à realização dos atos negociais que propiciam o surgimento de um ágio.

Sendo o ágio fruto de uma negociação, onde uma parte adquire de outra um bem (participação societária), a ordem necessária dos fatos é que a parte adquirente estude o seu interesse no bem antes do negócio ser fechado. Imaginar o contrário seria admitir que a parte adquiriu o bem e depois analisou se tinha interesse na compra já realizada. O ato existiria antes da vontade. Um absurdo!

Em seu entendimento, admitir que, na realização de um negócio, a efetiva circulação de riquezas entre as partes possa anteceder a razão econômica que levou ao estabelecimento do valor que seria recebido/pago, significa afastar, em última análise, a regra fundamental da Economia da oferta e da demanda. Além disso, referido disparate hermenêutico implicaria a permissão de inimagináveis situações fraudulentas, mediante manipulação das informações que comprovaria a materialidade dos fatos, pois o fundamento do ágio seria o que a parte que o suportou quiser que o seja. A contribuinte não trouxe aos autos um documento hábil a demonstrar o fundamento econômico do ágio, pois o laudo é posterior ao pagamento da primeira parte do ágio paga, e inexistente no momento em que o ágio é negociado, em 14/03/2008. Por sua vez, a elaboração de um laudo no presente não é hábil a atestar o elemento volitivo das partes em um negócio que se realizou no passado.

Observa que como regra matriz de julgamento eleita pelo CARF, a verdade material deve sempre ser buscada. No presente caso, a verdade material só pode ser averiguada pelos documentos produzidos à época do pagamento do ágio.

Por fim, defende a possibilidade de aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, bem como a cobrança de juros sobre a multa de ofício.”

Os recursos foram julgados pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, que decidiu no **Acórdão n. 1101-000.942** (E-fl. 2684 ss.) negar

provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário apenas no que dizia respeito aos lançamentos complementares, restando mantidas assim (i) a glosa do ágio, (ii) multas de ofício e isolada e (iii) juros sobre multa, como se depreende da ementa abaixo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2008, 2009, 2010

TRANSFERÊNCIA DE CAPITAL PARA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO POR EMPRESA VEÍCULO, SEGUIDA DE SUA INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. SUBSISTÊNCIA DO INVESTIMENTO NO PATRIMÔNIO DA INVESTIDORA ORIGINAL.

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. Não é possível a amortização se o investimento subsiste no patrimônio da investidora original.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. RECÁLCULO DOS LIMITES. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DO ÁGIO. Não subsiste a exigência se a autoridade lançadora deixa de considerar outros efeitos das operações societárias que alterariam a composição do patrimônio líquido da investida.

LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. O lançamento complementar somente pode ser formalizado com vistas a ajustar a exigência do crédito tributário à motivação do lançamento, ou diante de fatos novos, subtraídos ao conhecimento da autoridade lançadora quando da ação fiscal e relacionados aos fatos geradores objeto da autuação. Inadmissível a exigência suplementar decorrente da alteração de critérios expressamente adotados no lançamento original.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

O não recolhimento de estimativas sujeita a pessoa jurídica à multa de ofício isolada, ainda que encerrado o anocalendário.

CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO. COMPATIBILIDADE. É compatível com a multa isolada a exigência da multa de ofício relativa ao tributo apurado ao final do anocalendário, por caracterizarem penalidades distintas.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1) por voto de qualidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto à glosa de amortizações de ágio, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior, Marcelo de Assis Guerra e José Ricardo da Silva; 2) por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício; 3) por voto de qualidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente às exigências de multa isolada, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior, Marcelo de Assis Guerra e José Ricardo da Silva; 4) por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao lançamento complementar; 5) por maioria de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos juros de mora sobre a multa de ofício, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e José Ricardo da Silva, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Mônica Sionara Schpallir Calijuri e Marcelo de Assis Guerra.”

Em face do referido acórdão, a contribuinte interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 2761 ss.) apontando (i) preliminares de nulidade, em razão da alteração de critério jurídico pelo acórdão recorrido e fundamentação legal do lançamento, ao inovar a acusação fiscal com a questão do uso de empresa veículo, especialmente diante da ausência de previsão legal para a exigência do propósito negocial e a norma antielisão, diante da não regulamentação do artigo 116 do CTN.

Quanto (ii) à possibilidade de dedução fiscal do ágio, (ii.a) inicia explicando o contexto negocial para a formação da *joint venture*, (ii.b) demonstra o propósito negocial das operações, a ainda trata (ii.c) da impropriedade da qualificação da Arcelor Participações como "empresa veículo", (ii.d) inexistência de "transferência de ágio" e independência da ArcelorMittal Participações como adquirente; (ii.e) necessária segregação entre as normas contábeis e fiscais; (ii.f) legitimidade do laudo de avaliação para dar suporte ao registro do ágio; e (ii. g) inexistência de redução indevida do PL da recorrente.

Por fim, sustentou ainda a (iii.a) impossibilidade de exigência de multa isolada após o encerramento do ano calendário e (iii.b) cumulativamente à isolada, além da (iv) ilegalidade da imposição de juros sobre multa.

O Recurso Especial foi recepcionado por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 3069 ss.) que lhe deu seguimento em todos os pontos apresentados, os quais enumerou, com os respectivos acórdãos paradigmas aceitos, sem prejuízo de outros apresentados e não admitidos: (i) impossibilidade de se exigir “propósito negocial” como requisito de validade das operações (Acórdão n. 1302-001.184); (ii) impossibilidade de caracterização de “empresa veículo” para desqualificar a validade das operações, considerada mais um fundamento da glosa do ágio, já recebida pelo acórdão do ponto anterior, não se podendo mais analisar os outros dois apresentados, pelo limite regimental de dois paradigmas por matéria; (iii) impossibilidade de imposição de multa isolada após o encerramento do ano-calendário e cumulação de multas sobre o mesmo fato gerador (Acórdãos n. 101-96.941 e 1803-00.823), (iv) ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre multa de ofício (Acórdãos n. 9101-000.722 e 101-96.593).

Por fim, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 3079 ss.), sustentando (i) a indedutibilidade das despesas de ágio, diante da suposta redução artificial do capital social e criação de ágio dedutível para o adquirente sem o surgimento do respectivo ganho de capital para o alienante, (ii) a intempestividade do laudo e sua

imprestabilidade para alterar o fundamento econômico do ágio, (iii) a possibilidade de aplicação concomitante entre as multas isolada e de ofício, bem como (iv) a devida incidência de juros sobre multa.

Passa-se, então, à apreciação do recurso.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

CONHECIMENTO

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que diverjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Voltando-se então ao caso sob exame, dentro dos limites impostos a esta análise de conhecimento pelo despacho de admissibilidade, vê-se que foi dado seguimento, de acordo com a sua conclusão, à possibilidade de análise da glosa do ágio procedida, diante da divergência demonstrada quanto à inexistência de previsão legal para a exigência de propósito negocial e, também, à impossibilidade de caracterização de “empresa veículo” para desqualificar a validade das operações, esta tomada como mais um fundamento, que

chegaria à apreciação do colegiado pelo acórdão paradigma conhecido relativamente ao primeiro ponto. Leia-se o despacho sobre este segundo tema:

*“Acerca do ponto, transcreve a recorrente alguns excertos das ementas e votos proferidos no âmbito dos acórdãos 1402-001.310 e 1301-000.711.
No caso, entendo desnecessário reproduzi-los em razão de dois fatores.
Em primeiro, porque, na verdade, estar-se-ia discutindo apenas um Segundo fundamento também utilizado para justificar a manutenção do lançamento com relação à glosa das despesas com amortização de ágio, no acórdão recorrido, e para, em sentido divergente, nos acórdãos paradigmas, não se mostrar relevante para inquinar de ilegítimo o aproveitamento do ágio, ou seja, para sustentar que o uso de empresa veículo não macula o planejamento fiscal.
Assim, como a matéria atinente à glosa das amortizações de ágio já teve o seu seguimento aceito, em face do exposto no item precedente, revela-se desnecessário discutir este segundo fundamento, em sede de juízo prévio de admissibilidade.
Em segundo, porque, justamente por se tratar apenas de uma material efetivamente questionada (despesas com a amortização de ágio) nos dois “pontos” citados pela recorrente, há que se observar, no caso, por expressa previsão regimental, a limitação à análise, para fins de divergência, de apenas dois paradigmas. E, no caso, este limite já se esgotou na análise do “primeiro ponto” antes mencionado.
De qualquer sorte, conforme antes exposto, o recurso terá seguimento com relação à matéria destacada, de sorte que a recorrente terá seus argumentos de mérito devidamente analisados pela Câmara Superior.”*

Observa-se, com a análise do despacho de admissibilidade, que muito embora tenha dado seguimento ao recurso quanto ao ágio com base no primeiro paradigma apresentado com referência ao tema acerca do propósito negocial, admitiu a análise dos argumentos pontuados pela Recorrente quanto à glosa do ágio, apesar de ela os ter dividido em diferentes tópicos, com a apresentação de divergência para cada um deles.

Naturalmente, eu me circunscreveria com bastante rigor ao teor do paradigma admitido, que foi o Acórdão n. 1302-001.184, a partir do qual o despacho de admissibilidade fez a seguinte leitura da divergência:

“Com base no acima exposto, entendo demonstrado pela recorrente a divergência, pois, enquanto o acórdão recorrido fundamenta a manutenção da glosa das despesas com amortização do ágio com base nos conceitos de ausência de propósito negocial e ausência de substância econômica, o primeiro paradigma é categórico em afastar tais considerações, de sorte que, se as operações que geraram o ágio foram formalmente válidas e lícitas, sem vícios inerentes ao negócio jurídico, mesmo um ágio considerado ‘interno’ ou ‘ágio de si mesmo deve ser admitido.”

De todo modo, como a contribuinte apresentou outros paradigmas passíveis de conhecimento para todos os tópicos argumentativos que enumerou – caso não rechaçados pelo despacho – e este adotou como técnica tratá-los como fundamentos, admitindo a sua análise, seguirei certamente e regimentalmente o despacho de admissibilidade para analisá-los, a despeito do limite desse paradigma à questão do propósito negocial.

Assim sendo, vota-se por **CONHECER o recurso especial.**

MÉRITO

PRELIMINARMENTE

1. Preliminarmente - Nulidades: alteração de critério jurídico e ausência de motivação do auto de infração

Adentrando-se no mérito do recurso, depois da ressalva feita com relação ao seu conhecimento, a primeira providência que se impõe é a demarcação do quanto devolvido a julgamento, não só para a verificação de eventual alteração de critério jurídico, como em função da demarcação dos próprios fundamentos com relação à glosa do ágio que podem ser tratados dentro do contexto do acórdão paradigma a que dado seguimento.

Primeiramente, como se observa, a autuação para a glosa das despesas com ágio teve como motivação fiscal a sua indedutibilidade em face da *“incorporação às avessas com aproveitamento de ‘ágio de si mesmo’ gerado em negociação entre partes relacionadas, por meio de transações sem propósito negocial.”*

Registrou-se, também, que a *“despeito desses equívocos cronológicos e contábeis relacionados, respectivamente, ao Laudo de Avaliação da GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERÚRGICOS S/A e à origem do ágio, o foco dessa Auditoria Fiscal diz respeito ao reconhecimento pela fiscalizada de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado intragrupo, o qual é vedado pelas normas nacionais e internacionais.”*

Relata que do aporte de R\$ 170.776.644,28, R\$ 150.963.495,00 foi utilizado para pagamento da acionista espanhola, GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL, em razão da redução de capital aprovada em 03/03/2008. Destaca que, desta forma: 1) o pagamento *não foi feito com disponibilidades previamente existentes na GONVARRI BRASIL, mas sim com recursos de sócio desta que só veio a ingressar na empresa em data ulterior a realização da assembléia que aprovou a redução do capital social*; 2) em razão da redução de capital antes deliberada, mas só efetivada em 29/10/2008, *o PL da GONVARRI BRASIL estava indevidamente subavaliado, o que ajudou demais na confecção (ou geração) do ágio*; 3) *não fosse pela pseudo redução do capital social, o surgimento do pretense ágio estaria praticamente inviabilizado. E arremata:*

“60. Entendemos que a importância de R\$ 140.195.887,80 supra não pode ser contabilizada como reserva de ágio pela ARCELORMITTAL GONVARRI, mês porque não há que se falar em ágio em transação entre partes relacionadas. A importância de R\$ 170.776.644,28 tem natureza de empréstimo e, portanto, deveria ter sido contabilizada como tal. Ora, este recurso, supostamente utilizado para “pagamento” do ágio na subscrição de ações na ARCELORMITTAL GONVARRI, não ficou à disposição desta nem um dia sequer. Ele foi utilizado para pagamento de obrigação desta para com seus acionistas. Aliás, como à época da aprovação da redução do capital social o GRUPO ARCELORMITTAL detinha, mesmo que indiretamente, 57,75% de participação da GONVARRI BRASIL, o que ocorreu foi que parte da importância de R\$ 170.776.644,28 enviada ao Brasil em 09/10/2008 pelo GRUPO ARCELORMITTAL, ficou novamente disponível a ele na GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL no dia 29/10/2008.”

Assim conclui que *“todas essas as operações em sequência (step transactions) foram realizadas com desiderato específico de diminuir pagamento de tributos. Verifica-se que não há qualquer suporte fático atinente à prática empresarial que justifique a sequência dos atos supra envolvendo principalmente a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES. Não fosse pelo interesse tributário, os mesmos jamais teriam sido levado a cabo. E acrescenta que o ágio em questão foi gerado em negócio entre partes relacionadas. Os valores estipulados no supramencionado ACORDO DE INVESTIMENTO não surgiram d uma negociação de mercado, a qual requer um ambiente de livre concorrência independência entre os envolvidos. Ao contrário, o mesmo contém a mácula de apresenta como parte compradora (GRUPO ARCELORMITTAL) e vendedora (GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL) empresas que são partes relacionadas no exterior.”*

Nesse sentido, o art. 7o da Lei nº 9.532/97 exigiria que se verificasse, na incorporada, *“participação societária adquirida com ágio. E, no presente caso, os valores registrados como ágio “não se coadunam com o conceito contábil do termo, posto que não cumpre os pressupostos básicos comuns ao ágio, a dizer: a substância econômica e a bilateralidade na relação que deu origem ao mesmo.”*

Na seqüência, a decisão da DRJ afastou a questão do ágio interno, mantendo aquelas referentes à intempestividade do laudo e à redução de capital.

Por sua vez, o acórdão recorrido focou na utilização de empresa veículo para manter a indedutibilidade das despesas. Ocorre que se entende que, não obstante num trecho o TVF tenha mencionado a utilização de empresa veículo, não foi esse, por si, o fundamento da autuação, mas o fato de não haver propósito comercial na operação estruturada. Por isso se considera que a utilização de empresa veículo não poderia ser utilizado como o critério de decisão nesse processo.

Paralelamente, o fato de a autuação estar baseada na ausência de propósito negocial não se sustenta legalmente, por falta de previsão legislativa desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Poder-se-ia, sim, ter desenvolvido a fiscalização raciocínio sobre vício na causa do negócio jurídico, ocorre que nenhum vício foi apontado, o que foi corroborado pela ausência de imposição de multa qualificada na operação.

Nesse sentido, no que pautada na ausência de propósito negocial, a autuação não pode se sustentar pela ausência de previsão legal e falta de imputação de outros vícios que, aí sim, sendo o caso, poderiam ser fundamentados na legislação interna, mas que no caso concreto não o foram.

II. Dedutibilidade das despesas de ágio

Passando-se ao mérito propriamente dito, mas ainda com essa análise de fundamentação, exclui-se primeiramente a possibilidade de manutenção do auto com base na utilização, por si só, da empresa veículo, muita embora em determinadas circunstâncias a entenda possível, se não desconfigurada - com fundamentação legal apropriada - quanto à sua substância ou outro vício que se verifique.

Passo seguinte, enfrenta-se a questão da ausência e propósito negocial. Inicialmente, já se colocou a questão da previsão legal ou ausência de imputação de outro vício, o que por si só já não sustentaria a autuação com base neste fundamento. Ocorre que, ainda que se admitisse essa possibilidade, a recorrente buscou demonstrar o propósito negocial de sua operação, que não poderia ser questionado simplesmente por se entender que deveria ter procedido, administrativamente, de outra maneira, mais uma vez, sem a imputação de vícios que a maculam.

Na sequência, o outro fundamento que foi colocado disse respeito à questão de se tratar de ágio interno. Primeiramente, esse argumento já havia sido afastado pela decisão da DRJ, que entendeu que *"a premissa adotada pela autoridade fiscal de que o ágio foi gerado em operações intragrupo restou prejudicada em face de inexistir nos autos comprovação de que o grupo econômico ao qual pertence a sociedade investidora deteria, indiretamente, o controle sobre a sociedade investida."*

Em alguns trechos, o acórdão recorrido também afirma não estar definitiva a vinculação direta entre as empresas, do que se concluiria haver ágio interno. De todo modo, ainda que assim não fosse, também não entendendo, como já me pronunciei noutros julgamentos que eventual operação dentro do mesmo grupo invalidaria simplesmente por este argumento, sem a indicação de eventual vício.

Nesse sentido, e também me valendo da decisão para o que desenvolvido até o momento, adoto as razões de decidir expostas pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza

Junior no Acórdão n. 1302-001.184, justamente o acórdão paradigma pelo qual conhecido o presente recurso especial pelo despacho de admissibilidade. Leia-se:

" **Processo nº** 16561.720045/201140

Recurso nº De Ofício e Voluntário

Acórdão nº 1302001.184

– **3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**

Sessão de 8 de outubro de 2013

Matéria IRPJ e CSLL

Recorrentes Usina Moema Açúcar e Álcool Ltda.

Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano(s): 2006, 2007, 2008

DESPESA COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. GLOSA INDEVIDA.

Se as operações que geraram o ágio foram procedimentos legais em se aspecto formal, conforme reconhece o próprio TVF, e não resta demonstrada qualquer ilicitude na conduta da recorrente, como sustenta a decisão recorrida, não procede a glosa da despesa com amortização do ágio.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, decisão prolatada no lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, a lançamento da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, a) por maioria, em negar provimento a recurso de ofício, vencidos os Conselheiros Waldir Rocha e Eduardo Andrade; b) por maioria, em afastar a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Guilherm Pollastri, Marcio Frizzo e Cristiane Costa; e c) por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Waldir Rocha e Eduardo Andrade.

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Presidente e Relator.

(...)

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior

(...)

A decisão recorrida reduziu o percentual de multa de ofício para 75%, pois entendeu que não existia, no lançamento promovido, demonstração concreta quanto à suposta fraude praticada, de modo a caracterizar a intenção dolosa.

Ao se analisar o item 5 do Termo de Verificação Fiscal (a fls. 2719 e 2720) constata-se que a autoridade sustentou a qualificação da multa de ofício nos seguintes termos:

“A Usina Moema não tem como negar que estava consciente da falta de propósito negocial do ágio interno, que foi registrado e amortizado. Assim sendo, a multa no lançamento de ofício será qualificada, aplicada na proporção de 150% dos tributos devidos, como determina a Lei nº 9.430/96, art. 44, § 1º.”

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

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

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, iniciais com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizarse do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, ser seguidas de uma incorporação.

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

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

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

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

Nota-se, hoje, que alguns tentam elevar tal pronunciamento da CVM a um status de norma tributária proibitiva do reconhecimento do chamado ágio interno ao grupo econômico, o que, por si só, já seria absurdo. A análise feita pela CVM é de cunho estritamente econômico, pois sequer embasa seu entendimento em qualquer norma jurídica, muito pelo contrário, afirma que, ainda que respeitada a Lei, economicamente é inconcebível o reconhecimento do ágio interno. Como já dito anteriormente, ‘falta de substância econômica’ assim como ‘falta de propósito negocial’ não são institutos jurídicos nacionais, logo não maculam o ato jurídico seja lá qual for o conceito que os seus aplicadores lhes deem, logicamente, desde que não se configurem como um vício do negócio jurídico, segundo o nosso ordenamento legal.

Ademais, qual é o conceito, para fins tributários, de grupo econômico? É aquele formado entre controlador e controladas? Pode ser aquele formado apenas por coligadas sem controle? É bem verdade que o art. 2º do DL 1.598/77 até tentou algo nesse sentido, mas foi logo revogado. Por sua vez, é inaplicável, para fins tributários, o conceito insculpido no art. 2º da CLT, pois a norma já limita a sua aplicação às relações de emprego. Já o inciso X do art. 30 da Lei nº 8.212/91 é de pouca valia, pois não define grupo econômico, o que leva a alguns julgados a darem uma interpretação mais restritiva, se não vejamos o seguinte excerto do Acórdão nº 0223813, de 21/09/09, da DRJ/BH, *in verbis*:

‘PREVIDENCIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO EXIBIÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO À FISCALIZAÇÃO. Constitui infração à legislação previdenciária deixar a empresa de exibir à Fiscalização

documento e/ou livro relacionados com as contribuições previdenciárias. **GRUPO ECONÔMICO. Para a configuração de grupo econômico há necessidade de convergência de vários indícios e elementos fáticos. A mera participação societária majoritária de uma empresa em outra não é capaz, por si só, de ensejar a constituição do grupo.** A partir do exame da documentação contida nos autos, insubsistente a configuração de grupo econômico e conseqüentemente, a responsabilização da entidade arrolada como solidária, excluindo-a do pólo passivo do lançamento.’

Ora, a legislação tributária, mais especificamente a legislação do IRPJ, não trabalha com o conceito de grupo econômico, mas com o de entidade jurídica, razão pela qual são frágeis as autuações fundamentadas apenas no referido pronunciamento da CVM sobre ágio interno e que trabalham com conceitos de grupo econômico juridicamente indefinidos.

Nesse sentido, ressalte-se que a simples constatação de geração de ágio interno em reestruturação societária, sem a demonstração de que a conduta do contribuinte se configura em um ato ilícito, não justifica a qualificação da multa, a qual exige que a ação do contribuinte seja dolosa (art. 71 e 72 da Lei nº 4.506/72).

O TVF (fls. 2719) sustenta que *‘As operações realizadas não podem legitimar conseqüências tributárias, visto que são procedimentos legais apenas em seu aspecto formal, mas ilícitas na medida em que objetivaram unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita a fiscalizada’*. Ora, o entendimento de que o contribuinte pode se reorganizar desde que não seja exclusivamente para reduzir carga tributária é apenas uma doutrina muito mais propositiva do que analítica do Direito posto, a qual se aproxima muito da já rechaçada interpretação econômica do Direito Tributário. Ambas levam ao desmedido subjetivismo na valoração dos fatos tributáveis e, conseqüentemente, à insegurança jurídica.

Além disso, a finalidade da sociedade empresária é maximizar seus lucros, pelo aumento do faturamento e redução de custo – inclusive tributário, o que é legítimo desde que suas condutas sejam lícitas.

O TVF também afirma que *‘denotase que cada etapa planejada visou tão somente a geração do ágio fictício’*. Discordo de tal conclusão, pois houve efetivo pagamento do ágio a terceiros, quais sejam, em um primeiro plano, a SEPAR e a CESE que alienaram suas participações na Agrotur à Usiagropar e, em último plano, aos demais membros da família Biagi (salvo Maurílio Biagi Filho) – sócios da SEPAR E CESE que deixaram de ter qualquer participação direta ou indireta na recorrente.

Nesse ponto reside, também, um outro equívoco do TVF, qual seja, quando trata como grupo econômico um conjunto de pessoas apenas pelo fato de estarem ligadas por vínculo familiar. Refirome à família Biagi, pois o TVF insiste em considerá-la um grupo econômico, tanto que afirma que: *“No momento que antecedeu a criação do ágio de R\$ 79.687.049,69 a participação do Grupo Santa na contribuinte fiscalizada, representada pela SEPAR (36,06%), CESE (4,69%), Malubisa (17,18%) e Elbel MBF (4,35%) era maior que 62%. Portanto o Grupo Santa Elisa era o efetivo controlador da Usina Moema (exAgrotur) no momento imediatamente antecedente ao surgimento do ágio. Considerando que as vendedoras das quotas da Usina Moema, SEPAR e CESE, também pertenciam ao Grupo Santa Elisa, concluiu-se que o ágio é um ágio intragrupo.’*

(...) Assim, no presente caso, o ágio gerado nas operações *sub examine* não se enquadram no juridicamente débil conceito de ágio intragrupo.

A questão levantada no item 2.2.9 do TVF (a fls. 2702) de que foi a recorrente quem pagou pela compra de quotas de seu próprio capital por conta da Usiagropar Participações é irrelevante se a autoridade lançadora não demonstra qualquer ilicitude na operação. Esclareça, como o próprio TVF informa, que a recorrente pagou por conta e ordem da Usiagropar Participações por ser, dela, devedora, em

razão de créditos que foram cedidos pela Usiagropar Holding (única sócia da Usiagropar Part.).

O TVF também sustenta que a Usiagropar era uma empresa veículo, criada com o propósito de criar e transferir o ágio para a recorrente. É verdade que se as pessoas físicas dos sócios Maurílio Biagi Filho, membros da família Junqueira e Ricardo Brito Santos Pereira adquirissem as cotas da recorrente diretamente da SEPAR e da CESE, o custo de aquisição acima do valor patrimonial da recorrente só seria recuperável em uma futura alienação de tais cotas, como redutor do ganho de capital tributável. Por sua vez, a aquisição das cotas por uma pessoa jurídica – Usiagropar – possibilitou antecipar a recuperação de tal custo – como despesa de amortização dedutível das bases tributáveis, valendo-se do estabelecido nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Qual a ilicitude de tal conduta? Não há que se falar em simulação, pois não houve atos dissimulados e os efeitos buscados foram próprios dos atos praticados e declarados. Da mesma forma, não há falar em fraude a lei, pois a finalidade dos referidos dispositivos foi justamente permitir a recuperação de tal custo, como despesa dedutível. De mais a mais, diante de dois caminhos lícitos, não estariam os sócios Maurílio Biagi Filho, membros da família Junqueira e Ricardo Brito Santos Pereira obrigados a escolher aquele que levasse ao maior ônus tributário.

Certamente, alguns sustentariam que não havia propósito comercial na constituição da Usiagropar Participações, mas isso não configura simulação, se não vejamos como dispõe o § 1º do art. 167 do Código Civil, in verbis:

§ 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 pósdatados.

O conceito é vago e não se enquadra em qualquer dos incisos, nem mesmo no inciso II, pois ainda que os sócios não tivessem a intenção de perpetuar a empresa, isso não torna a sua cláusula de constituição menos verdadeira. O propósito comercial pode ser, exatamente, o de realizar uma reorganização societária para se valer das normas permissivas criadas pelo Estado, as quais antes tratamos.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de ofício, pois concordo com a decisão recorrida quando conclui que a autoridade lançadora não demonstrou a conduta ilícita da recorrente que justificaria a qualificação da multa.

Passo ao recurso voluntário.

O recurso voluntário é tempestivo e foi subscrito por advogados com poderes para tal (doc. a fls. 2779 a 2787), razão pela qual dele conheço. Inicialmente, afasto a preliminar de mérito alegada, pois a regra decadencial aplicável às multas lançadas isoladamente é aquela prevista no art. 173, I, do CTN. O art. 150, § 4º, do CTN, o qual se aplica apenas a tributos, para os quais, a lei imponha ao contribuinte a obrigação de antecipá-lo sem prévio exame da autoridade fiscal, de tal forma que essa regra só poderia atingir obliquamente multas de ofício que só podem ser lançadas em conjunto com o tributo sobre o qual incidem (*ad valorem*), mas não as multas que podem e devem ser, por força de lei, lançadas isoladamente. Assim entendendo que a multa isolada por falta de pagamento dos tributos sobre a base estimada do mês de agosto de 2006 não está extinta pela decadência, já que a ciência do auto de infração se deu em 13/12/2011 (AR a fls. 2774).

No mérito, ressalto que, se as operações que geraram o ágio foram procedimentos legais em seu aspecto formal, conforme reconhece o próprio TVF, e não resta demonstrada qualquer ilicitude na conduta da recorrente, como sustenta a decisão recorrida não procede a glosa da despesa com amortização do ágio. Nesse ponto, diverjo radicalmente da decisão recorrida, pois, essa, ao mesmo tempo que diz que não houve ilicitude, mantém a glosa da despesa. Ora, ou o ato é ilícito e lhe são

negados os seus efeitos ou ele é lícito e devem ser reconhecidos os efeitos que lhes são próprios. A decisão recorrida manteve o lançamento apenas sob o fundamento de que se tratava de ágio em si próprio, o que já foi anteriormente refutado à exaustão, seja porque tal argumento, por si só, não justificaria a glosa da despesa, seja porque sequer o ágio ora *sub examine* se enquadraria no conceito de ágio interno forjado pela CVM, já que não foi gerado intragrupo.

Por isso, no mérito, pelas mesmas razões acima sustentadas para negar provimento ao recurso de ofício, dou provimento ao recurso voluntário, para cancelar os lançamentos do IRPJ e da CSLL decorrentes da glosa da despesa com amortização do ágio, como também, os lançamentos de multa isolada decorrentes.

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

Alberto Pinto Souza Junior Relator"

Dando continuidade, então – malgrado se entenda já haver argumentos suficientes para afastar a autuação –, restam os fundamentos quanto à tempestividade do laudo de avaliação e a redução de capital.

Com relação ao laudo, o regramento jurídico vigente à época dos fatos analisados, além de não estabelecer uma forma específica de prova de tal fundamento, tampouco fixou prazo para a elaboração da demonstração a ser arquivada pelo contribuinte como prova da escrituração do ágio, como se pode observar da redação que possuía o artigo 20, parágrafo 3º., do Decreto-Lei n. 1.598/77, transcrita a seguir:

“Art. 20. (...)

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

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; (...)

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

Ainda que se entenda que se possa laborar interpretação no sentido de que, fazendo uma integração com o *caput* do dispositivo, esse arquivamento deveria ocorrer no lançamento do ágio, previsão específica nesse sentido veio somente e justamente com a mudança de redação procedida no texto do dispositivo pela Lei n. 12.973/2014, que passou expressamente a exigir a elaboração específica de laudo por perito independente como meio de prova e determinando a forma e o prazo para a sua elaboração. Leia-se:

“Art. 20.

(...) § 3º. O valor de que trata o inciso II do *caput* deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº

12.973, de 2014)
(...)”

Pensa-se, assim, que ainda que se queira buscar dar uma interpretação no sentido de que haveria um momento determinado para a apresentação da prova – relembrando-se a ausência de obrigação de elaboração do laudo especificamente –, muito mais forte é a circunstância de que o legislador viu a necessidade de prever o meio de prova e suas condições formais e temporais de apresentação, o que não é possível ver como explicitação de uma regra já existente, mas sim, e portanto, como uma nova norma que se quiss inserir no ordenamento, que como tal não se aplica a fatos anteriores.

Não fosse suficiente – e inclusive impeditiva da exigência em questão – a ausência de previsão legal da elaboração do laudo de avaliação e do momento da apresentação da prova, observa-se que mesmo a redação atual do dispositivo não exige que o laudo esteja concluído no instante do fechamento da operação de aquisição do investimento com ágio, mas estabelece um prazo de 13 meses a contar da data da aquisição da participação societária.

Isso demonstra não haver razão que sustente a razoabilidade da manutenção do crédito tributário, nos presentes autos, por motivo da conclusão do laudo de avaliação depois da operação. E assim o é, não só pela busca na nova lei de um parâmetro para demarcação de um prazo – para o que se reitera não haver previsão legal –, como também pelo motivo que se acredita respaldar o esatabelcimento pelo legislador de um intervalo que não fosse tão ínfimo como imaginado pelo acórdão recorrido.

E assim o é justamente em função da dinâmica comercial que envolve inúmeras tratativas, determinação de valores e complexas providências com o fechamento da operação, de modo que a conclusão específica do laudo que não ocorra exatamente antes do fechamento da operação não representa, a meu ver, continua-se podendo dizer contemporâneo aos atos societários, sobretudo porque um documento como esse não é produzido instantaneamente, de modo que um laudo concluído pouco tempo depois, provavelmente já vinha sendo produzido com mais antecedência.

Afinal, muito embora o laudo deva possuir confiabilidade suficiente a credenciá-lo como meio de prova do fundamento econômico do ágio a fim de sustentar a sua quantificação, fato é que a valoração é algo que possui aspecto de subjetividade e podem ocorrer variações inclusive após a sua conclusão, daí porque entendendo também não ser determinante o seu arquivamento antes do fechamento da operação.

Indo-se além, ainda que assim não fosse, se o objetivo do laudo é a demonstração do fundamento econômico do ágio, também não vejo problema em ser produzido posteriormente à operação, desde que avalie a situação que o justificou ao tempo

e considerando-se às circunstâncias que formavam o contexto da negociação. Me parece, aliás, que essa é a formação de laudos de diferentes natureza, inclusive. Não vejo que seja ele que definirá, necessariamente, o valor do negócio, mas a convenção entre as partes.

Nesse sentido exposto, concorda-se com a orientação seguida pelo acórdão n. 1202-001.438, no qual se analisava um laudo apresentado seis meses depois, do que se retira o seguinte trecho:

“O demonstrativo, no caso em tela, fora veiculado por meio do Relatório de Avaliação, apresentado cerca de seis meses após a aquisição da participação. Restou claro que, em nenhum momento a fiscalização questionou o conteúdo deste relatório, não apontando nenhuma falha técnica que dissesse respeito ao mérito e as conclusões ali expostas.

Assim, cabe adentrar nas questões formais, novamente, para esclarecer que além de não haver previsão legal para a confecção de laudo técnico, inexistia à época da formação do ágio, qualquer dispositivo no pátrio ordenamento jurídico que determinasse algum prazo para apresentação deste demonstrativo.

Atualmente vigora a Lei nº 12.973/2014, que dispõe em seu art. 20, § 3º, sobre a exigência de um laudo elaborado por perito independente, no entanto, se referindo a comprovação da “mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput” (inciso II) e de forma alguma fazendo menção à comprovação do ágio (no presente artigo elencado no inciso III).

Desta forma o prazo que estipula referido artigo, do ‘(...) último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.’ Para apresentação do laudo, não se aplica à apresentação de demonstrativo que comprove o ágio por expectativa de rentabilidade futura.’ (...)

Superando a questão, segue passagem do acórdão nº 1101-000.899 (Sessão de 11/06/2013): (...)

Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação. (...) E, no presente caso, o laudo apresentado pela contribuinte toma por referência o faturamento da empresa adquirida contemporâneo à aquisição, e

aponta o retorno dos investimentos suplementares em 2,9 anos (35 meses) (fl. 302). Ou seja, se considerada a rentabilidade futura pelo prazo de 5 anos, seria possível um pagamento maior que o efetuado.

(Acórdão nº 1201-001.438 – 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Rel. Luís Fabiano Alves Penteadó – Sessão de 07 de junho de 2016 – Grifos nossos – Doc. 03)”

Por essas razões, entende-se que o laudo de avaliação concluído depois do fechamento da operação, mas a ela se referindo, não pode servir de justificativa para a manutenção da autuação.

Por fim, resta a questão da redução do capital. Sobre esse aspecto, a fiscalização acusa que a diminuição do PL da contribuinte em razão da redução de capital

deliberada antes do ingresso da AlcelorMittal Participações no capital social da recorrente teria o intuito de aumentar o valor do ágio registrado na operação. No entanto, sobretudo como argumento isolado que teria restado ao julgamento, não vejo a capacidade por si só ser considerada inválida, principalmente porque não foi imputado qualquer vício pela fiscalização.

Além disso, o questionamento da redução de capital partia do pressuposto de que se estaria numa operação entre parte dependentes, por isso a suposta manipulação do PL e do valor do ágio. No entanto, essa premissa não mais se sustenta nesse julgamento, como já demonstrado, razão pela qual também perde a razão essa última questão como fundamento da glosa das despesas.

Pelas razões expostas, conclui-se então pela ausência de fundamento que restou sustentado para embasar a autuação, de modo que se VOTA POR DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE.

III. Inaplicabilidade da multa isolada: encerramento do ano calendário e concomitância de multas de ofício e isolada

Coerentemente com a análise de divergência procedida para o conhecimento do recurso, a matéria de mérito posta a julgamento restringe-se à definição da possibilidade de cominação da multa isolada por não pagamento do IRPJ e CSLL calculada com base no regime de estimativas mensais, ao final do ano calendário e concomitantemente com a multa de ofício aplicada pelo não recolhimento do tributo ao final dos anos calendário 2008 a 2010, fundamentadas nos artigos 44, inciso I e parágrafo 1º, IV, da Lei n. 9430/96., cuja redação original assim versava:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano calendário correspondente.

(...)”

Muito embora o veículo introdutor dessa norma seja posterior à edição da Súmula n. 105, editada por este conselho no ano de 2004 e aplicável aparentemente de forma pacífica para os anos calendários até 2006, entende-se que a norma jurídica, enquanto significação que pode ser construída a partir do enunciado do artigo 44, II, *b* da Lei n. 9.430/96, em sua nova redação, não difere em sua substância daquela que deu origem à referida súmula e, portanto, continua-se a aplicá-la:

“Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.” (*grifou-se*)

Contudo, ainda que assim não fosse, vale dizer, ainda que não houvesse súmula editada nesse sentido ou que se estivesse referindo a períodos posteriores à mencionada alteração legislativa, a visão que se possui sobre o tema não se modificaria, pois, no posicionamento adotado, não se discorda da existência de dois fatos jurídicos distintos, embora ambos tendo como objeto central o não recolhimento do IRPJ e como obrigação o pagamento de multa pelo seu descumprimento. Entende-se cuidar, sim, de dois fatos jurídicos, porque quando se altera qualquer um de seus critérios, a exemplo do temporal, torna-se o fato diferente de um outro que não possua a mesma condição.

Ocorre que se vê proximidade tanto no objeto de suas hipóteses de incidência – originadas do descumprimento de normas que se referem à obrigação tributária de recolhimento do IRPJ e CSLL –, seja em caráter antecipatório ou definitivo, como na consequência imputada correspondentes às penalidades, diferenciadas sim pela grandeza considerada, nos diferentes incisos do mencionado artigo 44 da lei n. 9.430/96.

Vê-se como elemento de diferenciação, portanto, o caráter antecipatório da obrigação, cujo descumprimento gera como consequência a imputação da multa isolada – como, afinal, se vislumbra em diversas regras da sistemática do Imposto sobre a Renda, a exemplo da substituição tributária que antecipa o pagamento no regime de retenção na fonte –, mas, uma vez se encerrando o período de apuração, tem-se a identificação precisa da base de cálculo do tributo devido e a determinação da multa efetiva pelo seu não recolhimento, não mais devendo prevalecer aquilo que era calculado com base em estimativas, assim como a multa pela não pagamento neste regime.

O fato de haver estimativas para o cômputo do IRPJ que será adiantado mensalmente não pode significar que a sua base de cálculo – ou seja, aquilo que juntamente com a hipótese de incidência diferencia um tributo, numa linha há muito ensinada por Rubens Gomes de Sousa – seja desvirtuada daquele montante que deve sofrer os necessários ajustes para se alcançar a renda objeto da competência da União Federal, o

que muito provavelmente não é o que se encontra a partir, como o próprio nome sugere, das estimativas verificadas ao longo do período de apuração.

Daí porque não se considera a possibilidade de imputação de multas distintas sob a justificativa de possuírem diferentes bases de cálculo, quando se chega ao final do período e se identifica a efetiva base de cálculo do tributo e, então, se impõe uma multa pelo seu não recolhimento – ainda que isso pareça esvaziar o conteúdo do artigo 44, inciso II, alínea b, da Lei n. 9430/96, a não ser para se penalizar quando a autuação ocorra no decorrer do período de apuração ou não gerar um tratamento não equânime entre os contribuintes que, diligentes, recolhessem o tributo antecipadamente, em relação aos que não procederiam a tal adiantamento e, ao final, verificando haver prejuízo fiscal ou saldo negativo, não se sujeitariam a qualquer penalidade.

Dizer ser o IRPJ no regime mensal recolhido sobre bases estimadas não infirma a proximidade substancial das obrigações, mas justamente confirma que, se se está tratando de adiantamento, apenas se pode estar estimando aquilo que ainda não foi mensurado em caráter definitivo e que, o sendo, prevalece sobre as presunções efetuadas, assim como prevalece a multa pelo seu não recolhimento, por identificar-se, afinal, com a que pune igualmente o não recolhimento do tributo, mas de forma antecipada.

Por essa linha, não se precisaria também buscar no Direito Penal o princípio da consunção (vide acórdãos n. 9101-001.307, 1803-001.263, 9101-001.261), muito embora se coincidam quanto ao resultado alcançado, embora nesse caso não se possa sofrer as críticas de que não haveria previsão para aplicação da espécie na legislação fiscal.

De todo modo, esse é um dos argumentos que sustentam os precedentes administrativos da referida Súmula n. 105 do CARF, assim como as duas decisões que se encontram proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, retratadas por trecho do voto do Ministro Humberto Martins no REsp 1496354, do qual se transcreve trecho representativo, em que também se orientou o acórdão do AgRg no REsp 1499389:

“(…)

Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações de pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, "a" e "b", em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos caso ali descritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas "multas isoladas", portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser as multas exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.

Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade.

Sob este enfoque, não pode ser exigida concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

(...)"

Assim sendo, considerando-se a linha ora adotada ou os próprios fundamentos dos precedentes da Súmula n. 105 do CARF, que neste caso se pautaram na compreensão da base de cálculo da multa isolada pela multa de ofício ou na aplicação do princípio da consunção, não se vê as alterações promovidas pela Lei n. 11.488 como capazes de alterar tais circunstâncias e sustentar questionamentos quanto à aplicação da súmula a períodos posteriores a 2007, ano em que publicada a lei.

Portanto, além de se poder estar aplicando o entendimento da Súmula CARF n. 105 para se afastar a imputação da multa isolada mesmo fundamentada no artigos 44, inciso II, alínea b, da Lei n. 9430/96., em função de sua concomitância com a multa de ofício prevista no inciso I do mesmo dispositivo, as razões para se decidir desta maneira caberiam ainda que não houvesse referido enunciado sumulado e que a autuação se referisse a ano calendário posterior à Lei n. 11.488/2007.

Assim sendo, seja porque não se aceita a sua concomitância com a multa de ofício, somada ao fato de se compreender não haver limitação temporal para a aplicação da Súmula CARF n. 105, entende-se que não deve ser mantida essa parcela da autuação.

IV - Não incidência de juros sobre a multa

Alcançando o último tópico do presente voto, passa-se à manifestação sobre a incidência de juros sobre a multa.

Inicialmente, pensa-se que o artigo 161, parágrafo primeiro, do Código Tributário Nacional concede autorização para que lei ordinária imponha juros sob taxa com percentual diverso da regra geral de 1% ao mês, como se observa de seu texto:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

Registra-se, primeiramente, que se compreende que a expressão crédito tributário se refere ao objeto da relação jurídica o qual concede um direito de recebimento por parte do Estado, englobando tanto aqueles valores correspondentes aos tributos, como decorrentes da aplicação de penalidades pelo seu não pagamento, em conformidade com a forma que se lê o artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Ocorre que, no mencionado artigo 161, não se consegue dar essa alcance ao termo “crédito” como utilizado pelo legislador para alcançar as multas, porque a redação, após mencionar que este pode ser acrescido de juros se não integralmente pago no vencimento, faz a ressalva: *sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*.

Neste caso, seria ilógico se inferir, portanto, que as multas então estariam compreendidas na expressão crédito, de modo que a interpretação possível que se consegue alcançar a partir deste enunciado é a de que, muito embora ele autorize a imposição de juros, e num patamar diverso de 1% caso haja previsão legal específica, não alcança as penalidades aplicadas em função do não pagamento integral no vencimento.

A partir dessa norma geral, entende-se-se que se deve considerar legítima a fixação de seus índices próprios pela legislação federal e que a leitura das demais regras que envolvem o tema deve ser feita dentro dessa moldura que estabeleceu, como sói ocorrer com artigo 61 da Lei n. 9.430/96:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. ([Vide Decreto nº 7.212, de 2010](#))

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o [§ 3º do art. 5º](#), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no

mês de pagamento. [\(Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998\)](#) [\(Vide Lei nº 9.716, de 1998\)](#)”

O que, num momento inicial, poderia indicar duas interpretações possíveis, no sentido de a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições” abarcar tão somente estes ou também as multas a eles relacionadas, parece restar reduzida apenas à primeira leitura, justamente em face do alcance permitido pela regra geral do artigo 161 do Código Tributário Nacional que não engloba as penalidades.

Portanto, por falta de autorização legal do artigo 161 do Código Tributário Nacional, muito embora a legislação federal possa impor suas penalidades pelo não recolhimento de tributos (leia-se, impostos e contribuições) e possa fixar seus próprios índices de correção dos valores, como a Taxa Selic, não há autorização para determinar a incidência de juros sobre a multa de ofício, quando exigida juntamente àquele pagamento.

Diante das razões apresentadas, conclusivamente, **VOTA-SE POR DAR PROVIMENTO** ao Recurso Especial da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator designado.

Não obstante o substancial voto da I. Relatora, a quem sempre renderei homenagens, peço vênias para divergir no exame do mérito.

Conforme o despacho de exame de admissibilidade do recurso especial da ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERURGICOS S/A ("Contribuinte") de e-fls. 3069/3077, foram devolvidas para apreciação do Colegiado os seguintes pontos: (1) Quanto à impossibilidade de se exigir “propósito negocial” como requisito de validade das operações; (2) Quanto à impossibilidade de caracterização de “empresa veículo” para desqualificar a validade das operações; (3) quanto à impossibilidade de imposição de multa isolada após o encerramento do ano-calendário e cumulação de multa sobre o mesmo fato gerador e (4) Quanto à impossibilidade de incidência de juros SELIC sobre multa de ofício.

Os itens (1) e (2), por estarem no contexto da matéria amortização de despesa de ágio, serão tratados em conjunto no **tópico I** do presente voto. O item (3) será tratado no **tópico II** e o item (4) no **tópico III**.

Passo ao exame.

I - Despesa de Amortização de Ágio.

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Interessante é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40 unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um **conceito jurídico determinado pela legislação tributária**.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, sendo a **investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, **são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).**

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

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

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em

coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão².

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária,

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na

⁴ SCHOUER, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

⁵ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

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

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

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

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

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

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

sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99 ⁶.

⁶ Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguiu o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

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

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os **dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão)**. E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: A **pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*.

Ao se apreciar o aspecto **peçoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica **investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição**, e à pessoa jurídica **investida**.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

⁷ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, **a pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e **o evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a

confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUERI⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam *a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio*, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

8. Consolidação

⁸ SCHOUERI, 2012, p. 62.

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, **primeiro**, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, **segundo**, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, **terceiro**, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A **primeira** verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado **antes da subsunção do fato à norma**. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem **viabilizou a aquisição**? De **onde vieram os recursos** de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem **tomou a decisão** de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a **investidora originária**.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, **a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária**.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a **segunda** verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a **terceira** verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam

guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

9. Sobre o Caso Concreto

Feitas as considerações, passo a analisar o caso concreto.

Trata-se de operação no qual a ARCELOR SPAIN HOLDING (sede no exterior) adquire participação da Contribuinte com sobrepreço (ágio).

As operações encontram-se sintetizadas pela decisão recorrida:

A descrição feita pela autoridade lançadora deixa claro que os recursos utilizados para aquisição de participação na atuada foram aportados pela Arcelor Spain Holding SL na ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A, e imediatamente transferidos para Gonvarri Corporacion Financiera SL (na primeira parte do acordo) ou para a atuada (na segunda parte do acordo), prestando-se a ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A apenas como extensão do caixa da Arcelor Spain Holding SL no Brasil. Ao final, Arcelor Spain Holding SL passa a ser detentora de 50% das ações da atuada, adquiridas mediante interposição da Arcelor Mittal Brasil SSC Participações S/A, a qual não apresenta outra utilidade senão sua posterior extinção, em razão de incorporação pela atuada, de modo a construir o cenário a partir do qual poderia ser almejada a aplicação do art. 7º, inciso III da Lei nº 9.532/97 c/c art. 8º, alínea “b” da mesma lei.

O que se observa é que, para a aquisição da participação da Contribuinte, a ARCELOR SPAIN HOLDING valeu-se de empresa intermediária, ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A (com sede no Brasil, empresa de "prateleira", anteriormente denominada THEOBROMA PARTICIPAÇÕES S/A) deliberadamente com o intuito de transportar o ágio e, ao promover a incorporação entre a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES e o investimento (participação societária na Contribuinte), adequar-se à hipótese de incidência que autoriza a amortização do ágio.

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

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

A pessoa jurídica **investidora** é o ARCELOR SPAIN HOLDING que efetuou o aporte de recursos para aquisição do investimento (participação societária da Contribuinte) com pagamento de sobrepreço, por ter sido realizado em valor superior ao do patrimônio líquido. O fato de os recursos para aquisição do investimento terem passado de **maneira efêmera** pela ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A **não lhe conferem a condição de investidora** exigida pela legislação. É incontestável que foi a ARCELOR SPAIN HOLDING a empresa **que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura do investimento**

a ser adquirido e desembolsou os recursos para a aquisição (vide item 7 do presente tópico).

Por sua vez, a pessoa jurídica **investida** foi a Contribuinte.

Ocorre que o evento de incorporação deu-se entre a ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A e a Contribuinte. Ou seja, não estava presente a pessoa jurídica **investidora**.

Observa-se, portanto, que a utilização da empresa ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A, denominada pela autoridade autuante como "**empresa veículo**", torna impossível a concretização da hipótese de incidência da norma. Ou seja, afasta-se fundamento aduzido pela recorrente. Da mesma maneira, não há que se falar em "**exigência de propósito negocial**" como requisito de validade das operações. Fato é que, independente de as operações de reorganização societária terem atendido a requisitos legais no ramo civil ou empresarial, consumaram uma situação em que simplesmente não tem repercussão na esfera tributária. Ora, a norma tributária exige que a incorporação ocorra entre investidora e investida. E, repetindo: no caso em tela, investidora é ARCELOR SPAIN HOLDING, e a investida é a Contribuinte. E o evento deu-se entre ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A e a Contribuinte.

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

Tal aspecto já justifica na integralidade, por si só, a manutenção da autuação fiscal.

Mas vale dizer que o caso em tela retrata, com nitidez, **a construção artificial do suporte fático**, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio (item 6 do presente tópico). Resta evidente o deliberado intuito de **fabricar uma despesa** com repercussão na base tributável. As transações ocorreram entre partes não que eram independentes, e mais, com utilização de empresa sem substância, de "prateleira". A constatação do Termo de Verificação não deixa dúvidas:

70. Finda a análise cronológica dos fatos, fica evidente que todas essas as operações em sequência (step transactions) foram realizadas com desiderato específico de diminuir pagamento de tributos. Verifica-se que não há qualquer suporte fático atinente à prática empresarial que justifique a sequência de os atos supra envolvendo principalmente a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES. Não fosse pelo interesse tributário, os mesmos jamais teriam sido levado a cabo.

(...)

72. Ademais, consoante relatado alhures, o ágio em questão foi gerado em negócio entre partes relacionadas. Os valores estipulados no supramencionado ACORDO DE INVESTIMENTO não surgiram de uma negociação de mercado, a qual requer um ambiente de livre concorrência e independência entre os envolvidos. Ao contrário, o mesmo contém a mácula de apresentar como parte compradora

(GRUPO ARCELOMITTAL) e vendedora (GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL) empresas que são partes relacionadas no exterior.

84. Analisando todos os passos tomados para concretização do negócio em tela, nos perguntamos: se o GRUPO ARCELOMITTAL tinha intenção de aumentar sua participação na GONVARRI BRASIL, então porque simplesmente não o fez via subscrição de ações nessa empresa, com consequente aumento de capital da mesma? Lembrando que, indiretamente, o GRUPO já detinha participação nessa empresa.

(...)

86. Por que o ingresso da ARCELOR SPAIN HOLDING S.L na GONVARRI BRASIL (atual ARCELOMITTAL GONVARRI) não se deu da mesma forma? Por que utilizar-se do expediente de reativar um “CNPJ de Prateleira” (THEOBROMA PARTICIPAÇÕES S/A transformado depois em ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES), capitalizá-lo para que o mesmo viesse a comprar e subscrever ações da GONVARRI BRASIL, e ato contínuo extingui-lo via incorporação por esta última? Porque com a utilização da ARCELOMITTAL PARTICIPAÇÕES – “empresa veículo” sem nenhum propósito negocial e receptora de investimentos de curta duração – pode-se transportar da controladora original para a controlada, o suposto ágio originado nessa transação. De fato, o único substrato econômico que subsistiu nesses arranjos societários foi o pretense benefício fiscal com a possibilidade de amortização do ágio pela própria empresa que o gerou.

E precisamente por todo o exposto que a pretensa nulidade deduzida no voto vencido não tem como prosperar. Com a devida vênia à Relatora, foram enfrentados fundamentos **do mérito** como se estivessem no escopo da nulidade do lançamento, o que não é o caso. Não há como se consumir tal comunicação. A autuação fiscal discorreu, dentre outros aspectos, sobre o fato da ausência de propósito negocial e da utilização da empresa veículo, dentro do contexto da interpretação conferida à norma que trata da amortização da despesa de ágio, e foi sob tal perspectiva que o Colegiado apreciou as matérias devolvidas e efetuou o julgamento. Não se trata de nulidade, mas sim de mérito, devidamente enfrentado.

Enfim, aplica-se à CSLL o decidido no IRPJ, vez que compartilham o mesmo suporte fático e matéria tributável.

II - Multa Isolada Após o Encerramento do Ano-Calendário e Ausência de Concomitância com a Multa de Ofício.

O lucro real é um dos regimes de tributação existentes no sistema tributário, atualmente regido pela Lei nº 9.430, de 1996, aplicado a partir do ano-calendário de 1997:

Capítulo I

IMPOSTO DE RENDA - PESSOA JURÍDICA

Seção I

*Apuração da Base de Cálculo**Período de Apuração Trimestral*

*Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas **será determinado com base no lucro real**, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei. (grifei)*

No lucro real, pode-se optar pelo regime de apuração trimestral ou anual. Vale reforçar que é uma **opção** do contribuinte aderir ao regime anual ou trimestral.

E, no caso do regime anual, a lei é expressa ao dispor sobre a apuração de estimativas mensais. Transcrevo redação vigente à época dos fatos geradores objeto da autuação:

Lei nº 9.430, de 1996

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995

Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;

b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.

§ 2º Estão dispensadas do pagamento de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário. (grifei)

Observa-se, portanto, com base em lei, a obrigatoriedade de a contribuinte optante pelo regime de lucro real anual, apurar, mensalmente, imposto devido, a partir de base

de cálculo estimada com base na receita bruta, ou por balanço ou balancete mensal, esta que, inclusive, prevê a suspensão ou redução do pagamento do imposto na hipótese em que o valor acumulado já pago excede o valor de imposto apurado ao final do mês.

Contudo, a hipótese de não pagamento de estimativa deve atender aos comandos legais, no sentido de que os balanços ou balancetes deverão ser levantados com **observância das leis comerciais e fiscais** e transcritos no livro Diário.

Trata-se de obrigação imposta ao contribuinte que optar pelo regime do lucro real anual. E o legislador, com o objetivo de tutelar a conduta legal, dispôs penalidade para o seu descumprimento. No caso, a prevista no art. 44 da mesma Lei nº 9.430, de 1996 (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)):

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (grifei)

A sanção imposta pelo sistema é claríssima: caso descumprido o pagamento da estimativa mensal, cabe imputação de multa isolada, sobre a totalidade (caso em que não se pagou nada a título de estimativa mensal) ou diferença entre o valor que deveria ter sido pago e o efetivamente pago, apurado a cada mês do ano-calendário. Penaliza-se a conduta de descumprimento de obrigação tributária, de pagamento de tributo de maneira antecipada conforme determinação expressa da legislação.

A sanção tem base legal.

E mais: expressamente dispõe que é cabível ainda que a pessoa jurídica **tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL**.

E se trata de **multa, gênero, isolada, espécie**, a ser **lançada de ofício e cujo prazo decadencial é regido pelo art. 173, inciso I do CTN**.

Portanto, não há óbice para que possa ser **efetuado lançamento após o ano-calendário**, naturalmente dentro do período não atingido pela decadência.

Fato é que o descumprimento de norma que determina o pagamento do tributo em regime de antecipação proporciona substancial prejuízo, por permitir uma

liberalidade no ordenamento jurídico sem base legal, por fomentar um tratamento desigual entre os contribuintes, e por implicar em não ingresso de recursos aos cofres do Estado.

Consumar-se-ia situação de exceção, e um prêmio para as pessoas jurídicas que descumprissem deliberadamente a lei tributária. Por qual razão a pessoa jurídica que descumpra conduta prevista em lei deve receber tratamento diferente (e vantajoso) daquela que cumpriu com suas obrigações, apurou mensalmente a estimativa mensal a pagar e efetuou os recolhimentos?

Como acolher conduta de contribuinte que **ignorou** a legislação tributária vigente, e se considerou apto a receber um tratamento especial, diferente das demais pessoas jurídicas que cumpriram com suas obrigações?

Não se trata de legalidade por legalidade. O sistema jurídico-tributário deve ser respeitado, assim como os contribuintes que seguem suas determinações.

Não se deve fomentar lacunas para se ignorar a lógica do sistema, para conceder tratamentos vantajosos para condutas lesivas, em afronta à proporcionalidade e razoabilidade.

Enfim, a nova redação para imputação de multa isolada em debate, aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 22/01/2007 (o caso em debate), **afastou qualquer dúvida sobre a possibilidade de aplicação concomitante das multas de ofício e das multas isoladas por insuficiência de estimativa mensal**. As hipóteses de incidência que ensejam a imposição das penalidades da multa de ofício e da multa isolada em razão da falta de pagamento da estimativa **são distintas**, cada qual tratada em inciso próprio no art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996.

Observa-se que os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, tratam de suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado **anualmente**, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário. Por sua vez, a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados **mês a mês** ou, ainda, mediante receita bruta acumulada **mensalmente**. Ou seja, são **materialidades independentes**, não havendo que se falar em concomitância.

A matéria foi tratada exhaustivamente no mencionado Acórdão nº 9101-002.438. de relatoria da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, que de maneira precisa e objetiva, apresentou uma interpretação histórica, teleológica e sistêmica do dispositivo normativo. Transcrevo excerto no qual trata da não aplicação do princípio da consunção, no qual menciona entendimento da ex-Conselheira Karem Jureidini Dias.

Há argumentos no sentido de que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. Dizem seus adeptos que o não recolhimento da estimativa mensal seria etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autorizaria a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas. Ademais, como a base fática para imposição das penalidades seria a mesma, a

exigência concomitante das multas representaria bis in idem, até porque, embora a lei tenha previsto ambas penalidades, não determinou a sua aplicação simultânea. E acrescentam que, em se tratando de matéria de penalidades, seria aplicável o art. 112 do CTN.

Entretanto, com a devida vênia, discordo desse entendimento. Para tanto, aproveito-me, inicialmente do voto proferido pela Conselheira Karem Jureidini Dias na condução do Acórdão nº 9101001.135, para trazer sua abordagem conceitual acerca das sanções em matéria tributária:

[...]

A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relacione a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.

Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Fica evidente da leitura do dispositivo em comento que a obrigação principal, em direito tributário, é pagar tributo, e a obrigação acessória é aquela que possui características administrativas, na medida em que as respectivas normas comportamentais servem ao interesse da administração tributária, em especial, quando do exercício da atividade fiscalizatória. O dispositivo transcrito determina, ainda, que em relação à obrigação acessória, ocorrendo seu descumprimento pelo contribuinte e imposta multa, o valor devido converte-se em conversão, a natureza da sanção aplicada permanece sendo administrativa, já que não há cobrança de tributo envolvida, mas sim a aplicação de uma penalidade em razão da inobservância de

uma norma que visava proteger os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Assim, as sanções em matéria tributária podem ter natureza (i) tributária principal quando se referem a descumprimento da obrigação principal, ou seja, falta de recolhimento de tributo; (ii) administrativa – quando se referem à mero descumprimento de obrigação acessória que, em verdade, tem por objetivo auxiliar os agentes públicos que se encarregam da fiscalização; ou, ainda (iii) penal – quando qualquer dos ilícitos antes mencionados representar, também, ilícito penal. Significa dizer que, para definir a natureza da sanção aplicada, necessário se faz verificar o antecedente da norma sancionatória, identificando a relação jurídica desobedecida.

Aplicam-se às sanções o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado quando da aplicação do critério quantitativo. Neste ponto destacamos a lição de Helenilson Cunha Pontes a respeito do princípio da proporcionalidade em matéria de sanções tributárias, verbis:

“As sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade de uma sanção deve sempre ser realizada considerando o objetivo visado com sua criação legislativa. De forma geral, como lembra Régis Fernandes de Oliveira, “a sanção deve guardar proporção com o objetivo de sua imposição”. O princípio da proporcionalidade constitui um instrumento normativo-constitucional através do qual pode-se concretizar o controle dos excessos do legislador e das autoridades estatais em geral na definição abstrata e concreta das sanções”.

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

Assim, em respeito a referido princípio, é possível afirmar que: se a multa é de natureza tributária, terá por base apropriada, via de regra, o montante do tributo não recolhido. Se a multa é de natureza administrativa, a base de cálculo terá por grandeza montante proporcional ao ilícito que se pretende proibir. Em ambos os casos as sanções podem ser agravadas ou qualificadas. Agravada, se além do descumprimento de obrigação acessória ou principal, houver embaraço à fiscalização, e, qualificada se ao ilícito somar-se outro de cunho penal – existência de dolo, fraude ou simulação.

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial 529570 / SC Relator Ministro João Otávio de Noronha Segunda Turma Data do Julgamento 19/09/2006 DJ 26.10.2006 p. 277)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido.”

(Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 Relator Ministro Humberto Martins Segunda Turma DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de

obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o “pagamento” de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo.

Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos e exigidas de forma isolada.

Enfim, transcrevo parte de conclusão do didático voto:

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação original não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". Ademais, quando o legislador estipula na alínea "b" do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal

ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade mesmo se apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de bis in idem sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário. A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indedutíveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de bis in idem.

Portanto, entendo não haver reparos na autuação fiscal, razão pela qual se deve negar provimento ao recurso da Contribuinte.

III - Incidência de Juros de Mora sobre Multa de Ofício

Sobre o assunto, vale transcrever, inicialmente, o artigo 113, do CTN, que predica que o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de **tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (grifei)*

§ 2º (...)

Por sua vez, o crédito tributário decorre da obrigação principal, conforme o artigo 139 do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

A penalidade pecuniária tem base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, materializada na multa de ofício aplicada sobre o tributo.

E, como se pode observar a penalidade pecuniária, decorrente da infração, compõe a obrigação tributária principal e, por conseguinte, **integra o crédito tributário**.

Por sua vez, o CTN, ao discorrer sobre o pagamento, informa que devem incidir **juros** sobre o **crédito** tributário não integralmente adimplido no vencimento, *verbis*:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifei)

§ 1º (...)

E a correção estipulada pelo mencionado art. 161, a partir da Lei nº 9.065, de 1995, segue a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, questão já pacificada pela Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Verifica-se, assim que **tanto tributo quanto a multa de ofício estão sujeitos à atualização prevista no art. 161 do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC.**

Deve-se, portanto, negar provimento ao recurso da Contribuinte.

IV - Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura