



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.724907/2016-09
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-006.362 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 08 de novembro de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL PRODUTOS SIDERURGICOS S/A

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

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO, EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE HOLDING. AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO COM RECURSOS FINANCEIROS CAPITALIZADOS POR CONTROLADORA ESTRANGEIRA. ACUSAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE INCORPORAÇÃO ENTRE INVESTIDOR ORIGINAL E INVESTIDA.

Não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira de onde originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição do investimento. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que detém o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida ou vice-versa (ementa produzida nos termos do artigo 63, § 8º do Anexo II ao RICARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, negou-se provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Carlos Henrique de Oliveira que votaram por dar-lhe provimento parcial com retorno dos autos ao colegiado *a quo*. Votaram pelas conclusões do voto da relatora os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gustavo Guimarães da Fonseca. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

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

Relatório

Trata-se de recurso especial por divergência interposto pela Fazenda Nacional em face do acórdão 1301-003.656, de 22 de janeiro de 2019, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1301-003.656

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

ÁGIO. FORMAÇÃO. NEGÓCIO ENTRE PARTES INDEPENDENTES. FUNDAMENTO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE RENTABILIDADE FUTURA. VALIDADE DA FORMAÇÃO.

Ao se demonstrar que o ágio discutido nos autos se formou em negócio firmado entre partes independentes, em regime de livre mercado, foi respaldado por laudo baseado na expectativa de rentabilidade futura da investida e que houve um efetivo sacrifício patrimonial da adquirente em benefício dos alienantes do investimento, não se há de questionar o registro contábil do ágio, como a diferença entre o valor do sacrifício patrimonial e o valor de patrimônio líquido da investida.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si sós, não invalidam as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE.

O art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, permite a dedução do ágio devido a resultados de exercícios futuros somente quando a pessoa jurídica absorve patrimônio de outra em casos de cisão, fusão ou incorporação. No caso vertente, a operação societária foi legítima e revestida dos pressupostos legais no tocante a transferência do ágio.

ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA. VALIDADE.

O uso de empresa veículo e de incorporação reversa, por si só, não invalida as operações societárias que transferiram o ágio da investidora original para a empresa investida, estando diretamente vinculadas ideologicamente a um propósito negocial. Verificadas as condições legais, especialmente a confusão patrimonial entre investidora e investida, deve ser admitida a amortização fiscal do ágio.

Acordam os membros do colegiado, em: (i) por unanimidade de votos, afastar as preliminares suscitadas e rejeitar a arguição de decadência; (ii) por maioria de votos, rejeitar o pedido de aplicação do art. 24 da LINDB, vencida a Conselheira Relatora; (iii) no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Nelso Kichel, Giovana Pereira de Paiva Leite e Fernando Brasil de Oliveira Pinto que votaram por lhe dar provimento parcial para reduzir a multa de ofício para 75%. Designado o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto para redigir o voto vencedor a respeito da inaplicabilidade do art. 24 da LINDB ao caso concreto.

Trata-se de auto de infração lavrado para a cobrança de IRPJ e CSLL, e acréscimos, em virtude de glosa de despesas com amortização de ágio referente aos anos-calendário de 2011 a 2013. A autuação fiscal em questão foi assim resumida pelo voto condutor do acórdão recorrido:

A autuação se baseia nos seguintes pontos:

1) a ARCELOR SPAIN HOLDING SL foi o investidor original, a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A foi a empresa veículo e a ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL foi o investimento.

2) De todo o descrito, facilmente se percebe que investidor e investimento não se fundiram e, por essa razão, a substância econômica do ágio ainda compõe o valor do investimento original registrado na ARCELOR SPAIN HOLDING SL a título de integralização de capital na ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A.

(Conforme o TVF, o Auto de Infração anterior considerou que o ágio em questão foi gerado internamente, tendo a autuação utilizado como premissa básica o fato do Grupo ArcelorMittal deter participação de 35% na holding do Grupo Gestamp, qual seja, a Corporation Gestamp, premissa que, como se verá a seguir, não foi confirmada em sede de contraditório.)

A decisão recorrida deu provimento ao recurso voluntário, decidindo o mérito da cobrança. Em seu recurso especial, a Fazenda Nacional alega divergência jurisprudencial em relação a duas matérias:

1- divergência jurisprudencial sobre a indedutibilidade do ágio amortizado e a multa qualificada – paradigmas 9101-003.060 e 101-96.724.

2- divergência jurisprudencial existente quanto à cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional para fatos geradores ocorridos após 2007 – art. 44 da lei nº 9.430/96 – paradigmas 9101-003.002 e 1802-001.592.

Em 10 de junho de 2019, Presidente de Câmara deu parcial seguimento ao recurso especial, apenas com relação ao principal do ágio e apenas quanto ao primeiro paradigma apresentado (acórdão 9101-003.060¹), nos seguintes termos:

Embora indique dois tópicos no recurso especial, a PGFN suscita divergência jurisprudencial em relação a três matérias: (1) indedutibilidade do ágio amortizado; (2) multa qualificada; e (3) possibilidade de cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional para fatos geradores ocorridos após 2007.

A recorrente apenas agrupou as duas primeiras matérias num único tópico, porque elas estão abordadas nos mesmos paradigmas.

(...)

(...) a divergência jurisprudencial referente à indedutibilidade do ágio amortizado está caracterizada com base no primeiro paradigma, Acórdão nº 9101-003.060.

Esse paradigma analisou autuação fiscal contra a mesma contribuinte do caso recorrido, fundada exatamente na mesma operação societária que gerou o ágio em questão nos presentes autos. A diferença é apenas em relação aos períodos de apuração. O acórdão recorrido analisou exigências referentes aos anos-calendário 2011, 2012 e 2013, enquanto que o paradigma tratou dos anos-calendário 2008, 2009 e 2010.

Embora estivessem analisando as mesmas operações societárias, o acórdão recorrido e o Acórdão paradigma nº 9101-003.060 chegaram a conclusões distintas em relação à possibilidade de dedução do ágio.

O voto que orientou o referido paradigma acerca dessa matéria traz um tópico específico que merece ser transcrito:

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 autuada foram aportados

¹ No mérito, quanto ao ágio, a votação foi por maioria de votos, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que davam provimento ao recurso do contribuinte. Participaram do 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).

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 autuada (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 autuada, adquiridas mediante interposição da ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A, a qual não apresenta outra utilidade senão sua posterior extinção, em razão de incorporação pela autuada, 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 comercial" 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 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 ARCELORMITTAL 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 ARCELORMITTAL 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.

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 decorreu, 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.

Vê-se que o referido paradigma viu problemas no fato de a aquisição da participação societária ter se dado por empresa intermediária (com transferência de recursos), e do evento de incorporação não ter envolvido o real investidor (a empresa espanhola). Adicionalmente, também apontou o fato de as transações terem se dado entre empresas que eram partes relacionadas no exterior. Diante disso, concluiu pela indedutibilidade do ágio.

O acórdão recorrido, por outro lado, examinando essas mesmas questões em relação às mesmas operações societárias, entendeu que o ágio poderia sim ser deduzido.

Em síntese, o acórdão recorrido concluiu que não há qualquer problema na transferência de recursos do investidor para a investida, por meio de empresa veículo, com a posterior incorporação desta última pela investida. Também entendeu que não se tratava de ágio entre partes relacionadas.

Portanto, a divergência jurisprudencial referente à indedutibilidade do ágio amortizado está caracterizada com base no primeiro paradigma, Acórdão nº 9101-003.060.

O segundo paradigma (Acórdão nº 101-96724), entretanto, não serve para a caracterização da divergência ora examinada.

(...)

Pelo exposto, e com base no primeiro paradigma, deve ser DADO seguimento ao recurso especial relativamente à divergência sobre a indedutibilidade do ágio amortizado.

MULTA QUALIFICADA E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA POR FALTA DE ESTIMATIVAS COM A MULTA DE OFÍCIO.

Para o exame das divergências sobre a aplicação da multa qualificada e sobre a possibilidade de cumulação da multa isolada por falta de estimativas com a multa de

ofício (proporcional ao tributo devido no ajuste anual), é importante observar a forma como o voto que orientou o acórdão recorrido tratou dessas matérias:

[...]

Da multa qualificada

Pelas razões acima não há que se falar em multa qualificada

Da aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício

Em razão do meu voto acima, pelo provimento integral do recurso, deixo de analisar este tópico.

Vê-se que o exame dessas matérias ficou totalmente prejudicado no contexto do acórdão recorrido, porque a decisão foi no sentido de afastar a própria infração que deu base não só para a exigência dos tributos (IRPJ e CSLL), mas também para as referidas multas.

Não houve qualquer análise das questões específicas atinentes à qualificação da multa e à cumulação da multa isolada com a multa de ofício. E não há como constatar divergências sobre matérias que não foram apreciadas pelo acórdão recorrido.

Uma vez admitida a dedução do ágio, o cancelamento das multas se deu por mera decorrência.

O acórdão recorrido, inclusive, fez o mesmo raciocínio para o item referente à "glosa de compensação de prejuízos fiscais e bases negativas absorvidos por lançamento anterior", sem perceber que nesse caso a decorrência não era apenas com o que havia sido decidido no presente processo, porque esse item guardava estreita relação com o decidido no processo nº 10980.722071/2012-76 (primeiro paradigma da primeira divergência), onde a indedutibilidade do ágio foi mantida para os anos-calendário de 2008 a 2010. Esse aspecto, entretanto, não é objeto do recurso especial ora examinado.

O que importa aqui é registrar que as divergências sobre a aplicação da multa qualificada e sobre a possibilidade de cumulação da multa isolada por falta de estimativas com a multa de ofício não estão caracterizadas. Nem há como confrontar o acórdão recorrido com os paradigmas apresentados, já que o recorrido não tratou dessas matérias.

Desse modo, proponho que seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial da PGFN para a divergência sobre a indedutibilidade do ágio amortizado, e NEGADO SEGUIMENTO para as divergências relativas à multa qualificada e à cumulação da multa isolada por falta de recolhimento de estimativa com a multa de ofício proporcional para fatos geradores ocorridos após 2007 – art. 44 da lei nº 9.430/96.

A Fazenda Nacional manifestou ciência sem recorrer.

A informação fiscal de fl. 1.763 observa que “*Nestes termos, embora o despacho tenha dado seguimento parcial ao recurso especial, como tal decisão não reflete em parcialidade nominal do crédito tributário, foi informado no sistema SIEF/Processo como seguimento total do recurso especial, para fins de suspensão integral do crédito tributário.*”

O sujeito passivo apresentou contrarrazões questionando a admissibilidade e o mérito do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial teve seguimento com relação à matéria “divergência jurisprudencial sobre a indedutibilidade do ágio amortizado”, e apenas com relação ao **paradigma 9101-003.060**.

O despacho de admissibilidade observou que esse paradigma analisou autuação fiscal contra a mesma contribuinte do caso recorrido, fundada exatamente na mesma operação societária que gerou o ágio em questão nos presentes autos, sendo a diferença apenas em relação aos períodos de apuração, já que o acórdão recorrido analisou exigências referentes aos anos-calendário 2011, 2012 e 2013, enquanto que o paradigma tratou dos anos-calendário 2008, 2009 e 2010.

Em seguida, o despacho de admissibilidade compara as razões de decidir indicadas no paradigma com as constantes do acórdão recorrido.

Em síntese, o voto condutor do paradigma entendeu que “*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.*” Assim, considerando que o evento de incorporação se deu entre a ARCELORMITTAL BRASIL SSC PARTICIPAÇÕES S/A e a Contribuinte ora autuada, não se operou a confusão patrimonial entre investidora e investida, requisito previsto na Lei 9.532/1997 para o início da amortização fiscal do ágio.

Além disso, o voto condutor do paradigma rebate o argumento acerca da impossibilidade de se exigir propósito negocial, *in verbis*:

(...) 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.

Quanto ao acórdão recorrido, o despacho de admissibilidade afirma que este, *“examinando essas mesmas questões em relação às mesmas operações societárias, entendeu que o ágio poderia sim ser deduzido”*.

Analisando-se o voto condutor do acórdão recorrido (voto vencido, mas vencedor quanto ao mérito do principal do ágio), observa-se que a i. Relatora resume a acusação fiscal na questão da ausência de confusão patrimonial entre a “real investidora” e a investida. Transcreve-se novamente o trecho (já trazido no relatório supra):

A autuação se baseia nos seguintes pontos:

1) a ARCELOR SPAIN HOLDING SL foi o investidor original, a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A foi a empresa veículo e a ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL foi o investimento.

2) De todo o descrito, facilmente se percebe que investidor e investimento não se fundiram e, por essa razão, a substância econômica do ágio ainda compõe o valor do investimento original registrado na ARCELOR SPAIN HOLDING SL a título de integralização de capital na ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A.

Em seguida, o voto passa a analisar a participação da “empresa veículo” na operação, afirmando que *“No presente caso, torna-se nítido, através da transcrição do TVF, que o entendimento formado pela fiscalização e confirmado pelo v. acórdão recorrido, foi o de que o uso de empresa-veículo e sua consequente incorporação visavam somente a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio.”*

E é a partir daí que o voto condutor do acórdão recorrido menciona a possibilidade de *“constituição de holdings com o objetivo único de beneficiar-se de incentivos fiscais”*, indicando como base legal o art. 2º, § 3º da Lei n. 6.404/1976, bem como afirma que *“de acordo com o contexto apresentado, totalmente factível a sua existência.”*, indicando que haveria *“diversas razões extrafiscais”* para a participação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A na operação.

Ou seja, aparentemente, o voto condutor do acórdão recorrido considera relevante o exame do propósito negocial na participação da dita “empresa veículo”, tanto que examina as alegações constantes do TVF e as descarta, considerando preenchido tal requisito.

Ato contínuo, o voto afirma que a lei permite a incorporação reversa (art. 8º da Lei 9.532/1997), e então conclui:

Portanto, em que pese a subjetividade do propósito negocial, na medida em que se mostra robusta a motivação e construção lógica contida nas reorganizações societárias e na amortização do ágio propriamente dita.

A forma utilizada, conforme já mencionado, tem base na legislação, tornando-se a amortização fiscal do ágio definitivamente passível de ser utilizada e assim ser benefício fiscal nos termos legais, os requisitos formais foram atendidos, assim como os materiais.

Como visto, enquanto o **acórdão paradigma** conclui que a Lei 9.532/1997 exige que a incorporação se dê entre a “real investidora” e a investida e, no caso, afirma que isso não teria ocorrido (o que o faz considerar de menor importância adentrar na análise do argumento acerca do propósito negocial), o voto condutor do **acórdão recorrido** interpreta os **mesmos**

fatos e conclui que teria ocorrido, sim, o evento previsto na Lei 9.532/1997 capaz de dar ensejo ao início da amortização fiscal do ágio, bem como compreende que a participação da *holding* na operação em questão teria sido justificada por razões negociais.

A divergência jurisprudencial deve ser verificada não entre acusações fiscais, mas entre as razões determinantes das decisões comparadas. No caso, como visto, para além de acusações fiscais semelhantes, houve a devida demonstração de divergência jurisprudencial entre os fundamentos dos acórdãos paradigma e recorrido.

Assim, é de se conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional, quanto à matéria “divergência jurisprudencial sobre a indedutibilidade do ágio amortizado”, em face do paradigma 9101-003.060.

Finalmente, duas observações são relevantes quanto à delimitação do conhecimento do presente recurso especial.

Primeiro, destaco que o voto condutor do acórdão recorrido parte da premissa de que “*não há questionamento por parte do Fisco quanto à formação do ágio, nem há qualquer questionamento quanto ao pagamento do valor que gerou o ágio*”, de maneira que o acórdão **não trata** de qualquer argumento relacionado à suposta inexistência do ágio ou imprestabilidade do laudo de avaliação.

Assim, os argumentos trazidos pela Fazenda Nacional na peça de recurso especial acerca da suposta inexistência do ágio e da imprestabilidade do laudo de avaliação não podem ser analisados no presente recurso especial, ante a **ausência de prequestionamento**. De se notar que não houve a oposição e embargos de declaração quanto a tal conclusão fática do acórdão recorrido, de maneira que é de se considerar que a acusação fiscal não aborda aspectos relacionados ao registro do ágio ou à sua fundamentação. Para fins do presente recurso especial, tais fatos serão tomados tais como afirmados pelo acórdão recorrido.

Em segundo lugar é importante notar que o acórdão recorrido rechaça o argumento de que o ágio em questão foi gerado internamente, observando que a premissa da autuação fiscal, de que o Grupo ArcelorMittal detinha participação de 35% na holding do Grupo Gestamp “*não foi confirmada em sede de contraditório*”.

Considerando que o recurso especial não pode ser manejado para o fim exclusivo de proceder a uma reanálise dos fatos, o conhecimento do presente recurso especial está restrito às matérias do acórdão recorrido confrontadas no paradigma, tendo por base os fatos e provas tais como produzidos nos presentes autos e interpretados pelo acórdão recorrido. Isso implica considerar que também não caberá, aqui, analisar se se tratou ou não de ágio entre partes relacionadas, sendo de se considerar a premissa do acórdão recorrido de que não se tratou de “*ágio interno*”.

Em síntese, as premissas fáticas a serem consideradas, quanto à existência do ágio, ao laudo de avaliação e à negociação que deu origem ao seu registro serão as do acórdão recorrido. Se este concluiu que a acusação de ágio entre partes relacionadas não restou comprovada, é isso o que orientará o julgamento do presente recurso especial.

Portanto, presente recurso especial é conhecido, nos termos do despacho de admissibilidade, para discutir a matéria “divergência jurisprudencial sobre a indedutibilidade do ágio amortizado” em face do paradigma 9101-003.060, e tal divergência se dá porque, enquanto no paradigma se entendeu que a incorporação da *holding* não importou o encontro entre a “real investidora” e a investida, no recorrido o entendimento foi de que a incorporação da *holding* foi sim evento capaz de dar ensejo ao início da amortização fiscal do ágio. **Será esta a questão de mérito a ser debatida.**

Consideradas tais premissas, conheço do recurso especial.

Mérito

O mérito do presente recurso especial consiste em definir se, no caso, a incorporação da ARCELLORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A é evento capaz de dar ensejo ao início da amortização fiscal do ágio apurado na aquisição, por tal sociedade, da ARCELLORMITTAL GONVARRI BRASIL.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (TVF), a ARCELLORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A teria sido parte de uma “estratégia” para registrar o ágio no Brasil, *in verbis*:

(...)

59. A ligeira comparação entre os organogramas anterior e posterior às operações aqui tratadas demonstra que todas as transações realizadas na sequência de aproximadamente um ano, o que inclui a criação de uma nova empresa, a capitalização dessa empresa, a aquisição de parte do investimento, nova capitalização, a aquisição de outra parte do investimento e, por fim, a incorporação dessa nova empresa, tiveram um único resultado: propiciar a aquisição de 50% da ARCELLORMITTAL GONVARRI BRASIL pela ARCELOR SPAIN HOLDING SL.

60. Pode-se perguntar, então, por qual motivo a ARCELOR SPAIN HOLDING SL não adquiriu diretamente o investimento da GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL.

61. Nesse sentido, verifica-se que toda a estratégia utilizada pelo Grupo ArcelorMittal consiste em planejamento tributário bastante conhecido, comumente utilizado indevidamente por empresas estrangeiras para gerar ágio no Brasil, já que a transação direta entre empresas no exterior não teria o condão de gerar esse ágio no País.

62. Por se tratar a adquirente de empresa sediada no exterior, eventual ágio criado naquela empresa não alcançaria jamais a possibilidade de ser amortizado por aqui e, conseqüentemente, o Grupo não poderia se aproveitar da criação de despesas com a redução da base tributável pelo IRPJ e pela CSLL. Por essa razão, empresas estrangeiras usam a estratégia de criar e capitalizar uma subsidiária no País para, depois disso, adquirir seu investimento e, por fim, fazer com que essa subsidiária seja incorporada pelo próprio investimento.

Aplicação da legislação ao caso da Arcelormittal Gonvarri Brasil

63. Fazendo-se analogia com os exemplos citados anteriormente, verifica-se que, na sequência de operações descrita, a ARCELOR SPAIN HOLDING SL foi o investidor original, a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A foi a empresa veículo e a ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL foi o investimento.

64. De todo o descrito, facilmente se percebe que investidor e investimento não se fundiram e, por essa razão, a substância econômica do ágio ainda compõe o valor do investimento original registrado na ARCELOR SPAIN HOLDING SL a título de integralização de capital na ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A. Após a operação de incorporação, essas ações da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A se transformaram em ações da ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, entretanto, sem alterar seu valor; portanto, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que a substância econômica do ágio em questão pode ser encontrada na contabilidade da ARCELOR SPAIN HOLDING SL.

65. O caso concreto mostra, portanto, que ARCELOR SPAIN HOLDING SL e ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, investidor original e investida, continuaram a existir individualmente após a operação de incorporação aprovada em 31 de dezembro de 2008, o que, por si só, ante a legislação e a jurisprudência analisadas, constitui-se em condição que inibe o aproveitamento do ágio na forma prevista no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997. Tal fato, portanto, autoriza a glosa dos valores deduzidos, a esse título, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL

(...)

Ocorre que o TVF **não indica a razão** (fatos) pela qual se deveria considerar que os negócios efetivamente praticados não foram aqueles declarados pelas partes envolvidas.

No caso, a acusação fiscal relata que o Acordo de Investimento foi assinado em 14 de março de 2008, GONVARRI CORPORACION FINANCIERA S.L. e ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A. Na concretização de tal acordo, esta última utilizou, na aquisição das ações da investida ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, recursos provenientes de aumento de capital realizado, em 9 de outubro do mesmo ano, por sua controladora ARCELOR SPAIN HOLDING S.L.

A autoridade autuante acusa as partes de terem simulado condutas como forma de encaixar as condutas na legislação que permite o registro e amortização fiscal do ágio, mas não indica o que especificamente a levou à conclusão pela existência, pelo menos, de indícios convergentes de que houve prática de atos não verdadeiros e, especificamente, de que a aquisição teria sido realizada pela ARCELOR SPAIN HOLDING S.L e não pela ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A, conforme documentado.

O fato de os recursos utilizados na aquisição do investimento terem sido provenientes de aumento de capital realizado pela controladora nada diz sobre a prática de atos não verdadeiros. Também não há nenhuma norma que indique que o ágio somente possa ser registrado pela pessoa jurídica do grupo da qual se originam os recursos financeiros utilizados na aquisição. Assim, tais fatos não levam à conclusão de que se deveria desconsiderar os atos tais como declarados pelo sujeito passivo em questão.

A autoridade autuante questiona: “*por qual motivo a ARCELOR SPAIN HOLDING SL não adquiriu diretamente o investimento da GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL*” e então passa a rebater os argumentos de ordem negocial informados pelo

sujeito passivo para a concretização da operação tal como realizada, como se a operação apenas se justificasse se provada tal motivação. Tal premissa é equivocada.

Nos termos do artigo 149, VII do CTN, a revisão do lançamento apenas pode correr quando comprovado dolo, fraude ou simulação:

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

(...)

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

A investigação acerca do “propósito negocial” ou de “motivos extratributários” apenas é relevante no sentido de que, uma vez que este prove que as alegações do sujeito passivo acerca de determinado propósito ou motivação não se verificam na prática, isso contribuirá como *elemento indicativo* de que os atos por ele praticados também não seriam exatamente os declarados. Mas somente isso. Propósito negocial é matéria de defesa.

Os atos não são legítimos *apenas se* provado o propósito negocial, pelo contrário, **o propósito negocial é que somente poderá ser argumento válido para a requalificação de negócios jurídicos quando se prove a falsidade nas alegações do sujeito passivo quanto a tais motivos negociais, o que é ônus da fiscalização.**

Nesse aspecto, observa-se que a fiscalização apenas descarta a motivação indicada pelo sujeito passivo em virtude da “extrema agilidade” em que as medidas de reação à crise de 2008 foram tomadas, como se a prática de atos após menos de 3 meses da quebra do banco norte-americano Lehman Brothers fosse algo que, por si só, já provasse irrefutavelmente a artificialidade das condutas. Fazemos referência ao seguinte trecho do TVF:

101. Para justificar essa sequência de operações e, consequentemente, a formação e dedução do ágio para fins fiscais, a fiscalizada afirmou em seu Recurso Voluntário que a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A teria sido constituída com o objetivo de, entre outros, concentrar os projetos relacionados ao seu setor de distribuição, os quais abrangeriam a aquisição não só da autuada, como também a da empresa “Manchester”, relativamente à qual a negociação com os acionistas se mostrou mais complexa. Assim, o Grupo Gonvarri desistiu de prosseguir com o investimento na “Manchester” e o Grupo ArcelorMittal prosseguiu na aquisição, mas sem poder realizá-la por meio da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em razão de exigências impostas pelos acionistas da Manchester e que foram acatadas para viabilizar a aquisição da participação na sociedade. Porém, segue justificando que, a partir de setembro de 2008, com a quebra do banco norte-americano Lehman Brothers, a economia mundial foi abatida por grave crise econômica, afetando significativamente o setor siderúrgico. Disto decorreu a suspensão a médio prazo dos demais projetos e a incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A pela ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL; dessa forma, as atividades da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES puderam passar a ser exercidas pela

ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, reduzindo-se o custo operacional e administrativo do Grupo ArcelorMittal.

102. No que se refere a essas justificativas, deve-se levar em conta que, uma vez iniciada a crise mundial em setembro de 2008 e realizada a incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em dezembro daquele ano, o tempo entre as ocorrências demonstraria extrema agilidade. Tamanha agilidade seria decorrente apenas da necessidade de diminuir os gastos com a administração da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A; entretanto, tal empresa, sem empregados e sem movimento, traria despesas muito pouco significativas frente aos graves prejuízos que o Grupo poderia sofrer naquela época. Assim, para o Fisco aceitar tal justificativa, deveria ignorar o fato das inúmeras operações realizadas terem sempre convergido a) para a formação de ágio de R\$ 92,2 milhões, como na redução artificial de capital, por exemplo, e b) para o aproveitamento desse ágio, acatando, desse modo, que impactos de pequeno valor pudessem motivar tão grandiosas e vultosas operações. Entretanto, aceitar tal justificativa se mostraria totalmente incompatível com uma análise sensata dos fatos.

Como visto, a fiscalização cogita, mas **não traz sequer início de prova** da falsidade dos motivos extratributários que o sujeito passivo alegou como tendo sido determinantes para a configuração das operações tais como praticadas, o que faz com que qualquer alegação de simulação baseada em análise de propósito negocial reste infundada.

Que existia outra forma de realizar os negócios em questão isso está claro, mas o sujeito passivo indicou os motivos que o levaram a eleger determinada configuração para seus negócios, e os argumentos trazidos pela autoridade autuante no intuito de indicar que tais motivos não seriam verdadeiros não convencem.

No caso, existe a alegação de artificialidade/simulação, mas esta não vem acompanhada da indicação de fatos que sirvam como indícios convergentes de que os atos, efetivamente, não foram praticados tais como declarados pelo sujeito passivo.

Não há prova de que os meios empregados pelo sujeito passivo na configuração das operações tenham sido ilegítimos. Vale mencionar, aqui, Sergio André Rocha² (grifos nossos):

(...) O controle do planejamento tributário é objetivo-formal, não subjetivo-intencional. Contudo, temos que reconhecer que é uma linha tênue que separa a distorção do perfil objetivo do ato ou negócio jurídico e a ausência de razões não tributárias para sua prática.

De fato, em uma situação em que se identifique a falta de congruência entre o que foi formalizado juridicamente e a realidade fática, como no caso do seguro dotal, sempre estará evidente que a prática do ato foi motivada exclusivamente pelo objetivo de economia tributária.

Nada obstante, **não se pode, a partir dessa constatação, passar à compreensão de que o motivo ou a motivação não tributária sejam decisivos para se sustentar a**

² ROCHA, Sergio André. Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada - Doutrina e Situação pós ADI 2.446. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Direito, 2021. p. 39-40.

ilegitimidade do planejamento tributário realizado pelo contribuinte. Essa afirmação parece óbvia, mas às vezes o óbvio tem que ser dito.

Todo planejamento tributário, e até mesmo os atos evasivos, têm uma finalidade comum: evitar o recolhimento, reduzir o montante devido ou postergar o pagamento do tributo. Ou seja, a finalidade é sempre a mesma. Como o próprio nome indica, um planejamento é um ato ou uma série de atos pensados e coordenados para se alcançar um fim. Logo, **a legitimidade dos atos do planejamento tributário não pode ser encontrada na finalidade buscada, mas nos meios empregados.**

Assim, **haverá situações em que o ato ou negócio jurídico será orientado por razões exclusivamente tributárias e, ainda assim, deverá ser aceito e respeitado pela fiscalização, diante da ausência de simulação, ou seja, pelo simples fato de haver congruência entre a realidade fática e forma jurídica adotada.**

No caso, é de se concluir que não há prova, nos autos, de que os negócios efetivamente praticados não foram aqueles declarados pelas partes envolvidas, do que se depreende que a requalificação procedida no auto de infração não se sustenta.

Vale notar que, em seu recurso especial, a Fazenda Nacional traz argumentos que não podem sequer ser analisados em seu mérito, e a razão será comentada abaixo a fim de evitar qualquer alegação de omissão da presente decisão.

A Fazenda Nacional argumenta que o ágio em questão não poderia ser amortizado ante a artificialidade da redução do capital social da GONVARRI BRASIL realizada pela GONVARRI CORPORACION, afirmando que “*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.*” E continua:

Caso não tivesse ocorrido a artificial redução de capital social, a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES teria pago R\$ 225 milhões pelos 50% da GONVARRI BRASIL, sendo que o valor de PL dessa participação seria de R\$ 224 milhões. Ou seja, se o PL da GONVARRI BRASIL não tivesse sido artificialmente reduzido antes da sua negociação, a ARCELORMITTAL PARTICIPAÇÕES teria registrado um ágio no valor de R\$ 1 milhão. Esse montante, sem sombra de dúvidas, se distancia significativamente dos R\$ 92 milhões registrados.

A acusação fiscal relativa à artificialidade do ágio sequer pode ser objeto de análise no mérito do recurso especial, conforme já se delimitou acima. De fato, o voto condutor do acórdão recorrido parte da premissa de que “*não há questionamento por parte do Fisco quanto à formação do ágio, nem há qualquer questionamento quanto ao pagamento do valor que gerou o ágio*”, e por isso não trata de qualquer argumento relacionado à suposta inexistência do ágio ou imprestabilidade do laudo de avaliação.

Eventual omissão, contradição ou obscuridade em tal interpretação dos fatos dada pelo acórdão recorrido deveria ter sido objeto de recurso próprio, que são os embargos de declaração, não podendo o recurso especial fazer as vezes de tal remédio, ante a específica competência desta CSRF que não é terceira instância do processo administrativo, mas sim instância especial voltada a solucionar divergência de interpretação da legislação tributária.

E mesmo que fosse o caso de se analisar tal questão (aqui em um mero *obter dictum*), compreendo que a análise do TVF não permite concluir que esse tenha sido o cerne da acusação fiscal. Nesse aspecto, vale observar que o TVF tem uma passagem (item 56, *in fine*) em

que este menciona que, para ele, a redução de capital da investida ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL teria ocorrido apenas em 29 de outubro (e não em 3 de março, como documentado), mesma data em que a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A realizou o pagamento pelas ações da investida ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL. Veja-se (grifamos):

56. Também em 29 de outubro de 2008, entretanto, na ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, o valor de R\$ 170,7 milhões pago pela ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A foi utilizado para pagar a acionista espanhola GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL a redução de capital no valor de R\$ 150,9 milhões aprovada em 3 de março, conforme descrito no item 45 deste Termo (fls. 298 a 302). Portanto, pode-se concluir que a redução de capital da ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL ocorreu apenas em 29 de outubro; obviamente, caso fosse considerado nas operações realizadas até essa data o patrimônio líquido de R\$ 200,9 milhões, o pretenso ágio surgido seria consideravelmente menor ou até inexistiria.

(...)

98. Portanto, a operação real seria, aqui, a mais simples possível, a que compreenderia o pagamento, pela ARCELOR SPAIN HOLDING SL, diretamente à GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL, do valor negociado relativo a 50% das ações da ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL. Entretanto, tal negócio não criaria qualquer despesa capaz de, em algum momento, reduzir o lucro tributável da investida. Assim, partiu o Grupo para a sequência de operações tendentes a disfarçar a operação original e, assim, criar condições para a redução desse lucro tributável. Nesse intuito, a) foi reduzido o capital social da investida, providência necessária para a geração de ágio, porém, sem pagamento ao acionista em virtude de inexistência de caixa, b) foi criada a empresa veículo, c) realizada a sua capitalização, d) realizada a compra de 19,42% das ações diretamente da única acionista, e) realizada nova capitalização, f) integralizado capital na investida em valor suficiente a completar 50% de participação no investimento, g) com a formação de caixa ocorrida, paga a redução de capital objeto da primeira operação aqui descrita e, por fim, h) incorporado o investimento e iniciada a amortização do ágio incorporado na operação.

A acusação fiscal menciona, *en passant*, que os valores que a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A pagou (à GONVARRI CORPORACION) pela aquisição da participação na investida ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, acabam por chegar nesta última via aumento de capital e são por ela utilizados para quitar a redução de capital deliberada em março. Isso é, de fato, uma coincidência marcante, mas não há maiores argumentos no TVF de por que isso não poderia passar de mera constatação e ser considerado de fato uma artificialidade.

No mínimo, ambos os cenários – o descrito nos documentos e o cotejado pela autoridade autuante -- são críveis, e neste caso o documento faz prova em favor do sujeito passivo em não havendo indícios convergentes de que se trate de artificialismo.

É dizer, a autoridade autuante não desenvolve tal argumento, e esta é a única passagem do TVF em que se afirma essa suposta artificialidade na redução de capital, sem a indicação de indícios convergentes para que se possa chegar a tal conclusão, nem a descrição da base legal para que se considere a redução de capital artificial.

Quem pretende desenvolver tal argumentação é, sim, a Fazenda Nacional em seu recurso especial, ao mencionar que a Lei das S.A. prevê a redução de capital quando este se prove excessivo e que isso não estaria provado, mas isso é questão que não consta da acusação fiscal e não foi debatida nos presentes autos, sendo assim matéria sequer prequestionada nos presentes autos. Debater isso agora, nesta instância especial, importará, no mínimo, supressão de instância e, conseqüentemente, ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, sem razão a Fazenda Nacional nesse ponto.

Em seguida, a Fazenda Nacional passa a tratar em seu recurso especial do argumento acerca da utilização da empresa veículo, reproduzindo o voto da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa no acórdão 1101-000.942 (processo 10980.722071/2012-76, que tratou dos mesmos fatos mas se referindo aos anos-calendário 2009 e 2010), e concluindo que o ágio não poderia ser amortizado dado “*o artifício de registrá-lo numa sociedade que nada fez além de servir como extensão de caixa e ser extinta por incorporação.*”.

De fato, o acórdão 1101-000.942 entendeu que a participação da *holding* em questão na operação deveria ser ignorada, mas diante de uma acusação fiscal que, embora tratasse da mesma operação, não foi baseada nos mesmos fundamentos.

Vale notar que o TVF referente à presente acusação fiscal abre um título “Da acusação fiscal anterior”, em que reporta o andamento do processo 10980.722071/2012-76, do qual tratou o acórdão 1101-000.942 e, nessa parte, transcreve trechos de tal decisão, que por sua vez transcreve trechos daquela acusação fiscal, dentre os quais o que acusa a *holding* de não ter tido atividade em 2008, o que seria comprovado pelo fato de que seus lançamentos contábeis se resumiram a “*atos de reorganização societária, pagamentos de consultoria e amortização de ágio*”. O acórdão 1101-000.942 conclui que em operações desta espécie as amortizações mostram-se indedutíveis porque “*não representam despesas próprias, mas sim despesas da adquirente original do investimento*”.

Nesse ponto, observo que não há no TVF dos presentes autos acusação específica relacionada à insubsistência dos lançamentos contábeis da *holding*, à ausência de infraestrutura compatível com suas atividades ou argumentos do gênero. Há, meramente, transcrição de trecho do acórdão 1101-000.942, que tratou da mesma operação, e que por sua vez transcreve trecho daquele outro TVF, mas sem indicar que a acusação fiscal aqui é a mesma de lá.

Assim, há no mínimo uma dúvida sobre se os fatos alegados no TVF do processo 10980.722071/2012-76 poderiam ser considerados como integrantes da presente acusação fiscal, eis que não expressamente reiterados no TVF dos presentes autos com tal natureza (de acusação fiscal), mas como mera transcrição de decisão proferida em outros autos.

De qualquer forma, a acusação de lá transcrita no acórdão 1101-000.942 (item 88 do TVF do processo 10980.722071/2012-76) foi de 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.*”

Ora, uma *holding* “pura” sequer pode ter lançamentos contábeis relacionados a atividade comercial e industrial, visto que seu objeto social é, tão somente, deter participações societárias. Assim, a constatação de que inexistem lançamentos contábeis dessa natureza nada prova. Se houve no ano 253 lançamentos contábeis referentes a atos de reorganização societária, pagamentos de consultoria e amortização de ágio, isso é compatível com o objeto social de uma *holding*, então tal constatação, antes de provar a inexistência da *holding*, na verdade comprovaria que esta exerceu atividade como tal (de *holding* “pura”).

Na verdade, é importante notar que a conclusão do acórdão 1101-000.942 está baseada em diversos outros fundamentos constantes *daquela acusação fiscal* e que *não se verificam no presente TVF*.

No presente caso, a acusação é, essencialmente, de que deve ser considerado investidor, para fins de amortização fiscal do ágio, a sociedade que teve o “sacrifício financeiro” para adquirir o investimento, assim considerada aquela de onde provêm os recursos financeiros, no caso a ARCELOR SPAIN HOLDING SL. Mas, como já se abordou, não há norma que exija que o ágio seja amortizado exclusivamente pela sociedade do grupo da qual se originam os recursos financeiros utilizados pela aquisição do investimento.

A lei diz que o ágio deve ser registrado pela pessoa jurídica que detém o investimento, e amortizado uma vez que esta incorpore a investida ou vice versa. Neste sentido, para que se considere que a investidora não é aquela pessoa jurídica que os documentos declaram como tal, seria necessário, pelo menos, indícios convergentes de que os atos declarados não foram os praticados, e não há prova neste sentido nos presentes autos.

A acusação fiscal tratada nos presentes autos é de que “... *na sequência de operações descrita, a ARCELOR SPAIN HOLDING SL foi o investidor original, a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A foi a empresa veículo e a ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL foi o investimento*”. Mas, como já se abordou, não foram apontados indícios convergentes (fatos) que poderiam levar à necessária conclusão de que os atos praticados não foram os declarados pelo sujeito passivo.

De se manter, assim, a conclusão do acórdão recorrido, pela improcedência da presente acusação fiscal, com o consequente cancelamento dos autos de infração dela derivados.

Neste sentido, sugeri a seguinte ementa para este julgado:

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO.

A investigação acerca do “propósito comercial” ou de “motivos extratributários” apenas é relevante no sentido de que, uma vez que se prove que as alegações do sujeito passivo acerca de determinado propósito ou motivação não se verificam na prática, isso poderá contribuir como elemento indicativo de que os atos por ele praticados também podem não ser exatamente os declarados. Mas só.

Propósito comercial é matéria de defesa. Os atos não são legítimos apenas se provado o propósito comercial, pelo contrário, o propósito comercial é que

somente poderá ser tomado como argumento válido para a requalificação de negócios jurídicos quando se prove a falsidade nas alegações do sujeito passivo quanto a tais motivos negociais, o que é ônus da fiscalização.

A lei tributária diz que o ágio deve ser registrado pela pessoa jurídica que detém o investimento, e amortizado uma vez que esta incorpore a investida ou vice-versa. Neste sentido, para que se considere que a investidora não é aquela pessoa jurídica que os documentos declaram como tal, seria necessário, pelo menos, indícios convergentes de que os atos declarados não foram os praticados, e não há prova neste sentido nos presentes autos.

Em observância ao artigo 63, § 8º do Anexo II ao Regimento Interno deste CARF, observo que, colocada a questão em julgamento, **a maioria da Turma acompanhou esta Relatora pelas conclusões**, tendo prevalecido, como razão de decidir, a posição de que a autoridade fiscal não pode desconsiderar a participação de *holdings* “puras” em operações.

É dizer, enquanto as razões acima apontam no sentido de cancelar a presente autuação por não ter verificado, *na acusação fiscal em questão*, a indicação e fatos que funcionassem como indícios convergentes de que os atos declarados pelo contribuinte não foram os efetivamente praticados, a maioria dos Conselheiros que votou por negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional entendeu como inclusive prescindível tal investigação, no caso de ágio registrado por *holdings* “puras”.

Os fundamentos são semelhantes aos registrados em declaração de voto anexada ao acórdão 9101-006.365, julgado nesta mesma sessão de 8 de novembro de 2022, na qual observou o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli que as *holdings* são sociedades que têm por objeto social justamente a participação em outras empresas, em conformidade com o comando previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/1976, ressaltando que tal dispositivo expressamente estabelece, em sua parte final, que “*a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais*”. Além disso, de acordo com o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil - que trata da Sociedade de Propósito Específico – SPE -, *a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados*. Estabelecidas estas premissas, o i. Conselheiro concluiu, naquela declaração de voto:

(...) é perfeitamente válido e eficaz, sob o prisma jurídico, a existência de sociedades efêmeras e outras de longa duração, com capital social ínfimo ou substancial, umas com operações mercantis, outras produtivas ou prestadoras de serviços e outras ainda como canais de investimento, o que vai depender dos fins sociais e econômicos estabelecidos pelos sócios dentro de sua liberdade de empreender.

Ora, se a própria legislação tipifica uma “holding pura com fins específicos” como uma espécie societária própria do Direito, conferindo-lhe autonomia e legitimidade para praticar uma única operação, inclusive para fins de economia tributária, não vejo como não admitir, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, o uso desta espécie de sociedade para servir de *veículo* para *provocar* a baixa de um investimento com o consequente *gatilho* para deduzir fiscalmente o ágio, pouco importando o seu tempo de vida e ainda que seja exclusivamente este o seu *propósito negocial*. (...)

No presente caso, prevaleceu, assim, o entendimento de que não subsiste acusação fiscal que busque glosar despesas com amortização fiscal de ágio sob o argumento de que deveria ser considerada como real investidora a sociedade estrangeira que teve o “sacrifício financeiro” para adquirir o investimento, assim considerada aquela de onde provêm os recursos financeiros. A legislação tributária autoriza o registro do ágio pela pessoa jurídica que *detém* o investimento, podendo este ser amortizado a partir do momento em que tal sociedade incorpore a investida, ou vice versa.

As conclusões que prevaleceram estão refletidas na ementa do presente julgado.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial, nos termos do despacho de admissibilidade e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese o bem fundamentado voto da i. relatora, como de praxe, divergi do seu entendimento de mérito quanto à dedutibilidade, por entender que o ágio gerado nesta operação foi todo estruturado no exterior por interesse dos grupos econômicos ali situados, sendo convenientemente internalizado no país pelos interessados no negócios, mediante a estrutura

societária adotada unicamente com vistas a propiciar a dedutibilidade de amortização da despesa do ágio que de outra forma não seria possível.

Sobre a justificativa das operações, extrai-se do Termo de Verificação Fiscal – TVF, *verbis*:

101. Para justificar essa sequência de operações e, consequentemente, a formação e dedução do ágio para fins fiscais, a fiscalizada afirmou em seu Recurso Voluntário que a ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A teria sido constituída com o objetivo de, entre outros, concentrar os projetos relacionados ao seu setor de distribuição, os quais abrangeriam a aquisição não só da autuada, como também a da empresa “Manchester”, relativamente à qual a negociação com os acionistas se mostrou mais complexa. Assim, o Grupo Gonvarri desistiu de prosseguir com o investimento na “Manchester” e o Grupo ArcelorMittal prosseguiu na aquisição, mas sem poder realizá-la por meio da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em razão de exigências impostas pelos acionistas da Manchester e que foram acatadas para viabilizar a aquisição da participação na sociedade. Porém, segue justificando que, a partir de setembro de 2008, com a quebra do banco norte-americano Lehman Brothers, a economia mundial foi abatida por grave crise econômica, afetando significativamente o setor siderúrgico. Disto decorreu a suspensão a médio prazo dos demais projetos e a incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A pela ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL; dessa forma, as atividades da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES puderam passar a ser exercidas pela ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL, reduzindo-se o custo operacional e administrativo do Grupo ArcelorMittal.

102. No que se refere a essas justificativas, deve-se levar em conta que, uma vez iniciada a crise mundial em setembro de 2008 e realizada a incorporação da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A em dezembro daquele ano, o tempo entre as ocorrências demonstraria extrema agilidade. Tamanha agilidade seria decorrente apenas da necessidade de diminuir os gastos com a administração da ARCELORMITTAL BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A; entretanto, **tal empresa, sem empregados e sem movimento, traria despesas muito pouco significativas frente aos graves prejuízos que o Grupo poderia sofrer naquela época.** Assim, para o Fisco aceitar tal justificativa, deveria ignorar o fato das inúmeras operações realizadas terem sempre convergido a) para a formação de ágio de R\$ 92,2 milhões, como na redução artificial de capital, por exemplo, e b) para o aproveitamento desse ágio, acatando, desse modo, que impactos de pequeno valor pudessem motivar tão grandiosas e vultosas operações. Entretanto, aceitar tal justificativa se mostraria totalmente incompatível com uma análise sensata dos fatos.

Analisando esta mesma operação no colegiado que proferiu o Acórdão nº 1101-000.942, que foi confirmado pelo Acórdão nº 9101-003.060 deste colegiado, a relatora, d. conselheira Edeli Pereira Bessa, registrou no voto condutor, *verbis*:

[...]

O diferencial, no presente caso, é o fato de alienante e adquirente estarem situadas no exterior, negociarem a participação societária por valor superior ao patrimonial, e pretenderem que este sobrevalor preste-se a amortizações na investida, que está situada no Brasil. Além disso, a saída do alienante é antecipada, mediante prévia redução do capital social, de modo a tentar desvincular o pagamento feito pelo adquirente da posterior remessa dos correspondentes recursos ao alienante. Em tais condições, a reativação da ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A presta-se não só à posterior incorporação, em razão da qual será pretendida a amortização do ágio, como também de anteparo à realização de pagamento diretamente por uma empresa espanhola a outra.

Por todo o exposto, mesmo que se possa vislumbrar, com a desconsideração da redução de capital deliberada em 03/03/2008, a existência de um sobrevalor na aquisição, pelo Grupo ArcellorMittal, de participação acionária correspondente a 50% do capital da atuada, antes detida pelo Grupo Gonvarri, ainda assim ele seria inferior ao ágio contabilizado de R\$ 92.260.208,91, e, para além disso, decorreria de investimento realizado por Arcellor Spain Holding SL, e não pela incorporada ArcellorMittal Brasil SSC Participações S/A, na qual o ágio foi contabilizado sem substância econômica.

Frente a tais constatações, resta claro que as operações promovidas não autorizam a amortização de ágio, na medida em que a participação societária detida pelo Grupo Gonvarri não foi adquirida por ArcellorMittal Brasil SSC Participações S/A, mas sim por Arcellor Spain Holding SL, prestando-se a ArcellorMittal Brasil SSC Participações S/A apenas como empresa veículo na qual restou duplicado o custo daquela aquisição e, por consequência, o ágio indevidamente amortizado após sua incorporação pela atuada. Irrelevantes, assim, os argumentos da recorrente em favor da validade do laudo apresentado para atribuir ao referido ágio o fundamento em rentabilidade futura.

Dessa forma, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para manter as glosas de amortização de ágio veiculadas no presente lançamento.

No presente caso não há na acusação fiscal a informação de que a venda da participação tenha sido negociada primeiramente entre os grupos ArcellorMittal e Gonvarri no exterior. Porém é inegável que todo o negócio entabulado somente restou viabilizado com a participação direta da empresa Arcellor Spain Holding SL que efetivamente aportou os recursos necessários para que a empresa ArcellorMittal Brasil SSC Participações S/A pudesse efetuar o pagamento das participações adquiridas.

De outra parte, chama a atenção o ponto trazido pela autoridade fiscal de que a maior parte do ágio somente surge com a redução de 50% do capital deliberada poucos dias antes da formalização da venda da participação pelos controladores da empresa investida, sendo que esta retirada somente se concretizaria com o pagamento à controladora no exterior (a GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL) após a integralização do pagamento das ações vendidas pela ArcellorMittal Brasil SSC Participações S/A.

O encadeamento das operações em curtíssimo espaço de tempo e a incorporação reversa da investidas pela investida revelam, sem sombra de dúvidas, que a empresa interposta somente serviu ao propósito de internalizar um ágio gerado entre empresas situadas no exterior, o que não seria possível se fosse formalizado por meio de uma aquisição direta pela real investidora situada no exterior (Arcellor Spain Holding SL).

A ausência de qualquer substância econômica da empresa-veículo, criada e extinta em curtíssimo espaço de tempo) é notória no presente caso, fato este que, aliado a estrutura adotada pela vendedora de redução do capital para potencializar a geração do ágio me levam, no presente caso a alinhar-me à divergência para dar parcial provimento ao recurso da PFN.

É como voto neste caso.

(Documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Esta Conselheira acompanhou a I. Relatora em sua conclusão de conhecer do recurso especial.

A PGFN pretende o restabelecimento da exigência cancelada no acórdão recorrido, decorrente da glosa de amortizações de ágio que afetaram o lucro tributável da Contribuinte nos anos-calendário 2011 e 2013. Isto porque o ágio amortizado foi formado na aquisição de suas ações por ArcelorMittal Spain Holding SL, valendo-se de ArcelorMittal Brasil Participações S/A como empresa veículo, incorporada em dezembro/2008 pela autuada.

A autoridade lançadora descreve as duas fases da operação que principia com a constituição da empresa veículo em 22/02/2008, seguida de redução de capital social da investida em 03/03/2008, que não é restituído à sua acionista espanhola Gonvarri Corporacion Financiera SL, mas que reduz o patrimônio líquido da investida para formação de ágio em face do acordo de investimento assinado em 14/03/2008 com aquela acionista espanhola e a empresa veículo, em face do qual a empresa veículo passaria a deter 50% do capital da Contribuinte. As alterações societárias se sucedem até que, finalizados os investimentos acordados, a redução de capital é paga à acionista espanhola, já estando constituído na empresa veículo o pagamento de ágio de R\$ 92,2 milhões, amortizado a partir de janeiro de 2009, depois de a empresa veículo ser incorporada pela autuada. Vale a transcrição da acusação fiscal, depois de apresentar os quadros de participações societárias do Grupo ArcelorMittal, antes e depois das operações descritas:

59. A ligeira comparação entre os organogramas anterior e posterior às operações aqui tratadas demonstra que todas as transações realizadas na sequência de aproximadamente um ano, o que inclui a criação de uma nova empresa, a capitalização dessa empresa, a aquisição de parte do investimento, nova capitalização, a aquisição de outra parte do investimento e, por fim, a incorporação dessa nova empresa, tiveram um único resultado: propiciar a aquisição de 50% da ARCELORMITTAL GONVARRI BRASIL pela ARCELOR SPAIN HOLDING SL.

60. Pode-se perguntar, então, por qual motivo a ARCELOR SPAIN HOLDING SL não adquiriu diretamente o investimento da GONVARRI CORPORACION FINANCIERA SL.

61. Nesse sentido, verifica-se que toda a estratégia utilizada pelo Grupo ArcelorMittal consiste em planejamento tributário bastante conhecido, comumente utilizado indevidamente por empresas estrangeiras para gerar ágio no Brasil, já que a transação direta entre empresas no exterior não teria o condão de gerar esse ágio no País.

62. Por se tratar a adquirente de empresa sediada no exterior, eventual ágio criado naquela empresa não alcançaria jamais a possibilidade de ser amortizado por aqui e, conseqüentemente, o Grupo não poderia se aproveitar da criação de despesas com a redução da base tributável pelo IRPJ e pela CSLL. Por essa razão, empresas estrangeiras usam a estratégia de criar e capitalizar uma subsidiária no País para, depois disso,

adquirir seu investimento e, por fim, fazer com que essa subsidiária seja incorporada pelo próprio investimento.

A acusação fiscal, assim, é de aquisição de participação societária promovida entre empresas estrangeiras e transposta para o Brasil mediante utilização de empresa veículo. A referência à formação de ágio interno nestas operações foi veiculada em lançamento anterior (processo administrativo nº 10980.722071/2012-76), tendo como *premissa básica o fato do Grupo ArcelorMittal deter participação de 35% na holding do Grupo Gestamp, qual seja, a Corporation Gestamp, premissa que, como se verá a seguir, não foi confirmada em sede de contraditório.*

A ex-Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto destaca as circunstâncias nas quais as operações se realizaram:

Temos que ressaltar também, todo o contexto em que ocorreram as operações aqui tratadas, que foram já relatadas acima. Ou seja, o contexto negocial pelo qual se ocorreram todas as operações societárias. A criação da joint venture com o objetivo de alavancar uma das etapas do processamento de bobinas de aço. Neste cenário é que o Grupo ArcelorMittal adquiriu a participação de empresa com esse viés, a Gonvarri Brasil. Motivo pelo qual foi criada a ArcelorMittal Participações. Essa empresa não continuou suas atividades pois ao longo da negociação gerou-se o direito de exclusividade em relação à atividade desenvolvida, que passou a ser realizada pela joint venture.

Com a crise de 2008, optou-se pela incorporação da ArcelorMittal Participações pela Gonvarri Brasil, conforme Protocolo e Justificação da Incorporação, que passou a exercer as atividades se p custo operacional e administrativo do Grupo ArcelorMittal.

Na sequência, observa não haver vedação legal à constituição de *holdings* para usufruto de benefícios fiscais, e discorda da glosa *porquanto não se verifique nenhum tipo de vício não há que se falar em impossibilidade de utilização de empresas. Ademais, de acordo com o contexto apresentado, totalmente factível a sua existência. Diversas razões extra fiscais, de tal forma que o uso de empresa veículo por si só não é vedado pela legislação.* E complementa:

O pressuposto para a permissão de amortização fiscal do ágio é a confusão patrimonial entre investidora e investida, que se consumou, como anteriormente demonstrado (pela redação do art. 7º da Lei nº 9532/97), e nesse contexto, se encaixa a expressa admissão da incorporação reversa ou às avessas pelo art. 8º da Lei nº 9.532/1997.

A mera transferência do ágio da investidora para a investida, por meio de veículo, ao final, quando incorporada aquele veículo, demonstra apenas uma consequência fática que tem como pressuposto uma autorização legal.

Se o legislador permite literalmente a amortização do ágio nos casos de incorporação às avessas, interpretação extensiva e lógica confere legitimidade para o instrumento imprescindível ao atingimento do objeto. Em outras palavras, o gozo do benefício fiscal pela investida só seria possível com a transferência do ágio, vez que este último fora registrado pela investidora.

Ademais, na mesma linha de raciocínio, a extinção da participação societária não se torna requisito essencial para a amortização do ágio nos casos em que ocorre a incorporação reversa.

Da mesma forma que não faria sentido a manutenção da participação societária e do investimento propriamente dito no caso de incorporação, também não teria qualquer fundamentação lógica a extinção destes no caso de incorporação reversa. Mais uma vez

se está diante de caso em que a lei promove interpretação extensiva e lógica conduzindo a possibilidade/necessidade de adequação da norma ao caso concreto.

A Conselheira Relatora também afasta discussões acerca do laudo de fundamentação do ágio e, quanto aos efeitos da redução de capital, adota fundamentos do Acórdão nº 9101-003.060, nos seguintes termos:

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.

Limitado o lançamento aos demais fundamentos, a Conselheira Relatora deixa de apreciar os argumentos contra a qualificação da penalidade e a aplicação concomitantemente de multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas. O Colegiado *a quo* entendeu haver propósito negocial nas operações realizadas.

O recurso especial da PGFN teve seguimento apenas quanto à indedutibilidade do ágio amortizado em face do paradigma nº 9101-003.060, vez que as divergências acerca da multa qualificada e da cumulação da multa isolada com a multa de ofício não haviam sido objeto de decisão no acórdão recorrido. O paradigma foi editado frente a exigência anterior, que formalizou glosas do mesmo ágio aqui tratado, objeto do processo administrativo nº 10980.722071/2012-76, e em tal decisão foi negado provimento a recurso especial da Contribuinte contra a decisão que lhe foi desfavorável no Acórdão nº 1101-000.942, de relatoria desta Conselheira.

A divergência jurisprudencial acerca da repercussão dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 é patente, diante da conclusão do voto vencedor do ex-Conselheiro André Mendes de Moura no paradigma:

O que se observa é que, para a aquisição da participação da Contribuinte, a ARCELOR SPAIN HOLDING valeu-se de empresa intermediária, ARCELOMITTAL 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 ARCELOMITTAL 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 ARCELOMITTAL 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. *(destaques do original)*

Em essência, o Colegiado *a quo* entende inexistir vedação legal à interposição de *holding* para usufruto do benefício fiscal expresso na legislação tributária, ao passo que o Colegiado que proferiu o paradigma entende que a interposição dessa *holding* não desnatura a investidora estrangeira como adquirente, de modo que ausente a confusão patrimonial entre ela e a investida, a amortização fiscal do ágio não é permitida. O dissídio jurisprudencial, assim, está demonstrado.

Sob esta ótica, o presente voto é concordante com a conclusão da I. Relatora de CONHECER do recurso especial nos termos do despacho de admissibilidade, ressaltando-se de seus fundamentos apenas a assertiva de que o conhecimento do recurso especial *está adstrito às teses jurídicas do acórdão recorrido confrontadas no paradigma*, porque embora por meio dela se exclua, validamente, a apreciação de aspectos como a classificação do ágio como interno, ou a discussão acerca da fundamentação do ágio, tal se dá porque estas seriam matérias autônomas – decididas com fundamentos próprios no recorrido, fundamentos estes não confrontados no paradigma e nem mesmo em outras matérias suscitadas pela recorrente – e que, assim, careceriam de prequestionamento, o mesmo não se verificando em relação a outras teses jurídicas que, não debatidas no recorrido ou no paradigma, fossem afetas à matéria cuja divergência jurisprudencial restou demonstrada.

No mérito, como mencionado, esta Conselheira já teve a oportunidade de se manifestar sobre a operação, assim concluindo no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.942:

O diferencial, no presente caso, é o fato de alienante e adquirente estarem situadas no exterior, negociarem a participação societária por valor superior ao patrimonial, e pretenderem que este sobrevalor preste-se a amortizações na investida, que está situada no Brasil. Além disso, a saída do alienante é antecipada, mediante prévia redução do capital social, de modo a tentar desvincular o pagamento feito pelo adquirente da

posterior remessa dos correspondentes recursos ao alienante. Em tais condições, a reativação da ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A presta-se não só à posterior incorporação, em razão da qual será pretendida a amortização do ágio, como também de anteparo à realização de pagamento diretamente por uma empresa espanhola a outra.

Por todo o exposto, mesmo que se possa vislumbrar, com a desconsideração da redução de capital deliberada em 03/03/2008, a existência de um sobrevalor na aquisição, pelo Grupo ArcelorMittal, de participação acionária correspondente a 50% do capital da autuada, antes detida pelo Grupo Gonvarri, ainda assim ele seria inferior ao ágio contabilizado de R\$ 92.260.208,91, e, para além disso, decorreria de investimento realizado por Arcelor Spain Holding SL, e não pela incorporada ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A, na qual o ágio foi contabilizado sem substância econômica.

Frente a tais constatações, resta claro que as operações promovidas não autorizam a amortização de ágio, na medida em que a participação societária detida pelo Grupo Gonvarri não foi adquirida por ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A, mas sim por Arcelor Spain Holding SL, prestando-se a ArcelorMittal Brasil SSC Participações S/A apenas como empresa veículo na qual restou duplicado o custo daquela aquisição e, por consequência, o ágio indevidamente amortizado após sua incorporação pela autuada. Irrelevantes, assim, os argumentos da recorrente em favor da validade do laudo apresentado para atribuir ao referido ágio o fundamento em rentabilidade futura.

Dessa forma, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para manter as glosas de amortização de ágio veiculadas no presente lançamento.

No mesmo sentido era a decisão da maioria qualificada desta Turma, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado, à semelhança do paradigma aqui indicado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

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.

Fato 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 escritural³. 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

³ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

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.

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 1976 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 cisão⁴.

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 1997⁵, 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, 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 SCHOUERI⁶ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

⁴ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

⁵ 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.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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 Mista⁷ 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 empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporadora (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).

⁷ 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.

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/99⁸.

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.

⁸ 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).

§ 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 extinguir 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).

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 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 ATALIBA⁹.

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

Ao se apreciar o aspecto **pessoal**, 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.

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.

⁹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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. SCHOUERI¹⁰, 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

¹⁰ SCHOUERI, 2012, p. 62.

(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

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.

Tais premissas foram transpostas para o presente caso no paradigma nº 9101-003.060, como novamente se apresenta neste voto:

O que se observa é que, para a aquisição da participação da Contribuinte, a ARCELOR SPAIN HOLDING valeu-se de empresa intermediária, ARCELOMITTAL 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 ARCELOMITTAL 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 ARCELOMITTAL 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.

Frise-se, ainda, a artificialidade da interposição da empresa veículo neste caso, bem observada no acréscimo assim apresentado pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no paradigma:

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 FINANCEIRA 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 ARCELORMITTAL 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 decorreu, 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. *(negrejou-se)*

Não se trata, portanto, de classificar o ágio em questão como interno, mas sim de se destacar a desnecessidade de interposição de empresa-veículo em uma operação de mero aumento da participação societária envolvendo partes relacionadas, ambas situadas no exterior.

No mais, com referência à validade das operações e presença de propósito negocial, na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, importa observar que a legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa.

Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do §2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à

incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida¹¹. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa *incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado)* (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: *com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem* (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, *os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável* (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM nº 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei nº 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97.

A acusação fiscal presente nestes autos bem demonstra a replicação dos efeitos da amortização do ágio na investida, quando o investimento é mantido no patrimônio da investidora:

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

13. O exemplo a seguir demonstra o caso a que esse dispositivo da Lei se refere.

14. Suponhamos que, num primeiro momento, a empresa A adquire participação na empresa B por \$100; entretanto, o patrimônio líquido da empresa B encontrava-se avaliado em \$10. Portanto, o ágio gerado na aquisição foi de \$90, para o qual foi elaborado o competente laudo que demonstrou se fundamentar esse ágio em previsão de rentabilidade em exercícios futuros.

15. Na empresa A, a aquisição foi contabilizada da forma abaixo indica, deixando seu balanço patrimonial com a configuração representada na tabela a seguir.

D - Empresa B	10
D - Ágio na aquisição da empresa B	90
C - Caixa	100

Ativo	120	Passivo	0
Caixa	20		
Empresa B	10		
Ágio	90		
		PL	120
		Cap. Social	120

16. Nesse mesmo momento, era o seguinte o balanço patrimonial da empresa B:

Ativo	10	Passivo	0
Caixa	10		
		PL	10
		CS (Empr.A)	10

17. Posteriormente, a empresa A incorpora a empresa B, gerando o seguinte lançamento em sua contabilidade e passando o apresentar o balanço patrimonial representado em seguida.

D - Caixa	10
C - Empresa B	10

Ativo	120	Passivo	0
Caixa	30		
Ágio	90		
		PL	120
		Cap. Social	120

18. Por esse exemplo, percebe-se que o ágio restante na contabilidade de A não mais poderia ser utilizado para eventual cálculo de ganho ou perda de capital, uma vez que, por investidor e investimento terem se transformado em uma única empresa, o investimento em B deixou de existir na contabilidade. Nesse caso, reputa-se perfeitamente ocorrida a situação prevista na Lei, passando a ser possível, a partir dessa incorporação, a amortização do ágio na apuração do lucro real.

19. Caso a empresa B incorporasse a empresa A, o balanço patrimonial resultante da operação seria o mesmo e, também nesse caso, poderia a empresa B começar a amortizar o ágio, visto que a condição necessária estaria implementada, ou seja,

investidor e investimento teriam se transformado em uma única universalidade e, assim, o investimento inicial desapareceria da contabilidade.

20. Entretanto, podem ocorrer situações nas quais, embora tenha ocorrido incorporação do ágio, investidor e investimento continuam a existir separadamente e, assim, a substância econômica desse ágio ainda pode ser utilizada em eventual apuração de ganho ou perda de capital.

Isso ocorre, essencialmente, nos casos em que uma empresa veículo é utilizada.

[...]

21. Nesse outro exemplo, a empresa A também adquire participação na empresa B por \$100, a qual tinha seu patrimônio líquido avaliado em \$10. Da mesma forma, o ágio gerado na aquisição foi de \$90, tendo sido fundamentado em previsão de rentabilidade em exercícios futuros.

22. Num segundo momento, a empresa A integraliza capital na empresa C mediante a cessão de sua participação na empresa B. A empresa C será a empresa veículo neste exemplo.

23. A empresa A, então, fará o seguinte lançamento em sua contabilidade:

D - Empresa C	100
C - Empresa B	10
C - Ágio na aquisição da empresa B	90

24. Após esse lançamento, o balanço patrimonial da empresa A passará a apresentar a configuração a seguir.

Ativo	120	Passivo	0
Caixa	20		
Empresa C	100		
		PL	120
		Cap. Social	120

25. Por sua vez, na empresa C, o lançamento será o a seguir representado, provocando o balanço patrimonial demonstrado logo abaixo:

Ativo	100	Passivo	0
Empresa B	10		
Ágio	90		
		PL	100
		Cap. Social	100

26. Com relação à empresa B, seu balanço patrimonial permanece o mesmo do exemplo anterior.

Ativo	10	Passivo	0
Caixa	10		
		PL	10
		CS (Empr.C)	10

27. Quando, finalmente, a empresa C é incorporada pela empresa B, ocorre o seguinte lançamento contábil em B:

D - CS (Empr. C)	10
D - Ágio	90
C - Capital Social	100

28. Tal lançamento deixará o balanço patrimonial da empresa B com a configuração abaixo demonstrada.

Ativo	100	Passivo	0
Caixa	10		
Ágio	90		
		PL	100
		Cap. Social	100

29. Após essas operações, a empresa A, que detinha \$100 de investimento na empresa C, passa a deter \$100 de investimento na empresa B. Isso porque o capital social da empresa C, que pertencia à empresa A, foi totalmente incorporado pela empresa B, passando então a empresa A a deter investimento de mesmo valor em B. O balanço patrimonial da empresa A passa a ser o representado abaixo.

Ativo	120	Passivo	0
Caixa	20		
Empresa B	100		
		PL	120
		Cap. Social	120

30. Pelo exemplo formulado, pode-se perceber que, na empresa B, não há mais qualquer investimento vinculado ao ágio, o que poderia levar ao entendimento de que esse ágio poderiam começar a ser amortizado para fins fiscais. No entanto, a análise do balanço patrimonial da empresa A revela que o investimento na empresa B, atualmente em \$100, carrega tanto o patrimônio líquido inicialmente adquirido (\$10) quanto a substância econômica do ágio pago (\$90). Assim, numa alienação do investimento por A, a substância econômica do ágio seria utilizada para apuração de ganho ou perda de capital, enquanto, por outro lado, o ágio também teria sido amortizado pela empresa B em sua apuração de lucro real e da base de cálculo de CSLL. Isso significaria permitir que o contribuinte utilizasse duas vezes, para fins de redução de IRPJ e CSLL, um eventual ágio pago.

31. Esse, certamente, não é o objetivo dos arts. 7º e 8º Lei nº 9.532, de 1997.

32. Referida Lei decorre da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, a qual originou o PLV nº 14, de 1997, e que tratava do assunto em seu art. 8º. No que se refere a esse dispositivo, a Exposição de Motivos do Projeto de Conversão da Medida Provisória assim dispunha:

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 conhecidos “planejamentos tributários”, vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza

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

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

33. Desse texto, infere-se não objetivar a Lei a concessão ou ampliação de “benefício”; pelo contrário, pode-se verificar que a Lei buscou eliminar eventuais vantagens de natureza fiscal irregularmente utilizadas.

34. Portanto, verifica-se que uma melhor interpretação desses dispositivos, em conjunto com a legislação do IRPJ e da CSLL, demonstra que a exigência não se restringe unicamente à incorporação do ágio, mas contempla, ainda, a necessidade de incorporação do investimento pelo investidor original, ou vice-versa, de modo que o investimento não possa mais ser alienado ou extinto e, consequentemente, que a substância econômica desse ágio não possa mais ser utilizada. O que se exige, antes de mais nada, é que o ágio não possa mais ser utilizado para eventual cálculo de ganho ou perda de capital, o que somente se alcança quando investidor e investimento se transformam em uma única empresa, com um único acervo patrimonial. No caso de utilização de empresa veículo, como se viu no exemplo, essa condição não se implementa.

Por fim, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito negocial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite constituir situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida.

Em consequência, restabelecida a exigência principal, os autos devem retornar ao Colegiado *a quo* para apreciação dos argumentos de defesa acerca da qualificação da penalidade e das multas isoladas exigidas por falta de recolhimento de estimativas concomitantemente com a multa de ofício proporcional.

Considerando que a PGFN pretendia o restabelecimento também destas últimas exigências, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial com retorno dos autos ao Colegiado *a quo*.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA