



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16643.720041/2011-51
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-001.872 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria Auto de Infração
Recorrentes ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Pode a fiscalização verificar documentos e analisar fatos ocorridos há mais de cinco anos para deles extrair a repercussão tributária de exercícios futuros. A vedação contida no Código Tributário Nacional impossibilita apenas o lançamento de crédito tributário relativo a período já fulminado pela decadência.

DECADÊNCIA. PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS. INOCORRÊNCIA.

As antecipações feitas a título de estimativas não correspondem ao conceito de pagamento antecipado veiculado pelo CTN e, nesse sentido, não extinguem o crédito tributário, que sequer foi apurado, o que só ocorrerá ao final dos exercícios, pois os balanços ou balancetes de suspensão não caracterizam o momento de ocorrência do fato gerador dos tributos e, portanto, não representam o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

ÁGIO CONSTITUÍDO ENTRE PARTES RELACIONADAS, SEM FUNDAMENTO ECONÔMICO. GLOSA.

As operações entre partes relacionadas devem ser testadas sob o princípio do *arm's length*, de tal sorte que os preços e as demais condições da aquisição sejam compatíveis com aqueles que seriam normalmente utilizados no mercado, a partir de princípios econômicos como a livre concorrência e a livre manifestação da vontade. A ausência de fundamento econômico na operação enseja a glosa dos valores artificialmente constituídos.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplica-se à CSLL, por relação de causa e efeito, o mesmo fundamento do lançamento primário.

VARIAÇÃO CAMBIAL PASSIVA. DESPESA COM JUROS. OPERAÇÕES DESPROVIDAS DE PROPÓSITO NEGOCIAL. DESNECESSIDADE.

Mantém-se a glosa de Variação Cambial Passiva e Despesas com Juros decorrentes de empréstimos para compra de ações no país e de passivo relativo a compra de ações, emitidas por controlada brasileira, de empresa controladora estrangeira, quando caracterizado que não houve tais operações, posto que as ações foram compradas pela controladora estrangeira, tendo a empresa intermediária brasileira servido apenas para registrar estes dispêndios, para imediata transferência.

TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO. APLICABILIDADE À CSLL.

Aplica-se à CSLL o disposto nos tratados para evitar a bitributação, sendo de rigor cancelar a autuação do tributo quando fundada exclusivamente na tese de inaplicabilidade, questão que foi resolvida com o advento da Lei n. 13.202/2015.

NEGÓCIO JURÍDICO. ABUSO DE DIREITO. INOPONIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE POR NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE.

Negócio jurídico realizado mediante interpretação literal, sem a observância das regras tributárias, é abusivo e não pode ser oponível ao Fisco, sujeitando o infrator à multa de ofício de 75%. Descabe a qualificação da multa quando não caracterizado dolo específico ou fraude nos procedimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, por qualidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para afastar a autuação relativa à CSLL no caso de país com tratado. Vencidos os Conselheiros Luis Fabiano, Luis Toselli, Rafael Gasparello e Gisele Bossa, que davam parcial provimento ao Recurso Voluntário, em maior extensão, para também afastar as autuações relativas ao ágio da Arcelor e à glosa das variações e dos juros cambiais passivos, mantendo as demais autuações. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em negar

provimento ao Recurso de Ofício. A Conselheira Gisele Bossa acompanhou o Relator, no que tange à CSLL, pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Rafael Gasparello Lima e Gisele Barra Bossa.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ e CSLL lavrados contra a empresa em epígrafe, relativos a glosa com despesas de ágio e outras infrações, nos anos-calendário de 2006 e 2007, no total original de R\$ 1.285.319.078,26.

Como os fatos e a matéria jurídica foram bem relatados pela decisão de primeira instância, reproduzo-a a seguir:

Em decorrência de ação fiscal, a contribuinte acima identificada foi autuada em 10 de dezembro de 2011 (fl. 2.012), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao IRPJ e à CSLL, multa proporcional qualificada (150%) e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos nos dias 31 de dezembro dos anos 2006 e 2007.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação de Verificação Fiscal (fls. 1.931 a 2.011), a contribuinte cometeu as seguintes infrações:

2.1. amortizou indevidamente ágios gerados, parte intragrupo e parte no exterior com interposição de empresa veículo;

2.2. deduziu indevidamente variação cambial e juros repassados por empresa veículo que foi incorporada; e

2.3. deixou de oferecer à tributação lucros auferidos por duas empresas controladas no exterior, uma na Costa Rica e outra na Argentina, sendo que os lucros auferidos por esta última foram apenas lançados de ofício na base de cálculo da CSLL.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 1.906 a 1.919) com base nos artigos 25, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 16 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 247, 249, 251, 299 e 394 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), 3º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000 e 74 da Medida Provisória nº 2.15835, de 24 de agosto de 2001, formalizando crédito tributário calculado até 30/11/2011 no montante de R\$ 853.649.160,92; e

3.2. CSLL (fls. 1.924 a 1.928) com base nos artigos 2º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, 28 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e 37 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, formalizando crédito tributário, calculado até 30/11/2011, no montante de R\$ 431.669.917,34.

4. Sobre os lucros auferidos no exterior que deixaram de ser oferecidos à tributação foi aplicada multa de ofício de 75% com base no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Medida Provisória 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Sobre as demais infrações foi aplicada a multa de ofício qualificada (150%) cuja base legal é o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (fatos geradores até 21/01/2007), e o mesmo artigo 44, inciso I e § 1º da mesma Lei 9.430/1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Medida Provisória 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 (fatos geradores a partir de 22/01/2007). O enquadramento legal dos juros de mora equivalentes à taxa Selic são os artigos 6º, § 2º, e 28 da Lei nº 9.430/1996 (fls. 1.915, 1.922 e 1.923).

5. Irresignada com os lançamentos, em 09 de janeiro de 2012, a autuada apresentou, representada por mandatários (fls. 2.119 e 2.122 a 2.142), a impugnação de fls. 2.016 a 2.119, instruída com os documentos de fls. 2.120 a 2.799, na qual alega, em síntese, o seguinte:

5.1. a impugnação é tempestiva, pois, como foi cientificada dos lançamentos em 10 de dezembro de 2011 (sábado), o prazo legal de 30 dias (artigo 15 do Decreto nº 70.235/1972) para impugnar encerrou-se em 10 de janeiro de 2012;

5.2. em 10 de dezembro de 2011, conforme regra de decadência dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (artigo 150, § 4º, do CTN), como é o caso do IRPJ e da CSLL, e jurisprudência administrativa reproduzida, já estava decaído o direito de a Fazenda questionar o montante dos ágios decorrentes de aquisição e reestruturação da Mendes Júnior Siderurgia, atual impugnante, ocorridas entre 2003 e 2004;

5.3. na hipótese de não ser reconhecida a decadência, conforme exposto no subitem anterior, deve ser reconhecida, ainda nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, a decadência do direito à glosa das despesas de amortização incorridas entre janeiro e novembro de 2006, já que a impugnante, de acordo com a DIPJ

referente a este ano-calendário (fls. 2.147 a 2.158), optou pelo lucro real anual e pagou as estimativas com base em balanço de suspensão/redução (artigo 35 da Lei nº 8.981/1995), o que fez com que a apuração do IRPJ e da CSLL ocorresse mensalmente e não apenas em 31 de dezembro do ano-calendário como acontece na apuração do lucro real anual com antecipações calculadas com base nas estimativas mensais, entendimento corroborado em julgados do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes;

5.4. para a adequada compreensão dos fatos que ensejaram a lavratura da presente autuação, passa a expor as operações que deram ensejo ao registro dos ágios glosados, já que a narrativa da autoridade fiscal contém distorções e imprecisões, possivelmente decorrentes de análise parcial dos negócios jurídicos praticados e de juízos de valor inadequados;

5.5. no contexto de gravíssima crise financeira sofrida pelo Grupo Mendes Junior a partir da década de 1990, devido ao não recebimento dos pagamentos relativos à construção da Companhia Hidrelétrica de São Francisco e a obras de infraestrutura no Iraque, que provocou a decretação de sua falência por diversas vezes, conforme reportagem de fls. 2.160 a 2.162, surgiu em 1995, para salvar a empresa e impedir a extinção de milhares de empregos, a proposta de arrendamento da usina de Juiz de Fora, detida pela Mendes Junior Siderurgia S/A (MJS), atual impugnante, à Cia. Siderúrgica BelgoMineira (CSBM);

5.6. assim, foram assinados dois contratos em 28 de junho de 1995: o primeiro previa o arrendamento da planta da Usina Mendes Junior ao Grupo Belgo (fls. 2.164 a 2.270) e o segundo previa a possibilidade de exercício de opção de compra das ações da Usina Mendes Junior pelo Grupo Belgo, que, caso exercesse esta opção, se comprometeu a equacionar as dívidas da sociedade, nos termos do parágrafo único da cláusula terceira (fls. 2.272 a 2.321);

5.7. para arrendar e operar a usina de Juiz de Fora, a Belgo constituiu a Belgo Mineira Participação, Indústria e Comércio S/A (BMP), que adquiriu papel relevante nas atividades do Grupo Belgo: um terço da produção total de aços longos e a construção de 23 centros de distribuição e depósitos;

5.8. devido à importância estratégica da planta de Juiz de Fora e à obrigação contratual de saneamento das dívidas da MJS na hipótese de exercício da opção de compra de suas ações, o grupo Belgo adquiriu, a partir de 1995, mais de R\$ 6 bilhões em créditos vencidos contra a MJS com o objetivo de proteger as atividades desta planta e viabilizar sua potencial e futura aquisição (documento de fl. 2.323);

5.9. neste contexto, a aquisição dos ativos do Grupo Mendes Junior pelo Grupo Belgo envolveu duas etapas: a primeira com a aquisição de 99,02% da MJS (que passou a se denominar BMP Siderurgia S/A – BMPS) pela BMP, em março de 2003, mediante

subscrição de novas ações no montante de R\$ 49.973.126,00 e aquisição de ações no mercado secundário por R\$ 235.810,17, perfazendo o custo total de R\$ 50.208.936,17, registrado totalmente como ágio, já que o patrimônio líquido da MJS estava negativo em aproximadamente R\$ 5,6 bilhões em 01 de março de 2003;

5.10. a segunda etapa ocorreu com a reestruturação da dívida de R\$ 6 bilhões da antiga MJS (agora BMPS), com a aquisição pela BMP contra a BMPS destes créditos, que em parte foram utilizados para saldar as dívidas da BMPS com o Grupo Mendes Junior, sendo o restante, exceto alguns créditos, baixado contra a conta de sócios pela BMPS, conforme ata de 01/06/2003;

5.11. devido à segunda etapa, o custo de aquisição dos créditos baixados à conta de sócios pela BMPS foi agregado ao custo do investimento na BMPS registrado pela BMP e, já que o patrimônio líquido da BMPS estava negativo em aproximadamente R\$ 5,6 bilhões nessa data, a totalidade do custo dos créditos foi registrada como ágio em investimentos nas demonstrações da BMP;

5.12. dentre os créditos que remanesceram no ativo da BMP contra a BMPS, verificava-se saldo de R\$ 1,4 bilhão, composto inclusive por contas a receber do BNDES contra a MJS (depois BMPS), garantido por hipoteca do imóvel da planta de Juiz de Fora;

5.13. segundo o laudo de avaliação elaborado pela empresa APSIS – Consultoria Empresarial para determinação da expectativa de rentabilidade futura da MJS, o saneamento financeiro da empresa foi necessário à obtenção de retorno do investimento realizado pelos acionistas, conforme trecho transcrito à fl. 30 do Termo de Verificação;

5.14. apesar de a BMP ter deixado de ter relevância operacional e estratégica, já que a BMPS passou a concentrar a produção de produtos para construção civil do Grupo Belgo, a BMP não poderia ser totalmente incorporada pela BMPS, já que era detentora de crédito gravado com a hipoteca de 3º grau da planta de Juiz de Fora, o que impedia o Banco do Brasil, detentor de hipotecas de 4º e 5º graus (fls. 2326 a 2412), ter prioridade na execução de suas hipotecas;

5.15. diante da situação descrita no subitem anterior, foram transferidos os ativos ligados à produção industrial, inclusive centros de distribuição, no total de R\$ 158,682 milhões, pela BMP à BMPS, sendo capitalizados o “contas a receber” registrado pela BMP contra a BMPS, bem como outros créditos detidos pela BMP contra a BMPS e um imóvel, conforme Assembléia da BMPS de 01/06/2003 (fl. 209), que aprovou o aumento total de capital no valor de R\$ 368.878.286,00 integralmente registrado como ágio em conta de investimento nas demonstrações financeiras da BMP, já que o patrimônio líquido da BMPS em 01/06/2003 continuava negativo;

5.16. após, em 30/06/2003, conforme Assembleia da BMPS (fls. 229 a 233), no processo de concentração na BMPS das atividades voltadas à construção civil, a CSBM transferiu à BMPS todas as usinas mini-mill, mediante aumento de capital, sendo que, no mesmo ato, são também capitalizados créditos perfazendo o total de R\$ 1.109.578.884,00 (R\$ 714.583.894,53 destinados a formação do capital social e R\$ 394.994.989,47 destinados à conta de reserva de capital, a título de ágio na subscrição – fl. 246);

5.17. com o objetivo de concentrar na BMP a totalidade da participação societária detida na BMPS, a participação societária detida pela CSBM na BMPS foi alienada à BMP, que, diante do fato de o patrimônio líquido da BMPS ser R\$ 175.800.886,17 neste momento, fez com que o preço de aquisição de R\$ 1.109.578.875,00 ter sido desdobrado entre valor de patrimônio líquido (R\$ 127.342.582,00) e ágio (R\$ 1.054.099.939,80 – item 3 de fl. 2.034);

5.18. em 01/01/2004, houve cisão parcial da BMP com a avaliação do acervo líquido a valor contábil pela BMPS (fls. 259 a 298), tendo a BMP somente sido extinta após o final de 2005, ocasião em que foi solucionada a pendência relacionada à já citada hipoteca;

5.19. as operações descritas nos subitens anteriores foram apresentadas como “Fatos Relevantes” divulgados ao mercado em 30/05/2003 e 30/06/2003, transcritos às fls. 2034 a 2036 da impugnação;

5.20. paralelamente às operações descritas acima, ocorreu a estruturação do Grupo Arcelor no Brasil (constituído das empresas CSBM, Cia Siderúrgica Tubarão – CST, Acesita S.A e Vega do Sul S.A), que é resultado da fusão em 2002 no exterior de três grupos econômicos: Usinor (França), Arbed (Luxemburgo) e Aceralia (Espanha);

5.21. a partir de então, têm início diversos estudos com o objetivo de otimizar e alavancar sinergias administrativas e operacionais entre as empresas agora pertencentes ao Grupo Arcelor que resultaram na decisão de simplificar a estrutura operacional e administrativa do Grupo, conforme consta do Fato Relevante divulgado ao mercado em 28/07/2005 (documento de fl. 2413 a 2425);

5.22. neste contexto é que foram realizadas a alteração da razão social da BMPS para Belgo Siderurgia S.A, a transferência das participações societárias detidas pelo Grupo Arcelor na CST e na Vega do Sul para a Belgo Siderurgia S.A, alteração da razão social da CSBM para Arcelor Brasil S.A e alteração da razão social da Belgo Siderurgia S.A para ArcelorMittal Brasil S.A, ora impugnante, já no contexto de formação do Grupo ArcelorMittal;

5.23. é infundada a afirmação da autoridade fiscal de que apenas montantes “pagos” em operações de compra e venda

poderiam gerar o registro de ágio, pois a expressão “aquisição” contida no Decreto-lei nº 1.598/1977, base legal do artigo 385 do RIR/1999, não restringe sua aplicação à compra e venda (que é apenas uma dentre várias espécies de atos jurídicos que permitem “aquisição” de investimento) e não há controvérsia na doutrina e na jurisprudência de que aquisição consiste em qualquer forma traslativa de propriedade e domínio, sendo integralização de capital uma forma de transferir a propriedade;

5.24. “a conferência de bens em integralização de capital é uma forma de aquisição, e há o respectivo pagamento de preço, consistente na entrega de ações da empresa cujo capital foi integralizado e subscrito com ativos, no caso a Impugnante”;

5.25. desta forma, a subscritora BMP não apenas poderia, mas tinha o dever legal de desdobrar o custo de aquisição na Impugnante entre valor patrimonial e ágio, como determina o artigo 385 do RIR/1999, e entendem decisões do CARF que expressamente reconhecem que a subscrição de capital é forma de aquisição, sujeita ao desdobramento de ágio ou deságio;

5.26. o argumento da fiscalização, em relação à parcela do ágio gerada em razão de subscrição de capital, de que “o conceito de ágio como preço de aquisição não se confunde com o ágio pago na subscrição de ações” foi afastado pela 5ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes, conforme trecho do acórdão transcrito;

5.27. não só o primeiro aumento de capital, realizado quando a BMP não detinha qualquer participação acionária na MJS, mas também os ocorridos posteriormente, consistiram em aquisições aptas a gerar o registro de ágio, caso o custo de aquisição (valor do aumento de capital) supere o valor de patrimônio líquido da investida;

5.28. além disto, é inegável que a BMP despendeu recursos financeiros para adquirir e reestruturar a MJS e a decisão de adquirir a quase totalidade dos créditos contra a MJS teve razão negocial, pois possibilitou reverter a tentativa do Grupo Mendes Junior de rejeitar a proposta de aquisição da planta de Juiz de Fora;

5.29. conforme se verifica nos laudos de avaliação acostados aos documentos societários que dão suporte às operações relacionadas à aquisição e reestruturação da MJS, todos os bens conferidos ao capital social da MJS foram avaliados pelo mesmo valor que anteriormente adquiridos de terceiros (documentos de fl. 242), não tendo havido qualquer reavaliação ou transação realizada a valor de mercado, mas apenas registro como ágio da totalidade dos aportes de capital realizados devido ao patrimônio líquido da MJS ser negativo em mais de R\$ 5,6 bilhões à época de sua aquisição pela BMP;

5.30. já que, exceto em hipóteses extremamente específicas, a responsabilidade dos sócios é limitada ao patrimônio da sociedade investida, os princípios contábeis vigentes à época

determinavam que, na hipótese de a investida apresentar patrimônio líquido negativo, o valor de patrimônio líquido deveria ser registrado como zero, o que resulta em que o custo pago seja integralmente registrado como ágio, por força do artigo 385 do RIR/1999, que determina que o custo de aquisição seja desdobrado entre valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio, conforme doutrina e jurisprudência administrativas reproduzidas;

5.31. desta forma, são inteiramente inaplicáveis os argumentos da autoridade fiscal no tocante à impossibilidade de registro de “ágio interno”, já que esta figura não existiu no presente caso, além do que há imprecisão técnica cometida pela fiscalização, pois, ainda que ágio interno houvesse, as Instruções CVM 319/99 e 349/01 teriam que ser observadas nas operações ora questionadas, já que não dizem respeito a tratamento de ágio, interno ou não interno, como entende o auditor fiscal, mas sim à ampla regulamentação de operações de incorporação, cisão e fusão envolvendo companhia aberta;

5.32. é indiscutível que subscrição de capital em bens é evento necessário e suficiente ao registro de ágio por configurar, seja juridicamente, seja economicamente, forma de aquisição de participação societária, conforme consolidado na jurisprudência administrativa;

5.33. o laudo de avaliação, considerado subjetivo pela fiscalização, foi elaborado em atendimento ao disposto no § 3º do artigo 385 do RIR/1999 e em observância ao disposto no anexo III, item III da Instrução CVM nº 361, não tendo havido nenhum acordo prévio entre a administração da BMP e a empresa de avaliação, e foi elaborado, tendo em vista que a legislação tributária não dispõe acerca do método que deverá ser adotado, com base no método de fluxo de caixa descontado, método largamente utilizado (mais de 90%) e considerado o mais apropriado para avaliar o valor de mercado de empresas, inclusive tendo sido aceito em decisão transcrita do CARF;

5.34. a afirmação fiscal de que “se conclui que com a reestruturação ou sem ela, a diferença seria nos encargos administrativos e de eficiência administrativa e nunca por força da mais valia do investimento” (fl. 1953) demonstra desconhecimento da matéria tratada, visto que não há como segregar “mais valia do investimento” dos ganhos decorrentes de “encargos administrativos e de eficiência financeira”;

5.35. é absurda a alegação da fiscalização de que as despesas de ágio não poderiam ter sido amortizadas por não atenderem ao disposto no artigo 299 do RIR/1999 e por estarem em desacordo com a sistemática de depreciação de bens do ativo permanente, pois o artigo 299 é regra geral aplicável tão somente às situações em que não haja regime jurídico-tributário específico, que no caso existe (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997), e a sistemática de depreciação se refere a bens do ativo permanente,

não sendo aplicável a bens do ativo diferido ou intangível, que se sujeitam ao regime de amortização;

5.36. a autoridade fiscal se limita a mencionar, de forma aleatória e sem apontar os fatos, a suposta ausência de propósito negocial;

5.37. apesar de o Poder Legislativo ter optado por não converter em lei os artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66/2002, que regulamentava o parágrafo único do artigo 116 do CTN (norma geral antielisão de eficácia limitada), sendo pacífica hoje a ineficácia do referido parágrafo único, as autoridades fiscais vem trabalhando para ver juridicizados princípios assemelhados aos contidos na citada Medida Provisória, o que cria decisões inconstantes e baseadas em teorias distintas sem uniformidade de fundamentos jurídicos utilizados e leva a um cenário de insegurança jurídica, como a exigência de propósito negocial e a idéia de inoponibilidade dos negócios jurídicos ao fiscal, ambas sem base legal;

5.38. todos os atos jurídicos praticados são lícitos e legais, obedeceram as formalidades legais e foram registrados perante os órgãos competentes, o que lhes conferiu publicidade, sendo impossível sua desconsideração para quaisquer fins;

5.39. houve propósito negocial nas transações questionadas que foram realizadas no contexto da já explicada proposta de reestruturação e saneamento financeiro da MJS, firmada entre o Grupo Belgo e o Grupo Mendes Junior, inclusive com interveniência do Governo de Minas Gerais preocupado com as consequências econômico-sociais, na tentativa de evitar a falência da MJS em razão da gravíssima crise financeira do Grupo Mendes Junior, contexto negocial este comprovado por contratos, escrituras, notícias de jornal, fatos relevantes divulgados ao mercado e notas explicativas das demonstrações financeiras do Grupo Belgo;

5.40. os ativos conferidos à BMPS no curso da operação questionada remanescem em sua titularidade até os dias atuais e são parte fundamental de sua atividade operacional, o que torna ainda mais evidente o intuito negocial das transações realizadas;

5.41. igualmente as incorporações posteriores às transferências de ativos operacionais à BMPS e inseridas no contexto de formação do Grupo Arcelor objetivaram reduzir custos administrativos, enxugar estruturas duplicadas e maximizar sinergias para obter ganhos de escala;

5.42. a Oferta Pública de Ações (OPA), ocorrida em 2007, que deu origem ao outro ágio glosado pela fiscalização e que foi realizada pela Mittal Steel Brasil Participações S.A (Mittal BR) para aquisição das ações da Arcelor Brasil (antiga Belgo) tem sua origem na fusão entre o Grupo Arcelor e o Grupo Mittal no exterior, que formou o Grupo ArcelorMittal um dos maiores grupos de siderurgia do mundo, conforme documento de fls. 2437 a 2460;

5.43. no início de 2006 e alguns meses depois, o Grupo Mittal, por meio de empresa sediada na Holanda, Mittal Steel Company N.V. (Mittal N.V.), realizou duas ofertas públicas hostis (efetuadas sem prévia consulta e aprovação da administração do Grupo Arcelor) de aquisição das ações de emissão da Arcelor S.A, que foram rejeitadas em 30/01/2006 e 12/06/2006, conforme divulgado pela imprensa mundial (notícias de fls. 2462 a 2471);

5.44. após intensas negociações e aumento do preço pelas ações da Arcelor S.A, em 25/06/2006 a oferta do Grupo Mittal foi recomendada pela administração do Grupo Arcelor aos acionistas, tendo sido firmado um Memorando de Entendimentos (MOU – documento de fls. 2473 a 2516) que previu a intenção de realizar fusão entre os dois grupos mediante aquisição das ações da Arcelor pela Mittal e incorporação da Mittal Steel pela Arcelor;

5.45. como o MOU previa uma fusão entre iguais, acreditava-se que a transação não resultaria em alienação do controle da Arcelor Brasil, ensejadora de oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas, prevista no artigo 245A da Lei das S.As (documentos de fls. 2518 a 2520), já que todos os acionistas da Arcelor S.A passariam a deter participação acionária na Mittal N.V., de modo que nenhum acionista passaria a deter mais de 50% de participação acionária na Arcelor S.A;

5.46. contudo, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), diante de previsão específica do Estatuto Social da Arcelor Brasil S.A e após discussão da questão com a Mittal N.V. que defendeu a desnecessidade de realização de OPA por não haver alteração no controle acionário, decidiu em 25/09/2006 (fls. 2530 a 2557) que deveria ser lançada uma OPA em relação às ações da Arcelor Brasil, tendo em vista que a formação do Grupo ArcelorMittal teria implicado alienação do respectivo controle indireto da Arcelor Brasil;

5.47. em 28/04/2007 foi publicado o Edital da OPA determinada pela CVM (documentos de fls. 2559 a 2569), que, em razão do desconforto e desgaste gerado por todo o processo de discussão com a CVM, seria cumulada com OPA para cancelamento do registro de companhia aberta da Arcelor Brasil, por decisão da administração da Mittal N.V.;

5.48. à exceção de que a Mittal N.V. seria extinta assim que possível conforme registrado no MOU, à época do protocolo dos documentos da OPA perante a CVM, o cronograma e a própria estrutura do processo de incorporação no exterior estavam indefinidos, o que somente se alterou em 02/05/2007 quando a diretoria da Mittal N.V. decidiu (documento de fls. 2571 a 2581) que a incorporação seria em duas etapas: a primeira com a incorporação da Mittal N.V por uma sociedade domiciliada em Luxemburgo denominada ArcelorMittal (o que ocorreu em 03/09/2007) e a segunda com a incorporação da ArcelorMittal pela Arcelor S.A, que foi concluída em 13/11/2007;

5.49. devido à indefinição no exterior, especialmente no tocante à data em que a Mittal N.V. seria extinta por incorporação e para evitar novas discussões e explicações para a CVM e procedimentos burocráticos, custosos e complexos perante outros órgãos envolvidos (Bolsa de Valores e Banco Central do Brasil), além de evitar interferir nos eventos em andamento no solo europeu, no Brasil decidiu-se limitar a opção pela remuneração mista (parte em dinheiro e parte em ações da Mittal N.V. nos mesmos moldes da oferta realizada no exterior), determinada pela CVM, até a data do leilão (04/06/2007), conforme item 5.4. do Edital da OPA, de modo que os acionistas que optassem por alienar suas ações no período de três meses após a data do leilão (05/06/2007 a 04/09/2007) apenas teriam a opção de receber o preço integralmente em dinheiro e que a OPA das ações da Arcelor Brasil seria realizada por subsidiária do Grupo Mittal constituída para tal finalidade: Mittal BR;

5.50. neste cenário, idealmente a OPA no Brasil deveria ser efetuada integralmente pela Mittal BR, o que somente não foi feito porque a participação recíproca entre Mittal BR e Mittal N.V. poderia não ser aceita pela legislação holandesa, sede da Mittal N.V., o que obrigou o Grupo Mittal a manter a participação da Mittal N.V. na OPA, que foi limitada somente à opção mista e até a data do leilão (04/06/2007);

5.51. os recursos da Mittal BR necessários para liquidação financeira da OPA foram em parte aportados ao seu capital pela Mittal N.V. e em parte emprestados pela Arcelor Investment S.A.;

5.52. após a OPA, o Grupo ArcelorMittal decidiu extinguir a Mittal BR e, diante do sucesso da oferta e incorporação no exterior e visando a simplificação de sua estrutura societária e redução de seus custos administrativos, aprovou a incorporação da Arcelor Brasil (antiga holding do Grupo Arcelor) pela impugnante, então Belgo Siderurgia S.A, que teve sua razão social alterada para ArcelorMittal S.A, a incorporação da antiga Veja do Sul pela Companhia Siderúrgica de Tubarão – CST (junho de 2008), a cisão parcial desta com a incorporação de mais de 95% de seu acervo líquido pela impugnante (setembro de 2008), a incorporação da Belgopar Ltda., da Belgo Mineira Fomento Mercantil Ltda. e da Belgo Mineira Engenharia Ltda. pela impugnante (fevereiro de 2008) e a incorporação da já referida BMP pela impugnante (dezembro de 2008);

5.53. a autoridade fiscal sustenta que, não obstante a determinação da CVM, a OPA foi, de fato, lançada no exterior, o que faria com o direito de registro do ágio (legítimo no entender da fiscalização) fosse da Mittal N.V., tendo a empresa Mittal BR sido mera empresa veículo e que não teriam sido cumpridos os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, já que o ágio não poderia ter sido integralmente justificado com base em expectativa de rentabilidade futura da Arcelor Brasil e seria vedado o aproveitamento de ágio pela Arcelor Brasil gerado na aquisição de suas próprias ações;

5.54. a fiscalização também afirma em relação à dedução de despesas de juros e variação cambial que se a Mittal N.V. tivesse adquirido diretamente as ações da Arcelor Brasil, o que não foi proibido, não existiria o empréstimo e nem haveria a necessidade de vender para a Mittal BR parte das ações adquiridas diretamente pela Mittal N.V.;

5.55. como a autoridade fiscal não coloca em dúvida a legalidade da OPA realizada no Brasil, reconhece a legitimidade do registro do ágio, questionando apenas sua amortização tributária, reconhece que a Mittal BR foi devidamente constituída (atos registrados e publicados), teve existência real (conforme documentos de fls. 2586 a 2595, teve diretoria eleita e participou da administração da Arcelor Brasil), movimentou os recursos financeiros destinados à OPA, foi parte adquirente das ações da Arcelor Brasil na OPA e foi regularmente extinta por incorporação, não há fundamento para qualificar os atos praticados como ilegais e desconsiderá-los, ainda que apenas do ponto de vista tributário, conforme jurisprudência administrativa reproduzida;

5.56. na ausência de qualquer elemento que indique que as partes se furtaram aos efeitos jurídicos dos negócios praticados e que obedeceram todos os dispositivos legais aplicáveis, o lançamento da OPA pela Mittal BR não pode ser questionado, nem as autoridades fiscais podem supervenientemente modificar sua natureza para impor tributos;

5.57. no caso presente também não há descompasso entre a causa típica do negócio (elementos indispensáveis à inclusão do negócio em determinada categoria jurídica) e a respectiva causa objetiva (elementos que efetivamente pautaram a realização do negócio jurídico), nem houve a prática de atos posteriores que tenham infirmado a identidade entre as causas objetiva e típica, já que a causa objetiva da constituição da Mittal BR foi cumprir a decisão da CVM, reduzir a participação da Mittal N.V. ao mínimo possível tendo em vista a reorganização em andamento na Europa, assegurar o sucesso da OPA e o fechamento de capital da Arcelor Brasil (evento então incerto, já que muitos acionistas poderiam desejar alienar suas ações após a data do leilão, como de fato ocorreu), além de simplificar a operacionalização e realização da OPA, pois a realização desta diretamente do exterior tornaria o processo mais custoso, difícil e demorado (a remessa de recursos do exterior nem sempre é imediata) devido aos procedimentos de câmbio relacionados à internalização dos recursos para aquisição das ações, cujo preço somente é sabido na data do leilão, o que, por exemplo, poderia ofender o Manual de Procedimentos Operacionais da Bovespa, que prevê o prazo de três dias úteis da data do leilão para a liquidação financeira de operações realizadas em seu recinto e o próprio edital da OPA, que em seu item 4.2. prevê o prazo de três dias úteis para a opção de pagamento em dinheiro;

5.58. além disto, a entrada de recursos diretamente do exterior para aquisição de ações da OPA, seria feita inicialmente de

acordo com o regime da Resolução do Banco Central número 2.689, que seria migrado posteriormente para o Regime de Investimento Externo Direto, procedimento burocrático e custoso, já que os bancos comerciais que efetuam esta migração cobram por este serviço;

5.59. o receio quanto a possíveis atrasos e óbices derivados das normas regulatórias foi inclusive retratado no item 4.5 do Edital (ressalva de que a liquidação de parte do preço mediante entrega de ações de emissão da Mittal N.V. poderia restar inviabilizada caso não se obtivesse os registros junto ao Banco Central do Brasil), o que, juntamente com os demais fatores descritos, faz com que não somente no caso presente, mas também em outros semelhantes, conforme Editais de Convocação de outras OPAs (fls. 2597 a 2685), se opta pelo lançamento de OPA via pessoa jurídica constituída no Brasil;

5.60. conforme trecho de palestra transcrita de importante conselheiro fazendário, o recurso a estruturas comumente utilizadas para realização de determinado negócio jurídico impede sua descaracterização pelas autoridades fiscais;

5.61. conforme jurisprudência administrativa e doutrina reproduzidas, a rubrica “propósito negocial” não serve para justificar a desconsideração de negócios jurídicos lícitos efetivamente praticados pelos contribuintes, sendo desnecessária a presença de motivação extratributária, sob pena de ofensa ao artigo 142 do CTN, que prevê fundamento legal claro e objetivo para o lançamento tributário, e prática de posturas arbitrárias e parciais por parte das autoridades fiscais que condenam todo e qualquer negócio jurídico que não implique a incidência da máxima carga tributária possível;

5.62. assim, existindo duas alternativas possíveis, a autoridade fiscal não pode dizer que a Mittal N.V. deveria obrigatoriamente escolher a que fosse mais onerosa do ponto de vista tributário no Brasil, além de implicar os transtornos operacionais e negociais já mencionados, sob o argumento de que a OPA, na verdade, teria ocorrido no exterior e que a constituição da Mittal BR apenas visou internalizar o ágio;

5.63. vantagens tributárias eventualmente advindas de determinado negócio não excluem automaticamente a existência de outras razões para a realização do negócio jurídico, nem o conceito de motivação extratributária não pode servir como escudo para a manipulação subjetivista para aumentar a arrecadação tributária, posturas que tem sido repudiadas pela jurisprudência administrativa, conforme votos reproduzidos;

5.64. a constituição da Mittal BR para realização da OPA no Brasil não teve apenas motivação tributária, mas também extratributária a saber: atender a exigência da CVM de maneira mais comum e usual no mercado e sem dificultar ou impedir a incorporação da Mittal N.V. pela Arcelor S.A, premissa negocial da formação do Grupo ArcelorMittal e compromisso assumido

no MOU em 25/06/2006 perante todos os acionistas minoritários da Arcelor S.A ao redor do mundo;

5.65. de acordo com jurisprudência administrativa reproduzida, o simples fato de interposição de sociedade, a chamada “empresa veículo”, não é suficiente para descaracterizar as operações praticadas, sendo necessário analisar todo o contexto fático que ensejou o negócio jurídico questionado, sendo que no presente caso houve razões que justificam a constituição da sociedade para atendimento de um propósito específico: a realização da OPA imposta pela CVM mediante a adoção de forma que evitasse prejuízos ao grupo especialmente em relação ao possível atraso na incorporação da Mittal N.V. pela Arcelor S.A, definida no MOU de 25/06/2006;

5.66. conforme artigo 385, caput e § 2º do RIR/1999, não há critério legal para justificar o desdobramento e a justificativa do ágio, devendo o contribuinte tão somente eleger e indicar o fundamento econômico que motivou o registro do ágio, baseado em estudo que deverá ser arquivado, o que foi atendido pela Mittal BR que, ao adquirir as ações da Arcelor Brasil, se valeu de laudo de avaliação elaborado pela empresa de consultoria APSIS – Consultoria Empresarial (cópia às fls. 466 a 469), cujo conteúdo não foi questionado pela autoridade fiscal e que demonstra que o ágio em questão decorreu unicamente da expectativa de rentabilidade futura da Arcelor Brasil;

5.67. como a fiscalização não demonstrou que o estudo econômico que aponta a expectativa de rentabilidade futura como justificativa econômica para pagamento do ágio não pode prevalecer, suas alegações não merecem guarida;

5.68. o entendimento da autoridade fiscal no sentido de que a Arcelor Brasil e a impugnante, como sua sucessora, não poderia amortizar o ágio pago pela Mittal BR em sua aquisição é verdadeira interpretação contra legem, no caso o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997, que prevê expressamente que a despesa de amortização de ágio seja reconhecida pela própria pessoa jurídica cuja aquisição deu razão ao registro do ágio nos livros da empresa adquirente;

5.69. as despesas de juros e variação cambial associadas ao financiamento tomado pela Mittal BR, sucedida pela Arcelor Brasil e pela impugnante, foram imprescindíveis para possibilitar o lançamento da OPA (imposta pela CVM) pela Mittal BR, operação que foi legal e necessária, conforme já explicado;

5.70. quanto aos requisitos impostos pela regra geral de dedutibilidade de despesas, contida no artigo 299 do RIR/1999, jurisprudência administrativa reproduzida é pacífica no sentido de que, se o empréstimo é efetivo, não existe impedimento à dedução dos respectivos juros, ainda que o empréstimo seja entre empresas vinculadas;

5.71. no presente caso, não há qualquer questionamento sobre a existência do mútuo ou sobre ter sido pactuado em condições de mercado;

5.72. em razão da OPA, a Arcelor Brasil deixou de ter acionistas minoritários e de ter que pagar dividendo mínimo, fato que melhorou o fluxo de caixa da companhia, que posteriormente foi incorporada pela impugnante, o que acabou maximizando as sinergias do grupo ArcelorMittal no Brasil devido à redução do número de entidades operacionais e, conseqüentemente, dos custos administrativos;

5.73. a autoridade fiscal alega que o empréstimo teria sido firmado apenas para gerar despesas no Brasil com ágio, juros e variação cambial, deixando de mencionar que o empréstimo, por força de recuperação da moeda nacional frente ao dólar, gerou despesas de variação cambial somente até agosto de 2007 e, conforme a planilha de fls. 2687, gerou resultados positivos de variação cambial de mais de R\$ 863 milhões em 2007;

5.74. em 2007, o resultado positivo líquido de variação cambial, já considerando a integral absorção das despesas glosadas na presente autuação, é de R\$ 495 milhões, o que revela a improcedência da autuação já que a impugnante estava submetida ao regime de competência para tributação da variação cambial em 2007;

5.75. de acordo com os documentos de fls. 2689 a 2700, em 2007 a Mittal BR e a Arcelor Brasil S.A optaram pela tributação dos efeitos da variação cambial pelo regime de caixa, enquanto a então Belgo Siderurgia S.A optou pela tributação das variações cambiais com base no regime de competência;

5.76. como por ocasião da incorporação da Mittal BR pela Arcelor Brasil não houve alteração no regime de tributação das variações cambiais, o saldo diferido a excluir de R\$ 359.501 mil, anteriormente adicionado pela Mittal BR foi transferido para a parte B do Lalur da Arcelor Brasil e, juntamente com o saldo a adicionar reconhecido pela Arcelor Brasil, foi realizado por ocasião da incorporação da Arcelor Brasil pela impugnante devido a alteração no regime de tributação das variações cambiais de caixa para competência;

5.77. o fato de a impugnante, como sucessora da Mittal BR, ter se submetido integralmente aos efeitos do empréstimo questionado, inclusive reconhecendo os resultados positivos da variação cambial por ele gerados, reforça e reitera sua usualidade e efetividade;

5.78. o Tratado para Evitar a Dupla Tributação firmado entre o Brasil e a Argentina é aplicável também à CSLL, pois este tributo foi instituído pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, mais de oito anos depois da data da assinatura do tratado, ocorrida em 17 de maio de 1980 (Decreto nº 74, de 1981), e seis anos após sua promulgação pelo Congresso Nacional (Decreto nº 87.976, de 22 de dezembro de 1982) e seu artigo 2º, § 2º, diz

que a presente convenção se aplicará também a quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos, seja em adição aos existentes, seja em sua substituição, sendo indiscutível que a CSLL tem natureza material idêntica ao IRPJ (ambos incidem sobre o lucro tributável da pessoa jurídica), diferindo apenas quanto a sua espécie (contribuição e imposto, respectivamente) e, conseqüentemente, a destinação do produto de sua arrecadação;

5.79. em caso semelhante conforme ementa citada, o Primeiro Conselho de Contribuintes, ao analisar a tributação de lucros auferidos na Espanha através de controlada de pessoa jurídica domiciliada no Brasil, reconheceu que a CSLL está incluída no âmbito de aplicação dos tratados firmados antes de sua instituição;

5.80. há erro no auto de infração quanto aos lucros auferidos no exterior, pois apesar da impugnante deter em 31/12/2006 e 31/12/2007 respectivamente 65,84% e 65,21% de participação na Acindar (documentos de fls. 2702 a 2784), a autoridade fiscal, de acordo com a planilha da fl. 75 do Termo de Verificação Fiscal (TVF), simplesmente transpôs o total do lucro auferido no exterior para o auto de infração de CSLL, sem aplicar o percentual de participação no capital social, o que descumpra o disposto no § 4º do artigo 1º da Instrução Normativa nº 213/2002;

5.81. a autoridade fiscal, apesar de reconhecer expressamente na fl. 77 do TVF que é possível a compensação do imposto de renda pago no exterior com o imposto de renda devido no Brasil, nos termos do artigo 15 da Instrução Normativa nº 213/2002, deixou de considerar os recolhimentos do Impuesto a las Ganancias (documento de fls. 2786 a 2791) efetuados em 31/12/2006 e 31/12/2007, cujos montantes, após a aplicação dos percentuais de participação então detidos, seriam suficientes para absorver toda a CSLL lançada;

5.82. em relação ao lucro auferido pela ArcelorMittal Costa Rica S/A, que não teria sido adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL no montante de R\$ 2.615.530,64, a autoridade fiscal não observou que a impugnante também detém participação societária na Trefileria Colima S.A, igualmente domiciliada na Costa Rica, em relação à qual deveria ser oferecido à tributação no Brasil em 31/12/2007 o montante de R\$ 6.971,53 (lucro tributável em 31/12/2007 de R\$ 1.577.788,91 diminuído de prejuízos contábeis acumulados de R\$ 1.563.846,00, conforme documento de fls. 2793 a 2794), que incorretamente foi adicionado no Brasil no valor de R\$ 796.152,66, o que significou adição a maior de R\$ 789.181,13, que deveria ser deduzido do montante lançado, por força do artigo 4º, § 5º, da Instrução Normativa SRF 213/2002, que prevê a consolidação dos resultados das subsidiárias domiciliadas no mesmo país;

5.83. a impugnante ainda esclarece que em 05/01/2012 pagou o IRPJ e a CSLL incidentes sobre a base tributável de R\$ 1.826.349,51 referente ao lucro auferido pela Arcelor Costa Rica S/A (R\$ 2.615.530,64 lançada menos R\$ 789.181,13 que deve ser deduzida), conforme DARF de fl. 2796 a 2799;

5.84. no presente caso não houve fraude ensejadora de qualificação da multa de ofício, entendendo-se fraude, de acordo com doutrina e jurisprudência reproduzidas, como conduta criminosa, instrumentalizada mediante adulteração das informações contidas nos livros e registros contábeis e fiscais, e não como simples fraude civil ou fraude à lei;

5.85. a qualificação da multa é descabida, pois os negócios jurídicos foram efetivamente praticados e produziram todos os respectivos efeitos jurídicos, tendo havido sintonia entre as causas típicas e objetivas, e os documentos que ampararam a sua realização obedeceram a todas as formalidades legais, tendo sido publicados em notas explicativas das demonstrações financeiras das sociedades envolvidas, em fatos relevantes divulgados ao mercado e registrados nos órgãos competentes;

5.86. a jurisprudência administrativa vem afastando a multa qualificada em diversas situações como, por exemplo, nos casos envolvendo negócios jurídicos simulados, contratados com o objetivo de tirar proveito de algum regime tributário mais benéfico pelo contribuinte;

5.87. no presente caso, não houve qualquer tentativa de esconder os atos praticados ou de alterar os documentos que comprovam sua realização, o que é demonstrado pelo fato de que a autoridade fiscal constrói toda sua argumentação com base nos documentos fornecidos pela própria impugnante, que haviam sido devidamente registrados e publicados;

5.88. não houve intenção de fraudar o Fisco, já que houve claro e inequívoco contexto negocial que ensejou os atos realizados;

5.89. como na época em que realizados os negócios sob discussão, era praticamente assente que a validade de uma operação e sua “oponibilidade” ao Fisco estavam condicionadas apenas ao uso das formas adequadas e da existência de objeto lícito, a alteração do critério jurídico adotado pelo Fisco não pode, conforme artigos 146 do CTN e 2º, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999, doutrina e jurisprudência reproduzidos, retroagir para atingir fatos geradores ocorridos anteriormente a sua introdução;

5.90. como a administração federal em diversas oportunidades indicou à impugnante qual foi o critério jurídico adotado, demonstrando sua concordância com os procedimentos realizados e o Conselho de Contribuintes, bem como a maior parte da doutrina, emitiu precedentes e entendimentos favoráveis, criou-se a situação de conforto e segurança para que a impugnante realizasse a reestruturação societária discutida, que não pode, desta forma, somente agora, questionada e

penalizada em razão de mudança de entendimento da fiscalização;

5.91. cabe afastar a multa punitiva e os acréscimos moratórios, em face do artigo 100 do CTN, já que até a época dos fatos ora discutidos a jurisprudência do extinto Conselho de Contribuintes se pautava pela corrente do negócio jurídico indireto na análise do rotulado “planejamento tributário”, o que levaria à manutenção da reestruturação societária; e

5.92. protesta pela juntada posterior de quaisquer documentos e que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço profissional de seu mandatário.

Em sessão de 19 de dezembro de 2013 a 1ª Turma da Delegacia de Julgamento de São Paulo, por maioria de votos, julgou **parcialmente procedente** a impugnação, para afastar a qualificação da multa, que foi reduzida para 75% em todos os lançamentos, assim como promoveu a redução parcial dos lucros auferidos na Argentina, em razão do percentual de participação da autuada na controlada Acindar. Os demais valores auтуados foram mantidos.

Da decisão foi apresentado Recurso de Ofício, por força do limite de alçada.

Por seu turno, a interessada interpôs Recurso Voluntário, no qual repetiu, basicamente, os argumentos da impugnação.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, às fls. 3.158 e seguintes.

Posteriormente, em fevereiro de 2015, a empresa trouxe ao processo novos documentos, que incluem dois pareceres jurídicos, um laudo técnico da Price Waterhouse Coopers, que comprovaria o pagamento de imposto de renda por parte de sua controlada Acindar, na Argentina, nos anos de 2006 e 2007, acompanhado da respectiva tradução juramentada para a língua portuguesa e tradução juramentada das declarações do imposto de renda da controlada Acindar, também relativas aos anos de 2006 e 2007.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais, razão pela qual dele conheço.

Como a Recorrente apresentou diversos argumentos na peça recursal, faremos a análise tópica das matérias em litígio.

1. Da preliminar de decadência para questionar o ágio MJS

Entende a Recorrente que a fiscalização não poderia mais questionar a formação dos ágios registrados nas operações entre 2003 e 2004, pois, quando do lançamento, em 10 de dezembro de 2011, já teria transcorrido prazo superior a cinco anos:

Como cediço, o termo inicial do prazo decadencial é contado a partir da ocorrência do fato que obrigou o contribuinte a interpretar a legislação tributária e a adotar os procedimentos necessários ao fornecimento de documentos contábeis e fiscais, de tal modo que o Fisco tenha o prazo de cinco anos, contado a partir daquela ocorrência, para que possa eventualmente constituir o crédito tributário, evitando-se, assim, que o contribuinte fique eternamente sujeito à revisão do lançamento.

Nesse sentido, como o Ágio MJS foi registrado em operações realizadas em 2003 e 2004, considerando que o IRPJ e a CSLL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação e, portanto, ao prazo decadencial de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador (artigo 150, §4º do CTN) , o termo final para a sua revisão se deu em 2008 e 2009. (grifado no original)

Penso que não assiste razão à Recorrente.

A matéria é bastante conhecida e tem posição firme neste Conselho, no sentido de que não se submete ao prazo decadencial ou a limitação objetiva a análise, pela fiscalização, de fatos ocorridos há mais de cinco anos quando deles se extrai a repercussão tributária de períodos ainda não fulminados pela caducidade.

Como se sabe, a decadência impede apenas o lançamento do crédito tributário relativo a períodos fora do alcance legal, mas isso em nada se confunde com a possibilidade (em verdade, com o dever) de a fiscalização analisar fatos, livros e documentos cuja repercussão ainda possa ser objeto de autuação.

Se não fosse assim, de nada serviria o comando previsto, por exemplo, no artigo 195 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram. (grifamos)

O dever da fiscalização é o de apurar matéria tributável (dentro dos limites legais) e não o de verificar continuamente os registros do contribuinte. É evidente que o prazo previsto pelo CTN cuida de prescrição, sendo certo que, na hipótese dos autos, este prazo sequer se iniciou. Isso porque é forte o entendimento de que o prazo prescricional só pode ter início quando possível a cobrança do crédito, inclusive na esfera judicial.

Com a interposição de recurso no âmbito administrativo, o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 174 do CTN, só pode ter início com a constituição definitiva do crédito, que ocorre quando prolatada decisão administrativa irrecorrível e contrária ao sujeito passivo.

Já o prazo decadencial tem como marco inicial a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado (nas hipóteses do art. 173, I, do mesmo diploma legal).

No caso em análise o lançamento se deu em dezembro de 2011 e não se encontra prejudicado por qualquer fenômeno relativo à decadência, posto que os fatos tributados correspondem aos anos-calendário de 2006 e 2007.

Também não se vislumbra, na hipótese, a existência de qualquer preclusão ou limitação do direito de a fiscalização analisar operações e negócios jurídicos anteriores, dado que a autuação recaiu sobre os efeitos da amortização indevida dos ágios, em períodos posteriores e não atingidos pela decadência.

Ressalte-se que o simples registro do ágio na contabilidade não implica redução do crédito tributário ou qualquer outra circunstância passível de autuação pela autoridade competente. Não se trata de fato gerador da obrigação tributária nem produz qualquer efeito sobre a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Apenas as hipóteses que alteram a base de cálculo dos referidos tributos encontram-se sujeitas a controle e auditoria pelas autoridades fiscais e o Estado tem a prerrogativa de analisar todo e qualquer documento ou registro contábil relacionado à redução dos montantes devidos em cada ano-calendário. Como as glosas dizem respeito a deduções efetuadas a partir de 2006 e os lançamentos efetuados tiveram ciência do contribuinte em dezembro de 2011, inexistente qualquer vício ou mácula na atividade fiscal, assim como não havia, na espécie, transcorrido o prazo decadencial.

É o que se depreende da determinação contida no artigo 37 da Lei n. 9.430/96:

Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

A lei não trata do prazo decadencial - e nem poderia fazê-lo -, mas expressamente autoriza a possibilidade de auditoria de lançamentos que repercutirão em outros exercícios.

Esse entendimento é pacífico no caso de operações ou fatos com repercussão em exercícios futuros, até porque não seria lógico ou razoável opor ao Fisco a ocorrência de

qualquer preclusão cronológica que impossibilitasse a análise dos documentos e operações, pois o único limite temporal para a verificação da escrituração comercial e fiscal encontra-se previsto no artigo 195, parágrafo único, ao norte reproduzido.

Diversas decisões deste Conselho consagram a tese aqui defendida. Citamos, a título de exemplo, recente Acórdão da 2ª Turma da 4ª Câmara:

Acórdão nº 1402002.152 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 06 de abril de 2016

Matéria AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Recorrente BANCO CITICARD S/A

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

DECADÊNCIA. FORMAÇÃO DE ÁGIO EM PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Afasto, portanto, a preliminar suscitada pela Recorrente.

2. Preliminar de decadência pela amortização mensal do ágio

Neste tópico, entende a Recorrente que houve decadência quanto à glosa relativa aos meses de janeiro a novembro de 2006, pois optou pela sistemática de balancetes mensais de suspensão:

Em outras palavras, no âmbito desse regime - adotado pela Recorrente no ano-calendário de 2006 (doc. 04 da Impugnação), a apuração do IRPJ e da CSLL ocorre mensalmente e não apenas em 31.12 de cada ano-calendário como acontece na apuração do lucro real anual com antecipações calculadas com base nas estimativas mensais.

Sendo assim, o fato gerador do IRPJ e da CSLL para os contribuintes que apurem o lucro real mensal com base nos balancetes de suspensão e redução ocorre a cada mês, visto que, ao final de cada período mensal, ocorre a efetiva apuração do lucro tributável.

Por essa razão, a glosa das despesas de amortização de ágio registradas pela Recorrente mensalmente apenas poderia ter sido levada a efeito em até cinco anos contados de cada apuração mensal.

Descabe a pretensão da Recorrente.

Ao optar pela tributação para fins de IRPJ e CSLL com base no lucro real anual inexistiu dúvida quanto ao fato de que o aperfeiçoamento do critério temporal da hipótese de incidência dos tributos em questão ocorre em 31 de dezembro de cada ano.

É forte neste Conselho o entendimento de que as antecipações feitas a título de estimativas não preenchem a condição imposta pelo artigo 150 do Código Tributário Nacional, vale dizer, não caracterizam o fato gerador dos respectivos tributos.

A hipótese dos autos não corresponde ao conceito de *pagamento antecipado* veiculado pelo CTN e, nesse sentido, não extinguem o crédito tributário, que sequer foi apurado, o que só ocorrerá ao final dos exercícios, pois os balanços ou balancetes de suspensão não caracterizam o momento de ocorrência do fato gerador dos tributos e, portanto, não representam o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

Afasto, assim, a preliminar suscitada pela Recorrente.

3. Análise sobre a possibilidade de dedução fiscal do saldo do Ágio MJS

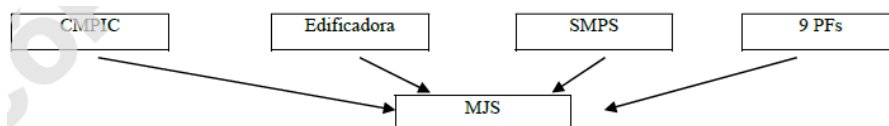
Depois de discorrer sobre os fatos que ensejaram a apuração do ágio relativo à MJS, a Recorrente defende a sua dedutibilidade para fins tributários, sob os argumentos da impossibilidade de desconsideração, pelas autoridades fiscais, de negócios jurídicos validamente celebrados e também quanto a suposto equívoco na classificação do referido ágio, que teria como fundamento operação entre terceiros, que não poderia ser qualificada como ágio interno.

O conjunto das operações levadas a cabo na apuração desse ágio envolve diversas etapas, que foram bem descritas pela decisão de piso, a seguir reproduzida (grifaremos):

Os ágios glosados foram tratados pela fiscalização em dois itens distintos do Termo de Verificação Fiscal. No item A3.1 (fls. 1938 a 1977) intitulado “Ágio Mendes Júnior Siderurgia (Ágio Interno) foram glosadas as despesas com amortização de ágios contabilizados ao longo do ano de 2003 e que foram transferidos para a autuada em 01 de janeiro de 2004 por meio de incorporação de parte cindida de sua controladora.

Até 09/02/2003, a autuada denominava-se Mendes Júnior Siderurgia S/A (MJS), e era controlada pelas seguintes empresas e pessoas físicas: Companhia Mineira de Participações Industriais e Comerciais (CMPIC), CNPJ 17.164.708/000180, Edificadora S/A, CNPJ 17.164.716/000127, Sociedade Mineira de Participações Industriais e Comerciais Ltda. (SMPS), CNPJ 19.297.365/000158, Fernando Zenóbio Affonso de Carvalho, CPF 001.239.19720, José Luiz Ladeira Bueno, CPF 006.375.13649, Delson de Miranda Tolentino, CPF 077.403.44672, Saulo Pinto Moreira, CPF 003.737.10615, Ângelo Alves Mendes, CPF 257.398.24672, Jesus Murillo Valle Mendes, CPF 001.110.40663, Alberto Laborne Valle Mendes, CPF 001.101.32653, Sânzio Valle Mendes, CPF 001.101.08604, e Helvécia Guimarães Mendes, CPF 001.101.24634.

O capital da autuada era dividido em 3.045.366 ações, sendo que 3.045.353 pertenciam às três pessoas jurídicas e 13 ações às nove pessoas físicas. Gráficamente o controle da autuada àquela época pode ser assim representado:



Em 09/02/2003, as três empresas até então controladoras da MJS, a autuada, celebraram com Belgo Mineira Fomento Mercantil Ltda., CNPJ 26.169.581/000183 (Belgo Fomento), com a ciência da MJS, o contrato de Cessão de Direito de Preferência à Subscrição de Ações e Outras Avenças (fls. 195 a 197), por meio do qual cederam à Belgo Fomento o direito de preferência à subscrição de ações pelo preço global de R\$ 1.500,00 (R\$ 500,00 para cada empresa cedente).

Nesta mesma data, conforme o Boletim de Subscrição de fl. 194, a Belgo Fomento subscreveu e integralizou em dinheiro (recibo à fl. 193) 182 ações da MJS ao preço de R\$ 182,00.

Também neste mesmo dia (09/02/2003), conforme o Contrato de Compra e Venda de Ações com Cessão de Direitos de Subscrição e Outras Avenças (fls. 198 a 203), as nove pessoas físicas identificadas no item 28 acima alienaram à Belgo Fomento, com ciência da MJS, as 13 ações da MJS que possuíam, bem como o direito de preferência à subscrição de ações ao preço global de R\$ 13,00.

À fl. 207 consta Recibo assinado pelas empresas CMPIC, Edificadora e SMPS em 14/03/2003 declarando que em 15/01/2003 haviam recebido da empresa BelgoMineira Participação, Indústria e Comércio S.A (BMP), o valor de R\$ 234.115,17 referente à alienação das 3.045.353 ações da MJS que possuíam.

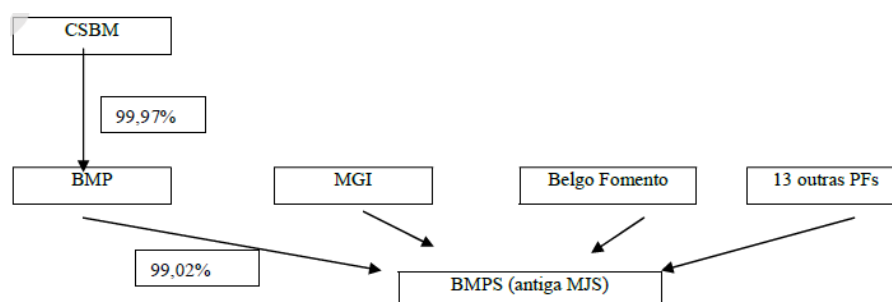
Neste ponto cabe ressaltar que o preço que as empresas do grupo BelgoMineira (Belgo Fomento e BMP) fizeram às empresas e pessoas físicas do grupo Mendes Júnior para

aquisição das ações da MJS e do direito à subscrição de novas ações montou R\$ 235.628,17 (R\$ 234.115,17 + R\$ 13,00 + R\$ 1.500,00).

Conforme o Boletim de Subscrição de fl. 208 do mesmo dia 14/03/2003, a BMP subscreveu e integralizou, mediante TED e cheque administrativo, 49.973.126 ações da MJS ao preço total de R\$ 49.973.126,00.

Nesta mesma data (14/03/2003), de acordo com a Ata de fls. 204 a 206, a MJS realizou Assembléia Geral Extraordinária que deliberou pela mudança de sua denominação social para BMP Siderurgia S.A (BMPS) e eleição de novos membros do Conselho de Administração e tornou público o aumento de capital, agora representado por 53.542.830 ações, realizado por meio das subscrições e integralizações acima referidas. Portanto, em 14/03/2003, o processo de aquisição da contribuinte (antes denominada MJS, depois BMPS) pelo Grupo BelgoMineira (Grupo Arcelor) estava concluído.

O então controle acionário da contribuinte está detalhado no demonstrativo de fl. 192 e pode ser assim representado:



As siglas MGI e CSBM significam respectivamente Minas Gerais Participações S/A e Companhia Siderúrgica BelgoMineira, CNPJ 24.315.012/000173.

De acordo com o quadro elaborado pela fiscalização à fl. 1942, confirmado pela conta do razão 1301073 “AMB. Ágio” da BMP (fls. 101 e 102), até este momento, a BMP, principal nova controladora da BMPS, antiga MJS, não havia registrado nada a título de ágio pela aquisição da contribuinte (BMPS), o que somente foi feito em 31/05/2003 com o histórico de carga de saldos iniciais no valor de R\$ 50.208.936,17, que é o resultado não apenas da soma dos valores pagos pela aquisição das ações da contribuinte (R\$ 235.628,17), mas também da subscrição de ações e integralizações de capital na contribuinte pelos novos controladores (R\$ 49.973.308,00).

Em 01/06/2003, a Assembléia Geral Extraordinária da BMPS (Ata às fls. 209 a 212), delibera reduzir o valor do patrimônio líquido negativo da contribuinte à época, mediante débito à conta da sócia BMP que registrava créditos contra a autuada, conforme demonstrativos de fls. 223 a 226, no valor de R\$ 244.992.842,69, e aumentar o capital social mediante a emissão de 368.878.286 novas ações ao preço total de R\$

368.878.286,00, das quais 319.937.116,25, ao preço de R\$ 319.937.116,25, foram imediatamente integralizadas pela BMP em variadas formas (cheque, capitalização de créditos, ações e imóvel), tendo sido o restante (R\$ 48.941.169,75) integralizado entre 05/06/2003 e 15/07/2003 (quadro de fl. 1942). **Tanto a redução do patrimônio líquido negativo (R\$ 244.992.842,69), como a integralização de capital (R\$ 368.878.286,00) foram contabilizadas na controladora (BMP) como ágio** (razão de fls. 101 e 102 e quadro de fl. 1942). Às fls. 213 a 221 encontra-se cópia do Estatuto Social da BMPS atualizado com este aumento de capital e à fl. 228 está o Boletim de Subscrição relativo à subscrição ocorrida em 01 de junho de 2003.

As empresas do Grupo BelgoMineira continuaram a realizar operações internas que resultaram em registros de ágios. Em 30/06/2003, a Assembléia Geral Extraordinária da BMPS (Ata às fls. 229 a 233) delibera aumentar seu capital social de R\$ 817.416.105,47 para R\$ 1.532.000.000,00, mediante a emissão de 1.109.578.884 ações ao valor global de R\$ 1.109.578.884,00, dos quais R\$ 714.583.894,53 foram destinados à formação do capital social e R\$ 394.994.989,47 à conta reserva de capital, a título de ágio na subscrição.

Esta subscrição e conseqüente integralização foram realizadas pela CSBM (controladora indireta, via BMP, da BMPS) em créditos detidos pela subscritora contra a controlada indireta, imóveis, debêntures emitidos pela BMP, estabelecimentos, contas a receber de clientes e moeda ou créditos. Às fls. 238 a 245 encontra-se o protocolo de conferência de estabelecimentos da CSBM à BMPS, à fl. 246, o Boletim de Subscrição das ações da BMPS pela CSBM e às fls. 247 a 257, a descrição dos imóveis da CSBM conferidos à BMPS.

Em 30/09/2003, a BMP realizou Assembléia Geral Extraordinária (Ata às fls. 234 e 235) para deliberar pelo aumento de seu capital social de R\$ 267.542.973,48 para R\$ 900.000.000,00 (aumento de R\$ 632.457.026,52) mediante a emissão de 302.109.470 novas ações ao preço total de R\$ 1.181.432.521,80 (R\$ 3,91 por ação), sendo R\$ 632.457.026,52 destinados à formação do capital social e R\$ 548.975.495,28 destinados à conta reserva de capital a título de ágio na subscrição. A Lista de Presença dos acionistas nesta Assembléia encontra-se à fl. 236 e o Boletim de Subscrição que informa que a integralização dos R\$ 1.181.432.521,80 foi realizada mediante conferência à BMP de créditos que a CSBM detinha em conta corrente contra a BMP.

Nesta mesma data (30/09/2003), a BMP registrou na conta de Ágio relativo ao investimento que detinha na BMPS o valor de R\$ 1.054.099.939,80 com o histórico “compra de ações BMPS detidas pela Be...” (Razão às fls. 101 e 102 e Quadro da fiscalização às fls. 1943). A impugnante assim descreve a operação ocorrida nesta data (item 3 de fl. 2.034):

3. Capitalização da BMP com a participação detida pela Cia Siderúrgica BelgoMineira na BMPS: a fim de concentrar a totalidade da

participação societária detida na BMPS na BMP, a Cia Siderúrgica BelgoMineira alienou à BMP a participação societária adquirida na BMPS na etapa anterior, a valor contábil.

Tendo em vista que o patrimônio líquido da BMPS nesse momento era de R\$ 175.800.886,17, o preço de aquisição de R\$ 1.109.578.875,00 foi desdobrado entre valor de patrimônio líquido (R\$ 127.342.582,00) e ágio (R\$ 1.054.099.939,80) (fls. 246);

Em 01/12/2004, a Assembléia Geral Extraordinária da BMPS (Ata à fl. 258) deliberou alterar sua denominação social para Belgo Siderurgia S/A .

*Em 01/01/2004, a BMP realizou Assembléia Geral Extraordinária (Ata à fl. 259) e deliberou cindir-se e verter a parcela cindida para sua controlada a **Belgo Siderurgia S/A (a contribuinte autuada, antes BMPS e mais anteriormente MJS)**, reduzindo seu capital social em R\$ 897.838.795,43 (de R\$ 900.000.000,00 para R\$ 2.161.204,57). À fl. 260 encontra-se a Lista de Presença de Acionistas relativa a esta Assembléia da BMP.*

Neste mesmo feriado de Ano Novo (01 de janeiro de 2004), a Belgo Siderurgia também realizou Assembléia Geral Extraordinária (Ata às fls. 261 e 262) na qual aprovou a Justificação (fls. 263 e 264) e o Protocolo de Cisão (fls. 265 a 269) referentes à incorporação da parcela cindida de sua controladora a BMP, que resultou no recebimento em tesouraria de 1.531.475.839 ações de sua própria emissão antes de propriedade da BMP, das quais 1.471.186.173 foram atribuídas à CSBM (controladora da BMP).

*Nesta operação de incorporação da parte cindida da BMP, a **Belgo Siderurgia S/A** recebeu o ágio fundado em si mesma no montante total de R\$ 1.718.180.004,66, subdividido em duas parcelas: R\$ 121.886.955,06, que já havia sido amortizado contabilmente em 2003 (razão à fl. 101) e adicionado na Lalur pela BMP (fls. 106 a 109) e R\$ 1.596.293.049,80 ainda não amortizados. Estes valores passaram a ser amortizados pela **Belgo Siderurgia S/A** (a contribuinte autuada) a razão de 1/60 avos mensais. Os valores anuais desta despesa de amortização (1/5 do saldo inicial) correspondem respectivamente a R\$ 24.377.391,00 e R\$ 319.258.609,92. Como a contribuinte não deduziu em 2004 e 2005 os valores relativos à parcela do ágio que havia sido amortizada contabilmente pela BMP em 2003, **em 2006 deduziu R\$ 73.132.173,00 (R\$ 24.377.391,00 vezes três), além do valor de R\$ 319.258.609,92. Em 2007 amortizou os valores de R\$ 24.377.391,00 e R\$ 319.258.609,92.***

*A fiscalização glosou estas despesas com o fundamento de que **ágio criado em operações entre empresas pertencentes ao mesmo grupo não é passível de amortização para fins tributários (ágio interno)**. Reproduz-se abaixo trecho do Termo de Verificação fiscal que trata desta infração atribuída à contribuinte (fls. 1952 a 1953):*

Os acionistas que representam a totalidade do capital social do grupo Belgo assinam todos os procedimentos por todas as empresas, logo, como num jogo de xadrez, escolheram as peças que mais lhes convieram prejudicando apenas um terceiro externo que é o Estado Brasileiro.

Para tanto, desde o início, assessoraram da empresa por eles contratados para elaboração do laudo (APSYS), fazendo-se uma conta de chegar ao número desejado e com isso a aprovação do laudo era dada como certa, **uma vez que detinham a totalidade do controle de todas as empresas envolvidas**, ou seja, o ágio originado daquela avaliação foi, do ponto de vista econômico, **um ágio gerado por meio de uma transação dos acionistas com eles próprios**.

Os ditos investimentos e ágios na SMJ (BMPS) eram tratados integralmente como capital posto pela BMP na BMPS.

As saídas de caixa (pagamento pela aquisição da MJS) nessa operação foram irrelevantes quando comparado com o ágio registrado na BMPS, fruto de laudo, subjetivamente avaliado segundo algum tipo de potencial lucratividade futura. Os valores de ágio são efetivamente aumentos de capital.

Ora, tais aumentos de capital foram, como regra geral com integralização por transferência de bens já possuídos pelo controlador, como imóveis, créditos por compra e venda de estabelecimentos, debêntures, ações de outras empresas, **o que na realidade representa uma aglutinação de patrimônio em uma só empresa. Não obstante, é de se surpreender que pelo fato de aglutinar bens em uma só empresa possa gerar ágios e mais do que isso rentabilidade futura.**

Portanto, estamos falando **de aumento de capital e não de ágio** e foram colocados na BMPS pelo próprio grupo econômico, que contratou a avaliação onde a própria administração ofereceu subsídios para os avaliadores, ou seja a simples transferência do bolso esquerdo para o bolso direito gerou prejuízos aos cofres públicos via amortização destes valores. **O ágio apurado é, de fato fruto de avaliação intragrupo, sem propósito, dando-se o nome de reorganização.**

O surgimento da mais valia decorreu da incorporação de bens, em operação "não caixa" entre empresas do mesmo grupo (vide quadro 8 acima). O laudo de 10/03/2003, que embasou o referido ágio demonstra que o valor presente do fluxo de caixa livre acumulado descontado pelo CAPM da BMPS até o ano 6 (2008) e basicamente traz a produção das unidades de Piracicaba, Vitória e Juiz de Fora, plantas estas que já pertenciam ao Grupo Arcelor, assim como os demais itens de aumento de capital, donde se conclui que com a reestruturação ou sem ela, a diferença seria nos encargos administrativos e de eficiência financeira e nunca por força da mais valia do investimento.

É importante citar que a APSYS informa que os fluxos de caixa foram projetados pela administração da empresa para o período, enfatizando a base em premissas da própria administração utilizando-se taxas e descontos, assim como é importante citar a ênfase dada ao ganho fiscal pela amortização do ágio no Protocolo e na Justificação da incorporação.

Pois bem.

A matéria encontra-se disciplinada nos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, que dispõem sobre o registro e a amortização do ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido:

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:

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-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Já a sistemática de apuração do ágio deve seguir o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

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

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

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

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

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

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

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

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

À luz da legislação de regência, percebe-se que o ágio corresponde à diferença entre o **custo de aquisição** de um investimento e o seu valor patrimonial. Isso significa que a figura do ágio decorre do fato de uma das partes se comprometer a pagar à outra, pela aquisição do investimento, um valor superior àquele registrado no patrimônio líquido. A expressão “pagar” pode ser entendida em sentido amplo, contemplando diversas modalidades, desde que todas impliquem algum tipo de desembolso ou ônus para o adquirente.

Existe grande discussão acerca da possibilidade de aproveitamento do chamado ágio entre partes relacionadas, comumente denominado *ágio interno*. Em tese, entendo ser possível a ocorrência de ágio nessas operações, entre partes relacionadas, pelo fato de que, até o advento da Lei n. 12.973/2014, inexistia no direito positivo brasileiro vedação expressa à sua configuração.

Convém ressaltar que na esfera contábil o chamado ágio interno é normalmente rechaçado, a exemplo de pronunciamentos do CFC e da CVM, elaborados antes mesmo da nova disposição legal. Entretanto, pelo menos em termos hipotéticos, parece-me possível que uma empresa do mesmo grupo econômico venha a adquirir de outra algo por valor superior àquele contabilizado.

No contexto da legislação anterior, seria possível, em tese, considerar a operação como legítima, desde que praticada sob **condições normais de mercado**. E, ainda assim, a hipótese que entendo possível seria de aquisição direta, quando, por exemplo, o braço automotivo de um grande grupo econômico adquire o controle de uma empresa de autopeças, com o objetivo de racionalizar a produção industrial. Note-se que o ágio, nesse cenário, seria em razão da aquisição por valor acima do registro patrimonial, sem qualquer consideração, neste primeiro momento, sobre a sua dedutibilidade para fins fiscais.

Portanto, todas as operações internas exigem, justamente em razão de sua peculiaridade, uma análise mais profunda, pois nem sempre as operações entre partes relacionadas refletem a realidade dos fatos. Daí porque se enquadram naquilo que Marco Aurélio Greco denominou *operações preocupantes*.

Assim, deve o intérprete atentar para as circunstâncias fáticas e jurídicas da operação, que incluem, entre outras, o *propósito negocial*, o efetivo *pagamento ou desembolso* pela aquisição, a *sequência cronológica* das operações, a adequada avaliação da rentabilidade futura e, sobretudo, a análise *entre as posições inicial e final* de cada interveniente.

Tudo isso implica dizer que as operações entre partes relacionadas devem ser testadas sob o princípio do *arm's length*, de tal sorte que os preços e as demais condições da aquisição sejam compatíveis com aqueles que seriam normalmente utilizados no mercado, a partir de princípios econômicos como a livre concorrência e a livre manifestação da vontade.

E, à luz desse cenário e a partir de seus principais requisitos, percebe-se que, no caso dos autos, as operações de reorganização societária levadas a cabo pela Recorrente e demais empresas do grupo não satisfazem as condições acima destacadas, como bem percebido pela decisão de piso:

Desta maneira, se em consonância com o princípio contábil do registro pelo valor original, somente uma transação entre agentes independentes daria respaldo ao reconhecimento de um ágio, as integralizações de capital na contribuinte atuada em 2003, à época denominada MJS (depois BMPS, depois ainda Belgo Siderurgia S/A) pelas empresas BMP e CSBM, controladoras direta e indireta da atuada, não são capazes de justificar o registro de ágio pela falta de um ambiente de livre mercado, de independência entre as empresas envolvidas, de geração de riqueza nova para o grupo econômico.

É tão claro nos autos que as parcelas de ágio registradas ao longo do ano de 2003 na BMP e na CSBM, tendo como justificativa a rentabilidade futura da contribuinte atuada, são ágio interno, que o Relatório que fundamenta este ágio “Projeções de resultados futuros da MJS”, com data de 10 de março de 2003, elaborado pela empresa Apsis Consultoria Empresarial (fls. 299 a 455), contém um item específico e explícito (item VII.2 – fls. 332 a 334) sobre as operações intragrupo que deveriam ser formalizadas para justificativa da contabilização do ágio e sua transferência à atuada: (grifamos)

2. O PROJETO MENDES JÚNIOR SIDERURGIA

O PROJETO MJS tem como objetivo o saneamento financeiro e operacional da MJS através dos seguintes movimentos e atos societários:

DATA	MOVIMENTOS E ATOS SOCIETÁRIOS A SEREM REALIZADOS
Março de 2003	- MJS passará a se chamar BMPS. - BMP capitalizará R\$ 50 milhões na BMPS. - BMP registrará primeiro ágio de R\$ 50 milhões no investimento na BMPS, em função do seu Patrimônio Líquido estar negativo. Este ágio estará fundamentado na rentabilidade futura da BMPS. - BMPS reduzirá passivo através da renegociação de créditos e mútuas, gerando uma exclusão nos cálculos do IR e da CSL de R\$ 577 milhões, decorrentes de encargos financeiros anteriormente adicionados.

DATA	MOVIMENTOS E ATOS SOCIETÁRIOS A SEREM REALIZADOS
Junho de 2003	- Transferência dos estabelecimentos de Juiz de Fora e outros afins, pela BMP à BMPS, com término do arrendamento. - Aumento de capital da BMPS e redução de passivo da ordem de R\$ 4.100 milhões, com registro do segundo ágio de R\$ 658 milhões, que estará fundamentado na rentabilidade futura da BMPS. Transferência pela BELGO à BMPS dos estabelecimentos das usinas de Piracicaba e Vitória e dos Centros de Distribuição. - BELGO aumentará capital da BMPS, em R\$ 950 milhões. - Transferência dos créditos contra MJS detidos pela BEMEX à BMP. - BELGO registrará ágio de R\$ 950 milhões no investimento na BMPS, que estará fundamentado na rentabilidade futura na BMPS.
Julho a Dezembro de 2003	- BELGO aumentará capital da BMP com ações da BMPS no valor de R\$ 950 milhões (custo), passando o investimento da BELGO na BMP para R\$ 1.278 milhões. - BMP registrará terceiro ágio de R\$ 950 milhões no investimento na BMPS, que estará fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da BMPS. - O ágio total da BMP relativo ao investimento na BMPS será de R\$ 1.658 milhões, que estará fundamentado na perspectiva de rentabilidade futura da BMPS. - BMP amortizará R\$ 166 milhões do ágio no investimento na BMPS.

DATA	MOVIMENTOS E ATOS SOCIETÁRIOS A SEREM REALIZADOS
Janeiro de 2004	• Cisão parcial da BMP com versão do patrimônio cindido à BMPS, gerando um ativo diferido na BMPS em R\$ 1.492 milhões. • Transferência do investimento da ACINDAR para a BMPS. • Com a cisão, a BMPS passará a ter direito de excluir, no cálculo do IR e da CSL, o ágio contabilmente amortizado na BMP, no montante de R\$ 166 milhões
Em 2005	• Aumento da participação da BMPS na ACINDAR de 20,45% para 70,30%.

No caso dos autos percebe-se, ao contrário do alegado pela Recorrente, que estamos diante da figura conhecida como ágio interno, independente do argumento que discute a diferença entre este e o "ágio intragrupo", distinção irrelevante no entendimento deste Relator.

O que realmente importa é que todo ágio deve ter um fundamento econômico, conforme exigência do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77, conjugado com as hipóteses de dedutibilidade dos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532/97, já transcritos, com as respectivas reproduções no Regulamento do Imposto de Renda.

Isso implica que a dedutibilidade do ágio, decorrente de expectativa de rentabilidade futura, exige a aquisição de participação societária e a confusão patrimonial entre investidora e investida.

Portanto, a razão econômica do ágio é a aquisição de algo que não se possui, de uma riqueza que ainda não integrava o patrimônio da adquirente. Disso decorrem dois raciocínios: primeiro, não é possível adquirir algo que já me pertença e, depois, que a dedutibilidade do ágio, para fins tributários, baseia-se na presunção de perda de rentabilidade adquirida de terceiros, vale dizer, é possível deduzir o ágio quando a pessoa que detém a rentabilidade incorpora sua adquirente ou é por ela incorporada, o que enseja a confusão patrimonial prevista em lei.

Na hipótese dos autos, a decisão de piso já consignou que os fatos não preenchem esse requisito:

*Ressalte-se que no momento em que **a primeira parcela de ágio foi registrada** (31/05/2003, quadro de fl. 1942) pela BMP, **a contribuinte já pertencia à BMP** desde, pelo menos 14 de março de 2003, data de emissão do recibo de quitação da alienação das ações da contribuinte que pertenciam ao grupo Mendes Júnior (fl. 207), cujo pagamento fora realizado em 15 de janeiro de 2003.*

O mesmo cenário foi apresentado pela Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões, para defender a indedutibilidade do ágio (com destaques no original):

*Como já adiantado, no presente caso, uma parcela do ágio surgiu em virtude de capitalizações da BMPS – que tinham o propósito de reduzir o seu PL negativo. Nesse ponto, cumpre destacar que o ágio decorrente da subscrição de ações da BMPS e da correspondente integralização de aumento de seu capital social não poderia existir. Isso porque tais **operações não levaram a BMP e a CSBM – responsáveis pela integralização dos aumentos de capital – a adquirir nenhum novo***

investimento, nenhuma parcela da BMPS que antes já não detinham. Com efeito, desde antes dessas operações, o GRUPO BELGO já possuía 100% das ações da BMPS – seja por meio de controle direto da BMP ou indireta da CSBM. Não houve, portanto, qualquer alteração no percentual de participação que o GRUPO BELGO detinha da BMPS.

Portanto, em face da subscrição de ações, a BMP e a CSBM não adquiriram nenhuma rentabilidade que antes já não detivessem. Não obstante terem subscrito novas ações, como já detinham 100% das ações da BMPS, não adquiriram nenhum percentual de participação novo. Pelo contrário, acabou registrando-se um ágio em face da aquisição de uma percentagem que já era de titularidade do GRUPO BELGO. Dessa forma, vê-se que, por meio da subscrição realizada, a BMP e a CSBM não adquiriram uma parcela da rentabilidade da BMPS que antes era de outro acionista, mas sim diluíram em mais ações a mesma participação que sempre tiveram.

Na realidade, a intenção do GRUPO BELGO com a subscrição de ações não foi proporcionar a aquisição de um investimento, mas sim o saneamento do patrimônio da BMPS por meio do perdão de uma dívida. Contudo, como essa operação não levaria ao aproveitamento de nenhum benefício fiscal, optou-se por transformar tal perdão em uma subscrição de ações com ágio.

A partir da análise dos fatos e da constatação de que não houve aquisição de participação nova, aliada à ausência de fundamento econômico para o desencadeamento das operações, que ocorreram na esfera de um mesmo grupo econômico, inclino-me em direção ao posicionamento hoje consolidado neste Conselho, no sentido da indedutibilidade do ágio.

As conclusões da autoridade fiscal indicaram que

Ora, como vimos, os únicos pagamentos feitos pela aquisição de ações da SMJ foram R\$ 13,00 e R\$ 234.115,17 a pessoas físicas e jurídicas detentoras das ações da empresa bem como do direito de subscrição, logo dizer que tal montante tomado como ágio (mais de um bilhão e meio) seria oriundo de transação com terceiros é contrário a tudo que foi relacionado anteriormente.

(...)

As saídas de caixa (pagamento pela aquisição da MJS) nessa operação foram irrelevantes quando comparado com o ágio registrado na BMPS, fruto de laudo, subjetivamente avaliado segundo algum tipo de potencial lucratividade futura. Os valores de ágio são efetivamente aumentos de capital.

Ora, tais aumentos de capital foram, como regra geral com integralização por transferência de bens já possuídos pelo controlador, como imóveis, créditos por compra e venda de estabelecimentos, debêntures, ações de outras empresas, o que na realidade representa uma aglutinação de patrimônio em uma só empresa. Não obstante, é de se surpreender que pelo fato de

aglutinar bens em uma só empresa possa gerar ágios e mais do que isso rentabilidade futura.

Portanto estamos falando de aumento de capital e não de ágio e foram colocados na BMPS pelo próprio grupo econômico, que contratou a avaliação onde a própria administração ofereceu subsídios para os avaliadores, ou seja a simples transferência do bolso esquerdo para o bolso direito gerou prejuízos aos cofres públicos via amortização destes valores. O ágio apurado é, de fato fruto de avaliação intragrupo, sem propósito, dando-se o nome de reorganização. (grifamos)

Restam prejudicados, portanto, os argumentos da Recorrente, relativos à classificação, pela fiscalização, como ágio interno, além da tese de que não poderiam ser desconsiderados negócios válidos, pois restou demonstrado que a sequência das operações entre empresas do mesmo grupo carecem de fundamento econômico, capaz de possibilitar a dedutibilidade do ágio, sem prejuízo de formalmente cuidarem de transações válidas.

Os ativos empregados nas diversas etapas foram os mesmos, os pagamentos feitos foram irrelevantes e o que de fato houve foi apenas a circularização dentro do grupo.

E o que se discute aqui é a oponibilidade dos efeitos da reorganização societária perante o fisco, e a "análise do filme" nos mostra, a partir da sequência cronológica dos fatos, que não houve alteração significativa entre as posições inicial e final, nem tampouco aquisição de percentual novo de participação na operação, razão pela qual deve ser mantida a glosa efetuada pela fiscalização.

4. Das operações que ensejaram a dedutibilidade do Ágio Arcelor

Neste tópico, a Recorrente traça um longo panorama histórico acerca da formação e expansão do Grupo Arcelor no Brasil, bem como das reorganizações societárias empreendidas pelo Grupo ArcelorMittal no país, entre 2006 e 2012.

Argumenta a interessada que em razão da complexidade das operações, que incluíram a tentativa de uma aquisição hostil entre as controladoras, além da incerteza quanto ao prazo para a incorporação no exterior ocorrer e a consequente extinção da Mittal Steel, a alternativa operacionalmente mais conveniente seria a criação de uma subsidiária brasileira:

Diante desse complexo contexto, optou-se por lançar a OPA das ações da Arcelor BR por uma subsidiária do Grupo Mittal no Brasil, já que se entendia que havia alta possibilidade de que a extinção da Mittal NV ocorresse anteriormente à finalização da OPA no Brasil.

Se isso acontecesse, além de discussões ou explicações que teriam que ser eventualmente dadas à CVM, o procedimento burocrático da OPA se tornaria ainda mais custoso e complexo, visto que haveria a necessidade de alterar o ofertante perante todos os órgãos envolvidos (e. gr. CVM, bolsa de valores, Banco Central do Brasil), além de realizar outros procedimentos burocráticos, tal como a abertura de conta corrente etc.

Nos termos acima expostos, resta clara a concomitância da ocorrência dos eventos na Europa e Brasil e o receio de que a incorporação da Mittal NV poderia ter efeito na OPA no Brasil e vice-versa. Para comprovar esse receio, basta observar que a Mittal NV foi extinta em 03.09.2007 e que os acionistas da Arcelor BR poderiam ter alienado suas ações para a Mittal BR, no contexto da OPA brasileira, até o dia 04.09.2007.

(...)

Definida a necessidade de constituição da Mittal BR, a Mittal NV realizou o aporte de parte dos recursos que seriam necessários para a liquidação financeira da OPA ao capital da MittalBR. O restante dos recursos foi obtido pela própria Mittal BR através de contrato de empréstimo firmado com a Arcelor Investment S.A., o que foi indevidamente descaracterizado pela autoridade fiscal e, posteriormente, pelos Ilmos. Julgadores.

Realizada a OPA, o Grupo ArcelorMittal optou por extinguir a Mittal BR, visto que havia sido constituída com o propósito de viabilizar o lançamento da Oferta em questão, bem como concentrar os investimentos na Arcelor BR.

Após essa etapa e dando continuidade ao processo de reestruturação dos ativos do Grupo Arcelor no Brasil, agora denominado Grupo ArcelorMittal, tendo em vista o sucesso da Oferta no exterior e a incorporação da Mittal NV pela Arcelor S.A., visando à simplificação de sua estrutura societária, foi aprovada a incorporação da Arcelor BR - antiga holding do Grupo Arcelor - pela Recorrente, então Belgo Siderurgia, que teve sua razão social alterada para ArcelorMittal Brasil S.A.

Em linha com os mesmos objetivos, foram deliberadas, ainda, diversas outras operações a fim de simplificar a estrutura operacional do Grupo ArcelorMittal, tais como a incorporação da antiga Vega do Sul CST; a cisão parcial da CST com a incorporação de mais de 95% de seu acervo líquido pela Recorrente; a incorporação da Belgo Siderurgia pela Recorrente etc., tal como citado anteriormente na descrição dos fatos.

Esses fatos e fundamentos são apontados pela Recorrente como contraponto à acusação fiscal, que de forma completamente diversa concluiu que:

Comentamos aqui que basicamente os investimentos na Arcelor Brasil somados ao respectivo ágio líquido de amortização totalizam R\$ 10.803.862.438,07 e o passivo composto de empréstimos e capital social atingem R\$ 10.858.486.381,15, indicando que:

- a) A Mittal Br foi um veículo utilizado para internalização do ágio no Brasil;*
- b) Que a internalização do ágio era o único propósito negocial da Mittal BR;*

c) *Que a Mittal NV **poderia adquirir diretamente as ações e** ficaria com o ágio no país de sua sede, mas preferiu utilizar a empresa veículo buscando, neste planejamento, auferir benefícios tributários;*

d) *Que mais de 50% das ações adquiridas **foram através de empréstimos**, chamados de pré-pagamento em US\$ (nos contratos de câmbio, constam como natureza = antecipação de exportação), empréstimos estes que com a incorporação passaram a ser obrigação da Arcelor, ou seja, **a Arcelor vai pagar empréstimos para aquisição de suas próprias ações, com assunção de custos de juros inerentes.***

e) *Assume a Arcelor prejuízos de variação cambial negativa, relatada adiante.*

E aqui temos o ponto central da discussão, pois o entendimento da fiscalização, corroborado pela decisão de piso, discrepa das alegações da interessada e constitui parte relevante dos montantes autuados.

A despeito das longas considerações da Recorrente, reitero que não são aplicáveis à espécie os comentários relativos ao parágrafo único do artigo 116 do CTN, visto que este dispositivo sequer foi fundamento da autuação. Conquanto toda a discussão teórica acerca do tema me pareça um *falso problema*, descabe, no âmbito desta decisão, qualquer digressão ou análise mais aprofundada, pois o dispositivo não foi utilizado como pressuposto pela fiscalização.

Os lançamentos foram efetuados a partir da análise dos fatos e circunstâncias que envolveram a reorganização societária, que são bastante extensos e constam do relatório deste voto.

Contudo, apenas para demarcar o entendimento da fiscalização, reproduzimos a seguir as suas principais conclusões, que são o ponto central da controvérsia:

*Na situação posta, as operações societárias engendradas pelo grupo econômico tiveram como objetivo **internalizar para o Brasil um ágio pago pela sociedade estrangeira domiciliada na Holanda (MITTAL STEEL NV)** e gerado quando da aquisição de ações da pessoa jurídica brasileira (ARCELOR). E o ponto de partida para tal internalização deu-se pela utilização da **empresa veículo MITTAL BR**, através de remessas do exterior que em ato contínuo, quase imediatamente estes recursos eram canalizados para compra de ações, além do que o aumento de capital da MITTAL BR com ações da Arcelor, (inclusive separando na MITTAL BR investimento do ágio pago pela sócia única holandesa), quando da aquisição de cerca de 75.767.982 ações, por R\$ 3.950.614.712,60, redundando no ágio de R\$ 2.378.140.393,21.*

*Cumpre aqui tecer uma primeira observação acerca do valor capitalizado na MITTAL BR. A MITTAL NV adquiriu 75.767.982 ações com ágio, era natural e a boa contabilidade nos remete a isso, que o investimento na MITTAL BR **fosse pelo total***

(investimento + ágio) e não separadamente pois quem afinal pagou o ágio foi a empresa do exterior.

Ainda que todas as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização tivessem sido plenamente atendidas - o que aqui se refuta peremptoriamente, como a seguir demonstrado, mas que se assume apenas para efeito de argumentação -, para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, caberia adicionar ao lucro líquido os valores da diferença entre o ágio que fora supostamente internalizado e aquele efetivamente pago, nos momentos em que a legislação os considera realizados. Como tais valores tampouco foram espontaneamente adicionados, restaria justificado o procedimento de ofício de oferecê-los à tributação. Repise-se que tal procedimento não foi aqui adotado, visto que nem mesmo os encargos de amortização do ágio pago pela sociedade holandesa eram passíveis de dedução para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, justificando a glosa integral dos encargos deduzidos.

É patente a intenção do grupo econômico de utilizar-se da MITTAL BR para carrear tal ágio para o Brasil. Tanto é assim que foi efêmera sua existência legal (foi constituída em 10/2006 e incorporada em 08/2007), sendo que no breve período em que era dotada de personalidade jurídica, suas declarações de rendimentos evidenciam como operação apenas o aumento de seu capital social (de R\$ 500,00 para R\$ 4.913.539.726,24) no período de junho a 20/08/07 (2 meses e meio).

Ademais, utilizou empréstimos chamados de pré-pagamento em USD (R\$ 5.294.450.949,90) e venda de cerca de 10 mil ações (R\$ 563.453.373,86), que proporcionaram juros (R\$ 81.670.48876), com a finalidade de fixar no Brasil os ágios pagos com a possibilidade de retorno de quase 50% do valor aqui aplicado. Realmente um negócio bastante interessante já que deixa no Brasil R\$ 6.673.900.044,76 de ágio que vai reduzir tributos e ainda recebe de volta quando da liquidação do empréstimo/venda de ações.

Tais declarações não revelam quaisquer outras operações por ela realizadas, a não ser o aumento de capital já aludido além dos empréstimos e dívida por compra de ações e as consequências de sua participação na ARCELOR. A sociedade sequer possuía funcionários no período em que existiu, conforme dados das declarações de rendimentos.

Mostra-se com meridiana clareza a flagrante intenção do grupo econômico de constituir a MITTAL BR com o fim único de internalizar e transferir o ágio. Trata-se de um caso típico de empresa veículo, criada com este único intuito.

A subsequente incorporação da MITTAL BR pela ARCELOR BRASIL, seguida da incorporação desta pela ARCELORMITTAL BRASIL S/A (a fiscalizada) também denota claramente o intuito ardiloso da operação, qual seja,

desfrutar estritamente de um benefício fiscal derivado da amortização do ágio.

A internalização do ágio pago pela MITTAL NV, via MITTAL BR constituiu-se na "operação-chave", a partir da qual o grupo econômico pretendeu aproveitar-se do benefício fiscal concedido pela legislação pátria para diminuir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ora, o ágio foi efetivamente pago pela sociedade domiciliada na Holanda, e não por uma domiciliada no Brasil.

(...)

Ora, do ponto de vista econômico, a situação se apresenta sem qualquer substrato. E desprovida de significado econômico a dedução dos referidos encargos de amortização. Como explicar que uma pessoa jurídica passe a deduzir de seus próprios resultados a amortização de um ágio gerado na aquisição de suas próprias ações, notadamente se este tinha como fundamento uma rentabilidade futura destes mesmos resultados? Além de economicamente sem essência, a situação é rigorosamente ilógica.

*Do ponto de vista contábil, o "efeito líquido" das operações societárias consistiu basicamente em um **artificial lançamento** do ágio a débito no ativo Da MITTAL BR (depois ARCELOR e finalmente ARCELOMITTAL) e a crédito de seu passivo (exigível ou não exigível) e de capital, no valor de R\$ 6.773.041.963,40. (grifamos)*

A descrição trazida pela fiscalização, cuja veracidade fática não é objeto de contestação, nos leva a concluir que realmente houve artificialismo na operação engendrada, mais especificamente nota-se a ocorrência da figura denominada como abuso de direito.

Ressalte-se que Marco Aurélio Greco, na já clássica obra *Planejamento Tributário*, 3ª edição, fls. 210 e 211, cuida especificamente da figura do **abuso de direito** em relação às possibilidades de auto-organização:

Nesse contexto é que vejo a inserção da temática do abuso do direito de auto-organização no âmbito tributário. Ou seja, a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal.

Aqui reside um ponto importante.

Independente da validade jurídica do ato e do direito de organização das sociedades, a questão diz respeito, essencialmente, à **oponibilidade** das condutas em relação ao Fisco, notadamente quando o seu objetivo único é o de obter vantagens tributárias.

Recordamos que em relação ao ágio a regra geral é de indedutibilidade e que as situações em que a amortização como despesas é possível exigem perfeita subsunção dos fatos às normas tributárias.

Aliás, o próprio Marco Aurélio reconhece, na sequência do parágrafo ao norte reproduzido, que depois do Código Civil de 2002 o abuso de direito **não é apenas caso de inoponibilidade perante o Fisco, mas hipótese de ato ilícito** que destrói um dos requisitos indispensáveis para que se tenha um efetivo planejamento tributário.

Conquanto a Recorrente entenda que a fiscalização não poderia desqualificar atos jurídicos legítimos existe fundamento para tal postura, calcado no artigo 187 do Código Civil:

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

Ademais, o Professor Marco Aurélio Greco defende, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, que cabe sim à autoridade fiscal requalificar negócios jurídicos que tenham como fim único a redução da carga tributária (obra citada, fls. 212 e 213):

No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

Entendo que o caso em tela se amolda à hipótese acima. A narrativa dos fatos nos leva a concluir, para além de qualquer dúvida, que a real adquirente das ações foi a empresa estrangeira, e que a utilização da chamada empresa veículo, a Mittal Steel Brasil Participações S/A, teve como único objetivo a internação do ágio, para seu posterior aproveitamento.

Recordamos que a possibilidade de dedução do ágio está condicionada ao atendimento dos requisitos legais, conforme dispostos nos já citados e reproduzidos artigos 7º e 8º da Lei n. 9.532 e no artigo 20 do Decreto-Lei n. 1598/77.

Ricardo Mariz de Oliveira apresenta a racionalidade e os requisitos das normas relativas ao ágio nas passagens seguintes, extraídas das páginas 763 e seguintes da obra “Fundamentos do Imposto de Renda”:

A norma legal contida no artigo 7º e 8º foi promulgada com vistas a facilitar as privatizações levadas a cabo pelo Governo Federal, pois passou a permitir a dedução fiscal de certos ágios antes indedutíveis.

Todavia a norma não se restringiu ao programa de privatização, tendo se estendido a toda e qualquer situação que se subsuma às suas hipóteses fáticas de incidência.

(...)

Uma primeira observação é no sentido de que os art. 7º e 8º não revogaram o disposto no art. 25 do Decreto-lei n. 1.598, que continua a vigir e a declarar indedutíveis as amortizações de quaisquer ágios, quaisquer que sejam seus fundamentos econômicos, assim como declara não tributáveis as amortizações de quaisquer deságios, enquanto o respectivo investimento permanecer no ativo permanente da pessoa jurídica adquirente do mesmo.

Destarte, os efeitos fiscais dependem da realização das condições inseridas nos art. 7º e 8º da Lei nº 9.532, que são pressupostos para a dedução dos ágios, nos casos e circunstâncias em que admitida, assim como a tributação dos ágios.

(...)

*Voltando ao primeiro e principal requisito para que a amortização seja dedutível -, haver absorção de patrimônio por meio de incorporação, fusão ou cisão -, deve-se ter presente que, a despeito da largueza de opções dadas pela Lei n. 9532 para a consecução do seu desiderato, **trata-se de condição a ser cumprida em sua substância, e não apenas formalmente**, até tendo em vista a continuidade da vigência da norma de proibição de dedução da amortização se não houver um desses atos, prevista no art. 25 do Decreto-lei n. 1598.*

Com razão, a dedução fiscal da amortização é admitida a partir do momento em que “a pessoa jurídica [...] absorver patrimônio de outra”, segundo o “caput” do art. 7º, o que deve representar uma ocorrência efetiva. Outrossim, não se trata de absorção de patrimônio de qualquer pessoa jurídica, pois o mesmo dispositivo acrescenta que deve ser a pessoa jurídica “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. E, ademais, o dispositivo ainda restringe a forma de absorção, dizendo que ela deve ocorrer “em virtude de incorporação, fusão ou cisão”.

Essa disposição legal evidencia acima de qualquer dúvida que a exigência é de reunião total (por incorporação ou fusão) ou parcial (por cisão) da pessoa jurídica investidora e da pessoa jurídica investida.

O art. 8º, letra “b”, dá a alternativa de se inverter a ordem, ou seja, trata a absorção da investidora pela investida (a chamada “incorporação para baixo” ou “down stream merger”) do mesmo modo que a absorção da investida pela investidora (a “incorporação para cima” ou “up stream merger”), que está prevista no art. 7º.

Seja como for, o relevante para a lei é a substância da reunião das duas (ou mais de duas pessoas jurídicas), por um dos atos jurídicos nos dois artigos.

Esta exigência decorre não apenas da literalidade dos art. 7º e 8º, mas também, e principalmente, do espírito (a “mens legis” ou “ratio legis”) da norma por eles veiculada.

Realmente, a racionalidade da norma está em que, por ter havido a reunião da pessoa jurídica a que se refira a expectativa da rentabilidade com a pessoa jurídica pagadora do ágio, este seja deduzido daqueles mesmos lucros esperados ou o mesmo se dê quando o ágio for referente ao valor de mercado dos bens do patrimônio da pessoa jurídica a que se refere a participação adquirida.

O objetivo da norma legal é permitir que o ágio fundado em expectativa de rentabilidade, pago na aquisição de um negócio através da aquisição de participação societária na pessoa jurídica que explore esse negócio, seja lançado contra os lucros desse negócio, de modo a que os tributos devidos sobre tais lucros sejam calculados após a dedução da amortização do ágio.

O espírito dessa norma é inequívoco, pois a lei permite a amortização do ágio quando ele tenha por fundamento econômico a expectativa de lucros futuros daquele negócio, o que bem justifica a consideração do ágio como dedutível na proporção da realização desses lucros, estabelecida na demonstração desse fundamento, e observado o limite máximo anual previsto na leis, embora, como dito, não haja absoluta e mandatória correlação entre as quotas de amortização de cada período-base fiscal e o lucro nele apurado efetivamente (correlação de resto impossível de ser matematicamente determinada).

Por isso mesmo, para que esse objetivo seja atingido, é necessário trazer o lucro para dentro da pessoa jurídica que tenha adquirido a participação societária com a expectativa de rentabilidade do mesmo (situação descrita no art. 7º) ou levar o ágio para dentro da pessoa jurídica produtora do lucro esperado (situação descrita no art. 8º), o que se faz por incorporação ou cisão de uma delas e absorção pela outra. Ou, ainda, o mesmo objetivo pode ser alcançado levando-se o ágio e o lucro para dentro de uma nova pessoa jurídica, o que se faz por fusão das duas pessoas jurídicas.

(...)

Realmente, os art. 7º e 8º da Lei n. 9532 têm um objetivo – a concessão do benefício de uma dedução especial do ágio – um requisito para tanto, que é a absorção do patrimônio onde esteja o ágio, ou do patrimônio que vai gerar o lucro ao o ágio se refira.

Isso inobstante, após a junção das pessoas jurídicas com os recursos financeiros relativos ao ágio participando do ativo da

mesma pessoa jurídica (quando for o caso) poderem eles ser empregados para o pagamento de custo e despesas, o que não se confunde com a natureza do ágio mantido em ativo diferido e com a sua amortização, tanto quanto o capital social e os recursos derivados da sua integralização podem ser usados para pagar custos e despesas, mas não se transformam em custos e despesas.

Portanto, essa norma de concessão do direito à dedução fiscal da amortização é uma norma excepcional, baseada em motivações extra-tributárias de (1)conveniência da política fiscal no sentido de favorecer as privatizações, à época da promulgação da Lei n. 9532, e também de (2) justiça econômica contida na amortização do ágio pago na aquisição do negócio, paulatinamente à geração dos lucros que tenham dado lastro a ele, eis que estes são sujeitos à tributação quando surgidos. Este último dado é que justifica a extensão da norma a quaisquer aquisições, mesmo às feitas fora do programa de privatizações que estava em andamento na data da Lei n. 9532.

O segundo aspecto apresenta-se exatamente a partir do primeiro e da condição legal para a dedução fiscal da amortização (que é a absorção de patrimônio através da incorporação, fusão ou cisão), consistindo na exigência de que a amortização se processe contra os próprios lucros cuja expectativa tenha dado fundamento econômico ao ágio, exigência esta não expressa na lei, mas decorrente de um imperativo lógico que se pode dizer estar implícito na lei.

Realmente, a exigência de incorporação, fusão ou cisão não é uma condição vazia de sentido, que possa ser cumprida apenas formalmente, como, por exemplo, deixar o ágio na investidora e incorporar a ela, por cisão parcial da cindida, uma atividade que não é a geradora de lucro cuja expectativa tenha gerado o lucro. (grifamos)

Destarte, o escopo implícito na lei, ao estabelecer a condição de realização de incorporação, fusão ou cisão, é unir o ágio e os lucros a que ele se refira, numa mesma pessoa jurídica e, portanto, num mesmo lucro tributável. Representando isso o cerne racional da exigência condicional da dedução do ágio, manifesta-se através do requisito da absorção de um patrimônio pelo outro.

Ocorre que no caso dos autos percebe-se a utilização da chamada "empresa veículo", expressão que normalmente é entendida de forma pejorativa, no intuito de desqualificar a operação realizada por seu intermédio.

Já nos manifestamos, em outras ocasiões, pela possibilidade de utilização lícita (e, portanto, não abusiva) de uma empresa veículo, sempre que reste claramente demonstrada a sua razão de ser e finalidade ou, ainda, quando se comprove que os mesmos objetivos poderiam ser alcançados sem a sua interposição.

Ocorre que, no caso dos autos, os argumentos da Recorrente não me convencem acerca da necessidade da empresa brasileira, ao menos da forma como foi utilizada. Parece-me que realmente o seu único propósito foi o de carrear para o sistema tributário

econômico brasileiro valores que posteriormente seriam deduzidos a título de despesas com ágio.

Confirmam-no a sua criação específica e breve existência, a ausência de atividade econômica (conforme demonstrado pela autoridade fiscal), o recebimento integral de recursos oriundos do exterior e sua posterior extinção, numa sequência fática a cronológica que nos leva a concluir que, ao final do "filme", todo o arranjo teve por único objetivo a amortização do ágio.

Nesse contexto, a Câmara Superior recentemente decidiu pela indedutibilidade do ágio:

Acórdão 9101-002.213 – 1ª Turma

Sessão de 3 de fevereiro de 2016

Recorrente - FAZENDA NACIONAL

Interessado - COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. INVESTIDA. REAIS INVESTIDORAS. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. INDEDUTIBILIDADE. IRPJ. CSLL.

Nos termos da legislação fiscal, é indedutível o ágio deduzido pela investida, em inexistindo a necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Relator

Do voto do i. Relator podemos extrair os seguintes excertos, que justificam a posição adotada:

Não obstante tenha havido a efetiva transferência de recursos das sociedades CC HOLDCO S.A.R.L (LUXEMBOURG) e CC HOLDCO (LTD CAYMAN) - HOLDCO para a sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA., na realidade essa última empresa apenas serviu de receptáculo de tais recursos que, no mesmo dia, foram transferidos, de imediato, para a sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), visando à aquisição da empresa recorrente, COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

E tudo isso com o específico fim de permitir a criação de ágio no País, supostamente passível de amortização e, ainda, garantir a remessa, ao exterior, de valores decorrentes da integralização de aumento de capital e do mútuo efetuados com a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Ou seja, em última análise, os recursos que permitiram a aquisição da recorrente foram oriundos exclusivamente do

exterior - e não do País -, e foram pagos a outra empresa também fora do país, motivo pelo qual não se pode ter como válido, para fins de amortização, o ágio então formado.

É que, para que se possa processar essa amortização, é pressuposto inarredável a existência de confusão patrimonial, consistente em haver, no mesmo patrimônio da empresa resultante da incorporação, ágio e rentabilidade, ou ágio e valorização patrimonial, conforme o caso.

(...)

Veja-se que é exatamente isto que preconiza a legislação de regência, quando diz “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”, 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” (inciso III e caput do art. 7º da Lei 9.532/1997).

Mas veja-se que o permissivo legal não ocorre no caso, reitere-se, pois a empresa adquirente CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBOURG), que adquiriu a COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL, pagando no exterior (via remessa a partir do Brasil, de recursos para cá enviados por ela com este fim) à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (USA), não incorpora nem é incorporada pela adquirida (COLUMBIAN CHEMICALS DO BRASIL).

(...)

Cumpra deixar claro que, se se tratasse a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. de uma empresa preexistente no país, e que aqui exercesse atividade econômica, ainda se poderia admitir que recebesse, ela, recursos do exterior, visando à aquisição de outra empresa também existente no país, para uma futura incorporação, direta ou reversa, entre ambas. Neste caso poder-se-ia argumentar que os efeitos fiscais teriam sido verificados unicamente no país.

Não é o caso, porém, quando se constatou que aquela sociedade (CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.) tratava-se de uma empresa efêmera, fugaz, que, no seu próprio nome (ACQUISITION) e em seu objeto social (“tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.”), deixa claro ter sido projetada, apenas, para possibilitar a aquisição de outra empresa, com a sua consequente e inexorável extinção.

Assim, como bem evidenciado pela Fazenda Nacional, em seu recurso especial, o ágio deduzido pela recorrente (investida) é indedutível, nos termos da legislação fiscal, pela inexistência da necessária confusão patrimonial com as suas reais investidoras CC HOLDCO (CC HOLDCO LTD CAYMAN + CC HOLDCO LUXEMBURGO).

Conquanto o caso apreciado pela Câmara Superior não seja exatamente igual ao dos autos, posto que naquele processo a empresa veículo recebeu e transferiu recursos *de e para o exterior*, os argumentos acerca de sua efemeridade, ausência de substância econômica e falta de propósito negocial são aplicáveis ao caso sob análise.

Cai por terra, nesse cenário, o argumento da Recorrente sobre a impropriedade de a controladora estrangeira ser entendida como real adquirente das ações no Brasil, posto que os recursos dela vieram e o resultado econômico da operação (o fechamento do capital e a titularidade posterior das ações) a ela aproveitaram.

Como a real empresa investidora (a Mittal Steel Company N.V., domiciliada no exterior, com sede na Holanda) e a investida (Arcelor Brasil) continuaram a existir após as operações, a constituição da empresa veículo no país foi a única forma de internação do ágio, com o intuito de viabilizar sua dedutibilidade.

Essa circunstância foi bem apontada pela decisão de piso, cujos argumentos reconheço e acolho:

Como já relatado e referido, a impugnante afirma que o que motivou a participação da Mittal BR foi a necessidade de viabilizar rapidamente os pagamentos aos acionistas minoritários que venderam suas ações da Arcelor Brasil de forma a não ofender os regulamentos da Bolsa de Valores e do Bacen. Contudo, esta alegação não se sustenta, pois, como já observado pela fiscalização (primeiro parágrafo de fl. 1985) e conforme a Nota de Corretagem juntada pela fiscalização (fl. 803), a Mittal NV adquiriu ações diretamente na OPA, fato reconhecido pela própria fiscalização em resposta a Termo de Intimação (letra “a” de fl. 60).

Neste passo, cabe observar que os exemplos de outras OPAs que foram realizadas por meio de empresas brasileiras (documentos juntados às fls. 2597 a 2685) não socorrem a impugnante porque justamente os Editais destas outras Ofertas Públicas explicitam que os ofertantes são empresas brasileiras, isoladamente ou em conjunto com empresa estrangeira, o que não ocorreu no caso dos autos que, como já dito, tem a controladora estrangeira como única ofertante constante do Edital.

A outra alegação da impugnante de que a indefinição quanto à forma em que se daria a fusão entre os grupos Arcelor e Mittal no exterior exigia que a compra de ações fosse feita pela empresa brasileira (Mittal BR) também não se sustenta, pois uma das opções de pagamento aos acionistas minoritários pela entrega das ações da Arcelor Brasil envolvia o recebimento do valor devido parte em ações da Mittal NV. Ora não é possível

compreender que ações de uma empresa estrangeira sejam oferecidas (e aceitas) em OPA, empresa esta com situação indefinida no exterior segundo a impugnante, e esta mesma empresa seja incapaz de promover esta mesma OPA. De fato, como se vê, esta situação de indefinição no exterior, não impediu que a Mittal NV participasse diretamente da OPA (sem a intervenção da Mittal BR), OPA esta realizada por sua conta e ordem.

Também não é possível desconsiderar a proximidade de valores e datas entre as integralizações de capital feitas na Mittal BR pela Mittal NV e as aquisições de ações da Arcelor Brasil pela Mittal BR, de acordo com os demonstrativos elaborados pela fiscalização às fls. 666 a 669, 1979, 1981 e 1982, o que reforça a constatação de que quem pagou o ágio de fato foi a Mittal NV.

Finalmente, em 20/08/2007 com a incorporação da Mittal BR pela controlada Arcelor Brasil (Ata da Assembléia às fls. 492 a 494), as ações da Arcelor Brasil que estavam em poder da Mittal BR (206.681.012 ações) foram canceladas e substituídas por igual número de ações entregues à Mittal NV, que era única acionista da Mittal BR. Observe-se que parte das ações canceladas foi adquirida diretamente pela Mittal NV, entregue com ágio à Mittal BR a título de aumento de capital e compra e venda (75.767.982 ações – quadro de fls. 667, Ata da Assembléia da Mittal BR de fls. 462 a 464 e documentos e contrato de compra e venda de fls. 801 a 821) e depois substituída por igual número de ações entregues pela Arcelor Brasil à Mittal NV, tendo o ágio permanecido no Brasil. É mais gritante o abuso de direito desta parcela do ágio, cujas ações vieram do exterior e para lá voltaram e que o respectivo ágio ficou para ser amortizado no Brasil.

Portanto, o que se conclui do exame dos documentos contidos nos autos é que a constituição e participação da empresa Mittal BR no processo de compra das ações da Arcelor Brasil em poder dos acionistas minoritários teve como único objetivo permitir que o ágio pago por empresa domiciliada no exterior fosse registrado por esta empresa veículo que foi incorporada em 20/08/2007 pela controlada (Arcelor Brasil) emissora das ações adquiridas, nove dias úteis após a última aquisição das referidas ações, que ocorreu em 07/08/2007, conforme demonstrativo de fl. 668. Desta forma, aqui também são aplicáveis as considerações feitas acima nos itens 74 a 87 no sentido de que nos termos do ordenamento jurídico vigente não podem ser aceitos os efeitos tributários de um planejamento fiscal, que, apesar de formalmente de acordo com a lei, visto de maneira global, no conjunto visou burlar os requisitos previstos para amortização do ágio. Enfim, não se trata, como alega a impugnante, de obrigá-la a escolher a forma de tributação mais gravosa, mas sim tributá-la conforme o que efetivamente ocorreu. Cabe destacar que não houve absorção de patrimônio entre a controladora estrangeira que pagou o ágio e a empresa brasileira cuja aquisição de participação foi ensejadora do ágio,

um dos requisitos necessários para amortização do ágio de acordo com a legislação antes reproduzida. (grifamos)

De se notar que as principais características apontadas por Luís Eduardo Schoueri (Ágio em Reorganizações Societárias - Aspectos Tributários, Editora Dialética, p. 103) para a configuração da empresa veículo estão presentes no caso dos autos: i) criação pela própria adquirente com seu investimento na empresa-alvo exclusivamente para a transferência do ágio; ii) criação sem qualquer outro propósito econômico; iii) transferência do ágio para a empresa veículo; iv) ser a controladora da empresa que restou após a incorporação; v) extinção por conta da incorporação e vi) possibilitar que a controlada possa amortizar o referido ágio.

Diante dessas características, o autor pondera que (*op. cit.*, p. 104):

Dada a natureza claramente simulada de tais entidades, a jurisprudência tende a afastar os efeitos fiscais decorrentes de seu emprego.

Percebe-se que ao final da operação, levada a cabo por meio da empresa veículo, a sociedade que efetivamente pagou o ágio, mediante transferência de recursos e capitalização, não foi extinta, assim como não o foi o próprio investimento. Isso nos leva a concluir que os procedimentos, embora formalmente regulares, não tinham qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica que não fosse o efeito tributário desejado.

Diante de todo o exposto entendo como corretos os lançamentos efetuados pela autoridade tributária em relação ao ágio.

5. Amortização do ágio e seus efeitos em relação à CSLL

Em relação à CSLL entende a Recorrente que inexistente dispositivo legal que impeça a dedutibilidade do ágio, nos seguintes termos:

Assim, não havendo qualquer disposição legal que impeça a dedutibilidade do ágio da base de cálculo da CSLL, tampouco qualquer norma que estenda a esta contribuição às disposições relativas ao IRPJ, resta concluir que não existe qualquer óbice ou limitação quanto à amortização do ágio para a dedutibilidade dos valores pagos a título de ágio quanto à contribuição em tela.

Já me manifestei em diversas outras oportunidades no sentido de reconhecer a evidente aproximação e quase identidade entre o IRPJ e a CSLL, notadamente quanto à apuração das respectivas bases de cálculo.

Dentro dos limites do que se discute neste processo, e sem a necessidade de maiores digressões, devemos nos ater aos fundamentos trazidos pela autoridade fiscal, que no Auto de Infração utilizou os artigos 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88 e 28 da Lei nº 9.430/96.

Os dispositivos utilizados pela fiscalização possuem a seguinte redação:

Artigo 2º da Lei n. 7.689/88:

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

(...)

e

Art. 28 da Lei nº 9.430 de 1996

*Art. 28. Aplicam-se à **apuração da base de cálculo** e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.*

Para a compreensão da matéria, também não podemos olvidar do disposto no artigo 57 da Lei n. 8.981/95:

Art. 57 da Lei nº 8.981/95

*Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as **mesmas normas de apuração** e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995) (grifamos)*

A leitura dos dispositivos nos leva a concluir que a metodologia e as regras de apuração para o imposto de renda **são aplicáveis ao cálculo da CSLL** (o que se infere da dicção "mesmas normas de apuração") e que o preceptivo só perderia eficácia se houvesse norma específica, relativa à contribuição, em sentido diverso.

Aliás, os demais parágrafos do artigo 57 corroboram a tese de semelhança entre as duas figuras:

*§ 3º A pessoa jurídica que determinar o **Imposto de Renda** a ser pago em cada mês **com base no lucro real** (art. 35), deverá efetuar o pagamento da contribuição social sobre o lucro, calculando-a com base no **lucro líquido ajustado apurado em cada mês**.*

*§ 4º No caso de pessoa jurídica submetida ao regime de **tributação com base no lucro real**, a contribuição determinada na forma dos §§ 1º a 3º será deduzida da contribuição apurada no encerramento do período de apuração.*

Igual raciocínio se aplica, ainda, para fins de compensação, conforme dispõe o artigo 58 do mesmo diploma legal:

*Art. 58. Para efeito de **determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado** poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.*

Além de fixar idêntica trava para a compensação das bases negativas (em relação ao IRPJ), o comando expressamente menciona que a base de cálculo será o *lucro líquido ajustado*, ou seja, o legislador estabelece para a CSLL o mesmo ponto de partida previsto para o cálculo do lucro real, afinal o lucro é "ajustado" pelas adições e exclusões previstas na legislação do Imposto de Renda (artigos 250 e 510 do Decreto n. 3.000/99).

Não se trata, portanto, de integração por analogia, figura vedada pelo artigo 108 do CTN no que se refere à exigência de tributos. O que se tem, de fato, é a **identidade, prevista em lei, quanto às sistemáticas de apuração** da base de cálculo das duas figuras.

Também não se cuida de omissão, pois a lei expressamente configura a base de cálculo do tributo e a aproxima, por equivalência, às regras do IRPJ.

Ademais, no caso em tela, a constatação da artificialidade das despesas relativas ao ágio não nos permite aceitar, sob qualquer argumento, a sua dedutibilidade para fins de apuração da CSLL.

Trata-se de questão ontológica e, na esteira do raciocínio desenvolvido neste voto, torna-se de rigor declarar que não assiste razão à Recorrente.

6. Excesso de exação em relação à multa qualificada

Defende a Recorrente que inexistente justificativa para a qualificação da multa, nos seguintes termos:

No caso da Recorrente, os negócios jurídicos foram efetivamente praticados e produziram todos os respectivos efeitos jurídicos, havendo perfeita sintonia entre as causas típicas e objetivas de cada uma dessas etapas. Ademais, os documentos que ampararam a sua realização obedeceram a todas as formalidades legais, tendo sido publicados em notas explicativas das demonstrações financeiras das sociedades envolvidas, bem como em fatos relevantes divulgados ao mercado, além de registrados nos órgãos competentes.

Ora, a fraude "tributária", prevista no artigo 72, da Lei 4.502/64, sempre foi reconhecida como aquela instrumentalizada mediante adulteração das informações contidas nos livros e registros contábeis e fiscais do contribuinte, por exemplo.

Acerca deste ponto, que foi afastado pela decisão de piso, nos manifestaremos quando da análise do Recurso de Ofício, deixando consignada, por enquanto, a posição da Recorrente pela manutenção do entendimento exarado em primeira instância.

7. Da glosa da variação patrimonial passiva e de juros

Neste tópico, defende a Recorrente que não procede a glosa das variações patrimoniais passivas e de juros, sob o argumento da legitimidade das operações que originaram o ágio e, ainda, que a partir de agosto de 2007 a variação cambial teria sido positiva.

A situação objeto da discórdia decorre dos seguintes fatos, narrados pela decisão de piso:

A fiscalização glosou a variação cambial passiva (R\$ 359.501.121,23) e a despesa com juros (R\$ 141.557.901,14) gerados por empréstimo (R\$ 5.294.450.949,90) que a Mittal BR tomou no exterior para aquisição das ações da Arcelor Brasil S/A no Brasil e de passivo gerado (R\$ 563.453.373,86 equivalente a US\$ 300.054.850,00) pela compra das ações da Arcelor Brasil S/A que se encontravam em poder da controladora no exterior Mittal NV. Estes valores se encontram no balanço da Mittal BR na data de sua incorporação (20/08/2007) e foram transferidos a sua sucessora (Arcelor Brasil S/A) e à sucessora de sua sucessora (ArcelorMittal, a autuada impugnante).

Existe clara correlação entre os valores glosados e o entendimento acerca da legitimidade do ágio, pois a fiscalização, ao desqualificar, para fins tributários, as operações que ensejaram o ágio entendeu, por via de consequência, considerar desnecessárias as despesas com o empréstimo obtido, para esse fim, no exterior.

De acordo com a narrativa fiscal, os argumentos para a glosa foram:

A fiscalizada enviou, para fins de amparar os empréstimos mencionados, contrato de "export prepayment agreement" entre Mittal BR (tomador) e Arcelor Investments S/A (emprestador), sediado em Luxemburgo, datado de 04/07/2007 (período em que aconteceram as aquisições de ações da Arcelor). O contrato em questão manifesta a intenção de emprestar até US\$ 5.000.000.000,00 a serem liquidados com futuros produtos a serem exportados, com juros estipulados em 10% ao ano.

Consta ainda, mapa de cálculo dos valores emprestados, das amortizações do principal, dos juros e do total pago.

Remeteram, também, contrato com os mesmos participantes do contrato anterior, datado de 04/12/2007, já constando a Arcelormittal como emprestador, por sub-rogação da Mittal BR. no valor de US\$ 3.223.899.350,34. Citam que parte será emprestada pela empresa Aceralia Construcciones (sediada em Madrid).

Portanto, vale para este capítulo, tudo aquilo que foi defendido exhaustivamente no capítulo de ágio internalizado, pois se a Mittal NV tivesse adquirido diretamente as ações da Arcelor Brasil, e não havia nada proibindo este procedimento, não existiria o empréstimo e nem haveria a necessidade de vender para a Mittal BR parte das ações adquiridas diretamente pela Mittal NV.

Os valores calculados pela autoridade fiscal, a partir das declarações da Recorrente, podem ser encontrados às fls. 71 a 73 do TVF e me parecem corretos.

Como a Mittal BR não tinha capacidade econômica para adquirir as ações da Arcelor Brasil os recursos financeiros foram obtidos do seu próprio controlador no exterior, a Mittal N.V.

Portanto, as despesas glosadas pela fiscalização decorreram da variação cambial passiva e dos juros relacionados aos empréstimos obtidos pela Mittal BR. Na exata medida em que se entenda, conforme já demonstrado neste voto, que tais despesas são fruto de artificialismo nas operações relativas à reorganização societária do grupo, que permitiu a formação do ágio, torna-se de rigor considerá-las como não enquadradas nos conceitos de usualidade e necessidade exigidos pelo artigo 299 do Regulamento do Imposto de renda:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

O raciocínio é direto e deve guardar correspondência lógica com o entendimento acerca do ágio, vale dizer, se a real adquirente das ações foi a controladora no exterior, que apenas utilizou a empresa veículo no Brasil, sendo certo que não houve uma real operação de compra e venda, dada a circularização do negócio, quaisquer despesas a título de variação cambial e juros, relativas aos empréstimos contraídos, simplesmente não podem ser dedutíveis, pois a desconsideração dos efeitos tributários da operação que envolveu o ágio automaticamente afasta o reconhecimento de outras despesas a ele inerentes.

Em relação ao argumento de que houve variação ativa no final de 2007 e que os cálculos realizados pela fiscalização estariam incorretos, parece-me que a análise dos documentos não corrobora a tese da defesa.

Nesse contexto, reproduzo e acolho o entendimento formulado na decisão da DRJ, posto que inexistem provas efetivas em contrário:

A impugnante ainda afirma, especificamente em relação à variação cambial, que a fiscalização deixou de considerar a variação cambial ativa, gerada pelo empréstimo, decorrente da valorização da moeda nacional ocorrida a partir de setembro de

2007. Afirma ainda que a Mittal BR e a Arcelor Brasil optaram pela tributação da variação cambial pelo regime de caixa e que a ArcelorMittal (antes denominada Belgo Siderurgia) optou pela tributação pelo regime de competência. Para embasar estas afirmações apresenta planilha (fl. 2687) e cópia parcial das declarações de rendimentos destas empresas.

Contudo, estes documentos não são hábeis para afastar a constatação, apontada pela fiscalização, de que foi excluído do lucro líquido para apuração do lucro real, a título de variação cambial passiva, ainda que tenha constado na declaração de rendimentos na linha “outras exclusões”, o valor total de R\$ 359.501.121,23, conforme comprovam os documentos (Livro de Apuração do Lucro Real – Parte A) de fls. 909 e 915. Neste ponto, cabe esclarecer que a variação cambial passiva foi deduzida via Lalur, já que estava sendo controlada na Parte B da sucessora, pois a Mittal BR tinha adicionado o respectivo valor na apuração de seu lucro real de encerramento pela incorporação.

Portanto, esta parcela do lançamento também deve ser mantida.

8. Dos lucros no exterior

A fiscalização autuou, a título de CSLL, os lucros auferidos no exterior pela controlada Acindar, localizada na Argentina, pelos seguintes motivos:

Em tese, os lucros apurados por tais controladas são passíveis de disponibilização para fim de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL do fiscalizado. Observo que foram considerados, apenas para fins de CSLL os lucros auferidos pela ACINDAR ACEROS, localizada na Argentina, motivada pela não cobertura do CSLL pelos Acordos para evitar bitributação entre o Brasil e a Argentina, pois tal contribuição tem natureza diversa do IRPJ.

Entendemos que a convenção entre Brasil e Argentina não abrange a CSLL, porque à época da assinatura do acordo, já existia a CSLL e não há menção, no tratado, de que a contribuição seria abrangida, ora se já existia e não foi arrolada no TDT indica que esta fora do alcance desse mesmo Tratado. Ainda, considere-se, que o parágrafo 3º do artigo 2º da convenção menciona que impostos que forem estabelecidos após a data de sua assinatura, ou seja, a CSLL foi constituída antes da oficialização do Tratado.

Por seu turno, entende a Recorrente que o Tratado para evitar a bitributação, celebrado entre Brasil e Argentina, produz efeitos em relação à CSLL.

Cumpre ressaltar, neste passo, que a decisão de primeira instância já havia afastado parte do valor exigido a título de CSLL, por erro na determinação da participação da autuada na controlada argentina:

A autuada também afirma que a fiscalização errou ao considerar 100% do lucro auferido pela controlada Acindar como sujeito à tributação, já que sua participação nesta empresa foi de 65,84% e 65,21% em 31/12/2006 e 31/12/2007.

Realmente a fiscalização considerou 100% dos lucros auferidos pela controlada estrangeira em 2006 e 2007, demonstrados no quadro 28 (fl. 2005) como sujeito à CSLL, sem em nenhum momento afirmar que a Acindar seria integralmente controlada pela fiscalizada. Pelo contrário, na única passagem em que cita percentual de participação, se refere a 66%, conforme documento datado de 07/05/2004 à equivalente argentina à nossa CVM (segundo parágrafo de fl. 2005). Além disto, na DIPJ relativa ao ano-calendário 2007, a contribuinte já havia declarado que detinha participação equivalente a 65,21% na controlada Argentina (fl. 1501).

Diante disto, e das demonstrações contábeis apresentadas pela impugnante e relativas aos exercícios findos em 31/12/2006 e 31/12/2007, que registram participação da interessada na Acindar Indústria Argentina de Aceros S/A nos percentuais respectivos de 65,84% (fl. 2719) e 65,21% (fl. 2756), cabe a redução do lançamento para que sejam tributadas pela CSLL somente a parcela dos lucros auferidos pela empresa estrangeira que sejam proporcionais à participação da empresa brasileira naquela.

CSLL	2006	2007
Lucro Acindar Argentina (a)	R\$ 648.002.032,00	R\$ 405.908.810,00
Percentual de Participação (b)	65,84%	65,21%
Lucro Atribuído à Autuada c=(a)X(b)	R\$ 426.644.537,87	R\$ 264.693.135,00
Demais infrações (d)	R\$ 392.390.782,92	R\$ 1.267.973.579,49
Infrações Mantidas (e)=c+(d)	R\$ 819.035.320,79	R\$ 1.532.666.714,49
Compensação Prejuízos Anteriores (f)=(e)X30%	R\$ 245.710.596,24	R\$ 459.800.014,35
Valor Tributável Mantido (g)=(e)-(f)	R\$ 573.324.724,55	R\$ 1.072.866.700,14
Alíquota (h)	9%	9%
CSLL mantida (i)=(g)X(h)	R\$ 51.599.225,21	R\$ 96.558.003,01

Contudo, apesar da correta adequação da base de cálculo ao lançamento da CSLL, efetuada pela DRJ, remanesce a questão jurídica sobre o aplicabilidade do tratado entre Brasil e Argentina para tal contribuição.

Importante frisar que a autoridade fiscal fundamentou a autuação **exclusivamente em razão da inaplicabilidade do tratado à CSLL**. Inexiste, nos autos, qualquer outro fundamento que justifique a medida.

Assim, entendo que, neste ponto, tem razão a Recorrente.

De plano, convém ressaltar que não se discute, no entendimento deste Relator, a supremacia dos tratados internacionais em relação à legislação interna, notadamente na seara tributária, por força do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Ocorre que aqui, ao contrário da discussão enfrentada no processo n. 10600.720035/2013-86, relativo à mesma contribuinte e semelhantes operações (lá cuida-se dos anos-calendário de 2008 e 2009), **o único fundamento da autuação** foi a não abrangência

da CSLL no acordo entre Brasil e Argentina, tanto assim que a fiscalização não lançou valores a título de IRPJ, diferente do que ocorreu naquele caso.

Em termos conceituais, sempre defendi a extensão dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a bitributação também para a CSLL, por diversos argumentos, entre os quais a proximidade lógica e quase identidade entre os dois tributos, além dos princípios da boa-fé, da reciprocidade e da transparência, que devem nortear as relações internacionais.

Também tenho defendido, há tempos, a compatibilidade entre a legislação nacional (notadamente o artigo 74 da MP n. 2.158-35) e o disposto no tratados, na esteira, inclusive, do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 2.588:

TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).

1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados:

1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros;

1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248);

1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada;

1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.

2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece:

2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;

2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei);

2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001. (grifamos)

Portanto, a regra geral do comando foi considerada conforme pelo STF, de sorte que os lucros auferidos por controlada no exterior devem ser computados na base de cálculo dos dois tributos.

Contudo, não se pode olvidar que o artigo 11 da Lei n. 13.202/2015 resolveu, (corretamente, no entendimento deste Relator e de grande parte da doutrina) a antiga questão sobre a pertinência da CSLL nos tratados para evitar bitributação em que a contribuição não fora expressamente prevista:

Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.

Portanto, a controvérsia está resolvida, e os preceitos relativos aos tratados devem ser estendidos à CSLL.

Assim, ao analisarmos o Termo de Verificação Fiscal constatamos que não houve autuação relativa ao IRPJ (ao contrário do lançamento efetuado em relação à controlada na Costa Rica, que não possui tratado com o Brasil), sob o argumento de que o imposto estaria albergado pelo tratado, entendimento que foi negado, pela fiscalização, em relação à CSLL.

A posição da fiscalização baseou-se **apenas no entendimento teórico** acerca da matéria, que hoje encontra-se prejudicado pela interpretação autêntica veiculada pelo legislador, de sorte que na **ausência de outros fundamentos para a autuação**, como o efetivo oferecimento dos valores à tributação no Brasil ou os cálculos pertinentes à apuração do resultado no país, entendo que deve ser cancelado o lançamento relativo à CSLL decorrente do resultado no exterior da controlada argentina Acindar.

Repita-se: defendo ser possível a coexistência entre os preceitos do artigo 74 da MP 2.158-35 e as regras para evitar a bitributação existentes nos tratados celebrados pelo Brasil, pois a lógica desses acordos enseja a tributação no país de residência de cada Estado

contratante. Mas, como no caso dos autos, a fiscalização utilizou **como único argumento** o não enquadramento da CSLL nas disposições do tratado, circunstância afastada pela legislação, com óbvios efeitos retroativos, a autuação não se sustenta e deve ser cancelada.

Torna-se desnecessária, na esteira dessa conclusão, a análise sobre a existência de créditos compensáveis para a controlada Acindar, em razão de pagamentos já efetuados no exterior.

No que tange à tributação do resultado obtido pela controlada **ArcelorMittal Costa Rica**, o argumento da defesa baseia-se nas seguintes premissas:

Em brevíssima exposição, a autoridade fiscal, na autuação que deu origem ao presente processo, acusa a Recorrente de ter deixado de adicionar ao lucro real e à base de cálculo do IRPJ e da CSLL o montante de R\$ 2.615.530,64, auferidos por sua controlada domiciliada na Costa Rica, ArcelorMittal Costa Rica S/A ("AM Costa Rica").

A recorrente, por ocasião da Impugnação, reconheceu parte desse montante apurado sobre os lucros auferidos através da controlada AM Costa Rica, tendo inclusive efetuado o recolhimento do IRPJ e da CSLL apurados sobre a base de R\$ 1.826.349,51. No entanto, a parcela restante da infração, no valor de R\$ 789.181,13, não pode prevalecer, conforme já sustentado na Impugnação e reiterado a seguir.

Pois bem. Em 2006 e 2007, a Recorrente detinha também participação societária na Trefilería Colima S.A. ("Colima"), igualmente domiciliada na Costa Rica.

Em 31.12.2007, a Colima apurou um Lucro Fiscal após compensações no montante de R\$ 13.943,07. Portanto, tendo em vista que a Recorrente possui um percentual de participação de 50%, o imposto de renda e a contribuição social, em correspondência a esta entidade, deveriam ter sido calculados sobre uma base de R\$ 6.971,53.

Acontece, porém, que a Recorrente erroneamente adicionou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social o montante de R\$ 796.152,66. Ou seja, adicionou em sua base de cálculo um montante a maior sobre os lucros auferidos pela Colima de R\$ 789.181,13.

De acordo com a Recorrente, houve apenas erro na transposição de resultados na DIPJ e que isso deveria ser considerado, em homenagem ao princípio da verdade material.

O fundamento para essa possibilidade de consolidação do resultado no exterior de controladas localizadas no mesmo país seria o artigo 4º da IN 213/02:

Art. 4º É vedada a compensação de prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 1º Os prejuízos a que se refere este artigo são aqueles apurados com base na escrituração contábil da filial, sucursal,

controlada ou coligada, no exterior, efetuada segundo as normas legais do país de seu domicílio, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996.

§ 2º Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.

§ 3º Na compensação dos prejuízos a que se refere o § 2º não se aplica a restrição de que trata o art. 15 da Lei nº 9.065, de 1995.

§ 4º A pessoa jurídica brasileira que absorver patrimônio de filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, de outra pessoa jurídica brasileira, e continuar a exploração das atividades no exterior, poderá compensar os prejuízos acumulados pela referida filial, sucursal, controlada ou coligada, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996, observado o disposto neste artigo.

§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, quando a matriz no Brasil indicar uma dessas filiais ou sucursais como entidade líder, os resultados poderão ser consolidados por país e os prejuízos de uma poderão ser compensados com os lucros de outra. (grifamos)

Contudo, nota-se que o artigo utilizado como fundamento pela Recorrente não lhe socorre, pois a regra geral trazida pelo dispositivo é justamente no sentido de não permitir a compensação de prejuízos de uma empresa no exterior com os lucros de outra.

Mesmo a sistemática do § 5º, evocada pela interessada, não se aplica à hipótese, em primeiro lugar porque não se tem notícia da indicação da entidade líder na Costa Rica e, além disso, o artigo não se preza a corrigir eventuais erros de declaração, que possuem rito e exigências próprias para sua correção.

Se a contribuinte cometeu algum erro deverá promover a retificação das declarações e buscar a compensação dos indébitos, posto que a supracitada norma da Receita Federal não autoriza a compensação do montante lançado de ofício com eventuais tributos indevidamente oferecidos à tributação.

Deve ser mantido, portanto, o lançamento efetuado pela autoridade fiscal quanto a este tópico.

9. Da taxa SELIC sobre a multa

Diz a Recorrente ser incabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, por ausência de dispositivo legal.

Contudo, parece-me indubitoso que a multa de ofício integra o conceito de obrigação tributária esposado pelo artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Como é cediço, o conceito de crédito tributário no Brasil engloba tributo e multa, como expressamente estabelece o artigo 43 da Lei n. 9430/96:

*Art.43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente **exclusivamente a multa ou a juros de mora**, isolada ou conjuntamente.*

*Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, **não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora**, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifamos)*

*Artigo 5º, § 3º, da Lei n. 9.430/96. As quotas do imposto **serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC**, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento. (grifamos)*

No mesmo sentido, impõe o Código Tributário Nacional que:

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

Do exposto podemos concluir que há disposição expressa para a cobrança de juros sobre multas, porque incluídas no conceito de crédito tributário, e que a taxa aplicável à espécie é a referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

Esse também é o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa da ementa a seguir transcrita (AgRg no REsp 1335688/PR – DJe de 10/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: **"É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário."** (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. (grifamos)

10. Do Recurso de Ofício

A Delegacia de Julgamento de São Paulo apresentou Recurso de Ofício em razão de a Turma ter afastado a qualificação da multa, reduzindo-a de 150% para 75%, para todos os lançamentos efetuados.

Entendeu a DRJ, por maioria, não ter sido comprovado dolo ou simulação na práticas dos atos que conduziram à reorganização societária, nos seguintes termos:

A autoridade fiscal entendeu que a contribuinte tinha consciência da ilicitude da reorganização societária engendrada, o que demonstraria o dolo e a prática de uma conduta fraudulenta a justificar o agravamento da multa de ofício.

Entendo que as operações e a estrutura societária criada pelo grupo empresarial não foram produto de simulação, de embuste, mas uma tentativa malsucedida de um planejamento tributário, fundado em uma visão estrita do conceito formal de legalidade.

O direito de se auto-organizar e de usar todas as formas legais para buscar a menor tributação possível são argumentos candentes dos defensores da liberdade irrestrita dos contribuintes em planejar sua vida fiscal.

Todavia, a autonomia privada encontra limites nos demais princípios que informam nossa matriz constitucional, valendo dizer que o negócio jurídico ou o planejamento tributário realizados devem encontrar fundamentação que não se restrinja à pretensão de fugir da tributação.

(...)

Por sua vez, a estrutura societária do grupo econômico e as operações engendradas pela contribuinte foram reveladas à autoridade fiscal a partir de documentos apresentados pela própria fiscalizada e que estavam disponíveis em órgãos públicos. Não há notícia de que a contribuinte tivesse dificultado o acesso da autoridade fiscal aos documentos ou que sua estrutura societária teria sido desvendada a partir de documentos que se encontravam ocultos e que, depois de descobertos pela fiscalização, revelaram a real substância do negócio.

Entendo que a decisão de piso não merece reparos.

Realmente, não constam dos autos provas capazes de comprovar o dolo específico do contribuinte, traduzido pela vontade consciente e deliberada de praticar atos em prejuízo do Estado.

Conquanto possamos considerar que a escolha e os procedimentos de reorganização societária adotados não ensejam a dedutibilidade do ágio, como já demonstrado ao longo deste voto, isso não implica, necessariamente, que houve qualquer fraude ou simulação, pois os documentos, registros e informações foram apresentados à autoridade fiscal e também se basearam em informações de conhecimento público.

A eleição de forma indevida para o aproveitamento de vantagens tributárias, por si só, não é condição suficiente para a qualificação da multa, embora constitua ilícito tributário, já penalizado com a multa de ofício.

A partir dessas considerações acolho o entendimento esposado pela decisão de piso.

Ante o exposto CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE parcial provimento, para cancelar o lançamento da CSLL relativo à autuação da controlada Acindar, assim como voto para NEGAR provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator