



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

<b>Processo nº</b>	10845.722254/2011-65
<b>Recurso nº</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>1102-000.875 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	12 de junho de 2013
<b>Matéria</b>	AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.
<b>Recorrente</b>	COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA
<b>Recorrida</b>	FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

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

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

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.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

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

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO.

O ágio efetivamente pago, em uma operação conduzida entre partes independentes, e fundamentado na rentabilidade futura da coligada ou controlada, ou na mais valia de bens do seu ativo, é passível de amortização, nos prazos e condições estabelecidos em lei. A forma adotada para a aquisição da participação societária, por intermédio de sociedade criada especificamente para este fim (empresa “veículo”), quando orientada por legítimos propósitos negociais, não pode ser desconsiderada pelo fisco. A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, que determine a extinção da participação societária anteriormente adquirida com ágio, a amortização desse ágio deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, e produz efeitos fiscais.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

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

TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE. CSLL.

Não há previsão em lei para a adição ao lucro líquido das despesas com a amortização do ágio que, corretamente registradas na escrita comercial, afetam o valor do resultado do exercício, ponto de partida para o cálculo da contribuição social sobre o lucro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, vencido o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, que dava provimento parcial apenas para desqualificar a multa de ofício aplicada.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, contra acórdão proferido pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo-I, que concluiu pela procedência do lançamento de ofício efetuado, e cuja ementa transcreve-se, *sic*:

### "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 negocial ou societária, especialmente quando a incorporada teve o seu capital integralizado com o investimento originário de aquisição de participação societária da incorporadora (ágio) e, ato contínuo, o evento da incorporação ocorreu em lapso temporal próximo.

### ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade de atos insertos no ordenamento jurídico.

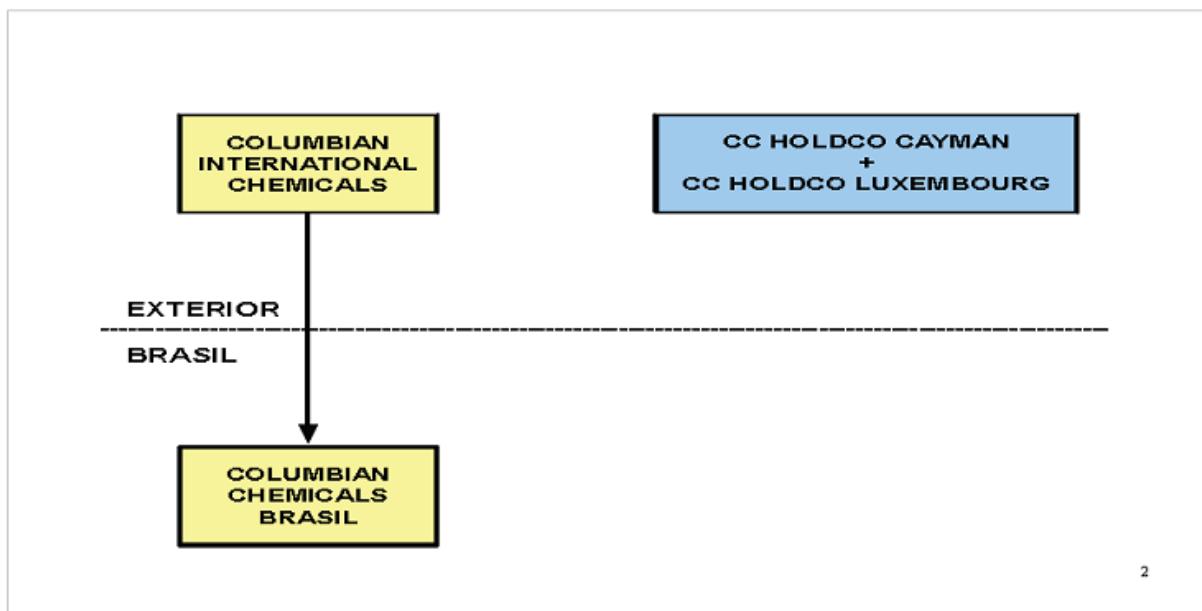
**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.. JUROS DE MORA - TAXA SELIC. CABIMENTO.**

São cabíveis, na forma dos autos, por expressa disposição legal, as exigências de multa de ofício e de juros de mora.”

O lançamento abrange o Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, relativos aos anos-calendário 2006 a 2010, perfazendo um crédito tributário total de R\$ 64.049.984,29, aí já incluídos os juros de mora calculados até 29.07.2011, e a multa de ofício de 150%.

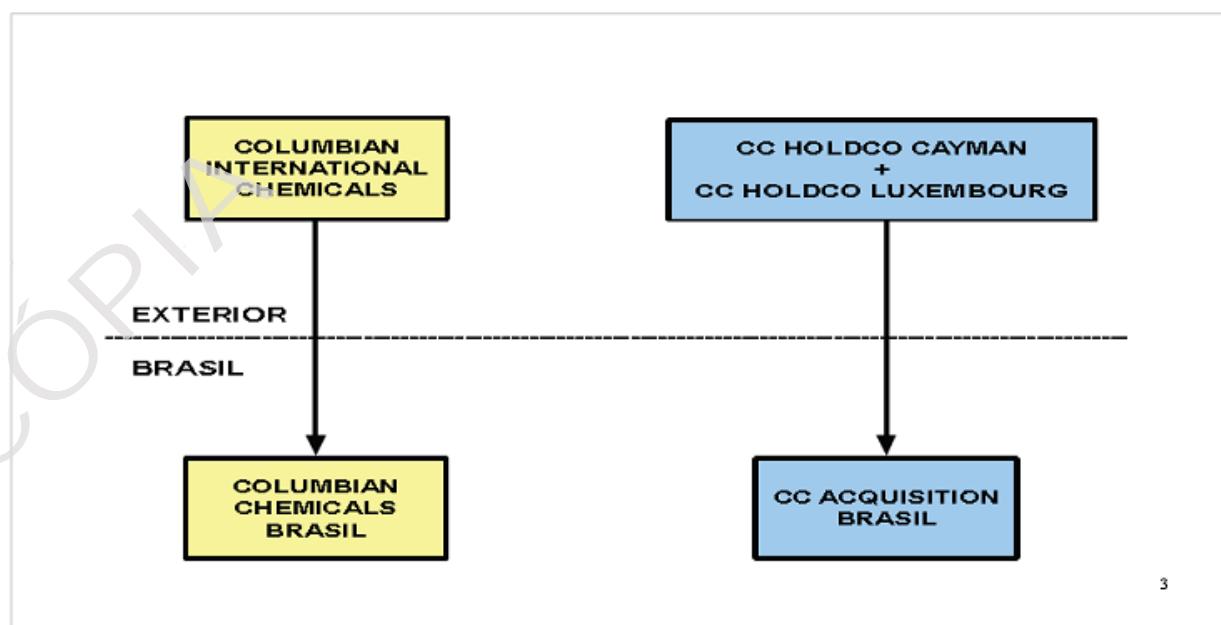
Reproduzo, a seguir, trecho do Termo de Verificação Fiscal de fls. 867 a 910, que contém uma síntese dos fatos que deram origem ao ágio, no caso concreto:

- A empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA era uma subsidiária integral da sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION.

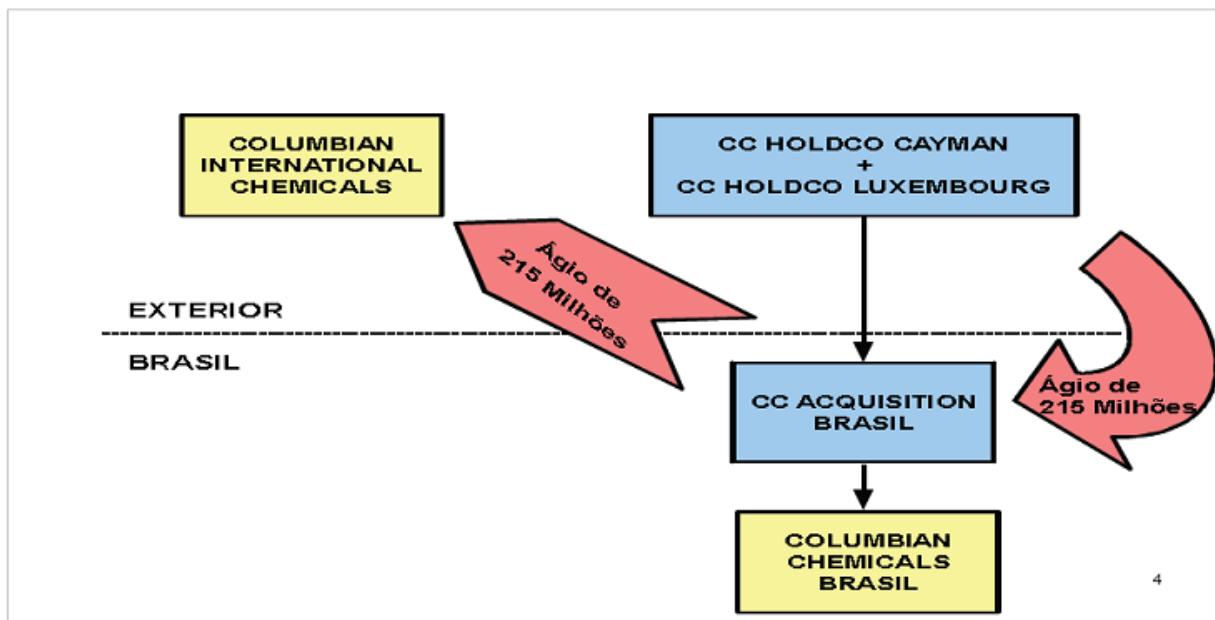


2

- Em 06/02/2006, foi constituída a empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como seus 2 (dois) únicos sócios as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L (99,90% de participação no capital social) e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD (0,10% de participação no capital social).

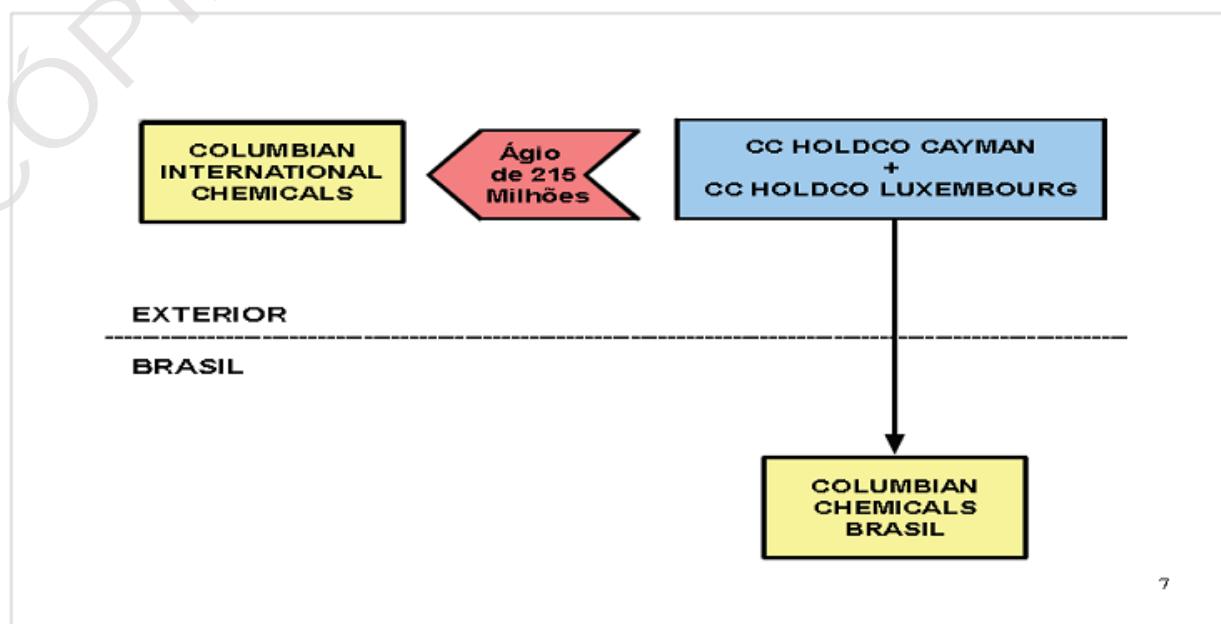


- Em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD integralizaram, em dinheiro, o aumento do capital social da sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, e ainda a sociedade CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L emprestou, a título de mútuo, recursos à sociedade CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, tendo como objetivo o pagamento à sociedade COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, através da empresa veículo CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA, do ágio no valor de R\$ 215.159.478,40 referente à aquisição da empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.



- Em 14/07/2006, a empresa CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA é incorporada pela empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA que passa, a partir dessa data, a amortizar o referido ágio.

De acordo com a autoridade fiscal, a real operação econômica ocorrida, foi a de que, em 16/03/2006, as sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, sediadas no exterior, adquiriram a empresa COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA pagando à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION também no exterior, o ágio de R\$ 215.159.478,40, de acordo com a seguinte representação gráfica:



Assim, o que houve foi tão somente o pagamento efetuado por um não residente a outro não residente, pela aquisição de uma empresa domiciliada no Brasil. O ágio foi desembolsado no exterior e deveria ter sido lá contabilizado pela compradora estrangeira. O uso da empresa veículo teve como único objetivo carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida, reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Uma operação de compra e venda entre não residentes foi travestida de investimento direto e empréstimo. Os recursos financeiros desta aquisição apenas transitaram pelo território nacional, e em um único dia (16/03/2006), pois tiveram como origem e destino empresas no exterior. A empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta logo em seguida à operação realizada, de modo que os recursos que entraram no país não podem ser caracterizados como capitais estrangeiros conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62.

Ao analisar os documentos apresentados pela fiscalizada durante o curso do procedimento de ofício, a fiscalização constatou algumas circunstâncias, as quais fez constar do seu relatório, e que busco abaixo sintetizar:

- Na data da aquisição da fiscalizada, o seu capital pertencia à COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (899.385.036 quotas, ou 99,99% de participação societária) e a Roberto Cierro (14 quotas, ou 0,01% de participação societária);

- A COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, em 16/03/2006, transferiu a totalidade das suas quotas para a CC ACQUISITION CO. PARTICIPAÇÕES LTDA [doravante CC ACQUISITION], a qual está localizada no mesmo endereço que a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA [doravante CCB, ou

fiscalizada]. O administrador da CC ACQUISITION, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, é também diretor-presidente da CCB;

- Já o sócio Roberto Cierro transferiu, nessa mesma data, a totalidade de suas quotas para CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L.;

- Quando da incorporação da CC ACQUISITION pela CCB, em 14/07/2006, o capital social da fiscalizada ficou assim distribuído: CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L. com 898.485.665 quotas, ou 99,90% de participação, e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, com 899.385 quotas, ou 0,10% de participação;

- A CC HOLDCO (CAYMAN) LTD tem como procurador o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, o qual é também administrador da CC ACQUISITION e diretor-presidente da CCB;

- A CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L. tem como procurador o Sr. Roberto Cierro, ex-sócio da CCB, que anteriormente transferira as suas quotas justamente para a CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L.;

- A CC ACQUISITION CO. PARTICIPAÇÕES LTDA, constituída em 06/02/2006, tinha o seu capital assim distribuído: CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L – 22.977 quotas – R\$ 22.977,00 – 99,90% de participação societária, e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD – 23 quotas – R\$ 23,00 – 0,10% de participação societária;

- No seu Contrato Social, os procuradores dos dois sócios são os mesmos, ou seja, os Srs. Carlos Flexa Ribeiro e Bernardo Medeiros Coelho da Rocha, sendo administrador da Sociedade o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto;

- A Sociedade “*tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA*”;

- No Protocolo de Incorporação e Justificativa referente à incorporação da CC ACQUISITION pela CCB, em que as empresas declinam as razões “de ordem administrativa, econômica e financeira” que justificam a operação, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto assina por ambas (pela primeira como Administrador, e pela segunda como Diretor Presidente);

- Na Ata da Reunião de Sócios da CC ACQUISITION, realizada em 14/07/2006, em que foi aprovado o referido “Protocolo” e deliberada a extinção da Sociedade devido à sua incorporação pela CCB, o procurador dos seus dois sócios é o administrador da incorporada, o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto;

- Na Ata da reunião Mensal da Gerência da CCB, realizada em 28/07/2006, consta ter sido deliberado que a amortização do ágio “*registrado contabilmente por ocasião da incorporação da CC Acquisition Brasil Ltda., será de 1/60 avos ou 5 anos com base na rentabilidade futura projetada para a CCB*”.

Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 02, informou a fiscalizada que o valor do ágio pago na aquisição da CCB pela CC ACQUISITION, no valor de R\$ 215.159.478,41, quando da posterior incorporação desta por aquela, foi alocado contabilmente

em mais valia dos bens do ativo imobilizado, no montante de R\$ 172.211.739,32, e em rentabilidade futura, no montante de R\$ 42.947.739,09.

A fiscalização não aceitou a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio registradas contabilmente pela fiscalizada, entendendo que as mesmas deveriam ter sido objeto de adição ao lucro líquido para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No que tange à depreciação dos bens do imobilizado onde foi apropriada uma parcela do ágio proveniente da aquisição da CCB pela CC ACQUISITION, o contribuinte apresentou uma planilha (arquivo digital denominado “Relacao Bens Imb Agio”) na qual informou o valor residual dos bens antes da apropriação do ágio e o valor total dos bens após a apropriação do ágio, sendo que a diferença corresponde justamente ao valor do ágio apropriado para cada bem. Informou também o percentual mensal de depreciação e a vida útil restante desses bens.

A partir desses dados, a fiscalização calculou, do valor total da depreciação mensal dos bens, qual a parcela que se referia à depreciação sobre o ágio apropriado e que, portanto, deveria ter sido objeto de adição ao lucro líquido para o cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo de se observar que chegou, por meio desses cálculos, a valores distintos daqueles que a própria fiscalizada entende corresponderem à parcela do ágio apropriado.

A fiscalização intimou a recorrente a explicar essas divergências. Em resposta, informou o contribuinte que as divergências representam “*tão somente a diferença nos conceitos de apresentação do ágio*”, e apresentou um exemplo numérico para um bem hipotético, o qual foi transscrito para o Termo de Verificação Fiscal, e que abaixo se transcreve, dado o seu caráter elucidativo:

Antes do Ágio	Unidades Monetárias (U.M.)		
Valor corrigido	80		
Depreciação acumulada	-20		
Valor Residual	60		
Depreciação Período	8		
Após o Ágio	Unidades Monetárias (U.M.)		
Valor antes Ágio	60		
Ágio	40		
Valor após Ágio	100		
Depreciação Período	10		
Comparação entre os métodos	CCB	RFB	Diferença
Depreciação do Bem	8	6	-2
Depreciação do Ágio	2	4	2
Depreciação Total	10	10	0

No tópico do relatório fiscal intitulado “Indedutibilidade do ágio”, a fiscalização expõe, com maior detalhe e profundidade, os motivos para a não aceitação da redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme os diversos sub-tópicos do relatório: falta de propósito negocial, uso de operações estruturadas em sequência, incorporação às avessas, inexistência operacional e administrativa da empresa “veículo”, sua curta existência formal, sua utilização para fins exclusivamente tributários, o fato de que a empresa veículo (compradora) e a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (empresa vendedora) passaram a pertencer em 16/03/2006 ao mesmo grupo

econômico, o fato de que o Laudo de Avaliação a valor de mercado da CCB foi realizado por empresa do grupo econômico adquirente, e não por empresa especializada e independente das partes.

Para comprovar que compradora e vendedora passaram a integrar um mesmo grupo econômico, a fiscalização apresentou organogramas simplificados que demonstram que, no período anterior ao dia 16/03/2006, a CC ACQUISITION (compradora) tinha como controladores indiretos a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO, enquanto que a CCB (fiscalizada) possuía como controlador indireto a PHELPS DODGE CORPORATION (esta possuía o controle de 100% da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, que por sua vez possuía o controle de 100% da COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, que por sua vez possuía o controle de 100% da CCB)

E, no dia 16/03/2006, teriam ocorrido duas operações, de acordo com o fisco.

Na primeira, o grupo econômico liderado pela PHELPS DODGE CORPORATION, de acordo com informações do "site" da *Securities And Exchange Commission*, vendeu, para a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO, a COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias (o que inclui, portanto, a CCB). Esta informação também é confirmada no "site" da ONE EQUITY PARTNERS. Portanto, no dia 16/03/2006, a vendedora (a controladora da CCB) passou a pertencer aos mesmos controladores aos quais já pertencia a empresa veículo compradora (CC ACQUISITION), ou seja, a ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO.

Na segunda operação realizada em 16/03/2006, tem-se a venda da CCB para a CC ACQUISITION, ou seja, uma venda realizada entre partes (compradora e vendedora) pertencentes a um mesmo grupo econômico.

A fiscalização aplicou a multa qualificada (150%) às infrações, por entender que o contribuinte agiu dolosamente, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à reestruturação societária promovida e à dedutibilidade das despesas de amortização e depreciação do ágio, buscando induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nas circunstâncias em que ocorrida, é inoponível à Fazenda.

Cientificada do feito em 05/08/2011, apresentou o contribuinte, em 05/09/2011, sua impugnação, de fls. 952 a 1026, argüindo, em síntese, o seguinte:

Os créditos tributários lançados, decorrentes de operações ocorridas anteriormente a 05/08/2006, tendo em vista a ciência dos lançamentos em 05/08/2011, estão fulminados pela decadência, em razão do disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

O prazo decadencial para as autoridades fiscais contestarem operações envolvendo a geração do ágio deve ser contado a partir da data da incorporação da Adquirida pela Adquirente (geração da perda). Este entendimento está fundamentado em quatro distintas premissas, a saber:

Primeira premissa: o lançamento fiscal que será homologado pelas autoridades fiscais ocorre no momento em que a perda é gerada (incorporação da Adquirida pela Adquirente). A legislação anterior à Lei nº 9.532/97 determinava que a amortização do

ágio deveria ser integralmente tomada na data da incorporação, que é o momento em que a perda é gerada. A Lei nº 9.532/97 apenas estabeleceu um prazo para o deferimento dessa perda — que continua a ser gerada na incorporação — como forma de evitar uma diminuição drástica na arrecadação fiscal das empresas nessas situações.

Segunda premissa: não existe norma específica que autorize as autoridades fiscais a contestarem ágios gerados há mais de cinco anos. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com os prejuízos fiscais, onde há legislação que condiciona o seu aproveitamento fiscal à manutenção dos livros e documentos comprobatórios do seu montante, no caso da amortização fiscal do ágio, inexiste dispositivo semelhante.

Terceira premissa: uma autuação fiscal que pretenda contestar operações ocorridas há mais de cinco anos ofende ao princípio da segurança jurídica, abrindo precedente perigosíssimo para a estabilidade das relações jurídicas e sociais.

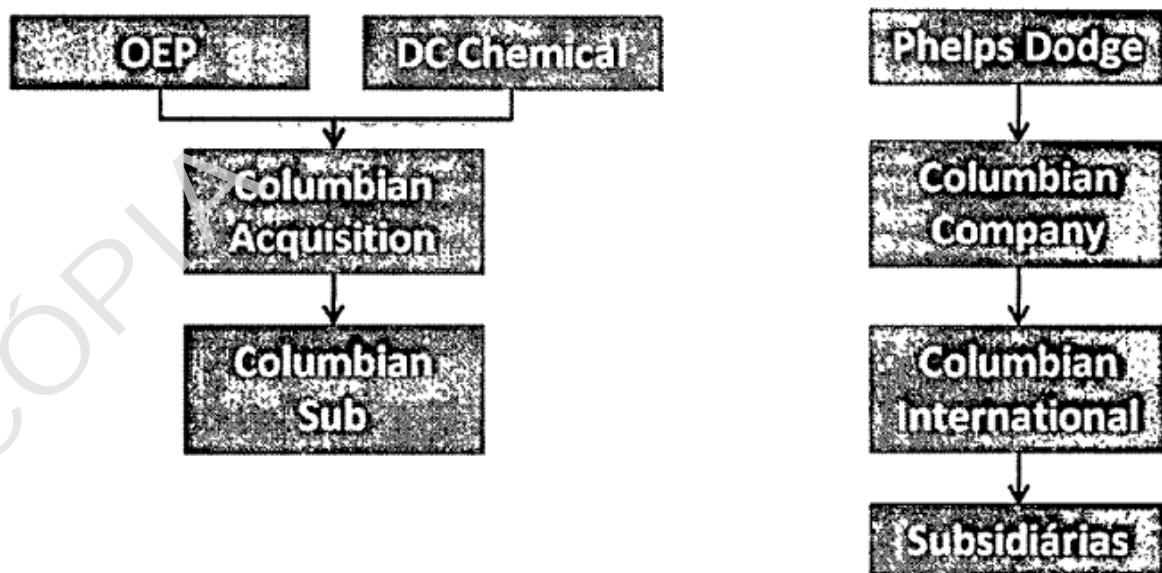
Quarta premissa: no momento em que ocorre a efetiva amortização fiscal do ágio, as autoridades fiscais podem apenas contestar aspectos formais relacionados à sua dedutibilidade, tais como a observância do limite de 1/60 avos. Ou seja, a análise é da dedutibilidade em si, e não dos negócios jurídicos que deram origem ao crédito fiscal no passado.

Portanto, todos os questionamentos feitos pela fiscalização relativos à dedutibilidade da amortização do ágio encontram-se fulminados pela decadência, visto que os valores foram gerados em 14/07/2006 (momento da incorporação).

Historiando os fatos, esclarece a recorrente que, no final de 2005, com o objetivo de investir no mercado de “negro de fumo” (produto utilizado na fabricação de pneus, artefatos de borracha, plásticos e tintas), a One Equity Partners (“OEP”) – empresa de investimentos do Grupo JP Morgan – juntamente com o Grupo DC Chemical (“DC Chemical”), decidiram adquirir a Columbian Chemicals do Grupo Phelps Dodge.

Com esse propósito, a OEP e a DC Chemical constituíram duas sociedades distintas: (i) Columbian Chemicals Acquisition LLC (“Columbian Acquisition”); e (ii) Columbian Chemicals Merger Sub, Inc. (“Columbian Sub”). Essas empresas foram utilizadas para centralizar os investimentos a serem adquiridos pela OEP e pela DC Chemical nas diversas subsidiárias da Columbian Chemicals ao redor do mundo.

A estrutura societária anteriormente à venda foi assim representada pela recorrente:



O processo de aquisição do Grupo Columbian Chemicals pela OEP e pela DC Chemical se deu em três etapas distintas:

Na primeira etapa, em 15.11.2005, a Columbian Acquisition e a Columbian Sub assinaram um contrato denominado “Master Agreement and Plan of Merger” com a Phelps Dodge Corporation e a Columbian Company (docs. nº 7 e 8 da impugnação), por meio do qual foram tão somente estabelecidas as diretrizes para a efetiva operacionalização da aquisição.

Na segunda etapa, o Grupo OEP/DC Chemical constituiu sociedades específicas em cada uma das jurisdições em que a Columbian Chemicals atuava, transferiu recursos a título de aumento de capital e de mútuo para cada uma dessas sociedades constituídas (dependendo dos índices de liquidez e da necessidade de financiamento em cada uma), e as utilizou para a aquisição das subsidiárias da Columbian Chemicals.

Na terceira etapa, a empresa Columbian Sub (detida pela OEP/DC Chemical) foi incorporada pela Columbian Company (empresa então detida pela Phelps Dodge), e, na mesma operação, a Columbian Acquisition pagou o preço de aquisição de USD 184.610.000,00 para que as ações detidas pelo Grupo Phelps Dodge fossem canceladas.

Esse processo foi uniformemente adotado em cada uma das jurisdições nas quais a Columbian Chemicals atuava, além do Brasil (Itália, Hungria e Canadá). Não se trata, portanto, de operação delineada para o aproveitamento de benefícios fiscais no Brasil, mas sim de estratégia da OEP e DC Chemical para tratar cada uma de suas subsidiárias de forma independente, com a estrutura de capital que fosse mais adequada, estratégia esta que possibilita o registro integral da participação no Banco Central de cada uma das jurisdições, bem como a transferência da dívida utilizada para a aquisição da Columbian Chemicals para cada uma das unidades locais, a fim de que seja amortizada pela própria entidade operacional.

A estrutura utilizada permite ainda o livre retorno do capital aplicado em determinado país, a melhor organização dos negócios do investidor estrangeiro, e a alocação, de forma justa, da tributação do ganho de capital auferido em cada uma das jurisdições.

Tampouco se trata, no caso, de operação realizada dentro do mesmo grupo econômico, mas sim de uma transação de aquisição efetiva, realizada entre partes independentes e não relacionadas.

A independência entre a Columbian Brasil e a CC Participações pode ser demonstrada pelos seguintes documentos anexos à impugnação: Master Agreement, Organograma da Columbian Brasil antes da aquisição, Relatório do CADE aprovando a transação, Demonstrações Financeiras da Phelps Dodge, Informações divulgadas pela OEP, Obtenção dos recursos para a aquisição da Columbian Chemicals e todas as suas subsidiárias (vendidas pelo Grupo Phelps Dodge para o Grupo OEP/DC Chemical) através de empréstimo concedido por diversas instituições financeiras internacionais.

Além disto, a aquisição da Columbian Brasil ocorreu com o pagamento em dinheiro, a partir do Brasil, com o reconhecimento do ganho de capital e consequente recolhimento do IRF e da CPMF. A operação foi legitimamente efetuada a partir do Brasil e os tributos respectivos foram pagos às autoridades fiscais brasileiras.

Após detalhada exposição das suas razões de direito, reforçadas com citações de doutrina e jurisprudência, sumariza a recorrente em uma tabela, abaixo reproduzida, os principais argumentos utilizados pelas Autoridades Fiscais para sustentar o lançamento, bem como as razões pelas quais estes argumentos não devem prosperar:

Argumento das Autoridades Fiscais	Equívoco cometido pela D. Fiscalização
<u>Argumento 1:</u> A compra e venda das ações da Columbian Brasil foi realizada entre empresas do mesmo Grupo Econômico	A operação foi realizada entre partes independentes, com o financiamento por instituições financeiras internacionais, sem que se possa falar em ágio gerado dentro do mesmo grupo econômico. Por essa razão, o ágio é válido e deveria ter sido registrado pela CC Participações quando da aquisição das quotas da Columbian Brasil.
<u>Argumento 2:</u> A operação não possui efetivos propósitos negociais, tendo sido realizada com o objetivo exclusivo de aproveitamento fiscal do ágio e com a utilização de empresa veículo (CC Participações)	A operação possui propósitos econômicos e negociais efetivos. Isso porque: (i) a estrutura de aquisição a partir de cada uma das jurisdições faz parte da política de investimentos do Grupo adquirente, permitindo o tratamento individualizado das subsidiárias e a potencialização dos lucros auferidos com o investimento; (ii) a estrutura permite que o investidor estrangeiro registre a integralidade do investimento no Banco Central de cada uma das jurisdições; e (iii) a única forma de transferência da dívida utilizada para aquisição da Columbian Chemicals para cada uma das unidades locais é a partir da constituição de empresas específicas em cada uma das jurisdições e posterior incorporação.
<u>Argumento 3:</u> O investimento na CC Participações não podia ser qualificado como "capital estrangeiro" ou "investimento direto"	O investimento na CC Participações consistia em efetivo investimento estrangeiro direto, que era registrado e fiscalizado pelo Banco Central. As DD. Autoridades Fiscais não possuem competência para afirmar que o investimento efetuado pela Requerente não possui a natureza de investimento direto.
<u>Argumento 4:</u> A operação de incorporação às avessas não gera o direito à amortização fiscal do ágio	A legislação, doutrina e jurisprudência são unâmes ao afirmar que é permitida a amortização de ágio nas situações em que a Adquirida incorpora a Adquirente.
<u>Argumento 5:</u> O laudo de avaliação não é válido, uma	O laudo elaborado é válido, uma vez que: (i) a legislação fiscal exige apenas que o ágio seja fundamentado em demonstrativos;

vez que foi elaborado pela própria OEP	(ii) O laudo elaborado pela OEP foi efetuado com critérios técnicos, por pessoas especializadas e com metodologia consistente; (iii) os laudos posteriormente elaborados no Brasil apenas ratificaram o laudo elaborado pela OEP, segregando o valor do ágio entre mais-valia de ativos (ou menos-valia, quando aplicável) e expectativa de rentabilidade futura; e (iv) O procedimento adotado, além de estar de acordo com as melhores práticas contábeis, beneficiou os cofres públicos.
--	---

A seguir, esclarece a recorrente que o procedimento por ela adotado para o cálculo e amortização do ágio fundamentado na mais-valia de ativos (ou menos-valia, conforme o caso) observou estritamente o disposto no inciso I e § 1º do artigo 7º da Lei nº 9.532/97, que estabelecem que o valor do ágio deve integrar o custo do bem ou direito para efeito de apuração do ganho ou perda de capital, bem como de depreciação, amortização ou exaustão.

E observa que o cálculo feito pela fiscalização, que apresentou apenas o que seria a depreciação do ágio relativo à mais-valia dos ativos, é parcial, pois não levou em consideração o valor original dos ativos. O cálculo fiscal, portanto, deve ser desconsiderado, já que é contrário à legislação. Além disto, a fiscalização não explicou qual o critério adotado para chegar às diferenças que encontrou, alegando apenas que utilizou taxas diferentes de depreciação.

*Ad argumentandum*, se a operação realizada fosse invalidada e a amortização do ágio fosse considerada indevida, então todos os reflexos tributários decorrentes da transação deveriam ser anulados, ou seja, o IRF e a CPMF efetivamente pagos na operação (Docs. nº 23 e 24 da impugnação) deveriam ser restituídos ao contribuinte, ou então descontados do valor do crédito tributário aqui exigido, devidamente atualizados pela taxa SELIC.

*Ad argumentandum*, ainda que fosse admitida a exigência do principal, não poderia ser aplicada a multa majorada de 150%, pois, conforme restou demonstrado, não ocorreu simulação, abuso de direito ou qualquer tipo de fraude neste caso. Todos os negócios celebrados conferiram e transferiram direitos para os seus verdadeiros titulares, os negócios contêm apenas declarações, condições e cláusulas verdadeiras, e nenhum documento foi antedatado ou pós-datado. Todos os institutos jurídicos utilizados foram lícitos e não ocorreu qualquer ato contrário à legislação, não havendo nenhuma falsificação de documentos ou omissão de informações.

*Ad argumentandum*, ainda que fosse o caso de simulação, seria inaplicável a multa agravada, pois as operações foram executadas às claras e devidamente contabilizadas pelas empresas envolvidas, não se verificando, portanto, qualquer tentativa de ocultar a ocorrência do fato gerador. Ademais, as operações praticadas pela recorrente foram efetuadas antes de qualquer incidência tributária.

Em razão do exposto, não há que se falar em intuito de fraude, de sorte que, se alguma multa fosse devida, seria a de 75%, em face de mera divergência na interpretação de normas tributárias.

Além disto, a multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Por fim, sustenta que os de juros de mora não devem incidir sobre o valor das multas aplicadas de ofício, e que a taxa SELIC é inaplicável para fins tributários, devendo ser desconsiderada no cômputo do crédito tributário.

Protesta pela posterior juntada de documentos até a prolação da decisão pelas autoridades julgadoras, e informa que tem interesse em realizar sustentação oral perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A 2<sup>a</sup> Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo-I, ao apreciar a lide, rejeitou a preliminar de decadência, e, no mérito, manteve integralmente o lançamento efetuado e seus consectários legais, inclusive a multa qualificada. Ademais, o colegiado *a quo* tampouco acatou o pleito da recorrente de dedução do IRF e da CPMF recolhidos no ano de 2006, ao fundamento de que o aproveitamento de qualquer pagamento a maior ou indevido deve obrigatoriamente obedecer os trâmites previstos na Instrução Normativa RFB nº 900/2008, a qual disciplina a restituição e a compensação de tributos, não podendo tal pleito, portanto, ser objeto de análise nos presentes autos.

Cientificada desta decisão pessoalmente em 11.06.2012 (fls. 1735), a contribuinte interpôs recurso voluntário em 12.06.2012 (fls. 1737 a 1811), no qual reprisa integralmente os argumentos expostos por ocasião da inicial.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pela manutenção integral do lançamento tributário, conforme efetuado e reconhecido pela autoridade julgadora *a quo*.

Em sede de argumentação subsidiária, três pontos das contrarrazões apresentadas pela Fazenda merecem destaque:

Caso se entenda que o ágio registrado pelo contribuinte é legítimo e legal, a parcela que foi amortizada nos termos do inciso III do artigo 386 do RIR/99 (com supedâneo na rentabilidade futura da participação societária adquirida) não pode ter a sua dedutibilidade reconhecida, por inobservância dos requisitos legais. Tendo em vista que o documento trazido pelo contribuinte (suposto laudo econômico que, segundo ele, atestaria o fundamento econômico do ágio amortizado) se encontra em língua estrangeira, não há como aferir nada do seu conteúdo, sequer se ele se refere à operação que deu ensejo ao ágio discutido.

Caso se entenda que o recolhimento do IRRF sobre o ganho de capital seja motivo suficiente ao reconhecimento da legitimidade do ágio amortizado e depreciado, o eventual reconhecimento dessa legitimidade deve ser proporcional à base de cálculo do IRRF recolhido. Com base no valor recolhido pela empresa CC PARTICIPAÇÕES quando do envio de recursos à empresa COLUMBIAN CORPORATION (R\$ 12.039.107,21), vê-se que o valor do ágio (ganho de capital) supostamente enviado ao exterior foi de apenas R\$ 80.260.714,73 (considerando-se a alíquota de 15%). Contudo, o valor do ágio registrado pelo contribuinte é de R\$ 215.159.478,40, o que deveria proporcionar um IRRF a ser recolhido de R\$ 32.273.921,76. Portanto, o recolhimento do IRRF feito não pode servir como fundamento de validade do ágio registrado, mas, se o CARF eventualmente reconhecer essa relação de validade, deve limitar o montante do ágio a ser reconhecido ao valor do ganho de capital que serviu de base de cálculo do IRRF recolhido, ou seja, R\$ 80.260.714,73.

Por fim, caso se entenda que a despesa com amortização do ágio registrado pelo contribuinte seja dedutível, o efeito fiscal se dá apenas na apuração do lucro real, não

havendo que se falar na dedutibilidade dessa despesa na apuração da base de cálculo da CSLL, por inexistência de expressa autorização legal para tanto.

É o relatório.

**Voto**

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Em sede de preliminares, sustenta a recorrente que os créditos tributários lançados estariam todos fulminados pela decadência, e isto porque o prazo decadencial deve ser contado a partir da “geração da perda” (no caso, a data da incorporação da adquirida pela adquirente — 14/07/2006), sendo que a ciência do lançamento se deu em 05/08/2011.

Não lhe assiste razão.

A contagem do prazo decadencial, nos termos do CTN, tem como norte o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Este direito surge com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que será constituída. Se não há fato gerador, não há prazo decadencial a ser contado. Ao contrário do que sustenta a recorrente, o mero registro, no ativo diferido, de um ágio amortizável decorrente de uma operação societária de incorporação, fusão ou cisão, não constitui fato gerador de nenhum tributo federal.

No caso, as despesas que foram consideradas indedutíveis pela fiscalização (fatos geradores da obrigação tributária) são aquelas que impactaram o resultado tributável da recorrente nos anos-calendários de 2006 a 2010. Tomando-se o ano mais antigo, de 2006, no qual a apuração do imposto de renda se fez pelo regime do lucro real anual, tem-se que o lançamento foi efetuado dentro do prazo quinquenal de que dispõe o fisco, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

Não há dúvidas de que o fisco possui a prerrogativa de examinar fatos passados, mesmo que muito distantes no tempo, desde que deles extraia e atribua repercussão tributária apenas aos exercícios ainda não atingidos pela decadência.

Neste sentido alinharam-se tanto o art. 195 do CTN, quanto o art. 37 da Lei nº 9.430/96, ao expressamente determinarem a guarda, pelo contribuinte, de todos os documentos relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros “*até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios*”.

Em comentário ao § 3º do art. 264 do Regulamento do Imposto de Renda — RIR/99, que tem por base legal o art. 37 da Lei nº 9.430/96, seus autores ilustram com o seguinte exemplo a aplicabilidade do dispositivo em questão:

**CÓPIA**

“1 – GUARDA DE COMPROVANTES - PRAZO – Esse dispositivo não representa uma “nova regra de decadência”, como a primeira vista aparenta. A compensação de prejuízo fiscal é um bom exemplo para ilustrar a sua aplicação. Deveras, a compensação de prejuízo fiscal, com a atual limitação de 30% do lucro real ajustado, pode levar, por exemplo, mais de 10 anos para esgotar o saldo do prejuízo apurado num exercício. Se essa compensação findar-se no décimo ano, a empresa deve fazer a comprovação da existência desse prejuízo no momento de sua compensação (décimo ano), apresentando a documentação de 10 anos atrás para comprovar a geração pretérita do prejuízo. Contando do décimo ano (ano em que se operou a compensação), o Fisco tem cinco anos para fiscalizar esse fato, agindo portanto no período ainda não atingido pela decadência. Se não for comprovada a existência do prejuízo compensado, haverá a glosa dessa compensação. Todavia, o resultado do período-base em que se originou o prejuízo (10 anos atrás) não pode ser atingido pela fiscalização, pois está protegido pela decadência.”<sup>1</sup>

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do CARF a seguir:

“DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, quando têm impacto tributário em exercícios não atingidos pela caducidade. No caso, a restrição decadencial volta-se à impossibilidade do lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.” (**Acórdão 1102-000.657, sessão de 31 de janeiro de 2012, relator Leonardo de Andrade Couto**)

“PERDA DO DIREITO DO FISCO DE REVISAR ATOS PASSADOS. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPROVAÇÃO.

O transcurso do prazo decadencial, que conduz à perda do direito do fisco de praticar o ato de lançamento, não dispensa o contribuinte da guarda dos documentos que lastreiam os registros contábeis, de modo a comprovar a efetiva existência de fatos, ocorridos em períodos passados, que repercutem em exercícios futuros. Se o tempo não pode desfazer o que se consolidou, também não pode transformar em verdadeiro o que não era real.” (**Acórdão 1102-000.785, sessão de 8 de agosto de 2012, relator João Otávio Oppermann Thomé**)

Claro está, portanto, que os fatos escriturados, cujos efeitos jurídicos se projetam para o futuro, podem ser objeto de verificação e análise, por parte do fisco, a qualquer tempo, independente da época que os fatos foram produzidos, pois a limitação decorrente do transcurso do prazo decadencial atinge tão somente o lançamento relativo à repercussão tributária daquele fatos, e não os próprios fatos em si.

Entender de modo contrário conduziria ao absurdo de impor ao fisco a obrigatoriedade de proceder a uma “glosa fiscal condicional” ou “glosa fiscal cautelar” do ágio registrado pelo contribuinte, conforme bem pontuou a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, apenas tendo em conta o fato de que o contribuinte poderia, no futuro, vir a deduzir a sua amortização na apuração do IRPJ e da CSLL.

Esta absurda imposição teria lugar justamente em casos como o presente, em que a legislação, como se sabe, ao estabelecer um limite máximo para a dedutibilidade mensal

<sup>1</sup> Ferreira, Antonio Airton. Regulamento do imposto de renda 1999 anotado e comentado: atualizado até 30 de abril de 2009/Antonio Airton Ferreira, Luiz Martins Valero, Marcos Shigeo Takata, Juliana M. O. Ono, Victor Hugo Isoldi de Mello Castanho e Marcos Vinícius Neder de Lima.12ª ed. São Paulo: FISCOsoft, 2009, pg. 264.

do ágio com fundamento na rentabilidade futura (1/60 avos), acabou por determinar tão somente um prazo *mínimo* para a sua amortização — cinco anos, e, no caso do ágio com fundamento na mais valia de bens, determinou a sua amortização no mesmo prazo em que estes bens venham a ser depreciados, de sorte que, em ambas as situações, as referidas amortizações podem vir a ocorrer ao longo de muito mais do que cinco anos.

Ora, não existe qualquer previsão legal para esta “glosa fiscal cautelar”, e, se o fisco porventura assim procedesse, ao desamparo da lei, certamente seu procedimento não seria convalidado pelas instâncias julgadoras administrativas. Conforme acima afirmado, o fisco não valida ou invalida fatos, mas tão somente analisa a sua repercussão fiscal, frente à legislação tributária, nos períodos ainda não abrangidos pela decadência.

Afastada a preliminar arguida, passo ao mérito.

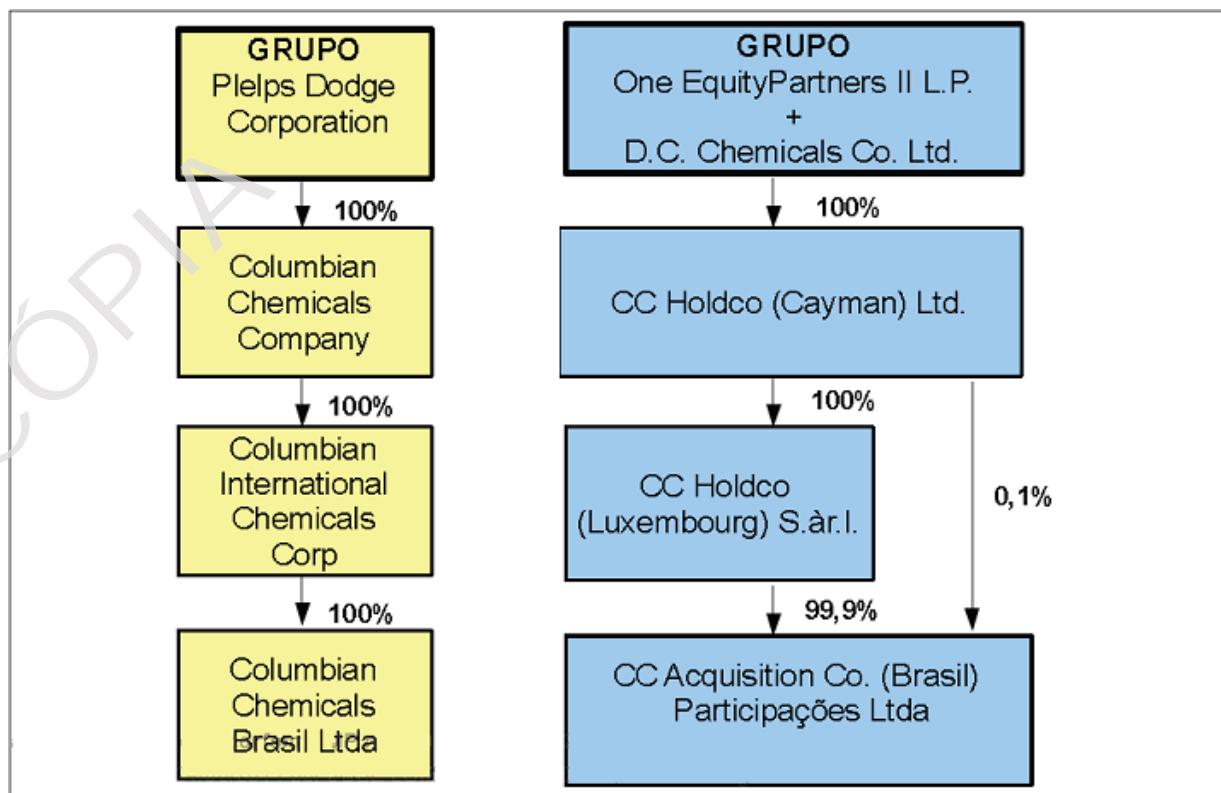
Do quanto relatado, tem-se, em síntese, que a autoridade fiscal não aceitou a dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio, por entender que o ágio decorre da prática de uma sequência de atos simulados, carentes de propósito negocial e substrato econômico, praticados entre empresas de um mesmo grupo econômico.

A recorrente, por sua vez, sustenta a legitimidade do ágio, afirmando que este decorre de uma operação societária realizada entre partes independentes, com efetivos propósitos econômicos e negociais.

A controvérsia central, portanto, cinge-se a determinar: (i) se o ágio amortizado e depreciado decorreu de operações societárias realizadas dentro de um mesmo grupo empresarial ou não; e (ii) se as operações praticadas evidenciam efetivo propósito negocial e substrato econômico ou não.

Passo a analisar a primeira questão.

Inicialmente reproduzo organograma simplificado que bem representa a estrutura societária dos grupos envolvidos, anteriormente à venda, conforme extraído do Termo de Verificação Fiscal às fls. 900:



Não há dúvidas, portanto, de que, antes de 16/03/2006, a COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA (CCB) integrava a estrutura societária do grupo PHELPS DODGE CORPORATION, e de que a CC ACQUISITION (Brasil) integrava a estrutura societária do grupo OEP/DC CHEMICALS. Nem o fisco nem a recorrente discordam desta afirmação.

Ocorre que, segundo o fisco, no dia 16/03/2006 teriam ocorrido duas operações:

Na primeira, o grupo PHELPS DODGE vende, para o grupo a OEP/DC CHEMICALS, a COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY (a segunda, de cima para baixo, na estrutura acima representada) e suas subsidiárias, o que já incluiria, portanto, em última análise, a CCB.

Na segunda operação, a CC ACQUISITION (empresa “veículo”, de acordo com o fisco) compra da COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (a terceira, de cima para baixo, na estrutura acima representada) — com ágio — a CCB.

Assim, se entendido que as operações efetivamente seguiram esta ordem cronológica apontada pelo fisco, então, de fato, por ocasião da segunda operação, ter-se-ia que tanto a compradora (CC ACQUISITION) quanto a vendedora (COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION) já pertencessem ao mesmo grupo empresarial (OEP/DC CHEMICALS).

Se a “segunda operação” tivesse ocorrido no dia seguinte à primeira, o caso seria de fácil solução, por evidenciar a realização de uma operação de aquisição entre partes relacionadas, com a geração de um ágio que se poderia corretamente denominar de “ágio interno”.

Contudo, tendo as duas operações ocorrido no mesmo dia, a primeira questão é definir se de fato as operações se deram na sequência indicada.

De acordo com a recorrente, a sequência de eventos ocorrida em 16/03/2006 seria distinta.

Primeiro teria ocorrido a aquisição das diversas subsidiárias da COLUMBIAN CHEMICALS (empresa pertencente exclusivamente à PHELPS DODGE CORPORATION), a qual foi efetivada pelas sociedades específicas anteriormente constituídas pelo Grupo OEP/DC Chemical em cada uma das jurisdições em que a COLUMBIAN CHEMICALS atuava. Neste contexto é que se encontra a aquisição da subsidiária brasileira (CCB) pela CC ACQUISITION.

E, logo a seguir, no mesmo dia 16/03/2006, houve a incorporação da COLUMBIAN CHEMICALS MERGER SUB, INC (empresa detida pela OEP/DC Chemical e criada para centralizar os investimentos a serem adquiridos) pela COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY (empresa então detida pela Phelps Dodge), sendo que, nesta mesma operação, foi pago à PHELPS DODGE o valor de US\$ 184.610.000,00, para que as suas ações na COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY fossem canceladas.

Assim, se entendido que as operações efetivamente seguiram esta ordem cronológica apontada pela recorrente, então, de fato, a compra e venda da CCB, com ágio, teria ocorrido entre partes independentes (como compradora a CC ACQUISITION, do grupo OEP/DC Chemical, e como vendedora, a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, do grupo PHELPS DODGE CORPORATION), visto que somente após a referida aquisição é que a COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, detentora de 100% de participação na COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION e nas subsidiárias internacionais, passou a integrar o grupo OEP/DC Chemical.

Mais uma vez, se a “segunda operação” tivesse ocorrido no dia seguinte à primeira, o caso seria de fácil solução, por evidenciar a realização de uma operação de aquisição entre partes independentes.

Contudo, conforme visto, tudo deu-se em um único dia, assim, resta analisar as evidências apresentadas pelo fisco e pela recorrente que possam vir a corroborar a hipótese por cada um apresentada.

Segundo o fisco:

“Conforme consta no “site” da Securities And Exchange Commission (Pasta SEC) e no “site” da ONE EQUITY PARTNERS (Pasta Release One Equity), a 1ª operação foi a venda para a ONE EQUITY PARTNERS e SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO LTD da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias, as quais pertenciam ao grupo econômico liderado pela PHELPS DODGE CORPORATION. (...) A 2º operação foi a venda da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA para a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA.

Portanto, não há dúvida que no dia 16/03/2006, tanto a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (empresa vendedora) como a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA (empresa veículo compradora) passaram a pertencer ao mesmo grupo econômico, ou seja, ao grupo

---

econômico da ONE EQUITY PARTNERS e a SOUTH KOREAN-BASED DC CHEMICAL CO LTD.”

Quanto ao fato de que “no dia” — ou “ao longo do dia” — 16/03/2006 a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION e a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) passaram a pertencer ao mesmo grupo, não há dúvidas, a recorrente também o reconhece. Contudo, quanto à ordem das operações, os únicos elementos apontados pelo fisco são as informações do “site” da Securities And Exchange Commission e do “site” da ONE EQUITY PARTNERS.

A informação do “site” da Securities And Exchange Commission (que na verdade diz respeito às demonstrações financeiras de 2006 da PHELPS DODGE CORPORATION) foi apresentada pela própria recorrente à fiscalização, e diz o seguinte:

“Prior to the below-mentioned dispositions in the 2006 first quarter, PDI consisted of two reportable segments – Specialty Chemicals and Wire and Cable. Specialty Chemicals consisted of Columbian Chemicals Company and its subsidiaries (Columbian Chemicals or Columbian), one of the world’s largest producers of carbon black. Additionally, the Wire and Cable segment also produced magnet wire and specialty conductors.

On November 15, 2005, the Company entered into an agreement to sell Columbian Chemicals to a company owned jointly by One Equity Partners, a private equity affiliate of JPMorgan Chase & Co., and South Korean-based DC Chemical Co. Ltd. The transaction was completed on March 16, 2006.”

A informação do “site” da ONE EQUITY PARTNERS referida pelo fisco, por sua vez, diz o seguinte:

“For immediate release: March 17, 2006

#### COLUMBIAN CHEMICALS CO. ANNOUNCES OWNERSHIP CHANGE

Columbian Chemicals Co. is pleased to announce today that South Korean-based DC Chemical Co. Ltd., and One Equity Partners, a private equity affiliate of J.P. Morgan Chase & Co., completed the purchase of the company from Phelps Dodge Corp. under the agreement, which was announced Nov. 16, 2005. DC Chemical Co. and One Equity Partners have joint ownership in the new company, which will continue to operate from its headquarters and technology center in Marietta, Georgia, as Columbian Chemicals Co. The transaction included Columbian’s business in its entirety.”

Ambas as fontes apenas confirmam que a venda da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY (e suas subsidiárias) foi concluída em 16/03/2006, mas não fornecem os detalhes de como se deu a operação. Relevante notar, contudo, que ambas as fontes aludem ao acordo (“agreement”) que fora celebrado entre as partes em 15/11/2005 e anunciado em 16/11/2005.

Revendo os autos, verifico que já na resposta ao Termo de Início do Procedimento Fiscal fizera a recorrente expressa menção ao referido acordo, *sic*: “Apresentamos informação do ‘Master Agreement’ e ‘Plan off Merger’ que atesta o valor atribuído a Companhia no Brasil (Documento 42)”.

O Termo de Verificação Fiscal, contudo, nenhuma menção faz a este acordo.

A recorrente, em sua impugnação, o traz aos autos (fls. 1109-1179), acompanhado da sua tradução juramentada (fls. 1180-1300).

Deste documento, extraio os seguintes excertos e informações, que julgo relevantes para a análise:

- Colombian Chemicals Acquisition LLC, sociedade limitada de Delaware, é denominada “Controladora”;
- Colombian Chemicals Merger Sub, Inc., sociedade por ações de Delaware, é subsidiária integral da Controladora;
- Colombian Chemicals Company, sociedade por ações de Delaware, é denominada “Sociedade”;
- Phelps Dodge Corporation, sociedade por ações de Nova York, é denominada “Acionista”;
- a Sociedade e as Subsidiárias da Sociedade conduzem um negócio internacional de negro de fumo;
- a Acionista detém todo o capital social emitido e em circulação da Sociedade;
  - *“a Acionista e a Sociedade desejam vender, ou providenciar a venda, e a Controladora deseja providenciar para que algumas de suas Subsidiárias comprem as ações ou quotas em circulação, conforme for o caso (coletivamente, doravante denominadas “Ações da Subsidiária Estrangeira”, e essas transações, doravante denominadas “Compras de Ações”), das subsidiárias estrangeiras identificadas no Anexo 1.3 deste instrumento (doravante denominadas “Subsidiárias Estrangeiras”), cada Compra de Ação a ser consumada nos termos e condições estabelecidos no presente Contrato...”* (grifei)
  - *“após a consumação das Compras de Ações previstas no parágrafo anterior dos CONSIDERANDOS, a Merger Sub será incorporada pela Sociedade e a Sociedade será a sociedade incorporadora (doravante denominada "Incorporação"); e a Acionista, na qualidade de única acionista da Sociedade, aprovou a Incorporação.”* (grifei)
  - *“a Controladora deverá comprar ou providenciar a compra das Ações da Subsidiária Estrangeira aplicável para a Subsidiária aplicável da Controladora conforme previsto no Anexo 1.3.”;*
  - *“a Sociedade deverá entregar, ou providenciar para que seja entregue, para a entidade compradora pertinente da Controladora certificados representando as Ações da Subsidiária Estrangeira, endossados em branco ou acompanhados por procurações relacionadas a ações a favor da Subsidiária aplicável da Controladora”;*

*- “a Controladora deverá entregar, ou providenciar para que seja entregue, os Preços de Compra de Subsidiária Estrangeira a respeito das Ações da Subsidiária Estrangeira para a Subsidiária da Sociedade aplicável por transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis para uma conta previamente designada da Sociedade ou da Subsidiária da Sociedade pertinente”;*

- o preço de compra total para as Ações das Subsidiárias Estrangeiras deverá ser de US\$ 358.340.000 à vista, conforme previsto no Anexo 1.3;

- no Anexo 1.3 (fls. 256), que contém a discriminação dos preços de compra de cada uma das Subsidiárias Estrangeiras, consta que o valor da Columbian Chemicals Brasil Ltda seria de US\$ 146,60 milhões;

- esses preços poderiam sofrer ajustes, de acordo com a cláusula 4, conforme o capital de giro final de cada subsidiária estrangeira se revelasse superior ou inferior ao seu “capital de giro alvo”;

- quando do fechamento da incorporação, a ocorrer após a referida compra das ações das Subsidiárias Estrangeiras listadas no Anexo 1.3, a Controladora deverá entregar, ou providenciar para que seja entregue, a “Contraprestação da Incorporação” à Acionista, por transferência eletrônica de fundos imediatamente disponíveis para uma conta previamente designada da Acionista;

- “A ‘Contraprestação da Incorporação’ para a Sociedade e as Subsidiárias Remanescentes deverá ser um valor igual a \$184.610.000 à vista, sujeito a ajuste de acordo com a Cláusula 4”;

- as ações da Sociedade, detidas pela Acionista, por força da incorporação e do pagamento da contraprestação ajustada, serão canceladas.

Como se pode ver, o “Master Agreement and Plan of Merger”, celebrado em 15/11/2005, confirma as alegações da recorrente, no que toca à sequência das operações ocorridas no dia 16/03/2006, de modo a comprovar que a compra da subsidiária brasileira (CCB) teria sido realizada entre partes não relacionadas.

Junto com a impugnação, trouxe a recorrente também a cópia simples de um contrato de empréstimo (Credit Agreement) celebrado pelas sociedades COLUMBIAN CHEMICALS ACQUISITION LLC e COLUMBIAN CHEMICALS MERGER SUB, INC, na qualidade de tomadoras do crédito, com a participação de diversas instituições financeiras internacionais (fls. 1309-1525).

Muito embora em inglês, nos “considerandos” (“whereas”) iniciais relativos à linha de crédito solicitado de US\$ 300,000,000, há uma descrição do fluxo dos recursos financeiros e da sucessão de eventos ligados à aquisição de que aqui se trata.

Nesta descrição, consta que os recursos recebidos pela CC HOLDCO (CAYMAN) seriam utilizados para integralizar capital e conceder empréstimos à CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L, que por sua vez os utilizaria para pagar parte do preço de aquisição, e para integralizar capital e conceder empréstimos às várias subsidiárias criadas

pela CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L na Hungria, Brasil, Canadá, Itália e Reino Unido, para pagar parte do preço de aquisição, da participação acionária e dos ativos da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e de suas subsidiárias diretas e indiretas, pertencentes à PHELPS DODGE CORPORATION.

A operação, nos moldes em que descrita, também foi submetida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme se pode verificar no relatório do conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, no Ato de Concentração nº 08012.010755/2005-16, abaixo parcialmente transcrito (fls. 1302-1304):

#### “I-DA OPERAÇÃO

Tratam os autos de aquisição, a nível mundial, pelas Requerentes DC CHEMICALS, LTD. e ONE EQUITY PARTNERS, por meio de subsidiárias constituídas para a realização desta operação, da totalidade do capital social da Columbian Chemicals Company que pertence à PHELPS DODGE. A operação inclui a aquisição de uma subsidiária no Brasil, a Columbian Chemicals Brasil Ltda.

A empresa adquirida, Columbian Chemicals Company, atua no mercado de negro-de-fumo (“carbon black”).

A operação foi apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 08 de dezembro de 2005<sup>1</sup> sendo que o Contrato Principal e Plano de Fusão (“Master Agreement and Plan of Merger”) foi firmado em 15 de novembro do mesmo ano. As Requerentes informaram que este Contrato foi ainda submetido às jurisdições antitruste dos Estados Unidos da América, da Áustria, da Alemanha, da Grécia, da Coréia do Sul e da Espanha, no entanto, não constam dos autos se e em que condições a operação foi aprovada nestas jurisdições.”

Do exposto, não restam dúvidas de que se trata de um negócio complexo, e que, por força de suas peculiaridades, causa certa perplexidade, como quando a Fazenda Nacional, por exemplo, em suas contrarrazões, afirmou que a recorrente, embora alegue que a operação teria sido realizada entre partes independentes, não explicou “*como o pagamento foi parar nos cofres do grupo PHELPS*”.

De fato, o pagamento feito pela CC ACQUISITION CO. (BRASIL), subsidiária da OEP/DC Chemical (contrato de câmbio às fls. 131-134) teve como beneficiária a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION (exatamente como estava previsto no “Master Agreement and Plan of Merger”, que mencionava a “*conta previamente designada da Sociedade ou da Subsidiária da Sociedade pertinente*”). No caso, a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION era justamente a “Subsidiária da Sociedade” que detinha a participação na subsidiária brasileira (CCB).

Pelos termos do “Master Agreement and Plan of Merger”, resta claro que a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, que recebeu os recursos, por ocasião deste pagamento ainda pertencia ao grupo PHELPS DODGE. Contudo, ainda durante aquele mesmo dia, passou a pertencer ao grupo OEP/DC Chemical.

Aliás, se considerarmos que a COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION teria recebido US\$ 358.340.000 (sujeito a ajustes), no dia 16/03/2006, correspondente à venda das ações de todas as Subsidiárias Estrangeiras listadas no Anexo 1.3 do Acordo, e que, no mesmo dia, a Acionista (PHELPS DODGE) receberia tão somente US\$ 184.610.000,00, em contraprestação pela incorporação da Merger Sub na

COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY (a qual significou, em última análise, a venda da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, e que necessariamente inclui a própria COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, para o grupo OEP/DC Chemical), a conta não parece fechar, salvo se imaginarmos alguma forma pela qual os recursos da venda das Subsidiárias Estrangeiras tenha migrado, ainda durante o dia 16/03/2006, para outra empresa do grupo PHELPS DODGE que não tenha sido alienada ao grupo OEP/DC Chemical naquele mesmo dia.

Muito embora o “Master Agreement and Plan of Merger” afirme que a contraprestação da incorporação diga respeito exclusivamente à “Sociedade e as Subsidiárias Remanescentes”, ou seja, não diga respeito às Subsidiárias Estrangeiras listadas no Anexo 1.3, que foram objeto de compra e venda anterior, não há como deixar de observar que os recursos desta venda anterior foram transferidos a uma subsidiária da Sociedade que passou a integrar o grupo OEP/DC Chemical quando da posterior operação de incorporação já referida. Assim, se de lá não foram retirados, antes da incorporação em questão, não se encontra justificativa plausível para o valor de apenas US\$ 184.610.000,00 que teria sido pago a título de contraprestação pela incorporação.

Ou talvez a resposta se encontre nos meandros do próprio “Master Agreement and Plan of Merger”, na parte em que este prevê o ajuste do valor da contraprestação pela incorporação, em razão de alterações no capital de giro final frente ao “capital de giro alvo”, é dizer, uma vez que o capital de giro da Sociedade e de suas Subsidiárias Remanescentes teria sido substancialmente aumentado, o valor da contraprestação pela incorporação sofreria equivalente reajuste.

A recorrente de fato não traz qualquer esclarecimento quanto a esta questão. Contudo, deve-se ressaltar que ela tampouco em qualquer momento foi questionada a respeito.

A fiscalização conduziu um extenso e minucioso trabalho investigativo, durante o qual fez diversas intimações questionando aspectos bastante específicos das operações praticadas, e inclusive os motivos pelos quais foram adotadas as formas jurídicas afinal levadas a cabo.

Contudo, não apenas a fiscalização não fez qualquer referência no Termo de Verificação Fiscal ao citado Acordo, como tampouco abordou especificamente a questão do pagamento sob a ótica acima referida. Resta assim uma “lacuna” na compreensão a respeito de como os valores teriam ido parar nos cofres do grupo PHELPS. Contudo, de alguma forma esses recursos lá chegaram. Reproduzo abaixo mais um excerto das demonstrações financeiras de 2006 da PHELPS DODGE CORPORATION, disponível no “site” da Securities And Exchange Commission (<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/78066/00009501530700431/p73493e10vk.htm#161>), nas notas explicativas, dando conta de que a venda da Columbian Chemicals, acordada em 15/11/2005, gerou receitas de aproximadamente US\$ 595 milhões à PHELPS DODGE:

## “2. Divestitures

### **Columbian Chemicals Company**

On November 15, 2005, Phelps Dodge entered into an agreement to sell Columbian Chemicals to a company owned jointly by One Equity Partners LLC, a private equity affiliate of JPMorgan Chase & Co., and South Korean-based DC Chemical Co., Ltd. The transaction was completed on March 16, 2006, resulting in

net sales proceeds of approximately \$595 million (including approximately \$100 million of Colombian's foreign-held cash and net of approximately \$27 million in taxes and related expenses). As a result of the transaction, the operating results of Colombian have been reported separately from continuing operations and shown as discontinued operations in the Consolidated Statement of Income for all periods presented.”

O entendimento do fisco, de que as partes seriam relacionadas, tem como fundamento central, conforme visto, a alegação de que as operações teriam seguido ordem inversa àquela que está indicada no Acordo, de sorte que, quando da compra da subsidiária brasileira (CCB) pela CC ACQUISITION (Brasil), tanto a vendedora (COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION), quanto a compradora, e a própria empresa negociada (CCB), já integravam a estrutura societária do grupo OEP/DC Chemicals. Esta sequência, entretanto, é desmentida pelos documentos antes referidos.

Além deste argumento central, em sede de argumentos subsidiários, apresenta o fisco outras circunstâncias que poderiam denotar alguma inter-relação entre as partes, *verbis*:

“O contribuinte foi intimado através do Termo de Intimação Fiscal nº 09 a informar quem eram os sócios da PHELPS DODGE CORPORATION no momento imediatamente anterior e posterior à aquisição da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA pela CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. Em resposta à referida intimação, o contribuinte informa que esta fiscalização deve *requererer demais detalhes ou informações diretamente à Phelps Dodge Corporation...*”

Apesar de não se ter a informação requerida, há inúmeras situações inusitadas que envolvem os 2 grupos econômicos antes da operação de aquisição da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA pela CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA. São eles: o administrador da CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA era o Sr. Antônio do Vale Quaresma Neto, também diretor-presidente da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA; o endereço da sede de ambas as empresas é o mesmo; a CC ACQUISITION CO. (BRASIL) PARTICIPAÇÕES LTDA tem por objeto social exclusivo a participação no capital social da COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA. Portanto, se ambas as empresas pertencem a grupos econômicos diferentes e essa operação de aquisição foi realizada entre partes independentes, como é possível constarem no mesmo endereço, possuírem o mesmo administrador e o objeto de uma é único e exclusivamente adquirir a outra?”

A bem da verdade, esta argumentação segue uma linha diversa da tese central, pois veja-se: na tese central, as “partes relacionadas” a que se refere o fisco seriam as empresas vendedora, adquirente, e negociada, e tal inter-relação se daria em razão de que todas elas integrariam o mesmo e único grupo (OEP/DC Chemicals). Já na tese “subsidiária”, as “partes relacionadas” seriam os dois grupos (OEP/DC Chemicals e PHELPS DODGE).

Neste aspecto da tese “subsidiária”, tenho que os elementos apresentados desta inter-relação revelam-se muito tênues, e não permitem alcançar qualquer conclusão no sentido de que os dois grupos seriam relacionados, conforme alega o fisco.

De fato, se o objetivo exclusivo da CC ACQUISITION (Brasil) era adquirir a participação societária na COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, e esta aquisição

encontrava-se no bojo de um acordo já firmado anteriormente com a contraparte, adquire sentido prático o estabelecimento do endereço formal da primeira na sede da última.

Além disto, o fato de o administrador da primeira ser também o diretor-presidente da última, também adquire sentido se o objetivo for, após a aquisição, manter o corpo executivo gerencial.

Neste sentido, reproduzo abaixo excerto do “Master Agreement and Plan of Merger” (já traduzido), o qual, muito embora diga respeito à aquisição em nível internacional (no caso, a incorporação entre a Merger Sub e a Columbian Chemicals Company), demonstra que a iniciativa de manter o corpo executivo gerencial, além de ser uma prática normal em situações como esta, foi adotada no caso concreto:

“2.6 Conselheiros e Diretores da Sociedade Incorporadora. Os conselheiros da Merger Sub e os diretores da Sociedade imediatamente antes do Momento de Entrada em Vigor deverão, a partir do Momento de Entrada em Vigor, ser os conselheiros e diretores, respectivamente, da Sociedade Incorporadora até que seus sucessores tenham sido devidamente eleitos ou nomeados e qualificados, ou até sua morte, renúncia ou destituição antecipada de acordo com o Certificado de Constituição e Estatuto Social da Sociedade Incorporadora.”

Conforme dito, não há dúvidas de que se trata de uma operação complexa, e que envolve uma sequência de atos organizados para atingir determinado fim. Contudo, em face do quanto até aqui exposto, entendo não suficientemente comprovada pela autoridade fiscal a parte da acusação de que as operações teriam ocorrido entre partes relacionadas.

Entendido que as operações ocorreram entre partes independentes e não relacionadas, resta ainda investigar a segunda questão central, qual seja, se havia efetivo propósito negocial e substrato econômico, ou se a eleição do formato mais complexo visava finalidades exclusivamente tributárias. É dizer, a utilização da “empresa veículo”, no caso concreto, vicia ou não as operações ocorridas de sorte a tornar indedutível o ágio, como entende o fisco, ou não.

Esta análise há de ser feita, pois o simples fato de a operação ter ocorrido entre partes independentes e não relacionadas não é suficiente, por si só, para respaldar a dedutibilidade das despesas com a amortização do ágio. Basta lembrar as operações denominadas de “casa-separa”, que também envolvem partes não relacionadas, e com relação às quais o CARF possui sólida jurisprudência contrária ao reconhecimento dos efeitos tributários pretendidos pelas partes. Além destas, o CARF também tem adotado firme postura contrária a determinados tipos de “planejamentos tributários”, absolutamente desprovidos de propósitos negociais, e que visam exclusivamente à redução de tributos, tais como os casos denominados de “ágio interno”.

De acordo com o fisco, a criação e uso da “empresa veículo” CC ACQUISITION (Brasil) teve propósitos exclusivamente tributários, *verbis*:

“O uso da veículo teve como único objetivo, como se viu, carrear o ágio para o território nacional, com a consequente amortização pela própria empresa adquirida. A essência da operação foi uma compra e venda de participação em empresa nacional entre não residentes. Tivesse o pagamento sido feito diretamente à vendedora, o ágio registrado na compradora não seria internalizado e, portanto, não haveria redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. A interposição da veículo

não teve outro propósito que não reduzir tributos. O que se fez foi travestir uma operação de compra e venda entre não residentes como se fosse investimento direto e empréstimo.”

O fisco acusou a recorrente de simulação, apontando dissonância entre a substância e a forma negocial, entre a vontade real e a declarada, e aplicou a multa qualificada. Em reforço de sua tese, elencou as seguintes circunstâncias:

- a empresa veículo não produziu qualquer atividade econômica e foi extinta, logo em seguida à operação realizada, através da sua incorporação pela controlada COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA;

- diversas operações foram realizadas em um curto espaço de tempo (criação da veículo em 06/02/2006, aprovação do seu aumento de capital em 16/03/2006, aquisição com ágio da CCB em 16/03/2006, e incorporação da veículo pela CCB em 14/07/2006) sem que nenhum evento externo tenha ocorrido que justificasse a velocidade com que foram realizadas;

- foi utilizada a incorporação às avessas, figura esta que, embora reconhecida pela legislação, apresenta-se fora do perfil objetivo do instituto jurídico e, por isso, demanda uma razão específica relevante que afaste a estranheza da operação;

A recorrente, por sua vez, afirma que a forma adotada, com a utilização das sociedades especificamente criadas para adquirir as subsidiárias estrangeiras da CCB, além de refletir uma estratégia adotada globalmente pela OEP/DC Chemical, e não apenas com relação à subsidiária brasileira, teve basicamente os seguintes propósitos:

- possibilitar o registro integral da participação no Banco Central de cada uma das jurisdições, de modo a permitir o livre retorno do capital aplicado em determinado país ao investidor estrangeiro, nas hipóteses prevista na legislação; e

- possibilitar a transferência de parte da dívida utilizada para a aquisição da Columbian Chemicals para cada uma das unidades locais, a fim de que seja amortizada pela própria entidade operacional.

O fisco, após intimar a recorrente a informar a base legal que subsidiasse a primeira justificativa por ela apontada (relativa ao capital estrangeiro), e reproduzir na peça acusatória trechos da legislação informada, refutou a justificação da recorrente, ao fundamento de que a legislação exige que os capitais sejam utilizados “para aplicação em atividades econômicas”, sendo que, no caso, não houve qualquer aplicação em atividade econômica, já que os recursos financeiros provenientes das sociedades CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD foram utilizados apenas para a compra da empresa operacional COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA.

Concluiu o fisco que os recursos que entraram no país não poderiam ser caracterizados como capitais estrangeiros conforme a definição prescrita no art. 1º da Lei nº 4.131/62 e legislação correlata, e que não poderiam ser registrados como investimento no módulo RDE-IED (Registro Declaratório Eletrônico de Investimentos Externos no País) do SISBACEN (Sistema de Informações Banco Central), porque não se caracterizam como tal.

O art. 1º da Lei nº 4.131/62 possui a seguinte redação:

*"Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior."*

Neste aspecto, assiste razão à recorrente quando sustenta que a análise feita pelo fisco está pautada em interpretação muito restritiva do disposto na lei, quando o conceito de atividade econômica é muito mais amplo.

De fato, verificando a legislação citada e analisada/comentada no Termo de Verificação Fiscal, bem como pesquisando em outras informações junto à página eletrônica do Banco Central do Brasil ([www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)), não encontrei nenhum embasamento para a interpretação restritiva que foi conferida pela autoridade fiscal. Em sentido diametralmente oposto a esta interpretação, reproduzo excerto do Título 3 do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), na sua redação original, dada pela Circular Bacen nº 3.280, de 9/3/2005 (grifei):

“TÍTULO: 3 - Capitais Estrangeiros no País

CAPÍTULO: 1 – Disposições Gerais

1. Os capitais estrangeiros no Brasil, aí incluídas as operações de crédito, de financiamento e de investimentos externos, independentemente do tipo, meio e forma utilizados para sua realização, devem, à exceção do disposto no capítulo 2 deste título\*, observar o estabelecido em regulamentação específica, que se encontra disponível na página do Banco Central do Brasil na internet ([www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br)).”

\* nota do relator: o capítulo 2 deste título trata do investimento externo no mercado de capitais brasileiro (investimento em portfólio) proveniente de países signatários do Tratado Mercosul.

Concluo, portanto, que a integralização no capital social da CC ACQUISITION (Brasil) reúne as condições previstas na legislação para a sua caracterização como investimento estrangeiro. Aliás, do quanto consta nos autos, é esta a caracterização conferida pelo Banco Central do Brasil aos recursos ingressados no país, conforme contratos de câmbio anexos entre as fls. 131 e 146, nos quais consta o respectivo número do “*registro RDE ou da autorização ou do certificado do Banco Central do Brasil*”.

Também os recursos emprestados à CC ACQUISITION (Brasil) estão sujeitos a registro no Banco Central do Brasil, de acordo com o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais, e também o foram, conforme os já acima referidos contratos de câmbio.

Vê-se, portanto, que a operação, da forma em que foi praticada, efetivamente ensejou várias outras consequências concretas, as quais foram apontadas pela recorrente como objetivos a serem atingidos (propósitos negociais), e que não foram convincentemente infirmadas pelo fisco. Ademais, conforme demonstraram os documentos anexos aos autos, tratou-se de estratégia adotada em diversas jurisdições, e não apenas no Brasil.

A acusação de simulação não pode prosperar. Sendo cediço que a prova direta da simulação é muito difícil, de há muito a jurisprudência do CARF tem aceito que a simulação seja provada por todos os meios admitidos em direito, inclusive por indícios e presunções, desde que sejam graves, precisos e convergentes. A doutrina costuma ainda destacar como aspectos relevantes para a caracterização da simulação a conduta das partes na realização do negócio e a falta de execução material do contrato.

No caso, contudo, não há nada que possa conduzir à caracterização da simulação. Além de a operação ter sido alvo de ampla divulgação, as partes se conduziram exatamente conforme o que haviam previamente acordado, os atos efetivamente ocorreram na forma preconizada, e o contrato restou materialmente executado.

Ao se analisar os organogramas do grupo OEP/DC Chemical dos anos 2006 e seguintes, após a aquisição da Columbian Chemicals, vê-se que de fato as subsidiárias estrangeiras da Hungria, Brasil, Canadá, Itália e Reino Unido encontram-se abaixo da CC HOLDCO (LUXEMBOURG) S.À.R.L e CC HOLDCO (CAYMAN) LTD, e acima destas encontra-se a COLUMBIAN CHEMICALS ACQUISITION LLC (Delaware). Já a COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, com a sua subsidiária COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION, e suas subsidiárias estrangeiras remanescentes (Coréia e Espanha) integram um outro “braço” do organograma, ligado diretamente à COLUMBIAN CHEMICALS ACQUISITION LLC (Delaware), exatamente como fora especificado que seria feito no multicitado acordo firmado entre os grupos OEP/DC Chemical e PHELPS DODGE.

Nos casos envolvendo partes independentes, em que ocorre simulação, a exemplo das operações “casa-separa”, um dos objetivos pretendidos com a simulação é o de evitar o ganho de capital por parte do vendedor.

No caso concreto, isto não ocorreu.

Ao abordar os propósitos negociais da operação, salientou ainda a recorrente, em sua defesa, que a estrutura adotada possibilitou a melhor organização dos negócios do investidor estrangeiro e ainda permitiu a alocação, de forma justa, da tributação do ganho de capital auferido em cada uma das jurisdições.

De fato, se a venda da subsidiária brasileira CCB não tivesse sido negociada “em separado”, mas apenas se encontrasse inserida no bojo da alienação internacional da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY, não haveria ganho de capital a ser tributado no Brasil, mas tão somente no exterior. Ao adotar o formato contestado pela autoridade fiscal, a tributação do ganho de capital acabou sendo feita em território nacional.

Pelo exposto, concluo que a operação, na forma em que praticada, visou a legítimos interesses empresariais, e não apenas a finalidades exclusivamente tributárias, conforme alegou o fisco.

Em razão disto, concluo que o ágio pago na operação, conduzida entre partes independentes, é legítimo, e que a sua posterior amortização, no caso concreto, é mera consequência do ato de incorporação da CC ACQUISITION (Brasil) pela COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA, ocorrida em 14/07/2006.

Os demais argumentos subsidiários do fisco, no caso concreto, não possuem relevância suficiente para infirmar esta conclusão.

O curto espaço de tempo decorrido entre a aquisição da COLUMBIAN CHEMICALS COMPANY e suas subsidiárias, em 16/03/2006, e a incorporação da CC ACQUISITION (Brasil) pela CCB, ocorrida em 14/07/2006, justifica-se na medida em que o objetivo da criação e utilização da CC ACQUISITION (Brasil) pelo grupo OEP/DC Chemical no negócio já fora cumprido.

O fato de a incorporação ter sido “às avessas” (investida incorporando a investidora) não impede que o ágio seja amortizado, conforme sobejamente se sabe.

O fato de o Laudo de Avaliação a valor de mercado da CCB ter sido realizado por empresa do grupo econômico adquirente, e não por empresa especializada e independente das partes, também não possui o condão de, por qualquer forma, descharacterizar o ágio pago. Ademais, é cediço que a lei sequer exige a confecção de um laudo de avaliação para fundamentar o ágio, fazendo referência tão somente a uma “*demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*”. E esta demonstração não foi infirmada ou contestada pelo fisco em seu conteúdo.

A única “inconsistência” apontada pela autoridade fiscal foi a de que, muito embora esta primeira demonstração produzida pela OEP, que se encontra às fls. 245-254, tenha apontado como fundamento econômico a expectativa de rentabilidade futura, quando da posterior incorporação, o contribuinte acabou contabilizando o referido ágio parte como expectativa de rentabilidade futura (R\$ 42.947.739,09) e parte como mais valia dos bens do ativo imobilizado (R\$ 172.211.739,32).

Esclareça-se que, entretanto, em nenhum momento o fato de ter ocorrido esta alteração na fundamentação do ágio foi elencada pelo fisco como motivo para a não aceitação de sua amortização. De fato, o fisco apenas recalcoulou as parcelas da depreciação mensal referentes ao ágio apropriado aos bens do ativo, por não concordar com a forma como o contribuinte as calculara. Os motivos da não aceitação da amortização do ágio, conforme já deveras relatado, foram outros.

E a recorrente, em sua defesa, apresenta os laudos/demonstrativos de avaliação que embasaram a contabilização do ágio na forma em que foi feita, e por meio dos quais foi apurada a mais valia dos ativos (ou menos valia, em alguns casos) e a rentabilidade futura, esta tendo por base o valor residual do ágio pago (fls. 1560–1641). E sustenta que este foi um procedimento realizado de forma conservadora, que atende a melhor prática contábil, e que não infringe quaisquer dos requisitos para amortização do ágio.

Em outras circunstâncias poderia este relator não concordar com a alteração na fundamentação do ágio. De fato, tenho para mim que a fundamentação do ágio há de ser feita no momento da aquisição da participação (ou *até* o momento, ou seja, *antes* da aquisição), pois já no momento da aquisição o contribuinte tem de fazer o desdobramento e indicar os fundamentos do ágio. Tratando este fundamento de um aspecto subjetivo da operação, ou seja, dos motivos pelos quais o comprador se dispôs a pagar o preço, a existência de razões outras para a existência de um sobrevalor, mas que somente foram identificadas posteriormente à aquisição, *a priori* não poderia ser invocada como determinante para o pagamento do ágio no momento da aquisição.

Contudo, diante das circunstâncias do caso concreto, em que: (i) o fisco não invalidou a amortização do ágio por este motivo; e (ii) a amortização com base na mais-valia não causou prejuízo ao fisco, na medida em que os bens objeto da avaliação efetuada, e que incorporaram parcelas do ágio pago, são sujeitos a depreciação em períodos superiores a cinco anos; concluo que a segregação contábil do ágio em duas parcelas, como ocorreu no presente caso, não constitui motivo para a não aceitação de sua amortização.

Tampouco prosperam os protestos da Fazenda Nacional, quando pugna pela impossibilidade de dedução do ágio fundamentado em rentabilidade futura, em razão da ausência de documento hábil que o comprove, e isto pelo fato de o documento trazido pelo contribuinte encontrar-se em língua estrangeira, de sorte que não haveria como se aferir nada acerca do seu conteúdo, nem sequer se ele se referiria à operação que deu ensejo ao ágio discutido.

O fato de o laudo encontrar-se em língua inglesa não constituiu qualquer óbice a que a autoridade fiscal o examinasse, ficando evidente a sua familiaridade com o idioma, pois, para além da mera reprodução de cláusulas específicas na sua redação original em inglês, aquela autoridade, no Termo de Verificação Fiscal, teceu comentários e explicações a respeito do conteúdo do laudo, demonstrando ter logrado alcançar a perfeita compreensão daquele conteúdo, e, conforme já ressaltado, não o infirmou ou contestou.

Cumpre ainda fazer uma observação com relação à amortização do ágio feita com base na mais-valia, em vista das divergências de cálculo existentes entre o fisco e o contribuinte. Neste quesito, tem razão o fisco ao apontar que o cálculo procedido pelo contribuinte não se apresenta adequado, pois implica o reconhecimento de que o bem e o seu respectivo ágio estariam sujeitos a taxas de depreciação distintas, o que, além de não fazer qualquer sentido, do ponto de vista técnico e lógico, acaba por levar o contribuinte a reconhecer a realização integral do valor do bem em data diferente da realização completa do seu próprio ágio. Isto restou bem demonstrado na peça acusatória, ao analisar justamente o exemplo apresentado pela recorrente.

Assim, acaso se tivesse a amortização do ágio por indeudável, os valores cuja dedução não deveria ser reconhecida seriam aqueles apurados pelo fisco. Contudo, em se os considerando dedutíveis, nenhum reflexo fiscal decorre da imprecisão do método adotado pela recorrente, pois, conforme se pode ver no mesmo exemplo numérico referido, o valor total da despesa de depreciação registrada contabilmente (soma da depreciação do bem e da depreciação da parcela do ágio deste bem) é sempre o mesmo, tanto no cálculo da recorrente, quanto no cálculo da autoridade fiscal.

Sustenta ainda a Fazenda Nacional que o eventual reconhecimento da legitimidade do ágio amortizado e depreciado deve ser proporcional à base de cálculo do IRRF recolhido. Observa que, muito embora o ágio registrado pelo contribuinte seja de R\$ 215.159.478,40, o valor do ganho de capital sobre o qual foi calculado e recolhido o IRRF foi de apenas R\$ 80.260.714,73 (pois o IRRF pago, considerando-se a alíquota de 15%, foi de R\$ 12.039.107,21).

O argumento não se sustenta.

Embora haja uma certa correlação conceitual entre o ágio pago, de um lado, e o ganho de capital, do outro, não se pode considerá-los como sendo duas faces de uma mesma

moeda. Ou então, sendo faces de uma mesma moeda, não necessariamente estas faces possuem o mesmo valor.

O ágio decorre da diferença entre o valor pago pelo comprador e o valor do patrimônio líquido contábil da empresa adquirida. Já o ganho de capital é apurado pelo vendedor pela diferença entre o valor de custo desta participação e o valor pelo qual a alienou. Já por aí se vê não haver uma necessária identidade entre os valores dessas diferenças, conquanto em certos casos eles possam ser de fato idênticos.

No caso concreto, o contribuinte foi expressamente intimado a justificar esta divergência de valores entre o ágio pago e o ganho de capital apurado (item 2 do Termo de Intimação Fiscal nº 03, fls. 24). O contribuinte respondeu (fls. 27-29), demonstrando que o agio foi apurado pela diferença entre o Patrimônio Líquido da CCB e o valor pago em Reais, e que o ganho de capital auferido pela COLUMBIAN INTERNATIONAL CHEMICALS CORPORATION foi apurado pela diferença entre o valor pago e o registro do capital social da empresa em dólares no SISBACEN, conforme a seguir reproduzido:

Apuração Ganho de Capital			
	Valores em		
	R\$	US\$	Taxa Dólar
Registro do Capital Social CCB	227.599.285	108.380.612	2,10
Valor pago	307.860.000	146.600.000	2,10
Ganho apurado	80.260.715	38.219.388	2,10
Tributação	15%	15%	
<b>Ganho de Capital</b>	<b>12.039.107</b>	<b>5.732.908</b>	<b>2,10</b>

Apuração do Ágio na CCAcq.		
	Valores em	
	R\$	
Patrimônio Líquido da CCB em Mar/06	.	92.700.522
Valor pago	307.860.000	
<b>Ágio apurado</b>		<b>215.159.478</b>

Considerando-se que no Termo de Verificação Fiscal não consta qualquer observação ou contestação quanto às explicações ofertadas, só posso concluir que a autoridade fiscal as considerou satisfatórias.

Assim, não tendo havido qualquer contestação quanto ao valor do ganho de capital apurado no caso concreto, reitero que não necessariamente o ganho apurado será de valor equivalente ao ágio registrado pela contraparte. Portanto, não há como reconhecer a legitimidade apenas parcial do ágio pago, nos moldes em que requereu a Fazenda Nacional.

Por fim, há que se ressaltar que tudo o quanto exposto no presente voto se aplica por igual modo à CSLL.

Neste sentido, transcrevo trecho de voto por mim proferido em outro processo (PAF nº 10880.721767/2010-41), no qual destaco que os comandos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 dizem respeito aos lançamentos *contábeis* — e não *extra-contábeis* — a serem feitos pela pessoa jurídica após a ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária anteriormente adquirida com ágio ou deságio.

“Da leitura dos referidos dispositivos, deflui que, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, o ágio ou deságio deverá ser contabilizado pela pessoa jurídica de diversas formas, de acordo com o seu fundamento econômico.

Assim, em síntese, tem-se que:

- a) se o fundamento for a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado de bens do ativo, o ágio ou deságio deve ser contabilizado na própria conta (ou em contrapartida à conta) que registra o bem ou direito que lhe deu causa, de sorte que o ágio ou deságio passa a integrar o valor contábil do bem, tanto para fins de depreciação, amortização, exaustão, quanto para apuração de eventual ganho ou perda de capital;
- b) caso o bem que tenha dado causa ao ágio ou deságio não tenha sido transferido para o patrimônio da sucessora, o ágio ou deságio deve ser contabilizado em conta de ativo diferido ou de receita diferida, respectivamente, para ser amortizado da mesma forma que deve ser feita a amortização no caso de a fundamentação ser a expectativa de resultados futuros;
- c) se o fundamento do ágio (ou deságio) for a expectativa de resultados futuros, a sua amortização deve ser feita em no mínimo (no máximo) cinco anos, respeitando-se a razão de um sessenta avos, no máximo (no mínimo) para cada mês do período de apuração;
- d) por fim, se o fundamento do ágio for o fundo de comércio, os intangíveis, ou quaisquer outras razões econômicas, ele deve ser contabilizado em conta de ativo permanente, não sujeita a amortização, podendo apenas ser baixado, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital, nas hipóteses de alienação do direito que lhe deu causa, de devolução de capital a sócio ou acionista, ou de encerramento das atividades da empresa.

Conforme se observa, o regramento especifica a forma pela qual devem ser feitos os registros *contábeis* dos valores que antes eram ágio ou deságio, bem como determina que as amortizações registradas contabilmente passam a ter, a partir do evento que determinou a extinção da participação societária, efeitos fiscais (literalmente, diz a lei que o ágio ou deságio será amortizado “*nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão*”).

Não há nenhum comando na lei que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, nem que possa dar a entender que as amortizações registradas contabilmente a partir do evento devam ser “revertidas” (por adição ou exclusão ao lucro líquido) para fins fiscais. Os lançamentos referidos na lei dizem respeito tão somente à escrituração comercial da pessoa jurídica.”

Uma vez que, de acordo com o exposto no presente voto, os lançamentos contábeis prescritos pela lei foram corretamente efetuados, e que não há na lei qualquer expressa referência a uma limitação na dedutibilidade dessas despesas para fins de cálculo da contribuição social sobre o lucro — cujo ponto de partida é justamente o valor do resultado do exercício — conclui-se que as despesas assim registradas devem ser consideradas dedutíveis também para a CSLL.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé - Relator