



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

Processo nº 16561.000188/2008-36
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.254 – 1ª Turma
Sessão de 05 de dezembro de 2017
Matéria Royalties. Aproveitamento tributário de ágio.
Recorrente KLABIN S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF/2015. INSUFICIÊNCIA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

Tendo o crédito tributário sido constituído com base em dois suportes legais autônomos, o recurso que visa ao seu cancelamento deve atacar ambos.

Se a autoridade julgadora somente se manifesta acerca de um dispositivo legal, cabe ao sujeito passivo provocar o pronunciamento também a respeito do outro, pela via dos embargos declaratórios, para que haja apreciação completa da acusação fiscal.

Não tendo havido a adequada caracterização da divergência de ambos os suportes jurídicos, o recurso que leva a julgamento um único dispositivo legal base do lançamento se mostra insuficiente para cancelar a acusação fiscal.

ATOS SOCIETÁRIOS PRATICADOS EM ANO JÁ DECAÍDO. REFLEXOS TRIBUTÁRIOS. FATO GERADOR OCORRIDO EM PERÍODO NÃO DECAÍDO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Ainda que os atos societários que deram origem ao ágio tenham se dado em período já alcançado pelo prazo decadencial de cinco anos, não há que se falar em decadência se os fatos geradores dos tributos que tiveram suas bases de cálculo minoradas pelo aproveitamento indevido deste ágio ainda não se encontram decaídos.

A contagem do prazo decadencial somente se inicia após a ocorrência do fato gerador de tributo, quer seja aplicável ao caso concreto a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, quer seja a fixada pelo art. 150, §4º, do mesmo Código.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

**ÁGIO INTERNO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO.
IMPOSSIBILIDADE.**

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer a participação de uma pessoa jurídica investidora originária, que efetivamente tenha acreditado na "mais valia" do investimento e feito sacrifícios patrimoniais para sua aquisição.

Inexistentes tais sacrifícios, notadamente em razão do fato de alienante e adquirente integrarem o mesmo grupo econômico e estarem submetidos a controle comum, evidencia-se a artificialidade da reorganização societária que, carecendo de propósito negocial e substrato econômico, não tem o condão de autorizar o aproveitamento tributário do ágio que pretendeu criar.

Tampouco se presta o ágio criado de tal forma artificial a impactar o cálculo de ganhos de capital em operações de alienação do investimento a ele associado.

**CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
TRIBUTAÇÃO REFLEXA.**

Sendo a tributação decorrente dos mesmos fatos e inexistindo razão que demande tratamento diferenciado, aplica-se à CSLL o quanto decidido em relação ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que conheceram integralmente do recurso. No mérito, (i) quanto à decadência, por unanimidade de votos, acordam em negar provimento ao recurso e (ii) quanto ao ágio, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Rodrigo da Costa Pôssas

(Presidente em exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rego.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte KLABIN S.A. em 01/09/2016, com fundamento nos arts. 64, inciso II, 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015), em que se alega a existência de divergências jurisprudenciais acerca de matérias relacionadas à lide.

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1102-001.182, por meio do qual os membros da 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiram, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para admitir a dedução de despesas com fiança prestada pela controladora da contribuinte.

Os autos de infração objeto do presente processo trataram de uma série de infrações tributárias que a Fiscalização entendeu terem sido cometidas pela contribuinte. Entre os anos-calendário de 2003 a 2007, teriam sido indevidamente deduzidas do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas indedutíveis relacionadas a: (i) remuneração de aval prestado por pessoa jurídica sócia da contribuinte; (ii) pagamento de royalties a pessoa jurídica sócia da contribuinte; (iii) amortização de ágio decorrente da incorporação da empresa KLAMASA PARTICIPAÇÕES S.A. (doravante denominada KLAMASA) pela pessoa jurídica INDÚSTRIAS KLABIN DE PAPEL E CELULOSE S.A. (identificada de agora em diante apenas como IKPC); e (iv) amortização/depreciação de ágio decorrente da aquisição das ações da empresa IGARAS PAPÉIS E EMBALAGENS S.A. (citada a partir deste ponto apenas como IGARAS) pela contribuinte.

O lançamento dos créditos tributários relacionados às infrações apontadas implicou na insuficiência de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL que a contribuinte havia utilizado em compensações nos anos-calendário de 2004, 2006 e 2007. Assim, a Fiscalização também efetuou a glosa das aludidas compensações indevidas.

A primeira infração identificada pela Fiscalização concerne ao tratamento tributário dado pela contribuinte aos valores pagos à sua controladora KLABIN IRMÃOS & CIA, em razão de esta lhe ter prestado garantias exigidas pelo BNDES em contratos de concessão de financiamentos. A contribuinte considerou dedutíveis as despesas relativas à comissão de aval, entendimento questionado pela Fiscalização, que defende a indedutibilidade de tais despesas como consequência de sua desnecessidade.

A segunda irregularidade constante dos autos de infração também advém da discordância entre contribuinte e Fiscalização a respeito da necessidade (e consequente dedutibilidade) de despesas incorridas. A contribuinte deduziu das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL valores de royalties pagos à sua controladora KLABIN IRMÃOS & CIA e à SOGEMAR - SOCIEDADE GERAL DE MARCAS LTDA. (controlada exatamente pelos mesmos sócios da contribuinte, direta ou indiretamente) em decorrência de contrato de licença para uso de marca.

A Fiscalização considerou que tais despesas seriam desnecessárias, uma vez que os proprietários da marca cedida eram, direta ou indiretamente, proprietários da contribuinte KLABIN S.A.. Assim careceria de sentido o pagamento de royalties pela pessoa jurídica possuidora do parque industrial às empresas que a controlavam e eram, portanto, diretamente beneficiadas pelos seus resultados, por meio da distribuição de dividendos.

Diante da desnecessidade de tais despesas, entendeu-se desatendida a condição de dedutibilidade prevista pelo art. 352 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999) - RIR/1999, dispositivo baseado no art. 71, alínea "a", da Lei nº 4.506/1964. Além disso, a Fiscalização destacou o teor do inciso I do art. 353 do mesmo RIR/1999, que expressamente declara, com fundamento na alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 4.506/1964, que não são dedutíveis os royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes.

Já a terceira infração tributária apontada pela Fiscalização diz respeito ao indevido aproveitamento tributário do ágio de R\$ 255.332.858,04 gerado contabilmente em operações que envolveram a contribuinte KLABIN S.A. e as empresas KLAMASA, IKPC, INDÚSTRIAS KLABIN S.A. e KIV PARTICIPAÇÕES S.A. (doravante mencionada apenas como KIV).

Tal ágio surgiu em 24/11/2000, por ocasião da incorporação das ações da KLAMASA pela IKPC. As ações tinham o valor contábil de R\$ 68.046.232,68, mas foram avaliadas em R\$ 323.379.090,72 com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da KLAMASA (cujo principal ativo eram ações da contribuinte KLABIN S.A., à época ainda denominada KLABIN RIOCELL S.A.). A diferença entre tais valores (R\$ 255.332.858,04) foi registrada como ágio na contabilidade da IKPC.

Em 22/10/2001, a IKPC utilizou as ações da KLAMASA (acompanhadas do ágio) para integralizar aumento de capital social da empresa INDÚSTRIAS KLABIN S.A.. Esta empresa incorporou a KLAMASA em 30/10/2001, passando a controlar diretamente as ações da contribuinte KLABIN RIOCELL S.A.. Em 31/10/2001, a INDÚSTRIAS KLABIN S.A. utilizou o investimento que detinha junto à contribuinte para fins de aumento do capital da KIV.

Por fim, em 28/12/2001, a contribuinte, já renomeada como KLABIN S.A., incorporou suas controladoras KIV, INDÚSTRIAS KLABIN S.A. e IKPC, trazendo para sua contabilidade o ágio associado a suas ações e passando a utilizá-lo tributariamente (parte teve sua amortização deduzida como despesa; parte foi baixada em 2003, por ocasião da alienação do investimento).

A Fiscalização considerou que a engenharia societária promovida pelo grupo KLABIN teve o objetivo único de criar ágio que pudesse ser aproveitado para reduzir lucros tributáveis da KLABIN S.A., seu braço mercantil. Apontou a autoridade tributária que os sócios das empresas envolvidas nas operações eram os mesmos, direta ou indiretamente; que a KLAMASA foi utilizada como empresa veículo para transferir o ágio; que os valores deduzidos dos resultados tributáveis eram indedutíveis, por inexistência dos pressupostos do ágio; que configurou-se no caso concreto um abuso de direito, em razão da distorção da aplicação de lei.

Assim, foram glosados os valores indevidamente deduzidos, relacionados ao ágio de R\$ 255.332.858,04, e realizados os consequentes lançamentos de IRPJ e de CSLL, com

fundamento nos arts. 247, 249, 299, 386, 390 e 391 do RIR/1999, art. 2º da Lei nº 7.698/1988, art. 1º da Lei nº 9.316/1996 e art. 28 da Lei nº 9.430/1996.

Por fim, o último ilícito tributário verificado pela autoridade tributária guarda relação com o ágio de R\$ 570.909.159,70 associado às ações da empresa IGARAS.

A contribuinte KLABIN S.A. adquiriu da empresa INDÚSTRIAS KLABIN S.A., em 10/12/2001, 100% das ações da IGARAS por R\$ 704.294.450,85, valor que contemplaria: i) ágio de R\$ 384.545.590,77 fundamentado na mais valia do ativo imobilizado da sociedade adquirida; e ii) ágio de R\$ 186.363.568,93 baseado em expectativa de rentabilidade futura da mesma pessoa jurídica.

Em 28/12/2001, a contribuinte incorporou a IGARAS e passou a concentrar, em uma mesma pessoa jurídica: o ativo imobilizado que pertencia à incorporada e a mais valia a ele atribuído; a investida e o ágio fundamentado na rentabilidade futura que dela se esperava. Assim, julgando-se amparado pela regra determinada pelo art. 386 do RIR, a contribuinte passou a amortizar o ágio de R\$ 384.545.590,77, fundamentado no valor de mercado dos bens do ativo da IGARAS, em 10 anos, e o ágio de R\$ 186.363.568,93, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da IGARAS, em 5 anos.

A Fiscalização se opôs à dedutibilidade de tais despesas apontando uma série de motivos que a impediriam, entre as quais se destacam: a) não se verificou, na vendedora INDÚSTRIAS KLABIN S.A., ganho de capital que justificasse o surgimento de ágio na contribuinte; b) os laudos de avaliação que embasaram a criação do ágio datam de setembro e novembro de 2001, um ano após a aquisição da IGARAS pelo grupo KLABIN; c) não houve qualquer pagamento da adquirente KLABIN S.A. à alienante INDÚSTRIAS KLABIN S.A., apenas o registro de dívida em contas credora e devedora, extintas por ocasião da incorporação da segunda empresa pela primeira.

Por considerar que o ágio sob discussão teria sido gerado de forma artificial, dentro do grupo econômico, sem desembolso algum e com o único propósito de propiciar a redução de tributos a serem pagos pela contribuinte, a autoridade tributária promoveu a glosa das respectivas despesas verificadas nos anos-calendário fiscalizados e constituiu os correspondentes créditos tributários de IRPJ e CSLL. Além dos fundamentos legais já indicados no lançamento relacionado à KLAMASA, os autos de infração indicaram ainda, neste lançamento, os arts. 434 e 435 do RIR/1999 como base do lançamento.

No julgamento administrativo de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo I cancelou a cobrança da CSLL relativa às glosas de despesas com a remuneração de aval e com o pagamento de royalties a pessoa jurídica sócia da contribuinte, mantendo o restante da autuação (as glosas de compensação foram devidamente ajustadas para refletir a exoneração dos créditos de CSLL).

Posteriormente a 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, em decisão contra a qual ora se insurge a contribuinte recorrente, negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento parcial ao recurso voluntário apenas para cancelar a cobrança dos créditos de IRPJ relacionados à glosa das despesas decorrentes da prestação de fiança por empresa controladora da contribuinte.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

REMUNERAÇÃO POR FIANÇA PRESTADA POR SÓCIO CONTROLADOR. DESPESAS NECESSÁRIAS.

São dedutíveis as despesas necessárias e usuais pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e voltadas para a manutenção da respectiva fonte produtora, nos termos do art. 299 do RIR/99.

São necessárias e usuais as despesas relacionadas à remuneração por garantia prestada pelo controlador na forma de fiança em contrato de empréstimo tomado junto ao BNDES, quando o mútuo está claramente relacionado com as atividades da empresa, e o pagamento se deu com base em taxas compatíveis com as cobradas no mercado.

IRPJ. ROYALTIES PAGOS A SÓCIO. DESPESA INDEDUTÍVEL.

Não são dedutíveis, da base de cálculo do IRPJ, os royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, por expressa vedação do art. 353, inciso I, do RIR/99 (art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964).

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 decadência.

Desse modo, é possível o lançamento de infrações relativas aos efeitos tributários decorrentes da amortização de ágio dos últimos cinco anos, mesmo que a origem do ágio date de período anterior, estando a empresa obrigada a manter a escrituração de fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, nos termos do art. 37 da Lei nº 9.430, de 1996.

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO. APROVEITAMENTO POR OUTRA EMPRESA DO GRUPO. PROPÓSITO NEGOCIAL. POSSIBILIDADE.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago, devidamente fundamentado na mais valia do ativo ou em rentabilidade futura, e decorrente de transação entre partes independentes.

Caso exista um propósito comercial válido e se demonstre ser possível a dedução do ágio por incorporação direta, não há óbices para que o grupo econômico “transfira” o ágio efetivamente pago para outra de suas empresas, aproveitando-se do benefício fiscal em outra parte da estrutura societária, mesmo se para isso se utilizar de empresa veículo.

Do mesmo modo que é necessário frear os planejamentos que criem benefícios fiscais aos quais o contribuinte não faça jus, não se deve permitir que um formalismo exacerbado impeça o uso de direito legitimamente adquirido.

ÁGIO. FUNDAMENTO. DEMONSTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. NECESSIDADE.

A lei exige que o lançamento do ágio com base no valor de mercado ou na expectativa de rentabilidade futura seja baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Não há a exigência de que a comprovação se dê por laudo, mas por qualquer forma de demonstração, contemporânea aos fatos, que indique por que se decidiu por pagar um sobrepreço.

Contudo, não é possível se admitir que laudo elaborado mais de um ano após os fatos, sem qualquer suporte em documentos contemporâneos à aquisição de terceiros, sirva para fundamentar o ágio em uma das modalidades que permitam o benefício fiscal.

ÁGIO DECORRENTE DE REAVALIAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA A VALOR DE MERCADO. INDEDUTIBILIDADE.

Não é dedutível o ágio decorrente de incorporação de ações reavaliadas a valor de mercado, por ter sido criado dentro do próprio grupo econômico, sem a ocorrência de efetivo desembolso nem tendo como contrapartida a apuração de ganho de capital.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

BASE DE CÁLCULO DA CSLL. LUCRO REAL. REGRAS DE APURAÇÃO.

O artigo 57 da Lei nº 8.981, de 1995, não autoriza aplicar à base de cálculo da CSLL as mesmas regras expressamente endereçadas pela lei para a apuração do lucro real (entendimento majoritário da Turma, ressalvada a opinião do relator).

CSLL. ROYALTIES PAGOS A SÓCIO. DESPESA NECESSÁRIA E DEDUTÍVEL.

A regra do art. 353, inciso I, do RIR/99 (art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964), que veda a dedução de royalties pagos a sócios da base de cálculo do IRPJ, não se aplica à CSLL por falta de previsão legal.

A princípio, o pagamento de royalties por marca detida por outra empresa do grupo consiste em despesa necessária e usual à atividade da empresa, em especial se, na acusação, não há qualquer ponderação sobre alguma vantagem tributária ilícita obtida com a prática.

LANÇAMENTO REFLEXO DE CSLL. MESMA MATÉRIA FÁTICA

Para as demais infrações, aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o decidido em relação ao lançamento do tributo principal, por decorrer da mesma matéria fática.

Recurso de Ofício Negado.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Os autos foram encaminhados eletronicamente à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 12/02/2015, dando-se a intimação pessoal presumida do Procurador em 16/03/2015, nos termos do § 3º do art. 7º da Portaria MF nº 527/2010 e do art. 79 do RICARF/2015. Em 17/03/2015, a Fazenda Nacional se manifestou afirmando expressamente que não recorreria da decisão.

A contribuinte foi intimada a respeito do acórdão em 24/07/2015, por meio de mensagem eletrônica enviada à sua Caixa Postal (Domicílio Tributário Eletrônico), e lhe opôs, em 27/07/2015, embargos de declaração tempestivos. Arguiu a existência de contradições entre os fatos analisados e o direito aplicado e de omissões em relação a aspectos essenciais para o julgamento da lide, vícios cujo saneamento implicaria no reconhecimento de efeitos infringentes e na consequente modificação da decisão embargada.

Por meio de despacho exarado em 12/07/2016, o Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção não admitiu, com fundamento no art. 65, § 3º do Anexo II do RICARF/2015, os embargos de declaração manejados pela contribuinte, por entender que as situações de omissão e de contradição não estariam apontadas objetivamente e que as alegações suscitadas seriam improcedentes.

Em 23/08/2016, a contribuinte foi cientificada a respeito da não admissão de seus embargos, por meio de mensagem eletrônica remetida ao seu Domicílio Tributário Eletrônico. Já em 01/09/2016, interpôs recurso especial tempestivo insurgindo-se contra o acórdão que apreciou seu recurso voluntário, sob a alegação de que ele teria dado à lei tributária interpretação diversa da adotada em outros processos julgados no âmbito do CARF e do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes.

O recurso especial apresentado pela contribuinte contesta a interpretação adotada pelo acórdão recorrido em relação a quatro matérias: 1) dedutibilidade de royalties pagos a acionistas; 2) decadência do direito de questionar a formação dos ágios; 3) dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa IGARAS; e 4) dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa KLAMASA.

Em atendimento aos requisitos de admissibilidade do recurso especial previstos nos arts. 67 e seguintes do Anexo II do RICARF/2015, a contribuinte apontou acórdãos de turmas de câmaras do CARF, de câmaras do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes e de turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) que teriam dado aos temas combatidos interpretação diversa daquela esposada pelo acórdão recorrido.

Por razões de clareza, serão separadamente analisadas as alegações perfiladas pela recorrente a respeito de cada matéria combatida.

1) Dedutibilidade de royalties pagos a acionistas

A contribuinte narra que o Acórdão nº 1102-001.182, ora recorrido, defende que a regra de indedutibilidade de despesas com pagamento de royalties a sócios, contida na alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 4.506/1964 (base legal do art. 353, inciso I, do RIR/1999), aplicar-se-ia também a pagamentos feitos a sócios pessoas jurídicas.

Ao adotar tal entendimento, a decisão recorrida teria entrado em conflito com os Acórdãos nº CSRF/01-04.629 (proferido pela 1ª Turma da CSRF) e nº 108-06.226 (julgado pela 8ª Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes). As decisões trazidas como

paradigmas teriam interpretado o citado dispositivo legal de forma oposta à abraçada pelo acórdão recorrido.

Enquanto a decisão recorrida afirma que a expressão "parentes e dependentes", contida no dispositivo, diria respeito apenas aos dirigentes de empresas e sócios pessoas físicas, visando apenas à inclusão de novas pessoas na regra de indedutibilidade e não à exclusão das pessoas jurídicas, os acórdãos paradigmas, de modo diverso, interpretam que a presença da citada expressão leva obrigatoriamente à conclusão de que a vedação legal alcança somente sócios pessoas físicas.

Assim, estaria devidamente configurada a divergência jurisprudencial necessária ao seguimento do recurso especial no que diz respeito à matéria.

2) Decadência do direito de questionar a formação dos ágios

Em seguida, a contribuinte defende que não poderiam ter sido glosadas, no ano de 2008, despesas relacionadas a ágios originados em operações societárias ocorridas em 2000 e 2001, uma vez que o direito de o Fisco contestar tais operações já estaria fulminado pela decadência, quer seja pela aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, quer seja pela inteligência do art. 173, I, do mesmo Código.

Em seu favor, argumenta que o Fisco já conhecia tais operações societárias desde a sua ocorrência, graças às alterações promovidas nos cadastros das pessoas jurídicas envolvidas e às informações contidas nas suas DIPJ.

Apesar disso, o acórdão recorrido teria negado a ocorrência da decadência concluindo que *"é possível o lançamento de infrações relativas aos efeitos tributários decorrentes da amortização de ágio dos últimos cinco anos, mesmo que a origem do ágio date de período anterior"*.

A recorrente defende que, dessa forma, o acórdão recorrido teria inaugurado divergência jurisprudencial frente a decisões anteriormente proferidas no âmbito do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes: Acórdão nº 101-97.084 (1ª Câmara) e Acórdão nº 107-09.545 (7ª Câmara).

A primeira decisão paradigma trazida ao debate contraria o entendimento adotado pelo acórdão recorrido, segundo a recorrente, ao pregar que o Fisco não pode analisar fatos ocorridos e contabilizados em períodos anteriores a cinco anos, a contar do momento da autuação.

Já o segundo acórdão paradigma afirma que o Fisco até pode examinar fatos situados em períodos já alcançados pela decadência, mas não readequá-los segundo seu juízo de valor. Assim, segundo esta tese, a consideração de que uma operação societária não se enquadrou nas condições legais que permitem a amortização fiscal do ágio ali originado configuraria juízo de valor a seu respeito, não podendo ser utilizada pelo Fisco para fins de lançamentos tributários.

Desta forma, também em relação à questão da decadência o acórdão recorrido estaria dissonante de decisões administrativas anteriores.

3) Dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa IGARAS

A contribuinte inicia este tópico de seu recurso especial identificando a legislação tributária que teria sido interpretada de maneira divergente: arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que correspondem aos arts. 385 e 386 do RIR/1999.

O acórdão recorrido, relata a contribuinte, teria negado a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio surgido na operação de aquisição da empresa IGARAS por conta da inexistência de demonstração do fundamento do ágio que fosse contemporânea à realização do investimento. Portanto, a demonstração exigida pelo § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 deveria ser, impreterivelmente, um documento contemporâneo à operação de aquisição.

As decisões paradigmas arroladas no recurso, Acórdão nº 1101-000.899 (de lavra da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF) e Acórdão nº 1103-000.960 (julgado pela 3ª Turma Ordinária da mesma Câmara), embora tenham alcançado conclusões desfavoráveis aos sujeitos passivos que figuravam nas lides, teriam, segundo a recorrente, rechaçado a razão de decidir do acórdão recorrido. Naqueles casos, o não provimento dos recursos dos contribuintes teria sido fundado em outras razões, alheias à discussão desenvolvida no presente processo.

No que interessa à matéria sob discussão, a contribuinte recorrente afirma que os acórdãos paradigmas teriam entrado em conflito com a decisão combatida por trazerem as seguintes teses em seus votos condutores:

- Acórdão nº 1101-000.899: *"Isto porque a exigência legal é no sentido de que a contribuinte mantenha comprovante de escrituração que demonstre o fundamento do ágio pago. Este comprovante deve expressar razões que justifiquem a aquisição, mas não precisa ser, necessariamente, elaborado antes ou concomitantemente com a operação."*

- Acórdão nº 1103-000.960: *"Na hipótese aventada não há razão para rejeição como comprovação do laudo feito posteriormente, desde que apresentados elementos complementares, como de fato aconteceu no caso sob exame, tendo-se em mente a inexistência de prazo fixado na legislação."*

Dessa forma, teria restado devidamente demonstrado, no entender da recorrente, a divergência jurisprudencial acerca do fundamento utilizado pelo Acórdão nº 1102-001.182 para negar a dedutibilidade das despesas relacionadas ao ágio originado nas operações que envolveram a empresa IGARAS.

4) Dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa KLAMASA

Por fim, a recorrente aduz ainda a existência de dissenso jurisprudencial a respeito da interpretação dada à legislação (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e art. 252 da Lei nº 6.404/1976) pelo acórdão recorrido quando concluiu pela impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio oriundo das operações de aquisição da empresa KLAMASA.

Segundo a contribuinte, o acórdão recorrido teria negado o efeito tributário pretendido por ela com base na afirmação de que o ágio em questão decorreria de reavaliação de participação societária a valor de mercado efetuada por meio de incorporação de ações, sem a ocorrência de efetivo desembolso ou a verificação de ganho de capital como contrapartida.

Ao assim decidir, a decisão recorrida teria entrado em colisão com os entendimentos constantes dos Acórdãos nº 1301-001.852 e nº 1301-001.297, que defendem a possibilidade de formação do ágio passível de aproveitamento tributária em qualquer forma de aquisição, independentemente de efetivo desembolso ou "entrega de dinheiro".

Além disso, o acórdão recorrido teria divergido do Acórdão nº 1301-001.852 ao rechaçar a possibilidade de avaliação de ações a valor de mercado na operação de incorporação de ações, tendo em vista que a decisão paradigma defende que, neste tipo de operação, as ações da incorporada devem ser entregues em substituição a novas ações emitidas pela incorporadora, com a manutenção de equivalência entre as riquezas envolvidas.

Por fim, a recorrente argumenta que os acórdãos paradigmas contrariam o disposto na decisão recorrida ainda no que diz respeito à possibilidade de criação de ágio amortizável em operações entre partes relacionadas: o acórdão recorrido negou tal possibilidade no caso concreto porque o ágio sob discussão teria sido criado dentro de um grupo econômico; os acórdãos paradigmas, em sentido inverso, defendem que a legislação fiscal não veda a utilização do ágio gerado no interior de um grupo.

Defendendo terem sido devidamente demonstradas as divergências jurisprudenciais a respeito das quatro matérias que combate, a contribuinte pede que seu recurso especial seja admitido e remetido para julgamento pela CSRF.

Além de defender a existência de divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigmas em relação às matérias indicadas, a recorrente apresenta ainda uma série de alegações endereçadas à CSRF que deveriam, sob seu ponto de vista, provocar a reforma da decisão recorrida. Em suma, argumenta-se que:

- O art. 353, I, do RIR/1999, na parte em que veda a dedutibilidade dos royalties pagos a sócios pessoas jurídicas, não possui fundamento legal porque o art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei nº 4.506/1964, estabelece restrição aplicável somente a sócios pessoas físicas;

- A expressão "e seus parentes ou dependentes", presente na alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 4.506/1964, leva obrigatoriamente à conclusão de que os sócios ali mencionados só podem ser pessoas físicas;

- A comparação do art. 353, I, do RIR/1999, com os dispositivos correspondentes nas versões anteriores do RIR (de 1966, 1975 e 1980), editadas já na vigência da Lei nº 4.506/1964, prova que a inclusão dos sócios pessoas jurídicas na vedação à dedutibilidade de pagamentos de royalties se deu de forma ilegal: as versões anteriores somente reproduziam o art. 71 da Lei, sem mencionar "pessoas jurídicas";

- O RIR/1999, em seu art. 353, inciso I, teria, portanto, extrapolado a legislação que lhe serve de amparo, o que não pode ser admitido;

- Os ágios cujas despesas de amortização foram considerados indedutíveis pela Fiscalização foram originados em operações ocorridas e registradas nos controles fiscais e contábeis da recorrente e de outras empresas havia mais de cinco anos (anos 2000 e 2001) contado-se do momento da autuação (2008). Assim, o direito de o Fisco contestar tais operações já encontrava-se fulminado pela decadência;

- Mesmo tendo ciência das operações desde a época de sua realização, por conta das alterações promovidas nos cadastros das pessoas jurídicas e de informações constantes de suas DIPJ, a Fiscalização somente em 2008 veio alegar a existência de irregularidades nos negócios jurídicos;

- A atuação da Fiscalização em 2008 não se trata de simples questionamento de dados relativos às amortizações deduzidas entre 2003 e 2007, como a aferição da correção das quotas amortizadas, mas de verdadeira discordância a respeito da validade dos negócios jurídicos realizados em 2000 e 2001, para tentar invalidar seus efeitos jurídicos e consequências fiscais;

- Tal intenção afronta a segurança jurídica, princípio fundamental do Estado de Direito protegido pelo instituto da decadência (art. 150, § 4º, e art. 173, I, ambos do CTN);

- Se o Fisco se mantém inerte ao longo dos cinco anos seguintes àquele em que o negócio jurídico foi realizado, a atividade exercida pelo contribuinte considera-se homologada e não pode mais ser questionada, uma vez que, seja pela decadência, seja pela homologação tácita, extingue-se o próprio crédito tributário, nos termos do art. 156, V e VII, do CTN;

- Em 03/10/2000, as controladoras da empresa IGARAS no exterior (RASAGI e VERYWOOD) foram adquiridas pela BAYWOOD, empresa do grupo KLABIN, por US\$ 510.000.000,00, sendo que ágio de US\$ 257.849.667,68 foi apurado considerando-se como custo de aquisição somente o valor de US\$ 400.400.000,00 (excluiu-se a parcela do preço pago por meio da assunção de dívidas). O valor empregado na aquisição das empresas foi objeto de avaliação pelo BANCO CHASE MANHATTAN, que realizou estudo econômico baseado na rentabilidade esperada da IGARAS;

- Em dezembro de 2001, em processo de reorganização societária promovida pelo grupo KLABIN, a IGARAS passou a ser controlada diretamente pela INDUSTRIAS KLABIN S.A., que contabilizou suas ações por R\$ 704.294.450,85, sem desdobrar tal valor para reconhecer o ágio. Em 10/12/2001, a contribuinte KLABIN S.A. adquiriu as ações e desdobrou seu custo para reconhecer ágio de R\$ 570.909.159,70 (R\$ 384.545.590,77 lastreado em mais valia do ativo imobilizado e R\$ 186.363.568,93 baseado em expectativa de rentabilidade futura). Já em 28/12/2001, a contribuinte recorrente incorporou a IGARAS, passando a deduzir despesas de amortização de tais ágios;

- O ágio apurado na aquisição da IGARAS decorreu, portanto, de investimento por compra e venda, com pagamento em dinheiro, feita perante terceiros não relacionados ao grupo KLABIN;

- O sobrepreço pago em tal aquisição estava devidamente fundamentado em estudo de rentabilidade futura feito pelo BANCO CHASE em 28/06/2000, durante, portanto, as negociações de compra da IGARAS perante terceiros. Tal estudo chegou a conclusões semelhantes às alcançadas pela TREVISAN CONSULTORES, em avaliação realizada mais de um ano depois;

- A legislação (art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) não obriga que o contribuinte elabore laudo antes da aquisição do investimento, tampouco condiciona a amortização fiscal à elaboração de laudo de forma prévia ou concomitante à operação. A lei exige somente uma demonstração, nada mais. Somente com a vigência da Medida Provisória nº

627, convertida na Lei nº 12.973/2014, é que se passou a estabelecer alguns requisitos formais para o documento em questão;

- O fato de uma nova legislação ter introduzido formalidades e prazos em relação ao comprovante de fundamentação do ágio também deve ser interpretado como prova da inexistência de idênticas exigências no passado. Além disso, a Lei nº 12.973/2014, ao alterar a redação do § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, estabelece que o laudo relativo ao ágio deve ser apresentado em até 13 meses após a aquisição do investimento. Ou seja, a exigência que passou a existir permite a elaboração de laudo posteriormente ao lançamento contábil, exatamente como verificado no caso concreto;

- Assim, não merece prevalecer o argumento da Fiscalização e do acórdão recorrido no sentido de que a avaliação feita em 2001 não serve como demonstrativo das razões econômicas que motivavam o pagamento do ágio em discussão, devendo ser canceladas as glosas fiscais correspondentes;

- Já o ágio relacionado às operações envolvendo a empresa KLAMASA surgiu em decorrência de permuta entre acionistas de empresas do grupo KLABIN, especialmente da IKPC, e vários acionistas independentes e institucionais da contribuinte KLABIN S.A., o que já é suficiente para refutar a alegação de que o ágio teria se originado em operações praticadas entre partes relacionadas;

- A permuta em questão, realizada em 23/11/2000, consistiu na troca de 82.893.666 ações da IKPC, possuídas pela KLAMASA (empresa criada especificamente para operacionalizar esta operação e que recebeu as ações em integralização de aumento de capital promovido pelos acionistas controladores da IKPC), a um custo de R\$ 68.619.940,98, por 289.917.420 ações da contribuinte KLABIN S.A. (à época ainda denominada KLABIN RIOCELL S.A.), até então de propriedade de acionistas como BNDES, PREVI, PETROS e outros;

- Os valores adotados na permuta respeitaram os valores de mercado das empresas, segundo avaliação feita por empresa especializada;

- Neste momento, a KLAMASA fez a equivalência patrimonial do investimento e desdobrou seu valor total de R\$ 240.116.940,98 em um deságio de R\$ 171.497.000,00 e custo de R\$ 68.619.940,98;

- Em conformidade com o que havia sido previamente acertado entre os permutantes, em 24/11/2000 houve a incorporação das ações da KLAMASA pela IKPC. Para tal, a IKPC emitiu mais 82.494.666 ações (mesma quantidade previamente aportada na KLAMASA para a realização da permuta), pelo valor de R\$ 323.379.090,72 (foi atribuído a cada ação o mesmo valor praticado na permuta, ou seja, R\$ 3,92). As ações emitidas foram integralizadas com o recebimento das ações da KLAMASA, valoradas a R\$ 68.046.232,68, o que provocou a contabilização, no ativo da IKPC, de ágio de R\$ 255.332.858,04;

- Finalizada a permuta, os acionistas da KLABIN S.A., que detinham 58,85% do capital desta empresa, passaram a possuir 11,19% do capital da IKPC. Já os acionistas da IKPC, que entregaram ações para a KLAMASA e posteriormente receberam igual quantidade de ações da IKPC na incorporação de ações, detinham participação de 49,95% no capital da empresa e ficaram, ao final, com 43,62%, tendo em vista aumento de capital subscrito apenas pelo BNDES;

- Um ano depois, em 22/10/2001, já no contexto da reorganização societária do grupo KLABIN, a IKPC transferiu seu investimento na KLAMASA, juntamente com o ágio de R\$ 255.332.858,04, para a INDÚSTRIAS KLABIN S.A. em operação de aumento de capital social. O deságio de R\$ 171.497.000,00 permaneceu na KLAMASA;

- Em 30/10/2001, a INDÚSTRIAS KLABIN S.A. incorporou a KLAMASA por valores contábeis, transferindo o ágio de R\$ 255.332.858,04 da conta de investimento para seu ativo diferido. A INDÚSTRIAS KLABIN S.A. passou então a controlar diretamente a contribuinte KLABIN S.A. e o deságio de R\$ 171.497.000,00, anteriormente controlado na KLAMASA, foi reconstituído na INDÚSTRIAS KLABIN S.A.;

- Em 31/10/2001, a INDÚSTRIAS KLABIN transferiu seu investimento na KLABIN S.A., pelo seu valor patrimonial contábil, para sua controlada KIV, em processo de aumento de capital. O ágio de R\$ 255.332.858,04 passou a ser registrado no ativo diferido da KIV. O deságio de R\$ 171.497.000,00 foi realizado, com a adição do valor ao lucro real da INDÚSTRIAS KLABIN S.A.;

- Já em 28/12/2001, a KLABIN S.A. (que, repita-se, à época ainda adotava o nome KLABIN RIOCELL S.A.) incorporou suas controladoras diretas e indiretas (IKPC, INDÚSTRIAS KLABIN S.A. e KIV). Com isso, o ágio de R\$ 255.332.858,04 foi inserido no ativo diferido da contribuinte;

- O raciocínio de que o ágio sob análise seria decorrente de mera reavaliação de ações realizada entre partes relacionadas sem o efetivo desembolso, constante do acórdão recorrido, não merece prosperar uma vez que o ágio em comento nasceu em operação de incorporação de ações, efetuada no âmbito de reorganização societária realizada entre partes independentes, sob amplo escrutínio da CVM;

- A operação de incorporação de ações, regida pelo art. 252 da Lei nº 6.404/1976, implica em aquisição de participação societária. Se tal participação for relevante para fins de aplicação do método de equivalência patrimonial, a incorporadora obriga-se à aplicação da regra de desdobramento do respectivo custo em valor de patrimônio líquido da investida e ágio ou deságio (art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977);

- Foi para dar cumprimento a esta regra que a IKPC, ao incorporar a totalidade das ações da KLAMASA, desdobrou o respectivo custo de aquisição em valor do patrimônio líquido e ágio;

- O art. 20 de Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 386 do RIR/1999 não limitam sua aplicação a operações de compra e venda, aceitando qualquer modalidade de aquisição de participação societária. Entre as modalidades possíveis, está justamente a incorporação de ações, hipótese encontrada nos presentes autos;

- Sendo assim, também é irrelevante a contraprestação da aquisição corresponder a pagamento em dinheiro ou a qualquer outra obrigação do adquirente;

- Da mesma forma, é irrelevante, para fins de reconhecimento de ágio ou deságio, a ocorrência de ganho ou perda de capital pela contraparte, ao contrário do que defende o acórdão recorrido;

- Na incorporação de ações, a apuração de ágio é mera decorrência do fato de as ações entregues pela incorporadora possuírem valor superior ao valor patrimonial das ações por ela incorporadas;

- Também é descabida a alegação, contida no acórdão recorrido, de que o ágio teria sido apurado entre partes relacionadas. A operação em questão, apesar de envolver partes relacionadas, também teve a participação efetiva do mercado, por conta da presença de acionistas minoritários, tendo inclusive ocorrido sob o crivo da CVM.

A contribuinte encerra seu recurso especial com o pedido de que este seja conhecido, processado em seus trâmites regulares e afinal provido para cancelar integralmente as exigências fiscais objeto da lide.

A irresignação da contribuinte foi submetida a juízo de admissibilidade, a fim de se verificar o atendimento aos requisitos regimentalmente exigidos dos recursos especiais. As conclusões foram expostas em despacho de 07/11/2016.

O aludido despacho considerou cumpridos os requisitos formais de admissibilidade e passou a verificar a existência das alegadas divergências jurisprudenciais entre a decisão recorrida (Acórdão nº 1102-001.182) e os vários paradigmas indicados. A este respeito, foram expostas as seguintes conclusões:

- Matéria "dedutibilidade de royalties pagos a acionistas": Considerou-se comprovada a existência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e os dois paradigmas indicados pela recorrente (nº CSRF/01-04.629 e nº 108-06.226);

- Matéria "decadência do direito de questionar a formação dos ágios": Entendeu-se demonstrado o dissídio jurisprudencial entre a decisão recorrida e o Acórdão nº 101-97.084, primeiro paradigma trazido pela recorrente. Por esta razão, o cotejo com o segundo acórdão paradigma (nº 107-09.545) foi considerado dispensável;

- Matéria "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa IGARAS": Do cotejo entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas colacionados, concluiu-se que não foi comprovada a divergência jurisprudencial arguida pela recorrente, restando desatendidos requisitos de admissibilidade do recurso especial previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015. De início, considerou-se que a decisão recorrida não exige, como alega o recurso, que a demonstração do fundamento do ágio seja contemporânea aos fatos, mas apenas que o laudo, mesmo que elaborado posteriormente às operações, seja acompanhado de provas das razões que serviram de base à tomada de decisões, estas sim, por questão lógica, contemporâneas aos fatos. Além disso, em relação ao Acórdão nº 1101-000.889 (primeiro paradigma), verificou-se que: a questão atinente aos requisitos do laudo foi abordada como mero *obiter dictum*; não é possível concluir que o entendimento da Conselheira Redatora seria de fato divergente do expresso na decisão recorrida; o contexto fático-probatório é diverso daquele analisado no acórdão combatido. Já no que toca ao segundo paradigma, de nº 1103-000.960, também constatou-se que: os excertos reproduzidos do julgado não permitem concluir que o entendimento a respeito do assunto em foco seria contrário ao exposto na decisão recorrida; os contextos fáticos esquadrihados em cada caso são distintos;

- Matéria "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa KLAMASA": Concluiu-se pela existência de dissenso jurisprudencial entre a decisão recorrida e o Acórdão nº 1301-

001.297, segundo paradigma apontado pela recorrente. Em virtude disso, o cotejo com o primeiro acórdão paradigma (nº 1301-001.852) foi dispensado;

Portanto, o despacho que examinou a admissibilidade do recurso especial interposto pela contribuinte decidiu por dar-lhe seguimento parcial. Obtiveram seguimento três das matérias recorridas: "dedutibilidade de royalties pagos a acionistas", "decadência do direito de questionar a formação dos ágios" e "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa KLAMASA".

Devidamente cientificada do despacho que deu seguimento parcial ao seu recurso especial, a contribuinte protocolou, em 16/12/2016, de forma tempestiva e com fulcro nos arts. 64, III, e 71 do Anexo II do RICARF/2015, agravo questionando a parte do despacho que negou seguimento a uma das matérias recorridas. De forma sintética, alegou o seguinte:

- A divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e os paradigmas, no que diz respeito à matéria "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa IGARAS", deve ser observada do ponto de vista da demonstração do fundamento do ágio, conforme prega o § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977;

- Neste contexto, é patente a divergência jurisprudencial arguida pela recorrente, já que a decisão recorrida entendeu ser imprescindível que a demonstração do ágio seja contemporânea à aquisição do investimento, enquanto as decisões paradigmas atestaram expressamente que a lei não prevê nenhum prazo para elaboração da demonstração do fundamento do ágio;

- Enquanto o acórdão recorrido não admitiu demonstração elaborada posteriormente à aquisição, os acórdãos paradigmas a reconheceram como válida. Assim, o fato de haver ou não elementos contemporâneos à aquisição é despiciendo, tendo em vista que a lei não fala de outros elementos, mas tão somente em demonstração a ser arquivada pelo contribuinte;

- Assim, no contexto da interpretação do § 3º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, não resta dúvida acerca da divergência entre os acórdãos analisados;

- Quanto à alegação do despacho agravado de que inexistiria similitude fática entre os acórdãos cotejados, registre-se que a demonstração analítica da divergência não requer a exata identidade fática entre os arestos recorrido e paradigma. Basta, em realidade, que a mesma norma tenha sido julgada em sentidos diversos, sejam as circunstâncias fáticas dos casos sob exame iguais ou meramente similares;

- Ademais, é imperioso salientar que a demonstração do fundamento do ágio foi elaborado pela contribuinte no momento em que seu reconhecimento se tornou obrigatório, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Por isso a elaboração da demonstração se deu em setembro de 2001 (época da reorganização societária do grupo KLABIN), quando passou a ser obrigatória, a despeito de a aquisição do investimento ter se dado em 2000, por pessoa jurídica sediada no exterior (não submetida à legislação tributária brasileira);

- Portanto, não há que se falar em extemporaneidade da demonstração elaborada pela ora agravante, haja vista que ela foi elaborada no momento em que reconhecimento do ágio era mandatório.

Ao final, a contribuinte pede que seu agravo seja conhecido e provido para reformar o despacho de admissibilidade de modo que se dê seguimento ao recurso especial também em relação à matéria "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa IGARAS".

O agravo foi rejeitado pelo Presidente da CSRF por meio de despacho exarado em 06/02/2017. Considerou-se que a decisão agravada não merecia reparos, uma vez que efetivamente não existia qualquer divergência entre os acórdãos recorrido e paradigmas em relação à matéria objeto do recurso especial. Nos termos do despacho, *"as singelas diferenças vislumbradas pela agravante entre os casos confrontados residem, justamente, no elemento essencial para a decisão expressa nos paradigmas: a existência de elementos contemporâneos à aquisição que se prestem como justificativa para o preço pago, posteriormente confirmados em laudo"*.

Após a análise do agravo, o processo foi remetido à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para fins de ciência da interposição de recurso especial pela contribuinte, assim como dos despachos que o admitiram parcialmente, em conformidade com o art. 70 do Anexo II do RICARF/2015. Em resposta, foram apresentadas, em 24/02/2017, contrarrazões às alegações da recorrente.

Assim podem ser resumidas as alegações perfiladas pela Fazenda Nacional:

- Não há suporte hermenêutico para que se interprete de maneira restritiva o termo "sócio" contido na alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 4.506/1964, que estabelece hipótese de indedutibilidade de despesas com pagamento de royalties. Se o legislador federal em momento algum distinguiu a pessoa física da pessoa jurídica, não pode o hermeneuta fazê-lo;

- No presente caso, mais do que interpretar restritivamente a lei, o que a recorrente propõe é uma atuação como legislador positivo, com a inserção de distinção em momento algum veiculada no texto legal. A referência a "parentes e dependentes" não restringe o significado da palavra "sócios", pois não se trata de aposto restritivo. O que existe são diversos núcleos do objeto indireto colocados em paralelo por coordenação, conforme se nota pela utilização da conjunção aditiva "e";

- Obviamente a expressão "parentes e dependentes" somente se refere aos sócios pessoas físicas, mas isso não significa, de forma alguma, que a expressão "sócios" só se refira a pessoas físicas. Neste sentido já se manifestaram a jurisprudência e a doutrina;

- No que toca à alegação recursal de decadência, registre-se que, embora os atos que geraram os ágios glosados na autuação tenham ocorrido em 2001, a amortização desse ágio pela recorrente só se deu no decorrer de 2003 a 2007, o que motivou a adequada e pontual atuação do Fisco, em 2008, conforme fatos geradores indicados nos autos de infração de IRPJ e CSLL;

- O prazo decadencial aplica-se à atividade tributante do Estado. Ou seja, ocorrida a materialização da hipótese de incidência tributária prevista em lei (fato gerador), o Fisco tem o prazo de cinco anos para constituir a correspondente obrigação tributária por meio do lançamento;

- Portanto, para a contagem da decadência, deve-se ter em mira o fato gerador da obrigação tributária. Sem a materialização de alguma hipótese de incidência prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial. Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado;

- Como o simples pagamento de um ágio na aquisição de participação societária não é fato gerador de nenhum tributo federal, não há que se cogitar da ocorrência de decadência no caso dos presentes autos;

- Ao adquirir uma participação societária com ágio, a pessoa jurídica adquire uma expectativa de direito de, no futuro, caso ocorra a situação prevista na legislação, poder amortizar esse valor na apuração de tributos por ela devidos. Somente a partir do momento em que a contribuinte promove o efeito tributário que entende decorrer de tal ágio é que o Fisco poderá averiguar a regularidade de sua utilização, concordando ou não com sua amortização nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

- Já em relação ao ágio originado nas operações que envolveram a empresa KLAMASA, acertou a Fiscalização ao considerá-lo indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, à luz dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999);

- De acordo com o art. 385 do RIR/1999, no caso de investimentos realizados em sociedade coligada ou controlada, em razão da aplicação do método de equivalência patrimonial, o correspondente preço de ágio deverá ser registrado pela parte que o suporta em conta distinta do valor patrimonial do investimento (desdobramento do custo de aquisição);

- Na apuração do lucro real e do lucro líquido das empresas, normalmente o ágio e o deságio não integram o cálculo do resultado. Via de regra, eles só serão considerados quando o investimento que lhes deu origem for alienado ou liquidado (arts. 391 e 426 do RIR/1999);

- A exceção a tal regra ocorre em certos casos de incorporação, fusão ou cisão, quando a dedução da amortização do ágio ou deságio na conta de resultado é admitida independentemente de alienação ou liquidação do investimento. O art. 386 do RIR/1999, repetindo os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, determina que uma empresa que absorva o patrimônio de outra em que detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 385 do RIR/1999 e baseado em expectativa de resultados futuros, pode passar a deduzir a amortização do correspondente ágio ou deságio;

- Ocorre que, para existir, o ágio deve sempre ter como origem um propósito negocial (aquisição de um investimento) e um substrato econômico (transação comercial). Meros registros escriturais não podem ensejar o nascimento desta figura econômica e contábil;

- Por propósito negocial entende-se a razão negocial que leva uma empresa a adquirir um investimento por valor superior àquele que originalmente custou ao alienante;

- O ágio deve sempre decorrer da efetiva aquisição de um investimento oriundo de um negócio comutativo, onde as partes contratantes, independentes entre si e ocupando posições opostas, tenham interesse em assumir direitos e obrigações correspondentes e proporcionais;

- A operação que dá origem ao ágio deve ainda ter substrato econômico, com o dispêndio de um gasto (econômico ou patrimonial) pelo adquirente e o respectivo ganho (também econômico ou patrimonial) pelo alienante. Sem essa troca de riquezas e da titularidade do investimento, não há que se falar em aquisição e, como consequência, em surgimento de ágio;

- A exigência do cumprimento de tais requisitos é reconhecida pela Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007 e pelo Conselho Federal de Contabilidade, nos termos da Resolução CFC nº 1157/2009;

- A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio;

- No caso sob análise, o ágio amortizado pela recorrente efetivamente não era dedutível, uma vez que não existiu de verdade, foi criado apenas no papel e não apresentou propósito negocial ou substrato econômico que justificasse seu surgimento;

- O ágio em questão não se fundamentou em rentabilidade futura da KLAMASA, mas da própria recorrente (o único bem possuído pela KLAMASA era seu investimento na KLABIN S.A.). Enfim, o propósito negocial das operações que originaram o ágio era sua própria criação, um fim em si mesmo;

- A KLAMASA teve o único papel de servir como veículo para a transferência de ações entre as empresas, com geração de ágio contábil. Cumprida tal tarefa, a empresa foi extinta logo em seguida, sem que nenhum fato externo tenha concorrido para isso;

- Além de não ter propósito negocial, o ágio criado com a "reorganização societária" também não apresenta substrato econômico que justifique seu surgimento. Não houve circulação de nenhuma espécie de riqueza que justificasse sua existência;

- Os mesmos sujeitos ocuparam indiretamente as posições de adquirente e cedente da participação societária alienada, sem a intervenção de qualquer terceiro. Assim, não houve variação patrimonial dos envolvidos, não ocorreu dispêndio de qualquer natureza e não se verificou qualquer racionalidade econômica na operação, a não ser engendrar uma economia fiscal decorrente da minoração da base de cálculo de IRPJ e CSLL;

- O titular de um bem não pode simplesmente lhe atribuir valor superior ao de aquisição/constituição para originar despesas que afetem seu lucro tributável. É isso que acontece quando são utilizadas operações realizadas no interior de um grupo econômico, por pessoas interligadas, em desacordo com o requisito da autonomia das partes envolvidas;

- Diante do exposto, conclui-se que o ágio objeto de discussão nos presentes autos, sendo inexistente, não é válido e não é eficaz para ser amortizado na conta de resultado da recorrente, seja pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), seja por qualquer outra norma;

- Na ausência de norma que excepcione a incidência de CSLL em casos como o presente, aplica-se a disposição constante do art. 57 da Lei nº 8.981/1995. Além disso existe, no art. 75 da Instrução Normativa (IN) nº 390/2004, que dispõe sobre a apuração e o pagamento de CSLL, previsão de que as condições de dedutibilidade do ágio na base de

Processo nº 16561.000188/2008-36
Acórdão n.º **9101-003.254**

CSRF-T1
Fl. 21

cálculo do IRPJ, previstas no art. 386 do RIR/1999, aplicam-se igualmente ao cálculo da contribuição.

Por conta de tudo que expôs, a PGFN pede, ao final, que seja negado provimento ao recurso especial da contribuinte, mantendo-se o acórdão preferido pela Turma *a quo*.

Os autos seguiram então para a CSRF para o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator

Embora o tema não tenha sido abordado nas razões que a PGFN contrapôs ao recurso especial apresentado pela contribuinte KLABIN S.A., julgo relevante examinar inicialmente a questão do conhecimento recursal no que diz respeito à dedutibilidade dos royalties pagos a sócios pessoas jurídicas.

Vencida tal etapa, passarei à análise da arguição preliminar trazida pela recorrente, concernente à suposta decadência do direito de o Fisco questionar aspectos de operações societárias praticadas em períodos que antecederam a autuação em mais de cinco anos.

Por fim, analisarei o mérito da controvérsia relacionada à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio oriundo das operações societárias que envolveram a empresa KLAMASA, praticadas pelo grupo econômico a que pertence a contribuinte.

1) Conhecimento do recurso especial - Royalties

Conforme relatado, um dos motivos que levaram a contribuinte a se insurgir contra o Acórdão nº 1102-001.182 foi o fato de ter sido mantida a cobrança dos créditos tributários de IRPJ fundamentados na indedutibilidade das despesas com pagamento de royalties a sócios pessoas jurídicas.

Ao tratar desta infração tributária, dispôs o Termo de Verificações Fiscais:

"2- ROYALTIES

(...)

A legislação do Imposto de Renda esta consubstanciada nos artigos 352 e seqüentes, e determinam que:

A dedução de despesas com royalties será admitida quando necessárias para que o contribuinte mantenha a posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento (Lei nº 4.506, de 1964, art. 71)

Tratando-se da necessidade, como é possível entender que os proprietários da marca que são efetivamente, direta ou indiretamente, proprietários da Klabin S/A, submeter a pagamentos de royalties pelo uso da marca justamente a empresa possuidora do parque industrial de produção, que comercializa os seus produtos e que afinal traz resultados, quase que exclusivamente, que serão distribuídos para os sócios em forma de dividendos.

Outra questão que se poderia fazer é como seria a empresa se utilizasse marca diferente daquela que repercute despesas de royalties, será que influenciaria no retorno que os sócios desejariam desta empresa?

A eventual alegação de que a Klabin não pertence 100% aos sócios detentores da marca (família Klabin e família Lafer), perde-se quanto se verifica que os sócios proprietários da marca são exatamente aqueles que diretamente administram o grupo de empresas que levam o nome Klabin.

A resposta a esta questão só pode ser reconhecida como ação para diminuir o lucro da Klabin S/A com a geração deste tipo de despesas, e por consequência reduzir a carga tributária.

Logo, **a necessidade de uso da marca é do interesse dos sócios para que a Klabin proporcione lucros a ela própria**, diferentemente de royalties pelo uso da marca feita por terceiros como acontece, por exemplo, com marcas de calçados, onde quem usa a marca o faz para obter lucratividade com o nome e o proprietário da marca recebe por emprestar o nome, e tudo o que envolve a marca, tendo ingerência na administração da empresa produtora, quanto à manutenção da qualidade dos produtos e a forma do uso da marca.

Já o artigo 353 do RIR/06, é conclusivo, ao determinar que não são dedutíveis (Lei 4.506, de 1964, art. 71, parágrafo único), logo no primeiro inciso, os royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes. É literal e não deixa dúvidas sobre a restrição imposta pela legislação tributária, crivando de indedutibilidade os valores atribuídos a título de royalties conforme especifica.

Vale citar que é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico, na medida em que o legislador pode restringir a dedutibilidade de custos e despesas das pessoas jurídicas, quando a incorrência desses encargos opera-se no campo restrito da liberalidade de seus dirigentes.

Ou seja, a lei tributária não proíbe a prática de operações mercantis, como a celebrada entre a fiscalizada e seus controladores, mas atribui-lhes efeitos próprios no campo de apuração da base tributável do IRPJ.

Contribui para esta definição os dizeres do Parecer Normativo nº CST 102/75 item c — ***"Com efeito, as despesas com royalties são indedutíveis, por força do artigo 71, parágrafo único, alínea d, da Lei 4.506/94 (não são dedutíveis os royalties pagos a sócios...), reproduzido pelo artigo 353 do atual RIR). Referida determinação alcança tanto os royalties pagos a beneficiários aqui domiciliados como no exterior. Não se alegue, de outro lado, que o dispositivo veda a dedutibilidade apenas quando o beneficiário for pessoa física, não cerceando os pagamentos a pessoas jurídicas. A administração fazendária, em casos análogos, através dos Parâmetros Normativos CST nº 241 e 871, ambos de 1971, estabeleceu entendimento que a restrição legal é extensiva também às pessoas jurídicas".***

(...)" (grifou-se)

É de fácil percepção que a autoridade tributária determinou a glosa das despesas relativas aos pagamentos de royalties a sócios pessoas jurídicas com base em dois suportes legais autônomos:

i) A desnecessidade de tais despesas, o que, nos termos do art. 352 do RIR/1999 (alínea "a" do art. 71 da Lei nº 4.506/1964), implica na sua indedutibilidade;

ii) A correta interpretação do art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei nº 4.506/1964, é aquela dada pelo art. 353, I, do RIR/1999, qual seja, o termo "sócios" na sentença "Não são dedutíveis os 'royalties' pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes" engloba tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

Pois bem. Em seu recurso voluntário, a contribuinte efetivamente ataca ambos os suportes legais do lançamento promovido pela Fiscalização, conforme se verifica nas passagens transcritas a seguir:

"Inicialmente, a fiscalização alega que aquelas despesas não seriam necessárias, como requerem o art. 352 do RIR/99 e o art. 71, alínea "a", da Lei n. 4506, de 30.11.1964. Diz ela:

(...)

A seguir, pretende justificar a autuação com base no suposto descumprimento do art. 353, inciso I, do RIR/99, cujo fundamento legal é o art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei n. 4506. Confira-se:

(...)

A acusação fiscal, tal como definida nos autos de infração e no respectivo Termo de Verificação Fiscal, está baseada tão somente na suposta falta de necessidade das despesas, segundo o art. 352 do RIR/99, e na inobservância do art. 353, inciso I, do mesmo regulamento.

Quanto à alegação de falta de necessidade, é necessário esclarecer que, ao contrário do que pretende levar a crer a fiscalização, não houve infração ao art. 352 do RIR/99.

(...)

O art. 352 contém norma específica para as despesas com "royalties", fato que afasta de pronto qualquer possibilidade de discussão nestes autos acerca da aplicação da regra geral de necessidade das despesas, contida no art. 299 do mesmo regulamento, conforme demonstrado nos capítulos II e III deste recurso.

(...)

Em suma, as despesas com "royalties", incorridas pela recorrente, são necessárias, nos termos do art. 352 do RIR/99.

Superada esta questão, deve-se verificar que o art. 353, inciso I, do RIR/99, não serve de amparo para a glosa "sub judice".

(...)

Ocorre que o art. 353, inciso I, na parte em que veda a dedutibilidade dos "royalties" pagos a sócios pessoas jurídicas, não possui fundamento legal, pois nos termos do art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei n. 4506, tal restrição é aplicável apenas às pessoas físicas. Confira-se:

(...)

Em suma, diante do acima exposto, deve-se reconhecer que a vedação contida no art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei n. 4506, é aplicável apenas aos "royalties" devidos a sócios pessoas físicas.

Portanto, o art. 353, inciso I, do RIR/99, ao pretender estender a vedação em questão também aos sócios pessoas jurídicas, extrapolou a legislação que lhe serve de amparo, o que não é possível.

(...)

Destarte, conforme acima demonstrado, não é válida a norma contida no art. 353, inciso I, do RIR/99, ao pretender estender aos sócios pessoas jurídicas a vedação aplicável apenas aos "royalties" pagos a sócios pessoas físicas, nos termos art. 71, parágrafo único, alínea "d", da Lei n. 4506.

Sendo o referido art. 353, inciso I, o dispositivo que serve de fundamento para o presente item da autuação "sub judice", deve ser reconhecida a sua improcedência, por evidente falta de amparo legal, devendo ser canceladas as respectivas exigências fiscais." (grifou-se)

Ao apreciar o recurso voluntário interposto pela contribuinte, a 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do acórdão ora recorrido de nº 1102-001.182, manteve as glosas no tocante ao IRPJ nos seguintes termos, expostos no voto condutor da decisão:

"Foram glosadas despesas relativas a royalties pagos a sua controladora, a empresa Klabin Irmãos & Cia (KIC), em decorrência de licença para uso de marca, no valor de 1,3657% do faturamento líquido dos produtos.

A Fiscalização considerou as despesas indedutíveis nos termos do art. 353, inciso I, do RIR/99, abaixo transcrito:

(...)

Além disso, a autoridade fiscal considerou as despesas como não necessárias, entendendo não ser razoável se pagar royalties aos próprios proprietários da empresa.

A decisão recorrida confirmou a glosa das despesas, mas exonerou a tributação da CSLL, por se entender que, nos casos de vedação de dedutibilidade da legislação do IRPJ, não existe previsão de ajuste na base de cálculo da CSLL, sendo que isso somente ocorreria nos casos de falta de comprovação ou inexistência das despesas deduzidas.

Quanto à necessidade da despesa, o recorrente esclarece que não há qualquer irregularidade no fato de os direitos referentes às marcas Klabin serem detidos por pessoas jurídicas diferentes daquela que industrializa e vende os produtos que levam tais marcas, sendo que essa estrutura decorre de decisão gerencial estratégica do conglomerado econômico, cuja conveniência não pode ser questionada pela Fiscalização.

Acrescenta que, se as referidas marcas são de titularidade de outras empresas do grupo, a sua utilização deve necessariamente ocorrer

mediante cessão de direito de uso. E não há estranheza alguma em que tal cessão seja remunerada, pois se trata de contrato oneroso, isto é, no qual a uma prestação corresponde uma contraprestação.

Quanto ao art. 353, inciso I, do RIR/99, na parte em que veda a dedutibilidade dos royalties pagos a sócios pessoas jurídicas, a defesa afirma não possuir fundamento legal, pois, nos termos do art. 71, parágrafo único, alínea “d”, da Lei nº 4.506, de 1964, tal restrição seria aplicável apenas às pessoas físicas. Isso tanto porque a menção a “parentes e dirigentes”, feita no dispositivo legal, obviamente a restringe a pessoas físicas, quanto pela já consolidada interpretação que se faz do art. 72, inciso I, da mesma Lei nº 4.506, de 1964, que possui idêntica redação e só tem sua aplicação admitida para pessoas físicas.

Acrescenta que este Conselho pode deixar de cumprir dispositivo de regulamento que não tem base em lei, conforme se vê em inúmeros precedentes, pois seu regimento interno somente veda o afastamento de decreto por motivo de inconstitucionalidade (art. 62), e não de sua contrariedade com a lei.

Quanto à CSLL, defende a manutenção da decisão recorrida, pois a indedutibilidade de royalties não se estenderia a essa contribuição por falta de previsão legal.

Quanto ao recurso voluntário, entendo não possuir razão a defesa.

É insuperável a vedação da dedução de despesas de royalties pagos a sócios pessoas jurídicas, nos termos do art. 353, inciso I, do RIR/99, com base legal no art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, abaixo transcrito:

(...)

A defesa argumenta que:

- a) a menção a “parentes e dirigentes” restringe a interpretação a sócios pessoas físicas;
- b) formou-se consolidada interpretação nesse sentido quando da análise do conteúdo do art. 72, inciso I, da mesma Lei nº 4.506, de 1964, que possuía redação semelhante, mas que se concluiu referir apenas a sócio pessoa física.

Apesar de engenhosos e instigantes, os argumentos não convencem. **A expressão “parentes e dependentes” diz respeito apenas àqueles a quem possa ser imputada tal relação: os dirigentes de empresas e os sócios pessoas físicas. Isto é, a lei objetivou incluir novas pessoas à regra da indedutibilidade, e não excluir os sócios pessoas jurídicas.**

Ademais, a jurisprudência citada a respeito da distribuição disfarçada de lucros nos termos do art. 72 da Lei nº 4.506, de 1964, limita-se à leitura do dispositivo na égide do Decreto nº 58.400, de 10 de maio de 1966 (RIR/66), que não havia incluído as pessoas jurídicas no dispositivo regulamentar, sendo que as próprias decisões citadas afirmam que tal quadro se alterou com a edição dos Decretos nºs 2.064 e 2.065, ambos de 1983, quando também passou a se considerar a distribuição disfarçada de lucros em negócios realizados entre pessoas jurídicas.

Tem sido esse o entendimento desta Casa, como demonstram as ementas abaixo transcritas:

(...)" (grifou-se)

Verifica-se que o voto lavrado pelo i. Conselheiro Relator do acórdão recorrido abordou, quando da análise do recurso voluntário, somente um dos dispositivos legais apontados pela Fiscalização para fins de realização da glosa das despesas com pagamento de royalties a sócios pessoas jurídicas: a correta interpretação da alínea "d" do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 4.506/1964.

E assim o fez por entender que, no tocante àquela discussão, seu entendimento acerca deste enquadramento legal específico já era suficiente para a manutenção do lançamento tributário, sendo desnecessário adentrar na seara da aplicabilidade ao caso concreto do art. 352 do RIR/1999 (art. 71, alínea "a", da Lei nº 4.506/1964), que trata da necessidade das despesas.

Ocorre que o silêncio em relação ao outro suporte jurídico não tem o condão de afastá-lo e tornar insubsistente a acusação fiscal. Para que o cancelamento se dê deveria ter havido a apreciação completa da acusação fiscal.

Registre-se que o i. Conselheiro Relator até aborda a questão da necessidade das despesas, mas apenas quando aprecia o recurso de ofício que visava ao restabelecimento da cobrança dos créditos de CSLL exonerados pela decisão de primeira instância. Assim, no que tange à apreciação do recurso voluntário, o acórdão recorrido efetivamente se cala sobre a necessidade/desnecessidade das despesas.

E isso se comprova facilmente pela leitura da ementa da decisão, que, no que concerne ao tema, que traz apenas:

IRPJ. ROYALTIES PAGOS A SÓCIO. DESPESA INDEDUTÍVEL.

Não são dedutíveis, da base de cálculo do IRPJ, os royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, por expressa vedação do art. 353, inciso I, do RIR/99 (art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964).

Diante deste quadro, caberia à contribuinte, caso quisesse ver julgados ambos os suportes jurídicos que a Fiscalização apontou para a glosa das despesas, ter oposto embargos declaratórios ao Acórdão nº 1102-001.182 para provocar o pronunciamento da 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara a respeito da dedutibilidade de tais despesas com base no art. 352 do RIR/1999.

Houve oposição de embargos à decisão, mas a questão citada não foi abordada naquela peça, que se restringiu a questionar supostas omissões e contradições relativas ao julgamento do aproveitamento tributário dos ágios oriundos das operações societárias que envolveram as empresas integrantes do grupo econômico KLABIN, notadamente a KLAMASA e a IGARAS. Restou, portanto, não apreciada a acusação fiscal da desnecessidade das despesas com pagamento de royalties aos sócios pessoas jurídicas da contribuinte.

Por conta do exposto, verifica-se que, mesmo que a questão da dedutibilidade de royalties pagos a acionistas fosse conhecida, conforme opina o despacho que examinou a

admissibilidade do recurso especial da contribuinte, sua discussão seria inócua para a finalidade recursal desejada pela recorrente, qual seja, o cancelamento das glosas relativas às despesas com pagamento de royalties.

Isso porque, tendo o contribuinte contestado apenas um dos suportes jurídicos autônomos utilizados para tais glosas (e comprovado a existência de divergência jurisprudencial a respeito deste, como exige o art. 67 do Anexo II do RICARF/2015), os créditos tributários correspondentes não seriam cancelados ainda que esta 1ª Turma da CSRF considerasse procedentes os argumentos recursais e fosse aplicável ao caso concreto o entendimento adotado pelos acórdãos paradigmas colacionados pela recorrente.

O outro dispositivo da legislação, concernente à necessidade das despesas à luz do art. 352 do RIR/1999, condição para sua dedutibilidade, não foi contestado por meio do recurso especial.

Sendo assim, conclui-se que a matéria relativa à "dedutibilidade de royalties pagos a acionistas", nos termos e com o alcance em que foi proposta pela recorrente, não deve ser conhecida por conta de sua insuficiência recursal. Significa dizer que, independentemente do resultado do julgamento da matéria em sede de recurso especial, o efeito prático seria a manutenção da exigência tributária.

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso especial interposto pela contribuinte em relação à matéria "dedutibilidade de royalties pagos a acionistas".

Destaco que, no que atine às outras duas matérias que obtiveram seguimento para julgamento por esta CSRF, "decadência do direito de questionar a formação dos ágios" e "dedutibilidade do ágio apurado na aquisição da empresa KLAMASA", adoto as razões expostas no despacho que examinou a admissibilidade do recurso especial para delas CONHECER.

2) Preliminar de decadência em relação aos efeitos do ágio gerado em 2000 e 2001

A recorrente defende que o Fisco não poderia ter glosado, no ano de 2008, despesas relacionadas a ágios que surgiram em operações societárias praticadas em 2000 e 2001. Isso porque o direito de o Fisco contestar tais operações já teria sido fulminado pela decadência.

As operações a que a recorrente se refere são aquelas que culminaram na criação do ágios que posteriormente ela pretendeu dedutíveis: i) Em 24/11/2000, a IKPC incorporou as ações da KLAMASA, contabilizando-as por R\$ 323.379.090,72, valor em que se embutia ágio de R\$ 255.332.858,04; e ii) Em 10/12/2001, a contribuinte adquiriu as ações da IGARAS junto à INDÚSTRIAS KLABIN S.A., desdobrando o preço pago em valor patrimonial e ágio de R\$ 570.909.159,70.

A recorrente alega que o Fisco já conhecia as operações desde a época de sua realização, por conta da entrega de DIPJ e da atualização dos CNPJ, mas que somente veio a apontar irregularidades nos negócios jurídicos em 2008, com a intenção de invalidar seus efeitos jurídicos e consequências tributárias.

Assim, irregular seria a conduta da Fiscalização, que estaria desrespeitando a segurança jurídica, princípio fundamental protegido pelo instituto da decadência. Se o Estado ficou-se inerte ao longo dos cinco anos seguintes àquele em que os negócios jurídicos foram realizados, não poderia mais questionar a atividade exercida pelo contribuinte.

Em resumo, postula a recorrente o reconhecimento da decadência do direito do Fisco de questionar a legalidade de atos praticados em período já alcançado, no momento da autuação, pelo prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 150, §4º, ou no art. 173, I, ambos do CTN.

Pois bem. O instituto da decadência tributária visa a limitar, no tempo, o direito do Fisco de constituir créditos tributários por meio do lançamento, sendo regido pelos arts. 173 e 150 do CTN. O primeiro dispositivo traz, em seu inciso I, a regra geral da decadência, que reza que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário se extingue com o esgotamento do prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento tributário poderia ter sido efetuado. Já o §4º do art. 150 prevê a regra a que se submetem os tributos sujeitos ao lançamento por homologação: se a Fazenda Pública não se pronunciar em cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador do tributo, o lançamento é homologado e o respectivo crédito, extinto. *In verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

(...)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Observa-se que os dois dispositivos têm algo em comum: ambos baseiam-se no fato gerador dos tributos para estabelecer o marco temporal inicial da contagem do prazo decadencial. No caso do art. 173, inciso I, a contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a autoridade tributária já poderia ter realizado o lançamento, motivado, logicamente, pela verificação do fato gerador. Já na previsão contida no §4º do art. 150, a própria ocorrência do fato gerador inaugura o decurso do prazo decadencial.

Os presentes autos tiveram origem em autos de infração referentes a dois tributos: IRPJ e CSLL. Observe-se o que a legislação específica estabelece para tais tributos:

Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (Regulamento do Imposto de Renda)

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

(...)

Lei nº 7.689, de 15/12/1988

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

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;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela:

(...)

O fato gerador do IRPJ é, portanto, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. Já o fato gerador da CSLL, embora o dispositivo legal não seja explícito a este respeito, é a ocorrência de resultado ajustado positivo no exercício financeiro, antes da provisão para o imposto de renda.

Assim, só há sentido em se discutir decadência de lançamento relativo ao IRPJ e à CSLL a partir do momento em que ocorrem tais fatos geradores, por determinação expressa dos arts. 150, §4º, e 173, inciso I, do CTN.

A recorrente defende a tese de que a contagem do prazo decadencial se iniciaria com as operações societárias ocorridas em 2000 e 2001, ou com o registro dos ágios decorrentes de tais operações na contabilidade das empresas IKPC e KLABIN S.A., ou ainda com a entrega ao Fisco das informações atinentes a tal contabilização. Segundo a teoria exposta, feitos os registros contábeis referentes aos atos societários que deram origem ao ágio, se estes não forem contestados pela Administração Tributária dentro de cinco anos, receberiam uma espécie de "homologação tácita" e seu aproveitamento fiscal estaria autorizado, também de forma tácita.

Não existe fundamento jurídico que possa sustentar a tese desenvolvida pela recorrente.

O instituto da decadência tributária tem o nobre propósito de evitar surpresas na relação entre contribuintes e Estado, homenageando o princípio da segurança jurídica. Todavia, ele não existe de forma independente, desvinculada dos fatos geradores dos tributos. Não é razoável cogitar-se da existência de decadência para cada ato societário, cada registro contábil, cada transação realizada. Tais eventos indubitavelmente fazem parte da rotina das pessoas jurídicas, mas somente quando implicam na ocorrência do fato gerador de um tributo específico é que se pode falar em início da contagem de prazo decadencial.

O simples registro do ágio na contabilidade da recorrente ou da IKPC ou ainda a sua transferência a outras empresas do mesmo grupo econômico não poderiam ser objeto de glosa ou de lançamento tributário por parte da autoridade fiscalizadora. A presença do ágio nos livros contábeis não provoca redução de crédito tributário, majoração de prejuízo fiscal ou causa para lançamento de multa isolada. Assim, não havia obrigação de atuação por parte do Fisco que pudesse provocar a fluência de prazo decadencial contra ele.

Os arts 385 e 386 do RIR/1999 prevêm que a pessoa jurídica que incorporar outra em que detenha participação societária (ou for por ela incorporada), com a contabilização de ágio fundamentado na expectativa de resultados futuros, passa a ter um potencial direito de, no futuro, caso sejam cumpridos os demais requisitos exigidos pela legislação, usufruir da possibilidade de utilização das despesas decorrentes da amortização de tal ágio como deduções na apuração do IRPJ e da CSLL devidos. Algo semelhante se dá em relação à teórica possibilidade de utilização de ágio contabilizado anteriormente para fins de integração ao valor contábil de participação societária alienada ou liquidada no futuro, conforme previsão do art. 426 do RIR/1999.

Somente quando o contribuinte faz uso destes direitos que entende lhe caberem, é que surge a obrigação da autoridade tributária de verificar a correção dos procedimentos adotados e dos valores apurados a título de IRPJ e de CSLL. Se os tributos forem apurados de forma incorreta, a valor menor, em razão da utilização de ágio tributariamente imprestável ou do não cumprimento de todas as exigências legais, passa a existir um fato que demanda a atuação do Fisco. Somente a partir do momento em que ocorrem os fatos geradores destes tributos, portanto, é que se passa a discutir decadência.

O prazo decadencial aplicável a esta hipótese delimita o tempo de que o Fisco dispõe para averiguar a utilização, pelos contribuintes, do ágio, contabilizado em anos anteriores, para fins de redução dos tributos relativos aos anos posteriores. No caso da presente lide, os créditos tributários lançados referem-se aos anos-calendário de 2003 a 2007. Assim, se considerarmos aplicável ao caso o §4º do art. 150 do CTN (hipótese mais benéfica à recorrente), a autoridade tributária teria até o fim do ano de 2008 (cinco anos contados dos fatos geradores dos tributos) para verificar a utilização do ágio na apuração dos tributos relativos a 2003 (primeiro ano-calendário autuado), homologando sua utilização ou glosando as parcelas dela decorrentes. Como a ciência da contribuinte a respeito das mencionadas glosas se deu em 08/12/2008, nenhuma irregularidade é identificada na atuação estatal.

Além disso, registre-se que a atuação do Fisco pode desconstituir a utilização fiscal do ágio, caso as condições legais estabelecidas pelos arts. 385, 386 ou 426 do RIR/1999 não tenham sido cumpridas, mas não a sua contabilização. O ágio contábil permanece na escrituração dos contribuintes, fato que reforça a ideia de que a atuação da autoridade tributária

não afeta, efetivamente, fatos ocorridos e já alcançados pela decadência, mas apenas seus efeitos verificados em anos ainda não decaídos.

O entendimento exposto neste voto é corroborado pela Lei nº 9.430/1996, na parte em que dispõe a respeito da obrigação de guarda de documentos pelos sujeitos passivos:

Art. 37. 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.

Ao determinar que os comprovantes de escrituração relativos a fatos que repercutam no futuro devem ser guardados pelos sujeitos passivos até o momento em que se opere a decadência do direito de constituição dos créditos tributários relativos a estes exercícios (os futuros), a legislação explicita que os fatos comprovados pela documentação não inauguram a contagem do prazo decadencial, mas sim os fatos geradores dos tributos que devem ser apurados e recolhidos nos exercícios posteriores.

O CARF já teve oportunidade de se pronunciar acerca da tese apresentada pela recorrente. Em recente julgamento de recurso voluntário nos autos do processo nº 10183.723840/2013-20, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara apreciou alegação exatamente igual à levantada no recurso especial sob análise. No Acórdão nº 1301-002.019, restou assim ementada a decisão relativa a tal discussão:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL.

Em relação à decadência, a contagem do prazo deve ter como base a data a partir da qual o Fisco poderia efetuar o lançamento, ou seja, a data do fato gerador da obrigação. Sob essa ótica, para efeito de tributação da amortização indevida do ágio, a simples apuração desse ágio não dá azo a qualquer infração a qual só poderia, eventualmente, caracterizar-se quando da amortização. Isso porque o valor amortizado é despesa que reduz o resultado tributável gerando, quando indevida, a infração passível de lançamento.

Do voto que prevaleceu em relação a esta matéria naquele julgamento, reproduz-se o excerto:

"Como preliminar, inicialmente, a recorrente insurge-se contra a decisão da Turma Julgadora *a quo* que decidiu no sentido de que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial seria contado a partir do início da sua amortização (ano-calendário 2009) e não quando da apuração do ágio (ano-calendário 2007).

Com relação a decadência, **a contagem do prazo deve ter como base a data a partir da qual o Fisco poderia efetuar o lançamento, ou seja, a data do fato gerador da obrigação.** Sob essa ótica, para efeito de tributação da amortização indevida do ágio, **a simples apuração desse ágio não dá azo a qualquer infração a qual só poderia, eventualmente, caracterizar-se quando da sua amortização.** Isso porque o valor

amortizado é despesa que reduz o resultado tributável gerando, quando indevida, a infração passível de lançamento.

Assim, **o prazo decadencial deve ter como referência o período de apuração onde tenha ocorrido a amortização/dedução.** No caso sob exame, a amortização iniciou-se no ano-calendário de 2009, como a ciência dos autos deu-se em 24/09/2013, rejeito a preliminar da decadência conforme suscitada." (grifou-se)

Diante de tudo o que foi exposto, entendo que não existe decadência a afetar o lançamento dos créditos tributários objeto dos presentes autos. Os autos de infração foram lavrados em 2008, tendo por base fatos geradores de IRPJ e de CSLL ocorridos de 2003 a 2007, não os ágios registrados em 2000 e 2001. Assim, relativamente à alegação preliminar de decadência, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte.

3) Possibilidade de aproveitamento tributário do ágio criado nas operações que envolveram a KLAMASA

O último ponto de debate nos presentes autos, entre aqueles que foram objeto do recurso especial da contribuinte e obtiveram seguimento para esta CSRF, diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela recorrente (e condenado pela Fiscalização) de promover o aproveitamento tributário, no ano-calendário de 2003, do ágio registrado na contabilidade da IKPC por ocasião da incorporação das ações da KLAMASA, em novembro de 2000.

Inicialmente, esclareça-se que, embora os autos de infração que originaram o presente processo se refiram aos anos-calendário de 2003 a 2007, no caso específico da infração associada ao ágio oriundo das operações que envolveram a empresa KLAMASA, só houve lançamento tributário relativo ao ano-calendário de 2003.

Conforme se verifica na tabela apresentada pela contribuinte ainda na fase de fiscalização, à fl. 83, e reproduzida no Termo de Verificações Fiscais à fl. 1.183 (numeração referente ao processo digital), a contribuinte também promoveu, ao longo do ano de 2002, a dedução de despesas decorrentes da amortização de parte do ágio originalmente registrado de R\$ 255.332.858,04. Contudo, como tal período já se encontrava decaído em dezembro de 2008, época da formalização dos autos de infração, somente foram lançadas as glosas do saldo aproveitado em 2003, de R\$ 195.755.191,20. Zerado tal saldo ainda em 2003, não houve reflexos tributários nos anos seguintes.

O ágio de R\$ 255.332.858,04 objeto da controvérsia surgiu em novembro de 2000 como desdobramento de um processo de permuta entre ações da IKPC e da contribuinte, que à época ainda atendia pelo nome de KLABIN RIOCELL S.A..

Foram permutadas, em 23/11/2000, 82.893.666 ações da IKPC, de propriedade da KLAMASA, por 289.917.420 ações da contribuinte KLABIN S.A., até então detidas por acionistas como BNDES, PETROS, PREVI e outros. A contribuinte alega que os valores atribuídos às ações permutadas (R\$ 3,92 cada ação da IKPC; R\$ 1,12 cada ação da KLABIN S.A.) respeitaram o valor de mercado de cada empresa, segundo avaliação realizada por empresas especializadas. Com base neste valor de mercado é que foi estabelecida a taxa de troca entre as ações, de aproximadamente 3,5 ações da KLABIN S.A. para cada ação da IKPC.

Ocorre que as ações da IKPC possuídas pela KLAMASA estavam registradas por um custo de R\$ 68.619.940,98, resultado da soma de R\$ 68.127.000,49 (valor contábil das 82.494.666 ações da IKPC conferidas em aumento de capital da KLAMASA em 31/08/2000) e R\$ 492.940,49 (valor pago pela KLAMASA na aquisição de mais 398.906 ações da IKPC para completar a quantidade que se pensava inicialmente ser necessária para a permuta que estava por vir). A partir dos números apresentados, pode-se calcular que o valor contábil de cada ação da IKPC detida pela KLAMASA, antes da permuta, era de aproximadamente R\$ 1,21.

No dia seguinte à permuta (24/11/2000), com o intuito de incorporar as ações da KLAMASA, a IKPC emitiu mais 82.494.666 ações, pelo valor de R\$ 323.379.090,72 (adotou-se para cada ação emitida o valor de mercado de R\$ 3,92, o mesmo utilizado anteriormente para fins de cálculo da taxa de permuta de 3,5 para 1). As ações emitidas foram integralizadas pelos acionistas da KLAMASA por meio da entrega da totalidade das ações desta empresa, a um valor contábil de R\$ 68.046.232,68.

Por conta da diferença entre o valor de mercado que atribuiu a suas próprias ações (R\$ 323.379.090,72) e o valor contábil pelo qual recebeu as ações da KLAMASA (R\$ 68.046.232,68), a IKPC registrou ágio de R\$ 255.332.858,04 associado a tal investimento. Destaque-se que o único ativo relevante detido à época pela KLAMASA eram as ações da contribuinte KLABIN S.A. recebidas em permuta pelas ações da IKPC.

Já no contexto da reorganização societária do grupo KLABIN, em 22/10/2001, a IKPC utilizou seu investimento na KLAMASA, devidamente acompanhado do ágio, para integralizar aumento de capital da INDÚSTRIAS KLABIN S.A..

Em 30/10/2001, a INDÚSTRIAS KLABIN S.A. incorporou a KLAMASA a valores contábeis, passando a registrar o ágio de R\$ 255.332.858,04 em seu ativo diferido e a controlar de forma direta a contribuinte KLABIN S.A..

No dia seguinte, a INDÚSTRIAS KLABIN S.A. transferiu, em procedimento de aumento de capital, seu investimento na contribuinte KLABIN S.A., a valores patrimoniais, para sua controlada KIV, que registrou em seu ativo diferido o ágio associado à participação societária recebida.

Por fim, em 28/12/2001, a KLABIN S.A. incorporou suas controladoras IKPC, INDÚSTRIAS KLABIN S.A. e KIV, trazendo o ágio de R\$ 255.332.858,04 para sua contabilidade. Julgando-se amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), a contribuinte passou a promover, durante os anos-calendário de 2002 e 2003, o aproveitamento tributário do ágio, por meio da dedução das despesas decorrentes de sua amortização e de sua baixa para alienação de investimento (conforme já se mencionou, apenas os efeitos tributários observados no ano de 2003 foram considerados para fins de autuação, uma vez que o ano-calendário de 2002 já se encontrava decaído).

Muito bem. A respeito da figura do ágio, há que se dizer que seu conceito tributário foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. À época dos fatos discutidos nestes autos, dispunha o art. 20 do Decreto-Lei, antes de ter sua redação alterada pela Lei nº 12.973, de 13/05/2014:

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.

O art. 385 do RIR/1999 é basicamente uma cópia do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Em ambos os dispositivos, encontra-se a determinação de que contribuintes que avaliam investimentos em sociedade controlada ou coligada pelo valor do patrimônio líquido registrem o ágio apurado na aquisição de participação societária em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição.

Além disso, os dispositivos prevêm que tal ágio deve ser fundamentado em pelo menos um dos três fatores: a) valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; b) expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros ou; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Quando o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 385 do RIR/1999 afirmam que o destinatário das regras ali expostas é o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido, estão se referindo ao método da equivalência patrimonial. Segundo tal método, as variações observadas nos patrimônios líquidos das sociedades coligadas ou controladas provocam reflexos nos valores dos investimentos registrados na investidora.

Observe-se o que dispõem os arts. 387 a 389 do RIR/1999, a respeito do método de equivalência patrimonial:

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

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo,

antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;

(...)

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

(...)

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

(...)

O art. 389 do RIR/1999 é explícito ao determinar que os resultados auferidos pelas empresas coligadas ou controladas não devem ser computados na determinação do resultado da investidora. Assim, lucros apurados em uma investida devem ser objeto de tributação somente no âmbito daquela empresa. Embora tenham o reflexo de majorar o valor do investimento registrado na investidora, os lucros da investida não devem integrar a base tributável da pessoa jurídica que nela detém participação societária, sob pena de configurar-se hipótese de dupla tributação.

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

Somente seria lógico falar em amortização daquele ágio caso a concretização do motivo que lhe deu causa, qual seja, a lucratividade futura da investida, tivesse reflexos tributários na pessoa jurídica que pagou a "mais valia". Dessa forma, o dispêndio a maior poderia ser gradativamente recuperado sob a forma de despesas dedutíveis, se os lucros que o motivaram provocassem um maior recolhimento de tributos nos períodos posteriores à aquisição do investimento.

Como, por determinação legal, não é esta a hipótese que se verifica no método de equivalência patrimonial, pode-se concluir que a regra geral é a da impossibilidade de utilização fiscal do ágio registrado na investidora. É o que reza expressamente o art. 391 do RIR/1999:

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

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

Existem, contudo, duas exceções a tal regra. A primeira delas é indicada pelo próprio art. 391, quando ressalva o disposto no art. 426 do mesmo RIR/1999:

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção refere-se a transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

A respeito da evolução histórica das previsões legais que contemplaram a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio em hipóteses de transformações societárias, remeto-me ao irretocável apanhado feito pelo nobre Conselheiro André Mendes de Moura no Acórdão nº 9101-002.301:

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de

mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

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

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997¹, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

¹ Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

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

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI² ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

(...)

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

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

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista³ que trabalhou na edição da MP 1.609, de 1997⁴:

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

³ Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18494, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ Na realidade, o número da Medida Provisória abordada é 1.602.

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

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

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

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

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.607, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

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

Depreende-se da retrospectiva transcrita que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (produto da conversão da Medida Provisória nº 1.602/1997) foram erigidos pelo legislador com a específica finalidade de coibir a prática de planejamentos tributários abusivos em que empresas superavitárias adquiriam com ágio empresas deficitárias para serem em seguida incorporadas por elas. Tal incorporação reversa, também denominada de incorporação "às avessas", não tinha nenhum propósito negocial que não fosse a simples geração de ganhos de natureza tributária.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram integralmente incorporados ao RIR/1999 por meio de seu art. 386. Como este artigo faz referência expressa a dispositivos do art. 385 (cópia do já reproduzido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), transcrevem-se ambos a seguir:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição

da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

§3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §3º):

I - 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;

II - 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 do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §4º).

§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 (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

§6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

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

§7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no §2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Verifica-se que os arts. 385 e 386 do RIR/1999 guardam uma relação indissociável entre si, uma vez que requisitos à aplicação do segundo artigo são extraídos diretamente da redação do primeiro.

O art. 385, conforme já mencionado, estabelece duas regras principais. A primeira determina que o ágio apurado em uma aquisição de participação societária em sociedade controlada ou coligada seja registrado em subconta separada daquela que registra o valor do patrimônio líquido da investida na época da aquisição. Já a segunda fixa os possíveis fundamentos econômicos do ágio pago na aquisição da participação societária (valor de mercado dos bens do ativo da investida superior ao registrado na contabilidade; expectativa de resultados positivos da investida nos exercícios futuros; fundo de comércio, intangíveis e

outras razões econômicas). Por fim, o artigo ainda prevê que o ágio fundamentado em valor de mercado dos bens do ativo da investida ou na expectativa de resultados futuros deve ser baseado em documentação comprobatória, devidamente arquivada.

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

O *caput* do art. 386 traz o primeiro requisito que deve ser cumprido para que seja possível o aproveitamento do ágio: uma pessoa jurídica deve absorver o patrimônio de uma segunda, em que detenha participação societária adquirida com ágio. A respeito deste primeiro requisito exigido pela norma, recorro novamente ao Acórdão nº 9101-002.301, pela assertividade da análise ali desenvolvida:

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

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁵.

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

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

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

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

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

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A

⁵ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

(investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

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

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

fundamento no fato de que, com a confusão de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁶, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

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

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

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

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável**. Considerando-se o regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, aperfeiçoa-se o lançamento fiscal e o termo inicial para contagem do prazo decadencial."

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o do ágio)**. Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por

⁶ SCHOUER, 2012, p. 62.

sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

A situação em que a investida incorpora sua investidora é denominada de incorporação reversa ou ainda de incorporação "às avessas". A previsão da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio nesta hipótese é trazida pelo §6º, inciso II, do art. 386 do RIR/1999. O dispositivo faz uso de uma técnica legislativa transitiva, indicando assim que o que vale para o *caput* do art. 386 do RIR/1999 vale também para o seu §6º. As premissas de exegese da norma não são afetadas, sendo necessárias apenas as devidas adaptações para contemplar a situação prevista.

De forma correlata ao que se analisou quanto ao aspecto pessoal, **a confusão de patrimônios**, principal item do aspecto material para fins de enquadramento no art. 386 do RIR/1999, consuma-se **quando, na sociedade incorporadora, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente** (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendidos os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual a pessoa jurídica detentora da "mais valia" (ágio) do investimento baseado na expectativa de rentabilidade futura passa a ser responsável também por honrar tal rentabilidade. Assim, a legislação permite que o contribuinte considere perdido o capital que foi investido com o ágio e deduza a despesa relativa à "mais valia".

Configuração semelhante ocorre na incorporação reversa, na medida em que a pessoa jurídica responsável por gerar a rentabilidade esperada para o futuro passa a ser a detentora do ágio baseado na expectativa de tal rentabilidade.

Sendo assim, pressupõe-se que a "mais valia" porventura contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participam da "confusão patrimonial". Para fins de acesso à dedutibilidade estabelecida pelo art. 386 do RIR/1999, a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento deve incorporar tal investimento (incorporação da investida pela investidora) ou ser incorporada pela empresa em que investiu (incorporação "às avessas").

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/1999, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material das hipóteses ali previstas. Na atual redação destes dispositivos, exclusivamente no caso em que houver o efetivo desembolso de valores (ou sacrifício de outros ativos) a título de investimento da investidora (futura incorporadora ou, no caso da incorporação reversa, incorporada) na investida (futura incorporada ou, no caso da incorporação reversa, incorporadora), é que haverá o atendimento aos aspectos pessoal e material. Se o ágio não foi de fato arcado por nenhuma das pessoas participantes da "confusão patrimonial", não há sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, o ágio que a contribuinte pretendeu aproveitar tributariamente teve origem em 24/11/2000, quando a IKPC incorporou a totalidade das ações da KLAMASA, atribuindo a elas um valor de mercado de R\$ 323.379.090,72. Como

tais ações tinham um valor contábil de R\$ 68.046.232,68, a diferença entre o "custo de aquisição" e o "valor patrimonial" das ações incorporadas (R\$ 255.332.858,04) foi registrado pela IKPC como ágio.

Quase um ano depois, este ágio foi transferido entre empresas do grupo: (i) em 22/10/2001, a IKPC o transferiu à INDÚSTRIAS KLABIN S.A. em integralização de aumento de capital; (ii) em 31/10/2001, a INDÚSTRIAS KLABIN o transferiu, após ter incorporado a KLAMASA, à KIV, também em integralização de aumento de capital; (iii) em 28/12/2001, a contribuinte KLABIN S.A. o trouxe para sua contabilidade por meio da incorporação da KIV.

Como o ágio fora originalmente atribuído à expectativa de rentabilidade futura da KLAMASA, cujo único ativo relevante à época eram as ações da KLABIN S.A., a contribuinte considerou que tinha reunido na mesma entidade, a partir de 28/12/2001, o ágio e o investimento cuja expectativa de resultados lhe servira como fundamento. Assim, julgando-se amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 (arts. 385 e 386 do RIR/1999), passou a deduzir, nos anos-calendário de 2002 e 2003, despesas decorrentes da amortização do ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ocorre que o entendimento defendido pela contribuinte não tem amparo nos mencionados dispositivos legais ou em quaisquer outros.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa.

A configuração do aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 requer, como foi visto, que a pessoa jurídica que vier a absorver o patrimônio da outra em que detenha participação societária (ou a ser absorvida por ela, no caso da incorporação "às avessas") tenha acreditado na "mais valia", feito estudos de rentabilidade futura e efetivamente desembolsado os recursos para a aquisição do investimento.

Verificando as operações societárias que envolveram a empresa KLAMASA, descritas nos autos, é incontroverso que não houve desembolso algum, por qualquer das partes envolvidas, que justificasse o surgimento do ágio de R\$ 255.332.858,04. Este número adveio simplesmente da diferença entre o valor de mercado atribuído a 82.494.666 ações da IKPC emitidas em 24/11/2000 (para fins de incorporação das ações da KLAMASA) e o valor contábil de 82.494.666 ações da mesma IKPC emitidas em 31/08/2000 (conferência em aumento de capital da KLAMASA para fins de realização da permuta por ações da contribuinte KLABIN S.A.).

Em agosto de 2000, as ações da IKPC foram transferidas à KLAMASA pelo valor contábil de R\$ 1,21 cada uma. Como consequência, o valor contábil das ações da KLAMASA, incorporadas pela IKPC em 24/11/2001, totalizou R\$ 68.046.232,68. Mas em novembro de 2000, ao dimensionar o "custo de aquisição" das ações da KLAMASA que incorporou, a IKPC valorou as ações que emitiu a R\$ 3,92 cada uma (segundo a recorrente, tratar-se-ia do seu valor de mercado). Por conta disso, o custo de aquisição das ações da KLAMASA foi calculado em R\$ 323.379.090,72. A partir destes valores, chegou-se a diferença de R\$ 255.332.858,04, que foi denominada de ágio.

Conclui-se, portanto, que não houve desembolso algum por quaisquer das partes envolvidas e que o ágio efetivamente decorreu de mera reavaliação das ações da IKPC. Entre agosto e novembro de 2000, cada ação desta empresa teve uma valorização de quase 224%, passando de R\$ 1,21 (valor considerado para formação do valor contábil das ações da KLAMASA, em virtude da utilização de ações da IKPC na integralização de seu aumento de capital) para R\$ 3,92 (valor de mercado atestado por empresa especializada).

Sendo assim, não há que se falar na existência de uma investidora real, que faria jus à possibilidade de aproveitamento tributário do ágio nos moldes delineados no art. 386 do RIR/1999.

Além disso, também o aspecto material da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999 não restou caracterizado no caso concreto. Para que o ágio possa ser objeto de aproveitamento fiscal, é necessária a ocorrência de "confusão patrimonial" entre investidora e investida porque assim passam a coexistir dentro da mesma pessoa jurídica a "mais valia" paga com base na expectativa de rentabilidade futura e o próprio investimento de que se espera tal rentabilidade. É justamente por conta deste encontro que a legislação permite que os contribuintes dêem por perdido o capital investido na "mais valia" e passem a utilizar as despesas de sua amortização como deduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Se não existiu o efetivo dispêndio da investidora por tal "mais valia", não há valor pago a maior que possa ser considerado perdido por ocasião de seu encontro, na contabilidade da mesma pessoa jurídica, com o investimento de que se esperava a produção futura de resultados positivos. Logo, perde o sentido a possibilidade de aproveitamento tributário do ágio.

Assim, a amortização operada pela recorrente não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, não existiu a figura da investidora originária porque não houve dispêndio apto a amparar a criação do ágio que se pretendeu amortizável. O ágio contabilizado decorreu de reavaliação do valor de mercado das ações da empresa IKPC, não tendo sido verificado nenhum dispêndio que viesse a satisfazer os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência da benesse estabelecida no art. 386 do RIR/1999.

É indiferente para tal conclusão o fato de, ao final das operações societárias promovidas pelo grupo KLABIN, estarem reunidos no patrimônio da contribuinte KLABIN S.A. o ágio de R\$ 255.332.858,04 (que, no fim das contas, fundamentou-se na expectativa de sua rentabilidade futura, uma vez que o ativo da KLAMASA resumia-se a ações da recorrente) e o investimento que lhe serviu de fundamento. Sem a realização de investimento efetivo que justifique o nascimento do ágio, não há que se falar na ocorrência de confusão patrimonial que possibilite a dedutibilidade prevista no art. 386 do RIR/1999.

Importante ressaltar que, quando se estabelece a necessidade de que a investidora arque com a aquisição do investimento com ágio, não se restringe tal operação a uma compra e venda com o desembolso de valores monetários. O dispêndio a que se refere diz respeito a qualquer operação que gere ganhos para o alienante e gastos para o adquirente. Mais do que um pagamento em dinheiro, o que se espera como resultado desta operação é que haja variações patrimoniais para os envolvidos em valores proporcionais ao negócio celebrado.

O ágio inicialmente contabilizado pela IKPC e posteriormente incorporado pela recorrente foi criado sem esta troca de riquezas entre adquirente e alienante. A criação de tal ágio foi um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação. Isso só foi possível por causa do vínculo existente entre as empresas IKPC e KLAMASA.

Conforme demonstrado pela própria recorrente, a KLAMASA foi constituída por parte dos acionistas da IKPC para operacionalizar a permuta de ações desta empresa por ações da contribuinte, à época ainda chamada de KLABIN RIOCELL S.A.. Embora a IKPC tivesse ações negociadas em bolsa de valores, apenas 24,35% de seu capital se encontrava distribuído desta forma. Em outras palavras, as decisões do grupo KLABIN (a partir de sua controladora IKPC) estavam concentradas nas mãos de dois grupos que a recorrente identificou da seguinte forma nos slides que acompanharam seu recurso especial (fls. 2.164 a 2.174): CONTROLADORES (NIBLAK e irmãos KLABIN) e ACIONISTAS PF.

As mesmas pessoas, portanto, controlavam a IKPC e a KLAMASA à época das operações que geraram o ágio contábil de R\$ 255.332.858,04. Somente por esta razão foi possível a absurda valorização de 224%, em um período de três meses, atribuída às ações da IKPC, que gerou a diferença milionária entre o valor contábil das ações da KLAMASA e o valor pelo qual elas foram incorporadas em seguida.

A circulação de riquezas requerida pelo art. 386 do RIR/1999, para fins de caracterização do aspecto pessoal da hipótese de incidência, requer obrigatoriamente a participação de um terceiro, externo ao grupo econômico que negocia a participação societária, especificamente na operação que fixa o "custo de aquisição", o "valor de mercado", que será empregado no cálculo do ágio.

É neste momento que a participação de um terceiro é necessária, porque somente desta forma é possível garantir que o valor praticado na "aquisição" do investimento é verossímil e apto a ser utilizado como parâmetro de cálculo de um ágio que poderá ser posteriormente convertido em vantagens tributárias para o adquirente da participação societária.

No caso concreto, os controladores da IKPC poderiam determinar, em última instância, qualquer valor de "alienação" para as ações da KLAMASA que foram incorporadas em 24/11/2000 porque ocupavam, simultaneamente, as posições de alienante e adquirente da participação societária. Não há sentido em se cogitar da existência de ágio com base em reavaliação promovida unilateralmente pelos controladores, sem que o valor estipulado para a "mais valia" passe pelo crivo de razoabilidade do mercado, por meio da aceitação, por um terceiro não-relacionado, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

A participação, no processo de reorganização societária do grupo, de acionistas independentes da KLABIN RIOCELL S.A., como BNDES, PREVI, PETROS e outros, não muda tal análise por dois motivos:

i) No momento da permuta, para estes acionistas houve efetivamente uma simples troca de ações da KLABIN RIOCELL S.A. por ações da IKPC, valor a valor, de acordo com a proporção de 3,5 para 1 estabelecida a partir dos valores de mercado estimados para as empresas envolvidas. Assim, tais acionistas não tinham ingerência ou interesse direto

na fixação dos valores do custo contábil e custo de aquisição das ações da KLAMASA pela IKPC, que afetaram diretamente o valor do ágio que veio a ser registrado;

ii) Ainda que não tivessem interesse direto na fixação dos valores que impactaram o cálculo do ágio, o interesse indireto que tais acionistas poderiam ter em tal ágio era convergente com o dos controladores da IKPC: como passariam a ser controladores indiretos da KLABIN S.A., uma futura majoração dos resultados e dividendos desta empresa (em virtude da redução de tributos a serem pagos) lhes beneficiaria, notadamente porque não tiveram que realizar desembolso algum por ocasião da formação do ágio que possibilitaria tal vantagem tributária.

Assim, o negócio celebrado entre estas empresas não aconteceu em um ambiente de livre concorrência, em que os atos negociais visam a atender aos interesses de todos os contratantes, que assumem direitos e deveres proporcionais. O fato de as empresas estarem submetidas a controle comum adiciona novos elementos e interesses maiores ao negócio. Não necessariamente os atos celebrados têm como objetivo beneficiar todas as partes envolvidas.

Embora a contribuinte tenha argumentado que a utilização tributária do ágio de R\$ 255.332.858,04 se fundamentou no disposto do art. 386 do RIR/1999, verifica-se que considerável parte deste ágio foi baixada no ano-calendário de 2003, não como despesa de amortização, mas como baixa por alienação de investimento. É o que depreende das respostas que a contribuinte prestou às intimações feitas pela autoridade tributária.

À fl. 83, a contribuinte apresenta tabela que mostra que o saldo de R\$ 195.755.191,20 de ágio que existia na sua contabilidade ao final de 2002 foi utilizado da seguinte forma:

Data	Descrição	Contrapartida	Valor	Saldo
31/10/2001	Saldo inicial			255.332.858,04
30/11/2002	Amortização mensal Nov 2001 a Nov 2002	3180201094	(55.322.119,20)	200.010.738,84
31/12/2002	Amortização Dez 2001	3180201094	(4.255.547,63)	195.755.191,20
30/6/2003	Amortização mensal Jan a Jun 2003	3180201094	(25.533.285,80)	170.221.905,40
30/6/2003	Baixa pela alienação do investimento	3310203000	(68.088.762,16)	102.133.143,24
31/7/2003	Baixa pela alienação do investimento	3310203000	(102.133.143,24)	-
Conta contábil – contra-partida				
3180201094 - Amortização Ágio Empresa Incorporada				
3310203000 - Outros Ganhos/Perdas de Capital nos Investimentos - Não Operacional				

Verifica-se que houve um lançamento em 30/06/2003 no valor de R\$ 25.533.285,80, a título de "Amortização mensal Jan a Jun 2003" e mais dois lançamentos, em 30/06/2003 e 31/07/2003, com valores de R\$ 68.088.762,16 e R\$ 102.133.143,24 respectivamente, identificados como "Baixa pela alienação de investimento".

Na resposta que consta à fl. 113 dos presentes autos, a contribuinte confirma tais informações e explica que o primeiro lançamento se deu a débito da conta "3180201094 - Amortização de Ágio - Empresas Incorporadas" e os dois últimos, a débito da conta "3310203000" - Resultado Não Operacional - Outros Ganhos e Perdas".

Estas informações sugerem que, dos R\$ 195.755.191,20 que a contribuinte utilizou para fins tributários em 2003 e que foram glosados pela Fiscalização, R\$ 25.533.285,80 foram deduzidos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL como despesas de amortização e os R\$ 170.221.905,40 restantes foram utilizados para reduzir a tributação sobre ganhos de capital auferidos sobre investimentos alienados.

Outro indício de que o aproveitamento tributário dos R\$ 170.221.905,40 não se fundamentou no art. 386 do RIR/1999 é o fato de que a utilização do ágio não se deu em parcelas mensais (mínimo de 60), como determina aquele dispositivo, mas em apenas duas parcelas (junho e julho de 2003) que, juntas, totalizaram dois terços de todo o ágio contabilizado em 2000, por ocasião da incorporação da KLAMASA pela IKPC.

Diante deste quadro, uma hipótese bastante factível é que a contribuinte tenha julgado que o aproveitamento tributário da parcela de R\$ 170.221.905,40 do ágio estaria albergada na previsão contida no art. 426 do RIR/1999 (já mencionado neste voto), que trata da alienação de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial:

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

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

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

Ocorre que, a exemplo do que se verificou em relação à aplicabilidade dos arts. 385 e 386 do RIR/1999 (reproduções do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1977), também a regra insculpida no art. 426 do RIR/1999 (cópia do art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, na redação vigente à época) exige a existência de ágio real, surgido em operações dotadas de propósito negocial e substrato econômico.

Só se pode cogitar de aproveitamento tributário de ágio que seja real, o que só ocorre a partir do momento em que uma pessoa jurídica ou física investidora se dispõe a pagar pelo sobrepreço. O "pagamento do sobrepreço" aqui referido não tem que se dar necessariamente por meio do desembolso de valores monetários, mas exige-se a existência de alguma operação que gere ganhos para o alienante e gastos proporcionais para o adquirente. Em outras palavras, exige-se a ocorrência de variações patrimoniais para os envolvidos, em valores condizentes com o negócio celebrado.

No caso dos autos, já analisado neste voto, os controladores da IKPC atribuíram um valor contábil às ações da KLAMASA a partir do valor de suas próprias ações conferidas em aumento de capital. Três meses depois, por meio de reavaliação de suas ações a

valor de mercado, designaram um valor consideravelmente superior ao primeiro, como custo de aquisição das ações da KLAMASA que a IKPC incorporou. Da diferença entre tais valores, surgiu o ágio contábil de R\$ 255.332.858,04.

Ou seja, o ágio inicialmente registrado na IKPC e posteriormente incorporado pela recorrente KLABIN S.A. foi criado sem troca alguma de riquezas entre adquirente e alienante. Tratou-se de um fenômeno puramente contábil. Ninguém sacrificou valores ou direitos que justificassem sua criação. O ágio surgiu de forma artificial, em ambiente em que não imperava a livre concorrência.

Os controladores da IKPC, por meio de uma ação determinada unicamente por eles, converteram um direito seu em outro, de maior valor (mantiveram o controle sobre as empresas do grupo KLABIN, mas "turbinado" por um ágio milionário). Não é possível cogitar da existência de ágio com base em reavaliação promovida unilateralmente pelos sócios controladores de uma empresa, sem que o valor estipulado para a "mais valia" passe pelo crivo de razoabilidade do mercado, por meio da aceitação, por um terceiro, em arcar com o correspondente ônus (não necessariamente por meio de pagamento, mas de algum sacrifício patrimonial proporcional).

Portanto, conclui-se que também o ágio de R\$ 170.221.905,40 (utilizado pela contribuinte para reduzir as bases de cálculo de IRPJ e CSLL em junho e julho de 2003), ainda que não tenha sido amortizado com base no art. 386 do RIR/1999, é imprestável para fins tributários por ter sido gerado de forma artificial por meio de operações celebradas entre partes vinculadas.

Este entendimento é corroborado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que já se pronunciou de forma contrária à possibilidade de geração de ágio em operação societária envolvendo apenas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, por meio do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de onde se transcreve o seguinte trecho:

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

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

substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade." (Grifou-se)

Assim, verifica-se que a CVM não chancela a existência contábil do ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, sem dispêndio algum.

Também o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) já se manifestou de maneira semelhante, por meio da Orientação Técnica OCPC nº 02/2008:

"É importante lembrar que só pode ser reconhecido o ativo intangível ágio por expectativa de rentabilidade futura se adquirido de terceiros, nunca o gerado pela própria entidade (ou mesmo conjunto de empresas sob controle comum). E o adquirido de terceiros só pode ser reconhecido, no Brasil, pelo custo, vedada completamente sua reavaliação."

Por fim, relevante ainda mencionar que o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) tampouco reconhece a legitimidade do ágio gerado intragrupo, como foi expresso nas seguintes Resoluções:

Resolução CFC nº 1.110/2007

"O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado."

Resolução CFC nº 1.303/2010

"48. O ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo.

49. Em alguns casos incorre-se em gastos para gerar benefícios econômicos futuros, mas que não resultam na criação de ativo intangível que se enquadre nos critérios de reconhecimento estabelecidos na presente Norma. Esses gastos costumam ser descritos como contribuições para o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) gerado internamente, o qual não é reconhecido como ativo porque não é um recurso identificável (ou seja, não é separável nem advém de direitos contratuais ou outros direitos legais) controlado pela entidade que pode ser mensurado com confiabilidade ao custo."

Os atos administrativos mencionados e parcialmente transcritos foram todos exarados de 2007 em diante, posteriormente, portanto, ao período em que o grupo econômico a que pertence a recorrente praticou operações societárias que pretensamente originaram o ágio passível de aproveitamento tributário (2000).

Isto não significa, entretanto, que o entendimento exposto nos atos administrativos daqueles órgãos fosse novo. A este respeito, observe-se a manifestação da própria CVM por ocasião do julgamento de recurso constante do Processo Administrativo CVM RJ 2007/3480:

"RELATÓRIO

No caso concreto, as demonstrações financeiras da Companhia do exercício de 2006 continham uma informação que a SEP e a SNC consideraram errada: o valor de um ativo (a participação acionária na CPM USA) foi contabilizado por um valor apurado em laudo de avaliação, mas esse bem estava, antes, contabilizado em companhia do mesmo grupo por valor mais baixo, e o aumento de seu valor se deu por incorporação entre partes relacionadas.

A Companhia não recorreu quanto ao mérito desse entendimento, mas entende que ele somente foi manifestado pela CVM ao mercado através do Ofício- Circular de 2007, divulgado em 14.02.2007,(...)

SEP e SNC confirmam que essa dicção somente constou a partir do Ofício-Circular 01/2007, mas sustentam que o entendimento já era este desde sempre, porque ele decorre dos princípios contábeis geralmente são aplicáveis à escrituração contábil das companhias brasileiras por força do art. 177 da Lei 6.404/76

(...)

O recurso apresentado pela Companhia sustenta que a introdução desse entendimento pela CVM constituiria mudança de critério contábil de que trata o art. 186, §1º da Lei 6.404/76, e, por isso, a determinação de baixa do ágio poderia ser feita mediante ajuste de exercícios anteriores, na primeira ITR, como já teria sido aceito pela CVM em outros precedentes.

Quanto ao primeiro ponto, entendo ter razão a área técnica. **Não se pode afirmar que seja novo o entendimento da CVM quanto à impossibilidade contábil de aproveitamento do ágio interno (assim entendido como aquele gerado em operações entre partes relacionadas). Como lembra a SNC, essa impossibilidade está ligada ao Princípio do Custo como Base de Valor — segundo os especialistas "o mais antigo e discutido princípio de contabilidade" — que considera o valor de entrada como o que deve servir de base para registro de qualquer ativo, ressalvada a hipótese restrita (e mesmo inexistente em alguns países, como nos Estados Unidos) de reavaliação e, ainda, observando-se o valor de recuperação, sempre que menor. Como destacam as áreas técnicas, esse princípio foi expressamente reconhecido na "Estrutura Conceitual Básica de Contabilidade" desde a Deliberação 29/86, além de estar à base da Deliberação 183/95.**

Portanto, ainda que o Ofício-Circular 01/2007 tenha vindo a dar maior destaque à questão específica do ágio interno, o entendimento da CVM sempre existiu, com fundamento do Princípio do Custo como Base de Valor, e era público. Assim, não vejo como sustentar, portanto, que se possa falar em "mudança de critério contábil" (grifou-se).

Conclui-se, portanto, que as próprias Ciências Contábeis têm restrições em relação à existência do ágio gerado internamente, por meio de operações societárias realizadas entre partes vinculadas e sem o lastro de efetiva circulação de riquezas. Com base nisso e na inexistência de lei que estabeleça tratamento tributário diferenciado para tal situação, forçoso se faz concluir pela inutilidade do ágio discutido nestes autos para os fins tributários pretendidos pela recorrente.

Assim, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da contribuinte também no que diz respeito ao pedido de cancelamento das glosas relativas ao ágio oriundo das operações que envolveram a empresa **KLAMASA**, mantendo os lançamentos de IRPJ e CSLL realizados pela Fiscalização.

Desse modo, sumariando os entendimentos expostos, voto no sentido de **NÃO CONHECER** do recurso especial interposto pela contribuinte em relação à matéria "dedutibilidade de royalties pagos a acionistas" e, na parte conhecida, por **NEGAR PROVIMENTO** tanto ao pedido de reconhecimento da decadência do direito do Fisco de contestar os efeitos tributários de ágio gerado em 2000 e 2001 quanto ao pleito de cancelamento das glosas relacionadas à utilização tributária do ágio criado nas operações que envolveram a **KLAMASA**.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo