



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

Processo n° 16561.720073/2014-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.373 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2017
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO. DEDUÇÃO.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários referentes a glosa do aproveitamento de ágio a partir da sua efetiva dedução pelo contribuinte, antes disso não há como se cogitar a inércia do Fisco.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas *empresas veículo*, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.

A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.

Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de *empresas veículo* e a chamada *incorporação reversa*, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.

A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.

Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da *rotulação* das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.

Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Demetrius Nichele Macei, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Trata-se de Recurso de Voluntário (fls. 2844 a 3009) interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I (fls. 2748 a 2829) que manteve integralmente as Autuações sofridas pela ora Recorrente (fls. 2172 a 2216).

O processo versa sobre exações de IRPJ e CSLL, referentes aos anos-calendário de 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, verificadas após Procedimento Fiscal iniciado em 13/01/2012, em face da ora Recorrente, concluindo pela glosa da amortização do ágio decorrente de aquisições de participação societária e incorporações ocorridas em 1996, 1998, 2000, 2003, 2007 e 2008, com a aplicação de multa qualificada de 150%.

As Autuações resumem-se na verificação por parte da Fiscalização de que o Contribuinte teria realizado operações sem propósito negocial e justificativa econômica, valendo-se de *empresas veículos* para propiciar a entrada de investimento estrangeiro no Brasil, sendo as companhias investidoras do exterior as verdadeiras detentoras do ágio percebido nas operações, e empregando outros ardis jurídicos fraudulentos para tanto.

A operação colhida, analisada de forma *macro*, compreende duas grandes suboperações, que podem ser denominadas *aquisição KCB* e *aquisição Kenko*, permitindo também estas serem divididas em etapas, que perduraram por alguns anos, havendo uma multiplicidade de negócios societários em cada uma delas.

Em ambas as suboperações o Grupo Kimberly-Clark teria se valido de *empresas veículos*, as quais foram criadas no Brasil e capitalizadas por empresas estrangeiras, controladoras do Grupo, exclusivamente para viabilizar a aquisição de participações societárias, fato este que demonstraria serem estas empresas internacionais as reais titulares da despesa percebida.

Em face da complexidade das operações, sua duração e inúmeros atos e negócios jurídicos colaterais ocorridos, para permitir uma demonstração fiel do entendimento da Fiscalização, bem como garantir uma compreensão mais aprofundada e detalhada dos fatos por trás da presente contenda, colaciona-se os trechos conclusivos do Termo de Verificação Fiscal (fls. 2221 a 2299), repetido pelo relatório da DRJ:

Descrição das Infrações**PRIMEIRA OPERAÇÃO – AQUISIÇÃO DA PRÓPRIA FISCALIZADA (KCB)**

3. Desde 1998, a Kimberly Clark Tissue do Brasil Ltda., controlada pela Kimberly-Clark do Brasil Ltda. que por sua vez é controlada por empresas no exterior, conforme abaixo demonstrado, vem supostamente adquirindo várias participações societárias na **KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.** (fiscalizada), com ágio;

4. Em 2007 a Kimberly Clark Tissue do Brasil Ltda. foi incorporada pelo sujeito passivo, iniciando-se, em 2008, a amortização fiscal do ágio gerado em sua própria aquisição, efetuada, na verdade, por terceiros (controladores no exterior), conforme demonstrado ao longo do presente Termo de Verificação Fiscal. O objeto da presente autuação são essas amortizações, sem obediência às exigências da legislação em vigor;

5. Os supracitados ágios tem como origem a aquisição, de apenas uma empresa, a **KCB** (fiscalizada), ocorrida em 3 etapas abaixo descritas;

(...)

**SEGUNDA OPERAÇÃO – AQUISIÇÃO DA KENKO DO BRASIL
INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

40. Em 1996 e em 2000, a **KCC Comercial**, supostamente adquiriu 70% de participação societária na Kenko do Brasil Indústria e Comércio Ltda., com ágio de R\$ 165 milhões;

41. Em 2006 a **KCR** supostamente adquiriu os restantes 30% da participação na Kenko, com ágio de R\$ 186 milhões;

42. Em novembro de 2008, a **KCC Comercial** e a **KCR** foram incorporados pela **Kenko** que, por sua vez, foi incorporada, em dezembro do mesmo ano pela **KCB** (fiscalizada), iniciando-se então a amortização do ágio originado na aquisição da **Kenko**, efetuada na verdade pela **KC Delaware** e **KC Corporation**, sediadas nos Estados Unidos da América, conforme demonstrado ao longo do presente Termo de Verificação Fiscal. O objeto da presente autuação são essas amortizações, sem obediência às exigências da legislação em vigor;

43. Os supracitados ágios tem como origem a aquisição, de apenas uma empresa, a **Kenko**, ocorrida em 3 etapas abaixo descritas;

(...)

Ágio percebido e glosado pela Fiscalização

66. As resoluções dos sócios e protocolos de incorporação relativos aos ágios acima encontram-se nos documentos DOC 39 a DOC 45;

67. Tendo em vista a DIPJ de situação especial da empresa (Incorporação/incorporadora) em 01/12/2008 e a amortização fiscal indevida dos dois ágios acima descritos, separamos a autuação conforme abaixo relacionado:

- **Ágio originado na aquisição da própria fiscalizada:**
 - o Até 01/12/2008 – R\$ 51.360.350,80
 - o De 02/12/2008 até 31/12/2008 – R\$ 4.669.122,80
 - o Em 2009 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2010 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2011 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2012 – R\$ 56.029.473,60

- **Ágio originado na aquisição da Kenko**
 - o Em dezembro de 2008 – R\$ 5.857.047,93
 - o Em 2009 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2010 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2011 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2012 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2013 – R\$ 64.427.527,23

Na sequência do Termo de Verificação Fiscal, demonstra-se, em cada período, como o ágio foi amortizado, as compensações de prejuízo, levando em consideração outros eventos tributários e contábeis de relevância que levaram à formação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos períodos apurados, utilizados para se obter o valor líquido da glosa aplicada na lavratura das Autuações em tela (fls. 2252 a 2263).

Ainda, consta do TVF a transcrição de inúmeras respostas formuladas nos 17 Termos de Intimação enviados à Empresa, referentes a esclarecimentos acerca das razões da adoção de tal estrutura, bem como dos motivos de criação e explicações sobre o funcionamento das empresas *holdings* utilizadas nas operações (fls. 2264 a 2269).

Conclusão da Análise da Macro-Operação Societária

Para concluir, em relação à estrutura societária optada pela ora Recorrente, a R. Autoridade Tributária faz os seguintes comentários, mencionando o uso de empresas sem funcionários próprios e sediadas conjuntamente:

85. Apesar de todas as respostas fornecidas pela fiscalizada, restou inexplicada, a esta fiscalização, a não ser por motivo exclusivamente tributário, a opção de uma multinacional por um esquema com mais de 6 empresas interpostas e intervenientes entre a matriz e suas coligadas (por certo tempo) e controladas, empresas essas sem funcionários, sede ou qualquer propósito comercial, a não ser como condutoras de recursos originados no exterior, algumas vezes diretamente, outras vezes por supostos empréstimos quitados por outras empresas do mesmo grupo sediados no exterior, por meio de outras empresas veículo do mesmo grupo.

86. Além do exposto acima, ocorreram vendas travestidas de permutas de participações societárias e operação casa separa, nas quais o Grupo K-C participou, evidenciando a propensão de seus administradores para planejamentos tributários fraudulentos e abusivos.

87. **Resta claro, portanto, que a única motivação da escolha do esquema de empresas veículo interpostas entre as reais adquirentes das participações societárias, a Kimberly-Clark Worldwide, sediada em Delaware, conhecido paraíso fiscal americano, e a Kimberly Clark Corporation e o trajeto meândrico dos recursos utilizados para adquirir a Kenko e a própria fiscalizada, fazendo parecer, à primeira vista, que os recursos advinham de atividades negociais dessas empresas de fachada, é exclusivamente tributária, se valendo a empresa de expedientes tendentes a ocultar a realidade das simplórias operações de compra de participações societárias no Brasil, que poderiam ter sido realizadas de forma clara e objetiva.**

88. Ora...empresas não constituem outras empresas sem motivo relevante. No caso em questão, a **KCB** não conseguiu explicar motivos que justificassem a constituição não de uma, mas de mais de quatro holdings entre a real adquirente, a **KC_Delaware**, e a própria fiscalizada e a **Kenko**, além de outras destinadas a ocultar a verdadeira origem dos recursos utilizados nas aquisições, como a **KC Saúde** e a realizar operações fraudulentas tipo casa-separa (**Salonicco**) e permuta de participações societárias (**Minority**);

89. Fato também relevante sobre as holdings interpostas é o de que 3 delas nunca distribuíram dividendos à sua matriz;

90. Salta aos olhos ainda que pelo menos 4 das holdings criadas não possuíam funcionários, nem administradores, além de estarem sediadas no mesmo endereço, ou seja, eram meras cascas vazias, ou empresas veículo, embora tenham tido vida mais longa do que normalmente se constata em casos semelhantes;

91. **Pelo exposto acima (itens....), pode-se constatar que embora as empresas veículo aparentemente tenham efetuado os pagamentos referentes à compra da KCB e da Kenko, na realidade quem comprou as empresas foi a KC Delaware e a Kimberly Clark Corporation, sediadas nos Estados Unidos da América.**

92. Portanto fica claro pelos motivos expostos acima que a única real razão para a constituição dessas holdings era para se aproveitar, indevidamente, da amortização do ágio gerado em sua aquisição, ou seja, a empresa se beneficia de seu próprio ágio e do ágio originado na operação de compra de outra empresa por terceiras empresas, sediadas no exterior, a **KC Delaware e a Kimberly Clark Corporation**, onde o ágio deveria estar escriturado;

Infração Tributária

Prossegue o TVF descrevendo a *Infração Tributária* ocorrida. A Fiscalização, expressamente, adota como premissa que não haveria qualquer propósito negocial nas operações apuradas:

94. Aludidas operações societárias maculadas pelo “vácuo negocial”, além de condenáveis sob o enfoque fiscal, em nada contribuíram para o surgimento das condições legais de dedutibilidade fiscal do ágio transferido indevidamente das sociedades americanas para outras empresas brasileiras do grupo Kimberly Clark (atualmente registrado no sujeito passivo), como de fato não se verificou a observância às regras para o aproveitamento fiscal do ágio, conforme ficará ainda mais evidente ao final do presente termo.

Igualmente, explica como nasce o ágio em aquisições societárias, transcrevendo o art. 385 do RIR/99. Defende que o ágio seria um desembolso a maior pela empresa investidora na aquisição de empresa investida, em relação ao seu próprio valor contábil, na expectativa de *obtenção de receitas futuras*, sendo *despesa necessária à expansão das atividades e da capacidade lucrativa da empresa investidora*. Afirma que é um processo de neutralização de investimento, no sentido de que *a realização de rentabilidade da investida não se caracteriza como lucro, mas tão somente como reposição de capital* (fls. 2273 a 2276). E acrescenta que:

103. Assim, pela ótica fiscal, a legislação que rege a matéria, via de regra, veda os efeitos fiscais das contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo na composição do custo de aquisição para efeitos de apuração do ganho ou perda de capital, **no momento da alienação ou liquidação do investimento**, em perfeita harmonia com os ensinamentos acima transcritos.

104. De sorte que, no plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio contabilmente amortizado deve ter seus efeitos fiscais anulados perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo o controle desses valores em livros fiscais próprios para seu futuro aproveitamento, conforme prescreve o artigo 391, combinado com o artigo 426, do RIR/99.

Sustenta-se que nem sempre é possível, então, o aproveitamento do ágio na alienação do investimento. Traz como exemplo de requisito validador a *extinção da sociedade investida* por meio de incorporação, verificando-se a confusão patrimonial. Explica que, tal mecanismo, teria sido a razão que justificou o legislador permitir e regulamentar, por meio dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, o aproveitamento do ágio, como *forma de assegurar a recuperabilidade do ágio sem, no entanto, permitir seu aproveitamento abusivo* (fls. 2279). E conclui da seguinte maneira:

112. Portanto, longe de instituir um benefício fiscal, a Lei nº 9.532/1997 veio, na realidade, estabelecer novo tratamento fiscal para o ágio na aquisição de investimento em outras empresas, de forma a, considerando a sua fundamentação econômica, somente permitir a apuração da perda ou ganho de capital para os casos de extinção do investimento por incorporação, fusão ou cisão das sociedades, **não no momento do evento**, mas sim, uma vez registrado contabilmente, **num prazo de amortização não inferior a 60 meses**.

Também cita-se o reflexo de tal regramento no art. 386 do RIR/99 e pondera ser obrigatória a confusão patrimonial para a amortização do ágio, pela empresa que figurou como investidora, explicando (fls. 2284):

115. Isto porque **enquanto não se verificar a necessária "confusão patrimonial"**, a participação societária na investida permanece, juntamente com o ágio pago na sua aquisição, contabilizada no ativo permanente da investidora, e sendo assim **restará sempre a possibilidade de se valer da regra geral da recuperação do ágio por meio da alienação do investimento**, momento em que esse ágio comporá o custo de aquisição na apuração do ganho de capital.

(...)

120. O atendimento ao requisito legal da "confusão patrimonial" representa, na verdade, apenas o "deslocamento" da aplicação da regra geral da integração do ágio ao custo da aquisição para apuração do ganho de capital (art. 391, c/c art. 426 do RIR/99), quando da alienação do investimento, para a regra subsidiária do aproveitamento fiscal dos encargos de amortização apropriados mensalmente, dentro dos limites e prazos legais (arts. 385 e 386 do RIR/99).

Diante de tal posicionamento jurídico, considera os fatos ocorridos, e faz a seguinte construção (fls. 2286):

121. Na situação fática examinada na presente fiscalização, a **KCTissueB**, a **KC do B**, a **KCC Comercial** e a **KCR** foram constituídas com o único propósito de servir de “veículo” para carrear o ágio pago pelo **KC Delaware** e pela **KC Corporation** para dentro da **KCB** (fiscalizada), por meio da simples transferência de recursos do exterior, algumas vezes travestidas de empréstimos, outras de investimento efetuada por outras empresas do grupo, que redundaram na “projeção” do ágio pago pela investidora americana no ativo da investida brasileira, e assim permitir (indevidamente) o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização desse ágio **artificialmente internalizado**, de modo a reduzir o resultado tributável ou aumentar o prejuízo da empresa investida;

122. Reitere-se que a **KCTissueB**, a **KC do B**, a **KCC Comercial** e a **KCR** foram constituídas em **1996 e 1998** e não apresentaram qualquer fato contábil relevante até **2007 e 2008**, foram incorporadas direta ou indiretamente pela **KCB** (fiscalizada).

123. Verifica-se nesse longo tempo de existência, entre sua constituição e sua incorporação, que a **KCTissueB**, a **KC do B**, a **KCC Comercial** e a **KCR** foram interpostas como empresas veículo para unicamente internalizar o **ágio que foi gerado no exterior**, posto que efetivamente suportado pela **KC Delaware** e pela **KC Corporation**, de forma a projetar artificialmente esse ágio para dentro do ativo da empresa brasileira, a **KCB** (fiscalizada) que pretendeu tirar proveito fiscal imediato (em 60 parcelas mensais) de sua amortização, numa sucessão de eventos que não encerram qualquer propósito comercial ou substância econômica.

Enfim, em relação à infração tributária, são tecidas as seguintes conclusões (fls. 2287 a 2291):

127. Portanto, diferentemente do que o sujeito passivo quer fazer crer, de forma alguma as disposições do artigo 386 do RIR/99 transformaram o potencial direito à dedução dessa despesa em um "título" transferível a quem o seu detentor desejasse. **A replicação do ágio em pessoa diversa daquela que efetivamente suportou o seu pagamento, assim entendida aquela situação em que não se verifica a necessária "confusão patrimonial", não autoriza a dedutibilidade da despesa com a sua amortização.**

(...)

131. Evidentemente, não se trata a necessária "**confusão patrimonial**" de inovação à lei cometida pelo Fisco, como muito se alega, mas de condição legal para o aproveitamento fiscal do ágio, **sem a qual restaria esvaziada a força normativa do art. 391, c/c art. 426, todos do RIR/99, bem como distorcida a aplicação da regra subsidiária dos arts. 385 e 386 do RIR/99.**

(...)

139. Conclui-se, logo, que o direito à dedutibilidade da amortização do ágio, nos termos da Lei nº 9.532/97, não pode ser simplesmente transferido de uma sociedade a outra. A mera projeção do ágio que deveria estar escriturado na real investidora, por meio de artifícios ilegítimos, para ser amortizada numa outra sociedade qualquer, sem que ocorra a necessária confusão patrimonial não atende a nenhuma das regras de dedutibilidade,

140. O que determina a abusividade de um planejamento tributário e, portanto, a sua ilicitude, é, sobretudo, a inexistência de motivação extratributária ou propósito comercial, quando se evidencia que a economia tributária é a única motivação existente, que foi o que restou demonstrado no presente termo de verificação fiscal.

(...)

143. Portanto, como o Fisco não está jungido aos efeitos jurídicos que o planejamento tributário abusivo tentou produzir, mas à verdadeira repercussão econômica dos fatos subjacentes, não se admite o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, **desde o momento de sua internalização artificial e ilícita, por meio de capitalização de empresas veículo, efetuada por empresas no exterior.**

144. Em face de todo o exposto, conclui-se estar-se diante de uma seqüência de operações societárias abusivas e desprovidas de motivação extratributária, cujas características não atendem aos requisitos legais para o aproveitamento fiscal dos encargos de amortização do ágio, **de modo que se reputam indedutíveis as despesas de amortização do ágio computadas na apuração do IRPJ e da CSLL do sujeito passivo, referente ao ano-calendário de 2008.**

Assim, em suma, a infração tributária tem como objeto a ausência de propósito negocial, pela utilização, por companhias estrangeiras, de *empresas veículos* e expedientes simulados, não podendo estas companhias gozarem do ágio, vez que essa seria uma despesa de investimento daquelas outras, domiciliadas fora do Brasil.

O TVF se estende, demonstrado a D. Autoridade Tributária, como computou o ágio glosado em adição às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, no período de 2008 a 2013, com fundamento no art. 229 do RIR/99 (fls. 2291 a 2294).

Multa Qualificada

Ainda, a Fiscalização explica a imperiosidade da aplicação de Multa de Ofício e passa a fundamentar a sua qualificação, elevando sua razão para 150%.

Alega a ocorrência de *fraude* na macro-operação societária (2295 a 2297):

154. Tanto a redação original quanto a atualmente vigente do dispositivo aplicável impõem a cominação da multa no percentual de 150% nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Diante da presente situação concreta, deve-se dedicar especial atenção ao que prevê o art. 72 do diploma legal, *ipsis litteris*:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

155. A situação já caracterizada indiscutivelmente se subsume à hipótese prevista na norma acima. A operação planejada entre as empresas de um mesmo grupo (uma delas controlada pela outra e ambas sob o controle da mesma pessoa jurídica sediada no exterior, qual seja, a **KC Delaware e a KC Corporation**) foi engendrada com o evidente intuito único de “criar” despesas de amortização em uma delas, diminuindo ilegalmente sua base tributável.

(...)

162. Os fatos acima descritos evidenciam a simulação de operações envolvendo 5 empresas sediadas no Brasil e duas no exterior, com a finalidade única de reduzir ilicitamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da **KCB**, após a incorporação das empresas veículo e da **Kenko**.

163. Pelo exposto, haja vista os elementos narrados, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando plenamente a aplicação da multa qualificada.

Por fim, intima-se o Contribuinte para retificar seu LALUR, atesta-se a devolução dos documentos, encerrando o TVF que acompanha os Autos de Infração (fls. 2298 a 2299).

Impugnação

Notificada dos lançamentos em tela, a ora Recorrente apresentou Impugnação (fls. 2311 a 2742), pormenorizadamente descrevendo cada uma das operações trazidas no TVF, e alegando, em suma:

Que as operações são a concretização da estratégia negocial para a entrada do Grupo Kimberly-Clark, estrangeiro, no Brasil, planejado no início da década de 1990, com implementação a partir de 1996, para participar do mercado de *tissues* (guardanapos, papel higiênico, toalhas, etc.) - operação do *Ágio KCB*, bem como no mercado de *wipes* (fraldas, absorventes, lenços umedecidos, etc.) - operação *Ágio Kenko*.

Que as operações que sucederam a entrada no Brasil também tiveram o condão de organização societária, em face da saída de outras empresas, desfazimento de *joint-ventures* e outro eventos negociais ocorridos até 2008.

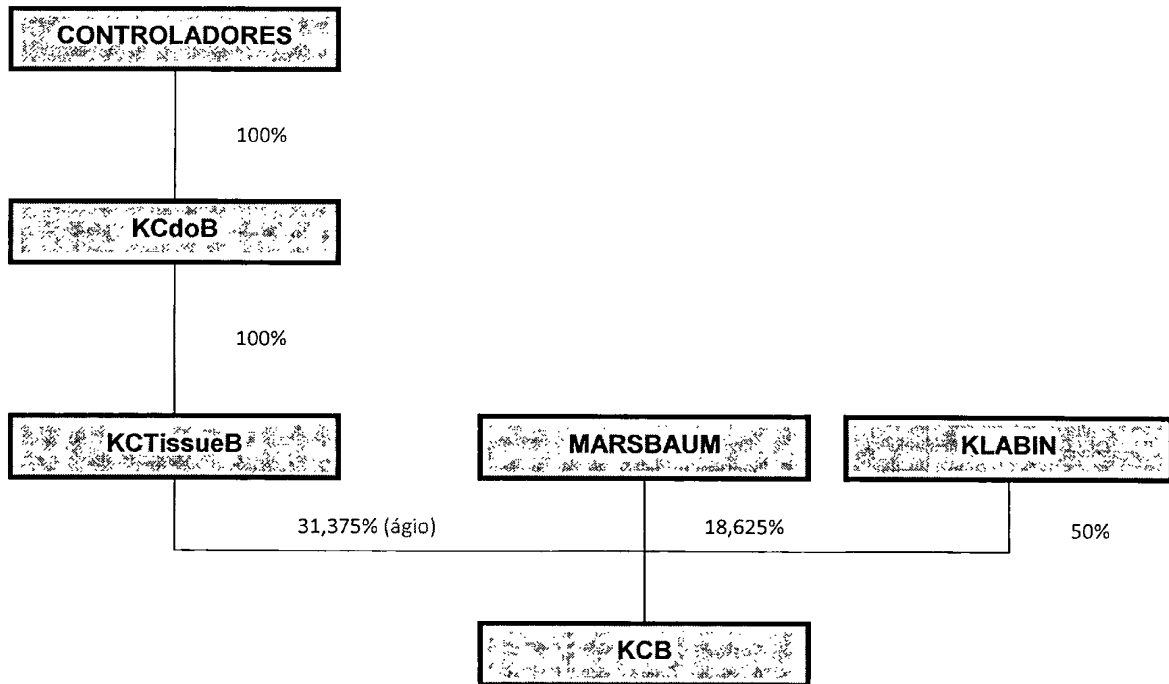
Que as operações foram planejadas muito antes e somente se iniciaram concretamente em 1996, então, antes da vigência da Lei nº 9.532/97, a qual permitiu e regulamentou o aproveitamento de ágio naquelas transações.

Em relação à operação *Ágio KCB*, a Recorrente alega e demonstra que esta foi realizada em 2 momentos.

Inicialmente celebrou com o Grupo Klabin, nacional, um contrato de investimento, por meio de aumento do capital da empresa *Klabin Tissues*. Foram emitidas novas quotas, subscritas pela *KCTissueB* (empresa nacional, criada pelo Grupo Kimberly-Clark), que integralizou seu valor em dinheiro. Esse aumento foi objeto de laudo, não sendo o ágio gerado na operação, nem seu valor, fruto de questionamento pelo Fisco. A empresa *KCTissueB* ficou, então, com 31,375% de participação na empresa investida. O ágio verificado é de R\$ 57.730.448,05.

Em momento posterior, o Grupo Kimberly-Clark efetuou a aquisição da participação que a empresa *Marsbaum* detinha na *Klabin Tissue*. Tal operação não gera ágio, como reconhecido no TVF.

1998

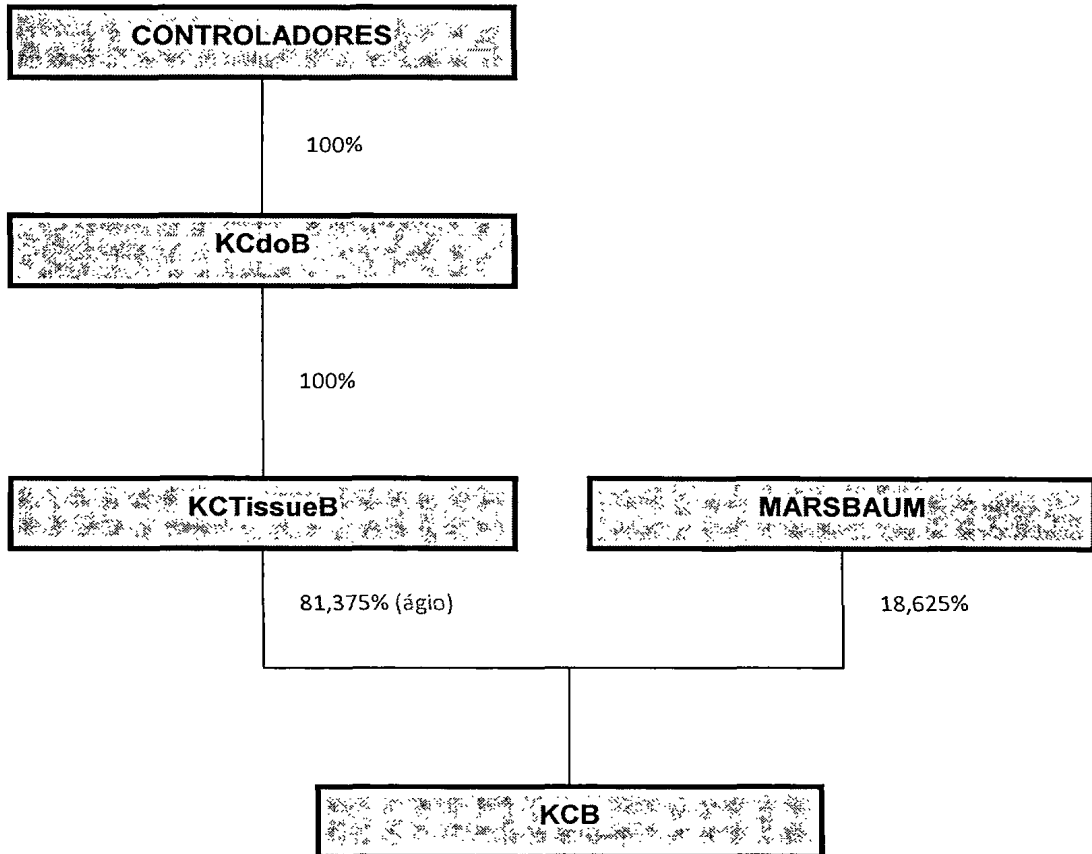


Haveria, então, cenário em que o controle da *Klabin Tissue* (que nesse momento altera o nome para *Klabin Kimberly*) era dividido, 50% com o Grupo Klabin e 50% com o Grupo Kimberly-Clark, efetivando, dessa forma, a *parceria* pretendida para a entrada no mercado nacional de *tissues*. Tal modalidade de parceria seria comum e largamente aceita no Brasil e no mercado mundial.

Alega que tal parceria prevaleceu, com a mesma configuração societária, por mais de 5 anos (até 2003), denotando, inclusive, duração relevante da *KlabinTissueB*, a primeira *holding* envolvida na operação com controle pelo Grupo Kimberly-Clark.

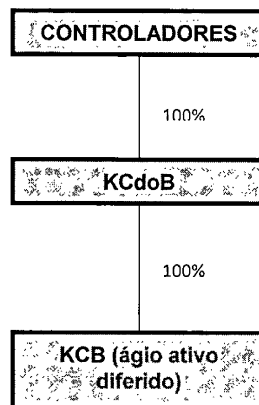
Em 2003, o Grupo Klabin decide encerrar a parceria e aliena sua participação com ágio para o Grupo Kimberly-Clark, através de venda pela empresa *Klabin* das suas quotas da *Klabin Kimberly* à *KCTissueB*. Tal operação foi acompanhada de laudo, sua formação e valor, igualmente, não são questionados na Autuação. Nessa operação, o Grupo Kimberly-Clark detém todo o controle da *Klabin Kimberly* e, portanto, alterou-se o nome *Klabin Kimberly* para *Kimberly-Clark Brasil Indústria e Comércio de Produtos de Higiene Ltda - "KCB"* (atual denominação da Recorrente). O ágio verificado é de R\$ 222.416.919,95.

2003



Em 2007, 4 anos depois, o Grupo Kimberly-Clark, diante de situação de controle total da empresa autuada (mesmo sendo empresa do Grupo, a participação da *Marsbaum*, nessa data, já tinha sido adquirida pela *KCTissueB* em operação que não gerou ágio), restando a *KCTissueB* como única sócia, decidiu simplificar sua organização societária efetuando a incorporação da *KCTissueB* pela *KCB*.

2007

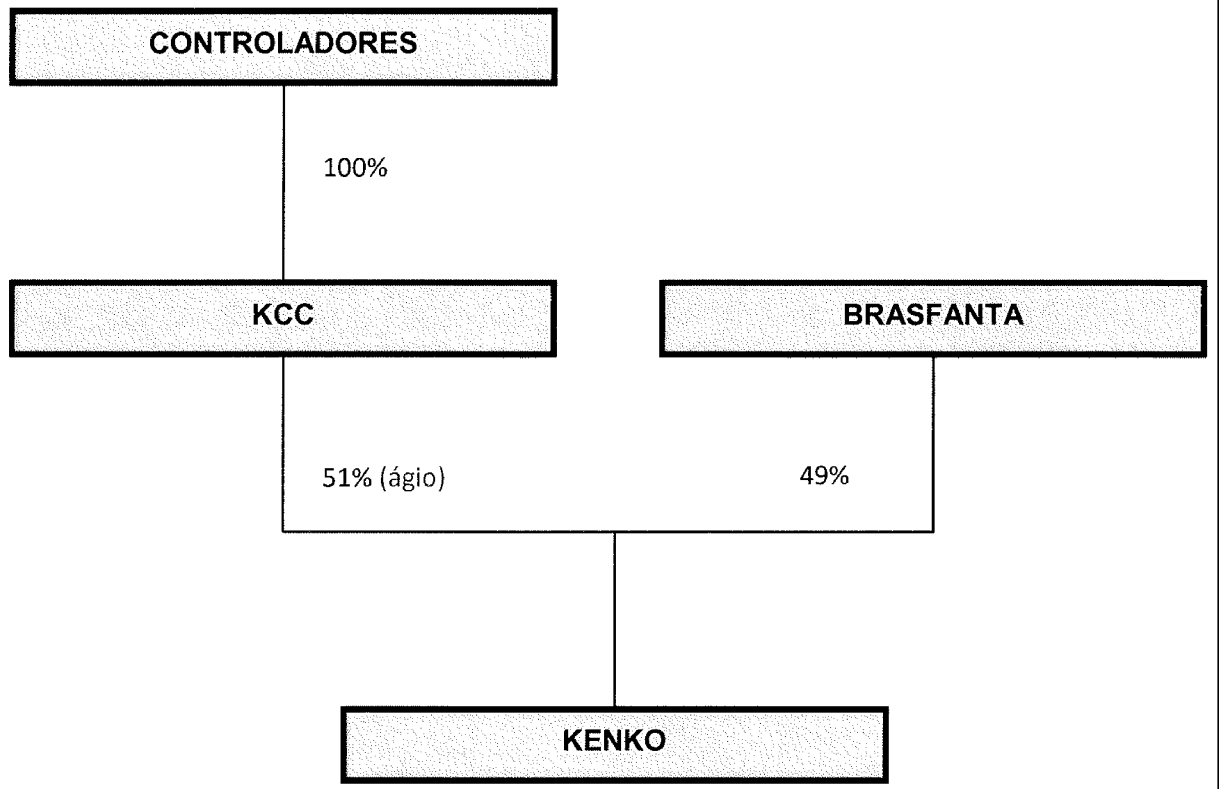


Teria, finalmente com esse ato, o ágio anteriormente registrado na conta de investimento da *KCTissueB* em *KCB* passado a ser ativo diferido da *KCB*, sendo, somente então, amortizado com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

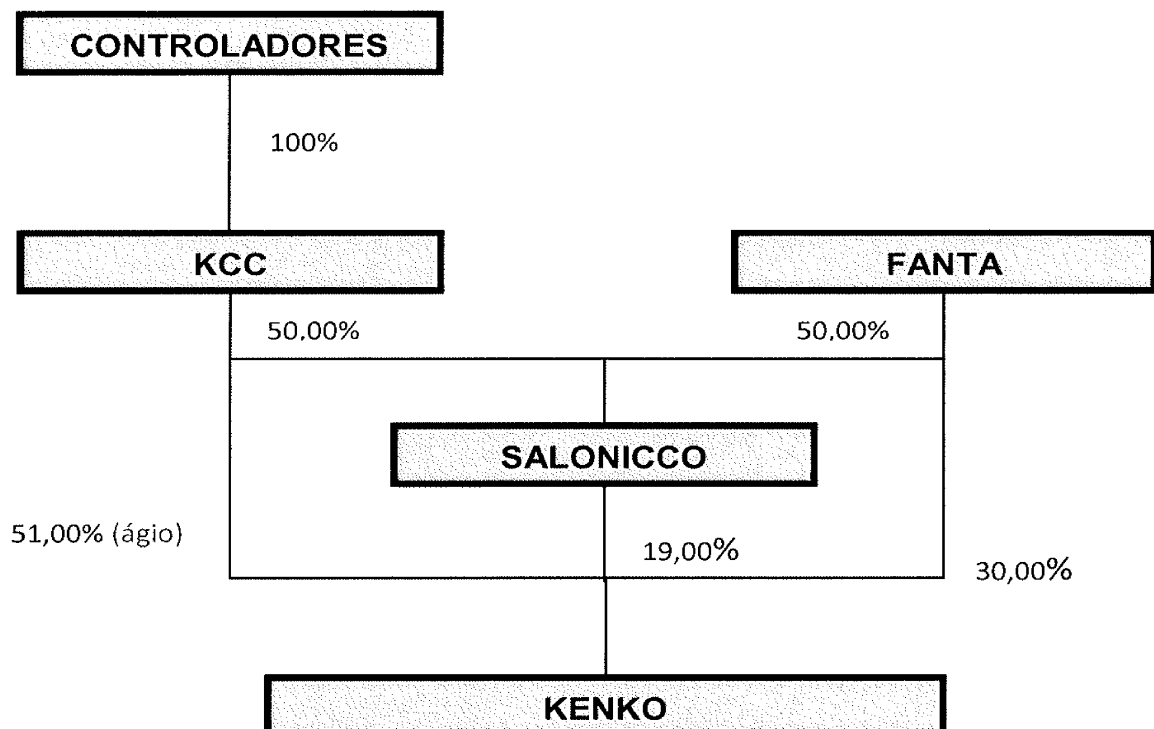
Em relação à operação *Ágio Kenko*, a Recorrente alega e demonstra que esta foi realizada em 3 etapas.

Em um primeiro momento, como passo inicial para entrar no mercado nacional de *wipes* em 1996, constituiu-se a empresa *Minority Comercial Ltda. - Minority* e, logo após, a empresa *KCC Comercial Ltda. - KCC*, uma *holding* do Grupo Kimberly-Clark no Brasil, promoveu aumento de capital nessa primeira companhia.

Na sequência, efetuou-se uma permuta de participação societária, entre a *KCC* e a empresa nacional *Brasfanta Indústria e Comércio Ltda. - Brasfanta*, entregando *KCC* quotas da *Minority* e recebendo, da *Brasfanta*, quotas da empresa *Kenko*, no equivalente a 51% de participação. Em razão da diferença entre o valor do custo de aquisição das quotas da *Minority* e o valor da participação da *Kenko*, verificou-se, aqui, o ágio de R\$ 66.150.440,30, devidamente arriado em laudo de avaliação de rentabilidade futura, não questionado pela Fiscalização.

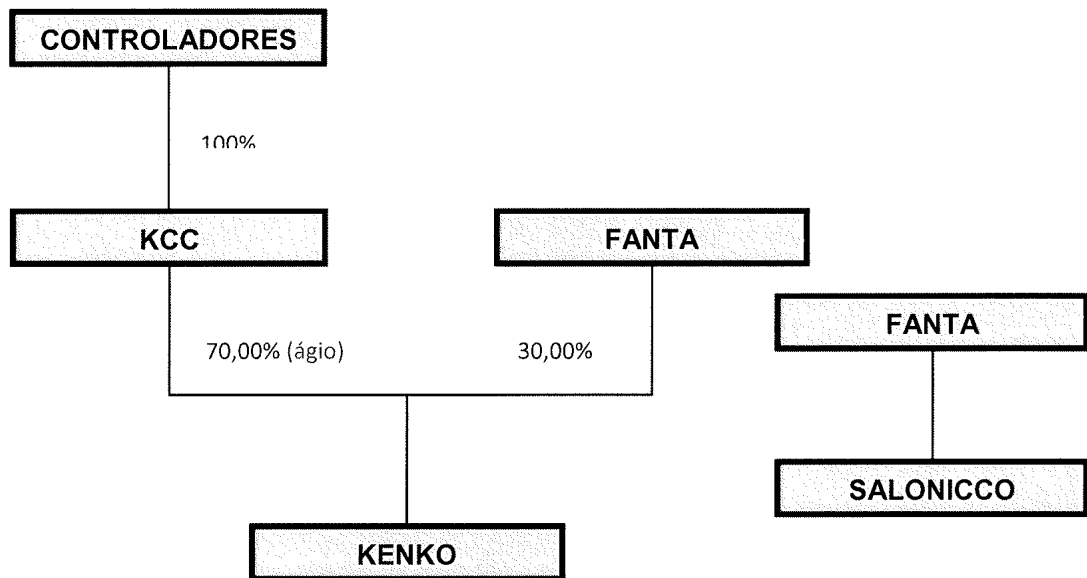


Em 2000, 4 anos depois, a empresa *Fanta Empreendimentos e Participações Ltda. - Fanta*, holding do Grupo Brasfanta, promove o aumento de capital da empresa *Salonico Participações S/A - Salonico*, através da integralização de 10.523.001 quotas da empresa *Kenko*, sendo essa detenção de capital equivalente a 19% daquela empresa.



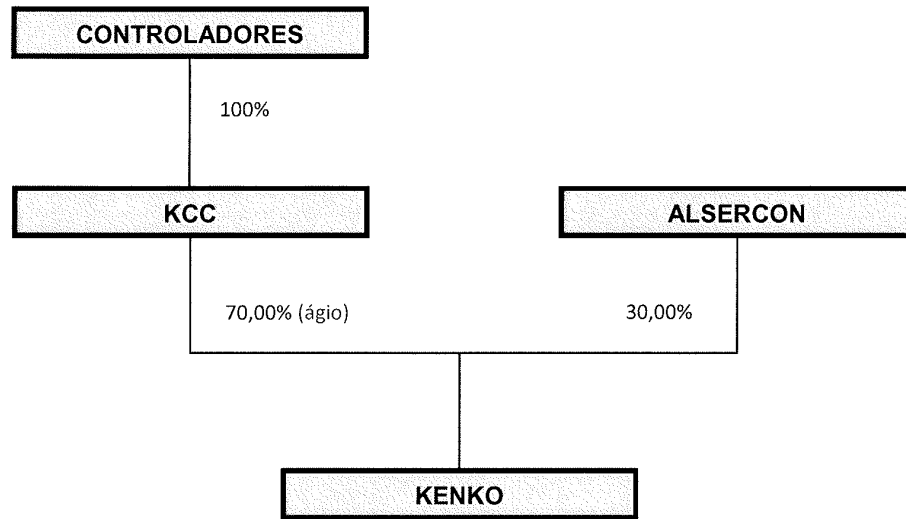
Logo depois, a *KCC* aporta capital na empresa *Salonico*, conferindo o montante de R\$ 128.189.175,30. Posteriormente, a *KCC* retira-se da *Salonico*, recebendo as quotas da *Kenko* conferidas pela *Fanta*, momento em que se registrou ágio no montante de R\$ 99.420.135,30, baseado em expectativa de rentabilidade futura, o que não foi questionado pela Fiscalização.

2000



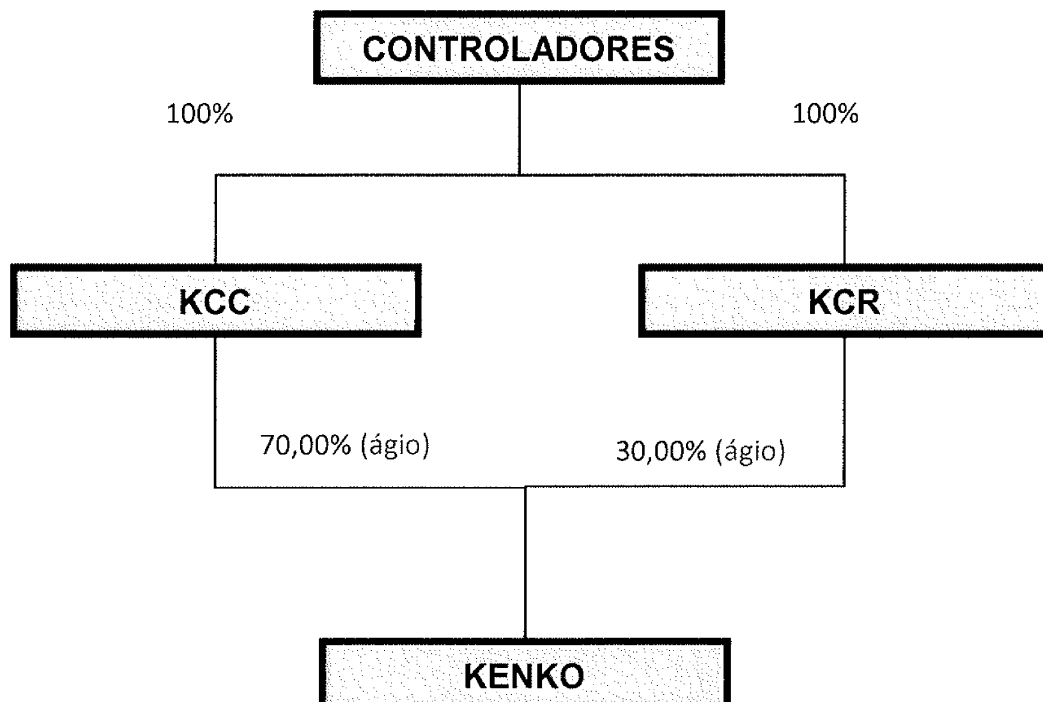
Já em 2006, valendo-se de opção prevista em acordo de quotistas, a *Fanta* cede para a *Fonte Farma do Brasil S/A* o remanescente das quotas que possuía na *Kenko*, logo em seguida sendo, novamente, essas quotas transferidas à empresa *Alercon Comércio de Produtos Têxteis e Plásticos S/A*. Todas essas empresas são do mesmo Grupo Brasfanta.

2006



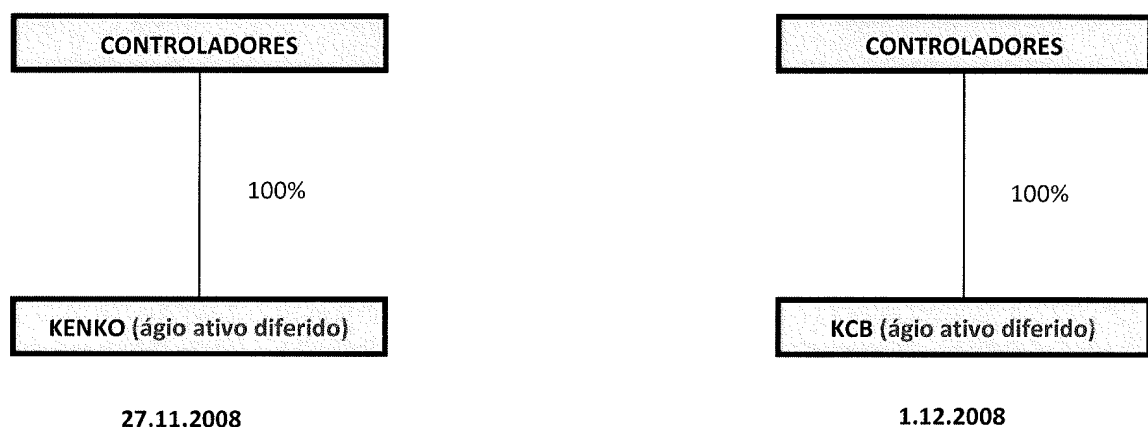
Igualmente em 2006, o Grupo Kimberly-Clark decide adquirir toda a participação na empresa *Kenko*. Assim, a empresa *Kimberly-Clark Holding e Representações do Brasil - KCR* adquire da *Alsercon* os 30% remanescentes de participação societária da *Kenko*. Na aquisição se percebeu o ágio de R\$ 185.852.300,00, fundamentado em expectativa rentabilidade futura, que também não foi questionada pela Fiscalização.

2006 |



Depois de 2 anos, em 2008, o Grupo Kimberly-Clark, já detendo todo o controle da *Kenko*, resolve simplificar o modelo societário de gestão, fazendo com que a *Kenko* incorporasse a *KCC* e a *KCR*, contabilizando o ágio, anteriormente gerado, em seu ativo diferido.

Por fim, ainda em 2008, como medida de igual otimização societária, a *KCB* (Recorrente) incorporou a *Kenko* e deu início à amortização do ágio.



Também alega a Recorrente em sua Defesa a decadência do direito do Fisco lançar os tributos ora exigidos. Tanto pela ótica da aplicação do art. 150 § 4º do CTN em relação ao ano-calendário de 2008, tanto pela tese de que, independentemente da forma de contagem temporal, não poderia a Fiscalização alcançar fatos ocorridos entre 1996 e 2008, implicando na caducidade total do lançamento.

Alega a total validade do ágio, de ponto de vista econômico, tendo como base operações reais e eficazes. Também pugna não ter suporte jurídico o TVF, aduzindo que teria a Fiscalização desvirtuado a interpretação da intenção do Legislador ao permitir a amortização do ágio, tecendo acusações meramente com base no uso de *empresas veículos*, frisando que as operações perduraram mais de 12 anos.

Da mesma forma, contrapõe outras acusações pontuais do TVF, como uso de *empresa de gaveta*, de que não *havam acionistas minoritários envolvidos*, uso de operação *casa-e-separa* e outras, referentes ao suposto *planejamento tributário abusivo*, demonstrando que a Fiscalização teria trazido informações impertinente, bem como indevidamente especulado sobre as reais intenções dos administradores das empresas.

Por fim, refuta a alegação de perpetração de fraude, pleiteando o afastamento da multa qualificada.

Acórdão DRJ

Devidamente processado o feito, os autos foram encaminhados para julgamento pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I (fl. 2748 a 2829), a qual manteve integralmente o crédito tributário exigido. Confira-se trechos do julgado *a quo*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. TERMO A QUO. DATA DE AQUISIÇÃO DO BEM. IRRELEVÂNCIA.

Para a contagem do prazo decadencial, importa a data em que o sujeito passivo incorreu na despesa de amortização, e não o momento em que o bem amortizado foi adquirido.

DIREITO DE AUTO-ORGANIZAÇÃO. EXERCÍCIO ABUSIVO. CARACTERIZAÇÃO. INOPONIBILIDADE AO FISCO. PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO SUFICIENTE.

O direito de auto-organização, como qualquer direito, não tem no Brasil a feição absoluta própria do liberalismo radical. Em nosso ordenamento, os direitos recebem proteção a fim de serem exercidos apropriadamente, em benefício do seu titular, mas também da sociedade. Quando alguém usa do seu direito para alcançar objetivos inusitados e prejudica terceiros, caracteriza-se o abuso de direito, que é ato ilícito e, como tal, não merece tutela. Dessa forma, como o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, deverá ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual redução ou supressão de tributos seja oponível ao Fisco.

COMPROVAÇÃO DO PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO. VANTAGENS EM ABSTRATO. INSUFICIÊNCIA.

Mencionar possíveis vantagens de uma alternativa não comprova que esta foi escolhida em razão daquelas. Cabe

ao contribuinte, para comprovar seu interesse, demonstrar que efetivamente fruiu os benefícios, ou então, esclarecer porque a expectativa de vantagem não se concretizou.

NECESSIDADE DE CONFUSÃO PATRIMONIAL OU EXTINÇÃO DE EMPRESA VERSUS SUFICIÊNCIA DE UNIÃO ENTRE RECEITAS E DESPESAS. INCORPORAÇÃO. DISCUSSÃO IMPERTINENTE.

É impertinente a discussão quanto à necessidade de confusão patrimonial ou extinção de empresa e a suficiência da união entre as despesas de amortização e as receitas que lhe deram causa, quando a dedução decorre de incorporação, pois nessa alteração ocorrem tanto a extinção de uma das empresas quanto a confusão patrimonial e a união de receitas com despesas. Em outras palavras, quando se trata de incorporação, os três institutos (união, extinção e confusão) ocorrem juntos ou não ocorrem. Portanto, não interessa saber se a união sem confusão nem extinção é suficiente para tornar a amortização dedutível, pois não há união sem confusão ou sem extinção, quando o caso sob análise é de incorporação.

EMPRESA USADA COMO VEÍCULO NA CRIAÇÃO DO ÁGIO. INCORPORAÇÃO PELA INVESTIDA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA DEDUÇÃO DAS AMORTIZAÇÕES.

A legislação estabelece que se a empresa “A” adquire a empresa “B” com ágio, e, em seguida, “B” incorpora “A”, então o ágio pode ser fiscalmente amortizado. Situação diversa ocorre quando “A” constitui e capitaliza “C”, para que esta adquiria “B”, que vem a incorporar “C”.

Em regra, o ágio não é fiscalmente amortizável e só pode ser aproveitado na alienação do investimento, para compor o custo de aquisição. A incorporação representa uma exceção a essa regra porque nela o investimento é extinto e, conseqüentemente, não pode mais ser alienado.

Sendo assim, em virtude da impossibilidade de se alienar o investimento, a legislação autoriza a amortização do ágio. Por outro lado, quando “B” incorpora “C”, subsiste o investimento de “A” em “B”, não se justificando a amortização, posto que a alienação ainda é possível.

Além disso, quando a lei estabelece a incorporação da investidora pela investida, ou vice-versa, como hipótese para a dedução, está tratando, evidentemente, da real investidora, e não de uma investidora fictícia ou formal, criada para dar passagem ao capital.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. EMPRESA-VEÍCULO. CONCEITO.

Uma empresa funcionará como veículo em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um

propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração efêmera ou não, de ser uma sociedade operacional ou não, de em regra cumprir suas obrigações ou não. Até mesmo uma empresa longeva, operacional e que costuma cumprir suas obrigações, pode ser usada como veículo em certa operação se receber e repassar recursos sem propósito extratributário. Sendo assim, para refutar a acusação de uso de empresa-veículo é inócuo comprovar que a referida empresa teve longa duração, era operacional e em regra cumpria suas obrigações, se, por outro lado, não ficar demonstrado que, na operação em questão, havia um propósito extratributário para ela receber e repassar os recursos.

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ÁGIO. FALTA DE PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO PARA ALGUMA ETAPA. ABUSO DE DIREITO. INCORPORAÇÃO. DESPESA DE AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A falta de propósito extratributário para alguma das etapas da aquisição de participação societária com ágio caracteriza o abuso do direito de autoorganização, que é ato ilícito, de tal forma que, se houver incorporação entre investidora e investida, a despesa com amortização do ágio permanecerá fiscalmente indedutível.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

MULTA QUALIFICADA. INCORPORAÇÃO SIMULADA.

A simulação de incorporação da real investidora pela investida constitui fraude, que é punível com multa qualificada.

MULTA QUALIFICADA. REGISTROS. TRANSPARÊNCIA VERSUS OCULTAÇÃO.

Registros tanto pode servir para dar transparência a fatos quanto para ocultá-los. Ocorre a segunda hipótese quando se verifica que os registros não espelham a realidade, pois correspondem apenas a simulações.

JUROS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTAS.

Os juros incidem sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, e não simplesmente sobre tributos e contribuições. Portanto, como a multa decorre do tributo, sobre ela também incidem os juros.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

(...)

CARÊNCIA DE PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO

16. Já nos manifestamos sobre a necessidade de um propósito extratributário como condição de oponibilidade ao Fisco para as operações societárias (Ac. 12-55.144, de 24/04/2013).

17. Em suma, dissemos que o direito de auto-organização, como qualquer direito, não tem no Brasil a feição absoluta própria do liberalismo radical. Em nosso ordenamento, os direitos recebem proteção a fim de serem exercidos apropriadamente, em benefício do seu titular, mas também da sociedade. Quando alguém usa do seu direito para alcançar objetivos inusitados e prejudica terceiros, caracteriza-se o abuso de direito, que é ato ilícito e, como tal, não merece tutela. Dessa forma, como o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, deverá ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual redução ou supressão de tributos seja oponível ao Fisco.

(...)

Alega-se que a atuação por meio de uma personalidade jurídica brasileira traria inúmeras vantagens ao investidor estrangeiro, como, por exemplo, endereço, receptividade, desburocratização (fl. 2.340). Contudo, ainda que essas vantagens existissem, elas não serviriam como motivação extratributária, pois não esclarecem uma das etapas da aquisição: a circulação do capital pela empresa brasileira, antes de chegar à empresa alvo. Em princípio, para obter as vantagens, bastaria constituir a empresa brasileira, sem ter que necessariamente usá-la como via de passagem para o capital.

(...)

31. Em regra, o ágio não é fiscalmente amortizável e só pode ser aproveitado na alienação do investimento, para compor o custo de aquisição. A incorporação representa uma exceção a essa regra porque nela o investimento é extinto e, conseqüentemente, não pode mais ser alienado. Sendo assim, em virtude da impossibilidade de se alienar o investimento, a legislação autoriza a amortização do ágio. Por outro lado, quando “B” incorpora “C”, subsiste o investimento de “A” em “B”, não se justificando a amortização, posto que a alienação ainda é possível.

32. Além disso, quando a lei estabelece a incorporação da investidora pela investida, ou vice-versa, como hipótese para a dedução, está tratando, evidentemente, da real investidora, e não de uma investidora fictícia, pela qual o capital apenas circulou.

33. Dessa forma, seja por falta de comprovação de um propósito extratributário, seja porque as operações societárias não se subsumem à hipótese de dedução, deve-se manter as glosas.

(...)

47. Por fim, na primeira e segunda etapas de aquisição da Interessada (descritas às fls. 2224/2234 e 2314/2316), assim como na terceira etapa de aquisição da Kenko (fls. 2247/2248 e 2319/2320), os recursos financeiros se originaram de diversas empresas do grupo KC, entre as quais se destacam a KC_Delaware e a KC Holland Holdings BV, e apenas circularam pelas empresas-veículo KCTissueB e a KCR. Dessa forma, por meio das incorporações das duas últimas pela Interessada e pela Kenko, se simularam as incorporações das investidoras pelas investidas, embora, de fato, estas tenham incorporado apenas as suas investidoras aparentes.

48. Sendo assim, como houve fraude em todas as operações que geram o ágio amortizado, deve-se manter a multa qualificada.

(...)

Inconformado com tal resultado, o Contribuinte interpôs o Recurso Voluntário, ora sob análise, basicamente reiterando suas razões de Impugnação, ainda que de forma mais sintética e considerando os termos do V. Acórdão recorrido (fls. 2844 a 3009).

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella- Relator

O Recurso Voluntário é manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Como se verifica do relatório, o presente processo tem como objeto a glosa da amortização de ágio procedida pela Recorrente, entre 2008 e 2013, fruto de operações societárias, realizadas entre 1996 e 2008, classificadas como parte de *planejamento tributário abusivo*.

Decadência

Considerada matéria preliminar, a Recorrente alega, sob enfoques jurídicos diversos, a suposta ocorrência da decadência do direito do Fisco lançar os tributos sob exigência.

Ainda que de maneira breve, alega a Recorrente que *já decaiu o direito do fisco de questionar a validade das operações em que os ágios glosados foram formados*. Afirma que as operações ocorridas entre 1996 e 2008 estariam fora do alcance da Fiscalização em 2014, quando lavradas as autuações. Para fundamentar sua tese, traz passagens de julgados deste E. CARF e trechos de doutrina jurídica.

Não assiste razão à Recorrente nesse ponto.

O objeto dessa modalidade de caducidade é a limitação temporal para a constituição do crédito tributário, a contar do nascimento da obrigação tributária, e não a prerrogativa fazendária de análise de eventos e fatos envolvidos na formação dessa obrigação, não havendo base para tal suposta vedação cronológica.

A Infração Tributária descrita no lançamento se reveste de glosa de amortizações da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos nos anos-calendário de 2008 a 2013, supostamente culminando na redução indevida do montante das obrigações tributárias deste exato período. O *fato jurídico tributário* colhido pela Fiscalização não é, propriamente, as operações que deram origem a essa despesa, mas seu aproveitamento fiscal, em momento ulterior.

Atualmente, existe forte corrente jurisprudencial administrativa, especificamente em relação à decadência em autuações que envolvem o aproveitamento de ágio, restando certo que se inicia a contagem do prazo decadencial a partir da dedução da despesa, podendo livremente o Fisco remeter-se a operações anteriores a tal ocorrência. Ilustrando tal posição, confira-se trecho do recente Acórdão nº 9101.002.387, proferido pela C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de relatoria do I. Conselheiro Luís Flávio Neto, publicado em 14/09/2106:

Ocorre que o prazo de decadência em questão apenas começa a fluir a partir do momento em que o contribuinte realiza a amortização do ágio, pois somente a partir daí é possível cogitar inércia do fisco: a partir da dedução das despesas de ágio da base de cálculo do tributo, caso o fisco discorde, deverá lavrar AIIM para a glosa correspondente, o que não seria possível antes da efetiva amortização ter sido levada a termo pelo contribuinte.

Inclusive, alternativamente, a Recorrente também alega a consumação da decadência, mas dentro dos moldes do pensamento acima expresso, defendendo a necessária aplicação da contagem quinquenal contida no § 4º do art. 150 do CTN, o qual excluiria o ano-calendário de 2008 do período colhido pela N. Autoridade Tributária.

Porém, para a aplicação de tal dispositivo, é necessário afastar a ocorrência de *simulação e fraude*, suscitada no TVF, o que permitiu a aplicação do inciso I do art. 173 do CTN na realização do lançamento.

Tal assunto, ainda que de total pertinência para a alegação de decadência, compõe a fundamentação meritória das Autuações, que será mais adiante analisada, com a devida detenção e profundidade, aproveitando-se a conclusão de ocorrência ou não de tal conduta para a verificação da sua suposta ocorrência, desde já considerando a relação de prejudicialidade com essa matéria preliminar.

Mérito

Inicialmente, cabe ressaltar que o tema *amortização de ágio* neste E. CARF não é recente e, atualmente, existe prolífera quantidade de autuações, já devidamente processadas e julgadas até seu exaurimento recursal, o que permite, preliminarmente, identificar quais os pontos e assuntos mais sensíveis em relação a tal matéria tributária.

Assim, mister verificar, precisamente, no extenso TVF, bem como no v. Acórdão, quais foram os fundamentos legais específicos utilizados para o lançamento e sua posterior manutenção, fazendo, assim, o primeiro corte necessário para o julgamento das Autuações.

Ainda que a própria Autoridade Fiscal tenha decidido por segregar a descrição dos fatos em 2 (duas) operações societárias, as quais originaram, de forma autônoma, as despesas com ágio, observa-se no TVF que a fundamentação jurídica e descrição da *infração tributária* foi feita de maneira única, levando à conclusão de que, ainda que possuindo detalhes e alguns eventos considerados isoladamente, ambas operações societárias descritas padeceriam dos mesmos defeitos e vícios que fundamentam o lançamento de ofício.

Nesse sentido, temos que a *inexistência de motivação extratributária* é tratada pela Fiscalização com o motivo maior, concentrador de toda a fundamentação da atuação.

E fica, também claríssimo, que o cerne dessa acusação de ausência de *propósito negocial*, seria a utilização de empresas *holdings* no Brasil, pelo Grupo Kimberly-Clark, para acobertar as reais investidoras, ambas estrangeiras e únicas titulares de tal ágio, quais sejam, *Kimberly-Clark Worldwide* e *Kimberly-Clark Corporation* (fls. 2271 e 2272).

Comprovando tal constatação, quando versa sobre *infração tributária*, a Fiscalização parte de tal premissa, abrindo sua fundamentação com o expressão *operações societárias maculadas pelo "vácuo negocial"* (fls. 2273).

No decorrer de seu relato, após digressão sobre a previsão legal da dedutibilidade do ágio, vai-se, então, acrescentando detalhes e eventos pontuais em ambas suboperações (incorporações KCB e Kenko), afirmando que *não se verificou a requeria união patrimonial* (vez que as reais investidoras estão no exterior e não absorveram as investidas, brasileiras), pois direito à *amortização do ágio surge da subsunção de situações fáticas às hipóteses previstas na legislação vigente, diga-se alienação ou liquidação do investimento*

adquirido com ágio (regra geral do art. 391, c/c art. 426 do RIR/99) ou extinção por incorporação da participação da investida pela investidora que efetivamente pagou pelo ágio (ou vice-versa), com a ocorrência da "confusão patrimonial" e classifica a macro-operação, como um todo, de engenharia societária abusiva.

São estes os fundamentos materiais da *infração tributária*. Mais adiante no TVF, aborda-se apenas aspectos da *contabilização do ágio, multa de ofício, multa qualificada e retificação do LALUR*.

Apesar da notória repercussão dos julgados sobre o tema, existe certa disparidade quanto à fixação precisa de todos requisitos de uma operação para permitir o livre aproveitamento do ágio.

Mas é plenamente seguro afirmar que se entende relevante e necessário para a verificação objetiva da formação lícita do ágio, nos moldes das prescrições do art. 385 e 386 do RIR/99, a presença dos seguintes elementos: 1) o efetivo sacrifício econômico no momento do investimento que lhe originou; 2) realizado entre partes não relacionadas; 3) arrimado em laudo válido, contemporâneo, exarado por terceiro competente e; 4) nas operações em que há a extinção de pessoa jurídica, a absorção do patrimônio da investida pela investidora (ou vice-versa).

Frise-se que, no presente caso, em momento algum se questionou o real emprego de recursos nas aquisições que formaram o ágio (no sentido de ser uma despesa artificial), sua fundamentação econômica (expectativa de rentabilidade futura, seu montante, a qualidade dos laudos de avaliação e seu registro) ou mesmo a independência das partes celebrantes das operações que geraram a despesa.

Apenas um elemento daqueles acima elencados foi questionado pela Fiscalização, qual seja, a *absorção patrimonial* entre as empresas que transacionaram, vez que através de *planejamento tributário abusivo, sem motivação extratributária*, teria se mascarado os reais investidores, pela utilização de *empresas veículos* no Brasil. Ou seja, para a N. Autoridade Fiscal, a confusão patrimonial entre as empresas nacionais do Grupo não bastou para o aproveitamento do ágio.

Posto isso, resta clara a circunscrição dos fatos e condutas da Recorrente que teriam dado ensejo à glosa, assim como a matéria a ser enfrentada.

Essa questão específica sobre o ágio também guarda controvérsia. Contudo, é possível se observar uma evolução de entendimento neste E. CARF, na qual se analisa mais profundamente as circunstâncias no emprego das chamadas *empresas veículos* e, dentro da correta e necessária racionalização da verificação de provas e fatos envolvidos, permite-se a constatação, individual e concreta, da legalidade de tal manobra.

Em caso que tratava de acusação muito semelhante, ilustra-se de maneira ampla tal entendimento no Acórdão nº 1201.001.267, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Marcelo Cuba Neto, publicado em 18/02/2016:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO.

Inexiste vedação legal para que uma pessoa jurídica, detentora de ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial em razão da rentabilidade futura da investida, confira o aproveitamento deste ágio a outra pessoa jurídica por intermédio da absorção de seu patrimônio (art. 7º da Lei nº 9.430/96) ou vice-versa (art. 8º).

Se o ágio na aquisição do investimento efetivamente ocorreu, não sendo fruto de operações entre empresas do mesmo grupo econômico (ágio interno), incabível a glosa da despesa com sua amortização fundada no emprego da assim chamada "empresa veículo".

(...)

Pois bem, desde logo deve-se deixar claro que a fiscalização em momento algum alega que o ágio nasceu de uma operação realizada entre empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Ao contrário, pelo que se vê no TVF o ágio decorreu de uma transação entre partes independentes e em pé de igualdade (arm's length transaction).

Resumindo, não se trata aqui de "ágio interno". São, como visto acima, duas as razões pelas quais o auditor se convenceu da ilegalidade do aproveitamento do ágio pela fiscalizada: (i) falta de propósito negocial, e; (ii) emprego de empresa veículo.

(...)

Repare que a abusividade do planejamento tributário pode ter como característica (desde que não seja a única) justamente a ausência de propósito negocial. Entretanto, quando exista uma norma jurídica incentivando, sob o ponto de vista fiscal, a realização de um negócio jurídico, seria absurdo imaginar-se

que além do propósito de economia fiscal deveria haver também algum outro propósito. Esse é exatamente o caso dos presentes autos.

Em relação ao emprego da chamada "empresa veículo" cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um "mal em si mesmo".

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de "empresa veículo", até porque o simples emprego de "empresa veículo" não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da "empresa veículo" e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.

(...)

No mesmo sentido temos também o Acórdão nº 1302.001.977, proferido pela C. de 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria da I. Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich e voto vencedor o I. Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior, publicado em 13/10/2016 e o Acórdão nº 1301.002.111, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, de relatoria do I Conselheiro Waldir Veiga Rocha, publicado em 19/08/2016.

Agora, afastada a possibilidade de glosar o ágio aproveitado pela mera constatação do emprego de estrutura que contemple *empresas veículo*, faz-se importante analisar os elementos pelos quais a N. Autoridade Fiscal entendeu serem estas companhias parte de *planejamento tributário abusivo*, inclusive apurando se foram consideradas, formalmente em si, como argumento de invalidade da estrutura societária, contrariando o entendimento supra apresentado.

Quando da demonstração da suposta *inexistência de motivação extratributária*, após transcrições de perguntas e respostas contidas nos Termos de Intimação Fiscal enviados ao Contribuinte, a Fiscalização faz a seguinte conclusão:

85. Apesar de todas as respostas fornecidas pela fiscalizada, restou inexplicada, a esta fiscalização, a não ser por motivo exclusivamente tributário, a opção de uma multinacional por um esquema com mais de 6 empresas interpostas e intervenientes entre a matriz e suas coligadas (por certo tempo) e controladas, empresa essas sem funcionários, sede ou qualquer propósito comercial, a não ser como condutoras de recursos originados no

exterior, algumas vezes diretamente, outras vezes por supostos empréstimos quitados por outras empresas do mesmo grupo sediadas no exterior, por meio de outras empresas veículos do mesmo grupo; (fls. 2270)

(...)

87. Resta claro, portanto que a única motivação da escolha do esquema de empresas veículo interpostas entre as reais adquirentes das participações societárias, a Kimberly-Clark Worldwide, sediada em Delaware, conhecido paraíso fiscal americano, e a Kimberly Clark COmporation e o trajeto meandrino dos recursos utilizados para adquirir a Kenko e a própria fiscalizada, fazendo parecer, à primeira vista, que os recursos advinham de atividades negociais dessas empresas de fachada é exclusivamente tributária, se valendo a empresa de expedientes tendentes a ocultar a realidade das simplórias operações de compra de participações societárias no Brasil, que poderiam ter sido realizadas de forma clara e objetiva;

88. Ora, empresas não constituem empresas sem motivo relevante. (...)

89. Fato também relevante sobre as holdings interpostas é o de que 3 delas nunca distribuíram dividendos à sua matriz;

90. Salta aos olhos ainda que pelo menos 4 das holdings criadas não possuíam funcionários, nem administradores, além de estarem sediadas no mesmo endereço, ou seja, eram meras cascas vazias, ou empresas veículo, embora tenham tido vida mais longa do que normalmente se constata em casos semelhantes; (fls. 2271)

E encerra o item da justificação da *ausência de motivação extratributária*, com a seguinte conclusão:

92. Portanto fica claro pelos motivos expostos acima que a única real razão para a constituição dessas holdings era para se aproveitar, indevidamente, da amortização do ágio gerado em sua aquisição, ou seja, a empresa se beneficia de seu própria ágio e do ágio originado na operação de compra de outra empresa por terceiras empresas, sediadas no exterior, a KC Delaware e a Kimberly Clark Corporation, onde o ágio deveria estar escriturado. (destacamos)

Nessa análise, já fica claro que, efetivamente, a grande razão da *ausência de motivação extratributária* ou "*vácuo negocial*" é a utilização de 6 (seis) empresas *holdings* pela Recorrente na macro-operação societária de entrada do Grupo Kimberly-Clark no Brasil.

Como antes mencionado, tal fato não pode, isoladamente, permitir o lançamento tributário pretendido.

Aprofundando as acusações da Fiscalização, percebe-se que se atribui o rótulo de *casacas vazias* às 6 (seis) *holdings*, por 4 (quatro) delas não possuírem funcionários, *administradores* (mas sem efetivamente apontar vício no contrato social, vez que todos estavam regularmente registrados na Junta Comercial competente) e nem sede independente (em outra passagem alegou-se simplesmente não possuírem sede).

Aparentemente, conferindo todo o respeito ao trabalho da N. Autoridade Fiscal, houve uma má interpretação do conceito de Direito Comercial de empresas *holdings*, de forma que suas características próprias e plenamente lícitas foram utilizadas como argumento para constatação de sua suposta "inexistência".

Permitindo-se aqui uma tradução livre, o próprio verbo inglês *to hold* significa "deter", "segurar". Assim, sua própria nomenclatura já indica a sua função primordial: deter participações de outras empresas. O Prof. Modesto Carvalhosa¹ define a função e as atividades das empresas criadas sob a rubrica de *holding* assim:

A entidade econômica concentracionista, que surge das coligações e do controle de outras sociedades, encontram na holding o instrumento fundamental de sua organização.

As holdings são sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando, nesse caso, constituir a coligação.

Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.

(...)

Tem assim a sociedade holding como característica diferencial e objetivo principal a participação relevante em uma atividade econômica de terceiros, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial.

Possui como características principais: ter seu patrimônio formado de ações emitidas por outras companhias, exercer o

¹ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. V. 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 14/15.

controle sobre elas ou delas participar em caráter permanente, com investimento relevante no seu capital. Assim, o objeto social da holding é sempre o de participar do capital de outra sociedade, como controladora ou investidora (coligação).
(destacamos)

Nesse sentido, essa modalidade empresarial é o instrumento societário mais utilizado para organização e operação interna de grandes grupos, dado a sua simplicidade de constituição, funcionamento e operacionalização.

Assim, dentro de sua condição de companhias não operacionais, sem caráter comercial, mercante, a acusação de possuírem as *holdings* mesma sede ou de não terem funcionários, nada mais faz do que confirmar sua correta classificação societária e natureza jurídica.

Em relação a grandes grupos estrangeiros, é extremamente natural se organizarem por meio de tais figuras, principalmente em outros países. Nos primeiros contatos com o novo mercado, é plenamente compreensível a escolha por não criar uma nova estrutura complexa, ou mesmo uma filial, que espelharia, ainda que parcialmente, por razões de políticas internas e *compliance*, a organização e a configuração institucional de sua matriz, representando, inclusive, um acréscimo injustificável de custos nesse momento inicial.

A literatura doutrinaria², dentro de uma abordagem mais prática e voltada ao empresariado, cita essa vocação da *holding* para investimentos internacionais:

A holding pode ter o caráter de internacionalidade, isto é, manter ações de companhias que não estejam necessariamente no mesmo país. Ela se mostra importante "ponte" controladora de exportação, importação e investimentos estrangeiros. (grifamos)

E o fato de não remeter dividendos aos exterior, como citado pela D. Autoridade Fiscal, ilustra apenas uma decisão financeira do Grupo, totalmente de acordo com a estratégia de se constituir e firmar no Brasil, garantindo, em um segundo momento, após a entrada no país, a presença de recursos próprios.

Diga-se até que tal alegação possui certa contraditoriedade, ao passo que inicialmente se apontou para a origem e a detenção estrangeira do capital investido como um

² LODI, Edna Pires. LODI, João Bosco. Holding. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2001, p. 9.

motivo para a desconsideração das *holdings*, inclusive mencionando empréstimos, e, depois, reveste de mácula o fato de não se remeter ao exterior os dividendos aqui percebidos - o que, na verdade, evidencia uma independência e destinação doméstica desse capital dentro da operação brasileira do Grupo, legitimando as operações daquelas companhias.

Voltando à conclusão primordial da ocultação da reais detentoras do ágio (as controladoras estrangeiras do grupo), pode-se, agora, concluir que a desconsideração de todas essas empresas *holdings* (o que, na prática, promoveu a Fiscalização) deu-se por fundamentos alicerçados em presunções e condenações dirigidas às figuras e aos negócios societários celebrados.

Não pode haver - e muito menos prevalecer - a criação de uma nova obrigação quanto à forma com que as empresas estrangeiras adentram o país para participar do mercado brasileiro. E uma vez aqui fixadas, seja através de *holding*, filiais ou promovendo *joint-ventures*, deve ser dado o mesmo tratamento fiscal às empresas aqui constituídas e operantes, não podendo simplesmente desconsiderar suas personalidades com base em mera constatação de que são geridas e financiadas por grupos estrangeiros.

Faz-se também necessário considerar que, seja na *operação KCB*, ou seja na *operação Kenko*, a entrada do Grupo no Brasil se iniciou em 1996 (fato registrado e constatado pela própria Fiscalização), o que logicamente leva à conclusão que a decisão empresarial de adquirir participações em empresas do mercado doméstico, dos ramos de *wipes* e *tissues*, deu-se antes mesmo da edição da Lei nº 9.532/97, prejudicando a afirmação de que toda *engenharia societária abusiva* visava *aproveitar, indevidamente, da amortização do ágio gerado* nessas operações.

Naturalmente, após a veiculação de tal prerrogativa fiscal pelo legislador, os gestores das empresas controladas por esse grupo internacional, aqui constituídas, passaram a se valer dessa despesa dedutível, naturalmente considerando sua ocorrência na organização de seus negócios, até com base legal no art. 153 da Lei 6.404/76³, fato esse que não implica em qualquer ilicitude.

Não obstante, as previsões dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97⁴, consideradas conjuntamente, expressamente autorizam o aproveitamento do ágio percebido pela empresa

³ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

⁴ Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

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

sucessora, até mesmo no caso da *incorporação reversa*, garantindo a *sobrevivência* da dedutibilidade desse valor, mesmo após um rearranjo da estrutura organizacional societária de um determinado grupo depois da aquisição pretendida.

Corroborando com a posição aqui sustentada, confira-se a ementa e trecho de voto que compõem o Acórdão nº 1301.001.505, proferido pela C. 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção de Julgamento, de relatoria do I. Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães e voto vencedor o I. Conselheiro Valmir Sandri, publicado em 25/02/2015:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009, 2010

DESPESA. DESNECESSIDADE. GLOSA. PROCEDÊNCIA.

Se, por um lado, a Fiscalização reúne argumentos e demonstrativos que indicam a apropriação de dispêndios com pessoa ligada em conta específica, cujos serviços que serviram de fundamento foram contabilizados em rubrica distinta, e, por outro, o contribuinte não aporta aos autos argumentos e documentos capazes de elidir a tese de duplicidade de registros, há de se manter a glosa.

DESPESAS. COMPROVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Para fins de dedução, na apuração do resultado fiscal, do gasto incorrido, não basta ao contribuinte descrever as características operacionais de suas atividades e demonstrar a plausibilidade de sua ocorrência no mundo fático, torna-se necessário reunir ao processo comprovantes hábeis e idôneos que possibilitem desautorizar a glosa perpetrada pela autoridade fiscal.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO INOCORRÊNCIA.

No contexto das Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 mediante utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. (destacamos)

E, ainda que acompanhando o Voto vencedor, em Declaração de Voto, acrescenta o I. Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado:

Do exame das operações realizadas, entendo que, desta feita, restou evidenciado que não estamos diante da criação do chamado ágio interno, ou seja, aquele criado exclusivamente dentro de um grupo de empresas sem modificação efetiva da participação societária de seus controladores.

No presente caso o Banco Societé Brasil, por meio de uma empresa controlada (Trancoso), adquirida especificamente para esse fim, adquiriu o controle da empresa Cacipar, anteriormente convencionada entre o Banco Societé e os sócios da empresa vendedora.

(...)

O ágio, portanto, não foi formado em operação interna (intragrupo), mas sim da entrada de capital de um novo investidor no grupo que promoveu a efetiva alteração do controle societário da empresa vendida.

A fiscalização apontou uma série de questionamentos formais ao negócio entabulado, tais como: ausência de deliberação interna no Grupo Societé visando transferir a aquisição do investimento por meio da empresa Trancoso; ausência de notificação do vendedor, estabelecida no contrato de compra e venda, quanto à cessão de direitos; erros e inconsistências no Livro de Transferência de Ações do Banco Cacique.

Entendo que não obstante tais aspectos formais não são suficientes para invalidar a conclusão de que ocorreu o pagamento de um ágio na aquisição de uma participação entre partes não relacionadas.

O fato de o negócio ter sido entabulado pela Banco Societé Brasil e efetivado por meio de uma empresa controlada, que recebeu o aporte de capital para fazer o investimento ao meu ver não contamina o negócio, nem desnatura a ocorrência do ágio. Havia inclusive previsão contratual para que ocorresse dessa forma. Ainda que não tenha existido a notificação prévia é certo que os vendedores não se opuseram, tanto que celebraram a venda.

Não enxergo simulação neste caso, mas sim a adoção de uma estrutura para as operações societárias compatível com o negócio efetivamente realizado, ainda que evidentemente estruturada com vistas a obtenção dos benefícios futuros de amortização desse ágio, conforme a previsão legal.

Entendo que, desta feita estamos no campo daquelas situações em que o contribuinte se valeu licitamente do direito de organizar o seu negócio de acordo com suas necessidades e/ou interesses, inclusive optar pela forma comercial que lhe propiciasse o menor custo ou maior vantagem tributária, obedecidos os ditames legais. (destacamos)

No que tange ao presente caso, deve ser acrescentado que, entre a primeira operação que gerou o ágio e seu aproveitamento, passaram-se 12 (doze) anos, outro elemento este que, contundentemente, opõe-se à alegação que toda a *engenharia societária foi engendrada com o evidente intuito de "criar" despesas.*

Nesse exato sentido, esta mesma C. 2ª Turma Ordinária, no Acórdão nº 1402.001.409, de votação unânime, com relatoria do I. Cons. Presidente Leonardo de Andrade Couto, publicado em 13/08/2013, julgando caso muito semelhante ao presente, entendeu pela possibilidade do gozo do ágio gerado em operações que utilizaram *empresas veículo*, apontando o I. Relator para o lapso temporal que demandou a execução da suposta *engenharia tributária*. Confira-se a ementa e trechos de tal julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO. INOCORRÊNCIA.

A reorganização empresarial, sob amparo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco.

(...)

O primeiro aspecto digno de nota é o lapso temporal de sete (7) anos entre a criação da empresa e a incorporação pela controlada. Na prevalência da tese do planejamento fiscal orquestrado ter-se-ia quase uma exercício de futurologia.

Ademais, não vislumbrei nas circunstâncias mencionadas pelo Fisco nenhuma razão legal que impedisse a incorporação em momento anterior. Assim, pergunta-se: é razoável a montagem de uma estrutura de planejamento em que o benefício tributário almejado só ocorrerá muito tempo depois, em situação empresarial possivelmente diversa e absolutamente imprevisível?

(...)

Mesmo que se admita a expressão “empresa veículo” aplicável ao caso, o foco da análise não pode ser a prática em si, como decorrência da desconfiança que a expressão suscita, mas as justificativas para fazê-lo. Nesse ponto, entendo que as razões apresentadas pela defesa guardam coerência com o conteúdo dos autos e merecem guarida.

(...)

Posto isso, a caracterização das *holdings* como *casacas vazias*, desprovidas de personalidade, não se sustenta, vez que plenamente justificável a sua criação, desempenhando sua natural e esperada função durante anos, dentro de estrutura empresarial que permitiu um modelo de operação de investimento estrangeiro que perdurou por mais de uma década, superando-se, nesse ponto, a constatação de *ausência de motivação extratributária* e as alegações de *simulação e fraude*.

Também é necessário observar que, aqui, não se trata de um processo que versa sobre *lucros no exterior* de coligadas e controladas ou a alegações de *abuso de tratado*, que têm como fundamento maior a tributação sob *bases universais*, no qual o Legislador, ao derrubar as limitações da territorialidade nacional, permitiu buscar os fatos jurídicos tributários ocorridos no exterior, praticados e percebidos por empresas estrangeiras.

Trata-se de uma glosa de ágio, percebido em operações ocorridas no Brasil, entre empresas brasileiras.

Negar a dedutibilidade de uma despesas de investimento, sob a justificativa de que os seus reais detentores são empresas estrangeiras, desconsiderando anos de operações societárias e parcerias comerciais verdadeiras, ocorridas no Brasil (não foi questionada a legitimidade da parceria com o Grupo Klabin, que perdurou 9 anos, e nem com o Grupo Brasfanta, que perdurou 10 anos), pelo simples fato de o financiamento efetivo de tal investimento advir, originalmente, das controladoras internacionais de um grupo mundial não é razoável e simplesmente ignora o cenário globalizado da economia atual.

Se válida essa lógica, toda empresa sediada no Brasil que promoveu uma aquisição, a qual se valeu anteriormente de financiamento de controladora ou coligada estrangeira, não seria titular de suas despesas, bastando apenas o Fisco regredir o necessário no tempo, até encontrar o patrocínio estrangeiro.

E uma vez demonstrado que as empresas *holdings*, brasileiras, estavam regularmente constituídas, dentro de seus propósitos, essas, naturalmente, revestiram-se de investidoras quando do dispêndio para uma aquisição societária, devidamente registrando essa sua despesa, inclusive a parcela percebida como ágio, não podendo também manter-se a glosa sob a alegação da falta de absorção patrimonial entre investida e investidora.

Uma prova disso é que a Recorrente, outrora chamada de *empresa veículo*, é uma firme personificação societária do Grupo Kimberly-Clark hoje, no Brasil, movimentando relevantes somas, responsável por boa fatia do mercado, comprovando o alcance econômico e o real propósito *extratributário* por trás de todas essas operações de entrada, investimentos,

parcerias e, finalmente, a sua reorganização societária, após o seu definitivo estabelecimento mercadológico.

Frise-se ainda aqui que, em diversos trechos da descrição dos *atos* contida no TVF, aponta-se para alguns pontuais e instantâneos eventos, como a doação de quotas, empréstimos realizados intragrupo, permuta de participação societária, entre outros, sem que a Fiscalização, específica e concretamente, tenha demonstrado que haveria ilicitude tributária ou mesmo civil, mas mesmo assim rotulando de *abusiva* e *fraudulenta* a gestão do Grupo Econômico.

Pertinente dizer que é necessária uma *desmistificação* no uso da figura dos grupos investidores estrangeiros e da adoção de estratégias empresariais com estruturas societárias, consideradas *engenharia* complexa, como fundamentos próprios para o lançamento tributário.

Em não havendo a demonstração precisa de como determinado ato influenciou na invalidade da formação do ágio ou a prova de sua ilicitude, tais fatos devem ser considerados como a regular prerrogativa organizacional do grupo.

A acusação de ausência de propósito negocial é tema da maior importância e sensibilidade para o Direito Tributário brasileiro, posto que praticamente ausente sua regulamentação legislativa, demandando que tal conclusão interpretativa, quando alcançada, seja arrimada em demonstrações robustas, concretas e meticulosamente fundamentadas.

Apreciando agora, precisamente, os ágios formados nas operações descritas e os *negócios pontuais* que foram celebrados, temos o seguinte cenário:

Operação KCB - Mercado de Tissues

1) Em 1998, aumento de capital *Klabin Tissue*, subscrevendo novas quotas e integralizando na *KCTissueB* R\$ 133.532.900,00, verificando-se o ágio de R\$ 57.730.448,05;

2) Em 2003, a *Klabin S/A* vende o resto de sua participação na *Klabin Tissue* para *KCTissueB*, por R\$ 335.681.999,61, verificando-se o ágio de R\$ 222.416.919,95.

Observe-se que as operações foram realizadas entre o Grupo Kimberly-Clark e o Grupo Klabin, em um primeiro momento materializando a planejada entrada do conglomerado estrangeiro no ramo de *tissues* do Brasil e, no segundo momento, o desfazimento da *joint-venture*, com a passagem do controle total para Grupo Kimberly-Clark, denotando já estar este firmado com sucesso no país.

Além das Autuações não apontarem defeitos quanto ao seu valor, avaliação e registro, fica claríssima a legitimidade econômica de tais operações e a patente justificava extratributária. Ou seja, excluída a argumentação de *planejamento tributário abusivo* pelo emprego de *empresa veículos*, tais operações nada mais transparecem do que a normalidade.

Operação Kenko - Mercado de Wipes

1) Em 1996, a KCC efetua permuta de participação societária com a *Brasfanta*, em face da diferença positiva do custo de aquisição das participações entregues e a expectativa de rentabilidade futura das recebidas, verificando-se o ágio de R\$ 66.150.440,30;

2) Em 2000, após aportar capital na empresa *Salonico*, a KCC retira-se da mesma, recebendo quotas da *Kenko*, em face da diferença positiva entre o valor da sua participação societária inicial e a expectativa de rentabilidade futura da participação recebida, verificando-se o ágio de R\$ 99.420.135,30;

3) Em 2006, a KCR (do Grupo Kimberly-Clark) adquire da *Alsercon* as quotas remanescentes da *Kenko*, por R\$ 205.380.500,00, verificando-se o ágio de R\$ 185.852.300,00.

As operações foram realizadas entre o Grupo Kimberly-Clark e o Grupo Brasfanta, inicialmente permitindo a entrada do Grupo no mercado nacional, agora de *wipes*, e num segundo demonstra o aumento de sua participação e, ao final, a consolidação do controle do Grupo Kimberly-Clark sobre o negócio investido.

Da mesma forma, as Autuações não apontam defeitos jurídicos quanto seu valor, avaliação e registro contábil.

Cabe aqui comentar e abordar situações tratadas como *simulação e fraude*, ocorridas na *Operação Kenko*.

A permuta de participação societária descrita, ocorrida em 1996, foi rotulada de *fraudulenta* por diversas vezes no TVF. Fundamenta o Fisco que a permuta seria simulada por *travestir a compra e venda* como troca.

Não procede tal acusação. Primeiramente, a permuta de quotas e ações, encarada de maneira formal e objetiva, é plenamente lícita, não havendo qualquer vedação na Lei Civil ou Comercial em relação a tal manobra. Faz parte da liberdade empresarial.

Em se tratando de grandes grupos empresariais, a prática se revela justificada, vez que grande parte de seu valor está fragmentado e organizado em diversas empresas, até dentro de uma multiplicidade de seguimentos mercadológicos, sendo, muitas vezes, mais prático e interessante às partes promover a permuta do que, mutua e simultaneamente, movimentar numerário de seus caixas, o qual atende a inúmeras outras funções.

Mais importante é o fato de não ter sido apontado qual seria a vantagem de se travestir uma *compra e venda* de permuta e qual seria a lesão ao Erário, ainda que mediata.

Ora, se hipoteticamente permuta-se bens de valores diferentes e não se apura um eventual ganho de capital (ou outra forma de incremento patrimonial), tratando estes como de igual valor, haveria, sim, a vantagem indevida nessa *camuflagem* e, então, a sua ilegitimidade.

Não é o caso. Atribuiu-se valores distintos aos *bens*, tanto que se apurou ágio em tal permuta, sendo que o Fisco não questiona o valor das participações permutadas e a documentação que lhe atestou - elemento essencial que poderia ser ilegalmente manipulado pelas partes para gerar vantagem.

Ainda, a empresa do Grupo da Recorrente recebeu o bem nominalmente menos valioso, de acordo com tal valoração incontroversa, assim, se hipotética e eventualmente houvesse algum ganho suprimido na troca, esse seria da outra parte permutante.

Em relação à segunda etapa acima descrita, na *Operação Kenko*, a Fiscalização aponta para a ocorrência de uma manobra denominada *casa-e-separa*, no ano 2000, observada pelo aporte de dinheiro pela empresa *KCC* na *Salonico*, posteriormente, retirando-se da mesma com as quotas da *Kenko*, aportadas originalmente pela *Fanta*.

Aqui é aplicável a mesma lógica quanto à acusação anterior de *permuta fraudulenta*.

As operações chamadas de *casa-e-separa*, em breve resumo geral, dar-se-iam pela constituição de uma empresa, na qual, quando da integralização dos bens que formam seu capital social, seus sócios incluem bens e direitos a serem, posteriormente, "trocados", quando da sua saída e/ou extinção da mesma. Tais manobras são condenadas pois pode haver a manipulação dos valores dos bens, alterando-se custos de aquisições, suprimindo eventuais ganhos de capital (ou outra forma de incremento patrimonial).

Por força da condenação dos efeitos que podem resultar de tal operação, há de se convir que se tornou famigerada esta "troca" entre sócios, dentro do atual contexto jurisprudencial. Porém, não há vedação na Lei Comercial e na regulamentação societária desta forma de desconstituição de empresas, com o câmbio dos bens aportados.

Desse modo, assim como no caso das *empresas veículos* e da alegada *permuta fraudulenta*, é necessária a demonstração de como as partes se beneficiaram e, de que modo, fora o Fisco prejudicado. Caso contrário, a manobra deve prevalecer, principalmente se guardar expressão econômica, *negocial*.

Mais uma vez, não foi demonstrado e muito menos comprovada qualquer vantagem para as partes neste suposto *casa-e-separa*. O TVF apenas aponta a sua ocorrência e explica, didaticamente, em abstrato, como funciona a operação. Não mostra como teria interferido essa conduta na formação do ágio. Não há qualquer informação, análise ou apontamento acerca de ilícitos, manipulação de valores e, principalmente, de quais vantagens, então, teriam sido obtidas por qualquer um dos sócios da *Salonico*.

Ao contrário. Novamente, foi apurado ágio na retirada de capital da *KCC* com as quotas da *Kenko*, não havendo questionamentos por parte da Fiscalização da sua existência financeira, avaliação e registro contábil, atendo-se a classificá-las como inválidas pela formalidade negocial.

Assim, o grande ardil, usualmente por trás da operação *casa-e-separa*, não foi demonstrado, não podendo simplesmente se presumir que ocorreu, ainda que adotado o mesmo ritual societário, formal, pelas partes do negócio - o que, isoladamente, não basta para configurar *infração tributária* ou *fraude*.

Diga-se mais, ainda que de maneira meramente argumentativa, mesmo que desconsiderada a operação societária, prevalecendo, então, a acusação da Fiscalização de que foi uma *compra e venda*, pela imperiosidade do art. 167 do Código Civil⁵, subsistirá um legítimo negócio de *compra e venda* para todos os fins jurídicos, como o Legislador de 2002 previu.

Nesse sentido, foi alegado e expressamente atestado que a operação *casa-e-separa* carregava, na sua substância, uma *compra e venda*, inclusive evidenciando elementos onerosos e típicos dessa operação.

Diante disso, o ágio gerado permanece, uma vez que prevalece a mesma diferença positiva entre o valor contábil da participação societária vendida (Grupo Brasfanta) e o valor por ela pago (Grupo Kimberly-Clark) com base em avaliação de rentabilidade que não foi questionada, denotando seu regular conteúdo econômico e razão de celebração. Inegavelmente tratou-se de operação onerosa.

Reforçando a validade jurídica dessas operações para a formação e aproveitamento do ágio, não é necessário que se ocorra uma *compra e venda*, formal e propriamente dita, para seu surgimento válido.

Entende-se que qualquer forma de *sacrifício econômico*, no investimento que gera o ágio, sendo ele oneroso (no sentido de representar o desfazimento de uma riqueza para adquirente, em face da expectativa de rentabilidade futura) já basta para validar essa despesa. Confira-se trecho do Acórdão nº 9101.001.657, proferido pela C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de relatoria da I. Conselheira Susy Hoffmann, publicado em 14/11/2013:

*De fato, não havendo distinção na lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. **Por aquisição entende-se qualquer forma de absorção a um patrimônio jurídico de algo novo, não tendo, tal absorção, por único meio uma compra e venda.** Pode-se dar, como na hipótese, pela subscrição de ações novas, o qual se insere, indubitavelmente, no conceito de “participação societária adquirida”.*

Não se vislumbra, portanto, a alegada violação ao artigo 20 do Decreto Lei nº 1.598/77. Neste dispositivo, também, o termo aquisição não aponta para qualquer restrição do seu significado.

⁵ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Na mesma linha, o artigo 385 do RIR/99 esclarece o tratamento tributário que deve ser dado pelo contribuinte à participação societária adquirida, qualquer que seja a forma de aquisição, o que inclui a subscrição de capital. Uma vez que a controlada incorpore sua empresa controladora, aplicar-se-á o disposto na Lei 9.532/97 e o ágio será dedutível.

Caso o legislador quisesse excluir cada uma dessas formas de aquisição de participação societária do tratamento tributário disposto nos artigos 385 e 386 do RIR o teria feito na própria Lei. Ocorre que é esperado que a regra legal alcance todas as hipóteses equivalentes de forma homogênea, garantindo um tratamento isonômico aos contribuintes a elas sujeitos. Não é relevante para a amortização do ágio a origem dos recursos investidos: se já estavam na empresa, ou se derivam de subscrição de capital, ou se decorrem da contribuição de bens e direitos em aumento de capital. O que importa é que, em todas essas hipóteses de aquisição de participação societária, a posição patrimonial da investida e da investidora é equivalente e não há razão para não permitir a fruição do benefício de amortização do ágio após realizada a incorporação reversa.

(...)

Importante salientar que o CARF tem se manifestado, ainda que indiretamente, sobre o tema, com inúmeros julgados, por suas Turmas Ordinárias neste mesmo sentido. Cito, a título de exemplo, os seguintes acórdãos: 1301000.711 (Caso Tele Norte); 140200.802 (Caso Santander); 140200.993 (Caso Cosern); 120100.689 (Caso CELPE); 920200.662; 110100.354; 120100.548 (Caso Ale); 110100354 (Caso Vivo); 10196.125 (Caso Coimbra); 140200.342 (Casp DAS); 110100.708. (destacamos)

Naturalmente, para o Fisco colher e analisar as operações, procedeu-se a uma desmontagem do *filme* da entrada de um grande grupo estrangeiro no país e seu desenvolvimento, partindo-o em inúmeras *fotografias* de suas etapas, as quais, ainda que isoladas, demandam seu contexto global e temporal para serem devidamente interpretadas.

Aproveitando toda a matéria aqui debatida, é notório que, há mais de uma década, este E. CARF (e o antecessor E. Conselho de Contribuintes) vem adotando tese que prega a prevalência da substância sobre a forma dos negócios jurídicos, ainda que longe de ser uma unanimidade doutrinária, mas prestigiada pela cátedra de respeitáveis Autores.

Curiosamente, como já relatado, observa-se que em algumas conclusões que levaram às desconsiderações que permitiram a lavratura das Autuações e, principalmente, nas acusações de ocorrência de *simulação* e *fraude*, privilegiou-se o inverso: a verificação das formas utilizadas pela Recorrente, em detrimento à constatação de que essas possuíam

conteúdo econômico ou razão empresarial - seja *per si* ou, até mesmo, quando inseridas dentro um plano negocial maior e complexo.

Em qualquer circunstância, não pode o Fisco desconsiderar negócios, atos e pessoas jurídicas por simples alegações *formais* e *rótulos* conceituais sem a devida, concreta e robusta demonstração de vantagem fiscal, real e palpável, por parte do contribuinte, através de ilícitos ou mesmo *abusos* perpetrados por este, de maneira intencional.

Dentro da mencionada tese, seria necessária a conjugação desses elementos. Confira-se a lição do próprio Marco Aurélio Greco⁶:

Como diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo "predominantemente", pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir a carga tributária, mas se num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!

(...)

Com a tese do abuso de direito aplicado ao planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a inibir as práticas sem causa, que impliquem menor tributação.

Por outro lado, isto não significa que o Fisco possa simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico. Ao contrário, como o negócio jurídico é resultado do exercício de um direito de auto-organização que se apóia no valor liberdade, os negócios lícitos gozam de presunção de não abusividade. Assim, cabe ao Fisco o ônus da prova da finalidade predominantemente fiscal do negócio para que, aí sim, possa justificar a desqualificação. (destacamos)

⁶ Planejamento Tributário. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 204.

Em acréscimo, especificamente sobre a adoção de padrões infracionais predeterminados, *rótulos* formais previamente definidos na jurisprudência, comenta Misabel de Abreu Machado Derzi⁷:

Se o modo de pensar que cria padrões e esquemas ou pauta de valores, estabelecendo presunções, não é uma mera interpretação, mas retificação e modificação da própria lei, enfraquece-se o Poder Legislativo e esvazia-se o conteúdo das leis. Em cada um desses desvios, fortalece-se o Poder Executivo, alarga-se seu campo de atuação, em detrimento do Poder Legislativo que perde o monopólio da produção de leis.

Assim, a ausência de *propósito negocial* ou da *motivação extratributária* demandam comprovação individual e concreta, não podendo ser presumidas.

Por sua vez, quando da acusação de *fraude* e *simulação*, como estampadas no Código Civil ou mesmo como trazida no art. 72 da Lei nº 4.502/64⁸, é certo que precisa ser demonstrado, especificamente, o *dolo* na intenção do agente e o conseqüente impedimento ou retardamento do gozo do direito de terceiro ou o seu prejuízo.

Carecem de tal demonstração as Autuações, simplesmente valendo-se da conclusão reiterada de que a macro-operação, lá descrita, visava exclusivamente diminuir *ilegalmente sua base tributável* (fls. 2296), a qual, como exaustivamente demonstrado, não configurou ilícito e, muito menos, *fraude*. O v. Acórdão também entende haver a configuração de *fraude* pelo simples fato das operações envolverem *empresas veículo* (fls. 2823 a 2825).

Por fim, diante de todas essas análises e demonstrações, entende este Conselheiro não se sustentar a acusação de *inexistência de motivação extratributária*, restando clara a legitimidade das operações que compuseram os planos de entrada e estabelecimento do Grupo Kimberly-Clark no Brasil, ao longo de sua efetiva execução por mais de 12 anos, sendo plenamente lícito o financiamento estrangeiro por controladoras, mesmo através do uso de *empresas veículo* na aquisição de participações societárias, bem como a reorganização do Grupo, em momento posterior, quando as circunstâncias empresariais, inclusive das parcerias inicialmente firmadas, alteraram-se, não podendo se glosar o aproveitamento da regular despesa de ágio verificada ao longo de tal empreitada.

⁷ Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 342.

⁸ Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Processo nº 16561.720073/2014-18
Acórdão n.º **1402-002.373**

S1-C4T2
Fl. 3.110

Uma vez esvaziada a fundamentação jurídica das Autuações sob análise, devem estas serem integralmente canceladas, ficando prejudicadas as matérias de caducidade, aplicação de multas e a sua mensuração.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de dar provimento integral ao Recurso Voluntário, reformando-se v. Acórdão recorrido, para afastar o crédito tributário sob exigência.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.