



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

Processo nº 16561.720073/2014-18
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.363 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2018
Matéria ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado KIMBERLYCLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO ORIUNDO DE AQUISIÇÃO COM USO DE RECURSOS FINANCEIROS DE OUTREM. AMORTIZAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Não é possível o aproveitamento tributário do ágio se as investidoras reais transferiram recursos a "empresas veículos" com a específica finalidade de sua aplicação na aquisição de participação societária em outras empresas e se a "confusão patrimonial" advinda do processo de incorporação não envolve as pessoas jurídicas que efetivamente desembolsaram os valores que propiciaram o surgimento dos ágios, ainda que as operações que os originaram tenham sido celebradas entre terceiros independentes e com efetivo pagamento do preço.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DEVOLUÇÃO À TURMA *A QUO*.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais relativas às glosas das despesas de amortização de ágio, faz-se necessário o retorno dos autos à Turma *a quo* para análise dos pontos específicos suscitados no recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Gerson Macedo Guerra (relator), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que não conheceram do recurso e, no mérito lhe negaram provimento. Por unanimidade de votos, acordam em determinar o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário em relação à multa qualificada. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - Relator

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional contra decisão constante do Acórdão nº 1402-002.373, onde se analisou a legitimidade do lançamento do IRPJ e CSLL e multas de 150%, consumado por entender a fiscalização ser indedutível das bases dos referidos tributos a amortização fiscal do ágio gerado em operação de aquisição de participação societária de terceiros, através da constituição de empresas chamadas "veículo".

No procedimento fiscal foram analisadas duas aquisições de participações societárias, por empresas do grupo da Contribuinte em questão de terceiros independentes, e a posterior incorporação das sociedades adquiridas.

No TVF as duas aquisições são descritas separadamente, sendo intituladas, respectivamente: (a) "Aquisição da própria fiscalizada (KCB)"; e (b) "Aquisição da Kenko do Brasil Indústria e Comércio".

Na "Aquisição da própria fiscalizada", analisou-se a aquisição, pelo grupo empresarial Kimberly Clark, da Contribuinte em questão (KCB), empresa que anteriormente era controlada pelo grupo Klabin. Tal aquisição foi realizada de forma parcelada, iniciando em 1998, com a aquisição de 31, 375% da participação societária; com ágio de R\$ 57.730.448,05 seguida da aquisição de 50%, em 2003, com ágio de R\$ 222.416.919,95 e findando com a aquisição de 18,624% em 2007, sem ágio.

Para a efetivação das aquisições em questão foram utilizadas duas sociedades *holdings* brasileiras: Kimberly Clark do Brasil Ltda (KCdoB), controlada por sociedades estrangeiras e Kimberly Clark Tissue do Brasil Ltda. (KCTissueB), controlada pela primeira (KCdoB) e que efetivamente realizou as aquisições das participações adquiridas de terceiros.

Para efetivação das aquisições recursos eram transferidos do exterior para a KCdoB que posteriormente os transferia para KCTissueB, que efetivamente realizava as aquisições. Houve, também, operações de mútuo entre a KCTissue e empresas do grupo.

Em setembro de 2007 a contribuinte em questão incorporou sua então controladora, KCTissueB, registrando em seu balanço a soma dos ágios gerados com a primeira e segunda aquisições anteriormente mencionadas, no valor total de R\$ 280.147.368,00. Tal ágio passou a ser amortizado fiscalmente a partir de janeiro de 2008, à razão de 1/60.

Para a fiscalização, toda a operação foi realizada com capital oriundo do exterior, em operações de extrema complexidade, com a finalidade de ocultar sua real origem e o fato de o ágio dever ser registrado pelos verdadeiros adquirentes, sociedades do grupo não residentes no Brasil.

A aquisição da "Kenko do Brasil Indústria e Comércio Ltda", conforme relato da fiscalização, também se deu em três etapas.

Na primeira etapa, em 1996, houve a aquisição de 51% da participação, através de empresa denominada KCC Comercial, que recebeu aporte de empresa estrangeira do

grupo, denominada Kimberly Clark Corporation (EUA). O valor aportado em KCC Comercial foi aportado em sociedade brasileira por ela controlada (Minority Comercial Ltda.), cujas quotas foram permutadas pelas quotas da Kenko, com ágio de R\$ 66.150.440,30.

Na segunda etapa, ocorrida em 2000, houve aquisição de 19% de participação da Kenko, através de capitalização da KCC Comercial por sociedade americana do grupo denominada KC Delaware, com posterior capitalização de sociedade limitada brasileira com ágio de R\$ 99.420.135, 30 e resgate da participação da Kenko.

No entendimento da fiscalização tal operação foi uma venda mascarada por uma operação casa/separa, sendo o real adquirente a empresa americana KC Delaware.

Na terceira etapa, ocorrida no final de 2006, houve a aquisição dos 30% restantes de participação societária da Kenko. Nessa etapa, a referida empresa americana do grupo KC Delaware realiza capitalização em outra sociedade brasileira do grupo por ela controlada, denominada KCR. No mesmo período KCR adquire a participação restante em Kenko, com ágio de R\$ 185.852.300,00.

Em novembro de 2008 Kenko incorpora a KCC Comercial e KCR, contabilizando o ágio. Em dezembro de 2008 a contribuinte em questão incorpora a Kenko, passando a amortizar fiscalmente o ágio.

No entendimento da fiscalização os reais adquirentes das participações societárias foram as empresas estrangeiras KC Delaware e Kimberly Clark Corporation.

Nesse contexto, para motivar a lavratura do auto de infração a fiscalização compreendeu que a única motivação da escolha do esquema de empresas veículos interpostas entre as reais adquirentes das participações societárias foi exclusivamente tributária, valendo-se o contribuinte de expedientes tendentes a ocultar a realidade das operações de compra de participações societárias no Brasil.

Para a fiscalização, 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.

Concluiu a fiscalização que as operações ora relatadas revelaram etapas de uma engenharia societária abusiva e desprovida de qualquer propósito negocial ou motivação extratributária, engendrada com o evidente intuito de puramente forjar a ocorrência de fatos que, no entender do contribuinte, gerariam condições estabelecidas pela legislação vigente para o aproveitamento fiscal do ágio.

Para qualificar a multa a fiscalização entendeu estar presente nos fatos narrados a fraude trazida no artigo 72, da Lei 4.502/64.

Impugnado o Auto de Infração, a DRJ decidiu pela improcedência dos argumentos de defesa. Assim,, tempestivamente foi aviado Recurso Voluntário.

A Turma a quo, ao analisar o Recurso Voluntário do Contribuinte entendeu que 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 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.

Vale a transcrição da ementa da referida decisão:

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.

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresentou Recurso Especial de divergência, objetivando discutir dedutibilidade do ágio aproveitado através de empresas veículo.

Em sua peça recursal a Fazenda pugna pelo conhecimento de seu apelo com base no acórdão paradigma de nº 9101-002.188 onde essa 1ª Turma da CSRF decidiu que não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica da pessoa jurídica que pagou o ágio para a pessoa jurídica que o amortizar. Entendeu a Fazenda estar configurada a divergência de entendimento nas Turmas do CARF, pois, diante de casos que envolvem a transferência de ágio, com a existência legal de empresas intermediárias, houve a adoção de soluções diversas, com base nos arts. 7 e 8º da Lei 9.532/97 (reprodução do art. 386 do RIR/99).

O Recurso da Fazenda foi integralmente conhecido pelo despacho de admissibilidade.

Em suas razões, alega a Fazenda, em suma:

- ✓ Que a interpretação literal da Lei nº 9.532/1997 autoriza a dedução do ágio somente quando ocorre a “confusão patrimonial” entre investida e a sua real investidora;
- ✓ Não é porque houve uma aquisição societária válida, que o ágio registrado necessariamente é dedutível;
- ✓ Não basta a uma empresa, ou grupo econômico, adquirir uma participação societária de terceiro independente, e mediante efetivo pagamento, para que o ágio pago seja reconhecido como dedutível. Se

assim fosse, a Lei nº 9.532/1997 não teria razão de existir. Como será visto, para ser dedutível, o ágio deve cumprir determinados requisitos legais. Dentre esses requisitos, além do documento que ateste o seu fundamento econômico, há a necessária presunção de perda do investimento adquirido;

- ✓ Em face, portanto, dessa confusão patrimonial entre investidora e investida, a legislação admite que o contribuinte considere perdido o seu capital investido com ágio e, assim, deduza a despesa que teve com o pagamento da “mais valia”;
- ✓ Para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que a “mais valia” contabilizada tenha sido efetivamente suportada por alguma das pessoas que participa da confusão patrimonial. O real investidor, portanto, deve se confundir com o investimento que adquiriu;
- ✓ Tal constatação é obtida em face da seguinte expressão utilizada pela legislação: “na qual detenha participação societária adquirida com ágio”. Vê-se que o verbo “adquirir” é utilizado pela norma em seu sentido econômico, ou seja, decorrente de uma espécie de compra e venda, oriundo de um sacrifício patrimonial. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que a dedução do ágio somente é autorizada quando a pessoa jurídica que tiver adquirido outra, incorporá-la ou for por ela incorporada;
- ✓ Desta feita, ao contrário do decidido no acórdão recorrido, não se está diante de uma situação em que a legislação não veda uma possibilidade fática, mas sim de uma situação em que a legislação não a autoriza;
- ✓ Deve-se lembrar que a dedutibilidade do ágio traduz uma renúncia de receita ao Estado. Portanto, a Lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva, segundo a qual ela expressamente reconhece a dedutibilidade do ágio somente com relação à empresa que adquire outra mediante o pagamento de ágio, e não com relação a uma empresa que recebe outra a fim de que o ágio seja transferido;
- ✓ Portanto, no caso de uma incorporação, por exemplo, para que o ágio registrado possa ter a sua amortização deduzida nos termos do artigo 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve, portanto, ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa;
- ✓ Pois bem, o que impede a dedutibilidade do ágio registrado pelas empresas-veículo KC TissueB, quando da aquisição da fiscalizada, e KCC/KCR, quando da aquisição da KEnko, é o fato de que, na verdade, não foram essas empresas que adquiriram as participações, mas sim as suas controladoras KC DELAWARE e KIMBERLY CLARK

CORPORATION, que forneciam sistematicamente os recursos necessários às aquisições;

- ✓ Nesse contexto requer a Fazenda Nacional o conhecimento e o provimento do seu Recurso, restabelecendo o lançamento, bem como o retorno dos autos à Turma a quo para prolação de nova decisão quanto à multa qualificada.

Regularmente intimado da decisão e do Recurso da Fazenda, o Contribuinte apresentou contrarrazões, alegando, em suma:

- ✓ O não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional, dada a ausência de divergência jurisprudencial e inadequação do acórdão utilizado como paradigma;
- ✓ O acórdão considerado como paradigma pela recorrente analisou típica operação de transferência de ágio, em que uma pessoa jurídica (Achê Laboratórios) adquire um investimento (Biosintética), apurando ágio, e, posteriormente, transfere o investimento para outra pessoa jurídica (Delta), constituída exclusivamente para esse fim, que é imediatamente incorporada pela investida (Biosintética incorpora Delta), com o intuito de aproveitamento fiscal da amortização do ágio;
- ✓ Diferentemente, no caso dos autos, conforme exposto no tópico anterior, o que ocorreu foi a constituição de holdings no Brasil, pelo Grupo Kimberly-Clark, com o intuito de realizar investimentos no país, o que foi efetivamente realizado;
- ✓ No acórdão paradigma, houve aquisição de investimento por uma determinada empresa, tida como adquirente original, e depois houve transferência do investimento adquirido para a empresa Delta, criada com esse objetivo, tendo sido a Delta incorporada. Já no acórdão recorrido, reconheceu-se a efetividade das holdings KCdoB, KCTissueB, KCC e KCR4, tendo sido consignado que tais empresas não foram criadas para permitir a amortização do ágio, mas sim para atuarem como verdadeiras holdings, o que é algo absolutamente diferente do que se verificou com acórdão paradigma;
- ✓ Outro ponto que atesta inexistir divergência interpretativa entre as decisões, mas simples divergência de fatos é a análise crítica das decisões da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, em sua atual composição;
- ✓ Essa Turma Julgadora, nas discussões envolvendo amortização do ágio transferido, tem se posicionado de forma contrária à utilização de empresas intermediárias nesse tipo de operação, justamente por entender que é necessário haver a “confusão patrimonial” entre investida e real investidor;
- ✓ Isso demonstra que a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF possui entendimento totalmente convergente com a tese que foi encampada pelo acórdão paradigma n. 9101-002.188, quando os fatos são os mesmos;

-
- ✓ O principal aspecto a ser destacado é que o presente caso difere de todos os casos analisados pela jurisprudência administrativa, inclusive do acórdão paradigma, conforme demonstrado no tópico preliminar. Isso porque as holdings KCTissueB, KC do B, KCC e KCR tiveram efetivo papel na organização empresarial do Grupo Kimberly-Clark, não podendo ser taxadas de empresas veículo;
 - ✓ A maior prova disso é o tempo de duração das referidas empresas;
 - ✓ Com efeito, a decisão recorrida atestou que o investimento feito em “holdings” tinha por objetivo viabilizar o ingresso do Grupo Kimberly-Clark no Brasil no ramo de higiene pessoal, mais precisamente na produção e comercialização de fraldas, absorventes, “wipes”, papel higiênico e toalhas e lenços.
 - ✓ Tanto é verdade que o objetivo desses investimentos era comercial, e não fiscal, que as primeiras operações praticadas pelo Grupo Kimberly-Clark tiveram início em 1996 antes mesmo da edição da Lei n. 9532, que passou a autorizar a amortização fiscal de ágios sob certas condições.
 - ✓ O processo de entrada e consolidação do Grupo Kimberly-Clark no Brasil, diga-se, foi iniciado na década de 1990, mais precisamente em 1996, com a aquisição de participação societária na Kenko, sendo que, posteriormente, a empresa também adquiriu participação na Klabin Tissue, antiga denominação da recorrente, e foi aumentando gradativamente sua participação em ambas as empresas, até o ano de 2006, momento em que o Grupo completou seu processo de consolidação no Brasil, tendo adquirido o controle integral de ambas as empresas;
 - ✓ Quanto à inexistência de atividades comerciais, cumpre ressaltar que tal fato decorre da própria função das holdings que essencialmente se prestam para a gestão de investimentos em outras sociedades conforme lição de Modesto Carvalhosa;
 - ✓ A inexistência de empregados, estrutura física e outras atividades, são características presentes em empresas holdings, que normalmente são utilizadas apenas para controle de participação societária em outras empresas, razão pela qual prescindem de estrutura física, funcionários e atividades operacionais;
 - ✓ Além disso, deve-se destacar que as holdings KCdoB, KCTissueB, KCC e KCR tiveram participação efetiva na administração das empresas operacionais;

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

CONHECIMENTO

Diante o questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda pelo Contribuinte, faz-se importante sua análise.

Aduz o contribuinte que o alegado dissídio jurisprudencial não existe, haja vista ser a matéria fática em discussão nos acórdãos paradigmas completamente distinta daquela analisada no presente caso.

Informa o contribuinte que o acórdão considerado como paradigma pela Fazenda analisou típica operação de transferência de ágio, em que uma pessoa jurídica (Achê Laboratórios) adquire um investimento (Biosintética), apurando ágio, e, posteriormente, transfere o investimento para outra pessoa jurídica (Delta), constituída exclusivamente para esse fim, que é imediatamente incorporada pela investida (Biosintética incorpora Delta), com o intuito de aproveitamento fiscal da amortização do ágio.

Alega que, no caso dos autos, o que ocorreu foi a constituição de *holdings* no Brasil, pelo Grupo Kimberly-Clark, com o intuito de realizar investimentos no país, o que foi efetivamente realizado e afirma que diferentemente do acórdão paradigma, no presente caso não houve a chamada “transferência de ágio”, pois o ágio e foi originalmente apurado pelas *holdings*, as quais foram incorporadas pelas empresas operacionais. Não se discute no presente caso a transferência do ágio como ocorre no paradigma utilizado.

Pois bem. Entendo que tem razão o contribuinte quanto a ausência de similitude fática.

Sobre a situação fática tratada no acórdão paradigma, é cirúrgico o relatório do acórdão 9101.002.188, de relatoria do Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, senão vejamos:

"- a fim de melhor entender a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHE para a aquisição da BIOSINTETICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

- 28/09/2005 - as empresas ACHE LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHE, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);*
- 17/10/2005 - as empresas ACHE e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTETICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHE passa a deter o controle societário da BIOSINTETICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;*

• 30/11/2005 - a ACHE subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTETICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa operação a ACHE "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTETICA no valor de R\$ 437.552.361,10;

• 31/03/2006 - a BIOSINTETICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;"

Já a situação fática tratada nos presentes autos, como já mencionado anteriormente, consiste na utilização de sociedades holdings brasileiras, capitalizadas e controladas por sociedades não residentes, efetivação da aquisição e pagamento do preço pelas holdings brasileiras, com sua posterior incorporação pelas sociedades operacionais adquiridas, com aproveitamento do ágio efetivamente pago.

De fato, são situações fáticas distintas, muito embora a legislação aplicada seja a mesma.

No presente caso houve aquisição e pagamento de preço pelas holdings brasileiras para os vendedores das participações, sendo discutido o propósito negocial de sua constituição.

Já no caso tratado no paradigma, a aquisição e pagamento do preço se deu por empresas brasileiras (ACHE e MAGENTA), que posteriormente transferiram o ágio para DELTA, que foi incorporada pela sociedade operacional BIOSINTÉTICA.

O que se decidiu no caso do paradigma foi a ausência de permissivo legal para a transferência de ágio para terceiros, conforme se pode depreender do seguinte trecho do voto do relator:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material.

Nesse passo, devem ser restabelecidas as autuações fiscais a título de IRPJ e CSLL

Não foi discutido no paradigma a regularidade de constituição de empresa brasileira por investidor estrangeiro, com efetiva capitalização e aquisição de participação com pagamento de preço.

Pelo contrário, no caso do paradigma o fato de o preço pela aquisição não ter sido pago pela sociedade que recebeu a participação não estava em discussão, já que a premissa era de que o pagamento foi realizado pelo investidor original.

De muita valia a análise feita pelo Contribuinte em sede de contrarrazões, no sentido de que a posição da atual da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Sessão converge com a decisão trazida no paradigma, nos casos que tratam da situação fática tratada nos autos do paradigma, que se convencionou denominar transferência de ágio.

Isso evidencia o fato de estarmos diante de situações fáticas totalmente distintas.

Para exemplificar tal posição da referida Turma de Julgamento vale a transcrição das seguintes passagens do acórdão n. 1402-002.183:

“IRPJ CSLL. INEXISTÊNCIA DE EXTINÇÃO DO INVESTIMENTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO INDEVIDA.

O direito à contabilização do ágio não pode ser confundido com o direito à sua amortização.

Em regra, o ágio efetivamente pago em operação entre empresas não ligadas e calcadas em laudo que comprove a expectativa de rentabilidade futura deve compor o custo do investimento, sendo dedutível somente no momento da alienação de tal investimento (inteligência do art. 426 do RIR/99).

A exceção trazida pelo caput do art. 386, e seu inciso III, pressupõe uma efetiva reestruturação societária na qual a investidora absorve parcela do patrimônio da investida, ou vice-versa (§6º, II).

(...)

Deu-se, assim, a denominada ‘transferência de ágio’, hipótese não prevista em lei, uma vez que somente ao adquirente do investimento com mais valia cabe o direito à amortização do ágio, ou, em caso de incorporação reversa, à investida, desde que haja confusão patrimonial com a real adquirente do investimento.” (destaques da recorrida)

Essas decisões demonstram que a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF possui entendimento totalmente convergente com a tese que foi encampada pelo acórdão paradigma n. 9101-002.188, quando os fatos são os mesmos.

Importante ainda destacar que essa Turma de julgamento não admitiu, por unanimidade, Recurso da Fazenda que objetivava discutir decisão que afastou a glosa de ágio em operação semelhante à presente, pois o paradigma tratava de hipótese de transferência de ágio, com integração do mesmo ao custo dos ativos. Entendeu-se, naquela ocasião, estarmos diante de situações fáticas distintas.

Trata-se do acórdão 9101-003.007, de relatoria da Conselheira Adriana Gomes Rêgo, cujos trechos adiante demonstram a similitude entre aquela situação e a presente:

Como se viu, a Contribuinte alega em contrarrazões que o recurso fazendário não pode ser admitido uma vez que a Fazenda deixou de indicar os pontos divergentes entre o acórdão em questão (de nº 10323.290), bem como que esse acórdão "discute matéria completamente diversa, qual seja, a suposta ausência de tributação de ganhos de capital", e não a dedutibilidade de despesas de amortização de ágio e "apresenta fatos tão dissonantes em relação ao caso ora em exame que, em nenhuma hipótese poderia servir como paradigma".

(...)

Em primeiro lugar, equivoca-se a Contribuinte quando assenta no fato de no paradigma se discutir tributação de ganho de capital a ausência de dissídio jurisprudencial. É bem verdade que no caso do paradigma o aproveitamento fiscal do ágio (afastado pela Fiscalização) se perfaz com a alienação de bens (unidades de supermercado) da autuada (RDC) para o CARREFOUR. Mas o excerto antes reproduzido revela que, independentemente do aproveitamento do ágio como custo na alienação as unidades de supermercado, o colegiado considerou que o ágio aproveitado carregava o vício de ter sido transferido através de "empresa veículo". Destaque-se que a infração "a" acima descrita do trecho do acórdão recorrido é:

a) transferência do valor correspondente ao ágio pago pela BREPA na aquisição de participação societária na recorrente para ela própria, mediante a utilização de empresa criada unicamente para esse fim (RIVIEREPAR);

Por outro lado, observa-se que o vício de transferência do ágio que se apresenta no caso do paradigma, e que é substancial para o colegiado decidir pela irregularidade do ágio aproveitado, inclusive afirmando que seria caso de multa qualificada, não se revela no caso do acórdão recorrido.

Com efeito, não se vê nas operações levadas a cabo no presente caso transferência do ágio pago de uma empresa à outra. Aqui o ágio supostamente pago por EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES na aquisição de participação na SERASA S.A. nunca foi transferido, tendo sido amortizado por SERASA S.A. quando fez a incorporação (reversa) de EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES.

O que se tem é uma acusação fiscal de que quem arcou com o ônus do ágio foram as pessoas jurídicas situadas no exterior, e, portanto, não houve a "confusão patrimonial" entre investidora e investida.

Nesse sentido, equivoca-se a Fazenda quando, para sustentar o dissídio jurisprudencial afirma que "os fatos analisados nos acórdãos confrontados são idênticos: discute-se a regularidade da 'transferência' do ágio contabilizado na controladora incorporada, para a controlada incorporadora, numa operação comumente denominada 'incorporação às avessas'".

Assim, as referências a "empresa veículo" feita em cada um dos julgados têm contornos bastante diferentes. Enquanto no acórdão recorrido designa empresa sediada no Brasil (EXPERIAN BRASIL AQUISIÇÕES) que recebeu aporte em dinheiro de suas sócias sediadas no exterior com (supostamente, como alega a Fiscalização) o único fito de viabilizar o aproveitamento do ágio pago na aquisição de participação em empresa de terceiros (SERASA S.A.); no paradigma designa empresa sediada no Brasil (RIVIERAPAR) para a qual foi transferida participação societária (na RDC) adquirida com ágio pago por outra empresa (BREPA), com (supostamente, como alega a Fiscalização) o único fito "de transferir o ágio e a reserva de ágio para a RDC".

Por fim conclui a relatora:

Vê-se, portanto, que não restou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial em relação ao acórdão paradigma nº 10323.290, já que as soluções diversas adotadas nos acórdão recorrido e paradigma não se devem a dissídio na interpretação da legislação, mas sim porque as conclusões a que chegaram os respectivos colegiados a partir do conjunto fático-probatório que se apresentava foram em direções opostas.

Como se vê, o caso acima se assemelha muito com o presente. Ambos tratam de glosa de ágio em operações com empresas estrangeiras que criam *holdings* nacionais para efetivação de operação de aquisição de participações societárias e em ambos os casos o paradigma trazido pela Fazenda para demonstrar a divergência trata de situação de transferência de ágio.

Voltando ao presente caso, em resumo, no caso do paradigma discute-se a possibilidade de transferência de ágio para interposta pessoa, já no presente caso discute-se a existência de propósito negocial. Logo, entendo não haver a requerida similitude fática para conhecimento do Recurso da Fazenda Nacional.

Assim, voto no sentido de que não deve ser conhecido o Recurso da Fazenda.

Caso vencido no conhecimento, passo à análise de mérito.

MÉRITO

POSSIBILIDADE DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO EM OPERAÇÕES COM EMPRESA VEÍCULO

No entender da fiscalização a grande razão a justificar a invalidação da amortização fiscal do ágio realizada pelo Contribuinte em questão foi a ausência de propósito negocial na criação de empresa holding, cujo único objetivo de nascimento foi de servir como meio para cumprimento de requisito legal para aproveitamento fiscal do ágio, mediante incorporação de sociedades.

Penso que não assiste razão à fiscalização nessa interpretação dos fatos e das normas em análise.

Em minha concepção o instituto doutrinário chamado propósito comercial vem sendo indiscriminadamente utilizado pelas fiscalizações, sem se observar os pormenores de cada situação.

O propósito comercial, cuja discussão no Brasil foi inicialmente atribuída ao Professor Marco Aurélio Greco, teve seus contornos delimitados, com o fito de tratar qualquer operação que tivesse como objetivo principal a economia de tributos como inoponível ao fisco, admitindo-se a desconsideração de seus efeitos e a consequente cobrança dos tributos.

Penso que essa posição deve ser vista com ressalvas, principalmente ao se considerar que essa teoria é oriunda de países da *comon law*.

Um exemplo clássico que entendo que essa doutrina deve ser reavaliada é no caso de operações societárias que admitem a utilização fiscal do ágio.

A possibilidade de amortização fiscal do ágio gerado por rentabilidade futura, após absorção de patrimônio de uma sociedade por outra, mediante incorporação, fusão ou cisão, inclusive da investidora (chamada operação reversa), surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei 9.532/97, artigos 7º e 8º, abaixo transcritos:

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

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

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

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

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

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

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

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

Referida Lei veio ao mundo jurídico num contexto histórico de privatizações ocorridas no país. Como amplamente divulgado na época em que publicada a norma, o objetivo da permissão contida em seu inciso III, de amortização do ágio gerado com base em rentabilidade futura, era o de incentivar a aquisição de empresas públicas e sociedades de economia mista pelos investidores privados.

Logo, no cálculo do retorno de seu investimento, no âmbito de sua análise de viabilidade, os investidores já contavam com o benefício fiscal.

E nesse contexto, tal norma é tida como indutora de comportamentos dos contribuintes, na medida em que incentivou as operações de aquisições de empresas públicas, bem como as aquisições de participações em âmbito privado, tanto por investidores não residentes, que se interessaram enormemente por um mercado em recente abertura, como por investidores residentes no Brasil.

E é aí que a teoria do propósito negocial deve ser vista sobre outro ângulo, afinal, como um investidor não residente poderia se valer de tal incentivo, sem se fazer presente no país através de uma sociedade aqui residente? Como sociedades nacionais reguladas por órgãos específicos poderiam usufruir do incentivo diante de proibição legal de incorporação de sociedades com outras atividades?

Ora, excluir a possibilidade dessas pessoas e possibilitar outras a terem benefício fiscal seria ferir a isonomia.

Logo, essas e outras sociedades tiveram que planejar a forma como seria possível investir no país e aproveitar o incentivo da amortização do ágio, nas mesmas condições que sociedades nacionais sem restrições assim o poderiam.

Foi nesse contexto que se utilizaram de sociedades *holdings*, que lhes permitia organizar a etapa pré aquisição, bem como posteriormente se valer do incentivo de amortização fiscal do ágio. Tais sociedades foram informalmente denominadas "empresas veículo".

Mas a questão que se põe é: a criação de empresas *holdings* para organização de investimentos e utilização de incentivos fiscais é um ato de evasão fiscal ou é lícita a economia fiscal mediante planejamento realizado previamente à ocorrência do fato gerador do tributo e estimulado por norma legal?

Em minha concepção, mesmo dentro da teoria do propósito negocial a economia de tributos é permitida, desde que realizada mediante atos e negócios lícitos. E para mim não há qualquer ilicitude em se criar uma sociedade, efetuar sua capitalização, adquirir participação societária de terceiros e, posteriormente realizar as operações societárias induzidas pela lei para se obter a economia de tributos.

Economia de tributos é sim algo legitimamente objetivado pelos empresários, que buscam a maximização de lucros em seus negócios, desde que obtida mediante atos e negócios lícitos. O negócio jurídico pretendido, qual seja a aquisição de participação societária de fato ocorreu, ou seja, não há que se falar em simulação, seja ela absoluta, seja ela relativa.

E alie-se a isso, no caso de ingresso no país de sociedades não residentes, como o presente, o objetivo de explorar o mercado brasileiro e outros vizinhos, eventualmente. Não há como negar que o principal interesse de empresas multinacionais é a exploração de diversos mercados ao redor do mundo e, acessoriamente, havendo a possibilidade, de maximização de lucros através de utilização de incentivos fiscais, assim proceder.

Sobre a legitimidade da utilização de "empresas veículos" para fins de amortização de ágio sábias foram as palavras do Conselheiro Marcelo Cuba Netto, proferidas no acórdão 1201-001.267, que abaixo tomo a liberdade de transcrever:

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.

Quanto à falta de propósito negocial, há que se distinguir dentre as operações levadas a efeito pelos interessados, aquelas que tiveram por objetivo ocultar o ganho de capital auferido pelos alienantes, daquelas cujo objeto foi a transferência do ágio para a autuada.

As primeiras não interessam ao presente processo, e são objeto do PA nº 10380.726.493/201018, que trata do ganho de capital.

As últimas foram realizadas com o propósito do aproveitamento do ágio na aquisição da participação societária, e estão amparadas na interpretação que esta Turma vem emprestando aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, qual seja, a de que a finalidade daquelas normas é incentivar a absorção do patrimônio de empresas nacionais por outras, sejam nacionais, sejam estrangeiras. Em outras palavras, o propósito negocial foi exatamente o aproveitamento do ágio, propósito esse amparado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

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.

Todavia, tendo em vista que existem algumas decisões do CARF mantendo a glosa da amortização do ágio justamente pelo emprego de "empresa veículo" (vide, por exemplo, o Acórdão 1101001.113), entendo cabível o exame da matéria.

Em breve síntese, aqueles que defendem a impossibilidade do aproveitamento do ágio nestas condições sustentam que o emprego de empresa veículo, que ao fim incorpora ou é incorporada pela investida, "oculta" o verdadeiro investidor, qual seja, aquele que fornece os recursos para que a empresa veículo faça o investimento.

Desse modo, dizem eles, não há incorporação entre o "verdadeiro investidor" e a investida, sendo portanto inaplicável os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Pois bem, quanto a este argumento deve-se ter em conta que os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 foram originalmente criados com a finalidade de incentivo à aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares, no âmbito do chamado Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97).

E uma vez que pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras têm direito a adquirir até 100% das ações ou quotas da empresa nacional objeto de desestatização (vide art. 12 da referida Lei nº 9.491/97), é de se perguntar: como poderia um investidor estrangeiro se beneficiar dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 senão por meio da constituição e capitalização de uma pessoa jurídica nacional que fizesse o investimento na empresa objeto da desestatização? Esse foi, de fato, o caminho adotado pelos investidores estrangeiros (vide também caso Celpe, Acórdão nº 120100.689).

Ocorre que, de acordo com a teoria da "empresa veículo", ora sob exame, nem assim os investidores estrangeiros poderiam se beneficiar dos disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois a pessoa jurídica nacional por eles constituída e capitalizada não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Na mesma situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estaria, por exemplo, um grupo de pessoas físicas nacionais que desejasse adquirir as ações ou quotas de uma empresa objeto de desestatização. Se fizessem o investimento diretamente, as pessoas físicas não poderiam se beneficiar das referidas normas (por óbvio, pessoa física não incorpora nem é incorporada por pessoa jurídica).

A solução seria, novamente, a constituição e capitalização de uma pessoa jurídica justamente para que esta fizesse o investimento. Entretanto, de acordo com a aludida teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo grupo de pessoas físicas poderia se beneficiar do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor" na empresa objeto de desestatização.

Também em idêntica situação de impossibilidade de aproveitamento do disposto arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 estariam as pessoas jurídicas nacionais que em razão de vedação contida em norma legal ou infralegal estejam impedidas de exercer atividades econômicas diversas daquelas previstas naquelas normas. Seria o caso, por exemplo, de um banco comercial adquirir as ações ou quotas de uma concessionária de energia elétrica. Tal aquisição é possível, desde que autorizada pelo Banco Central. O que não é juridicamente possível é a absorção do patrimônio da concessionária pelo banco comercial (ou vice-versa) uma vez que o Banco Central proíbe que os bancos comerciais exerçam atividades distintas daquelas previstas em Regulamento.

A solução, mais uma vez, seria o banco comercial constituir e capitalizar uma pessoa jurídica a fim de que esta adquira as ações ou quotas da empresa objeto de desestatização. Ocorre que, segundo a mencionada teoria da "empresa veículo", nem assim a pessoa jurídica criada pelo banco comercial poderia se beneficiar do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 pois não seria considerada o "verdadeiro investidor".

Os exemplos acima, que a outros poderiam se somar, demonstram que a propalada teoria da "empresa veículo" aplicada aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ensejaria uma interpretação restritiva dessas normas no tocante à idéia de "verdadeiro investidor".

Todavia, a interpretação restritiva, tal como as demais espécies interpretativas, não é fruto da vontade do intérprete. Ao contrário, deve ser juridicamente fundamentada.

No caso dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 tal interpretação restritiva reduziria significativamente as hipóteses de aproveitamento fiscal da amortização do ágio ali prevista, algo que vai de encontro (e não ao encontro) à finalidade do Programa Nacional de Desestatização, o qual, como dito antes, incentiva a aquisição de empresas públicas ou sociedades de economia mista por particulares. Em outras palavras, a teoria da "empresa veículo" defendida por alguns é frontalmente contrária à finalidade para a qual foram criados os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, daí porque não pode ser acolhida.

Por tais razões, entendo que o ágio gerado no presente caso o foi de forma legítima.

Nesse contexto, voto por negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator designado

Abordo neste voto os pontos a respeito dos quais divirjo dos entendimentos tão bem expostos pelo i. Conselheiro Relator, com a devida vênia.

O nobre Relator restou vencido quanto: (i) ao não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional; e (ii) à negativa de provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, no que diz respeito à única matéria ali contestada, relacionada à possibilidade de a confusão patrimonial requerida pelo arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 envolver empresas veículos.

I) Preliminar de não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional

O recurso especial da PGFN narra que o acórdão recorrido teria entendido como possível a amortização do ágio sob discussão nos presentes autos, mesmo que a necessária confusão patrimonial tenha se dado entre empresas investidas e empresas veículos, em contrariedade aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, que somente admitiriam a confusão patrimonial quando verificada entre empresas investidas e as reais investidoras.

Defende a recorrente que, no caso enfrentado no presente processo, a confusão patrimonial teria se dado entre a contribuinte fiscalizada, KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (doravante citada apenas como KCB), no papel de investida, e empresas nacionais do grupo KIMBERLY-CLARK, intermediárias no processo: as pessoas jurídicas KIMBERLY-CLARK TISSUE DO BRASIL LTDA. (KCTissueB), KIMBERLY-CLARK DO BRASIL LTDA. (KCdoB), KCC COMERCIAL LTDA. (KCC) e KIMBERLY-CLARK HOLDING E REPRESENTAÇÕES DO BRASIL (KCR).

As empresas nacionais, envolvidas na confusão patrimonial com a KCB, funcionavam como *holdings* do grupo KIMBERLY-CLARK no Brasil e teriam recebido recursos de suas controladoras norte-americanas, KIMBERLY-CLARK WORLDWIDE INC. - DELAWARE (KC_DELAWARE) e KIMBERLY-CLARK TISSUE COMPANY - PENNSILVANIA (KC_PENSILVANIA), para fins de aquisição de participação societária na contribuinte (que, à época, tinha denominação diversa) e na empresa KENKO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (posteriormente também incorporada pela contribuinte autuada).

As operações societárias mencionadas teriam levado a autoridade tributária à conclusão de que as reais adquirentes das participações societárias foram as empresas estrangeiras do grupo KIMBERLY-CLARK. Assim, a confusão patrimonial verificada entre as empresas nacionais não envolveriam as reais investidoras e, assim, não atenderiam ao requisito legalmente fixado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 para fins de aproveitamento tributário do ágio.

A PGFN, em seu recurso especial, afirma que o acórdão recorrido, ao analisar tal contexto e discordar do entendimento da Fiscalização, teria admitido a possibilidade de

ocorrência de confusão patrimonial entre investidas e empresas veículos. Embora tenha reconhecido que o investimento adveio, originalmente, das controladoras estrangeiras, o acórdão recorrido teria entendido que as empresas intermediárias (adquirentes apenas de direito, mas não de fato) teriam se revestido de investidoras quando do dispêndio para a aquisição societária.

Segundo a recorrente, ao assim decidir, o acórdão recorrido teria interpretado os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 de forma oposta à encontrada no Acórdão nº 9101-002.188.

A decisão indicada como paradigma teria firmado posição no sentido de que a dedutibilidade do ágio só pode ser reconhecida diante de confusão patrimonial entre a investida e a real investidora (adquirente de fato). Assim, afastou a possibilidade de intermediação ou de interposição de outras pessoas jurídicas no processo (veículos), ainda que com propósito negocial, por ausência de normatização que a ampare.

O acórdão paradigma teria defendido que a participação, na confusão patrimonial, apenas de empresa intermediária, que não adquiriu a investida, não sendo investidora originária ou investidora de fato, implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material da hipótese prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, descaracterizando sua aplicação e impossibilitando a pretendida amortização do ágio.

A PGFN defende que o ponto fulcral da divergência jurisprudencial apontada diria respeito à possibilidade de a confusão patrimonial legalmente exigida envolver empresas intermediárias/veículos. Embora ambos os acórdãos contrapostos tenham reconhecido a participação de empresas intermediárias nas operações que transferiram o ágio, eles alcançaram conclusões divergentes.

Intimada acerca do teor do recurso especial manejado pela Fazenda Nacional, a contribuinte recorrida opôs-lhe contrarrazões em que defendeu, entre outras coisas, que o recurso fazendário não poderia ser conhecido, em razão de a matéria fática discutida no acórdão paradigma ser completamente distinta daquela analisada nos presentes autos.

A decisão paradigma trataria de típica operação de transferência de ágio, em que uma pessoa jurídica adquire um investimento com ágio, transferindo-o em seguida, juntamente com o investimento, para outra pessoa jurídica, constituída exclusivamente para este fim, que posteriormente é incorporada pela própria investida, com o intuito de aproveitamento tributário do ágio.

Já o acórdão recorrido se debruçaria sobre contexto fático diverso, em que empresas estrangeiras constituíram *holdings* no Brasil para aquisição de participações societárias de pessoas jurídicas nacionais. Após anos de atuação efetiva (12, no caso do investimento realizado na KENKO, e 10, no caso do investimento feito diretamente na contribuinte autuada), estas *holdings* foram incorporadas pelas investidas, o que teria propiciado a possibilidade de utilização do ágio para fins tributários.

A recorrida apresenta ainda outras características do contexto fático apreciado pelo acórdão recorrido que o diferenciariam daquele analisado pela decisão paradigma: o grupo empresarial adquirente é multinacional; não houve transferência de investimento e ágio por aumento de capital; as *holdings* (apontadas pela Fiscalização como empresas veículos) participaram de *joint ventures* com terceiros independentes e a aquisição das participações societárias das investidas se deu por etapas.

Além disso, aponta a contribuinte que o acórdão recorrido teria baseado sua conclusão não na admissão de que a confusão patrimonial requerida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 poderia envolver empresas intermediárias ou veículos, mas no próprio afastamento da caracterização das *holdings* KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR como empresas veículos, uma vez que lhes reconheceu o propósito negocial e a atuação efetiva. Assim, considerou-se que as *holdings* foram as reais adquirentes das participações societárias, não havendo que se discutir, no caso julgado, confusão patrimonial entre investida e empresas veículos.

As decisões conflitantes dever-se-iam então, segundo a contribuinte, não à diversidade de interpretações acerca da legislação tributária, mas ao fato de os contextos fáticos analisados serem distintos. A interpretação dada pelos dois julgados à legislação seria, inclusive, convergente: ambas exigem a necessidade de absorção patrimonial entre investida e investidora. No caso do acórdão recorrido, a decisão contrária à encontrada no paradigma dever-se-ia ao fato de as *holdings* do grupo KIMBERLY-CLARK terem sido consideradas as verdadeiras adquirentes, e não empresas veículos.

A contribuinte recorrida defende, por fim, que inexiste divergência jurisprudencial que justifique a admissibilidade do recurso da PGFN, já que ausente a necessária similitude fática entre os casos analisados pelo recorrido e pelo paradigma. Assim, pede que o recurso especial da Fazenda Nacional não seja conhecido.

Pois bem. A apreciação das alegações trazidas pela contribuinte recorrida deve iniciar-se pelo exame dos trechos relevantes do Acórdão nº 9101-002.188, indicado pela Fazenda Nacional como paradigma:

"Relatório

(...)

DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE

- a fim de melhor entender a "engenharia societária" adotada pelo grupo ACHÉ para a aquisição da BIOSINTÉTICA, operação esta que deu origem ao ágio cuja dedutibilidade da despesa de amortização está sendo ora discutida, são transcritos os fatos relevantes em ordem cronológica:

- 28/09/2005 - as empresas ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICA S/A e MAGENTA PARTICIPAÇÕES S.A. constituem a empresa DELTA PARTICIPAÇÕES FARMACÊUTICAS S.A., com a subscrição e integralização do capital social no valor de R\$ 100,00 (R\$ 99,00 pela ACHÉ, e R\$ 1,00 pela MAGENTA);
- 17/10/2005 - as empresas ACHÉ e MAGENTA adquirem a totalidade das quotas da empresa BIOSINTÉTICA (ora Recorrente) pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Em face dessa aquisição, a ACHÉ passa a deter o controle societário da BIOSINTÉTICA, enquanto a MAGENTA apenas 1 (uma) quota dessa empresa;
- 30/11/2005 - a ACHÉ subscreve e integraliza o aumento de capital da DELTA com a totalidade das quotas que detém da BIOSINTÉTICA pelo valor de R\$ 491.200.000,00. Nessa

operação a ACHE "cobra" da DELTA um ágio sobre as quotas da BIOSINTÉTICA no valor de R\$ 437.552.361,10;

• 31/03/2006 — a BIOSINTÉTICA incorpora a DELTA, absorve o ágio "pago" por essa empresa sobre suas próprias quotas, e passa a amortizá-lo para fins tributários;

(...)

Voto

(...)

Portanto, o §6º do art. 386 do RIR/99, sob o significado pessoal, se dirige investida que incorporar a investidora que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o valor do principal quanto o valor do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação, pela investida, da investidora "original" ou investidora stricto sensu (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada a pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco) é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço.

Analisando as situações possíveis, sob a ótica dos dois tipos de incorporações, a partir do momento em que o ágio é transferido ou repassado para outras pessoas (de A para B, de B para C, de C para D e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora original (para, ao fim, incorporar a investida ou ser incorporada pela investida), a subsunção ao caput do art. 386 do RIR/99 ou ao §6º do mesmo artigo torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto pessoal (seja no caso de a investidora que tiver incorporado a investida seja outra investidora que não a original, seja no caso de a investida estar incorporando uma investidora que não a original).

Da mesma forma que no aspecto pessoal, a confusão de patrimônios, principal item do aspecto material, para fins de enquadramento no §6º do art. 386 do RIR/99, consuma-se quando, na investida, o lucro futuro e o investimento original com expectativa desse lucro (aquele que foi sobre-avaliado) passam a se comunicar diretamente (os riscos se fundem: o risco do investimento - assim entendido os recursos aportados - e o risco do empreendimento).

Compartilhando o mesmo patrimônio a investida e a investidora original, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que honrará a rentabilidade futura passa a ser detentora da mais valia (ágio) do investimento baseado na expectativa dessa rentabilidade. (...)

Em síntese, a subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei n° 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Na atual redação destes dispositivos e para o caso de incorporação "às

avessas", exclusivamente no caso em que a investida adquira a investidora original (ou adquira diretamente a investidora, nessa linha de raciocínio as intermediárias não seriam investidoras de fato, apenas de direito) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas. No caso dos autos, esses aspectos não foram satisfeitos, em especial dos aspectos pessoal e material, vejamos:

A utilização de uma pessoa jurídica interposta (Delta Participações Farmacêuticas S.A.) para transferência do ágio, que veio a ser adquirida pela investida (Biosintética), mas que não foi investidora original (investidora de fato, a que pagou o ágio), implica no desatendimento dos aspectos pessoal e material e, conseqüentemente, na descaracterização da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, que resulta na impossibilidade da amortização do ágio.

A amortização do ágio seria devida apenas se a empresa investida (Biosintética) tivesse incorporado a investidora (Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A. - investidora strico sensu), pois somente essa se enquadra nos aspectos pessoal e material." (grifou-se)

Da leitura dos trechos transcritos, verifica-se que a contribuinte recorrida tem razão ao afirmar que a situação fática examinada pela decisão paradigma não é igual àquela analisada pelo acórdão combatido.

O acórdão paradigma se debruça sobre um processo de reorganização empresarial que consistiu na aquisição de participação societária por uma investidora originária, que posteriormente utilizou as quotas adquiridas e o ágio a elas associado em operação de aumento de capital de uma empresa controlada, aqui apontada como empresa veículo. Posteriormente, esta empresa veículo foi incorporada pela investida, com o intuito de que o citado ágio pudesse ser objeto de aproveitamento tributário, uma vez que passariam a coabitar no mesmo patrimônio tanto o ágio quanto o investimento cuja expectativa de rentabilidade futura em tese o teria justificado.

Já o acórdão recorrido trata de operações societárias por meio das quais um grupo econômico multinacional adquiriu empresas operacionais brasileiras, utilizando pessoas jurídicas que constituiu especificamente para este fim e que denominou como *holdings*. Estas pessoas jurídicas, caracterizadas pela Fiscalização como empresas veículos, recebiam recursos financeiros de suas controladoras estrangeiras, predominantemente por operações de aumento de capital social, e os utilizavam para adquirir quotas das empresas nacionais com ágio. Posteriormente, as chamadas *holdings* foram incorporadas pelas empresas operacionais brasileiras e o ágio associado à aquisição das quotas destas últimas passou a ser utilizado para fins tributários, conforme autorização pretensamente concedida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Em que pese a existência de diferença entre os contextos fáticos contrapostos, entendo que eles são suficientemente semelhantes no que interessa à discussão jurídica suscitada pelo recurso especial da Fazenda Nacional.

Como bem apontou o i. Conselheiro Relator do Acórdão nº 1402-002.373, ora recorrido, a jurisprudência administrativa a respeito do tema da dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, autorizada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e pelo art. 386 do RIR/1999, veio se sedimentando a ponto de se poder afirmar:

"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)."

Tanto o acórdão recorrido quanto a decisão paradigma analisam operações de reorganização societária em que estão presentes os três primeiros requisitos que a jurisprudência vem entendendo como necessários para que o ágio associado à aquisição de participação societária possa ser utilizado tributariamente nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997: 1) a aquisição das quotas das investidas, em ambos os casos, se deu mediante sacrifício patrimonial das investidoras, por meio de pagamentos em dinheiro; 2) a alienação das quotas das investidas se deu entre partes efetivamente independentes, o que afasta de plano a possibilidade de caracterização do ágio como sendo "interno"; e 3) os laudos de avaliação das investidas, que fundamentaram o respectivo ágio com base na expectativa de rentabilidade futura das adquiridas, foram considerados válidos e não contestados pela Fiscalização.

A divergência jurisprudencial inaugurada pela comparação entre os acórdãos recorrido e paradigma se dá, então, no que concerne ao atendimento do quarto requisito exigido: *a absorção do patrimônio da investida pela investidora*. E é justamente este o ponto fulcral de divergência indicado pela Fazenda Nacional em seu recurso especial.

O acórdão paradigma entende que somente pode figurar como investidora originária ou real, para fins da confusão patrimonial exigida pela legislação para fins de aproveitamento tributário do ágio, aquela empresa que "efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária". Assim, a interposição de qualquer pessoa diversa daquela que originalmente adquiriu a participação societária com ágio desatenderia os aspectos pessoal e material, descaracterizando a aplicação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999.

De forma contrária, o acórdão recorrido não enxerga impedimento à aplicação dos aludidos dispositivos legais no fato de empresas estrangeiras (caracterizadas pela Fiscalização como as reais investidoras) se valerem de *holdings* constituídas no Brasil, admitidas como empresas veículos, para realizar a aquisição de participação societária com

ágio e posteriormente envolverem estas *holdings* na confusão patrimonial exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e arts. 385 e 386 do RIR/1999.

Neste sentido, declara o voto condutor da decisão recorrida:

"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."

(...)

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".

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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 KimberlyClark 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." (grifou-se)

Observe-se que, ao contrário do que alega a contribuinte recorrida, o Acórdão nº 1402-002.373 não fundamenta sua decisão no fato de que as *holdings* nacionais do grupo KIMBERLY-CLARK não poderiam ser caracterizadas como empresas veículos, mas sim no entendimento de que é plenamente lícita a utilização de empresas veículos em operações de reorganização societária (que não constituiria infração tipificada à legislação tributária), desde que seu emprego não viabilize a prática de outra infração (ou de uma infração propriamente dita, segundo a decisão).

A utilização admitida obviamente contempla a possibilidade de as empresas veículos serem participantes da confusão patrimonial requerida pela legislação tributária para fins de aproveitamento tributário, uma vez que o acórdão recorrido concluiu que tal

configuração, verificada na situação fática analisada, subsumir-se-ia à hipótese legal prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

Concluo, assim, que restou devidamente comprovada a existência de divergência jurisprudencial, arguida pela Fazenda Nacional, entre o acórdão recorrido e o Acórdão nº 9101-002.188, no que diz respeito ao tema da possibilidade de a confusão patrimonial requerida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 envolver empresas veículos diversas das investidoras originárias.

Tendo sido cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, REJEITO a preliminar de não conhecimento da contribuinte e CONHEÇO do recurso especial da PGFN no que concerne à matéria.

II) Mérito do recurso especial da Fazenda Nacional

Vencida a análise da arguição preliminar apresentada pela contribuinte recorrida, restou conhecido o recurso especial da PGFN no que diz respeito à possibilidade ou não de a confusão patrimonial exigida pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, para fins de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio, envolver empresas veículos, assim consideradas aquelas que sejam diferentes das investidoras reais, originárias, tema cujo mérito se passa a analisar.

O ponto central do debate desenvolvido ao longo dos autos diz respeito à regularidade do procedimento adotado pela contribuinte KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA (KCB), e condenado pela Fiscalização, de deduzir, nos anos-calendário 2008 a 2013, do lucro real e da base de cálculo da CSLL, despesas com amortização do ágio registrado originalmente na contabilidade das empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, integrantes brasileiras do grupo KIMBERLY-CLARK.

As operações que geraram o ágio questionado foram realizadas em várias etapas, que podem ser divididas em dois grandes grupos, nomeados pela autoridade lançadora, no Termo de Verificação Fiscal (TVF), como "Aquisição da própria fiscalizada (KCB)" e "Aquisição da Kenko do Brasil Indústria e Comércio LTDA".

A "Aquisição da própria fiscalizada (KCB)" teve início em maio de 1998, quando a KCTissueB adquiriu, junto ao grupo KLABIN, 31,375% das quotas da contribuinte fiscalizada KCB. A empresa KCTissueB era então controlada pela KC_DELAWARE, empresa norte-americana, e pela KCdoB, que, por sua vez, era controlada pela própria KC_DELAWARE e pela KC_PENSILVANIA, também norte-americana pertencente ao grupo internacional KIMBERLY-CLARK.

A aquisição se deu por R\$ 132.532.900,00, valor recebido sucessivamente pela KCdoB e pela KCTissueB, em operações de aumento de capital promovidas pelas controladoras estrangeiras KC_DELAWARE e pela KC_PENSILVANIA. Nesta aquisição, foi contabilizado ágio de R\$ 57.730.448,05.

Posteriormente, em 04/08/2003, o grupo KIMBERLY-CLARK, por meio da KCTissueB, adquiriu mais 50% das quotas da KCB, por R\$ 335.681.999,61, apurando ágio de R\$ 222.416.919,95. O valor desta aquisição foi formado pelas seguintes parcelas: 1) R\$ 161.587.268,38 recebidos pela KCTissueB em operação de aumento de capital promovido pela

controladora estrangeira KC_DELAWARE; 2) R\$ 151.021.119,74 tomados como empréstimo pela KCTissueB junto à KIMBERLY-CLARK IRISH FINANCE CORP. e pagos posteriormente (29/12/2005) pela KCdoB com recursos oriundos da KIMBERLY-CLARK HOLLAND HOLDINGS BV, que capitalizou a empresa nacional KC SAÚDE, que, por sua vez, integralizou aumento de capital na KCdoB; 3) R\$ 11.373.611,87 emprestados pela KCC à KCTissueB, criando dívida posteriormente liquidada por confusão, visto que a KCTissueB veio a ser incorporada pela contribuinte KCB, assim como a KENKO, que antes incorporou a KCC; e 4) R\$ 11.700.000,00 oriundos de vários mútuos de menor valor assumidos pela KCTissueB frente a outras empresas do grupo KIMBERLY-CLARK.

Os 18,625% restantes de participação societária da contribuinte KCB foram adquiridos pelo grupo KIMBERLY-CLARK em operações de aquisições de empresas que não geraram ágio.

Assim, ao final das operações descritas, a KCTissueB tinha registrado um ágio total de R\$ 280.147.368,00 associado ao investimento adquirido na contribuinte KCB. Em setembro de 2007, a contribuinte incorporou sua então incorporadora e passou, a partir de janeiro de 2008, a deduzir do lucro real e da base de cálculo da CSLL despesas decorrentes da amortização do ágio recém introduzido em seu patrimônio, considerando que tal prática estaria amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, também contempladas no Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), nos arts. 385 e 386.

Já a "Aquisição da Kenko do Brasil Indústria e Comércio LTDA", segundo conjunto de operações responsáveis pelo surgimento do ágio sob discussão nos presentes autos, iniciou-se em julho de 1996, quando a KCC permutou quotas de sua controlada MINORITY COMERCIAL LTDA por 51% das quotas da KENKO, apurando ágio de R\$ 66.150.440,30. O capital social da MINORITY COMERCIAL LTDA, no valor total de R\$ 73.231.532,00, havia sido integralizado pela KCC com recursos recebidos de sua controladora estrangeira, a KIMBERLY-CLARK CORPORATION.

Já em dezembro de 2000, a KCC adquiriu mais 19% das quotas representativas do capital social da KENKO por meio de operação conhecida como casa-separa, comumente utilizada para dissimular operações de compra e venda.

A empresa FANTA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES (doravante apenas FANTA) e a KCC eram as únicas sócias da pessoa jurídica SALONICCO PARTICIPAÇÕES S.A.. Esta empresa teve aumento de seu capital social subscrito e aumentado pela FANTA por meio da conferência de 10.523.001 quotas da KENKO. Em seguida, novo aumento de capital foi integralizado pela KCC, mediante o pagamento de R\$ 128.189.175,30 (valor recebido da empresa norte-americana KC_DELAWARE).

Na sequência, a sociedade foi desfeita, ficando a FANTA com o dinheiro integralizado pela KCC e esta com as quotas da KENKO, acompanhadas de ágio no valor de R\$ 99.420.135,30.

Por fim, os 30% restantes das quotas do capital da KENKO foram adquiridas pelo grupo KIMBERLY-CLARK, por meio da *holding* KCR. Esta empresa recebeu, a título de integralização de seu capital social, R\$ 206.160.946,18 de sua controladora estrangeira KC_DELAWARE. Em novembro de 2006, a KCR utilizou R\$ 205.380.500,00 do valor recebido para adquirir, junto à empresa ALSERCON COMÉRCIO DE PRODUTOS TÊXTEIS E PLÁSTICOS LTDA, o restante das quotas da KENKO, com um ágio de R\$ 185.852.300,00.

Em novembro de 2008, a KENKO incorporou suas controladoras diretas KCC e KCR, contabilizando o ágio total de R\$ 351.422.875,60 originado com a aquisição de suas próprias quotas. Já em dezembro de 2008, a contribuinte KCB incorpora a KENKO e o ágio associado às quotas da empresa, passando a promover seu aproveitamento tributário a partir de janeiro de 2009, novamente julgando-se amparada pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - o valor de patrimônio líquido será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada levantado na mesma data do balanço do contribuinte ou até dois meses, no máximo, antes dessa data, com observância da lei comercial, inclusive quanto à dedução das participações nos resultados e da provisão para o imposto de renda;

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Caso a investidora tenha registrado, em sua contabilidade, ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, conclui-se que a causa do pagamento a maior efetivamente se concretizou, mas foi tributada somente na coligada ou controlada. Sendo

assim, não há que se cogitar de amortização do ágio na investidora, uma vez que não ocorre, nesta pessoa jurídica, tributação do resultado positivo da investida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A primeira exceção à regra da impossibilidade de aproveitamento tributário do ágio tratado pelo art. 385 do RIR/1999 diz respeito, portanto, à apuração de ganho ou perda de capital. Se o investimento que deu causa à "mais valia" for alienado ou liquidado, o ágio ou deságio registrados na contabilidade da controladora devem compor o custo de aquisição

considerado no cálculo do resultado tributável da operação, sobre o qual incidirão IRPJ e CSLL.

Já a segunda exceção, que interessa mais diretamente à discussão desenvolvida nos presentes autos, refere-se às transformações societárias envolvendo investidoras, investidas e o ágio associado aos investimentos.

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

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

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

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUER² ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar,

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

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

nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

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

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

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

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

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

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §1º).

§2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §2º):

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

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

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

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

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

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

§5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, §5º).

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

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

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

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

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

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

Já o art. 386 trata, entre outras coisas, da possibilidade de aproveitamento tributário do ágio decorrente do fundamento econômico previsto no inciso II do §2º do artigo

anterior (valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros).

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B,*

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

possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclui-se, portanto, que o art. 386 do RIR/1999, sob o aspecto pessoal, se dirige à investidora que vier a incorporar sua investida (ou por ela ser incorporada), após ter efetivamente **acreditado na mais valia do investimento, feito os estudos de rentabilidade futura e desembolsado os recursos para a aquisição da participação societária (tanto o**

⁶ SCHOUERI, 2012, p. 62.

valor do principal quanto o do ágio). Ou seja, quando ocorre a incorporação é que se dá a subsunção do fato à norma e surge a prerrogativa de amortização do sobrepreço, pago em momento anterior pela investidora em razão da confiança na rentabilidade futura da investida.

Destaque-se que a regra se aplica tanto à incorporação da investida pela investidora quanto, no sentido inverso, à hipótese em que a investidora é que é incorporada por sua investida. Em ambos os casos, a lei exige que a investidora envolvida na incorporação seja a "original" ou *stricto sensu* (no sentido de que a originalidade está indissociavelmente ligada à pessoa jurídica que paga o ágio e, por isso mesmo, tem confiança na rentabilidade futura, pois é quem assume o risco).

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

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

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

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

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

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

sentido em clamar-se pela dedutibilidade das despesas decorrentes de amortização de ágio instituída pelo art. 386 do RIR/1999.

No caso analisado nos presentes autos, é incontroverso que houve desembolso de valores nas várias etapas que integraram a aquisição das quotas representativas do capital social da contribuinte KCB e da KENKO. Também não se discute que os valores despendidos superaram o valor contábil das quotas alienadas. A existência do ágio oriundo de tais operações não foi alvo de questionamento pela Fiscalização ou pela própria PGFN em seu recurso especial.

Ocorre que os recursos financeiros utilizados na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO não pertenciam às empresas KCTissueB, KCdoB, KCC ou KCR, mas às controladoras estrangeiras do grupo KIMBERLY-CLARK: KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLY-CLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLY-CLARK CORPORATION. Tais empresas internalizaram em território brasileiro a integralidade dos valores utilizados nas operações de aquisição de participações societárias com ágio, por meio de operações de integralização de aumento de capital das controladas brasileiras, de pagamentos de empréstimos contraídos no exterior ou ainda de concessão de empréstimos entre suas controladas brasileiras, posteriormente liquidados por confusão.

Interpretando-se o conteúdo do art. 386 do RIR/1999 sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária, verifica-se que não restaram observados, no caso concreto, os aspectos pessoal e material necessários à subsunção da situação fática à previsão normativa. Sendo assim, a contribuinte recorrida não fazia jus ao direito de deduzir as despesas decorrentes da amortização do ágio oriundo das operações de aquisição das suas quotas e das representativas do capital da empresa KENKO.

Como não foram a KCTissueB, a KCdoB, a KCC ou a KCR que desembolsaram o valores que deram origem aos ágios contábeis, restou desatendido o aspecto pessoal da hipótese de incidência do art. 386 do RIR/1999. Os numerários que pagaram pela aquisição das quotas da contribuinte recorrida e da KENKO saíram dos ativos das reais investidoras, KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLY-CLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLY-CLARK CORPORATION.

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, embora constem formalmente como as adquirentes das quotas da contribuinte e da KENKO, não tinham lastro econômico para efetivamente realizarem algum sacrifício patrimonial que justificasse a criação dos ágios. Pertencia às empresas estrangeiras KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLY-CLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLY-CLARK CORPORATION a capacidade econômica para levar adiante os negócios de aquisição das participações societárias e foram efetivamente estas empresas que desembolsaram recursos para a aquisição das quotas da recorrida e da KENKO.

As investidoras estrangeiras provavelmente sabiam que, se realizassem os investimentos diretamente na aquisição das quotas da contribuinte e da KENKO, sem a participação de empresas sediadas em território brasileiro, não poderiam posteriormente pleitear o aproveitamento tributário dos ágios oriundos das operações. Por se tratarem de pessoas jurídicas sediadas no exterior, as investidoras não se submetem à legislação tributária brasileira. A posterior incorporação de uma controlada brasileira provavelmente não provocaria os mesmos efeitos tributários para as investidoras em seu país de origem.

Assim optaram as empresas estrangeiras integrantes do grupo multinacional KIMBERLY-CLARK por adotar procedimentos de engenharia societária que permitissem, ao

final, a reunião dos ágios e dos investimentos que lhes deram causa em uma mesma pessoa jurídica (a contribuinte KCB), situação semelhante à requerida pela legislação para permitir o uso tributário do ágio, mas não o suficiente para emular-lhe os efeitos.

Observa-se, pela conjugação dos indícios e das características das operações societárias que se sucederam, que a participação das empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foi antecipada e artificialmente concebida como forma de o grupo econômico recém-formado em território brasileiro poder posteriormente clamar pelo direito ao aproveitamento tributário do ágio previsto no art. 386 do RIR/1999.

Não invalida tal conclusão o fato de a primeira operação de compra de participação societária da empresa KENKO ter se dado no ano de 1996, antes, portanto, do início da vigência da Lei nº 9.532/1997. Todas as demais operações, responsáveis pela geração de um ágio quantificado em assombrosos R\$ 565.419.803,30 (de um total de R\$ 631.570.243,60, quando considerada a operação realizada em 1996), foram realizadas após o início da vigência da citada lei.

As *holdings* KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR, constituídas pelo grupo KIMBERLY-CLARK no Brasil, não possuíam patrimônio relevante antes de tomarem parte nas operações analisadas no presente processo. Sendo assim, atuaram efetivamente como "empresas veículos" ao receberem valores das reais investidoras estrangeiras com a finalidade específica de aplicá-los na aquisição de quotas da contribuinte KCB e da KENKO e serem em seguida por estas incorporadas. Verifica-se que após a extinção das mencionadas *holdings*, por conta de sua incorporação pelas investidas, o único legado deixado foi a aventada possibilidade de utilização indevida de um benefício fiscal, como é característico das "empresas veículos".

As empresas KCTissueB, KCdoB, KCC e KCR foram todas, ao final das operações de reorganização societária analisadas, incorporadas pela contribuinte KCB (de forma direta ou após terem sido incorporadas pela KENKO, esta posteriormente incorporada pela KCB). Depois disso, a contribuinte, julgando que estaria configurada a "confusão patrimonial" entre os ágios e os investimentos que lhes deram causa, passou a aproveitar as despesas da amortização do ágio para fins tributários.

Ocorre que tal "confusão patrimonial", principal manifestação do aspecto material necessário à efetiva incidência da norma tributária prevista no art. 386 do RIR/1999, deve obrigatoriamente se dar entre a investida e a investidora originária, real. Por investidora originária, entende-se aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição da participação societária. Ou seja, no caso sob análise, as reais investidoras são as empresas KC_DELAWARE, KC_PENSILVANIA, KIMBERLY-CLARK HOLLAND HOLDINGS BV e KIMBERLY-CLARK CORPORATION (e apenas estas).

Sendo assim, a amortização operada pela recorrida não teve amparo dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 ou dos arts. 385 e 386 do RIR/1999. Conforme se viu, a possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, só tem sentido em situações em que a investidora de fato, responsável por arcar com o dispêndio que faz nascer o ágio, incorpora a pessoa jurídica em que possua participação societária (investimento) ou é por ela incorporada. No caso dos autos, as investidoras reais não participaram de "confusão patrimonial" alguma.

Ainda que se analise a situação debatida nos autos sob outro enfoque, a conclusão alcançada continua sendo pela impossibilidade de utilização tributária dos ágios pela recorrida.

O aproveitamento tributário dos ágios discutidos nos presentes autos consiste, como já foi dito por diversas vezes, na dedução de despesas decorrentes de sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Faz-se relevante, portanto, analisar o caso sob a perspectiva da teoria atinente às despesas que têm relevância fiscal. Uma vez mais, pede-se vênia para transcrever-se excerto extraído do Acórdão nº 9101-002.301, por sua concisão e clareza:

*"Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.*

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

*Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99.

Percebe-se que a amortização constitui-se em espécie de gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99.

Despesa Diante de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-se de operações especificamente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente atípicas no contexto empresarial, que recebem aportes de milhões e em questão de dias ou meses são objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas, independente sua espécie, derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

Admitindo-se uma construção artificial, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa

uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes."

Conclui-se, assim, que as despesas de amortização de ágio criado em operações como as encontradas nos presentes autos, atípicas e integrantes de um processo de planejamento tributário que tem a finalidade específica de criar artificialmente hipótese próxima à requerida pelo art. 386 do RIR/1999, não se revestem das características de necessidade, usualidade e normalidade requeridas para sua dedutibilidade.

Diante de todo o exposto, relativamente ao pedido de restabelecimento da glosa das despesas decorrentes da amortização dos ágios, indevidamente deduzidas pela contribuinte KCB entre os anos de 2008 e 2013, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da PGFN.

Por fim, registre-se que, como bem apontado pela contribuinte em suas contrarrazões, há duas matérias que constaram no recurso voluntário e que não foram apreciadas pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF no bojo do Acórdão nº 1402-002.373, em virtude da desoneração das verbas principais, atinentes ao IRPJ e a CSSL.

Tais matérias referem-se à qualificação da multa de ofício imputada à contribuinte pela autoridade lançadora e à arguida decadência do direito de o Fisco realizar lançamento tributário relativo ao ano-calendário 2008. Conforme mencionado pelo acórdão recorrido, esta última questão depende da constatação ou não de fraude e dolo na conduta adotada pela contribuinte, que determinará a regra decadencial aplicável ao caso concreto: art. 150, § 4º, ou art. 173, I, ambos do CTN.

Não cabe a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais se pronunciar a respeito de qualquer assunto antes que o faça a Turma *a quo*, sob o risco de supressão de instância que pode vir a prejudicar alguma das partes. Assim, mesmo entendendo a CSRF pelo restabelecimento das glosas das despesas de amortização dos ágios discutidos nos presentes autos, não poderá adentrar na análise de outros pontos da lide que pendam de análise pela turma que proferiu a decisão recorrida.

Em julgado que tive sob minha relatoria prevaleceu por unanimidade o entendimento de que, em situações como a presente, no caso de restabelecimento da glosa cancelada no julgamento do recurso voluntário, a melhor prática consiste em devolver o processo à Turma recorrida (ou àquela que a houver substituído, caso já não exista) para novo julgamento acerca das matérias não apreciadas. Traz a emenda do Acórdão nº 9101-002.188, no trecho que interessa à discussão:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA FASE DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

Uma vez restabelecidas as autuações fiscais, deverá haver julgamento quanto à multa qualificada, fazendo-se necessário o retorno à Turma a quo para análise dos pontos específicos suscitados em relação a essa matéria no recurso voluntário.

Portanto, sendo restabelecidas por esta CSRF as glosas então canceladas, faz-se necessária a devolução dos presentes autos à Turma *a quo* para que sejam analisadas as matérias retrocitadas, abordadas no recurso voluntário: (i) qualificação da multa de ofício; e (ii) decadência dos créditos tributários relativos ao ano-calendário 2008.

Desse modo, voto no sentido de:

- CONHECER do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional;
- DAR provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer a autuação fiscal relativa à glosa das despesas de amortização de ágio indevidamente deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes aos anos-calendário 2008 a 2013; e
- DETERMINAR o retorno dos autos à Turma *a quo*, para prolação de nova decisão quanto aos temas abordados em sede de recurso voluntário que deixaram de ser apreciados no acórdão nº 1402-002.373, **após ser dada ciência às partes desta decisão.**

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo