



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720073/2014-18
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-003.978 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2019
Recorrente KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE FRAUDE SIMULAÇÃO E PRÁTICA DOLOSA DE ILÍCITOS. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º, DO CTN.

Independentemente da verificação dos requisitos legais para a amortização do ágio, não havendo a constatação da presença de *fraude*, *simulação* ou da prática dolosa de ilícitos nas operações societárias que deram margem ao dispêndio, aplica-se no cômputo do quinquênio decadencial do crédito tributário correspondente as disposições do art. 150, §4º, do CTN.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. ACUSAÇÃO DE EMPREGO DE EMPRESA VEÍCULO. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei Nº 9.430/96. Não sendo verificada a prática de fraude, sonegação ou conluio nas transações que geraram a despesa com o sobrepreço glosado, deve ser aplicada a monta ordinária da multa ofício de 75%.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA CARF Nº 108.

Súmula CARF nº 108: *Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para i) reconhecer a decadência do crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008, cancelando tal porção do lançamento de ofício, e, ii) reduzir a multa qualificada ao percentual de 75%, em relação a todos os débitos remanescentes, divergindo os

Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias e Murillo Lo Visco que davam provimento em menor extensão.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Evandro Correa Dias, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

Relatório

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

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

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

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

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

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

Descrição das Infrações

PRIMEIRA OPERAÇÃO – AQUISIÇÃO DA PRÓPRIA FISCALIZADA (KCB)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

Ágio percebido e glosado pela Fiscalização

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

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

- Ágio originado na aquisição da própria fiscalizada:
 - o Até 01/12/2008 – R\$ 51.360.350,80
 - o De 02/12/2008 até 31/12/2008 – R\$ 4.669.122,80
 - o Em 2009 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2010 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2011 – R\$ 56.029.473,60
 - o Em 2012 – R\$ 56.029.473,60
- Ágio originado na aquisição da Kenko
 - o Em dezembro de 2008 – R\$ 5.857.047,93
 - o Em 2009 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2010 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2011 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2012 – R\$ 70.284.575,16
 - o Em 2013 – R\$ 64.427.527,23

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

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

Conclusão da Análise da Macro-Operação Societária

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Infração Tributária

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

Multa Qualificada

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

Impugnação

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

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

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

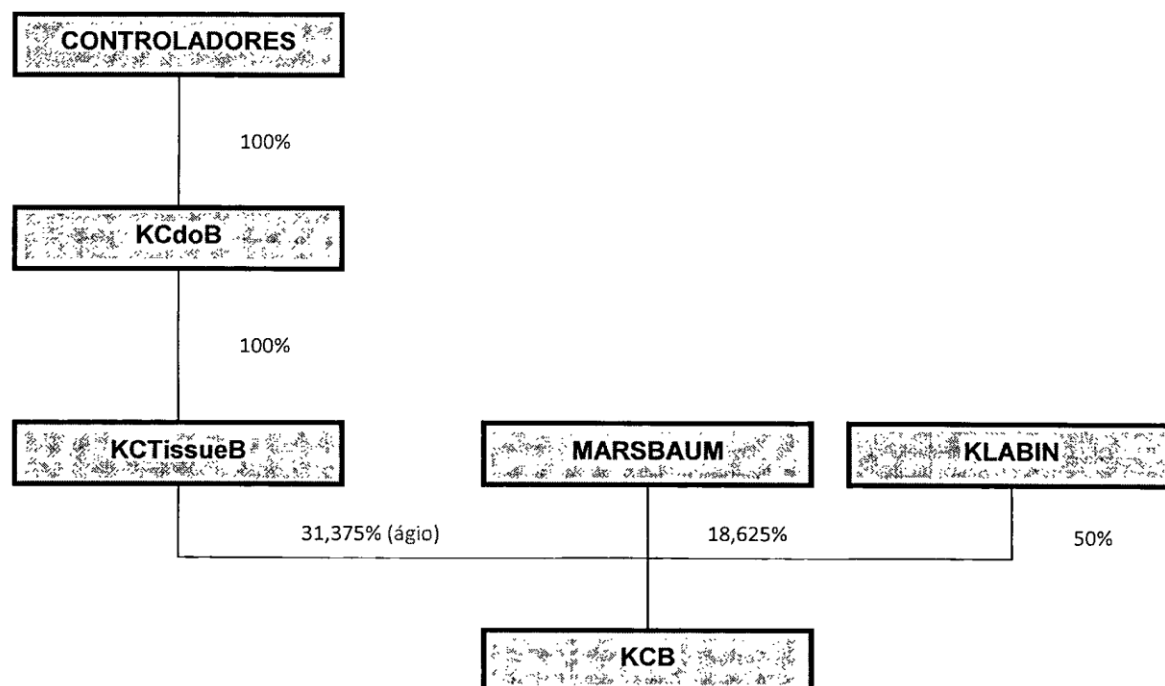
Que as operações foram planejadas muito antes e somente se iniciaram concretamente em 1996, então, antes da vigência da Lei nº 9.532/97, a qual permitiu e regulamentou o aproveitamento de ágio naquelas transações.

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

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

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

1998

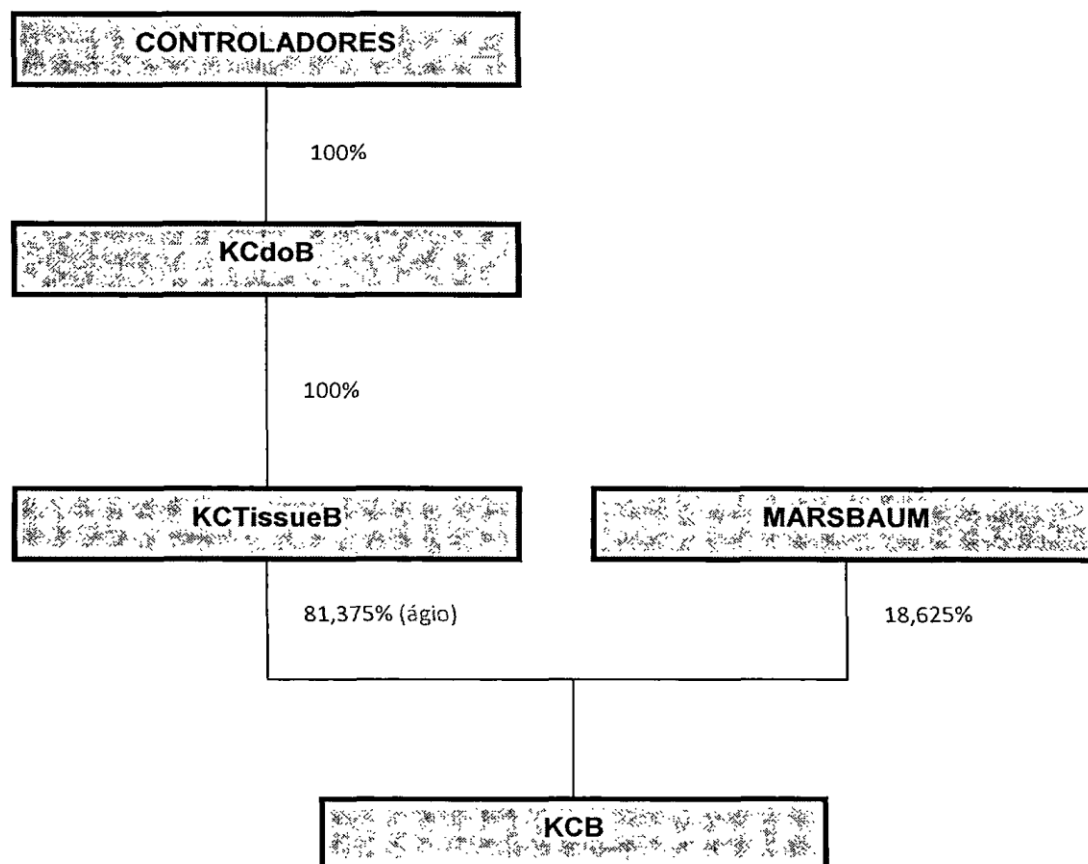


Haveria, então, cenário em que o controle da *Klabin Tissue* (que nesse momento altera o nome para *Klabin Kimberly*) era dividido, 50% com o Grupo Klabin e 50% com o Grupo Kimberly-Clark, efetivando, dessa forma, a *parceria* pretendida para a entrada no mercado nacional de *tissues*. Tal modalidade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

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

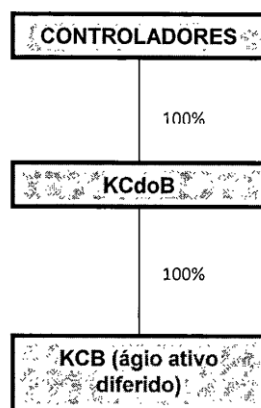
Em 2003, o Grupo Klabin decide encerrar a parceria e aliena sua participação com ágio para o Grupo Kimberly-Clark, através de venda pela empresa *Klabin* das suas quotas da *Klabin Kimberly* à *KCTissueB*. Tal operação foi acompanhada de laudo, sua formação e valor, igualmente, não são questionados na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

2003



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

2007

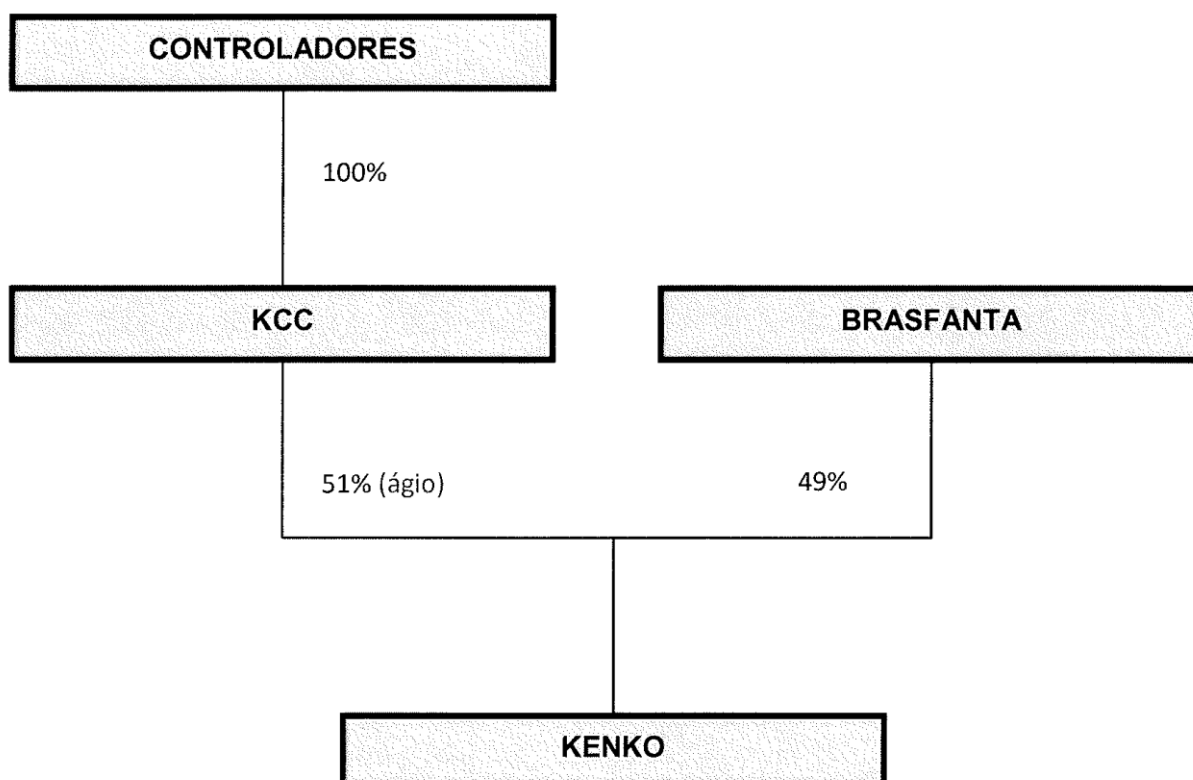


Teria, finalmente com esse ato, o ágio anteriormente registrado na conta de investimento da *KCTissueB* em *KCB* passado a ser ativo diferido da *KCB*, sendo, somente então, amortizado com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

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

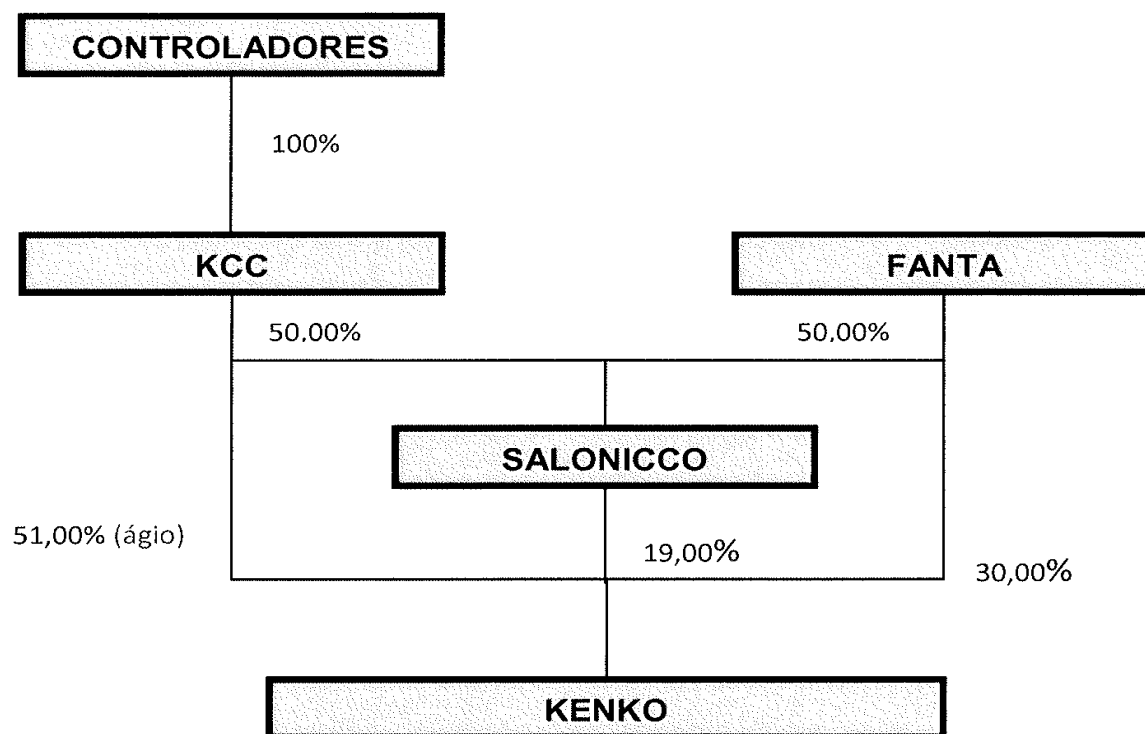
Em um primeiro momento, como passo inicial para entrar no mercado nacional de *wipes* em 1996, constituiu-se a empresa *Minority Comercial Ltda.* - *Minority* e, logo após, a empresa *KCC Comercial Ltda.* - *KCC*, uma *holding* do Grupo Kimberly-Clark no Brasil, promoveu aumento de capital nessa primeira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

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

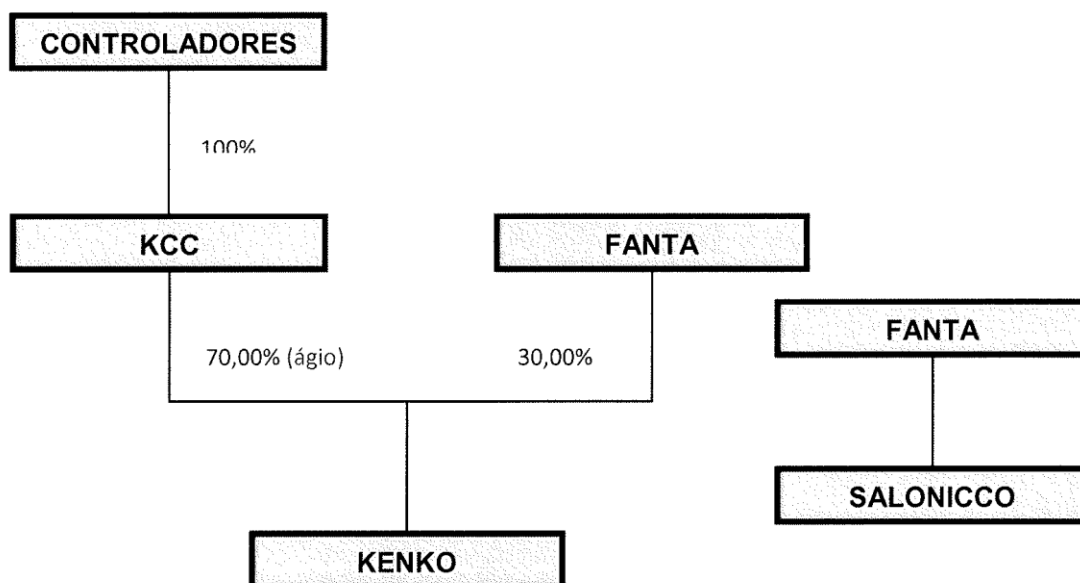


Em 2000, 4 anos depois, a empresa *Fanta Empreendimentos e Participações Ltda.* - *Fanta*, *holding* do Grupo Brasfanta, promove o aumento de capital da empresa *Salonicco*

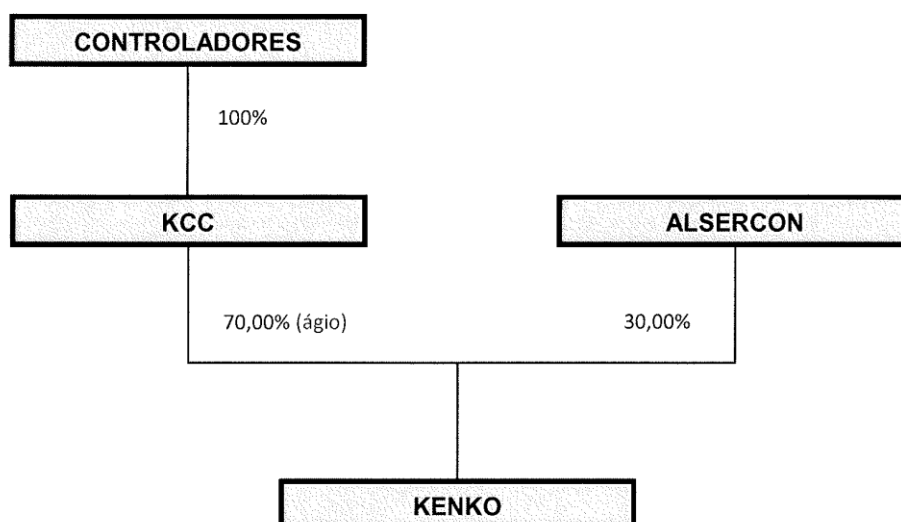
Participações S/A - Salonicco, através da integralização de 10.523.001 quotas da empresa *Kenko*, sendo essa detenção de capital equivalente a 19% daquela empresa.



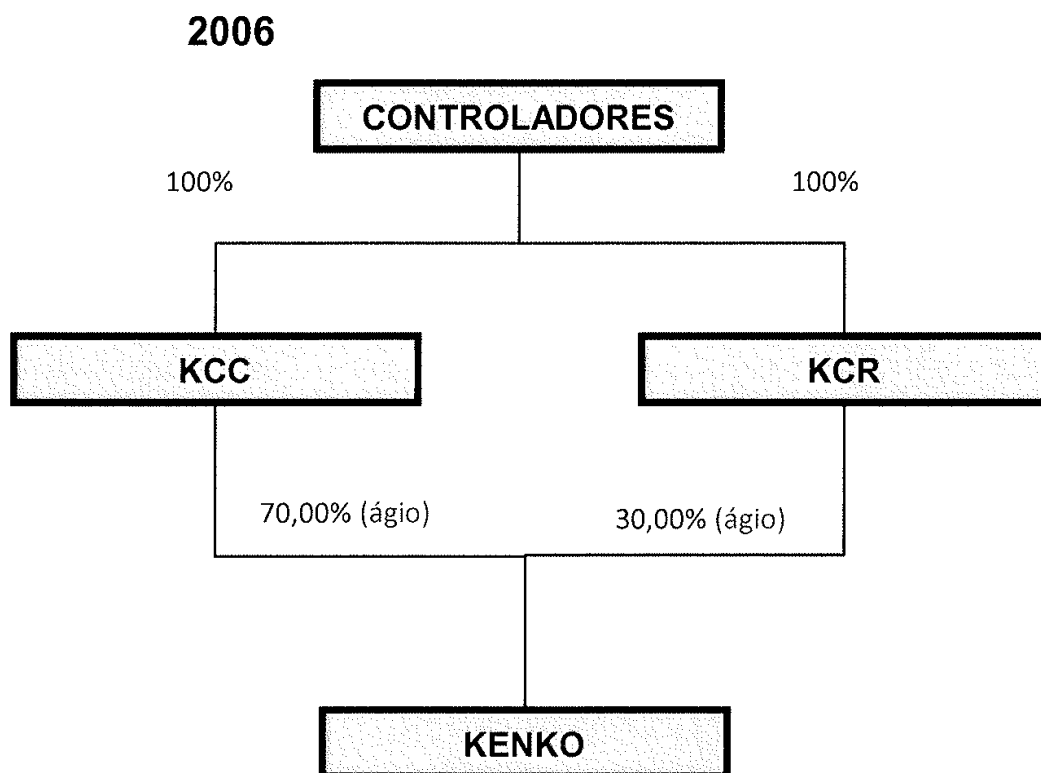
Logo depois, a *KCC* aporta capital na empresa *Salonicco*, conferindo o montante de R\$ 128.189.175,30. Posteriormente, a *KCC* retira-se da *Salonico*, recebendo as quotas da *Kenko* conferidas pela *Fanta*, momento em que se registrou ágio no montante de R\$ 99.420.135,30, baseado em expectativa de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

2000

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

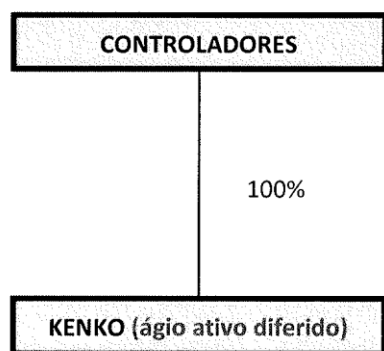
2006

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

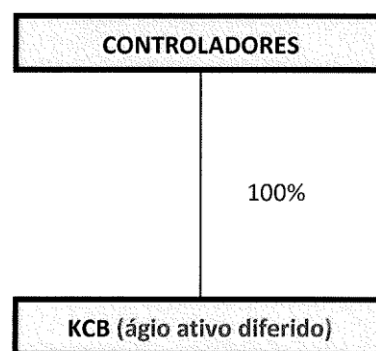


Depois de 2 anos, em 2008, o Grupo Kimberly-Clark, já detendo todo o controle da *Kenko*, resolve simplificar o modelo societário de gestão, fazendo com que a *Kenko* incorporasse a *KCC* e a *KCR*, contabilizando o ágio, anteriormente gerado, em seu ativo diferido.

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



27.11.2008



1.12.2008

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

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

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

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

Acórdão DRJ

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

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

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

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

O direito de auto-organização, como qualquer direito, não tem no Brasil a feição absoluta própria do liberalismo radical. Em nosso ordenamento, os direitos recebem proteção a fim de serem exercidos apropriadamente, em benefício do seu titular, mas também da sociedade. Quando alguém usa do seu direito para alcançar objetivos inusitados e prejudica terceiros, caracteriza-se

o abuso de direito, que é ato ilícito e, como tal, não merece tutela. Dessa forma, como o direito de auto-organização não existe para que os contribuintes paguem menos impostos, deverá ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual redução ou supressão de tributos seja oponível ao Fisco.

COMPROVAÇÃO DO PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO. VANTAGENS EM ABSTRATO. INSUFICIÊNCIA.

Mencionar possíveis vantagens de uma alternativa não comprova que esta foi escolhida em razão daquelas. Cabe ao contribuinte, para comprovar seu interesse, demonstrar que efetivamente fruiu os benefícios, ou então, esclarecer porque a expectativa de vantagem não se concretizou.

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

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

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

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

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

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

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

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. EMPRESA-VEÍCULO. CONCEITO.

Uma empresa funcionará como veículo em certa operação se receber e repassar algo, em geral um ativo, sem que exista um propósito extratributário suficiente para explicar essa circulação, independentemente de ter duração

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

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

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

MULTA QUALIFICADA. INCORPORAÇÃO SIMULADA.

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

MULTA QUALIFICADA. REGISTROS. TRANSPARÊNCIA VERSUS OCULTAÇÃO.

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

JUROS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTAS.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

CARÊNCIA DE PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO

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

17. Em suma, dissemos que o direito de auto-organização, como qualquer direito, não tem no Brasil a feição absoluta própria do liberalismo radical. Em nosso ordenamento, os direitos recebem proteção a fim de serem exercidos apropriadamente, em benefício do seu titular, mas também da sociedade. Quando alguém usa do seu direito para alcançar objetivos inusitados e prejudica terceiros, caracteriza-se o abuso de direito, que é ato ilícito e, como tal, não merece tutela. Dessa forma, como o direito de auto-organização não

existe para que os contribuintes paguem menos impostos, deverá ser exercido com algum propósito extratributário, a fim de que eventual redução ou supressão de tributos seja oponível ao Fisco.

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

Incluído o processo na pauta das sessões de julgamento de janeiro de 2017, foi proferido o v. Acórdão nº 1402-002.373 (fls. 3060 a 3111), pelo qual foi dado provimento integral ao Recurso Voluntário da Contribuinte, por unanimidade de votos, reconhecendo a sua procedência meritória (restaram prejudicadas as alegações de decadência, improcedência da qualificação da multa de ofício e a incidência de juros sobre tal penalidade). Confirma-se a sua ementa:

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 descon sideração 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.

Contra tal Julgado, insurgiu-se a Fazenda Nacional por meio de Recurso Especial (fls. 3113 a 3140), defendendo a impossibilidade da amortização do ágio percebido nas operações societárias, em face da utilização de companhia *intermediária* entre a *real adquirente* e as empresas adquiridas.

Sendo admitido tal *Apelo* especial, os autos foram objeto de julgamento pela C. Câmara Superior de Recursos Fiscais, em sessão de 18 de janeiro de 2018, na qual foi prolatada do v. Acórdão nº 9101-003.363 (fls. 3490 a 3538), revertendo o entendimento adotado por esta C. 2ª Turma Ordinária, ementado da seguinte forma:

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 TURMAS 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.

Em face de tal r. *decisum*, a Contribuinte apresentou Embargos de Declaração (fls. 3562 a 3575), que restaram rejeitados pelo r. Despacho de Admissibilidade de fls. 3600 a 3615.

Posto isso, os autos foram novamente encaminhados a este Conselheiro para apreciar as demais alegações de Recurso Voluntário, que ficaram prejudicadas na oportunidade do julgamento em que fora prolatado v. Acórdão nº 1402.002.373 – agora reformado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

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

Como se observa do relatório, o presente processo versa sobre a glosa de amortização de ágio procedida pela Recorrente, entre 2008 e 2013, fruto de operações societárias, realizadas desde 1996, em período superior a 12 anos.

Em suma, a glosa se motivou na acusação de que tais operações foram engendradas artificialmente, valendo-se de *empresas-veículo* no Brasil, rotuladas de *cascas vazias*, com o único intuito de gerar as despesas de ágio, ocultando os reais adquirentes no exterior (*Kimberly-Clark Worldwide* e *Kimberly-Clark Corporation*). E, diante de tal fato, também não teria se operado a *confusão patrimonial* entre as reais investidoras e as empresas investidas, fruto da aquisição que gerou o ágio – necessária para sua devida amortização.

Ainda que esta C. 2ª Turma Ordinária, por votação unânime, através do v. Acórdão nº 1402.002.373, tenha afastado a procedência de tal fundamentação fiscal, cancelando integralmente os lançamentos de ofício perpetrados, a C. CSRF, por meio do v. Acórdão nº 9101-003.363, entendeu por reformar tal r. decisão, mantendo essa glosa sofrida pela Contribuinte, sob o argumento da falta da incorporação das empresas investidas pelas *reais investidoras*.

Desse modo, não se debate mais a amortização do ágio.

Na esteira daquilo que havia sido registrado ao final do próprio v. Acórdão nº 1402.002.373, aquela C. CSRF, em seu v. Acórdão nº 9101-003.363, determinou o retorno dos autos a esta Instância ordinária, para a apreciação das matérias que restaram prejudicadas pelo provimento meritório do Recurso Voluntário (considerando os tópicos individualmente desenvolvidos em tal peça e os pedidos correspondentes, expressamente formulados), delimitando, assim, novo objeto jurisdicional, ora sob apreciação.

São os temas a serem, agora, julgados:

- 1) a decadência dos débitos referentes ao ano-calendário de 2008 (que somente prevaleceriam com a aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, para o cômputo do quinquênio de caducidade);
- 2) a improcedência da qualificação da multa de ofício, na monta de 150%;
- 3) a impossibilidade de incidência de juros sobre a multa de ofício.

Os dois primeiros temas a serem apreciados demandam uma análise jurídica deveras semelhante, analisando a licitude da conduta da Recorrente nas operações e transações procedidas (o que não se confunde com a possibilidade legal de amortização do ágio), apurando-se a ocorrência ou não de *fraude*, *simulação*, *sonegação* ou *conluio*.

Frise-se que a presente Autuação lançou mão de vasta motivação baseada em interpretação de que as *operações societárias* estariam *maculadas pelo "vácuo negocial"* e na suposta *ausência de motivação extratributária* nos contornos societários adotados, vez que 4 (quatro) das 6 (seis) empresas nacionais participantes das operações (que duraram mais de 12 anos), eram *holdings*, revestindo-se de meras *cascas ocas*.

Nessa esteira, o fundamento da multa qualificada fora a ocorrência de *fraude* nessas transações que deram margem ao ágio aproveitado. Posto isso, para a precisa determinação do tema central agora sob escrutínio, confira-se a transcrição do sua motivação própria:

MULTA QUALIFICADA

152. Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrentes da infração acima exaustivamente caracterizada, cumpre o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

153. A redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 assim dispunha:

(...)

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

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

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

156. Há que se considerar diversos aspectos relevantes da operação que comprovam, sem nenhuma sombra de dúvida, a ilicitude das operações que almejam aproveitar o ágio aqui discutido.

157. As empresas veículo **KC TissueB, KC do B, KCR e KCC Comercial** não protagonizaram nenhuma ação no mundo real, sendo meras carreadoras de recursos para aquisição da própria fiscalizada e da **Kenko**, com a intenção de aproveitamento do ágio gerado nessas operações;

158. As referidas empresas veículo não possuíam nenhum funcionário ao longo de sua existência e seus administradores, conforme declarou a própria fiscalizada, não tinham nenhum vínculo empregatício com essas empresas, **verdadeiras “cascas ocas”** (grifado comentário da fiscalização);

159. As aquisições foram efetuadas por meios meândricos, com pagamentos que, embora parecessem advir das empresas veículo e de empréstimos, tiveram sua origem integral nas reais adquirentes no exterior;

160. Utilização de operações do tipo “casa-separa” e de permuta de participações societárias;

161. As empresas veículo não dispunham em seu ativo um único lápis, além de caixa e investimento;

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

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

Como se observa, a D. Fiscalização, ainda que adotando livremente, sem rigor acadêmico ou conceitual, os termos *fraude*, *simulação* e *intuito fraudulento*, remete a elementos anteriormente trabalhados na infração colhida, deixando claro que a fundamentação da qualificação da multa reside nos modelos societários empregados na *macro operação* de aquisição das empresas denominadas *KBC* e *KENKO*, contemplando a presença de *empresas veículo* e, inclusive, a suposta adoção de manobra rotulada de *casa-separa* (referente à formação do *Ágio Kenko*).

Pois bem, de um ponto de vista lógico, tanto jurídico, como jurisdicional, é certo e incontroverso que este Conselheiro, acompanhado por todos seus pares, redigiu o voto que compõe o v. Acórdão nº 1402.002.373, no qual foi totalmente exaurida a questão da licitude das operações procedidas pela Contribuinte, validando tais negócios e afastando a procedência do TVF. Em outras palavras, já naquele momento processual, não se verificou nenhum ilícito nas transações colhidas, infirmo-se tal motivação particular da sanção duplicada.

A reforma de tal posição pela C. CSRF, apenas para a manter a glosa sofrida, não afeta a conclusão técnica, o convencimento deste Julgador e nem os motivos expostos para tanto, então estampados em tal aresto.

Dessa forma, serão adotados e apresentados a seguir os principais trechos do v. Acórdão nº 1402.002.373 em que, analisando as transações apuradas, concluiu-se pela inocorrência de *fraude* ou de qualquer outra modalidade de ilícito, capaz de ensejar a legítima aplicação da multa qualificada, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, ou mesmo a aplicação do art. 173, inciso I do CTN aos débitos processados nesse expediente.

Previamente a isso, cabe registrar que, ainda que a N. Autoridade Fiscal tenha se valido do rótulo *empresa veículo* para caracterizar as *holdings* que faziam parte do Grupo Kimberly-Clark no Brasil, diferentemente da maioria dos fatos concretos analisados em outros casos de ágio que envolvem tal fundamento, entre o início das operações e a sua efetivação com concretização com a absorção do patrimônio das companhias investidas, houve um intervalo total de mais de 12 (doze) anos, não se tratando da constituição de empresas *efêmeras* e de utilização instantânea.

Inclusive, a criação de parte das empresas envolvidas e a existência de uma parceria histórica, ainda nos anos 1990, entre os Grupos Kimberly-Clark e Klabin, são anteriores à própria Lei nº 9.532/97, que permitiu a amortização fiscal do ágio, como, então, efetivamente procedido pela Recorrente, o que dificulta (se não, obsta) a especulação da existência de *engenharia societária abusiva*, que visava apenas *aproveitar, indevidamente, da amortização do ágio gerado* nessas operações, como acusa a Autoridade Fiscal.

Em relação à utilização de empresas *holdings* e as suas características típicas legais, de não operacionalidade, assim restou assentado:

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

85. Apesar de todas as respostas fornecidas pela fiscalizada, restou inexplicada, a esta fiscalização, a não ser por motivo exclusivamente tributário, a opção de uma multinacional por um esquema com mais de 6 empresas interpostas e intervenientes entre a matriz e suas coligadas (por certo tempo) e controladas, empresa essas sem funcionários, sede ou qualquer propósito negocial, a não ser como condutoras de recursos originados no exterior, algumas vezes diretamente, outras vezes por supostos empréstimos quitados por outras empresas do mesmo grupo sediadas no exterior, por meio de outras empresas veículos do mesmo grupo; (fls. 2270)

(...)

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

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

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

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

E encerra o item da justificação das ausências de motivação extratributária, com a seguinte conclusão:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Possui como características principais: ter seu patrimônio formado de ações emitidas por outras companhias, exercer o controle sobre elas ou delas participar em caráter permanente, com investimento relevante no seu capital. Assim, o objeto social da holding é sempre o de participar do capital de outra sociedade, como controladora ou investidora (coligação). (destacamos)

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

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

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

A literatura doutrinária¹, dentro de uma abordagem mais prática e voltada ao empresariado, cita essa vocação da holding para investimentos internacionais:

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

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

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

¹ LODI, Edna Pires. LODI, João Bosco. Holding. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2001, p. 9.

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

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

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

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

Naturalmente, após a veiculação de tal prerrogativa fiscal pelo legislador, os gestores das empresas controladas por esse grupo internacional, aqui constituídas, passaram a se valer dessa despesa dedutível, naturalmente considerando sua ocorrência na organização de seus negócios, até com base legal no art. 153 da Lei 6.404/76², fato esse que não implica em qualquer ilicitude.”

(...)

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

² Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2006, 2007, 2008

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

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

(...)

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

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

(...)

Mesmo que se admita a expressão “empresa veículo” aplicável ao caso, o foco da análise não pode ser a prática em si, como decorrência da desconfiância que a expressão suscita, mas as justificativas para fazê-lo.

Nesse ponto, entendo que as razões apresentadas pela defesa guardam coerência com o conteúdo dos autos e merecem guarida.

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

Também é necessário observar que, aqui, não se trata de um processo que versa sobre lucros no exterior de coligadas e controladas ou a alegações de abuso de tratado, que têm como fundamento maior a tributação sob bases universais, no qual o Legislador, ao derrubar as

limitações da territorialidade nacional, permitiu buscar os fatos jurídicos tributários ocorridos no exterior, praticados e percebidos por empresas estrangeiras.

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

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

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

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

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

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

Pertinente dizer que é necessária uma desmistificação no uso da figura dos grupos investidores estrangeiros e da adoção de estratégias empresariais com estruturas

societárias, consideradas engenharia complexa, como fundamentos próprios para o lançamento tributário.

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

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

Como se observa, em suma, concluiu-se que as características que a Fiscalização utilizou para rotular as *holdings* de *cascas ocas*, na verdade, amoldam-se ao seu tipo societário, devidamente previsto no §3º do art. 2º da Lei das S/A³.

Independentemente do cumprimento ou não dos requisitos para a dedução ou a amortização de determinadas despesas, o emprego de figuras societárias, devidamente previstas em Lei, dentro de seu propósito e características típicos, não pode implicar na ocorrência de *fraude* (ou *simulação*) e tampouco transpõe *intuito fraudulento*.

Não obstante, tendo em vista a sua longa duração dentro dos Grupos empresariais envolvidos, o desempenho de sua função legal e natural de deter participações societárias, como figura chave nas organizações dos conglomerados mercantis, confirma-se – não havendo em se falar de utilização *abusiva* desse tipo empresarial.

E, ainda que tais empresas - observadas pelo Fisco apenas de maneira finalística e diante uma ótica *macro* - ao longo de 12 (doze) anos, tenham sido parte de operações que deram margem a ágio que acabou sendo glosado, sob o fundamento técnico de mero desatendimento ao art. 386 do RIR/99, tal fato não se confunde com qualquer ilícito passível de motivar a aplicação da multa *excepcional*, na monta de 150%

Posteriormente, analisou-se cada uma das duas grandes *suboperações* que culminaram no registro do ágio questionado, denominadas *aquisição KCB* e *aquisição Kenko*:

“Operação KCB - Mercado de Tissues

³ §3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

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

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

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

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

Em relação à aquisição Kenko, mais complexa, foi procedida à uma análise mais delongada, inclusive apreciando a suposta transação chamada de *casa-separa* e demais condutas apontadas como fraude pela D. Fiscalização, que expressamente compõe o fundamento para a qualificação a multa de ofício, como visto:

“Operação Kenko - Mercado de Wipes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em relação à segunda etapa acima descrita, na Operação Kenko, a Fiscalização aponta para a ocorrência de uma manobra denominada casa-e-separa, no ano 2000, observada

pelo aporte de dinheiro pela empresa KCC na Salonicco, posteriormente, retirando-se da mesma com as quotas da Kenko, aportadas originalmente pela Fanta.

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

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

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

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

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

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

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

Diga-se mais, ainda que de maneira meramente argumentativa, mesmo que desconsiderada a operação societária, prevalecendo, então, a acusação da Fiscalização de que foi uma compra e venda, pela imperiosidade do art. 167 do Código Civil⁴, subsistirá um legítimo negócio de compra e venda para todos os fins jurídicos, como o Legislador de 2002 previu.

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

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

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

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

(...)

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

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

Curiosamente, como já relatado, observa-se que em algumas conclusões que levaram às desconsiderações que permitiram a lavratura das Autuações e, principalmente, nas

⁴ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

acusações de ocorrência de simulação e fraude, privilegiou-se o inverso: a verificação das formas utilizadas pela Recorrente, em detrimento à constatação de que essas possuíam conteúdo econômico ou razão empresarial - seja per si ou, até mesmo, quando inseridas dentro um plano negocial maior e complexo.

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

(...)

“Em acréscimo, especificamente sobre a adoção de padrões infracionais predeterminados, rótulos formais previamente definidos na jurisprudência, comenta Misabel de Abreu Machado Derzi⁵:

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

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

Por sua vez, quando da acusação de fraude e simulação, como estampadas no Código Civil ou mesmo como trazida no art. 72 da Lei nº 4.502/64⁶, é certo que precisa ser demonstrado, especificamente, o dolo na intenção do agente e o consequente impedimento ou retardamento do gozo do direito de terceiro ou o seu prejuízo.

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

⁵ Direito Tributário, Direito Penal e Tipo, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 342.

⁶ Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Como se verifica, já no v. Acórdão 1402.002.373, a ocorrência de *fraude* (bem como de *simulação*) ou de qualquer outro ilícito que pudesse ensejar a qualificação da multa de ofício foram expressamente afastadas.

Em relação específica à operação rotulada de *casa-separa*, ainda que a Contribuinte tenha usado procedimentos que, em outros casos, eram empregados de forma semelhante para neutralizar a diferença entre ativos cambiados pelos sócios de uma determinada companhia, no presente caso, não se verifica a materialidade do ardil corriqueiramente pretendido, inclusive percebendo-se ágio (que, inexoravelmente, denota diferença positiva, tributável, entre os ativos devolvidos aos sócios), evidenciando que a Autuação baseou-se em na *formalidade* da estrutura, adotando um espécie de novo *tipo* infracional pela Autoridade Fiscal, inexistente nas normas vigentes, para a constatação de *fraude*.

Posto isso, uma vez afastada a ocorrência de *fraude* e *simulação*, não se verificando também a prática dolosa de qualquer ilícito por parte da Contribuinte, aos débitos apurados pelo lançamento de ofício aplica-se o disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Em face de tal regramento, considerando que a ciência da lavratura deu-se em 02/09/2014, temos que os *atos impositivos* de IRPJ e CSLL referentes ao ano-calendário de 2008 (ocorridos em 31/12/2008), foram alcançados pela decadência antes da sua constituição e formalização, restando extintos nos termos do art. 156, inciso V, do CTN.

No que tange à aplicação da multa qualificada, em acréscimo às extensas razões *resgatadas* do v. Acórdão nº 1402.002.373, deve se registrar que em muitos outros casos referente à formação de ágio por meio de operações que adotaram *empresas intermediárias*, capitalizadas para se revestirem de efetivas adquirentes de participações societárias, apreciados por esta mesma C. 1ª Seção, mesma após a manutenção da glosa da amortização procedida, fora afastada a qualificação da multa de ofício – sendo o atual entendimento predominante nas Turmas Ordinárias dessa Seção.

Confira-se o Acórdão nº 1201-002.671, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, de relatoria do I. Conselheira Eva Maria Los, publicado em 07/01/2019:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Aplica-se a norma de decadência do art. 150, § 4º, do CTN, aos lançamentos de IRPJ e CSLL, se não constatada fraude.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A observância das formalidades legais na realização das operações relativas à absorção de patrimônio de uma sociedade com registro de ágio, sem prova irrefutável de fraude ou de tentativa de mascarar ou encobrir os fatos, desautoriza a qualificação da multa de ofício.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício é parte integrante da obrigação ou crédito tributário e, quando não extinta na data de seu vencimento, está sujeita à incidência de juros

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012

INVESTIMENTO NÃO EXTINTO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. ÁGIO TRANSFERIDO. AMORTIZAÇÃO INDEVIDA.

A possibilidade excepcional de amortização do ágio pago, veiculada 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, do citado dispositivo); senão ocorre a extinção do investimento nem tampouco a confusão patrimonial entre a investidora e a investida originais o ágio é indedutível.

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

A utilização de empresa veículo, de curta duração, constitui prova da artificialidade desta sociedade e das operações em que tomou parte, notadamente quando há transferência do ágio a terceiros. Não produzem o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo as operações que envolvam a transferência do ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, quando praticadas sem finalidade comercial ou societária.

Na mesma esteira, foi proferido o Acórdão nº 1301-003.426, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, de relatoria do I. Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, publicado em 1º/11/2018:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. MULTA QUALIFICADA. ARTIGO 72 DA LEI 4.502/64. DESCABIMENTO.

Para que se possa imputar a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, I, §1º da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se

sonegação, fraude ou conluio - respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964.

O conceito de fraude fiscal do art. 72 da Lei 4.502/1964 exige que se demonstre condutas dolosas tendentes a afetar o fato gerador do tributo, ao passo que a dedução de despesas com ágio, ainda que considerada indevida, é uma conduta relativa à apuração da base de cálculo dos tributos sobre a renda.

A acusação de artificialismo de uma operação baseada na imputação de ilícitos atípicos, revelada pelo uso de empresa veículo para aproveitamento fiscal de ágio, sem a demonstração cabal de invalidades efetivas e do intuito de fraudar, sonegar ou atuar em conluio do sujeito passivo, não autoriza a qualificação da multa de ofício, independentemente do posicionamento que se tenha quanto à dedutibilidade do ágio na questão.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Ainda, confira-se o entendimento estampado no v. Acórdão nº 1401-002.884, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, de relatoria do I. Conselheiro Lívio De Carli Germano, publicado em 19/10/2018:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

(...)

GLOSA DE DESPESAS. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE INVESTIDORA (EMPRESA VEÍCULO) POR SUA INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. INDE

DUTIBILIDADE.

É indedutível a amortização do ágio, quando uma sociedade, investidora, tendo como único objetivo a obtenção de benefício fiscal (amortização do ágio), incorpora a sociedade investida ("empresa veículo"), em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura da própria investida.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO.

Cancela-se a qualificação da multa de ofício quando não comprovado o dolo do sujeito passivo, no sentido de consciência da prática de um ilícito, necessário à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio.

Dessa forma, não tendo sido apurada *fraude* (nem práticas dolosas de *sonegação* ou *conluio*), não pode prevalecer a qualificação da multa de ofício, nos termos do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, devendo ser esta reduzida ao percentual ordinário de 75%.

Por fim, em relação a não incidência de juros sobre a multa de ofício, tal arguição atrai a aplicação da Súmula CARF nº 108:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Apenas registre-se que, no corpo do *Apelo*, aduz-se breve pleito *subsidiário* de que, caso prevaleça a cobrança dos juros incidentes sobre a multa de ofício, que sejam estes *limitados à 1% ao mês, ou à taxa Selic, o que for mais favorável ao contribuinte.*

Posto isso, como se verifica do entendimento sumular colacionado, de observância regimental obrigatória por este Conselheiro, a percentagem dos juros incidente sobre a sanção é aquela correspondente à Taxa SELIC, sendo inócuo se ponderar e analisar, agora, se a adoção do percentual mensal de 1% teria se revelado mais benéfico à Recorrente, vez que, no caso de uma eventual constatação positiva, não poderia ser violado o teor da Súmula CARF nº 108.

Diga-se também que tal cálculo não foi trazido nos autos pela Parte ora insurgente.

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, apenas para reconhecer a decadência do crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008, cancelando tal porção do lançamento de ofício, e reduzir a multa qualificada ao percentual ordinário, de 75%, em relação a todos os demais débitos remanescentes.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella