



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>16561.720031/2019-83</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1302-007.117 – 1 <sup>a</sup> SEÇÃO/3 <sup>a</sup> CÂMARA/2 <sup>a</sup> TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	15 de maio de 2024
<b>RECURSO</b>	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTES</b>	FAZENDA NACIONAL  DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL S.A.

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

RECURSO DE OFÍCIO. CRÉDITO EXONERADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 103. LIMITE DE ALÇADA. PORTARIA MF Nº 2/2023. RECURSO CONHECIDO E NEGADO.

Nos termos do artigo 34, inciso I do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, a Autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância. O artigo 1º da Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023, preceitua que o limite de alçada para fins de cabimento do recurso de ofício é de R\$ 15.000.000,00, de modo que o Recurso deverá ser conhecido nas hipóteses em que a exoneração do pagamento de tributo e encargos de multa ultrapassar o referido limite de alçada.

ALEGAÇÕES NOVAS. NÃO CONHECIMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DA NÃO SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS. CAUSA DE PEDIR LEVANTADA EM SEDE RECURSAL.

O Recurso Voluntário deve se ater às matérias que são mencionadas na Impugnação e são analisadas pela Autoridade julgadora de 1<sup>a</sup> instância quando da prolação da decisão recorrida, de modo que as alegações que não tenham sido arguidas na Impugnação ou que não tenham sido levantadas pela Autoridade *a quo* não podem ser conhecidas por se tratar de matérias novas, porquanto, se este Tribunal entendesse por conhecê-las, estaria aí por violar o princípio da não supressão de instância que é de todo aplicável no âmbito do processo administrativo fiscal. O efeito

devolutivo dos recursos deve ser compreendido como um efeito de transferência, ao órgão *ad quem*, do conhecimento das matérias que já tenham sido objeto de decisão por parte do juízo a quo, daí por que apenas as questões previamente debatidas é que são devolvidas à Autoridade judicante revisora para que sejam novamente examinadas.

**ALEGAÇÃO PRELIMINAR. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOVAÇÃO. CRITÉRIOS JURÍDICOS. MUDANÇA. AUSÊNCIA DE NULIDADE.**

De acordo com o artigo 146 da Lei nº 5.172/1966, a Autoridade julgadora a quo não pode modificar e inovar quanto aos critérios jurídicos que restaram adotados pela Autoridade autuante em relação ao lançamento que está sendo discutido, sendo que a não concordância com os apontamentos e com as conclusões adotadas pela Turma de Julgamento de piso, enquanto razões de decidir, não enseja, por si só, na nulidade da Decisão proferida, de sorte que, acaso exista imprecisões no Acórdão, tais imprecisões serão corrigidas quando da análise do mérito da discussão.

**TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE NO BRASIL. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO REAL ADQUIRENTE.**

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do “real adquirente”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de simulação, o que não se revela no caso.

**ÁGIO. EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA EM INCORPOERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL A EXIGIR DESDOBRO DO FUNDAMENTO ECONÔMICO ANTERIORMENTE À LEI Nº 12.973/2014.**

Apenas com a edição da Lei nº 12.973/2014, o contribuinte foi obrigado a realizar o desdobra do fundamento econômico do ágio, sendo que a referida Lei não se aplica ao caso concreto, já que os fatos discutidos no caso em apreço são anteriores à sua edição e publicação.

**RELACIONAMENTO COM CLIENTES. ATIVO INTANGÍVEL IDENTIFICADO.**

O relacionamento com clientes é um ativo intangível identificável, com valor atribuído e capaz de gerar benefícios futuros para a entidade.

Ressalte-se que não é por ser capaz de gerar benefícios futuros, característica que todo ativo tem que ter para ser reconhecido, que deve ser considerado como parte do ágio por rentabilidade futura. Por se tratar de ativo intangível identificado, não poderá ser amortizado para fins fiscais, nos termos do art. art. 386, II, do RIR/99.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA MENSAL. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS NO AJUSTE DE FINAL DE PERÍODO. MATERIALIDADE E BASE DE CÁLCULO DISTINTAS. INAPLICÁVEL A SÚMULA CARF N° 105.

No presente caso não se aplica o entendimento da Súmula CARF n° 105, expressamente voltadas para as multas exigidas com base no art. 44, § 1º, inciso IV, ao passo que no presente processo o fundamento é a alínea “b” do inciso II do art. 44). Tratam-se de infrações com fundamento e base de cálculo distintas, de modo que é cabível o lançamento concomitante das multas de ofício e isolada.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICAÇÃO. HIPÓTESES LEGAIS. SONEGAÇÃO. FRAUDE. CONLUIO. FIGURA DO DOLO. STANDARD PROBATÓRIO EXIGIDO. CONDUTA INFRATORA QUE SÓ GANHA SENTIDO À LUZ DE UMA FINALIDADE ILÍCITA. ÁGIO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Para que a multa qualificada seja aplicada, é necessário que haja o comportamento previsto no critério material da multa de ofício, revestido, ainda, de ação dolosa, exposta e devidamente comprovada nas hipóteses legais da fraude, da sonegação ou do conluio, de sorte que o dolo deve ser comprovado de forma a afastar qualquer dúvida razoável quanto à sua existência. A multa qualificada não deve ser mantida nas hipóteses em que ocorre mera divergência na interpretação da legislação tributária aplicável.

## ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de ofício e em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer das alegações trazidas no item D.5 do referido recurso. Quanto ao recurso voluntário, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, e, no mérito, (i) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso quanto à possibilidade de amortização do ágio, vencido o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votou por negar provimento ao recurso quanto a tal matéria; (ii) por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso quanto à amortização do ágio relacionado à carteira de clientes e quanto à imposição da multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, vencidos os

conselheiros Savio Salomao de Almeida Nobrega (relator), Maria Angelica Echer Ferreira Feijo e Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira (convocado), que votaram por dar provimento ao recurso, quanto a tal matéria. Quanto ao recurso de ofício, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento, nos termos do relatório e voto do relator. Designado o Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama para redigir o voto vencedor quanto às matérias em relação às quais o relator foi vencido. O conselheiro Henrique Nimer Chamas não votou, pois as matérias já foram votadas pelo Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega; e o Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (convocado) não votou em relação à preliminar de nulidade, e à possibilidade de amortização do ágio, pois as matérias já foram votadas pela Conselheira Miriam Costa Faccin, conforme art. 110, §5º, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 2023.

*Assinado Digitalmente*

**Paulo Henrique Silva Figueiredo** – Presidente e Redator *ad hoc*

*Assinado Digitalmente*

**Wilson Kazumi Nakayama** – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreiro Feijó, Marcelo Oliveira, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Miriam Costa Faccin (convocada), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (convocado) e Paulo Henrique Silva Figueiredo (presidente).

Conforme o art. 110, §12, do RICARF, o Presidente da 2<sup>ª</sup> Turma Ordinária da 3<sup>ª</sup> Câmara da 1<sup>ª</sup> Seção de Julgamento, Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, designou-se redator *ad hoc* para formalizar o presente acórdão, dado que o relator original, Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, não mais integra o CARF.

Como redator *ad hoc* apenas para formalizar o acórdão, o Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo se serviu das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pelo relator original no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzidas

## RELATÓRIO

Tratam-se, na origem, de Autos de Infração por meio dos quais foram constituídos créditos tributários de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1.397/1413) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 1.415/1428), relativos aos anos-calendário de 2014, 2015 e 2016 e cujos débitos correlatos restaram formalizados no montante total de R\$ 95.662.807,12, os quais, a rigor, abrangem a cobrança dos respectivos tributos (principal), a incidência de juros de mora, a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% e, ainda, a cobrança da multa isolada, a seguir discriminadas:

	TRIBUTO (principal)	JUROS DE MORA	MULTA QUALIFICADA	MULTA ISOLADA	TOTAL
IRPJ	16.994.270,52	3.874.936,66	25.491.405,77	22.781.790,19	69.142.403,14
CSLL	6.556.248,26	1.528.460,94	9.834.372,38	8.601.322,40	26.520.403,98
					95.662.807,12

Conforme se verifica das Descrições dos Fatos e Enquadramentos Legais que compõem os respectivos Autos de Infração, a Autoridade fiscal apurou às infrações à legislação tributária descritas abaixo:

Auto de Infração de IRPJ

**AMORTIZAÇÃO**

**INFRAÇÃO: VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS**

Amortização indedutível em função da natureza do bem ou do direito ou da despesa, que não é amortizável, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2014	104.737.879,27	150,00
31/12/2015	104.737.879,27	150,00
31/12/2016	104.737.879,27	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2014 e 31/12/2016:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 249, inciso I, 251, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325 do RIR/99

**MULTA OU JUROS ISOLADOS**

**INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA**

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Descrição e cálculo presentes no Termo de Verificação Fiscal juntado ao processo deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Multa

31/12/2014	9.760.176,19
31/12/2015	8.725.535,70
31/12/2016	4.296.078,30

**Enquadramento Legal**

Fatos geradores ocorridos entre 31/12/2014 e 31/12/2016:

Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07.

**Auto de Infração de CSLL****CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS****INFRAÇÃO: CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS**

Amortização indedutível em função da natureza do bem ou do direito ou da despesa, que não é amortizável, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2014	104.737.879,27	150,00
31/12/2015	104.737.879,27	150,00
31/12/2016	104.737.879,27	150,00

**Enquadramento Legal**

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2014 e 31/12/2016:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.337/1395, os lançamentos foram realizados porque, ao amortizar o valor do ágio relativo à aquisição da *Tortuga*, a *DSM Produtos Nutricionais Brasil S/A* (“*DSM Produtos S/A*”) teria reduzido, irregularmente, seu Lucro real e a base de cálculo da CSLL, já que, segundo a Autoridade Fiscal, a empresa não fazia *jus* ao “benefício fiscal” previsto no artigo 386 do RIR/99 tanto por conta do valor total do ágio, como, também, por ter incluído os valores referentes aos ativos intangíveis relativos às marcas e relacionamento com clientes da *Tortuga* na amortização, quando, na verdade, não poderiam ser amortizados. E, aí, a Autoridade fiscal acabou entendendo por glosar as despesas com a amortização do ágio.

Com base no Relatório do Acórdão recorrido nº 14-103.229 que foi elaborado pela 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/POR (fls. 3.471/3.541), o qual estarei por adotá-lo, aqui, e transcrevê-lo, a seguir, no que diz com os pontos que nos interessam, a amortização do ágio decorrente da aquisição da *Tortuga*, ocorrida em 2013, pode ser compreendida a partir do contexto fático-jurídico a seguinte delineado:

#### **“RELATÓRIO”**

Em seu Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal fez consignar o que adiante sintetizado.

[...]

Informa, então, que a fiscalização tem por objeto verificar a regularidade dos procedimentos contábeis e fiscais relacionados à amortização do ágio decorrente da aquisição da *TORTUGA*, ocorrida em 2013.

Passa a descrever as operações efetuadas:

A DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA, que era a ROCHE VITAMINAS BRASIL LTDA, foi constituída em 13/06/2001 com um Capital Social de R\$ 4 mil (doc.04). No AC 2012, a empresa possuía um Capital Social de R\$ 22.004.00,00, que era um valor muito baixo comparado à aquisição que estava pactuando via Contrato de Compra e Venda (doc.05) num valor próximo de R\$ 1,2 bilhão.



Já a *TORTUGA* CIA ZOOTÉCNICA AGRÁRIA, que foi adquirida pela DSM LTDA, foi constituída em 19/02/1954 e possuía a seguinte composição acionária em 15/02/2012 (doc.06): Creuza Rezende Fabiani (52%) e Espólio de Max Fabiani (48%).



O Ágio objeto de amortização foi originado pela aquisição da empresa TORTUGA pela DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda (CNPJ 04.578.257/0001-86). A Data da aquisição foi 05/04/2013 e o valor da transação foi de R\$ 1.218.877.583,86 (Ágio: R\$ 730.067.495,53 e Custo: R\$ 488.810.088,33). Antes, porém, a DSM LTDA teve seu Capital Social aumentado para R\$ 1.182.004.000,00 em 01/04/2013.



Em **01/10/2013**, deu-se a incorporação reversa da **DSM LTDA** (Adquirente, 04.578.257/000186) pela **TORTUGA** (Adquirida, 56.992.951/0001-49) e a concomitante alteração da Razão Social para **DSM Produtos Nutricionais Brasil S/A**, tudo voltou ao organograma original, mas com um Ágio para ser amortizado.

Explica que a empresa **DSM Produtos Nutricionais Ltda (DSM LTDA - 04.578.257/0001-86)** tinha registrado e integralizado um Capital Social de **R\$ 22.004.000,00**, que em **01/04/2013**, conforme Ata da AGE (doc.08), foi aumentado por suas sócias: **DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING AG (99,99%)** e **DSM NUTRITIONAL PRODUCTS NEDERLAND B.V. (0,01%)** para **R\$1.182.004.000,00**.

E prossegue:

A DSM LTDA adquiriu a TORTUGA em 05/04/2013 em nome de suas sócias DSM AG e DSM NETHERLAND, cumprindo o acordado em Contrato de Compra e Venda assinado em 07/08/2012 (doc. 05) pela DSM LTDA e a TORTUGA.

Em 01/10/2013, conforme Ata da AGE (doc.10), a TORTUGA (a Adquirida) decidiu pela incorporação da DSM LTDA (a Adquirente), realizando uma incorporação reversa.

Tece algumas, então, algumas considerações sobre as operações efetuadas:

Da análise do processo de aquisição da **Tortuga Cia. Zootécnica Agrária (56.992.951/0001-49)** pela **DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda (04.578.257/0001-86)** verifica-se que se tratou de uma compra para complementação de produtos e ampliação de mercado na América Latina, mas que buscou viabilizar posteriormente, via incorporação reversa, a amortização do Ágio apurado na operação. Os recursos financeiros que propiciaram o expressivo aumento de capital da empresa adquirente, quatro dias antes da concretização do negócio, demonstra que a empresa DSM Nutritional Holding, com sede na Suíça, como detentora do poder de decisão e dos recursos financeiros. Tal fato é confirmado pela informação veiculada no site da empresa adquirente: “A DSM (NYSE Euronext: DSM KON) adquire Tortuga por um valor total de cerca de € 465 milhões, à vista”. No mesmo “paper” encontra-se a seguinte informação: “A Royal DSM, empresa global de Ciências da Vida e de Materiais, anunciou hoje que assinou o contrato definitivo para aquisição da Tortuga Companhia Zootécnica Agrária (Tortuga), em uma transação totalmente à vista, por um valor total de cerca de € 465 milhões (BRL\$ 1.160 bilhão). Dependendo do resultado real de EBITDA 2012, poderá ser efetuado um ajuste no preço de compra até um valor máximo de cerca de € 490 milhões, com base no mesmo EBITDA múltiplo. Sujeita às condições habituais, espera-se que a transação seja fechada no primeiro trimestre de 2013”.

A incorporação reversa transformou o Ágio amortizado em Ágio de si mesma, deixando de ser escriturado em conta patrimonial e sendo controlado apenas via Lalur como mero favor de natureza tributária. Além disso, como será demonstrado mais a frente, parte desse Ágio refere-se à aquisição das marcas: TORTUGA, FOSBOVI e BOVIGOLD; e do Ativo Intangível Relacionamento com Clientes.

(...)

Após 6 meses, em 01/10/2013, conforme Ata da AGE (doc.22), a TORTUGA fez a incorporação reversa da DSM LTDA., que cumprindo formalmente os requisites legais do art. 386 do RIR/99, iniciou a amortização do Ágio.

(...)

Visando obter mais informações sobre a Incorporação Reversa, o Contribuinte foi intimado em 26/12/2018 (doc. 02). Em sua resposta de 17/01/2019 (doc. 03), apresentou o Protocolo de Justificação para a Incorporação da DSM LTDA pela TORTUGA, que diz o seguinte:

*Fica aprovado, integralmente e sem restrições, a incorporação da totalidade do acervo líquido da DSM. Resta consignado que, tendo em vista o fato de que a DSM detém, na data da incorporação 100% (cem por cento) das ações da TORTUGA, uma vez aprovada e efetivada a incorporação ora tratada, com versão total do acervo líquido da DSM para a TORTUGA, o investimento*

*que a DSM mantém na TORTUGA será cancelado e substituído pelo acervo líquido incorporado, por conta da operação, ao seu patrimônio. Desta forma, o capital social da TORTUGA será aumentado em R\$ 807.274.452,00 (oitocentos e sete milhões duzentos e setenta e quatro mil quatrocentos e cinqüenta e dois reais), passando o capital social da Companhia de R\$ 398.992.376,49 (trezentos e noventa e oito milhões novecentos e noventa e dois mil trezentos e setenta e seis reais e quarenta e nove centavos) para R\$ 1.206.266.828,49 (um bilhão duzentos e seis milhões duzentos e sessenta e seis mil oitocentos e vinte e oito reais e quarenta e nove centavos), sem a emissão de novas ações, permanecendo a mesma proporção de participação no capital social que as acionistas ora ingressantes DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING A.G. e DSM NUTRITIONAL PRODUCTS NEDERLAND B.V. detinham na Incorporada (...)"*

O Laudo de Avaliação Contábil da DSM LTDA visando a Incorporação Reversa pela TORTUGA foi aprovado em AGE de 01/10/2013 (doc.22), tendo sido realizado pela empresa ERNEST & YOUNG (doc.23), que apurou o que se segue:

#### *Conclusão*

*5. Com base nos trabalhos efetuados, concluímos que o valor dos bens, dos direitos e das obrigações que integram o patrimônio líquido contábil da DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda., conforme balanço patrimonial em 01 de setembro de 2013, resumido no Anexo, é de R\$ 1.232.791.747 (um bilhão, duzentos e trinta e dois milhões, setecentos e noventa e um mil, setecentos e quarenta e sete reais) e estão registrados nos correspondentes livros da contabilidade da Empresa, de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil. São Paulo, 25 de setembro de 2013. (...)"*

É importante ressaltar que a DIPJ/2013 especial da empresa TORTUGA (doc. 07), relativa ao período imediatamente pós-aquisição e pré-incorporação, apresenta em seu quadro nº 60 a identificação de seus reais titulares, sem menção à empresa DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda (04.578.257/0001-86). Conclui-se que entre a remessa de dinheiro pela DSM AG e DSM NETHERLAND (em 28/03/2013), o aumento do Capital Social da DSM LTDA (em 01/04/2013), os pagamentos aos sócios da TORTUGA (05/04/2013) e a Incorporação Reversa da DSM LTDA (01/10/2013), transcorreram em cerca de 6 (seis) meses. Demonstrando ter havido uma concatenação lógica visando possibilitar a amortização do Ágio pago (R\$ 730.067.495,53).

3.1.4 Retorno à Configuração Societária Inicial: DSM AG e DSM NETHERLAND controlando a DSM BRASIL S/A

Conforme já descrito acima, o **Grupo DSM** tinha, no início destas operações visando a aquisição e a implementação das condições para a Amortização do Ágio pela aquisição da **TORTUGA**, o seguinte organograma:



Após a aquisição da **TORTUGA** e a Incorporação Reversa da adquirida **DSM LTDA** (cerca de 6 meses), o novo organograma tornou-se o que se segue:



Na mesma data da Incorporação Reversa (01/10/2013), o nome da **TORTUGA** foi alterado para **DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS S/A (DSM S/A)**. Não houve, portanto, nenhuma alteração na organização e nem na participação societária das sócias da **DSM LTDA**, tudo permanecendo como estava, exceto pelo carreamento do Ágio para dentro da **DSM S/A**, criando-se artificialmente a confusão patrimonial de um Ágio cujos adquirentes reais estão no exterior (**DSM AG** e **DSM NETHERLAND**).

### 3.1.5 Ágio informado na DIPJ e no LALUR

Conforme informado na resposta ao Termo de intimação de 22/04/2019 (doc. 19), protocolada em 10/05/2019 (doc.20), as despesas de amortização nos anos calendário de 2014 a 2016 foram as seguintes:

Amortização Ágio	2014	2015	2016
Ágio - Rentabilidade Futura	R\$ 79.277.279,27	R\$ 79.277.279,27	R\$ 79.277.279,27
Ágio - Rentabilidade Futura - Ativo	R\$ 25.460.600,00	R\$ 25.460.600,00	R\$ 25.460.600,00
Relacionamento com Clientes			
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>

Tal informação também foi dada na DIPJ AC 2014 e LALUR AC (s) 2014, 2015 e 2016 os valores das amortizações anuais foram as seguintes:

Ano-Calendário	IRPJ	IRPJ (R\$)	CSLL	CSLL (R\$)
2014	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27
2015	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27
2016	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27

Passa a expor as razões que justificaram a lavratura dos Autos de infração combatidos:

### 3.2 Indedutibilidade do Ágio, que inclui o devido aos Ativos Intangíveis

Sabe-se que o Ágio surge na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial e corresponde à diferença a maior entre o preço de aquisição e o valor do patrimônio líquido contábil da participação societária adquirida. Essa parcela faz parte do custo de aquisição da participação societária e tem grande relevância na determinação do valor do eventual ganho de capital. Cabe ao investidor segregar na contabilidade o preço total do custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor do patrimônio líquido da investida numa subconta e o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta, conforme o artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, que serviu de matriz legal para o artigo 385 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que assim dispõe:

(...)

Com o objetivo de estabelecer condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do ágio, de forma a coibir alguns abusos que eram cometidos sob a denominação de planejamento tributário, o legislador definiu os contornos das situações em que os encargos dessa amortização podem ser deduzidos para a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A Lei nº 9.532/97 (a qual foi alterada pela Lei nº 9.718/98) estabeleceu as condições para a dedutibilidade dos encargos de amortização do Ágio pago, cujo descumprimento implica a impossibilidade de o sujeito passivo deduzi-los na apuração de seu lucro real e da base de cálculo da CSLL. Os dispositivos supracitados são as matrizes legais do art. 386 do RIR/99, que assim dispõe:

(...)

O art. 385, anteriormente transcrito, faz menção ao **Ágio pago na aquisição de participação societária**, por Contribuinte que avalia seu investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido. Assim, a existência de Ágio pressupõe a identificação de seu fundamento econômico, de acordo com o parágrafo 2º do referido artigo, ponto relevante para a determinação do tratamento tributário a ser dado ao Ágio.

De acordo com o artigo 426 do RIR/99, se a **participação societária** for alienada, o Ágio verificado na aquisição do investimento faz parte do valor contábil para a determinação do ganho (tributável) ou perda (dedutível) de capital.

A possibilidade de deduzir o Ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL está restrita à hipótese de rentabilidade futura, prevista no inciso III, art. 386, do RIR/99, ou seja, a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com Ágio, fundamentado no valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão de resultados futuros.

Além disso, conforme prevê o artigo 386 em seu inc. III do parágrafo 2º, o Ágio na aquisição de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, não poderá ser amortizado. Conforme informado no Relatório de Avaliação da TORTUGA (doc.24) realizado pela American Appraisal e juntado no Termo resposta protocolado em 10/05/2019 (doc. 20):

(...)

#### *CONCLUSÃO*

*Com base nas informações e na análise resumida deste relatório, acreditamos que os Valores de Mercado para os ativos identificados da Tortuga. em 5 de abril de 2013 eram os (sic)*

<i>Ativos Identificados</i>	<i>Valor de Mercado em 5 de abril de 2013 (em milhares de R\$)</i>	<i>Tempo Restante (Anos)</i>
<i>Bens Imóveis</i>	<i>189.007</i>	<i>1-1</i>
<i>Bens Moveis</i>	<i>87.881</i>	<i>1-1</i>
<i>Ativos Intangíveis</i>		
<i>Marcas Registradas</i>	<i>64.688</i>	<i>Vários</i>
<i>Tecnologia</i>	<i>38.464</i>	<i>Vários</i>
<i>Relações com Clientes</i>	<i>127.303</i>	<i>Vários</i>
<i>Total</i>	<i>507.343</i>	<i>H</i>

Dessa última tabela conclui-se que o total de **Ativos Intangíveis** é de R\$ 230.455.000,00 (duzentos e trinta milhões e quatrocentos e cinquenta e cinco mil reais). Conforme apurado esse mesmo Relatório de Avaliação da TORTUGA: “(...) o resultado foi um Fundo de Comércio foi de R\$ 396,4 milhões, de acordo com a diferença entre a Contraprestação Inicial paga de R\$ 1.232,5 bilhão e a Soma de valores Ativos separáveis de R\$ 836,2 milhões (inclusive caixa, aumento de inventário, capital de giro, ativos não operacionais ...)” Por todo o exposto, além de se tratar de um planejamento tributário em que a real adquirente não ter sido a **DSM LTDA**, há um valor amortizado como Rentabilidade Futura, mas que na realidade eram Ativos Intangíveis perfeitamente identificáveis, o que demonstra o dolo do Contribuinte.

Sobre o ágio apurado com fundamento nos ativos intangíveis, comenta o Termo:

#### 3.2.1 Da Impossibilidade da Amortização do Ágio pago sobre Ativos Intangíveis

De acordo com a interpretação conjunta dos artigos 385 combinado com o artigo 386 em seu inc. III do parágrafo 2º, o Ágio na aquisição de fundo de

comércio, intangíveis e outras razões econômicas, não poderá ser amortizado. Quanto ao fundamento econômico em rentabilidade futura do Ágio reconhecido pelo Contribuinte, boa parte se refere à aquisição de Ativo Intangível com vida útil indefinida (marcas: TORTUGA, FOFBOVI, BOVIGOLD e Relacionamento com Clientes), Ativos não amortizáveis, nem contábil, nem tributariamente - art. 20, §2º, alínea "a" do Decreto-Lei nº1.598/1977 - aplicando-se inclusive a estas aquisições ocorridas em 2013 as disposições do art. 65 da Lei nº 12.973/2014. O CPC 15 enuncia o seguinte:

(...)

Assim também, a glosa da amortização do Ágio a partir da incorporação se justifica porque os ativos intangíveis consistentes nos valiosos direitos de distribuição dos produtos das marcas supracitadas, de vida útil indefinida não são amortizáveis, nem contábil nem tributariamente, não se podendo incluí-los no valor que fundamenta a expectativa de rentabilidade futura.

### 3.2.2 Da Incorporação às Avessas

Vendo as operações realizadas como um filme, é possível visualizar o resultado final obtido pela DSM S/A. Uma vez acordada a aquisição dos ativos e passivos referentes à TORTUGA, fora orquestrada uma sequência de operações que permitiriam a dedução do Ágio.

E, como isso foi feito? As sócias estrangeiras da DSM LTDA (a DSM AG e a DSM NETHERLAND) decidiram que comprariam a TORTUGA, enviaram o dinheiro para sua subsidiária no Brasil, a DSM LTDA, que realizou a compra. Em seguida, a adquirida (TORTUGA) incorporou a adquirente (DSM LTDA) já com o Ágio contabilizado, trazendo-o para dentro da TORTUGA, e dessa forma criando uma confusão patrimonial forçada. E por fim, realizou a alteração de nome de TORTUGA para DSM S/A. Diante do fato relatado, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da lei nº 9532/1997, qual a operação societária que permite a dedutibilidade do Ágio decorrente da aquisição das quotas da TORTUGA? Qual a operação que permite a presunção que o investimento adquirido foi perdido? A resposta seria a confusão patrimonial entre a DSM AG e a DSM NETHERLAND e a TORTUGA. No entanto, no mundo declarado nos documentos, não ocorreu a confusão patrimonial entre estas empresas.

“... na qual detenha participação societária ADQUIRIDA com Ágio”.

Ou seja, tem que haver o sacrifício patrimonial do adquirente, sem o qual não há a autorização legal para a amortização.

Deve-se sempre lembrar que a dedutibilidade do Ágio é uma renúncia fiscal do Estado. Portanto, a lei 9532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva. Ou seja, conforme o art. 386 do RIR/99, a investidora não é

simplesmente a empresa que detém o Ágio, mas sim aquela que efetivamente adquiriu investimento com “mais valia”.

Não há como estender o benefício previsto na Lei nº 9.532/1997 para um caso onde a confusão patrimonial exigida por lei foi observada apenas de maneira formal, por meio da interposição de uma empresa entre a adquirida e as adquirentes.

Caso o dispositivo legal pretendesse inserir em seu campo de incidência tal artificialidade, ele não teria lançado mão de conceitos específicos, tais como “absorver patrimônio de outra participação societária” e “adquirida com ágio”. A norma simplesmente teria feito menção que, havendo uma aquisição de participação societária com Ágio pautado em sua rentabilidade futura, essa “mais valia” geraria uma despesa dedutível ao próprio investimento adquirido.

Mas não, expressamente ela determina que para a concessão da redução fiscal haja a **“confusão patrimonial”** entre a real investida e a real investidora, pois, só assim haverá a presunção de perda do investimento adquirido. Nesse caso, como já dito, não ocorre essa presunção.

E justamente essa era a intenção da Fiscalizada, simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A simulação absoluta ocorreu em razão da participação da DSM na aquisição da TORTUGA, a contabilização do Ágio na DSM LTDA e a posterior incorporação desta pela TORTUGA, buscando a confusão patrimonial do Ágio da TORTUGA nela própria. O verdadeiro objetivo das operações era que o Ágio fosse colocado na DSM LTDA e depois, com sua incorporação às avessas pela TORTUGA, fossem criadas as condições legais para sua amortização. Dessa forma, a artificialidade do caso fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:

(i) Vontade declarada – assunção indireta do controle da TORTUGA, através do controle da DSM LTDA por suas sócias estrangeiras: a DSM AG e a DSM NEDERLAND.

(ii) Vontade real aferida – aquisição da TORTUGA, com a transferência do Ágio para a DSM LTDA e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela TORTUGA, através da incorporação às avessas da DSM LTDA, fazendo ocorrer de forma forçada a confusão patrimonial exigida na Lei nº 9.532/1997.

Vale ressaltar que não se está aqui a defender que a TORTUGA não deveria ter incorporado a DSM LTDA. Não. O que se está aqui demonstrando é que a amortização do Ágio transferido para dentro da TORTUGA não poderá ser oponível ao Fisco.

Tal operação acabou proporcionando o gozo indevido de um benefício fiscal.

Vendo de forma isolada, as operações de aquisição e de incorporação dessas empresas são válidas. Contudo, quando se vê o filme das sequências e o

resultado final obtido por meio das operações realizadas,vê-se a ilicitude conseguida, assim como o dolo de fraude nessa intenção.

Dessa forma, diferente do que pretendiam as sócias da DSM LTDA, não basta à dedutibilidade do Ágio haver uma operação com efetivo pagamento, participação de partes não ligadas e pautada em um documento válido que ateste o fundamento econômico do Ágio. Deve o Contribuinte cumprir de maneira concreta os requisitos legais, mormente a confusão patrimonial na aquisição de uma participação societária que, com base na presunção de perda do capital investido, autoriza a dedução da despesa realizada.

Considerando que as operações dolosamente engendradas pela DSM AG e DSM NETHERLAND, visaram reduzir o montante dos tributos devidos. Com efeito, não fosse a participação artificial da empresa DSM LTDA, o Ágio pago não seria deduzido da forma como foi.

Sendo assim, os valores amortizados nos anos-calendários objetos da presente ação fiscal não são oponíveis ao fisco, e deverão ser somados às bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

### 3.2.3 Razões da Incorporação reversa da DSM LTDA

No caso em questão, a DSM LTDA era uma empresa operacional, mas de muito menor tamanho que a TORTUGA, que por essa razão não teria a menor condição de sequer planejar comprar a TORTUGA naquele momento. No entanto, o fez com o dinheiro de suas sócias estrangeiras, fazendo passar por ela o dinheiro de suas sócias.

Ocorreu que após concretizar a compra com o sacrifício patrimonial de suas sócias estrangeiras, a DSM LTDA, já com o Ágio contabilizado, se deixou incorporar pela empresa adquirida, a TORTUGA.

**Visando verificar as razões para essa incorporação reversa**, foi dada a ciência do termo de intimação de 02/04/2019 (doc. 17) foi requisitada a explicação sobre a Incorporação reversa da DSM LTDA. Em 17/04/2019 (doc. 18), a empresa respondeu:

*“(...) Item 01 - A incorporação da DSM LTDA pela TORTUGA teve como objetivo a melhoria de performance e otimização de sinergias entre as duas Companhias. Não havendo vedação legal para a opção da controlada incorporar a controladora, esta se mostrou como mais eficiente sob a perspectiva econômica e operacional. Pela natureza de seu negócio, a TORTUGA possuía, à época da aquisição, 15 (quinze) CNPJ ativos em 11 (onze) Estados distintos, enquanto a DSM LTDA possuía 2 (dois) CNPJ ativos em 2 (dois) Estados. Sendo assim, a incorporação da TORTUGA pela DSM LTDA teria implicado na abertura de novos CNPJ onde estavam localizadas as diversas filiais da TORTUGA, representando potencial risco de continuidade operacional devido aos trâmites burocráticos para obtenção*

*de novos registros e licenças nos órgãos responsáveis. Diante disso, optou-se pela alternativa de incorporação da DSM LTDA pela TORTUGA.*

*Item 02 - As razões estratégicas para a aquisição da TORTUGA pelo grupo DSM estão relacionadas a: aumento de participação no mercado de nutrição animal na América Latina, vantagens competitivas advindas da sinergia de portfólios entre as duas Companhias, perspectiva de crescimento no ambiente econômico brasileiro à época e no mercado de nutrição animal, pioneirismo e liderança da TORTUGA no mercado de suplementos minerais.*

*Item 03 - Segue anexado ao processo demonstrativo dos produtos comercializados pela DSM LTDA antes da aquisição da TORTUGA e dez notas fiscais exemplificativas dos períodos dezembro/2012 e janeiro/2013.(...)"*

Abaixo serão identificadas várias situações que corroboram a conclusão de indedutibilidade do Ágio.

### 3.2.4 Operações estruturadas em sequência

A análise da operação em questão não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados, como um todo. Essa a lição de Marco Aurélio Greco (in Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004, p. 345-346):

O caso em concreto, conforme descrito nos organogramas acima, é composto de operações estruturadas em sequência, vale dizer, de uma sequência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o intuito de obter determinado efeito Fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada como a que ora está sendo examinada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

### 3.2.5 Curto espaço de tempo entre o Aumento do Capital Social da DSM LTDA, a compra da TORTUGA pela DSM LTDA, sua Incorporação Reversa e a alteração de sua denominação para DSM S/A

O curto espaço de tempo entre as etapas retratadas no título chamou a atenção.

Antes do aumento do Capital Social da **DSM LTDA**, suas sócias (**DSM AG** e **DSM NETHERLAND**) enviaram em **28/03/2013**, através de Contratos de Câmbio

anexos (doc. 21), o valor de **R\$ 1.160.000.000,00** (um bilhão e cento sessenta milhões de reais) para a **DSM LTDA**.

O aumento do Capital Social da **DSM LTDA** ocorreu em **01/04/2013**, tendo sido esse fato materializado na 15<sup>a</sup> Alteração do Contrato Social (doc. 26).

(...)

A aquisição da **TORTUGA** foi instrumentalizada em **07/08/2012** através do Contrato de Compra e Venda anexo (doc. 05) e realizada em **05/04/2013**, onde se estabeleceu o preço mínimo e o máximo que seria ajustado conforme uma série de ajustes contratuais:

(...)

O curto espaço de tempo em que as operações de aumento do Capital Social da **DSM LTDA (01/04/2013)** e sua Incorporação Reversa (**01/10/2013**), **6 meses**, já denotava que elas faziam parte de uma sequência de etapas, encadeadas com as anteriores e a depender das posteriores, visando à busca de um fim determinado, que era **cumprimento dos requisitos legais para a amortização do Ágio**.

### **3.2.6 INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA LEI**

Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos. Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.

A Lei nº 9.532/1997 autoriza a dedução do Ágio somente quando ocorre a “confusão patrimonial” entre a investida e a sua real investidora. No caso em questão, foi criada uma empresa para ser a pretensa compradora, pois de fato ela somente foi usada para levar o Ágio para dentro da **TORTUGA**.

Com efeito, inicialmente, destaca-se que a dedutibilidade do Ágio não é um direito angariado pelo Contribuinte em face da aquisição de um investimento. Ou seja, não é porque houve uma aquisição societária válida, que o Ágio registrado necessariamente é dedutível. Ou seja, a existência do Ágio diverge de sua dedutibilidade. Se assim não fosse, não haveria razão de existir a lei 9.532/1997. O cumprimento dos requisitos legais para a dedutibilidade do Ágio é essencial, mais importantes são o fundamento econômico do mesmo e a presunção da possível perda do investimento adquirido.

Pois bem, voltando ao caso em análise, tem-se que o Ágio registrado pela **DSM LTDA** na verdade decorre da aquisição das quotas da **TORTUGA**. No entanto, apesar do contorno de legalidade dado à operação, na realidade o que se fez foi levar o Ágio para dentro da própria empresa, a **TORTUGA**.

Diante do fato relatado, indaga-se: com base nos artigos 7º e 8º da lei nº 9532/1997, o legislador ao permitir a dedutibilidade do Ágio decorrente da aquisição das quotas da **TORTUGA** pela **DSM LTDA**, quis abranger a transferência artificial do Ágio contabilizado na **DSM LTDA** para a **TORTUGA**, tal que se implementasse artificialmente a confusão patrimonial entre adquirida (**TORTUGA**) e adquirente (**DSM LTDA**)?

Deve-se sempre lembrar que a dedutibilidade do Ágio é uma renúncia fiscal do Estado. Portanto, a lei nº 9.532/1997 deve ser interpretada de forma literal e restritiva. Ou seja, conforme o art. 386 do RIR/99, a investidora não é simplesmente a empresa que detém o Ágio, mas sim aquela que efetivamente adquiriu uma participação societária com “mais valia”, que no caso foram: **DSM AG** e **DSM NETHERLAND**.

### 3.2.7 Decisões da CSRF

(...)

Conforme se pode depreender, a CSRF e outros órgãos julgadores, têm entendido que havendo a construção artificial de suporte fático, para que o resultado das operações possa ser moldado à hipótese de incidência da despesa de amortização do Ágio, não será possível sua diminuição da base de cálculo do IRPJ/CSLL. Ou seja, a utilização de empresas com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável mostrou-se controversa.

Em relação à multa qualificada, pondera-se que ao se tratar de operações empreendidas mediante a utilização de empresa como instrumento para a aquisição de outra, com dinheiro vindo do exterior e com uma incorporação reversa especificamente feita para que fosse efetivado o aproveitamento de uma despesa fictícia, além da amortização de Ativos Intangíveis sem prazo de exaurimento, constata-se a presença dos elementos volitivo e cognitivo a consumar o dolo do sujeito passivo.

### 3.2.8 CONCLUSÃO

Vê-se que as operações de aquisição aqui analisadas não se enquadram na hipótese fática legal pretendida pelo legislador, pois este pretendia estimular aquisições societárias em que houvesse o pagamento da “mais valia” e que houvesse a “real confusão patrimonial” entre adquirente e adquirido. Não foi esse o caso aqui analisado. Sendo assim, conforme a narrativa dos fatos acima, pôde-se verificar que dando o cumprimento ao Instrumento de Compra e Venda assinado em 07/08/2012 (doc.05), foram desencadeadas as seguintes operações:

- todo o recurso utilizado para o aumento de Capital Social da **DSM LTDA** foi enviado por suas sócias do exterior em **28/03/2013 (doc. 21)**;

- em seguida, em **01/04/2013**, houve uma AGE que **aumentou o Capital Social da DSM LTDA (doc. 08)**;
- em **05/04/2013**, a **DSM LTDA** adquiriu a **TORTUGA (docs.05 c/c 28)**;
- em **01/10/2013**, a **TORTUGA** realizou a **Incorporação Reversa** da **DSM LTDA** que também alterou seu nome de **TORTUGA** para **DSM Produtos Nutricionais Brasil S/A (DSM S/A) (doc. 23)**.

Conclui-se, portanto, que a **DSM S/A** reduziu irregularmente seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL, pois não fazia jus ao benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99, tanto por conta do valor total do Ágio, mas também por ter incluído neste, os valores referentes aos Ativos Intangíveis: Marcas e Relacionamento com Clientes da **TORTUGA**".

Com base em tais circunstâncias, a Autoridade autuante acabou aplicando a multa qualificada no patamar de 150%, já que, no seu entendimento, restou comprovada a ocorrência da fraude, pois, intencionalmente, o ágio foi transferido da *DSM Ltda* para dentro da *Tortuga* através da incorporação da adquirente (*DSM Ltda.*) pela adquirida (*Tortuga*), de sorte que, no final, a interessada teria almejado evadir-se da obrigação de pagar tributos. Aplicou-se, também, a multa isolada por insuficiência de pagamento da estimativa de IRPJ e CSLL de que trata o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, alterado pelo artigo 14 da Lei 11.488/07. Confira-se:

#### **“4. DA MULTA QUALIFICADA”**

Em face do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de valores indevidamente reduzidos do lucro real referentes ao ágio, exaustivamente acima caracterizada, cumpre o exame da multa de ofício aplicável ao caso em questão.

A redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, dada pela Lei nº 11.488/2007, assim dispõe:

[...]

Especial atenção deve ser dedicada ao que dispõe o §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito. Nele citado, os arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64:

[...]

Os procedimentos adotados pela Fiscalizada estão compreendidos nas hipóteses previstas na norma acima.

As operações dolosamente (tinha a intenção de praticar os atos, a fim de evitar a tributação) engendradas pela Contribuinte, visaram reduzir o montante do IRPJ e da CSLL devidos (o que caracteriza a fraude).

Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação, fraude ou conluio é o **dolo**. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

[...]

Desse modo, também do ponto de vista contábil não é possível atribuir aos atos aqui narrados um outro adjetivo diferente de fraude, pois intencionalmente foi transferido o Ágio da DSM LTDA para dentro da TORTUGA, através da incorporação da Adquirente (DSM LTDA) pela Adquirida (TORTUGA), almejando com isso evadir-se da obrigação de pagar tributos. Além disso, no que tange à parcela relativa aos Ativos Intangíveis, estes não podiam ser amortizados e foram incluídos na amortização.

Portanto, pode-se concluir que a definição de fraude nos dá suporte à qualificação da multa implicam ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da amortização do ágio. A princípio, ao se deparar com a amortização do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento. No entanto, existem circunstâncias que, como visto, permitem a glosa das despesas de amortização e depreciação do ágio. Nesse sentido, o Contribuinte, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção à indedutibilidade das despesas de amortização e depreciação do ágio e à reestruturação societárias em propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avalizar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

[...]

Apesar da **DSM LTDA** ser uma empresa operacional, ela foi utilizada para “carrear” o investimento para a compra da TORTUGA de seus reais adquirentes no exterior, que as operações dolosamente engendradas pelo Contribuinte, visaram reduzir o montante dos tributos devidos (o que caracteriza a fraude), correta a aplicação da multa qualificada.

[...]

## 6.6. DA APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA

Feitas as pertinentes considerações, no tocante às multas isoladas, para o presente caso, portanto, aplicou-se o disposto no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/1996, anteriormente reproduzido.

Para os cálculos foi utilizada, a ECF ACs 2014 a 2016. Além disso, para o cálculo do lucro realizado após a assinatura do Contrato de Compra e Venda das Participações Societárias, e que está presente na planilha de Cálculo (doc.26) e que após os cálculos, geraram os valores abaixo citados.

Desta forma, os valores das multas isoladas, calculadas em função da inclusão do Ágio amortizado que, por sua vez, geraram falta de recolhimento da estimativa, encontram-se demonstradas, mensalmente, nos quadros anexados (doc. 23) e consolidadas abaixo:

[...].” (grifei).

Em 25/06/2019, a *DSM Produtos Nutricionais Brasil S.A.* tomou conhecimento dos lançamentos de IRPJ e CSLL através de sua Caixa Postal – Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), conforme se verifica do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem de fls. 1.433, e, em 25/07/2019, entendeu por apresentar Impugnação de fls. 3.393/3.467, acompanhada dos documentos de fls. 1.438/3.392, em que suscitou, em síntese, as seguintes alegações:

### III. DO DIREITO

#### III. A. PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL DECORRENTE DE VÍCIO MATERIAL INSANÁVEL

A acusação fiscal é sustentada por duas linhas distintas, baseadas em fundamentos jurídicos incompatíveis/inconciliáveis entre si e que violam o princípio da legalidade e o disposto no artigo 142 do CTN: a incerteza sobre a matéria tributável e os fatos efetivamente verificados pela fiscalização, de modo que o lançamento tributário ora combatido não atendeu os pressupostos normativos básicos que orientam a atividade vinculada da administração pública.

No caso sob julgamento, os pressupostos dos precedentes indicados acima estão presentes. Mais do que simples jogo de palavras, “real adquirente” ou simplesmente “adquirente” é termo civilmente impregnado, que é moldado e disciplinado pelo Direito Privado, de modo que dizer, aleatória e acriticamente, que ora a DSM Ltda. não é adquirente e ora assume tal qualificação jurídica, representa afronta à legalidade que inspirou o legislador constitucional (artigo 5º, inciso II, artigo 37 e artigo 150, inciso I, da Constituição Federal) e o legislador complementar (artigo 97 e artigo 142 do CTN). É nisso que reside o “descompasso na subsunção dos fatos descritos com a norma legal que fundamenta a autuação”.

Não há quem sustente, no presente processo, que o auto de infração contém a descrição dos fatos com a necessária ligação consistente com a disposição legal infringida, pela simples razão de que a DSM Ltda. não pode, a um só tempo, ser e não ser a real adquirente da participação societária.

#### III. B. REGULARIDADE DA DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO: A DSM LTDA. FOI A EFETIVA ADQUIRENTE DO CONTROLE DA IMPUGNANTE

Quanto a este ponto, a autoridade lançadora não apresentou questionamentos específicos em relação às operações societárias

envolvendo a DSM Ltda. e a Impugnante. Limitou-se a afirmar que a DSM Ltda. não foi a efetiva adquirente das participações societárias da Impugnante, sem indicar supostas irregularidades na condução das atividades da DSM Ltda. ou no aumento de seu capital social.

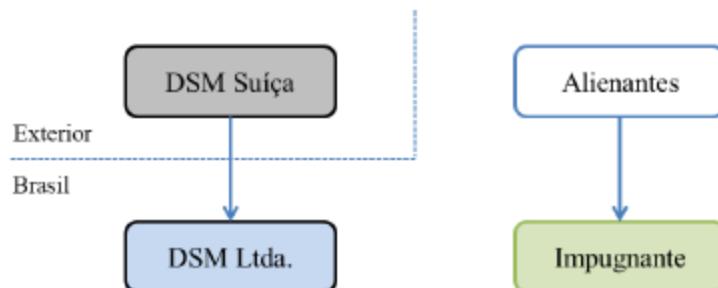
A certeza quanto à existência efetiva e à natureza operacional das atividades da DSM Ltda. diferenciam totalmente o presente caso das autuações que parecem ter sido utilizadas como inspiração pela autoridade lançadora.

No presente caso, não há nada que torne o aumento de capital inválido sob a ótica jurídica ou que cause estranheza sob as lentes dos aspectos práticos da sua finalidade, tanto que a autoridade lançadora enfatiza a racionalidade econômica e negocial da transação (“*tratou de uma compra para complementação de produtos e ampliação de mercado na América Latina*”, às fls. 1.344).

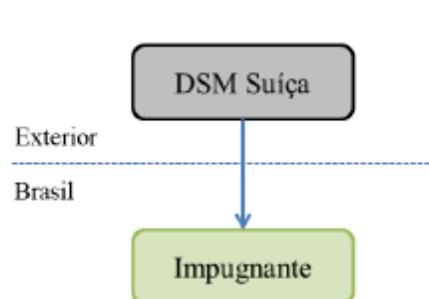
A DSM Ltda. celebrou o contrato de compra e venda com os antigos controladores da Impugnante, sem qualquer participação da DSM Suíça ou da DSM Holanda. Essas empresas estrangeiras, inclusive, não forneceram sequer garantias relacionadas à operação.

Ainda que a DSM Ltda. fosse controlada da DSM Suíça, tratam-se de pessoas jurídicas distintas, da perspectiva tanto da autonomia patrimonial como da sua personalidade jurídica. Assim, o aumento do seu capital social representou evento regular por meio do qual a DSM Suíça recebeu novas quotas da DSM Ltda. Em contrapartida à entrega de recursos financeiros. Disso decorre que os recursos passaram a ser de propriedade da DSM Ltda..

Novamente, as afirmações presentes no TVF são dissociadas da realidade dos fatos. Primeiramente porque não houve, de fato, retorno à “*configuração societária inicial*”. De forma simplificada, confira-se abaixo a “*situação inicial*” analisada pela autoridade lançadora, antes da aquisição das participações societárias da Impugnante pela DSM Ltda.:



Passando para a “situação final”, ou seja, após a aquisição das participações societárias da Impugnante e após a incorporação da DSM Ltda., tem-se o seguinte cenário:



Se a autoridade lançadora considera que houve “retorno à configuração societária original” simplesmente porque a DSM Suíça e a DSM Holanda mantiveram suas participações societárias ora na DSM Ltda. ora na Impugnante, é preciso reconhecer que suas considerações são tendenciosas. Para demonstrar esse equívoco, confira-se outra passagem do TVF em que afirmação semelhante é apresentada:

Além de não condizer com a realidade dos fatos (já que houve alteração em relação ao organograma original), a exigência de reorganização societária como gatilho da dedutibilidade fiscal implica, justamente, o retorno ao “organograma original”, segundo o sentido que a autoridade lançadora parece atribuir à expressão.

Qualquer aquisição de participações societárias seguida de incorporação implicará o retorno à “configuração original” no sentido adotado pelo TVF. Tal situação, longe de ser uma anomalia, é precisamente o resultado de evento societário eleito pelo legislador tributário como sendo necessário à dedutibilidade fiscal do ágio, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Para que não haja dúvidas sobre o que está a ser defendido pela Impugnante, é preciso relembrar que o TVF, além de indicar que houve o aumento de capital da DSM Ltda., aponta somente dois “indícios” de que esta sociedade não seria a real adquirente das ações da Impugnante: (i) uma reportagem indicando que a “Royal DSM” teria adquirido a TORTUGA e (ii) informações da DIPJ de incorporação da Impugnante.

A reportagem mencionada no TVF, portanto, longe de demonstrar quem foi o “real adquirente” das ações da Impugnante, somente descreve os fatos a partir de uma abordagem econômica e desvinculada das suas

characterísticas jurídicas: informa que o grupo DSM adquiriu uma determinada empresa.

### III. C. DEDUTIBILIDADE INTEGRAL DO ÁGIO REGISTRADO NA AQUISIÇÃO DA IMPUGNANTE

Com isso, a acusação da autoridade lançadora de que houve dedução fiscal de marcas (“marcas e patentes”) não encontra respaldo na documentação fiscal da Impugnante, que é livre de dúvidas quanto a este ponto. Se a autoridade lançadora tivesse feito o registro de que não houve a dedução fiscal de tais itens, evidenciaria o que foi dito acima: apenas a parcela suportada pela rentabilidade futura é que interferiu na apuração do IRPJ e da CSLL.

De fato, o contexto legal vigente à época da aquisição parece ter sido ignorado pela autoridade lançadora. A aquisição se deu em plena vigência do Regime Tributário de Transição (“RTT”), instituído pela Lei nº 11.941/09. Logo, à época, havia diferenças quanto à mecânica de cálculo e amortização de ágio para fins fiscais em relação ao procedimento para fins contábeis.

Por outro lado, o valor alocado a “cliente”, do ponto de vista jurídico tributário e considerando a legislação tributária da época (RTT, artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, antes das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14), corresponde a “goodwill – expectativa de rentabilidade futura”, visto que tal valor atribuído a “cliente” não estava lastreado em (ou não deriva de) contratos ou direitos legais possuídos pela Impugnante contra seus clientes.

### III. D. SUBSIDIARIAMENTE: DA INAPLICABILIDADE DE MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Por fim, na improvável hipótese em que todos os argumentos acima sejam afastados por esta C. Turma de Julgamento, o que se cogita apenas a título argumentativo, impõe-se o cancelamento da multa de ofício qualificada, de 150%, recalculando-a para o patamar ordinário de 75%.

Nos casos de sonegação, fraude e conluio, justificadores da multa agravada, a presença do dolo é elemento característico comum, que deve estar cabalmente provado. É dizer, a presença do dolo na conduta do contribuinte não pode ser presumida. Ou seja, o elemento subjetivo dolo é presença obrigatória para a caracterização da sonegação, fraude e conluio.

Ocorre que no presente caso, cabe insistir, todas as operações foram praticadas pela DSM Ltda. e pela Impugnante às claras e sem qualquer declaração falta ou omissão dolosa, de forma que a tentativa de qualificação da multa de ofício é manifestamente equivocada.

### III. E. AINDA SUBSIDIARIAMENTE, DO CANCELAMENTO DA MULTA ISOLADA

Na medida em que a autoridade lançadora afirma que o fato gerador da multa isolada ocorre em 31 de dezembro de cada ano, e não em bases mensais, incorre em claro erro de identificação do aspecto temporal do fato gerador. A autoridade lançadora acaba por violar o artigo 142 do CTN e, por consequência, macular a exigência da multa isolada por vício material insanável.

Ainda que não fosse o caso de reconhecer a nulidade do lançamento fiscal referente à multa isolada, deve ser reconhecida a ocorrência de decadência das multas isoladas referentes às antecipações de IRPJ e CSLL supostamente recolhidas a menor em março de 2014.

Na remota hipótese em que a multa isolada não seja integralmente cancelada em virtude do erro na identificação do fato gerador do tributo, é preciso apontar a existência de inúmeros erros nos cálculos da autoridade fiscal.

Analizando a planilha anexa ao TVF (fls.1320 a 1322), pode-se resumir o cálculo da multa isolada nos seguintes passos:

- (i) identificação da base de cálculo da estimativa de cada mês, conforme informado pela Impugnante na ECF;
- (ii) adição de 1/12 do ágio deduzido fiscalmente durante cada ano (R\$ 8.728.156,61) (iii) aplicação das alíquotas dos tributos para identificar o valor devido;
- (iv) retirada de deduções, retenções na fonte e tributo recolhido nos meses anteriores, identificando o valor de tributos a pagar; e (v) confronto com o valor declarado como recolhido nas DCTFs, com aplicação da multa de 50% sobre a diferença.

Como se vê, a autoridade fiscal procurou aplicar multa isolada em todos os meses compreendidos no período entre 2014 e 2016. No entanto, em diversos meses, a Impugnante apurou os pagamentos mensais com base na sistemática de “receita bruta e acréscimos”.

Os equívocos da autoridade lançadora no cálculo da multa isolada vão além: não é possível identificar qual foi a alíquota alíquota aplicada pela fiscalização para calcular a estimativa de IRPJ devida após a glosa da dedução de ágio.

Adotando cálculos manifestamente incorretos (exigência de multa isolada nos meses em que houve pagamento de estimativa com base em “receita bruta e acréscimos”) ou ininteligíveis (erro na apuração da antecipação da IRPJ devida), a autoridade lançadora acaba por violar o artigo 142 do CTN, acarretando a nulidade integral da exigência da multa isolada.

### III. E. 4. CANCELAMENTO DA MULTA ISOLADA EM FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Está a se verificar que a multa isolada incide sobre a mesma materialidade que a multa de ofício: a multa de ofício leva em consideração a apuração do IRPJ e da CSLL ao final do período de apuração, enquanto a multa isolada recai sobre insuficiências de antecipações do mesmo período de apuração, ou seja, referente aos mesmos tributos e infrações supostamente verificadas (falta de recolhimento de IRPJ e CSLL).

Com base em tais alegações, a *DSM Produtos Nutricionais Brasil S.A* pleiteou, de plano, pelo cancelamento dos lançamentos fiscais de IRPJ e CSLL, na medida em que não houve irregularidade na operação de aumento de capital da DSM Ltda., bem assim que fosse reconhecida a validade da dedução integral do ágio, já que foi fundamentado economicamente em rentabilidade futura e foi objeto de avaliação econômico-financeira hábil e idônea, nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Subsidiariamente, a Impugnante requereu o afastamento da multa de ofício qualificada e o cancelamento integral da multa isolada em decorrência de vício material insanável.

Os autos foram encaminhados à Autoridade julgadora de 1<sup>ª</sup> instância para que a Impugnação fosse apreciada. E, aí, ao proferir o Acórdão nº 14-103.229 (fls. 3.471/3.541), a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO entendeu por julgar a defesa parcialmente procedente apenas para reduzir a multa ao percentual de 75%, sendo que, de resto, os lançamentos de IRPJ e CSLL foram mantidos em sua integralidade. Ao final, o Acórdão restou ementado nos seguintes termos:

#### **“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

NULIDADE INEXISTENTE. INCORREÇÕES SANÁVEIS.

São considerados nulos somente atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF), não havendo que se falar em nulidade quando observados

nos lançamentos formalizados os requisitos contidos no art. 142 do CTN, bem como no disciplinamento do Processo Administrativo Fiscal (PAF).

Segundo art. 60, imprecisões na apuração da exigência, passíveis de saneamento no contencioso administrativo, desde que devidamente comprovadas pela impugnante, não resultam em nulidade do lançamento, quando não comprometida a defesa da autuada.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

**TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.**

A subsunção aos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos artigos 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material. Exclusivamente no caso em que a investida adquire a investidora original (ou adquire diretamente a investidora de fato) é que haverá o atendimento a esses aspectos, tendo em vista a ausência de normatização própria que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição por meio de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para transferência do direito de amortização do ágio à pessoa jurídica distinta daquela que adquiriu, com ágio, a participação societária de pessoa não vinculada.

**MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS.**

Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

**MULTA ISOLADA. INCIDÊNCIA.**

O artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, ao prever as infrações por falta de recolhimento de antecipação e de pagamento do tributo ou contribuição (definitivos) não significa duplicidade de tipificação de uma mesma infração ou penalidade. Ao tipificar essas infrações o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e não se excluem.

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

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

**CSLL. BASE DE CÁLCULO. NORMAS DE APURAÇÃO.**

Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração para o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

**LANÇAMENTO REFLEXOS. CSLL.**

A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração da CSLL, uma vez que ambos os lançamentos, do IRPJ e da CSLL, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014, 2015, 2016

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. CANCELAMENTO.

Cancela-se a multa de ofício qualificada uma vez que inexistem indícios de que a contribuinte teria de alguma forma agido de forma dolosa ou simulada, buscando impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fiscal da ocorrência do fato gerador.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte recorrida.

Na oportunidade, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO concluiu por afastar a multa qualificada de 150%, já que que, no caso, não houve ação dolosa por parte da *DSM*, uma vez que se tratava de mero planejamento tributário e os respectivos atos não foram simulados, já que a constituição da empresa *DSM Ltda.* anos antes e sua atuação foram, a todo tempo, justificadas, sendo desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da transferência do ágio pago pela *DSM Suíça*, na aquisição da *Tortuga*, para o patrimônio da *DSM Ltda.*, e da posterior incorporação desta pela *Tortuga*, atual *DSM S.A.*.

Em virtude da exoneração parcial do crédito tributário, o Presidente da 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO apresentou Recurso de Ofício, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, combinado com os artigos 1º, *caput* da Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017.

Em 20/12/2019, a contribuinte foi notificada do resultado do Acórdão nº 14-103.229 através de sua Caixa Postal – Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), conforme se observa do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem (fls. 3559), e, em 20/01/2020, entendeu por apresentar Recurso Voluntário de e-fls. 3.562/3.630 por meio do qual sustenta, em síntese, as seguintes alegações:

### III. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

24. A análise do presente caso deve ter em mente que, em nenhum momento, o Auto de Infração fundamentou a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio reconhecido na aquisição da *Tortuga* com base na alegação de transferência de ágio. Na realidade, o fato de o ágio ter sido reconhecido em operação entre partes independentes e com efetivo pagamento de preço são incontroversos no presente processo administrativo.

28. No presente processo administrativo, ao contrário dos casos de “transferência de ágio”, a aquisição do investimento foi realizada pela mesma entidade (DSM Ltda.) que participou do evento de incorporação com a sociedade investida. Nesse sentido, a alegação de “real adquirente” discutida no presente processo administrativo está relacionada com a condição da DSM Ltda. como “real adquirente” do investimento na Tortuga, tendo em vista que o preço de aquisição teria sido transferido pela DSM Suíça previamente ao fechamento da transação.

29. Dessa forma, ao alegar a impossibilidade do aproveitamento do ágio Gerado na aquisição da Tortuga por decorrer de “transferência de ágio”, a Decisão Recorrida acabou por inovar aos critérios do Auto de Infração, visto que não há qualquer alegação nesse sentido no lançamento tributário.

#### IV. O DIREITO: ALEGAÇÃO DE REAL ADQUIRENTE E A INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL

50. Os Autos de Infração estão fundamentados na equivocada premissa de que a DSM Suíça seria a suposta “real adquirente” do investimento da Tortuga. No entendimento da Fiscalização: (i) a DSM Ltda. teria sido dolosamente interposta como adquirente com o objetivo de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio; e (ii) não teria ocorrido a confusão patrimonial entre o suposto real adquirente (DSM Suíça) e a sociedade adquirida (Tortuga).

##### B. A DSM LTDA. É A REAL ADQUIRENTE DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

53. Não existe nenhum fundamento jurídico para desconsiderar os efeitos tributários da aquisição realizada pela DSM Ltda., tendo em vista as diversas motivações econômicas, negociais e jurídicas que nortearam a estrutura de aquisição.

##### B.2. A IMPOSSIBILIDADE DE DESLOCAR A CONDIÇÃO DE REAL ADQUIRENTE PARA A DSM SUÍCA

69. O único fundamento adotado pela Fiscalização para deslocar a condição de real adquirente para a DSM Suíça é que a entidade teria fornecido parte dos recursos para a aquisição da Tortuga, em operação de aumento de capital. Dessa forma, entendem as Autoridades Fiscais que o sacrifício patrimonial para a aquisição foi realizado pela DSM Suíça (e não pela DSM Ltda.).

70. Não existe nenhuma outra alegação relativa à substância econômica da DSM Ltda. ou sobre outros aspectos relacionados à operação de compra e venda. Repita-se: a única alegação é que os recursos teriam sido captados junto ao acionista estrangeiro (DSM Suíça).

#### **B.3. ESPECIFICIDADES DO PRESENTE CASO: INEXISTÊNCIA DE EMPRESA-VEÍCULO**

93. O fato de uma determinada empresa pertencer a um conglomerado estrangeiro e de captar recursos financeiros com seu controlador, dentro das políticas de alocação de recursos do grupo econômico, não qualifica a empresa automaticamente como “veículo”. Dentro do critério adotado pela própria Autoridade Fiscal e Acórdão Recorrido, devem ser examinados outros elementos econômicos ou negociais, além da mera economia tributária, que justifiquem a existência e as operações da sociedade adquirente.

#### **B.4. CONCLUSÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO CARF**

105. Sob qualquer perspectiva que se examine, a real adquirente da participação societária era a DSM Ltda. – e não a DSM Suíça.

106. Do ponto de vista formal, a DSM Ltda. era empresa regularmente constituída, que figurou como adquirente no Contrato de Compra e Venda, tendo desembolsado o preço de aquisição. De fato, com o fechamento da transação: (i) as ações detidas da Tortuga foram transferidas à DSM Ltda.; (ii) a DSM Ltda. figurou no quadro acionário da Tortuga como proprietária da participação societária; e (iii) a DSM Ltda. era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Tortuga e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.

109. Mas a DSM Ltda. não é apenas a real adquirente do ponto de vista formal. Do ponto de vista substancial e examinada a transação sob a sua essência, a DSM Ltda. era a empresa que tinha real interesse na aquisição da Tortuga: a transação possibilitou a expansão de suas atividades no Brasil e a obtenção de ganhos de sinergia em decorrência da combinação das operações. Além disso, a DSM Ltda. era a empresa que tinha vocação para conduzir a aquisição da participação societária, tendo em vista o seu conhecimento estratégico, regulatório e negocial sobre as especificidades do mercado brasileiro.

111. Portanto, sob qualquer perspectiva que se examine a DSM Ltda. deve ser considerada a real adquirente da participação societária, tendo ocorrido a confusão patrimonial com a sociedade adquirida (Tortuga), estando materializado o direito ao aproveitamento fiscal do ágio.

### C. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMULAÇÃO

#### C.1. O AUTO DE INFRAÇÃO NÃO COMPROVA A EXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO: IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS

121. No caso concreto, a exigência fiscal somente poderia ser mantida caso fosse verificada que a aquisição da Tortuga pela DSM Ltda. consistiria em ato jurídico simulado (realizado com o único e exclusivo intuito de viabilizar o aproveitamento artificial de ágio), sendo o ato dissimulado a aquisição por parte da DSM Suíça (suposta real intenção das partes).

122. Em outras palavras, era condição de validade do próprio Auto de Infração que a Fiscalização comprovasse, de forma irrefutável, que a DSM Ltda. teria sido artificialmente interposta por suas sócias estrangeiras com o único objetivo de possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio. E que a real intenção era que a aquisição fosse realizada pela acionista estrangeira (DSM Suíça).

123. Não obstante, a Fiscalização não conseguiu comprovar que a real intenção das partes era conduzir a aquisição por meio da DSM Suíça, limitando-se a fundamentar o seu entendimento com base nos seguintes fatos:

- Aumento de capital: a Fiscalização entendeu que a DSM Suíça seria a real adquirente da participação societária em decorrência de ter aumentado o capital da DSM Ltda. com recursos financeiros que foram utilizados para a liquidação de parte do preço de aquisição;
- Incorporação reversa: em 1.10.2013, supostamente pouco tempo após a aquisição da Tortuga (5.4.2013), a DSM Ltda. teria sido incorporada pela Tortuga, supostamente demonstrando que a DSM Suíça sempre teria o objetivo de deter diretamente a Tortuga, sendo desnecessária a sua aquisição por meio da DSM Ltda.; e
- Atividade operacional: por fim, a Fiscalização ainda alega que a DSM Ltda. teria atividade operacional menor se comparada as atividades operacionais da Tortuga, o que demonstraria sua incapacidade de ser considerada a efetiva adquirente da participação societária.

131. Portanto, não existe nenhuma comprovação de existência de simulação e de qual a real intenção das partes seria conduzir a aquisição

por meio da DSM Suíça. As Autoridades Fiscais limitam-se a descrever a sequência das operações realizadas e a utilizar um comunicado ao mercado (fora do seu contexto) para afirmar que a DSM Ltda. teria sido interposta com o propósito de permitir o aproveitamento indevido do benefício do ágio.

132. O Auto de Infração está fundamentado em mera presunção que não está comprovada em nenhum fato, documento ou argumento consistente. E a inexistência de comprovação de simulação não é sem motivo: todo o contexto e os documentos da transação levam à inquestionável conclusão de que a DSM Ltda. tinha a vocação e o interesse econômico de conduzir a aquisição, tendo combinado as suas operações com as da Tortuga.

#### C.2. O CENÁRIO APÓS A DECISÃO RECORRIDA

133. Não fossem suficientes os vícios do Auto de Infração pela clara ausência de comprovação da simulação, a própria Decisão Recorrida expressamente reconhece a inaplicabilidade da alegação de simulação ao caso em questão. Apesar de o único fundamento jurídico viável para desconsiderar os efeitos tributários ser afastado (simulação), a Decisão Recorrida mantém a exigência fiscal sem apresentar qualquer fundamentação legal adicional.

134. Portanto, a Decisão Recorrida reconhece que: (i) “a constituição da empresa DSM Ltda. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas”; (ii) “o presente (caso) destoa dos demais porque o ato de formação da DSM Ltda. não se encontra maculado”; e (iii) portanto, deve ser afastada a alegação de simulação no presente caso.

#### D. AINDA QUE A DSM LTDA. FOSSE UMA EMPRESA INTERPOSTA NA ESTRUTURA, O APROVEITAMENTO FISCAL DO ÁGIO DEVERIA SER ADMITIDO

127. Os atos e negócio jurídicos praticados pela DSM Ltda. foram realizados nos estritos termos previstos na legislação civil e societária, em transação revestida de efetivos propósitos negociais. Não há fundamento jurídico para que as Autoridades Fiscais desconsiderem os efeitos tributários da aquisição realizada pela DSM Ltda. e reclassifiquem os efeitos dos atos e negócios por ela praticados.

140. No presente caso, resta incontroverso que todos os requisitos para o aproveitamento fiscal do ágio foram observados, com efetiva aquisição de participação societária, avaliação de investimento com base no MEP,

correta fundamentação com base na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida e incorporação entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida.

**D.5. OUTRAS RAZÕES QUE IMPOSSIBILITAM A DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DO APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO DO ÁGIO**

158. A Requerente esclarece que além das razões anteriormente apresentadas, existem argumentos que justificam a impossibilidade de manutenção destas exigências fiscais.

159. Respeito ao Princípio da Livre Iniciativa: não compete à Fiscalização realizar juízo de valor sobre operações que não são vedadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque, o artigo 170 da CF/88 estabelece que a ordem econômica brasileira é baseada na **livre iniciativa**. O direito à livre iniciativa permite que os particulares se organizem como melhor entenderem, desde que não haja nenhuma vedação específica na legislação, de forma que a Fiscalização não pode negar os efeitos tributários a transações lícitas realizadas pela Recorrente.

161. Decadência do direito de questionar a constituição da DSM Ltda.: Diferentemente das pessoas naturais, cuja personalidade jurídica se inicia com o nascimento, a personalidade jurídica das sociedades se inicia com a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro, conforme previsto no artigo 45 do Código Civil.

165. Impossibilidade de invalidação de atos e contratos com base em mudança de posicionamento: esta impossibilidade está contida no artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - “LINDB”), alterado pela Lei nº 13.655, de 25.4.2018 (“Lei 13.65/18”).

169. Inexistência de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN: o Artigo 116, parágrafo único, do CTN, é a única norma tributária que autoriza as autoridades fiscais a desconsiderarem atos ou negócios jurídicos praticados com a *“finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”*. Conforme disposição expressa do próprio dispositivo, a sua aplicação requer regulamentação por Lei Ordinária, o que ainda não foi efetuado, de forma que as autoridades fiscais não possuem nenhum normativo que autorize a desconsideração de atos legitimamente praticados.

## V. O DIREITO: A ALEGAÇÃO DE ÁGIO FUNDAMENTADO EM MAIS-VALIA DE ATIVOS INTANGÍVEIS

176. O valor do ágio aproveitado fiscalmente pelo Recorrente: o ágio aproveitado fiscalmente pelo Recorrente corresponde: (i) ao ágio alocado contabilmente ao relacionamento com clientes (R\$ 127 milhões); e (ii) ao *goodwill* por rentabilidade futura residual (R\$ 396 milhões). O valor do aproveitamento anual do ágio total (relacionamento com clientes + *goodwill*) soma o montante de R\$ 104 milhões.

177. O valor do ágio aproveitado anualmente pela Recorrente não abrange a parcela do preço de aquisição alocada contabilmente a marcas e a tecnologia. Diferentemente do que pressupôs a Fiscalização, a Recorrente adotou uma postura conservadora e apenas a parcela alocada contabilmente à carteira de clientes e ao *goodwill* por rentabilidade futura foram deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSL.

198. No presente caso, conforme será demonstrado, a fundamentação econômica que levou ao pagamento do preço para aquisição da Tortuga foi a projeção de rentabilidade futura do ativo, trazida a valor presente. A motivação econômica para o pagamento do preço foi a expectativa de recuperar o caixa investido com a rentabilidade trazida pelo investimento – e essa fundamentação econômica foi devidamente comprovada por meio de laudo de avaliação, conforme exigido pela regulamentação aplicável.

199. Os critérios de alocação do ágio trazidos pelas novas regras contábeis (mensuração dos ativos e passivos líquidos pelo seu valor justo, com reconhecimento de *goodwill*) não eram relevantes para fins de evidenciar a justificativa econômica para o pagamento do preço (e reconhecimento do ágio). A justificativa econômica era a expectativa de rentabilidade futura do negócio adquirido.

## VI. O DESCABIMENTO DA MULTA ISOLADA

241. É inviável a aplicação simultânea da multa de ofício e multa isolada, em respeito ao princípio da consunção. Como já consolidado na jurisprudência do CARF, quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a da primeira.

### B. DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA NO ANO-CALENDÁRIO DE 2014

253. Considerando o exposto, devem ser canceladas prontamente as exigências fiscais relativas ao ágio e à dedução de despesas financeiras realizadas no ano-calendário de 2014, uma vez que já alcançadas pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

## VII. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

258. Considerando que são aplicáveis à CSL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, são válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Recorrente também para efeitos de recolhimento da CSL. Dessa forma, tendo demonstrado no presente Recurso Voluntário a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSL.

Com base em tais alegações, a Recorrente pleiteia pelo integral cancelamento dos Autos de infração em decorrência da comprovação de que (i) a premissa fática sob a qual se fundamenta a exigência (DSM Suíça seria a real adquirente) não é verdadeira e de que (ii) houve efetivos propósitos negociais na aquisição realizada pela *DSM Ltda*.

Através do Despacho de Encaminhamento de fls. 3.660, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN para que fosse intimada quanto a interposição do Recurso Voluntário. Na sequência, a PGFN apresentou Contrarrazões de fls. 3.733/3.762 em que sustenta, em síntese, as seguintes questões:

### Preliminares

#### A – Nulidade da decisão recorrida

A contribuinte defende a nulidade da decisão recorrida.

Não há nulidade a ser reconhecida. Basta ver do seguinte excerto do TVF que a decisão da DRJ seguiu rigorosamente alinhada com os fundamentos da autuação (fls. 1373):

“Dessa forma, a artificialidade do caso fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:

(i) Vontade declarada – assunção indireta do controle da TORTUGA, através do controle da DSM LTDA por suas sócias estrangeiras: a DSM AG e a DSM NEDERLAND.

(ii) Vontade real aferida – aquisição da TORTUGA, com a transferência do Ágio para a DSM LTDA e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela TORTUGA, através da incorporação às avessas da DSM LTDA, fazendo ocorrer de forma forçada a confusão patrimonial exigida na Lei nº 9.532/1997.

Vale ressaltar que não se está aqui a defender que a TORTUGA não deveria ter incorporado a DSM LTDA. Não. O que se está aqui demonstrando é que a amortização do Ágio transferido para dentro da TORTUGA não poderá ser oponível ao Fisco.

### Mérito

#### B – Dos ágios

##### B.1. Considerações gerais sobre o ágio

Portanto, a finalidade do disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante a incorporação. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida. Esta é a questão que impõe seja solucionada no presente caso.

De acordo com a previsão legal, qualquer situação diferente da hipótese aqui ventilada não admite a dedução da despesa com amortização do ágio. Uma incorporação, fusão ou cisão societária que envolva, por exemplo, uma interposta pessoa como investidor (empresa-veículo) não permitirá a aplicação do benefício fiscal instituído pelo artigo 386 do RIR/99. O ágio pode até existir \_contabilmente, mas não será dedutível na apuração do lucro real.

##### C.2 – Ágio na aquisição da Tortuga – real adquirente

No caso concreto, a “premissa” da autoridade fiscal é que a DSM Itda serviu somente como canal de trânsito na aquisição da Tortuga, pois está evidente o fluxo financeiro que partiu da DSM AG apenas 4 dias antes da aquisição, e inclusive depois de firmado o contrato de compra e venda (07/08/2012).

A subsidiária brasileira, com pequena capacidade operacional e financeira, foi utilizada como veículo de passagem, transferindo os recursos da entidade do grupo que detinha capacidade financeira para os vendedores. Em que pese tivesse atividade operacional própria, a DSM Itda. não tinha condições de realizar a aquisição já contratada.

Assim, o fato de não ser mera empresa de prateleira não impossibilita que ela seja usada como mera repassadora de recursos numa operação específica como a aquisição da Tortuga – e de fato o foi. Basta olhar o fluxo financeiro. A empresa não necessariamente será efêmera em sua existência, podendo ser efêmera em sua participação em dado negócio, usada apenas para fazer o repasse de recursos financeiros em benefício de terceiros, a fim de possibilitar a criação de um ágio a ser aproveitado no Brasil.

Em nenhum momento o Fisco questiona: i) a importância estratégica da aquisição da Tortuga pelo grupo DSM; ii) a reunião de negócios similares do mesmo grupo econômico numa só entidade.

O que se questiona é quem seria o real adquirente da participação societária na Tortuga, isto é, quem deveria ter o ágio do investimento realizado registrado em sua contabilidade. O objeto de questionamento é se essa posição de comprador foi artificialmente deslocada para uma sociedade que tinha a capacidade jurídica de incidir na hipótese legal que permite a amortização fiscal do ágio, e se o foi por essa razão precípua.

Em casos como tal, a jurisprudência da CSRF sobre a utilização de empresas-veículo para fins de amortização fiscal de ágio tem entendido que é prescindível analisar quaisquer propósitos negociais alegados pelos contribuintes: se a confusão patrimonial não envolveu aquela sociedade que efetivamente realizou o investimento, isto é, quem forneceu os recursos financeiros ou a capacidade econômica de endividamento para obtê-los, o ágio amortizado não será dedutível, por ausência de incursão material, verdadeira, na hipótese prevista no art. 386 do RIR/99.

#### C.2 – Ágio na aquisição da Tortuga fundado nos Ativos Intangíveis

Não obstante os fundamentos apresentados para a manutenção integral do lançamento, há uma parte, pelo menos, que possui ainda mais um fundamento que lhe autoriza a manutenção. É que a autoridade fiscal revelou que parte do ágio pago na aquisição da TORTUGA teve como fundamento o valor de mercado de Ativos Intangíveis.

A dedutibilidade pretendida pela recorrente é restrita à parcela do ágio pago que se refira à expectativa de rentabilidade futura da investida. Conforme previsão do artigo 386, em seu inc. III, § 2º, o ágio na aquisição de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, não poderá ser amortizado.

Como bem ressaltou o julgador de piso, o próprio Relatório que subsidiou a apuração do ágio, em linha com o acima exposto, descreveu a “relação com Clientes”, no valor de mercado de R\$ 127.303 mil, como enquadrada entre os ativos intangíveis, apresentando-a como “ativo intangível identificável”.

Diante do exposto, não é admissível que a interessada queira que uma mesma grandeza avaliada apresente duas naturezas distintas, conforme seus interesses. Ou o ágio foi pago por uma razão, devidamente registrada e avaliada (valor de mercado), ou o foi por outra (rentabilidade futura).

Portanto, conclui-se que a DSM S/A reduziu irregularmente seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL, pois não fazia jus ao benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99, tanto por conta do valor total do ágio, quanto por ter incluído neste ágio, os valores referentes aos Ativos Intangíveis: Marcas e Relacionamento com Clientes da TORTUGA.

Diante do exposto, a PGFN requer que seja negado provimento ao Recurso Voluntário.

Em 14/10/2021, a *DSM Produtos Nutricionais Brasil S.A.* apresentou Manifestação em face das Contrarrazões da PGFN (fls. 3.767/3.783) em que sustenta, resumidamente, que as alegações formuladas pela Procuradoria não possuem qualquer amparo fático ou jurídico em razão de quatro pontos principais:

(1) O ágio amortizado pela Recorrente: em sentido oposto ao que a PGFN busca fazer crer, muito embora não existisse vedação ao aproveitamento do ágio alocado contabilmente aos ativos intangíveis, a Recorrente não amortizou para fins fiscais ágio fundamentado em valor de mercado dos ativos intangíveis do investimento adquirido, vez que: (i) os valores decorrentes da amortização contábil dos ativos intangíveis não foram deduzidos para fins fiscais, mas sim adicionados ao LALUR da Recorrente com o fim de impedir qualquer tipo de impacto na sua apuração tributária; e (ii) a Recorrente apenas aproveitou ágio sobre os valores alocados à carteira de clientes e ao goodwill, diferentemente do que pressupôs a PGFN;

(2) Vigência do RTT: à época dos fatos discutidos nestes autos, estava vigente o Regime Tributário de Transição (“RTT”), que conferia neutralidade tributária às novas normas contábeis editadas no contexto do Novo Regime Contábil e, portanto, determinava a aplicação, para fins fiscais, das normas vigentes durante o Regime Contábil Tradicional. Nesse sentido, a legislação aplicável à época não estabelecia qualquer ordem de

alocação prévia do ágio, sendo que o ágio por expectativa de rentabilidade futura era fundamento autônomo e independente;

(3) A inexistência de vedação ao aproveitamento fiscal de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do investimento a partir de seus ativos intangíveis: o CPC 15 apenas dispõe sobre o reconhecimento e a mensuração dos ativos intangíveis adquiridos através de uma operação de combinação de negócios, sem qualquer vedação quanto à possibilidade de ativos intangíveis fundamentarem o pagamento de ágio com base na expectativa de rentabilidade futura do investimento; e

(4) A inexistência de classificação dos ativos intangíveis em duas naturezas diferentes: ao contrário do que foi afirmado pela PGFN, o caso sob análise não envolve atribuição de duas naturezas distintas à mesma grandeza. Pelo contrário: o custo de aquisição alocado pelo Laudo DCF a “relacionamento com clientes” corresponde à expectativa de rentabilidade futura da Tortuga esperada a partir carteira de clientes desta entidade, conforme devidamente fundamentado por laudo de avaliação elaborado de acordo com legislação tributária e jamais questionado pela Fiscalização ou PGFN, não havendo qualquer vedação quanto à sua amortização fiscal.

E, aí, os autos foram encaminhados a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF para que o Recurso Voluntário seja apreciado, e, posteriormente, foram distribuídos a este Relator mediante sorteio.

É o Relatório.

## VOTO VENCIDO

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator *ad hoc*.

Como Redator *ad hoc*, sirvo-me da minuta de voto inserida pelo relator original, conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzida, cujo posicionamento adotado não necessariamente coincide com o meu.

### 1. Do Juízo de Admissibilidade do Recurso de Ofício

De início, devemos examinar se o Recurso de Ofício interposto pelo Presidente da 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO se enquadra na hipótese prevista artigo 34, inciso I do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997, que dispõe que “a autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do

*pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda”.*

À época em que o Acórdão nº 14-103.229 foi proferido vigia a Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, que, em seu artigo 1º, dispunha que o Recurso de Ofício deveria ser proposto nas hipóteses de exoneração do sujeito passivo em valor superior do pagamento do tributo e encargos de multa em valor total superior a R\$ 2.500.000,00.

Ocorre que, recentemente, foi publicada a Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023, que acabou alterando o limite de alçada do Recurso de Ofício para R\$ 15.000.000,00. Confira-se:

**“Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023”**

Estabelece limite para interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, substituto, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolve:

**Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).**

**§ 1º** O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

**§ 2º** Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

**Art. 2º** Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

**Art. 3º** Esta Portaria entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2023.” (grifei).

A rigor, registre-se que a análise do limite de alçada do Recurso de Ofício deve ser realizada no momento em que este E. CARF estiver por averiguar a admissibilidade do Recurso, aplicando-se, pois, o limite de alçada vigente à época da sua apreciação, conforme preceitua a Súmula CARF nº 103. *In verbis*:

**“Súmula CARF nº 103”**

Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.”

No caso concreto, registre-se que, ao afastar a aplicação da multa qualificada de 150%, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/SPO acabou exonerando a *DSM Produtos S/A* do pagamento de mais de R\$ 15.000.000,00, haja vista que a cobrança das multas qualificadas de IRPJ e CSLL perfaziam o montante original de, respectivamente, R\$ 25.491.405,77 e R\$ 9.834.372,38, conforme se observa das tabelas abaixo (fls. 1.412 e 1.427):

Período de Apuração	Vencimento	Imposto	Multa (%)	Valor da Multa
2014	31/03/2015	2.994.135,71	150,00	4.491.203,56
2016	31/03/2017	14.000.134,81	150,00	21.000.202,21
<b>Total</b>		<b>16.994.270,52</b>		<b>25.491.405,77</b>

Período de Apuração	Vencimento	Contribuição	Multa (%)	Valor da Multa
2014	31/03/2015	1.284.670,77	150,00	1.927.006,15
2016	31/03/2017	5.271.577,49	150,00	7.907.366,23
<b>Total</b>		<b>6.556.248,26</b>		<b>9.834.372,38</b>

Considerando, pois, que o montante do crédito exonerado relativo ao afastamento da multa qualificada de 150% ultrapassa o limite de alcada de R\$ 15.000.000,00, deve-se conhecer do Recurso de Ofício, o qual, a rigor, deverá ser analisado oportunamente.

## 2. Do Juízo de Admissibilidade e do conhecimento parcial do Recurso Voluntário

Quanto a análise da requisito da tempestividade do Recurso Voluntário interposto pela *DSM Produtos S/A*, verifico, de plano, que, em 20/12/2019 (sexta-feira), *DSM Produtos S/A* foi intimada da resultado do julgamento do Acórdão nº 14-103.229, conforme se verifica do Termo de Ciência de fls. 3.559, de sorte que o prazo de 30 dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72<sup>1</sup> começou a fluir no dia 23/12/2019 (segunda-feira) e findar-se-ia no dia 21/01/2020 (terça-feira). A rigor, veja-se que a interessada protocolou seu Recurso Voluntário no dia 20/01/2020 (segunda-feira), do que se conclui pela sua tempestividade. Além do mais, o Recurso foi assinado por procurador legalmente habilitado a tanto, de modo que o requisito da legitimidade também resta preenchido.

Considerando, pois, que o Recurso Voluntário foi formalizado dentro do prazo fixado no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72<sup>2</sup> e preenche os demais pressupostos de

<sup>1</sup> Cf. Decreto nº 70.235/72. Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

<sup>2</sup> Cf. Decreto nº 70.235/72. Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

admissibilidade recursais, devo conhecê-lo e, por isso mesmo, passo a apreciá-lo e examinar as alegações preliminares e meritórias que restaram formuladas.

Mas, antes de adentrar na análise das alegações suscitadas, entendo por fazer uma observação de natureza processual no sentido de justificar que o Recurso Voluntário deve ser conhecido apenas em parte, já que, quando da apresentação da Impugnação de fls. 3.393/3.467, a ora Recorrente não havia formulado o tópico *D.5 – Outras razões que impossibilitam a desconsideração dos efeitos tributários do aproveitamento tributário do ágio* de fls. 3.598/3.599, de sorte que as questões ali erigidas não foram objeto de debate por parte da 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO e, por isso mesmo, não foram devolvidas a esta instância julgadora revisora.

Tais alegações não podem ser aqui conhecidas e, portanto, não deverão ser objeto de análise por parte deste Colegiado, uma vez que se tratam de questões novas. É que o Recurso possui o efeito devolutivo pelo qual são transferidas, para a instância superior, apenas as questões alegadas pelo contribuinte em sede de Impugnação que, a propósito, e no seu entendimento, devem ser revistas pela Autoridade julgadora revisora. Eis aí o efeito devolutivo típico dos recursos, que deve ser compreendido como um efeito de transferência, ao órgão *ad quem*, do conhecimento das matérias e alegações que já tenham sido objeto de decisão por parte do juízo *a quo*.

Nas palavras dos processualistas Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>3</sup>,

“A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) *a quo*. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC). A extensão do efeito devolutivo determina o objeto litigioso, a questão principal do procedimento recursal. Trata-se da dimensão horizontal do efeito devolutivo.

A profundidade do efeito devolutivo determina as questões que devem ser examinadas pelo órgão *ad quem* para decidir o objeto litigioso do recurso. Trata-se da dimensão vertical do efeito devolutivo. A profundidade identifica-se com o material que há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar. Para decidir, o juízo *a quo* deveria resolver questões atinentes ao pedido e à defesa. A decisão poderá apreciar todas elas, ou se omitir quanto a algumas delas (...).”.

Registre-se, ainda, que, no âmbito do processo administrativo fiscal, as discordâncias lançadas em sede recursal não devem ser opostas contra o lançamento em si, mas, sim, contra as questões processuais e meritórias que restaram perfilhadas e analisadas pela Autoridade julgadora *a quo*. Esse entendimento, inclusive, encontra amparo na própria

<sup>3</sup> DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. vol. 3. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 143-144.

jurisprudência desta 2<sup>a</sup> Turma Ordinária da 3<sup>a</sup> Câmara, conforme se verifica dos precedentes citados abaixo:

**“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

[...]

(Processo nº 10380.003719/2005-41. Acórdão nº 1302-004.585. Conselheiro relator Paulo Henrique Silva Figueiredo. Sessão de 18/06/2020)."

Em suma, tem-se que as questões formuladas pela Recorrente no tópico *D.5 – Outras razões que impossibilitam a desconsideração dos efeitos tributários do aproveitamento tributário do ágio* (fls. 3.598/3.599) não devem ser conhecidas, já que são consideradas alegações novas e constituem o que a doutrina e a jurisprudência têm denominado de *inovações recursais*, de sorte que esta Turma não poderá examiná-las, porque, se o fizesse, estaria afrontando os princípios do *duplo grau de jurisdição e da não supressão de instâncias* que, sem dúvidas, devem ser aplicados no ambiente do Processo Administrativo Fiscal.

**3. Da análise da alegação preliminar de nulidade da Decisão de 1<sup>a</sup> instância**

A Recorrente pugna, de início, pela nulidade da Decisão recorrida por suposta inovação quanto a fundamentação do lançamento tributário, já que “*em nenhum momento, o Auto de Infração fundamentou a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio reconhecido na aquisição da Tortuga com base na alegação de transferência de ágio*”, sendo que, no seu entendimento, a 13<sup>a</sup> Turma da DRJ/RPO teria se amparado em tal premissa enquanto razão de decidir, conforme se verifica dos trechos abaixo colacionados:

“25. No entanto, quando da análise da Impugnação apresentada pela Recorrente, a Decisão Recorrida alegou que a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio estaria relacionada com a “transferência do ágio”:

‘Entende-se não haver, no presente caso, simulação, posto que a constituição da empresa DSM LTDA. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas, sendo desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da

transferência do ágio pago pela DSM Suíça, na aquisição da Tortuga, para o patrimônio da DSM LTDA., e da posterior incorporação desta pela Tortuga, atual DSM S.A.

Cumpre destacar que diversos casos relativos à interposição de empresa-veículo foram analisados por esta julgadora, e, em sua maioria, reputou-se ocorrida a simulação.

Contudo, o presente destoa dos demais porque o ato de formação da DSM Ltda. Não se encontra maculado. Não fora simulada a constituição e sua atividade por diversos anos.

Ainda que a contribuinte tenha entendido (de forma equivocada) ser viável a transferência do ágio entre as empresas a fim de atender formalmente às exigências da lei, os atos não foram evitados de ilicitude. Não há, portanto, que se falar em simulação, mas em planejamento tributário ineficaz.””

De logo, confira-se o que o artigo 59, inciso II do Decreto nº 70.235/72 dispõe:

**“Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.**

**Art. 59.** São nulos:

**I** - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

**II** - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

É de se reconhecer que a regra prevista no artigo 59, inciso II do referido Decreto atende a pressuposto processual de ato decisório, porquanto a obediência ao princípio constitucional da ampla defesa é mandatória em todo o processo administrativo fiscal. É por isso mesmo que as decisões administrativas devem ser emitidas sempre em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa sob pena de serem consideradas nulas pela falta de elemento essencial à sua formação.

Nas palavras de Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka<sup>4</sup>,

“[A nulidade no processo administrativo fiscal] Só deve ser reconhecida excepcionalmente, quando verificada: a) incompetência do servidor que lavrou praticou o ato, lavrou termo ou proferiu o despacho ou decisão; ou b) violação ao direito de defesa do contribuinte em face de qualquer outra causa, como vício na motivação dos atos (ausência ou equívoco na fundamentação legal do auto de infração), indeferimento de prova pertinente e necessária ao esclarecimento dos fatos, falta de apreciação de argumento de defesa do contribuinte.”

<sup>4</sup> PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito processual tributário: Processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, Não paginado.

O fato é que, ao defender que a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/POR teria inovado quanto aos fundamentos jurídicos, a Recorrente acaba invocando, implicitamente, a aplicação do artigo 146 do Código Tributário Nacional, que dispõe que a Autoridade fiscal não pode modificar os critérios jurídicos adotados no exercício do lançamento em relação a um mesmo sujeito passivo e no que diz respeito a fato gerador ocorrido anteriormente à sua introdução. Confira-se:

**“Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966”**

**Art. 146.** A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Nesse ponto, indaga-se: qual o significado da expressão “critérios jurídicos”? Trata-se de expressão que, como tantas outras, apresenta diversos significados, sendo que o que melhor se apresenta é no sentido de equipará-la à ideia de *ponto de vista*, de sorte que um critério jurídico há de ser compreendido como uma interpretação dentre as diversas que uma norma jurídica pode ter sem que se possa razoavelmente cogitar-se de erro.

De acordo com Hugo de Brito Machado<sup>5</sup>,

“A imodificabilidade do critério jurídico na atividade de lançamento tributário é um requisito para a preservação da segurança jurídica. Na verdade a atividade de apuração do valor do tributo devido é sempre uma atividade vinculada. A possibilidade de mudança de critério jurídico, seja pela mudança de interpretação, seja pela mudança do critério de escolha de uma das alternativas legalmente permitidas, transformaria a atividade de lançamento em atividade discricionária, o que não se pode admitir em face da própria natureza do tributo, que há de ser cobrado, por definição, mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Compulsando os autos, verifica-se, contudo, que não assiste razão à Recorrente. Conforme a PGFN bem apontou em suas Contrarrazões de fls. 3.733/3.762, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO seguiu rigorosamente alinhada com os fundamentos que foram adotados na motivação do lançamento, os quais, aliás, foram expostos às fls. 1.373 do TVF:

“E justamente essa era a intenção da Fiscalizada, simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. A simulação absoluta ocorreu em razão da participação da DSM na aquisição da TORTUGA, a contabilização do Ágio na DSM

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional. Arts. 139 a 218. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84/85.

LTDA e a posterior incorporação desta pela TORTUGA, buscando a confusão patrimonial do Ágio da TORTUGA nela própria. O verdadeiro objetivo das operações era que o Ágio fosse colocado na DSM LTDA e depois, com sua incorporação às avessas pela TORTUGA, fossem criadas as condições legais para sua amortização.

Dessa forma, a artificialidade do caso fica caracterizada em decorrência da seguinte divergência entre a vontade declarada e a vontade real aferida dos fatos:

- (i) Vontade declarada – assunção indireta do controle da TORTUGA, através do controle da DSM LTDA por suas sócias estrangeiras: a DSM AG e a DSM NEDERLAND.
- (ii) Vontade real aferida – aquisição da TORTUGA, com a transferência do Ágio para a DSM LTDA e aproveitamento fiscal da “mais valia” pela TORTUGA, através da incorporação às avessas da DSM LTDA, fazendo ocorrer de forma forçada a confusão patrimonial exigida na Lei nº 9.532/1997.

Vale ressaltar que não se está aqui a defender que a TORTUGA não deveria ter incorporado a DSM LTDA. Não. O que se está aqui demonstrando é que a amortização do Ágio transferido para dentro da TORTUGA não poderá ser oponível ao Fisco.”

Além do mais, note-se, ainda, que a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/POR continuou sustentando a ausência de *confusão patrimonial* como sendo a razão da glosa do ágio tal qual havia sido apontando pela Autoridade autuante ao lavrar os Autos de infração.

Por essas razões, entendo por rejeitar preliminar de nulidade da decisão de 1<sup>ª</sup> instância, não se cogitando, pois, de qualquer inovação quanto aos fundamentos jurídicos que fundamentam a autuação fiscal.

#### **4. Da análise das alegações de Mérito quanto à amortização do ágio**

##### **4.1. Da legislação aplicável ao caso em apreço e das premissas adotadas referentes ao contexto histórico em que a Lei nº 9.532/1977 foi editada**

Conforme relatado, a questão de fundo que ora se analisa diz respeito à dedutibilidade do ágio gerado na aquisição da *Tortuga Cia Zootécnica Agrária* pela *DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda.*, cuja operação foi realizada em 05/04/2013 pelo valor de R\$ 1.218.877.585,86, sendo que, do montante total, R\$ 730.067.495,53 correspondem ao ágio e R\$ 488.810.088,33 se referem aos valores a título de custos.

E, aí, tendo em vista que a operação foi realizada em 05/04/2013, tem-se que a amortização do ágio aqui discutido deve ser analisada à luz do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1997, combinado com os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não se aplicando, pois, os artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 12.973/2014.

Confira-se, então, o que dispunham, originalmente, o artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1997 e, também, os artigos 8º e 9º da Lei nº 9.352/1997:

**“Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\*\*\*

**Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Observa-se que a amortização do ágio pressupõe, apenas, a realização de uma operação incorporação, fusão ou cisão entre a pessoa jurídica que detinha a participação societária adquirida com ágio e a pessoa jurídica investida.

A constatação de que o ágio é parte do custo de aquisição do investimento, cujo montante, na ausência de regra específica, seria integralmente dedutível no momento da sua baixa ou liquidação, acaba evidenciando que o artigo 7º da referida Lei não instituiu qualquer tipo de benefício fiscal. Mas, é certo que a doutrina tem divergido em relação ao contexto histórico que norteou a edição da Lei nº 9.532/1997 e à caracterização do ágio como um benefício fiscal ou não.

“De um lado, a corrente doutrinária predominante defende que a Lei nº 9.532/1997 foi editada para estimular o processo de privatização das empresas públicas, no contexto do Plano Nacional de Desestatização preparado pelo Governo Federal.

De outro lado, a corrente minoritária argumenta, com base no item 11 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.602/1997, convertida na Lei nº 9.532/1997, que essa lei teve o objetivo de coibir planejamentos tributários que acarretavam a dedução integral do ágio no momento da incorporação, fusão ou cisão, por meio da incorporação de uma sociedade lucrativa por pessoa jurídica deficitária (...)<sup>6</sup>”.

À época do *Plano Nacional de Desestatização*, os potenciais investidores tinham receio em relação à possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio em operações de incorporação reversa, haja vista que o problema estava na confusão patrimonial exigida para o aproveitamento do ágio, porquanto, sob o ponto de vista prático, seria virtualmente impossível a absorção da empresa operacional, com diversos ativos, registros, estabelecimentos, e empregados, pela

<sup>6</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 30.

pessoa jurídica utilizada como veículo para a aquisição da participação societária, de modo que a incorporação reversa acarretava riscos que o mercado não estava disposto a absorver<sup>7</sup>.

Daí que foi editada a Medida Provisória nº 1.602/1997 que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532/1997, de sorte que um dos incentivos trazidos pela referida Lei nº 9.532/1887 consistiu na flexibilização quanto a permissão para a dedução fiscal do ágio mesmo nos casos em que o investimento não fosse obrigatoriamente avaliado pelo MEP, bem como nos casos em que havia incorporação reversa da sociedade investidora pela sociedade investida, cuja redução da rigidez legal pode ser extraída do próprio artigo 8º da respectiva Lei nº 9.532/1997.

De acordo com as lições de Ramon Tomazela Santos<sup>8</sup>,

“(...) a incorporação reversa já era permitida implicitamente, em razão da ausência de restrição legal e de sua validade no âmbito do direito societário. De qualquer forma, o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 eliminou eventuais dúvidas que poderiam existir, ainda mais quando se considera que a própria Exposição de Motivos, no item 11 transcrito anteriormente, menciona ‘a *incorporação da empresa lucrativa deficitária*’, o que constitui um caso típico de incorporação reversa que gerava – e ainda gera – discussões, sobretudo quando realizada apenas para fins de aproveitamento de prejuízos fiscais.

Observa-se que o artigo 8º da Lei nº 9.532/1997 também alcança a chamada ‘cisão reversa’, na qual o investimento é absorvido pela sociedade investida. Porém, a redação do texto legal incorre em atecnia ao pressupor a possibilidade de ocorrência de ‘fusão reversa’, o que se verifica do trecho ‘a *empresa (...) fusionada* (...) for aquela que detinha a propriedade da participação societária’. Como a fusão pressupõe a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma pessoa jurídica nova, com a extinção das sociedades fusionadas, não há a possibilidade de sua realização reversa, como se fosse um modo de absorção da sociedade investidora pela sociedade investida”.

Dito isto, tem-se a premissa que deve ser aqui fixada é no sentido de que, uma vez que o artigo 8º, “b” da Lei nº 9.532/1997 dispôs, expressamente, que “*o disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária*”, a própria Lei acabou autorizando a dedução do ágio inclusive quando da realização de operações “reversas” ou “às avessas”.

#### **4.2. Dos critérios adotados pela(s) Autoridade(s) quanto a glosa da amortização do ágio**

<sup>7</sup> MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. Tributos Federais e o Novo Padrão Contábil – Comentários à Lei nº 12.973/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 143.

<sup>8</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 32.

De início, frise-se que a Autoridade fiscal entendeu por glosar a amortização do ágio que foi gerado quando a *DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda.* adquiriu a participação societária na *Tortuga* com base nos seguintes argumentos principais:

- (i) Inexistência de confusão patrimonial entre a suposta real adquirente e a sociedade adquirida:

Segundo a Fiscalização, a real adquirente da participação societária da *Tortuga* seria a *DSM Nutritional Products Holding AG*. (“*DSM Suíça*” ou “*DSM AG*”), já que tal sociedade, em conjunto com a *DSM Nutritional Products Netherland B.V.*, (“*DSM Netherland*”), aportaram, respectivamente, 99,99% e 0,01% como parte dos recursos relativos à respectiva aquisição quando do aumento de capital da *DSM Ltda.*, de modo que, no caso, não teria ocorrido a confusão patrimonial entre a suposta real adquirente *DSM Suíça* e a sociedade adquirida *Tortuga*.

- (ii) Fundamentação do ágio pago:

Ainda que o valor do ágio tenha sido justificado com base na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, veja-se que uma parcela do preço pago pela *DSM Ltda.* se refere a ativos intangíveis da adquirida, de sorte que, nesse contexto, as Autoridades fiscais sustentam que, à luz do artigo 20, inciso I e § 2º, alínea “c” do Decreto-Lei nº 1.598/1977, o ágio deveria ter sido alocado e fundamentado como “*fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*” e, por isso mesmo, não poderia ter sido amortizado ou aproveitado.

Como se pode observar, a premissa adotada pela Fiscalização, enquanto motivação do lançamento e da glosa quanto a amortização do ágio, é a de que o aporte de capital realizado pela *DSM Suíça* e *DSM Nederland* na *DSM Ltda.* revela que a real adquirente seria a sócia estrangeira *DSM Suíça*, enquanto detentora do poder de decisão e dos recursos, e não a *DSM Ltda.*, de modo que, no caso, a “confusão patrimonial” entre adquirida e adquirente foi implementada artificialmente em desacordo com o que preceitua o artigo 386 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99). Além disso, a Autoridade sustenta que parte desse ágio refere-se à aquisição das marcas *Tortuga*, *Fosbovi* e *Bovigold* e, também, do Ativo Intangível Relacionamento com Clientes.

Quando do julgamento da Impugnação da *DSM Produtos S/A*, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO proferiu o Acórdão nº 14-103.229 (fls. 3.471/3.541) e, na oportunidade, acabou julgando a defesa parcialmente procedente apenas para cancelar a multa qualificada de 150%, sendo que,

de resto, a Turma manteve a glosa da amortização do ágio com base no suposto desrespeito aos requisitos previstos na legislação tributária, conforme se verifica dos trechos abaixo reproduzidos:

“No caso em tela, insta verificar a correição da amortização do ágio levando-se em conta o desejo que impulsionou a realização dos atos em conjunto, a despeito da licitude de cada ato em separado.

[...]

Evidencia-se que as seguintes operações ocorridas, com o alegado propósito de reorganização societária da Impugnante, possuem forte correlação com os requisitos formais previstos nos art. 385 e 386 do RIR:

- Aumento de capital da DSM Ltda. com recursos da DSM Suíça;
- Aquisição pela DSM LTDA. (empresa brasileira) da Tortuga, com ágio;
- incorporação às avessas da DSM LTDA. pela Tortuga, que posteriormente passou a se chamar DSM S.A.

O entendimento da fiscalização é de que houve ação dolosa tendente a criar artificialmente fatos que possibilitessem a amortização do ágio após a incorporação da DSM Ltda. pela Tortuga. Conclui o autuante que esses atos negociais não possuíram motivação econômica, mas visaram unicamente o aproveitamento fiscal do ágio.

De pronto, não se nega aos agentes econômicos a possibilidade de organizar seus negócios da maneira que lhes aprouver. No caso, os ganhos objetivados com a aquisição da Tortuga não estão sendo desconsiderados pela Administração Tributária, ou mesmo questionados. A problemática levantada refere-se exclusivamente ao ato de amortização do ágio pela própria Tortuga (DSM S.A.), após incorporar a DSM Ltda.

Portanto, quando a fiscalização cita amortização de ágio de si mesma, é esse ponto que destaca.

A empresa Tortuga (impugnante) fora adquirida para ter como controladora direta a DSM Suíça, como fazem crer as operações societárias realizadas entre as empresas participantes da pretensa “reorganização societária”. Entretanto, o grupo teria se utilizado da DSM LTDA. para efetuar a compra com ágio da Tortuga e permitir que, com a incorporação, a própria Tortuga o aproveitasse.

Frise-se: não há que se questionar as vantagens oriundas da compra da empresa Tortuga, mas apenas as operações utilizadas para que a amortização se tornasse possível. Podendo adquirir diretamente a Tortuga com ágio, objetivo demonstrado pelas operações levadas a efeito, a DSM Suíça, real adquirente dos negócios, efetua aumento de capital da empresa DSM LTDA. para que esta pudesse proceder à compra com ágio e, em seguida, fosse extinta por uma incorporação às avessas, de forma a criar um quadro propício para a futura amortização do ágio.

Observe-se que em nada aproveitaria à empresa DSM Suíça efetuar o registro de eventual compra da Tortuga de forma direta, posto que inexistiria direito à dedutibilidade da amortização do ágio na controladora no exterior.

De tudo o que foi exposto, verifica-se que a justificativa trazida pela empresa para o aumento de capital da DSM LTDA. e posterior aquisição do investimento e incorporação às avessas não coaduna com a verdade. Até porque, caso não houvesse a possibilidade de dedução do ágio, bastaria à DSM Suíça adquirir a Tortuga diretamente, posto que foi esse o quadro final alcançado, como bem relata a autoridade fiscal.

Inclusive, a resposta ao termo de Intimação Fiscal, trazendo as razões pelas quais a Tortuga procedeu à incorporação de sua controladora, somente reforça esse entendimento. Uma vez que a Tortuga era empresa de grande monta, com diversas filiais, grande atuação comercial, com complexidade, não faria qualquer sentido ser ela adquirida por uma empresa de pequena representatividade. Se o quadro lógico era a incorporação da menor pela maior, por que razão a menor atuou como adquirente? Por que não a DSM Suíça de forma direta?

Nesse ponto, cumpre esclarecer que se entende que o intento da fiscalização ao mencionar que nada havia mudado no quadro do grupo DSM foi demonstrar que, da mesma forma que, antes da operação de aquisição da Tortuga, a DSM Suíça era controladora da DSM Ltda., ela passou a ser controladora da DSM S.A.

[...]

Prosseguindo, depreende-se do até aqui exposto que, ao contrário do defendido pela Impugnante, as operações essenciais para permitir a amortização do ágio, quais sejam, o aumento de capital da DSM Ltda. para que efetuasse a compra da Tortuga, com a subsequente incorporação daquela por esta última, foram efetuadas sem qualquer justificativa que não a economia tributária.

Cumpre ressaltar que não se está a questionar a operação de aquisição da Tortuga pelo Grupo DSM. Nem mesmo se questiona a formação do ágio. Realmente, diante das operações realizadas, vislumbram-se razões de cunho societário e operacional, até mesmo legal, para quase todas as operações efetuadas. É possível verificar que houve, sim, um planejamento organizacional do grupo, inclusive, para levar a efeito as operações desejadas.

Entretanto, as operações que enquadrariam a contribuinte na situação prevista pela norma como hipótese de amortização do ágio (aumento de capital da DSM LTDA. e posterior aquisição da Tortuga e incorporação às avessas) não possuem qualquer lastro.

[...]

No presente caso, a real investidora (DSM Suíça) aumentou o capital da DSM Ltda., empresa até então operacional, e, posteriormente, efetuou a aquisição da Tortuga e foi incorporada às avessas pela própria Tortuga, permitindo que o requisito legal fosse atendido *apenas formalmente*, mas não substancialmente, na medida em que subsistem separadamente a real investidora (DSM Suíça) e a investida (Tortuga, atual DSM S.A.), e por consequência, *o investimento não é extinto no patrimônio da investidora*.

Assim, verifica-se que a racionalidade da norma de dedutibilidade da amortização do ágio (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997) impõe a absorção patrimonial entre a investidora e a investida, para que o ágio seja deduzido dos lucros esperados (fundamento econômico de seu pagamento).

Entretanto, justamente por conta da subsistência da real investidora (DSM Suíça), após a incorporação da DSM Ltda., a despesa de amortização do ágio pela própria investida (DSM S.A.) não configura despesa própria, mas de terceiro (DSM Suíça), por isso indevidável. A interposição de pessoa jurídica, para a aquisição do investimento, não tem o condão de alterar a situação fática de quem é a real investidora, e que suportou o ônus da operação.

Verifica-se, assim, que a amortização do ágio tal qual efetuada não logrou observar apenas um dos requisitos trazidos pela norma autorizadora: a confusão patrimonial. Não há qualquer questionamento acerca do valor pago ou do montante de ágio registrado, mas faltou a absorção do investimento pela real investidora, inviabilizando a economia tributária objetivada pela contribuinte.

[...]

Cumpre, ainda, esclarecer que, em nenhum momento, a fiscalização se utilizou do termo “Empresa-veículo”, expressão corrente na doutrina e jurisprudência tributárias contemporâneas.

[...]

No presente caso, ainda que a DSM tenha atuado efetivamente como veículo na condução do ágio legitimamente formado, não se enquadra ela como “empresa-veículo”, nos moldes em que conceituado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que a empresa teria sido formada anos antes, com atuação efetiva e controle real, por justificativas outras que não a tributária/fiscal.

Não há, no presente processo, informações que demonstrem que a DSM jamais teve real existência, ou que fora constituída com o fim único de gerar a economia tributária em

análise, portanto, não haveria que se falar de empresa-veículo, estando correta a autoridade lançadora.

Contudo, ainda que a fiscalização não mencione a expressão “empresa-veículo”, entende existir dolo na interposição da DSM Ltda. na operação de aquisição da Tortuga.

[...]

Entende-se não haver, no presente caso, simulação, posto que a constituição da empresa DSM LTDA. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas, sendo desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da transferência do ágio pago pela DSM Suíça, na aquisição da Tortuga, para o patrimônio da DSM LTDA., e da posterior incorporação desta pela Tortuga, atual DSM S.A.

## **FUNDAMENTOS DE PARCELA DO ÁGIO**

Quanto à autuação relacionada à parcela do ágio formada pelo ativo intangível “Ativo Relacionamento com Clientes”, cumpre destacar que, estando inserido no todo antes verificado, independentemente das justificativas específicas a ele relacionadas, considera-se indedutível.

Por outro lado, a contribuinte diz ter efetuado a adição ao LALUR dessa parcela em observância ao CPC nº 15, pelo que, supostamente, não teria gerado qualquer efeito no Lucro do Período:

[...]

Entretanto, não merece prosperar a defesa da contribuinte.

Ora, em verificação às declarações apresentadas pela contribuinte, constata-se que os valores adicionados ao LALUR, na verdade, visavam anular lançamentos efetuados inicialmente como encargos de amortização na “Demonstração do Resultado do Exercício”, já que indedutíveis:

[...]

Tais valores, portanto, não guardam qualquer relação com a amortização do ágio em litígio, consoante reconhecido no LALUR. Esse, sim, no valor de R\$ 104.737.879,27, como informado no Relatório Fiscal:

[...]

Com base na informação prestada pela própria contribuinte, que declarou expressamente ter efetuado a amortização de ágio de relacionamento com clientes para fins FISCAIS com base em rentabilidade futura, a fiscalização declara a indedutibilidade, de forma subsidiária, da parcela do ágio composta por ativo intangível:

[...]

Tais valores de amortização foram confirmados em LALUR e DIPJ.

Assim, improcedente a Impugnação neste ponto.

Em outra linha, defende a contribuinte que “Relações com clientes” não comporiam os ativos intangíveis, devendo ser consideradas como expectativa de rentabilidade futura.

Contudo, de acordo com os excertos retirados do documento apresentado pela contribuinte às fls. 924 a 1077, nomeado “Resumo de Relatório de Avaliação”:

[...]

Portanto, apesar das justificativas trazidas em sede de impugnação, verifica-se que, mesmo a empresa contratada para a elaboração do Relatório que subsidiou a apuração do ágio defendido entende que a “relação com Clientes”, no valor de mercado de R\$ 127.303 mil, enquadrar-se-ia entre os ativos intangíveis, apresentado justificativas para considerá-la “ativo intangível identificável”.

Destaque-se que a American Appraisal se utiliza exatamente dos fundamentos apresentados pela impugnante, mas com conclusões opostas.

Até porque, distintamente do defendido pela contribuinte, as relações com clientes são passíveis de identificação. Tanto é assim, que foram devidamente mensuradas pelo Relatório apresentado.

[...]

Cumpre, ainda, destacar que todos os ativos da contribuinte influenciariam, ainda que de maneira indireta, a rentabilidade futura da contribuinte.

[...]

O legislador, ao elaborar o art. 20 do DL 1.598/77, segregou o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas do valor de rentabilidade futura. Nestes contexto, não se pode olvidar que, para efeitos fiscais, deve-se considerar a existência dos três fundamentos econômicos citados pela legislação:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Assim, não merecem prosperar os apontamentos trazidos em Defesa.” (grifei).

Note-se que, no final, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO acabou adotando as seguintes conclusões como razões de decidir:

(i) Quanto a real adquirente das participações societárias:

A Autoridade julgadora afirmou que a sociedade controladora da Recorrente no exterior seria a real adquirente das participações societárias adquiridas no Brasil, e não a *DSM Produtos Ltda.*, já que a origem dos recursos utilizados pela *DSM Ltda.* eram de origem estrangeira.

(ii) Quanto a ausência de confusão patrimonial:

A DRJ/RPO sustenta, ainda, que, como a *DSM Ltda.* não seria a real adquirente da empresa objeto da compra e venda (*Tortuga*), não teria havido a efetiva confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que adquiriu participação societária, pagando o preço com ágio, e a própria sociedade adquirida, de sorte que, no final, não seria possível a amortização fiscal dos ágios nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997.

(iii) Quanto a dedução de marcas e patentes:

A 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/POR entendeu que parcela do ágio pago pela *DSM Produtos Ltda.* na aquisição da *Tortuga* teria sido fundamentada em mais-valia de ativos intangíveis (marcas, tecnologia e carteira de clientes). Tendo

em vista a fundamentação econômica dessa parcela do ágio pago, a Recorrente não teria direito ao aproveitamento fiscal.

A título de informação, registre-se que, em 25/03/2020, a PGFN aprestou Contrarrazões de fls. 3.733/3762 em que sustentou, em síntese, que a *DSM Ltda.* não é a sociedade adquirente, haja vista que, no seu entendimento, “*não há substância econômica capaz de relegar o fato de que DSM Itda. foi usada como mera extensão de caixa da DSM AG e que foi esta quem efetivamente realizou o investimento na TORTUGA*” (fls. 3.752), de modo que, tendo considerado a sócia estrangeira como real adquirente, não teria ocorrido a confusão patrimonial entre a adquirente e a adquirida e, portanto, não seria possível amortizar o ágio, bem assim que “*parte do ágio pago na aquisição da TORTUGA teve como fundamento o valor de mercado de Ativos Intangíveis*” (fls. 3.756).

A par dos critérios que foram adotados pelas Autoridades fiscais quanto a glosa do ágio originado da aquisição da *Tortuga* pela *DSM Ltda.*, passa-se a analisar, adiante, as questões relativas à confusão patrimonial entre a real adquirente e a sociedade adquirida e de que parte do ágio pago na aquisição da *Tortuga* teve como fundamento o valor de mercado de Ativos Intangíveis.

#### **4.3. Das circunstâncias fático-jurídicas que revestem o caso concreto - Da *DSM Ltda* enquanto sociedade operacional, do aumento de capital e da Incorporação da *DSM Ltda.* pela *Tortuga***

Em linhas introdutórias, é importante consignar, de plano, que, sob a razão social *Roche Vitimas Brasil Ltda.* (“*Roche Vitaminas*”), *DSM Ltda.* foi constituída em 13/06/2001, ou seja, quase 12 anos antes dos fatos aqui discutidos, sendo que, em outubro de 2004, o controle societário da *Roche Vitaminas* foi transferido, indiretamente, para o *Grupo DSM* e, na oportunidade, o grupo entendeu por realizar a alteração de sua denominação social de *Roche Vitaminas* para *DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda.*

Ademais, note-se, ainda em senda inaugural, que, de acordo com as suas demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2012 de fls. 2.041/2.043, é possível identificar que a *DSM Ltda.* desenvolvia atividades empresariais próprias, podendo-se destacar, aqui, (i) a receita líquida no valor total de R\$ 360.646.248,21, (ii) a existência de contas a receber de seus clientes no valor total de R\$ 50.029.328,45, (iii) a existência de mercadorias em estoque passíveis de comercialização no valor de custo de R\$ 53.736.424, (iv) a existência de carteira de clientes que comprovam a circularização de mercadorias produzidas, conforme se verifica das notas fiscais de fls. 2.044/2.0500, e, ainda, (v) a manutenção de mais de 200 empregados em seus estabelecimentos comerciais, conforme se verifica das DIRFs dos anos-calendário de 2012 e 2013

(fls. 1.455/2.040), o que significa dizer, portanto, que a entidade era, de fato, uma sociedade operacional com atividades relevantes no Brasil.

Pois bem. Em 07/08/2012, a *DSM Ltda.* assinou o Contrato de Compra e Venda de 100% das ações da *Tortuga* que, a rigor, era a sua concorrente, a fim de possibilitar o crescimento das atividades empresariais a partir da combinação de negócios, de modo que, ao final, o preço pactuado para a aquisição da *Tortuga* foi de R\$ 1.218.877.538,86, conforme se verifica abaixo (doc. 05):

“O PRESENTE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES, E OUTRAS AVENÇAS (o **“Contrato”**) é celebrado em 7 de agosto de 2012,

Entre:

De um lado,

(a) **CREUZA REZENDE FABIANI** (...) (“Creuza”); e

(b) **ESPÓLIO. DE MAX FABIANI** (...) (“Espólio” e, em conjunto com Creuza, os **“Vendedores”**);

e de outro lado,

(C) **DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA.**, sociedade de responsabilidade limitada, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Engenheiro Billings, nº 1729, edifício 31, Jaguaré, CEP 05321-010, inscrita no C.N.P.J. sob o nº 04.578.257/0001-86, com seu Contrato Social arquivado na Junta Comercial de São Paulo sob NIRE nº 35.216.932.431 (a “Compradora”).

Vendedores e Compradora são doravante designados, em conjunto, as “Partes” e, individualmente, a “Parte”,

e, na qualidade de interveniente,

(d) **TORTUGA COMPANHIA ZOOTÉCNICA AGRÁRIA**, sociedade anônima brasileira, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Centro Africana, nº 219, Santo Amaro, CEP 04730-050, inscrita no CNPJ sob o nº 56.992.951/0001-49 (“Sociedade”).

[...]

### 3. PREÇO DE COMPRA

3.1. O preço de compra será equivalente a 8 (oito) vezes o EBITDA Normalizado (o “Preço Base de Compra”), ressalvado que, em qualquer hipótese, o Preço Base de Compra não deverá ser inferior a R\$ 1.158.001.250,00 (um bilhão, cento e cinquenta e oito milhões, mil e duzentos e cinqüenta Reais) ou superior a R\$

1.223.001.250,00 (um bilhão, duzentos e vinte e três milhões, mil e duzentos e cinquenta de reais), previamente aos ajustes previstos na Cláusula 3.3 abaixo.

O Preço Base de Compra não poderá ser ajustado exceto nas condições especificamente estabelecidas neste Contrato:

- a) Na Data do Fechamento, o Preço Base de Compra será ajustado para refletir o saldo dos Elementos do Preço de Compra, da forma especificada nas Cláusulas 3.3 e 5.2 (o “**Preço de Compra Preliminar**”); e
- b) Após o Fechamento, o Preço de Compra Preliminar será novamente ajustado nos termos da Cláusula 3.3, de acordo com o procedimento previsto nas Cláusulas 3.4 e 3.5 com base nas Contas Finais (o “**Preço de Compra Final**”).

A rigor, perceba-se que a própria Autoridade fiscal acabou reconhecendo que a aquisição da *Tortuga* pela *DSM Ltda.* tinha como objetivo principal o aumento da capacidade operacional e a ampliação do mercado do *Grupo DSM* no Brasil, cujas atividades são desenvolvidas pela própria *DSM Ltda.*, conforme se observa do trecho a seguir reproduzido (fls. 1.344 do TVF):

#### **“2.4 Considerações sobre as operações efetuadas**

Da análise do processo de aquisição da Tortuga Cia. Zootécnica Agrária (56.992.951/0001-49) pela DSM Produtos Nutricionais Brasil Ltda (04.578.257/0001-86) verifica-se que se tratou de uma compra para complementação de produtos e ampliação de mercado na América Latina, mas que buscou viabilizar posteriormente, via incorporação reversa, a amortização do Ágio apurado na operação.” (grifei).

E, aí, considerando que, 01/04/2013, a *DSM Ltda.* tinha registrado e integralizado um capital social de R\$ 22.004.000,00, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária (Doc. 08) e que, portanto, a *DSM Ltda.* não possuía a integralidade dos recursos para o pagamento do preço de aquisição, a entidade decidiu captar recursos junto aos seus sócios por meio da emissão de novas cotas, de sorte que, a partir do aporte de R\$ 1.160.000.000,00 (parte do preço da aquisição), o seu capital foi aumentado pelas suas sócias *DSM Nutritional Holding AG – DSM Suíça* (99,9%) e *DSM Nutritional Products Netherland B.V – DSM Netherland* (0,01%) para R\$ 1.182.004.000,00, conforme se verifica dos Contratos de Câmbio (Doc. 21) e da Décima Quinta Alteração e Consolidação do Contrato Social (Doc. 03):

#### **“DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA.**

CNPJ/MF n.º 04.578.257/0001-86

[...]

#### **Décima Quinta Alteração e Consolidação do Contrato Social**

**DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING AG (...)**

**DSM NUTRITIONAL PRODUCTS NEDERLAND B.V. (...)**

únicas sócias da sociedade empresária limitada que gira sob a denominação de **DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA.**, doravante denominada simplesmente “Sociedade”, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Engenheiro Billings, n.º 1.729, prédio 31, Jaguaré, CEP 05321-010, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.578.257/0001-86, com seus atos constitutivos arquivados perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP sob o n.º 35.216.932.43 e com filial registrada na Junta Comercial do Estado do Paraná sob número 41900938106, resolvem, neste ato, alterar o contrato social da Sociedade, o que fazem da seguinte forma:

1. As sócias, unanimemente, decidem aumentar o capital social da Sociedade, atualmente de R\$ 22.004.000,00 (vinte e dois milhões e quatro mil reais) para R\$ 1.182.004.000,00 (um bilhão, cento e oitenta e dois milhões e quatro mil reais), com um aumento efetivo, portanto, de R\$ 1.160.000.000,00 (um bilhão, cento e sessenta milhões de reais), representado por 1.160.000.000 (um bilhão, cento e sessenta milhões) novas quotas no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada, em tudo idênticas às anteriormente existentes, as quais, com o expresso consentimento da sócia DSM NUTRITIONAL PRODUCTS NEDERLAND B.V., são neste ato totalmente subscritas pela sócia DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING AG.

2. A sócia DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING AG utiliza os recursos evidenciados nos Contratos de Câmbio nº 112351788, 112358436 e 112358491, todos com data de liquidação de até 2.4.2013, para neste ato integralizar, em moeda corrente nacional, a totalidade das quotas por ela subscritas.” (grifei).

A partir do aumento de capital realizado pelas suas sócias, que, aliás, é a fonte primária e principal de financiamento de atividades empresariais, a *DSM Ltda.* passa a ser a legítima titular dos recursos financeiros para todos os fins, e, aí, em 05/04/2013, após a verificação de todas as condições precedentes previstas no Contrato de Compra e Venda, foi realizado o fechamento da transação com o efetivo pagamento do preço em favor dos vendedores e a transferência das ações da *Tortuga* para a *DSM Ltda.*, de modo que, no final, a *Tortuga* foi adquirida pelo valor de R\$ 1.218.877.583,86, o qual, aliás, e segundo a própria Autoridade fiscal, estava dentro do intervalo contratual entre o preço mínimo e máximo fixados no Contrato de Compra e Venda.

Em decorrência da aquisição, e à luz do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598, de 26.12.1977, a *DSM Ltda.* passou a ser obrigada a desdobrar o custo do investimento na sociedade adquirida entre (i) o valor de patrimônio líquido da *Tortuga* e (ii) ágio pago na aquisição, de modo que, tendo em vista que o valor do patrimônio líquido da *Tortuga* era de R\$ 488.810.088,33, o ágio total reconhecido pela *DSM Ltda.* foi de R\$ 730.067.495,53. A rigor, note-se que o ágio foi fundamentado, integralmente, na expectativa de rentabilidade futura da participação societária

adquirida pela *DSM Ltda.*, conforme se verifica do Laudo elaborado por perito independente que, no caso avaliou o valor econômico da *Tortuga* com base no método de fluxo de caixa descontado (fls. 1.120/1.170).

Em 01/10/2013, a incorporação da *Tortuga* pela *DSM Ltda.* restou aprovada, sendo que, no caso, a incorporação foi efetuada “às avessas” ou de forma “reversa” com o propósito de reduzir custos operacionais relacionados com a continuidade das atividades operacionais após a combinação dos negócios, de acordo com o que restou apurado no Laudo de Avaliação Contábil elaborado pela empresa independente *Ernest & Young* (Doc. 23) o qual, aliás, foi aprovado na Assembleia Geral Extraordinária de 01/10/2013, conforme se verifica da própria AGE e do Protocolo de Justificação e Incorporação da *DSM Ltda.* pela *Tortuga* (Doc. 22) e, também, da Resposta apresentada ao TIF (Doc. 18). Veja-se:

**“TORTUGA COMPANHIA ZOOTÉCNICA AGRÁRIA**

CNPJ / MF nº 56.992.951/0001-49

ATA DE ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA REALIZADA AO 1º DE OUTUBRO DE 2013

[...]

II. Presença: **DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA.** (...), (I) **DSM NUTRITIONAL PRODUCTS HOLDING AG** (...) e (II) **DSM NUTRITIONAL PRODUCTS NEDERLAND B.V.** (...)

[...]

II. **Deliberações:** Foram aprovadas, pela unanimidade dos acionistas, sem ressalvas, abstendo-se de votar os legalmente impedidos, por força do art. 115 da Lei nº 6.404/76:

(a) O “Protocolo e Justificação para incorporação da DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA. pela TORTUGA COMPANHIA ZOOTÉCNICA AGRÁRIA.” (doravante simplesmente denominado como “PROTOCOLO”), celebrado em 02.09.2013 pela Administração de ambas as empresas envolvidas na operação, com a versão da totalidade do acervo líquido da DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA (...) (doravante simplesmente denominada como **DSM**” ou “Incorporada”), para a **Companhia**, com a consequente extinção da primeira. O PROTOCOLO parte integrante do presente instrumento como seu ANEXO I.

(b) Ratificação da indicação e nomeação da empresa especializada **Ernst & Young Terco Auditores Independentes S.S.** (...).

(c) O \*LAUDO DE AVALIAÇÃO DA DSM” elaborado pela empresa especializada **Ernst & Young Brasil** supra referida, que avaliou, a valores contábeis, a totalidade do acervo líquido da **DSM** incorporado pela **Companhia**, é positivo em R\$ 1.232.791.747,00 (...)

(d) A incorporação da totalidade do acervo líquido da **DSM**. Consignando que, tendo em vista o fato de que **DSM** detém, na data da Incorporação 100% (cem por cento) das ações da **Companhia**, uma vez aprovada e efetivada a Incorporação ora tratada, com versão total do acervo líquido da **DSM** para a **Companhia**, o investimento que a **DSM** mantém na **Companhia**, será eliminado contra o patrimônio líquido da **Companhia** e os ativos e passivos da **DSM** serão Incorporados pela **Companhia** (...).

[...]

A Incorporação do acervo líquido da **DSM** pela **Companhia**, nos termos dispostos no LAUDO DE AVALIAÇÃO (ANEXO II), implica na extinção da **DSM**, nos termos do PROTOCOLO (ANEXO I)

[...]

**PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO PARA INCORPORAÇÃO DA DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA. PELA TORTUGA COMPANHIA ZOOTÉCNICA AGRÁRIA**

[...]

As Partes celebram, por este instrumento, na forma e para os efeitos do que dispõem os artigos 1.117 e 1.122, da Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro) e nos artigos 224 e 225 da Lei nº 6.404/76, o PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO PARA INCORPORAÇÃO DA DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL LTDA. PELA TORTUGA COMPANHIAZOOTÉCNICA AGRÁRIA (doravante simplesmente denominado como “Protocolo”), nos seguintes termos e condições:

**i – Justificativa da Operação e Interesse das Sociedades e seus Acionistas e Sócios**

Faz-se conveniente a junção do patrimônio da Incorporadora e da Incorporada em uma estrutura jurídica única, com vistas a atingir uma melhoria de *performance* decorrente da concentração de esforços e de capitais, concomitantemente com uma simplificação da estrutura societária e administrativa, de forma a propiciar redução dos custos operacionais.

A consolidação das atividades da Incorporadora e da Incorporada implicará na otimização de sinergias relacionadas a ganhos de escala, sistemas e prestação de serviços, logística, recursos humanos e tesouraria, com impacto positivo direto na *performance* financeira da Incorporada.

A incorporação da Incorporada pela Incorporadora constitui mecanismo apto ao atendimento dos objetivos colimados nos itens 1.1 e 1.2 acima.”

\*\*\*

**Referência: Termo de Intimação Fiscal - IRPJ - 01/2014 a 12/2016**

DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL S.A. (...) vem, em atenção ao Termo de Intimação Fiscal recebido eletronicamente em 02/04/2019, expor o que segue:

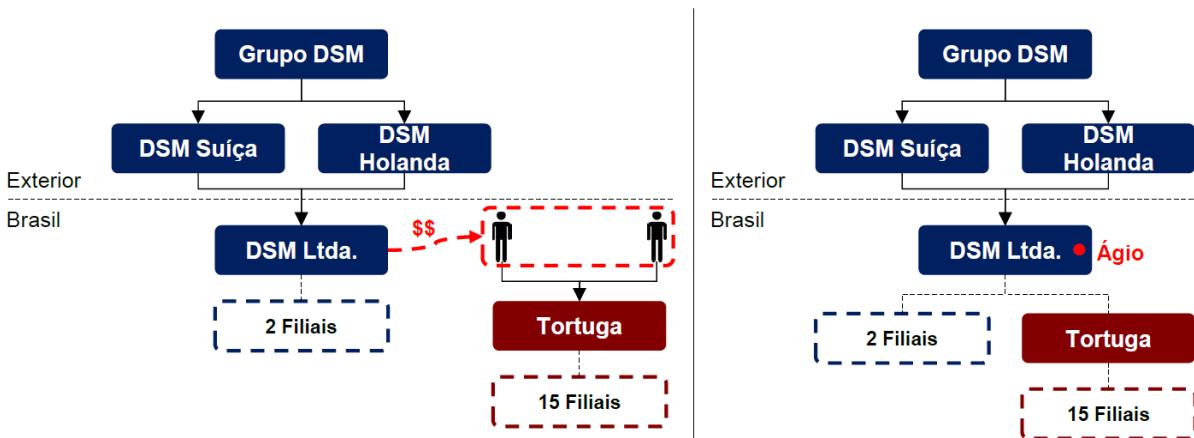
**Item 01** - A incorporação da DSM LTDA pela TORTUGA teve como objetivo a melhoria de *performance* e otimização de sinergias entre as duas Companhias. Não havendo vedação legal para a opção da controlada incorporar a controladora, esta se mostrou como mais eficiente sob a perspectiva econômica e operacional. Pela natureza de seu negócio, a TORTUGA possuía, à época da aquisição, 15 (quinze) CNPJ ativos em 11 (onze) Estados distintos, enquanto a DSM LTDA possuía 2 (dois) CNPJ ativos em 2 (dois) Estados. Sendo assim, a incorporação da TORTUGA pela DSM LTDA teria implicado na abertura de novos CNPJ onde estavam localizadas as diversas filiais da TORTUGA, representando potencial risco de continuidade operacional devido aos trâmites burocráticos para obtenção de novos registros e licenças nos órgãos responsáveis. Diante disso, optou-se pela alternativa de incorporação da DSM LTDA pela TORTUGA.

**Item 02** - As razões estratégicas para a aquisição da TORTUGA pelo grupo DSM estão relacionadas a: aumento de participação no mercado de nutrição animal na América Latina, vantagens competitivas advindas da sinergia de portfólios entre as duas Companhias, perspectiva de crescimento no ambiente econômico brasileiro à época e no mercado de nutrição animal, pioneirismo e liderança da TORTUGA no mercado de suplementos minerais.

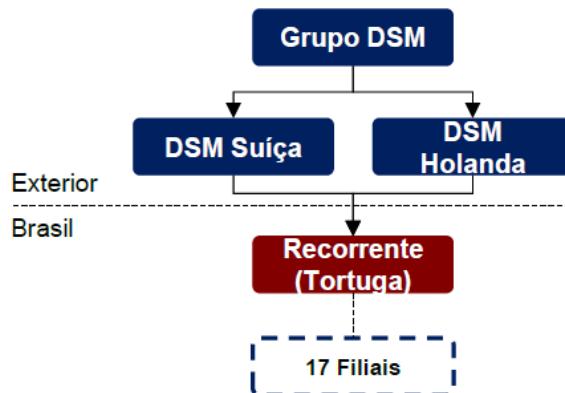
[...]."

Nesse contexto, note-se que, à época da incorporação, a *DSM Ltda.* concentrava suas atividades empresariais a partir de dois estabelecimentos comerciais localizados nos Estados de São Paulo e Paraná, sendo que a *Tortuga*, por sua vez, desenvolvia suas atividades por meio de 15 estabelecimentos comerciais localizados em 11 Estados, de sorte que, visando a integração das atividades operacionais desenvolvidas por duas pessoas jurídicas independentes a partir da captura de sinergias, racionalização de trabalho e redução de custos, a incorporação da *Tortuga* pela *DSM Ltda.* consistiu, no final, em uma mera consequência lógica da aquisição, e, aí, o *Grupo DSM* passou a desempenhar suas atividades no Brasil por meio de apenas uma única sociedade operacional, conforme se verifica das *imagens* abaixo:

*Aquisição do novo investimento pela DSM Ltda. com o respectivo reconhecimento do ágio*



Estrutura Societária após a incorporação



Após a incorporação da *DSM Ltda.*, o ágio reconhecido na operação, o qual, a rigor, foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, passou a ser aproveitado fiscalmente no prazo mínimo de 5 anos, de acordo com os artigo 7º, inciso III, 8º da Lei 9.532/97.

Fixadas essas questões fático-jurídicas acerca da aquisição societária e da Incorporação da *DSM Ltda.* pela *Tortuga*, passemos a analisar, adiante, os argumentos e fundamentos que permitem concluir pela amortização do ágio.

**4.4. Da *DSM Ltda.* enquanto real adquirente da Participação Societária e da sua não configuração como empresa-veículo**

Como visto anteriormente, rememore-se que, no caso em apreço, o fundamento adotado pela Fiscalização no sentido de deslocar a condição de real adquirente da *DSM Ltda.* para a *DSM Suíça* alicerça-se no fato de que, a partir da operação de aumento de capital, a entidade estrangeira, enquanto acionista, acabou fornecendo parte dos recursos para a aquisição da

*Tortuga* e, no caso, foi ela, e não a *DSM Ltda.*, quem, realmente, realizou o sacrifício patrimonial relativo à respectiva aquisição societária.

Quer dizer, a Autoridade fiscal não discute a existência de propósito negocial, porquanto ela própria reconheceu que a aquisição da *Tortuga* pela *DSM Ltda.* tinha como objetivo principal aumentar a capacidade operacional e a ampliação do mercado do *Grupo DSM* no Brasil, cujas atividades são desenvolvidas pela *DSM Ltda.* Igualmente, note-se que a validade e a existência do Laudo colacionado aos autos também não foi objeto de questionamentos por parte da Fiscalização.

Diante dessas informações, delimita-se a primeira controvérsia no sentido de se perquirir se a empresa brasileira a qual, a propósito, foi capitalizada pela empresa estrangeira pode, ou não, amortizar o ágio ora em discussão. As perguntas que devem ser aqui lançadas e que, no final das contas, giram em torno dessa contexto, são as seguintes:

- (i) Considerando que, antes da aquisição e incorporação, as empresas estrangerias *DSM Suíça* e *DSM Nederland* aumentaram o capital da *DSM Ltda.*, a *DSM Ltda.* pode amortizar o ágio?
- (ii) A *DSM Ltda.* é a real adquirente da participação societária da *Tortuga*?
- (iii) É possível deslocar a condição de adquirente da *DSM Ltda.* para sua controladora estrangeira *DSM Suíça*?
- (iv) No caso, houve a interposição de empresa como canal de trânsito com o único propósito de reduzir as bases de cálculos do IRPJ e da CSLL e que, portanto, serviu, unicamente, para que o ágio pudesse ser deduzido indevidamente?
- (v) Existe, no caso, a interposição de uma empresa recém-constituída ou sem substância econômica?

Pois bem. Confira-se, de logo, e tal como a Recorrente alega, o *Grupo DSM* tinha o objetivo de ampliar as atividades operacionais desenvolvidas no Brasil, de modo que, diante das especificidades do mercado local, e, também, visando combinar negócios e integrar as atividades, a entidade que apresentava as melhores condições para a realização do negócio e aquisição da *Tortuga* seria, de fato, a própria *DSM Ltda.*, até porque era a *DSM Ltda.* que saberia melhor identificar supostos concorrentes, sem contar, ainda, que não existiria sentido econômico manter duas entidades brasileiras distintas que atuam no mesmo ramo da nutrição.

Além do mais, perceba-se que o contrato de compra e venda estabelecia a possibilidade de ajuste do preço da transação e mecanismos de indenização por eventuais contingências, o que significa dizer, pois, que seria natural que esses direitos e obrigações estivessem refletidos no balanço patrimonial da empresa brasileira que, a propósito, poderia ser indenizada por eventuais perdas decorrentes de contingências que fossem materializadas.

Todas essas questões nos levam a concluir que, diante do interesse legítimo da *DSM Ltda.* em adquirir a *Tortuga*, a empresa optou por obter recursos juntos aos seus sócios estrangeiros, de modo que, considerando que a obtenção de recursos junto aos acionistas por meio de integralização de capital é uma das formas mais comuns de financiamentos de atividades operacionais, não há como deslocar, sob nenhuma circunstância, a condição de real adquirente da *DSM Ltda.* para a *DSM Suiça*.

Nesse contexto, registre-se que este E. CARF vem enfrentando inúmeras discussões relativas à existência de confusão patrimonial entre o real adquirente e a empresa adquirida, sendo que, em todos os casos, debatem-se (i) se existem razões econômicas para a interposição de uma empresa classificada como “empresa-veículo” para aquisição da participação societária, (ii) se teria ocorrido a chamada confusão patrimonial entre o real adquirente da participação societária e a empresa adquirida, e, ainda, (iii) se a legislação autoriza o aproveitamento fiscal do ágio mesmo em casos em que a aquisição é realizada por uma *empresa-veículo*.

O pressuposto fundamental relativo à discussão de inexistência de confusão patrimonial é a existência/inexistência de uma empresa adquirente que não apresenta substância e que, no caso, foi interposta na estrutura apenas com o propósito de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio. Ou seja, o fundamento para que a tese da Fiscalização seja minimamente sustentável é de que a empresa que figura formalmente como adquirente da participação societária não tenha outra função na estrutura que não seja permitir o aproveitamento do benefício do ágio. A empresa deve ter sido interposta sem outras razões empresariais, sendo um veículo de passagem para permitir o aproveitamento de um benefício que não seria admitido em outras circunstâncias.

À toda evidência que não é isso o que ocorre no caso que estamos por analisar. O simples fato de uma determinada empresa pertencer a um conglomerado estrangeiro e captar recursos financeiros com seu controlador, dentro das políticas de alocação de recursos do grupo econômico, não a qualifica como “empresa veículo”. E tanto é assim que a própria Autoridade fiscal e a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO reconhecem que a *DSM Ltda.* não se trata de uma *empresa-veículo*, conforme se verifica da seguinte passagem do Acórdão recorrido (fls. 3.515):

“No presente caso, ainda que a DSM tenha atuado efetivamente como veículo na condução do ágio legitimamente formado, não se enquadra ela como “empresa-veículo”, nos moldes em que conceituado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que a empresa teria sido formada anos antes, com atuação efetiva e controle real, por justificativas outras que não a tributária/fiscal.

Não há, no presente processo, informações que demonstrem que a DSM jamais teve real existência, ou que fora constituída com o fim único de gerar a economia tributária em análise, portanto, não haveria que se falar de empresa-veículo, estando correta a autoridade lançadora.”

Poder-se-ia cogitar da existência de empresa-veículo se restasse comprovado que a aquisição havia sido efetuada por uma sociedade sem qualquer substância econômica, o que não é o caso da *DSM Ltda*. Ao revés, note-se que, no caso em apreço, não existe nenhuma alegação de que a *DSM Ltda.* seria uma *empresa-veículo* ou de que a combinação das atividades com a *Tortuga* não seria necessária do ponto de vista econômico e negocial.

Aliás, perceba-se que, até mesmo nos casos envolvendo *empresas-veículo*, este E. CARF tem validado a dedutibilidade do ágio, conforme se verifica dos precedentes da 1<sup>ª</sup> Turma da Câmara Superior:

**“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Não encontra respaldo na legislação a tese de que, em qualquer circunstância, deve ser considerada “real investidora” a pessoa jurídica do grupo de quem se originaram os recursos financeiros utilizados na aquisição. Não havendo norma dispondo de forma diferente, é de se considerar como “real adquirente”, em um negócio de compra e venda, a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço.

A requalificação dos negócios jurídicos sem vícios ou patologias, exclusivamente sob acusação de “planejamento abusivo”, baseada em ausência “razões não tributárias” para a escolha de uma estrutura em lugar de outra que resultaria em maior tributação, não encontra respaldo quer na base legal indicada no auto de infração em questão, quer no próprio ordenamento jurídico tributário brasileiro atualmente em vigor.

(Processo nº 10805.722537/2015-15. Acórdão nº 9101-006.287. Conselheiro(a) Relator(a) Livia de Carli Germano. Sessão de 13/09/2022).

\*\*\*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

O ágio fundamentado em rentabilidade futura, à luz dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, pode ser deduzido por ocasião da absorção do patrimônio da empresa que detém o investimento pela empresa investida (*incorporação reversa*).

O uso de *holding* (ou *empresa veículo*), constituída no Brasil com recursos provenientes do exterior, para adquirir a participação societária com ágio e, em

seguida, ser incorporada pela investida, reunindo, assim, as condições para o aproveitamento fiscal do ágio, não caracteriza simulação, de modo que é indevida a tentativa do fisco de requalificar a operação tal como foi formalizada e declarada pelas partes.

**TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS POR EMPRESA CONTROLADORA DOMICILIADA NO EXTERIOR PARA SOCIEDADE HOLDING. LEGITIMIDADE DA DEDUÇÃO DO ÁGIO. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DO *REAL ADQUIRENTE*.**

A transferência, por controladora domiciliada no exterior, dos recursos empregados na aquisição de participação societária por empresa *holding* constituída no Brasil não impede a amortização fiscal do ágio após esta ser incorporada pela investida.

A tese do “*real adquirente*”, que busca limitar o direito à dedução fiscal do ágio apenas na hipótese de existir *confusão patrimonial* entre a pessoa jurídica que disponibilizou os recursos necessários à aquisição do investimento e a investida, não possui fundamento legal, salvo quando caracterizada hipótese de *simulação*, o que não se revela no caso.

(Processo nº 16561.720180/2014-38. Acórdão nº 9101-006.486. Conselheiro Relator Luis Henrique Marotti Toselli. Redator(a) Designado(a) Livia de Carli Germano. Sessão de 07/03/2023).“

Acrescente-se, ainda, que, ao julgar o REsp nº 2.206.473/SC em sessão 05/09/2023, o Superior Tribunal de Justiça – STJ analisou a matéria da dedutibilidade de ágio mediante o emprego de “empresa-veículo” e concluiu que “*não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como “veículo” para facilitar a realização de um negócio jurídico (...)*”. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE. ILEGALIDADE.

[...]

4. A controvérsia principal dos autos consiste em saber se agiu bem o Fisco ao promover a glosa de despesa de ágio amortizado pela recorrida com fundamento nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, sob o argumento de não ser possível a dedução do ágio decorrente de operações internas (entre sociedades empresárias dependentes) e mediante o emprego de “empresa-veículo”.

5. Ágio, segundo a legislação aplicável na época dos fatos narrados na inicial, consistiria na escrituração da diferença (para mais) entre o custo de aquisição do investimento (compra de participação societária) e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição (art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977).

6. Em regra, apenas quando há a alienação, liquidação, extinção ou baixa do investimento é que o ágio a elas vinculado pode ser deduzido fiscalmente como custo, para fins de apuração de ganho ou perda de capital.

7. A exceção à regra da indedutibilidade do ágio está inserida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, os quais passaram a admitir a dedução quando a participação societária é extinta em razão de incorporação, fusão ou cisão de sociedades empresárias.

8. A exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997 (convertida na Lei n. 9.532/1997) visou limitar a dedução do ágio às hipóteses em que fossem acarretados efeitos econômico-tributários que a justificassem.

9. O Código Tributário Nacional autoriza que a autoridade administrativa promova o lançamento de ofício quando "se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação" (art. 149, VII) e também contém norma geral antielisiva (art. 116, parágrafo único), a qual poderia, em última análise, até mesmo justificar a requalificação de negócios jurídicos ilícitos/dissimulados, embora prevaleça a orientação de que a "plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer os procedimentos a serem seguidos" (STF, ADI 2446, rel. Min. Carmen Lúcia).

10. Embora seja justificável a preocupação quanto às organizações societárias exclusivamente artificiais, não é dado à Fazenda, alegando buscar extrair o "propósito negocial" das operações, impedir a dedutibilidade, por si só, do ágio nas hipóteses em que o instituto é decorrente da relação entre "partes dependentes" (ágio interno), ou quando o negócio jurídico é materializado via "empresa-veículo"; ou seja, não é cabível presumir, de maneira absoluta, que esses tipos de organizações são desprovidos de fundamento material/econômico.

11. Do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia o Fisco não resultam automaticamente na conclusão de que o "ágio interno" ou o ágio resultado de operação com o emprego de "empresa-veículo" impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real, especialmente porque, até 2014, a legislação era silente a esse respeito.

12. Quando desejou excluir, de plano, o ágio interno, o legislador o fez expressamente (com a inclusão do art. 22 da Lei n. 12.973/2014), a evidenciar que, anteriormente, não havia vedação a ele.

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais

pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

14. No caso concreto, adotando o cenário fático narrado na sentença e no acórdão, em razão dos limites impostos pela Súmula 7 do STJ, não há demonstração de que as operações entabuladas pela parte recorrida foram atípicas, artificiais ou desprovidas de função social, a ponto de justificar a glosa na dedução do ágio.

15. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração.

(REsp n.º 2.026.473/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 19/9/2023)."

Na oportunidade, o Ministro Gurgel de Faria dispôs que

"Não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como "veículo" para facilitar a realização de um negócio jurídico; inclusive há razões reais ("propósito negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

A propósito, quando a investidora é empresa estrangeira, é ainda mais justificável a constituição de uma 'empresa-veículo', por algumas razões práticas: confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais (por exemplo, dispensar garantias que seriam exigidas do investidor internacional) etc". (grifei).

É nesse mesmo sentido que Ramon Tomazela Santos<sup>9</sup> tem sustentado ao asseverar que

"A Lei nº 9.532/1997 e a Lei nº 12.973/2014 apenas exigem a confusão patrimonial entre a pessoa jurídica que detém participação societária e a sociedade adquirida, não fazendo qualquer alusão, ainda que implícita, ao suposto 'real adquirente', que segundo a tese do Fisco, teria fornecido os recursos financeiros ou ofertado garantia para aquisição do investimento".

Portanto, e ainda que a *DSM Ltda.* fosse considerada uma empresa veículo criada exclusivamente para viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio, o que se admite apenas para argumentar, não seria possível afastar os efeitos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Aliás,

<sup>9</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

destaque-se que, recentemente, essa 2<sup>ª</sup> Turma Ordinária da 3<sup>ª</sup> Câmara acabou adotando esse entendimento, conforme se verifica da ementa reproduzida abaixo:

**“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2014

EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se não restar comprovada a prática de atos simulados e/ou dissimulados pelo contribuinte.

PROVA DO FUNDAMENTO DE ÁGIO RENTABILIDADE FUTURA.

Exegese do §3º, do art. 385, do RIR/99, antes da vigência da Lei 12.973/14, não exige laudo para fins de comprovação do lançamento do ágio contabilizado com fundamento de rentabilidade futura. No caso, há elementos que permitem a conclusão da motivação indicada.

(Processo nº 16682.720277/2019-89. Acórdão nº 1302-006.875. Conselheiro Relator Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior. Sessão de 15/08/2023)."

De toda sorte, pode-se dizer, em arremate, e sob uma *perspectiva formal*, que a *DSM Ltda.* era empresa regularmente constituída que figurou como adquirente no Contrato de Compra e Venda, tendo desembolsado o preço de aquisição. De fato, com o fechamento da transação, (i) as ações detidas da *Tortuga* foram transferidas à *DSM Ltda.*, (ii) a *DSM Ltda.* figurou no quadro acionário da *Tortuga* como proprietária da participação societária, e, por fim, (iii) a *DSM Ltda.* era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da *Tortuga* e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.

Mas, a *DSM Ltda.* não é apenas a real adquirente da *Tortuga* sob a perspectiva formal. Do *ponto de vista substancial* e examinando-se a essência da transação, a *DSM Ltda.* era a empresa que tinha real interesse na aquisição da *Tortuga*, de modo que a transação possibilitou a expansão de suas atividades no Brasil e a obtenção de ganhos de sinergia em decorrência da combinação das operações. Além disso, a *DSM Ltda.* era a empresa que tinha vocação para conduzir a aquisição da participação societária, tendo em vista o seu conhecimento estratégico, regulatório e negocial sobre as especificidades do mercado brasileiro.

**4.4.1. Inexistência de comprovação de simulação**

Veja-se, de logo, que a Fiscalização afirma que (i) a intenção da Recorrente era “simular a materialização dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97”, bem assim que (ii) a “simulação

absoluta ocorreu em razão da participação da DSM na aquisição da Tortuga (...) buscando a confusão patrimonial do ágio da *Tortuga* nela própria", e, ainda, que (iii) existiria uma divergência entre a vontade declarada (compra da *Tortuga* pela *DSM Suíça*) e a vontade real aferida (compra da participação por meio da *DSM Ltda.*).

No caso em apreço, a exigência fiscal somente poderia ser mantida caso fosse verificada que a aquisição da *Tortuga* pela *DSM Ltda.* consistiria em ato jurídico simulado (realizado com o único e exclusivo intuito de viabilizar o aproveitamento artificial de ágio), sendo o ato dissimulado a aquisição por parte da *DSM Suíça* (suposta real intenção das partes). Quer dizer, a Fiscalização deveria comprovar, de forma irrefutável, que a *DSM Ltda.* teria sido interposta, artificialmente, por suas sócias estrangeiras com o único objetivo de possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio e que a real intenção era que a aquisição fosse realizada pela acionista estrangeira (*DSM Suíça*).

A mera descrição do aumento de capital pela *DSM Suíça* não é fato suficiente para configurar a artificialidade da estrutura de aquisição. Aliás, observe-se, por oportuno, que a Autoridade fiscal utilizou-se de notícias veiculadas em meios de comunicação para fundamentar sua interpretação de que a real intenção das partes era adquirir por meio da controladora estrangeira. É ver-se:

#### **2.4. Considerações sobre as operações efetuadas**

[...]

Os recursos financeiros que propiciaram o expressivo aumento de capital da empresa adquirente, quatro dias antes da concretização do negócio, demonstra que a empresa DSM Nutritional Holding, com sede na Suíça, como detentora do poder de decisão e dos recursos financeiros. Tal fato é confirmado pela informação veiculada no site da empresa adquirente: "A DSM (NYSE Euronext: DSM KON) adquire Tortuga por um valor total de cerca de € 465 milhões, à vista". No mesmo "paper" encontra-se a seguinte informação: "A Royal DSM, empresa global de Ciências da Vida e de Materiais, anunciou hoje que assinou o contrato definitivo para aquisição da Tortuga Companhia Zootécnica Agrária (Tortuga), em uma transação totalmente à vista, por um valor total de cerca de € 465 milhões (BRL\$ 1.160 bilhão). Dependendo do resultado real de EBITDA 2012, poderá ser efetuado um ajuste no preço de compra até um valor máximo de cerca de € 490 milhões, com base no mesmo EBITDA múltiplo. Sujeita às condições habituais, espera-se que a transação seja fechada no primeiro trimestre de 2013".

A rigor, atente-se que a jurisprudência deste E. CARF tem considerado que a mera descrição de reorganização societária anterior à aquisição é insuficiente para desconsiderar a participação de uma sociedade legalmente constituída num negócio jurídico válido, conforme se observa do precedente abaixo:

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

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

[...]

ÁGIO. REQUISITOS LEGAIS. EMPRESA VEÍCULO. NECESSÁRIA

INVESTIGAÇÃO SOBRE A EFETIVA EXISTÊNCIA DA ADQUIRENTE.

A acusação de empresa-veículo depende de prova de que as pessoas jurídicas existiriam apenas no papel, ou seja, de que elas efetivamente nunca atuaram como pessoas jurídicas, sujeitos de deveres e obrigações. Mesmo uma *holding* pura requer um mínimo de elementos materiais que a caracterizem como sociedade empresária, para além de um registro na Junta Comercial e um número no CNPJ. Não subsiste a acusação de que se tratou de empresa-veículo quando a autoridade fiscal sequer investiga tais elementos, partindo da premissa de que se tratou de empresas veículo exclusivamente em razão da sequência de operações realizadas.

[...]

(Processo nº 16561.720190/2015-54. Acórdão nº 1401-002.685. Conselheiro(a) Relator(a) Livia de Carli Germano. Redator Designado Cláudio de Andrade Camerano. Sessão de 13/07/2018.)

De fato, não existe, nos autos, qualquer comprovação de existência de simulação e de qual a real intenção das partes seria conduzir a aquisição por meio da *DSM Suíça*. As Autoridades Fiscais limitam-se a descrever a sequência das operações realizadas e a utilizarem-se um comunicado ao mercado (fora do seu contexto) para afirmar que a *DSM Ltda.* teria sido interposta com o propósito de permitir o aproveitamento indevido do benefício do ágio.

A própria 13ª Turma da DRJ/RPO reconheceu, expressamente, a inaplicabilidade da alegação de simulação ao caso em apreço, sendo que, a despeito da ideia de simulação ter sido afastada, a Autoridade julgadora *a quo* manteve a indedutibilidade do ágio sem apresentar qualquer fundamentação legal adicional, conforme se verifica dos trechos abaixo reproduzidos:

“Neste ponto, distanciamo-nos do entendimento da fiscalização, concluindo inexistir atuação dolosa (cuja intenção é causar dano a outrem), uma vez que o mero “planejamento tributário”, ora entendido como uma atividade de identificação de alternativas lícitas para minimizar, postergar ou extirpar a carga tributária suportada, não ensejaria a aplicação de multa qualificada.

Entende-se não haver, no presente caso, simulação, posto que a constituição da empresa DSM LTDA. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas, sendo desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da transferência do ágio pago pela DSM Suíça, na aquisição da Tortuga, para o patrimônio da DSM LTDA., e da posterior incorporação desta pela Tortuga, atual DSM S.A.

Cumpre destacar que diversos casos relativos à interposição de empresa-veículo foram analisados por esta julgadora, e, em sua maioria, reputou-se ocorrida a simulação.

Contudo, o presente destoa dos demais porque o ato de formação da DSM Ltda. não se encontra maculado. Não fora simulada a constituição e sua atividade por diversos anos..

Ainda que a contribuinte tenha entendido (de forma equivocada) ser viável a transferência do ágio entre as empresas a fim de atender formalmente às exigências da lei, os atos não foram evitados de ilicitude. Não há, portanto, que se falar em simulação, mas em planejamento tributário ineficaz.” (grifei).

Por isso mesmo, afirma-se que a própria Autoridade julgadora *a quo* reconhece que (i) “*a constituição da empresa DSM Ltda. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas*”, bem assim que (ii) “*o presente (caso) destoa dos demais porque o ato de formação da DSM Ltda. não se encontra maculado*”, e que (iii) deve ser afastada a alegação de simulação no presente caso.

Com base em tais fundamentos, entendo que as alegações lançadas pela DSM Produtos S/A devem ser aqui acolhidas.

#### **4.4.2. Das alegações quanto ao equívoco da Fiscalização de que a Recorrente teria deduzido a parcela do ágio alocada a ativos intangíveis (marcas, tecnologia e carteira de clientes)**

A Autoridade fiscal entendeu, ainda, que a *DSM Produtos S/A* teria aproveitado de benefício fiscal do ágio sobre a parcela do preço de aquisição que havia sido alocada contabilmente a ativos intangíveis (marcas, tecnologia e carteira de clientes), sendo que, à luz do artigo 20, inciso I e § 2º, alínea “c” do Decreto-Lei nº 1.598/1977, o ágio deveria ter sido alocado e fundamentado como “*fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*” e, por isso mesmo, não poderia ter sido amortizado ou aproveitado. Veja-se:

##### **“3.2.1 Da Impossibilidade da Amortização do Ágio pago sobre Ativos Intangíveis”**

De acordo com a interpretação conjunta dos artigos 385 combinado com o artigo 386 em seu inc. III do parágrafo 2º, o Ágio na aquisição de *fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*, não poderá ser amortizado.

Quanto ao fundamento econômico em rentabilidade futura do Ágio reconhecido pelo Contribuinte, boa parte se refere à aquisição de Ativo Intangível com vida útil indefinida (marcas: TORTUGA, FOFBOVI, BOVIGOLD e Relacionamento com Clientes), Ativos não amortizáveis, nem contábil, nem tributariamente art. 20, §2º, alínea “a” do Decreto-Lei nº 1.598/1977 - aplicando-se inclusive a estas aquisições

ocorridas em 2013 as disposições do art. 65 da Lei nº 12.973/2014. O CPC 15 enuncia o seguinte:

[...].”

As Autoridades Fiscais sustentaram que (i) uma parcela do preço de aquisição foi alocada a ativos intangíveis (marcas, tecnologia e relacionamento com clientes), (ii) a Recorrente teria deduzido a parcela do ágio alocada aos ativos intangíveis, bem assim que (iii) após a incorporação da *DSM Ltda.* pela *Tortuga*, o ágio cujo fundamento seja “*fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas*” deveria ser registrado “*em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização*”, nos termos do Artigo 7º, inciso I, da Lei 9.532/97.

Pois bem. Ainda que não existisse vedação ao aproveitamento do ágio alocado contabilmente aos ativos intangíveis, note-se que, no caso, a Recorrente deduziu, apenas, despesas de ágio correspondente (i) ao ágio alocado contabilmente ao relacionamento com clientes (R\$ 127 milhões) e (ii) ao *goodwill* por rentabilidade futura residual (R\$ 396 milhões), de sorte que o valor do aproveitamento anual do ágio total (relacionamento com clientes + *goodwill*) soma o montante de R\$ 104 milhões, sendo que, para a Fiscalização, a parcela relativa à carteira de clientes é ativo intangível e, portanto, não pode compor a parcela do ágio amortizável.

Nesse ponto, a Recorrente sustenta, ainda, que é legítimo o aproveitamento fiscal do ágio relativo à parcela do preço de aquisição alocada contabilmente à carteira de clientes, uma vez que (i) a carteira de clientes corresponde à expectativa de rentabilidade futura gerada pelos clientes da sociedade adquirida, bem assim que (ii) do ponto de vista fiscal, a integralidade do ágio (diferença entre o preço de aquisição e o patrimônio líquido) estava amparada na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, sendo irrelevante a alocação realizada exclusivamente para fins tributários.

Do ponto de vista contábil, a *DSM Ltda.* contratou um Laudo PPA para alocar o preço de aquisição ao valor justo dos ativos tangíveis e intangíveis da sociedade adquirida *Tortuga*. Veja-se que o valor alocado ao “relacionamento com clientes” nada mais é do que a expectativa de rentabilidade futura gerada por essa carteira (venda de mercadorias para esses clientes), o que não caracteriza um “*ativo intangível que não está sujeito a amortização*”. Trata-se da materialização de uma parcela da rentabilidade futura da *Tortuga*, cujo aproveitamento fiscal é inquestionável à luz da Lei nº 9.532/97.

A título de esclarecimentos, veja-se que o Laudo PPA demonstra a metodologia adotada para fins de mensuração do ativo “Relação com clientes”:

“O valor de mercado das relações com clientes foi determinado por meio de um formulário da abordagem de renda conhecido como método de lucro excedente. Uma abordagem de renda foi escolhida como o melhor método para capturar a contribuição esperada dos clientes para lucros futuros na rentabilidade futura. (...)

No método de lucro excedente, o valor é estimado como o valor presente dos benefícios antecipados da propriedade do ativo intangível em questão excedendo os retornos exigidos sobre o investimento nos ativos contributivos necessários para realizar esses benefícios. (...)

A primeira etapa na avaliação das relações com clientes foi estimar a receita futura e a rentabilidade futura esperadas das relações estabelecidas com clientes (...)."

O que se discute, aqui, é se a fundamentação econômica do ágio está correta para fins tributários ou se deveriam ser observados os critérios de alocação previstos na Lei nº 12.973, de 13/05/2014, que, aliás, foi editada posteriormente aos fatos examinados, sendo que, à época, a legislação aplicada exigia que o contribuinte observasse as regras contábeis vigentes em 31/12/2007, as quais determinavam que o ágio fosse fundamentado de acordo com a sua justificativa econômica.

É que, antes do advento da Lei nº 12.973/2014, os contribuintes não eram obrigados a desdobrar o ágio, já que lhes eram facultado o registro com fundamento em expectativa de rentabilidade futura. Aliás, veja-se que a alocação contábil do ágio para fins comerciais (regulamentada por normas comerciais específicas, editadas a partir de 2008) em nada se confunde com a fundamentação econômica do ágio.

As normas jurídico-contábeis relativas ao registro, fundamentação e mensuração do ágio vigentes em 31/12/2007 eram a Lei nº 6.404, de 15/12/1976 e Decreto-Lei nº 1.598, de 26/12/1977 (Regime Contábil Tradicional – RTT), o que significa dizer, pois, que, em sua redação vigente em 31/12/2007, o referido DL nº 1.598/77 estabelecia que o contribuinte que avaliasse o investimento pelo método da equivalência patrimonial deveria, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (i) valor de patrimônio líquido na data da aquisição e (ii) ágio ou deságio na aquisição, correspondente à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido. Confira-se:

**"Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977**

**SUBSEÇÃO II - Investimento em Sociedades Coligadas ou Controladas Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido**

**Desdobramento do Custo de Aquisição**

**Art. 20.** O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

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

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

E, aí, anote-se que apenas com a edição da Lei nº 12.973/14 que, a rigor, extinguiu o RTT, é que passou a ser obrigatória a segregação do custo de aquisição do investimento em três subcontas distintas:

**“Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”**

[...]

**Art. 20.** O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - ágio por rentabilidade futura (goodwill), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)”.

Acrescente-se, por oportuno, que o Decreto-Lei nº 1.598/77 estabelecia, ainda, que o lançamento do ágio deveria indicar, dentre os seguintes, o seu fundamento econômico: (a) valor de mercado dos ativos da controlada; (b) valor de rentabilidade futura; e (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. É ver-se:

**“Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”**

[...]

**Art. 20. (omissis).**

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

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

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

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

Portanto, à época que vigia o Regime Contábil Tradicional o qual, aliás, é válido para fins fiscais, o contribuinte deveria indicar o fundamento econômico do ágio dentre os fundamentos econômicos descritos acima, de sorte que não existia nenhuma obrigatoriedade ou prioridade de alocação entre os fundamentos econômicos, tal como levam a crer a Autoridade autuante e a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO. Quer dizer, no Regime Contábil Tradicional, o DL nº 1.598/77 estabelecia que o ágio por rentabilidade futura deveria ser baseado em *“demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”*, nos termos do artigo 20, § 3º. Ou seja, o ágio por rentabilidade futura deveria estar suportado por fundamentação específica.

Aliás, veja-se que toda essa linha de raciocínio encontra amparo no entendimento que restou lançado pelo Conselheiro Alexandre Evaristo Voto no bojo da Declaração de Voto proferida no Acórdão nº 1201-003.202, conforme se verifica do excerto reproduzido abaixo:

**“Declaração de voto**

[...]

(...) o ilustre conselheiro entendeu que o ágio por rentabilidade futura é a parcela do valor do investimento que não pode ser atribuída a bens de nenhuma espécie, de modo que ele sempre foi residual em relação às outras parcelas contábeis do investimento, não sendo esta característica uma inovação da Lei 12.973/2014.

Nesse ponto, uso discordar do ilustre conselheiro, na medida em que o caráter residual de tal ágio somente surgiu com a edição da Lei 12.973/2014, que determinou uma ordem de alocação dos valores justos aos ativos líquidos da entidade adquirida.

No tocante ao desdobramento do custo de aquisição de participação societária, a redação original do artigo 20 do Decreto Lei nº. 1.598/77 previa que o contribuinte que avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deveria, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em: (i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e (ii) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido na época da aquisição.

Em igual sentido dispunha o artigo 13 da Instrução CVM nº 247/96, que disciplinava a avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas e sobre os procedimentos para elaboração e divulgação das demonstrações contábeis consolidadas.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 20, §2º, do Decreto Lei nº. 1.598/77 dispunha que o registro contábil do ágio deverá ser feito de acordo com seu fundamento econômico, dentre os seguintes: (i) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos

resultados nos exercícios futuros; e (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Luís Eduardo Schoueri destaca que há um pleonasmo no tocante à existência dos três referidos fundamentos econômicos para o ágio, sendo que ao jurista cabe afastar o dispositivo legal ou buscar uma diferenciação que justifique a disciplina legal. Nesse sentido, diante da falta de limites claros entre os diversos fundamentos, Luís Eduardo Schoueri afirma que inexiste dispositivo legal que impeça que haja mais de uma fundamentação, de modo que o contribuinte pode escolher o fundamento que for mais vantajoso quando houver mais de uma fundamentação<sup>10</sup>.

[...]

Como decorrência de tal raciocínio, é cabível sob o ponto de vista econômico que um ativo (tangível ou intangível) tenha um valor realizável líquido, que seria o valor pelo qual seria transacionado em uma operação com parte independente, quanto um valor de rentabilidade futura decorrente de sua utilização.

Tendo em vista que há substrato econômico para a fundamentação de um ativo por mais de um valor de saída e diante da inexistência de ordem de escolha na redação original do artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77 para a fundamentação do ágio (tal qual existe atualmente no artigo 20 do Decreto-Lei n. 1.598/77), é possível que todo o fundamentado econômico seja alocado como rentabilidade futura, desde que haja um laudo suportando tal fundamento.

Aliás, em termos econômicos, somente faria sentido alocar o custo de aquisição como parte de ativos tangíveis ou intangíveis se a entidade tivesse a intenção de alienar os referidos ativos. Caso contrário, aqueles ativos foram adquiridos para serem utilizados, isto é, com base em seu valor de uso, que refletem a rentabilidade futura decorrente do uso daqueles ativos.

[...].”

Com efeito, pode-se afirmar que não existia na Lei qualquer disposição que determinasse o desdobro do fundamento econômico, bem assim que, no caso em apreço, a Recorrente fundamentou o ágio na expectativa de rentabilidade futura, cuja comprovação – da fundamentação econômica - foi atestada através do Laudo de avaliação em que se demonstrou que o preço pago era equivalente à rentabilidade futura esperada pelos investimentos adquiridos.

O Laudo de avaliação elaborado pela empresa independente *American Appraisal* fundamentou, integralmente, o ágio reconhecido pela *DSM Ltda.* na operação de aquisição da *Tortuga* na expectativa de rentabilidade futura, conforme aplicação do Método DCF:

---

<sup>10</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários). São Paulo: Dialética, 2012. pp. 30-31.

“O Valor de Mercado é definido para esta análise, de acordo com as IFRS 3-R, como “o valor pelo qual um ativo possa ser trocado, ou um passivo possa ser liquidado, entre partes conhecedoras, dispostas e independentes em transação sem conflito de interesses”.

O método de Fluxo de Caixa Descontado (“DCF”) da abordagem de renda foi utilizado para calcular o Valor de Capital Investido (Valor da Empresa) da *Tortuga*, conforme mostra o Anexo C.1”

Portanto, e do ponto de vista fiscal, conclui-se que, se é certo que o ágio está fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, não é menos certo que ele deve ser, integralmente, aproveitado.

Por essas razões, entendo por dar provimento ao Recurso Voluntário quanto a esta matéria.

#### **4.5. Das conclusões quanto a possibilidade de amortização do ágio**

De acordo com o que restou demonstrado, conclui-se que a glosa da amortização do ágio deve ser cancelado, em síntese, pelos seguintes motivos: (i) todos os requisitos legais relativos ao aproveitamento do ágio foram atendidos; (ii) a *DSM Produtos Ltda.* é a real adquirente do investimento da *Tortuga*; e, por fim, (iii) não houve a dedução da despesa com amortização da parcela do ágio relativa à parte do custo de aquisição alocada a marcas e tecnologia. De toda sorte, é importante esmiuçar cada uma dessas razões de decidir em seus pormenores e, também, com base nos fundamentos tidos subsidiários ou periféricos:

(i) Todos os requisitos legais foram atendidos:

O ágio pago é legítimo e passível de amortização fiscal, já que, no caso, os requisitos previstos na Lei nº 9.532/1997 foram atendidos à integralidade, uma vez que (a) houve aquisição de participação societária com ágio, (b) a avaliação do investimento adquirido foi realizada seguindo o Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”), (c) o investimento foi avaliado pelo MEP e, assim, o custo de aquisição da *Tortuga* foi desdobrado em (1) valor de patrimônio líquido na data da aquisição e (2) ágio ou deságio na aquisição, (d) o registro do ágio foi devidamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da *Tortuga*, conforme restou confirmado no Laudo de avaliação elaborado por terceiro independente com base no método do fluxo de caixa descontado, que, a rigor, demonstrou que o preço pago era equivalente à rentabilidade futura esperada pelo investimento adquirido, e, por fim, (e) houve efetiva “confusão patrimonial” entre o patrimônio da sociedade adquirente *DSM Ltda.* e a adquirida *Tortuga* quando da incorporação da primeira pela segunda.

(ii) A DSM Produtos Ltda. é a real adquirente do investimento da Tortuga:

Tendo em vista que o Grupo DSM tinha o objetivo de ampliar as suas atividades no Brasil, é natural que a aquisição tenha sido realizada por meio da *DSM Produtos Ltda.* que, a propósito, é a sua sociedade operacional neste País, posto que:

(a) *Quanto a especificidade do mercado local:*

A *DSM Ltda.* era a sociedade do *Grupo DSM* com as melhores condições para analisar e negociar os termos do contrato de compra e venda da *Tortuga*, tendo em vista seu maior conhecimento técnico e a sua familiaridade com as especificidades do mercado brasileiro de produtos nutricionais;

(b) *Quanto a combinação de negócios e integração das atividades:*

A *DSM Produtos Ltda.* era a entidade que tinha interesse em conduzir a operação, porquanto: (a) as suas operações no mercado brasileiro seriam ampliadas; (b) havia clara intenção de combinação das atividades principais de ambas as empresas; e (c) a *DSM Ltda.* se beneficiou de ganhos de sinergia e de escala ao combinar suas operações com a *Tortuga*, com significante aumento da receita líquida operacional da sociedade após a incorporação; e

(c) *Quanto a manutenção de direitos e obrigações no patrimônio das entidades brasileiras:*

Considerando, pois, que o Contrato de Compra e Venda da *Tortuga* previa a possibilidade de ajuste do preço da transação e mecanismos de indenização por eventuais contingências, nada mais prático do que a inclusão da reflexão desses direitos e obrigações no balanço patrimonial da empresa brasileira, tendo em vista a possibilidade de futura indenização.

(iii) A DSM Produtos Ltda. enquanto real adquirente e a impossibilidade de se deslocar a condição de “real adquirente” para outra sociedade:

O simples fato de que a parcela do preço de aquisição da *Tortuga* foi obtida mediante aumento de capital integralizado por sociedades estrangeiras não é capaz de deslocar a condição de adquirente para a *DSM Suíça* e/ou para *DSM Nederland* sociedade(s) estrangeira(s) responsável(is) pelo aporte de recursos.

Trata-se da fonte primária e mais comum de financiamento de todas as pessoas jurídicas. Após a integralização de capital, os recursos passaram a pertencer à esfera patrimonial da *DSM Produtos Ltda.* para todos os fins de direito, de modo que a operação realizada com esses recursos foi feita em seu nome, em seu interesse e, também, com sacrifício econômico de sua parte, e não no nome ou interesse de seus sócios (*DSM Suíça*).

(iv) Inexistência de “empresa veículo”:

Conforme restou reconhecido pela própria Autoridade autuante e pela 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO, o presente caso não envolve “empresa veículo”, haja vista que, à época dos fatos discutidos nos Autos de Infração, a *DSM Produtos Ltda.* era sociedade com efetiva substância operacional e econômica, visto que (i) exercia as suas atividades operacionais há mais de 12 anos, (ii) tinha cerca de R\$ 360 milhões de faturamento e (iii) tinha mais de 200 empregados.

(v) Do não aproveito de ágio sobre intangíveis

A Recorrente não aproveitou fiscalmente a parcela do ágio relativa à parte do custo de aquisição alocada a marcas e tecnologia. Com efeito, apenas a parcela alocada contabilmente à carteira de clientes e ao goodwill por rentabilidade futura foi deduzida da base de cálculo do IRPJ e da CSL da Recorrente.

Após a incorporação da *DSM Produtos Ltda.* pela *Tortuga*, todas as despesas relativas à amortização contábil dos ativos intangíveis foram devidamente adicionadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSL da Recorrente, de modo que não trouxeram qualquer impacto à apuração tributária desta sociedade.

(vi) Fundamentação em expectativa de rentabilidade futura – carteira de clientes:

De logo, veja-se que o aproveitamento fiscal do ágio relativo à parcela do preço de aquisição alocada contabilmente à carteira de clientes.

É que, primeiramente, a carteira de clientes corresponde à expectativa de rentabilidade futura gerada pela venda de mercadorias aos clientes da sociedade adquirida, conforme amplamente demonstrado pelo Laudo PPA contratado pela Recorrente. Em segundo lugar, e do ponto de vista fiscal, a integralidade do ágio (diferença entre o preço de aquisição e o patrimônio líquido da sociedade adquirida) estava amparado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, sendo irrelevante a alocação realizada exclusivamente para fins tributários.

(vii) Cumprimento das exigências previstas pelo Regime Contábil Tradicional:

De acordo com as regras do Regime Contábil Tradicional – que, a rigor, e à época dos fatos aqui discutidos, era válido para os fins fiscais – que não exigiam nenhuma obrigatoriedade ou prioridade de alocação do ágio entre os fundamentos econômicos previstos pela legislação tributária, o ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura do negócio adquirido (fundamento autônomo e independente), conforme restou comprovado no Laudo DCF que atesta, de forma técnica, a motivação econômica que gerou o seu pagamento.

As razões acima demonstram, de forma conclusiva, que a operação realizada pela *DSM Produtos Ltda.* é válida e possui efetivos propósitos negociais, daí por que, tendo em vista que ela é a real adquirente da *Tortuga*, o ágio reconhecido em decorrência da respectiva operação de aquisição é, sim, e diferentemente do que as Autoridades fiscais sustentaram, passível de aproveitamento fiscal.

## 5. Da análise das alegações acerca da impossibilidade de aplicação das multas de ofício e isolada concomitantemente

Em atenção ao princípio da eventualidade, e acaso este Colegiado não entenda pela dedutibilidade quanto a amortização do ágio, passa-se a examinar, agora, as alegações formuladas pela *DSM Produtos S/A* quanto a impossibilidade de exigência, concomitante, da multa de ofício e da multa isolada, já que, no seu entendimento, e por aplicação do *princípio da consunção*, quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta prevalece, necessariamente, sobre a da primeira. Nesse ponto, a Recorrente invoca, ainda, a aplicação da Súmula CARF nº 105.

A rigor, veja-se que, no caso concreto, a multa isolada foi exigida com fundamento no artigo 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07. *In verbis*:

### “Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”

**Art. 44.** Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

**II** - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

**b)** na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”.

No caso, a Autoridade entendeu por efetuar o lançamento da multa isolada de 50% em decorrência da falta de pagamento ou recolhimento das antecipações mensais devidas a título

de IRPJ e CSLL, conforme se verifica das razões que restaram expostas no item 6 – *Das Multas Isoladas* do TVF (fls. 1.386/1.395):

## 6. DAS MULTAS ISOLADAS

[...]

### 6.1. DA MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO NA ESTIMATIVA DO IRPJ/CSLL

[...]

Note-se que as duas multas do art. 44 são multas “de ofício”. Para facilitar a redação e o entendimento, chamaremos doravante a multa de 75% do inciso I de “multa de ofício”, e a multa de 50% do inciso II de “multa isolada”.

Destarte, uma ou duas multas foram previstas no art. 44 da Lei nº 9.430/96?

A Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, visou claramente o estabelecimento de duas multas distintas, com finalidades igualmente distintas: uma penalidade pela redução indevida do tributo (com ou sem o crime de sonegação); outra, pelo simples inadimplemento. São os incisos I e II do artigo 44.

A multa de ofício (75%) visa penalizar a redução indevida do tributo, quiçá também a sonegação, nesse caso majorada para 150%. Aqui se quer proteger o recolhimento do tributo devido.

A multa isolada sobre a estimativa (50%) visa penalizar a inadimplência. Por óbvio, esta multa visa tutelar o recolhimento tempestivo do tributo, a adimplência. Recolhimento do tributo devido refere-se à obrigação contraída pelo contribuinte por força da prática do fato gerador.

Adimplência refere-se ao pagamento desse tributo nos prazos legais devidos. As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, reforçam esse caráter, ao definir que mesmo sem tributo devido, são devidos os pagamentos mensais.

E isso é claro, pois há dois bens diversos, independentes, a serem tutelados. O primeiro bem, a própria essência da exigência estatal, o Crédito Tributário devido por quem praticou o fato gerador. O segundo, o momento em que deve haver a satisfação desse pagamento, o período devido para esse pagamento, a adimplência, ainda que por adiantamento.

Crédito Tributário e Adimplência são dois conceitos intimamente ligados, mas diversos. Cada um deles demanda uma proteção diferente sob o risco de, em não havendo sanção efetiva, haver um incentivo aos contribuintes para que não cumpram um ou outro, neste caso principalmente o adimplemento, que é o bem protegido pela multa isolada.

[...]

### **6.3. DA MULTA ISOLADA COMO CONSEQUÊNCIA DAS OPÇÕES DO CONTRIBUINTE**

Assim, de acordo com o Regulamento do Imposto de Renda, o contribuinte que opta por uma modalidade diferente de apuração (anual) deve assumir as obrigações correspondentes a essa opção, entre elas, o pagamento mensal. Como padrão, esse pagamento é calculado sobre a Receita Bruta mensal, aplicando-se os percentuais definidos no artigo 223, dependendo da atividade do contribuinte (com alíquotas de 1,6%, 8%, 16% e 32%). É a chamada apuração por “estimativa pura”.

Importante notar que se o contribuinte proceder da forma descrita até aqui, não estará sujeito à multa isolada quando da eventual glosa de despesas pela fiscalização (exceto se houver redução de imposto por omissão de receita, o que não é o alvo do presente estudo). Agindo dessa forma, o contribuinte estaria sujeito apenas à multa de ofício.

[...]

### **6.6. DA APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA**

Feitas as pertinentes considerações, no tocante às multas isoladas, para o presente caso, portanto, aplicou-se o disposto no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/1996, anteriormente reproduzido.

Para os cálculos foi utilizada, a ECF ACs 2014 a 2016. Além disso, para o cálculo do lucro realizado após a assinatura do Contrato de Compra e Venda das Participações Societárias, e que está presente na planilha de Cálculo (doc.26) e que após os cálculos, geraram os valores abaixo citados.

Desta forma, os valores das multas isoladas, calculadas em função da inclusão do Ágio amortizado que, por sua vez, geraram falta de recolhimento da estimativa, encontram-se demonstradas, mensalmente, nos quadros anexados (doc. 23) e consolidadas abaixo:

[...].

Ao apreciar a Impugnação apresentada pela DSM Produtos S/A e proferir o Acórdão recorrido nº 14-103.229, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO acabou entendendo por manter a aplicação, concomitante, das multas de ofício e isolada, porque, de acordo com a Turma julgadora, tratam-se infrações diferentes que em nada se confundem, não havendo se falar na aplicação do *princípio da consunção*, conforme se verifica dos trechos abaixo reproduzidos (fls. 3.529/3.530):

#### **“MULTA ISOLADA**

[...]

Quanto à suposta consunção das multas, inviável suportar o entendimento da contribuinte.

Decorre dos preceitos normativos antes citados que, nem no curso, e nem após o encerramento do ano-calendário, com ou sem a apuração do IRPJ e da CSLL devidos no ajuste anual, é possível o lançamento das estimativas propriamente ditas, porque não pode haver dever de pagar tributo, apurado com caráter de provisoria, mas apenas dever de antecipar um valor que poderá vir a se configurar devido ou indevido, ao final do período.

Aliás, é justamente porque a estimativa não é exigível como obrigação principal (tributo), que foi instituída uma multa isolada (ou seja, exigida sem que o principal fosse exigido), para penalizar as pessoas jurídicas que, apesar de optantes pela sistemática de apuração do Lucro Real Anual, descumprem, no curso do ano-calendário, a obrigação de apuração e recolhimento das antecipações mensais obrigatórias, nos termos da legislação em vigor.

Trata-se, portanto, de duas infrações diferentes e que em nada se confundem, não havendo que se falar em infração de maior ou menor potencial lesivo nesses casos. Uma, vulnera a obrigatoriedade do recolhimento mensal das estimativas. Outra, implica falta de recolhimento do tributo apurado no ajuste anual. Logo, sujeitas a penalidades diferentes, conforme entendimento adotado pela Administração Tributária e corroborado pela jurisprudência do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, bem como do atual CARF:

[...]

Dessa forma, por manter absoluta consonância com o preceptivo legal, deve ser mantida a multa isolada sobre as diferenças de estimativas não recolhidas, sem prejuízo do lançamento da multa de ofício vinculada ao tributo lançado”.

Decerto que a imposição de multa isolada pela falta de recolhimento mensal dos tributos devidos por estimativa em concomitância com a aplicação de multa de ofício é vedada em relação aos fatos ocorridos até a entrada em vigor da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, posto que, antes de sua publicação, inexistia previsão legal que autorizava a aplicação das duas multas concomitantemente.

Neste ponto, cabe esclarecer sobre o entendimento vigente à época, haja vista que, ao longo dos anos, três correntes de entendimento acerca da relação entre essas duas sanções se desenvolveram no âmbito deste E. CARF. A primeira corrente entendia que a imposição da multa isolada independia do resultado apurado no encerramento do exercício e, por isso, deveria ser aplicada, sempre, sobre o valor da estimativa não recolhida. Já a segunda corrente entendia que, quando aplicada depois do levantamento do balanço, a base de cálculo da multa isolada deveria ser a diferença entre o lucro real apurado e a estimativa obrigatória recolhida quando não estiver acompanhado concomitantemente com a multa de ofício. Por fim, a terceira corrente sustenta que, encerrado o ano-calendário, não caberia aplicar a multa isolada por não pagamento das

estimativas, pois elas ficariam absorvidas pelo resultado apurado no final do período, sujeitando-se à multa de ofício.

A terceira corrente acabou por prevalecer amplamente no sentido de que, uma vez finalizado o período de apuração, a base imponível da penalidade desapareceria, já que absorvida pelo crédito tributário constituído, pois as estimativas nada mais seriam do que o recolhimento antecipado do tributo que só nasceria posteriormente. Nessa linha, aplica-se o princípio da consunção entre essas sanções, de modo a ser cobrada apenas a multa de ofício devida, após o término do exercício.

Em razão disso, note-se que a matéria restou fixada na Súmula CARF nº 105. Veja-se:

**Súmula CARF nº 105**

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no artigo 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”.

A propósito, veja-se que este Relator tem se inclinado no sentido de que, a despeito da alteração legal promovida pela Lei nº 11.488/2007, a tese pela impossibilidade de se aplicar, concomitantemente, as multas de ofício e isolada permanece sendo invocada no âmbito desta 2<sup>ª</sup> Turma Ordinária da 3<sup>ª</sup> Câmara, conforme se verifica das razões expostas pelo então Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias quando do julgamento do Acórdão nº 1302-006.302, de 16/11/2022. Peço vênia para reproduzir, aqui, os trechos a seguir, que, a propósito, corroboram meu posicionamento:

**Voto vencedor**

[...]

Antes e depois das alterações promovidas pela Lei 11.488/07, nos casos de não recolhimento ou recolhimento a menor das estimativas mensais pela pessoa jurídica, a multa isolada devia e deve ser aplicada quando não houver o recolhimento da estimativa mensal ou quando o recolhimento desta for parcial, ainda que tenha sido *“apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”*.

Não se pode perder de vista que a redação dos dispositivos é quase idêntica. Com toda vênia, não se entende o motivo pelo qual se chega a duas conclusões distintas (uma para os fatos geradores anteriores ao ano-calendário de 2007 e outra para os fatos ocorridos após esta data), tendo como base textos legais cuja redação se mostra bem próxima ou quase idêntica.

Por outro lado, entende-se que o propósito da multa isolada é específico: punir o descumprimento da norma que impõe às pessoas jurídicas optantes pelo lucro real anual o recolhimento mensal por estimativa, seja com bases presumidas, seja com o levantamento de balancete de verificação, visando a suspender ou reduzir a estimativa do mês.

Assim, a multa isolada poderá ser aplicada no curso do ano-calendário, quando for detectada a insuficiência ou o não recolhimento das estimativas ou, ao final do exercício, quando verificada as mesmas hipóteses, independentemente se tiver sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa.

O que não se pode admitir é pretender aplicá-la de forma concomitante nos casos de omissão de receita ou de glosa de despesas, uma vez que se estaria dando uma amplitude ao dispositivo legal não pretendida pelo legislador.

Não se pode olvidar que as alterações promovidas pela Lei 11.488/07, como se depreende da exposição dos motivos da MP nº 351/2007, tiveram como objetivo *“reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa”*.

Em nenhum momento, com as alterações promovidas na Lei nº 9.430/96, o legislador demonstrou que as mudanças teriam o condão de autorizar a aplicação concomitante das penalidades.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar casos idênticos ao presente, cujos fatos geradores ocorreram, inclusive, após o ano-calendário de 2007, ou seja, já na vigência das alterações promovidas pela Lei 11.488/07 na Lei nº 9.430/96, tem proferido julgados no sentido de que a multa isolada seria absorvida pela multa de ofício, tendo em vista o princípio da consunção. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo.
2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.
3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata".
4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro

de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei n. 11.488, de 2007)".

5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido.

6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. Princípio da consunção.

Recurso especial improvido.

(REsp 1496354/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)

.....

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTE.

1. A Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.496.354/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 24.3.2015, adotou entendimento no sentido de que a multa do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 somente poderá ser aplicada quando não for possível a aplicação da multa do inciso I do referido dispositivo.

2. Na ocasião, aplicou-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobra-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1499389/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015) (destacou-se)

Neste sentido, uma análise mais detida dos precedentes que deram origem à súmula 105 demonstra que o entendimento sempre foi pela aplicação do princípio da consunção no âmbito do Direito Tributário Sancionador. Confira-se a ementa de um daqueles precedentes:

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA — Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (acórdão nº 9101-001.261 – Sessão de 22/11/2011) (destacou-se)

Por outro lado, o próprio Superior Tribunal de Justiça, como demonstrado, é bastante claro no sentido de que o princípio da consunção, mesmo sendo um princípio de direito penal, pode e deve ser aplicado no âmbito do direito tributário sancionador. No acórdão proferido nos autos do Resp. 1.496.354, cuja ementa foi citada acima, o Ministro relator deixou claro no voto proferido que:

Em se tratando as multas tributárias de medidas sancionatórias, aplica-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente.

O princípio da consunção (também conhecido como Princípio da Absorção) é aplicável nos casos em que há uma sucessão de condutas típicas com existência de um nexo de dependência entre elas. Segundo tal preceito, a infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. (destacou-se)

E a mais balizada doutrina não destoa deste entendimento. O professor Paulo Roberto Coimbra Silva, em brilhante obra dedicada ao tema do “Direito Tributário Sancionador”, leciona no sentido de “*ser a aplicação dos princípios gerais da repressão ao Direito Tributário Sancionador uma regra, sujeita a exceções lógica, axiológica e teologicamente justificável*”, ou seja, em que pese haver exceções (absolutas ou parciais), em regra, os princípios forjados no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal são plenamente aplicáveis no âmbito do Direito Tributário Sancionador. Em suas palavras:

Portanto, aqueles princípios destinados a controlar as potestades punitivas do Estado, forjados, em sua grande maioria, no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, são não somente aptos, mas predispostos a se imiscuírem por todos os subsistemas do Direito nos quais possam ser verificadas manifestações repressivas. (SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Direito Tributário Sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Pág. 271)

Pelas razões aqui expostas, vota-se por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para afastar a aplicação da multa isolada, uma vez que esta não pode ser aplicada de forma concomitante com a multa de ofício”.

Por tais razões, e por aplicação do princípio da consunção, entendo pela impossibilidade de se aplicar, concomitantemente, as multas de ofício e isolada, de modo que a multa isolada deve cancelada, uma vez que, no final, restará absorvida pela multa de ofício.

Quanto às demais questões subsidiárias acerca da multa isolada que, a rigor, consubstanciam-se, basicamente, na alegação de que teria ocorrido a decadência quanto a sua exigência em relação ao ano-calendário de 2014, tem-se que, ao proferir o Acórdão recorrido, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/POR acabou analisando, corretamente, tal alegação, de modo que as razões e fundamentos ali erigidos estão sendo adotados, aqui, enquanto razões de decidir. Peço vênia para reproduzir os trechos que nos interessam:

“Por fim, afirma a impugnante que a multa isolada em apreço, referente à falta de recolhimento de estimativa dos meses anteriores a junho de 2014, estaria fulminada pelo instituto da decadência, pela regra de contagem do art. 173, inc. I, do CTN.

Realmente, a matéria encontra-se pacificada na esfera administrativa. Em realidade, a Súmula CARF nº 104 define peremptoriamente a norma a ser aplicada ao caso:

Súmula CARF nº 104 : Lançamento de multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa de IRPJ ou de CSLL submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I, do CTN.

[...]

Argumenta o impugnante que, sendo a estimativa apurada mensalmente, a expressão “exercício” contida no inc. I do art. 173 haveria de ser considerada da mesma forma, ou seja, em bases mensais.

Não se sustenta a pretensão, haja vista que o exercício a que se refere o inciso I, na situação em comento, não se confunde com o período de apuração da multa.

Ano fiscal ou exercício é o período de tempo escolhido para se fazer a demonstração de resultados contábeis de uma empresa, correspondendo, portanto, ao ano-calendário de 2014. Descabe falar-se em exercícios mensais, uma vez que a contribuinte optou pelo lucro real anual para a apuração do IRPJ e da CSLL.

O ano-calendário objeto da autuação findou em 31/12/2014. Logo, o lançamento da multa poderia ser efetuado apenas no exercício de 2014, sendo o primeiro dia do exercício seguinte o dia 01/01/2015, que é o termo inicial do prazo decadencial segundo o art. 173, inc. I, do CTN.

Destarte, é tempestivo o presente lançamento fiscal, que se aperfeiçoou em junho de 2019, porquanto o prazo quinquenal de decadência apenas se esgotaria em 31/12/2020.

Nesses termos, correta a imputação da multa decorrente do recolhimento mensal de estimativas, tal como feita no Auto de Infração.”

Por essas razões, e acaso essa Turma julgadora não entenda pela aplicação do princípio da consunção para afastar a multa isolada, entende-se que não há que se falar na decadência da exigência da respectiva multa isolada relativa ao ano-calendário de 2014.

## 6. Da análise do Recurso de Ofício

Conforme relatado, a 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO decidiu reduzir a multa de ofício ao patamar de 75%, já que, no entendimento do Colegiado, não houve, no caso, simulação quanto a constituição da empresa *DSM Ltda.*, mas, sim, apenas um planejamento tributário “ineficaz”, conforme se verifica do trechos abaixo transcritos (fls. 3.515/3.516):

“Contudo, ainda que a fiscalização não mencione a expressão “empresa-veículo”, entende existir dolo na interposição da DSM Ltda. na operação de aquisição da Tortuga.

Neste ponto, distanciamos do entendimento da fiscalização, concluindo inexistir atuação dolosa (cuja intenção é causar dano a outrem), uma vez que o mero “planejamento tributário”, ora entendido como uma atividade de identificação de alternativas lícitas para minimizar, postergar ou extirpar a carga tributária suportada, não ensejaria a aplicação de multa qualificada.

Entende-se não haver, no presente caso, simulação, posto que a constituição da empresa DSM LTDA. anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas, sendo desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da transferência do ágio pago pela DSM Suíça, na aquisição da Tortuga, para o patrimônio da DSM LTDA., e da posterior incorporação desta pela Tortuga, atual DSM S.A.

Cumpre destacar que diversos casos relativos à interposição de empresa-veículo foram analisados por esta julgadora, e, em sua maioria, reputou-se ocorrida a simulação.

Contudo, o presente destoa dos demais porque o ato de formação da DSM Ltda. não se encontra maculado. Não fora simulada a constituição e sua atividade por diversos anos.

Ainda que a contribuinte tenha entendido (de forma equivocada) ser viável a transferência do ágio entre as empresas a fim de atender formalmente às exigências da lei, os atos não foram eivados de ilicitude. Não há, portanto, que se falar em simulação, mas em planejamento tributário ineficaz.

Por todo exposto, inviável manter a multa qualificada lavrada.” (grifei).

A meu ver, o referido entendimento exarado pela 13<sup>ª</sup> Turma da DRJ/RPO quanto ao afastamento da multa qualificada de 150% não deve ser corrigido ou alterado e, portanto, deve ser mantido *in toto* pelos seus próprios fundamentos. É que a multa qualificada não deve ser mantida nas hipóteses em que ocorre mera divergência na interpretação da legislação tributária aplicável, tal como se verifica no caso em apreço.

Observe-se, de logo, que, nos termos do artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96, o percentual da multa de ofício será duplicado nas hipóteses em que há ação dolosa praticada de acordo com as hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Confira-se:

**“Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”**

**Art. 44.** Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

**I** - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

**§ 1º** O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)."

A redação do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 é bastante clara ao dispor que a multa será duplicada nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, os quais, respectivamente, tratam dos institutos da sonegação, da fraude e do conluio. É ver-se:

**“Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”**

**Art. 71** – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

**I** – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

**II** – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária ou o crédito tributário correspondente.

**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.

**Art. 73** – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no artigo 71 e 72."

O traço característico e comum nas três modalidades é a conduta dolosa. O *dolo* corresponde a prática do ilícito por alguém que possuía o *animus*, ou seja, a intenção de realizá-lo e de obter o resultado – trata-se do elemento volitivo –, somado a um elemento adicional que, no caso, consubstancia-se na consciência da antijuridicidade por parte do agente, quer dizer, no saber que se encontrava por realizar uma conduta vedada – é a própria *consciência do ilícito*. Em síntese, o *dolo*, o qual, aliás, consubstancia-se em elementos relativos à vontade e à consciência, é, portanto, o requisito inafastável para que a multa seja aplicada na modalidade qualificada.

Ao comentar sobre a figura do *dolo*, João Carlos de Lima Junior<sup>11</sup> afirma que

<sup>11</sup> LIMA JUNIOR, João Carlos de. Interpretação e aplicação das multas de ofício, de ofício qualificada, de ofício agravada e isolada. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 170-174.

“O dolo possui diferentes teorias e o conceito depende daquela adotada (...).

[....]

Percebe-se que, em todas as teorias, a coincidência reside no elemento volitivo, na vontade consciente de realizar a conduta típica e causar o resultado. Logo, livre do afunilamento da opção teórica, para que exista a qualificação da penalidade tributária, é imprescindível que o sujeito passivo tenha agido intencionalmente no sentido de realizar o previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64

[...]

Logo, impõe-se ao agente a consciência em relação à conduta praticada, é necessário que ele saiba que está que ele saiba que está realizado o comportamento vedado; da mesma forma o resultado, o sujeito passivo há de conhecer o produto da sua ação; em complemento, exige-se que haja a percepção, por parte de quem age, que a conduta pode ter como consequência o resultado. Finalmente, o dolo requer a vontade de agir e de causar o resultado.”

É preciso consignar, ainda, que a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% exige que o *dolo* seja comprovado de forma a afastar qualquer dúvida razoável quanto à sua existência, ou seja, a hipótese que a Autoridade fiscal deve comprovar para aplicar a multa qualificada é a de que a conduta do sujeito passivo só ganha sentido à luz de uma finalidade ilícita.

Essa é a linha de entendimento que tem sido sustentada por Eduardo Kowarick Halperin<sup>12</sup>:

“Da contraposição do *standard* probatório exigido para a comprovação da sonegação, da fraude e do conluio (prova acima de qualquer dúvida razoável) com a hipótese que deve ser comprovada para que seja caracterizado o dolo (conduta ganha sentido à luz de uma finalidade ilícita), resulta que não basta que o dolo seja comprovado: ele deve ser comprovado de forma a afastar qualquer dúvida razoável quanto à sua existência. Se, de um lado, a Fiscalização comprova que uma determinada conduta ganha sentido à luz de uma finalidade ilícita, mas, de outro lado, o contribuinte demonstra que ela também ganha sentido à luz de uma finalidade lícita, isso não significa que a Fiscalização não comprovou a hipótese – apenas significa que ela não cumpriu com o seu ônus de comprovar a referida hipótese *acima de qualquer dúvida razoável*. Disso conclui-se que, na verdade, a hipótese que a Fiscalização deve comprovar para aplicar a multa qualificada é que a conduta SÓ ganha sentido à luz de uma finalidade ilícita – se ela também ganhar sentido à luz de uma finalidade lícita, existirão dúvidas razoáveis a respeito do caráter doloso da conduta.” (grifei).

Dito isto, registre-se que o mero planejamento tributário, enquanto atividade de identificação de alternativas lícitas para minimizar, postergar ou extirpar a carga tributária

<sup>12</sup> HALPERIN, Eduardo Kowarick. Multa Qualificada no Direito Tributário. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, 202, p. 58.

suportada, não enseja a qualificação da multa qualificada, sem contar, ainda, que a própria Autoridade julgadora de 1<sup>a</sup> instância acabou concluindo, de forma categórica, que, no caso, não houve simulação, posto que a constituição da empresa *DSM Ltda.* anos antes e sua atuação foram a todo tempo justificadas, de modo que, no final, foram desconsiderados apenas os efeitos fiscais decorrentes da transferência do ágio pago pela *DSM Suíça*, na aquisição da *Tortuga*, para o patrimônio da *DSM Ltda.*, e da posterior incorporação desta pela *Tortuga* (atual *DSM Produtos S.A.*).

Em síntese, pode-se dizer que, em termos gerais, e no âmbito deste E. CARF, tem prevalecido o entendido que, para fins de qualificação da multa, não basta a intenção de economizar tributos, mas, antes, é necessário que a Autoridade comprove que tal economia foi concretizada por meio da prática de atos que, intencionalmente, sabia-se que não poderiam ser praticados. Aliás, perceba-se que, recentemente, a 1<sup>a</sup> Turma da Câmara Superior deste E. CARF sustentou o entendimento de que, a despeito de se tratar de planejamento tributário abusivo, o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade não resta caracterizado automaticamente, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito, conforme se verifica dos precedentes citados abaixo:

**“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUIO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

(Processo nº 19515.721820/2013-90. Acórdão nº 9101-005.761. Conselheiro Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Sessão de 08/09/2021.

\*\*\*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

[...]

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. DOLO NÃO CONFIGURADO.

A qualificação da multa de ofício depende da caracterização do dolo do sujeito passivo, não podendo ser mantida em caso de mera divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável. A conclusão de que as operações

praticadas são atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica, é fundamento suficiente para a glosa das despesas, mas não para a qualificação da multa de ofício.

(Processo nº 16561.720017/2015-56. Acórdão nº 9101-006.250. Conselheiro(a) Relator(a) Edeli Pereira Bessa. Redator(a) Designado(a) Livia de Carli Germano. Sessão de 10/08/2022).

\*\*\*

#### **ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008

[...]

**MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO.**

A prova de que os atos não ocorreram tais como declarados implica a sua requalificação para fins fiscais, tributando-se a situação real. Mas para que se possa afirmar ter havido dolo, punível com a qualificação da multa de ofício, é necessário que a fiscalização comprove a prática de ilícitos. Não se qualifica a multa de ofício quando ocorrer mera divergência na interpretação da legislação tributária.

(Processo nº 16561.720205-2012-31. Acórdão nº 9101-006.365. Conselheiro(a) Relator(a) Livia de Carli Germano. Sessão de 08/11/2022)”.

Considerando, pois, que, no caso concreto, a ora Recorrente não adotou quaisquer procedimentos ilícitos ou atos simulatórios ou dolosos tendentes a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da Autoridade fazendária, de quaisquer das etapas da amortização do ágio, nos termos dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/1964, mas, antes, utilizou-se de planejamento tributário que, segundo a Autoridade julgadora de piso, foi denominado de “ineficaz”, conclui-se pela improcedência do Recurso de Ofício.

Por essas razões, nego provimento ao Recurso de Ofício.

#### **7. Conclusão**

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, conheço parcialmente do Recurso Voluntário e, na parte conhecida, voto por dar provimento ao recurso para reconhecer a dedutibilidade da amortização do ágio. Quanto ao Recurso de Ofício, entendo por negar-lhe provimento, de acordo com as razões e fundamentos expostos.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo

(Voto de Sávio Salomão de Almeida Nóbrega)

## VOTO VENCEDOR

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Redator designado

No julgamento do processo realizado na sessão do dia 15/05/2024, o relator votou por conhecer parcialmente do recurso no que foi acompanhado por todos os membros do Colegiado. Também foi acompanhado por todos os Conselheiros quanto à rejeição de nulidade do acórdão de 1<sup>ª</sup> instância.

No mérito, o Relator deu provimento ao recurso voluntário, reconhecendo a dedutibilidade do ágio, negando provimento ao recurso de ofício.

No entanto, a maioria do colegiado entendeu que a parcela do ágio por rentabilidade futura que a Recorrente atribuiu ao relacionamento com clientes, não poderia ser deduzida da base de cálculo do lucro real, por se tratar de um ativo intangível.

Este Conselheiro foi designado para redigir o voto vencedor.

Inicio o meu voto, pedindo vênia ao Relator, Savio Salomão de Almeida Nobrega, por divergir do seu voto.

### **Quanto ao ágio por rentabilidade futura decorrente da carteira de clientes**

A apuração do ágio por rentabilidade futura ocorreu na aquisição da Tortuga pela DSM AG e DSM Netherland, por meio da DSM Ltda (05/04/2013), e que em 01/10/2013 houve a incorporação reversa da DSM Ltda pela Tortuga, quando então cumpriu os requisitos legais para a amortização do ágio nos termos do art. 385 do RIR/99.

A Recorrente alega que embora não existisse vedação ao aproveitamento do ágio alocado contabilmente aos ativos intangíveis, pelo fato de todo o ágio ter sido integralmente fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, por conservadorismo não aproveitou o benefício fiscal do ágio sobre os valões alocados a marcas e tecnologia, tendo deduzido apenas o ágio alocado contabilmente ao (i) relacionamento com clientes, e (ii) goodwill residual por rentabilidade futura. Destaca que não aproveitou o ágio alocados a marcas e tecnologia:

#### **V. O DIREITO: A ALEGAÇÃO DE ÁGIO FUNDAMENTADO EM MAIS-VALIA DE ATIVOS INTANGÍVEIS**

##### **A. COLOCAÇÃO DA QUESTÃO: O ERRO COMETIDO PELA FISCALIZAÇÃO NA LAVRATURA DOS AUTOS DE INFRAÇÃO**

160. A Fiscalização entendeu que a Recorrente teria aproveitado de benefício fiscal do ágio sobre a parcela do preço de aquisição que havia sido alocada contabilmente a ativos intangíveis: marcas, tecnologia e carteira de clientes. Confirase o trecho do TVF:

“Quanto ao fundamento econômico em rentabilidade futura do Ágio reconhecido pelo Contribuinte, boa parte se refere à aquisição de Ativo intangível com vida útil indefinida (marcas: TORTUGA, FOFBOVI, BOVIGOLD e Relacionamento com Clientes), Ativos não amortizáveis, nem contábil, nem tributariamente.”

161. Sendo assim, as Autoridades Fiscais entenderam que: (i) uma parcela do preço de aquisição foi alocada a ativos intangíveis (marcas, tecnologia e relacionamento com clientes); (ii) a Recorrente teria deduzido a parcela do ágio alocada aos ativos intangíveis; e (iii) após a incorporação da DSM Ltda. na Tortuga, nos termos do Artigo 7º, inciso I, da Lei 9.532/97, o ágio cujo fundamento seja “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas” deverá ser registrado “em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização”.

162. Ocorre que, muito embora não existisse vedação ao aproveitamento do ágio alocado contabilmente aos ativos intangíveis (uma vez que o ágio estava integralmente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, para fins tributários, a Recorrente adotou procedimento conservador e não aproveitou o benefício fiscal do ágio sobre os valores alocados a marcas e tecnologia).

163. Em outras palavras, a Recorrente apenas deduziu despesas de ágio com relação ao ágio alocado contabilmente: (i) ao relacionamento com clientes; e (ii) ao goodwill residual por rentabilidade futura. Repita-se: não houve o aproveitamento fiscal de ágio sobre os valores alocados contabilmente a marcas e tecnologia.

164. Para que não restem dúvidas, confira abaixo o cálculo do ágio total (preço total pago menos o valor de patrimônio líquido da Tortuga), que soma o montante de R\$ 730 milhões:

Descrição	Valor
Custo de Aquisição da Tortuga (A)	R\$ 1.218.877.583,86
Patrimônio Líquido da Tortuga (B)	R\$ 488.810.088,33
<b>Ágio Total (C = A - B)</b>	<b>R\$ 730.067.495,53</b>

165. A alocação contábil do ágio de R\$ 730 milhões se deu da forma prevista no laudo de Purchase Price Allocation (“Laudo PPA”), de forma que: (i) uma parte do preço foi alocada aos ativos intangíveis; (ii) o valor alocado às relações com clientes soma o montante de R\$ 127 milhões; e (iii) o valor do goodwill por rentabilidade futura (residual nos termos do Laudo PPA) soma o montante de R\$ 396 milhões.

166. O valor do ágio aproveitado fiscalmente pelo Recorrente: o ágio aproveitado fiscalmente pelo Recorrente corresponde: (i) ao ágio alocado contabilmente ao relacionamento com clientes (R\$ 127 milhões); e (ii) ao goodwill por rentabilidade futura residual (R\$ 396 milhões). O valor do aproveitamento anual do ágio total (relacionamento com clientes + goodwill) soma o montante de R\$ 104 milhões.

167. O valor do ágio aproveitado anualmente pela Recorrente não abrange a parcela do preço de aquisição alocada contabilmente a marcas e a tecnologia. Diferentemente do que pressupõe a Fiscalização, a Recorrente adotou uma postura conservadora e apenas a parcela alocada contabilmente à carteira de clientes e ao goodwill por rentabilidade futura foram deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSL.

168. O tratamento contábil da parcela do preço alocada aos ativos intangíveis: após a incorporação da DSM Ltda. pela Tortuga, a parcela do ágio alocada aos ativos intangíveis (Marcas, Tecnologia e Relações com Clientes) passaram a integrar o custo de cada um dos respectivos ativos. Esses ativos estiveram sujeitos a amortização contábil, com o reconhecimento de despesas que impactaram o lucro líquido da sociedade.

169. Ocorre que todos os valores amortizados contabilmente com relação a esses ativos intangíveis foram devidamente adicionados na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, sem que tenham impactado a apuração tributária da Recorrente, conforme será demonstrado abaixo.

170. Ano-calendário de 2014: no período de 2014 houve o registro de amortização relacionada aos itens “marcas e patentes”, “clientes” e “tecnologia”, no valor total de R\$ 17.128.866,01, conforme evidenciado no balanço patrimonial extraído da ECD da Recorrente:

BALANÇO PATRIMONIAL		
Entidade:	DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL S.A.	
Período da Escrituração:	01/01/2014 a 31/12/2014	CNPJ: 56.992.951/0001-49
Número de Ordem do Livro:	187	
Período Selecionado:	01 de Dezembro de 2014 a 31 de Dezembro de 2014	
Descrição	Saldo Inicial	Saldo Final
SOFTWARE - LICENÇA DE USO	R\$ 8.652.822,50	R\$ 8.659.990,93
(-) SOFTWARE	R\$ (6.398.683,69)	R\$ (6.448.430,05)
ÁGIO NA INCORPORACAO REVERSA	R\$ 444.240.076,34	R\$ 444.240.076,34
TECNOLOGIA	R\$ 38.464.000,00	R\$ 38.464.000,00
MARCA E PATENTE	R\$ 64.688.000,00	R\$ 64.688.000,00
CLIENTES	R\$ 127.303.000,00	R\$ 127.303.000,00
(-) TECNOLOGIA	R\$ (2.567.076,84)	R\$ (2.697.749,06)
(-) MARCA E PATENTE	R\$ (4.497.145,20)	R\$ (4.726.063,92)
(-) CLIENTES	R\$ (9.234.964,52)	R\$ (9.705.053,03)
(-) AJUSTE DO CUSTO CORRIDO - SOFTWARE	R\$ (0,00)	R\$ (7.102,49)
AJUSTE DEPREC.ACUM. - SOFTWARE	R\$ 292.922,48	R\$ 319.654,94
EDIFÍCIOS	R\$ 128.567.527,12	R\$ 128.584.883,84

171. Quando examinado o LALUR de 2014, verifica-se que a Recorrente procedeu à adição do valor total de R\$ 17.128.866,01, neutralizando integralmente o efeito da amortização contábil dos valores alocados contabilmente aos itens descritos acima. Confira-se:

LALUR 2014

LALUR - Parte A		
Nome Empresarial:	DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL S A	
Período da Escrituração:	01/01/2014 a 31/12/2014	CNPJ: 56.992.951/0001-49 SCP:
Período de Apuração:	A00 - Anual	
Histórico	Adição	Exclusão
2: Lucro Líquido Antes do IRPJ	R\$ 181.541.559,83	
3: Ajuste do Regime Tributário de Transição RTT		R\$ 22.837.318,74
4: Lucro Líquido Após ajustes do RTT	R\$ 158.704.241,09	
6: Provisões Não Dedutíveis	R\$ 5.400.813,38	
7: Custos Não Dedutíveis	R\$ 1.680.752,71	
8: Despesas Operacionais - Parcelas Não Dedutíveis	R\$ 3.275.545,86	
9: Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido	R\$ 12.972.390,42	
12: Ajustes Decorrentes de Métodos - Preços de Transferência	R\$ 5.137.881,98	
15: Variações Cambiais Passivas (MP nº 1.858-10/1999, art. 30)	R\$ 25.294.157,22	
18: Amortização de Ágio nas Aquisições de Investimentos Avaliados pelo Patrimônio Líquido	R\$ 17.128.866,01	

LACS 2014

LACS - Parte A		
Nome Empresarial:	DSM PRODUTOS NUTRICIONAIS BRASIL S A	
Período da Escrituração:	01/01/2014 a 31/12/2014	CNPJ: 56.992.951/0001-49 SCP:
Período de Apuração:	A00 - Anual	
Histórico	Adição	Exclusão
2: Lucro Antes da CSLL	R\$ 194.513.950,25	
3: Ajuste do Regime Tributário de Transição RTT		R\$ 22.837.318,74
4: Lucro Líquido Após ajustes do RTT	R\$ 171.676.631,51	
6: Provisões Não Dedutíveis	R\$ 5.400.813,38	
7: Custos Não Dedutíveis	R\$ 1.680.752,71	
8: Despesas Não Dedutíveis (Lei nº 9.249/1995, art. 13)	R\$ 3.275.545,86	
12: Ajustes Decorrentes de Métodos - Preços de Transferência	R\$ 5.137.881,98	
15: Variações Cambiais Passivas (MP nº 1.858-10/1999, art. 30)	R\$ 25.294.157,22	
18: Amortização de Ágio nas Aquisições de Investimentos Avaliados pelo Patrimônio Líquido	R\$ 17.128.866,01	
20: Pártio do Capital nos Vencimentos Diferentes ao Padrão Inicial Sociedades & Unidades Sociais		

172. Anos-calendário de 2015 e 2016: nos anos-calendário subsequentes, o procedimento adotado foi rigorosamente o mesmo, com a adição da integralidade das despesas contábeis de amortização dos ativos intangíveis “marcas e patentes”, “clientes” e “tecnologia”.

173. A própria Decisão Recorrida reconhece que as despesas decorrentes da amortização contábil desses ativos foram neutralizadas na apuração tributária:

“em verificação às declarações apresentadas pela contribuinte, constata-se que os valores adicionados ao LALUR, na verdade, visavam anular lançamentos efetuados inicialmente como encargos de amortização na “Demonstração do Resultado do Exercício”, já que indedutíveis”

174. Portanto, resta evidente que: (i) os valores decorrentes da amortização contábil dos ativos não foram deduzidos para fins fiscais; e (ii) a Recorrente apenas aproveitou o benefício tributário sobre os valores alocados à carteira de clientes e ao goodwill, diferentemente do que pressupôs a Fiscalização.

175. Este equívoco da Fiscalização seria suficiente para, por si só, resultar no cancelamento do Auto de Infração com relação a esta alegação. Isso porque a

premissa na qual se funda o Auto de Infração (dedutibilidade do valor alocado contabilmente às marcas) não encontra correspondência na realidade dos fatos.

176. Não obstante, a Recorrente demonstrará que é legítimo o aproveitamento fiscal do ágio relativo à parcela do preço de aquisição alocada contabilmente à carteira de clientes, uma vez que: (i) a carteira de clientes corresponde à expectativa de rentabilidade futura gerada pelos clientes da sociedade adquirida; e (ii) do ponto de vista fiscal, a integralidade do ágio (diferença entre o preço de aquisição e o patrimônio líquido) estava amparada na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, sendo irrelevante a alocação realizada exclusivamente para fins tributários.

A Recorrente afirma que os únicos aproveitamentos fiscais de amortização do ágio foram as decorrentes da carteira de clientes e de ao goodwill.

E a Recorrente defende que a carteira de clientes compunha a expectativa de rentabilidade futura, e por isso dedutível da base de cálculo do lucro real.

#### B. O VALOR ALOCADO À CARTEIRA DE CLIENTES CORRESPONDE À EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA DA TORTUGA

177. Do ponto de vista contábil, a DSM Ltda. contratou um Laudo PPA para alocar o preço de aquisição ao valor justo dos ativos tangíveis e intangíveis da sociedade adquirida (Tortuga). O Laudo PPA contratado demonstra a metodologia adotada para fins de mensuração do ativo “Relação com Clientes”:

“O valor de mercado das relações com clientes foi determinado por meio de um formulário da abordagem de renda conhecido como método de lucro excedente. Uma abordagem de renda foi escolhida como o melhor método para capturar a contribuição esperada dos clientes para lucros futuros na rentabilidade futura. (...) No método de lucro excedente, o valor é estimado como o valor presente dos benefícios antecipados da propriedade do ativo intangível em questão excedendo os retornos exigidos sobre o investimento nos ativos contributivos necessários para realizar esses benefícios. (...) A primeira etapa na avaliação das relações com clientes foi estimar a receita futura e a rentabilidade futura esperadas das relações estabelecidas com clientes (...)”

178. Portanto, a alocação do preço de aquisição ao valor do “relacionamento com clientes” foi determinada com base na rentabilidade futura esperada dos relacionamentos com os clientes da Tortuga. Explica-se: a Tortuga possuía determinada carteira de clientes na data da aquisição. O Laudo PPA avaliou qual a rentabilidade esperada no relacionamento com esses clientes para determinar a parcela do preço que seria alocada a essa grandeza.

179. O valor alocado ao “relacionamento com clientes” nada mais é do que a expectativa de rentabilidade futura gerada por essa carteira (venda de mercadorias para esses clientes), o que não caracteriza um “ativo intangível que não está sujeito a amortização”. Trata-se da materialização de uma parcela da

rentabilidade futura da Tortuga, cujo aproveitamento fiscal é inquestionável nos termos da Lei 9.532/97. Dessa forma, não procedem as alegações das Autoridades Fiscais, devendo o Auto de Infração ser cancelado neste ponto.

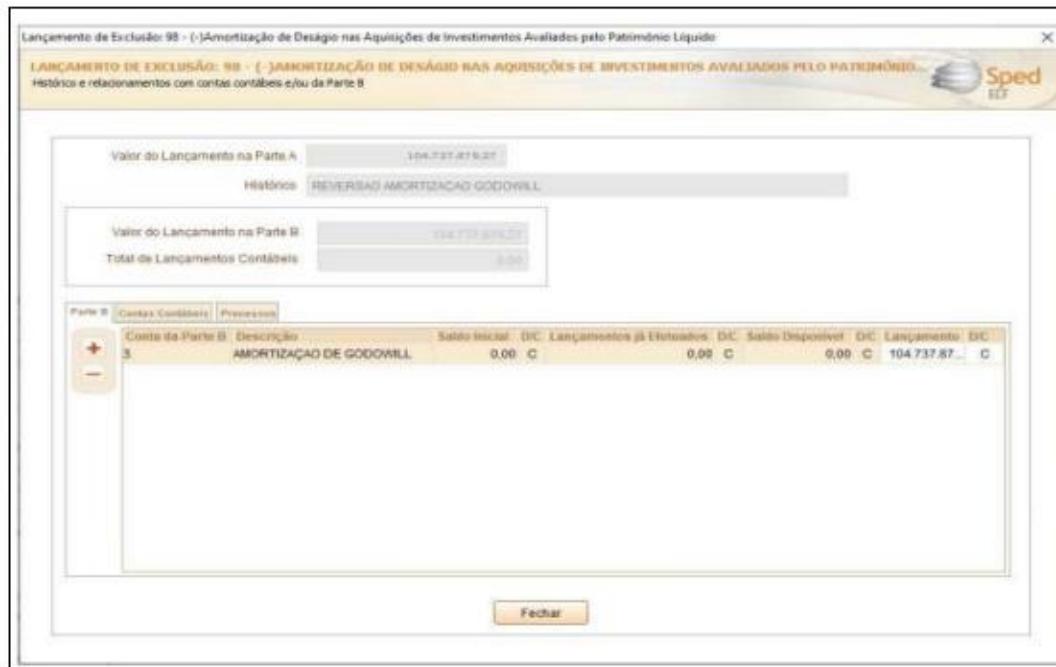
A DRJ consignou que a justificativa apresentada pela Recorrente quanto à adição de valores no LALUR não comprovariam que a amortização da parcela do ágio atribuída à relacionamento com clientes não fora utilizada fiscalmente, porque o valor total da dedução nos anos-calendários 2014, 2015 e 2016 totalizou R\$ 104.737.879,27 (dos quais R\$ 25.460.600,00 foi atribuída ao ágio pelo relacionamento com clientes). E tanto na DIPJ quanto no LALUR dos anos-calendários 2014, 2015 e 2016 o valor total da amortização foi de R\$ 104.737.897,27:

(...)

Entretanto, não merece prosperar a defesa da contribuinte. Ora, em verificação às declarações apresentadas pela contribuinte, constata-se que os valores adicionados ao LALUR, na verdade, visavam anular lançamentos efetuados inicialmente como encargos de amortização na “Demonstração do Resultado do Exercício”, já que indevidáveis:

Relacionamento de Contas Referenciais									
RELACIONAMENTO DE CONTAS REFERENCIAIS									
Relacionamento de Contas Referenciais									
Conta Referencial:	3.01.01.07.01.24--(-) Encargos de Amortização						Saldo Final:	8.707.642,56	D
	+	Conta Contábil	Descrição	Saldo Final	D/C	Saldo Utilizado	D/C	Saldo Disponível	D/C
	-	3332401	AMORT PROV MAR.	2549953,14	C	0,00	D	2549953,14	C
	-	3332402	AMORT PROV CLIE.	5060753,42	C	0,00	D	5060753,42	C
	-	3332501	AMORTIZACAO PPA	4720663,82	D	0,00	D	4720663,82	D
	-	3332502	AMORTIZACAO PPA	9705053,03	D	0,00	D	9705053,03	D
	-	3421614	AMORTIZACAO - SO.	434,76	D	0,00	D	434,76	D
	-	3421617	AMORTIZACAO - SO.	28321,48	D	0,00	D	28321,48	D
	-	serviços	AMORTIZACAO - SO.	47744,87	D	0,00	D	47744,87	D
	-	Centro de Custo	Descrição	Saldo Final	D/C	Saldo Utilizado	D/C	Saldo Disponível	D/C
	-	2920	GERENCIA TECNICA	4001,76	D	0,00	D	4001,76	D
	-	3111	LOGISTICA E EXP.	20,52	D	0,00	D	20,52	D
	-	0210	GERENCIA SERVIC.	14885,27	D	0,00	D	14885,27	D
	-	0211	ADMINISTRACAO M.	1471,90	D	0,00	D	1471,90	D
	-	0213	COMUNICACAO MA.	1597,98	D	0,00	D	1597,98	D
	-	0225	TECNICOS MARKET	84,00	D	0,00	D	84,00	D

Tais valores, portanto, não guardam qualquer relação com a amortização do ágio em litígio, consoante reconhecido no LALUR. Esse, sim, no valor de R\$ 104.737.879,27, como informado no Relatório Fiscal:



Constata-se, inclusive, que essa situação já havia sido verificada pela fiscalização, posto que, em sua resposta ao Termo de Intimação de fls. 834, após solicitada a apresentação de Demonstrativo sobre a composição da Amortização de Ágio no valor de R\$ 9.795.570,29 no ano-calendário 2016, a contribuinte apresenta o que se segue:

**ITEM 01** – Apresentar Demonstrativo sobre a composição da Amortização de Ágio no valor de R\$ 9.795.570,29 no ano-calendário de 2016. Informar as rubricas que estão sendo amortizadas. Incluir em sua análise os anos-calendários de 2014 e 2015.

**Item 01** – Conforme solicitado, segue detalhamento das adições ao Lucro Líquido realizadas na linha 18 do eLALUR ("Amortização de Ágio nas aquisições de investimentos avaliados pelo Patrimônio Líquido"), referente às ECFs dos anos-calendário 2014 a 2016.

Código da Conta	Descrição	ECF - 2014	ECF - 2015	ECF - 2016
1340404	Amortização PPA - Clientes	9.705.053,03	D 5.534.913,08	D 5.550.077,23
1340403	Amortização PPA - Marcas e Patentes	4.726.063,92	D 2.695.333,34	D 2.702.717,81
1340402	Amortização PPA - Tecnologia	2.697.749,06	D 1.538.560,01	D 1.542.775,25
	Total	17.128.866,01	9.768.806,43	9.795.570,29

Esclareça-se que, durante o procedimento, a fiscalização efetuou Intimação, às fls. 875, requerendo expressamente que a contribuinte apresentasse demonstrativo discriminando as amortizações efetuadas por tipo de ATIVO, pelo que, obteve por resposta:

### 3.1.5 Ágio informado na DIPJ e no LALUR

Conforme informado na resposta ao Termo de intimação de **22/04/2019** (doc.19), protocolada em **10/05/2019** (doc.20), as despesas de amortização nos anos calendário de 2014 a 2016 foram as seguintes:

Amortização Ágio	2014	2015	2016
<b>Ágio - Rentabilidade Futura</b>	<b>R\$ 79.277.279,27</b>	<b>R\$ 79.277.279,27</b>	<b>R\$ 79.277.279,27</b>
<b>Ágio - Rentabilidade Futura - Ativo Relacionamento com Clientes</b>	<b>R\$ 25.460.600,00</b>	<b>R\$ 25.460.600,00</b>	<b>R\$ 25.460.600,00</b>
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>	<b>R\$ 104.737.879,27</b>

Tais valores de amortização foram confirmados em LALUR e DIPJ. Assim, improcedente a Impugnação neste ponto.

Ano-Calendário	IRPJ	IRPJ (R\$)	CSLL	CSLL (R\$)
2014	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27
2015	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27
2016	LALUR	104.737.879,27	LALUR	104.737.879,27

Considerando, portanto, não obstante a justificativa, eu diria, confusa, da Recorrente quanto à dedução para fins fiscais da parcela atribuída ao ágio relativo ao relacionamento com clientes, o fato é que a Recorrente ao fim e ao cabo acabou utilizando a dedução da amortização do ágio, inclusive com a comprovação que o valor total do ágio amortizado fiscalmente incluiu a parcela atribuída ao relacionamento com clientes.

Passo então a analisar se o relacionamento com clientes pode ser considerado ágio de rentabilidade futura, passível de amortização nos termos do art. 385 do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99), vigente à época dos fatos geradores,

A Recorrente alega que o Laudo PPA avaliou a rentabilidade esperada no relacionamento com esses clientes para determinar a parcela do preço que seria alocada a essa grandeza, tratando-se de expectativa de rentabilidade futura gerada por essa carteira (venda de mercadorias para esses clientes), não se caracterizando como um ativo intangível não sujeito à amortização.

### B. O VALOR ALOCADO À CARTEIRA DE CLIENTES CORRESPONDE À EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA DA TORTUGA

177. Do ponto de vista contábil, a DSM Ltda. contratou um Laudo PPA para alocar o preço de aquisição ao valor justo dos ativos tangíveis e intangíveis da sociedade adquirida (Tortuga). O Laudo PPA contratado demonstra a metodologia adotada para fins de mensuração do ativo “Relação com Clientes”:

“O valor de mercado das relações com clientes foi determinado por meio de um formulário da abordagem de renda conhecido como método de lucro excedente. Uma abordagem de renda foi escolhida como o melhor método para capturar a contribuição esperada dos clientes para lucros futuros na rentabilidade futura.

(...) No método de lucro excedente, o valor é estimado como o valor presente dos benefícios antecipados da propriedade do ativo intangível em questão excedendo os retornos exigidos sobre o investimento nos ativos contributivos necessários para realizar esses benefícios. (...) A primeira etapa na avaliação das relações com clientes foi estimar a receita futura e a rentabilidade futura esperadas das relações estabelecidas com clientes (...)"

178. Portanto, a alocação do preço de aquisição ao valor do “relacionamento com clientes” foi determinada com base na rentabilidade futura esperada dos relacionamentos com os clientes da Tortuga. Explica-se: a Tortuga possuía determinada carteira de clientes na data da aquisição. O Laudo PPA avaliou qual a rentabilidade esperada no relacionamento com esses clientes para determinar a parcela do preço que seria alocada a essa grandeza.

179. O valor alocado ao “relacionamento com clientes” nada mais é do que a expectativa de rentabilidade futura gerada por essa carteira (venda de mercadorias para esses clientes), o que não caracteriza um “ativo intangível que não está sujeito a amortização”. Trata-se da materialização de uma parcela da rentabilidade futura da Tortuga, cujo aproveitamento fiscal é inquestionável nos termos da Lei 9.532/97. Dessa forma, não procedem as alegações das Autoridades Fiscais, devendo o Auto de Infração ser cancelado neste ponto.

A DRF defende que o relacionamento com clientes, de acordo, inclusive com o Laudo PPA enquadrar-se-ia entre os ativos intangíveis identificados, de acordo com o item “c” do Decreto nº 1.598/77

Portanto, apesar das justificativas trazidas em sede de impugnação, verifica-se que, mesmo a empresa contratada para a elaboração do Relatório que subsidiou a apuração do ágio defendido entende que a “relação com Clientes”, no valor de mercado de R\$ 127.303 mil, enquadrar-seia entre os ativos intangíveis, apresentado justificativas para considerá-la “ativo intangível identificável”. Destaque-se que a American Appraisal se utiliza exatamente dos fundamentos apresentados pela impugnante, mas com conclusões opostas.

Até porque, distintamente do defendido pela contribuinte, as relações com clientes são passíveis de identificação. Tanto é assim, que foram devidamente mensuradas pelo Relatório apresentado.

Se entende a contribuinte pelo equívoco na declaração contida no relatório, não haveria como valorizar as demais informações dele extraídas, como o próprio ágio.

Cumpre, ainda, destacar que todos os ativos da contribuinte influenciariam, ainda que de maneira indireta, a rentabilidade futura da contribuinte.

Entretanto, conforme visto, a Lei nº 9.532/97, III do art. 7º, permite a amortização do valor do ágio cujo fundamento seja o valor da rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados dos exercícios futuros, no

máximo, à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração, desde que haja a respectiva demonstração que deverá ser arquivada como comprovação.

O legislador, ao elaborar o art. 20 do DL 1.598/77, segregou o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas do valor de rentabilidade futura. Nestes contexto, não se pode olvidar que, para efeitos fiscais, deve-se considerar a existência dos três fundamentos econômicos citados pela legislação:

- valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Assim, não merecem prosperar os apontamentos trazidos em Defesa.

O Laudo PPA conseguiu segregar os ativos tangíveis e intangíveis, conforme excerto abaixo:

Com base nas informações e na análise resumida deste relatório, acreditamos que os Valores de Mercado para os ativos e passivos identificados da Tortuga, em 5 de abril de 2013, eram os seguintes: -

Ativos Identificados	Valor de Mercado em 5 de abril de 2013 (em milhares de R\$)	Tempo Restante (Anos)
Bens Imóveis	189.007	[-]
Bens Moveis	87.881	[-]
Ativos Intangíveis	[-]	[-]
Marcas Registradas	64.688	Vários
Tecnologia	38.464	Vários
Relações com Clientes	127.303	Vários
<b>Total</b>	<b>507.343</b>	[-]

Ora, se foi possível identificar os ativos tangíveis e intangíveis que totalizam R\$ 507.34 mil, a diferença entre o valor da contraprestação transferida e o valor desses ativos é justamente o *goodwill* (ágio decorrente de expectativa de rentabilidade futura) que poderia ser amortizado de acordo com o art. 386, III, do RIR/99:

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

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

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

III-poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do §2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real,

levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

O inciso II, do art. 386 deixa claro que o ágio decorrente de fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas não está sujeita à amortização.

O próprio Laudo PPA classificou a relação com clientes como ativo intangível. Confira-se:

Fl 929

Os ativos e os passivos avaliados nesta análise incluem o seguinte:

- Bens Imóveis
- Bens Móveis e Ativos Relacionados
- Ativos Intangíveis
  - Marcas Registradas
  - Tecnologia
  - Relações com Clientes
- Passivos
- Acordos Desfavoráveis

O Manual de Contabilidade Societária<sup>13</sup> afirma que um ativo intangível, nos termos do Pronunciamento Técnico CPC 04 é um ativo não monetário, sem substância física, que tem as seguintes características: (i) é identificável; (ii) estar sob controle da entidade, e (iii) capaz de gerar benefícios econômicos futuros:

O CPC 04 define ativo intangível como um ativo não monetário identificável sem substância física. Essa definição nos remete ao Pronunciamento Conceitual Básico que estabelece que um ativo é um recurso controlado pela entidade com resultado de eventos passados e do qual se espera que resultem benefícios econômicos futuros para a entidade. Três pontos dessas definições devem ser analisados com especial atenção tendo em vista o reconhecimento de um ativo intangível: identificação, controle e geração de benefícios futuros. Um intangível só deve ser reconhecido se atender a esses três pontos.

Um intangível atende ao critério de identificação quando: (i) for separável, ou em outras palavras, pode ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, individualmente ou junto com outro contrato ativo ou passivo relacionado, independentemente da intenção de uso pela entidade; ou (ii) resultar de direitos contratuais ou outros direitos legais, independentemente de tais direitos serem transferíveis ou separáveis da entidade ou de outros direitos e obrigações. Essa diferenciação é necessária para diferenciá-lo do *Goodwill*, que é um ativo intangível não identificável.

Vê-se, portanto que o relacionamento com clientes é um ativo intangível identificável, com valor atribuído e capaz de gerar benefícios futuros para a entidade.

<sup>13</sup> IUDÍCIBUS, SÉRGIO DE; MARTINS, Eliseu; GELBCK ; Ernesto Rubes ; SANTOS Ariovaldo dos. Manual de Contabilidade Societária. Aplicável a todas as Sociedades., de acordo com as Normas Internacionais e do CPC. São Paulo, Atlas, 2010.p.262.

Ressalte-se que não é por ser capaz de gerar benefícios futuros, característica que todo ativo tem que ter para ser reconhecido, que deve ser considerado como parte do ágio por rentabilidade futura.

Assim, por se tratar de ativo intangível identificado, não poderá ser amortizado para fins fiscais, nos termos do art. art. 386, II, do RIR/99.

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

Portanto, deverá ser mantida a glosa do valor de R\$ 25.460.600,00 da base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendários 2014, 2015 e 2016, relativos ao ágio atribuído ao relacionamento com clientes.

#### **Quanto a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas**

O Relator entendeu que a multa isolada não poderia ser exigida em concomitância com a multa de ofício pelo princípio da consunção. Defendeu, ainda, a aplicação do racional da Súmula CARF nº 105, a despeito da alteração legal promovida pela Lei nº 11.488/2007.

A possibilidade de lançamento concomitante das multas de ofício e isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 ainda não é pacífica neste CARF.

Filio-me à corrente que entende possível o lançamento da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais e da multa de ofício sobre falta de recolhimento de tributo devido no ajuste de final de período, após a edição da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não sendo aplicável, na espécie, a Súmula CARF nº 105.

A questão da concomitância das multas isolada e de ofício foi brilhantemente enfrentada pelo Ilustre Conselheiro Efigênio de Freitas Júnior no Acórdão 1201-003.322, de 13 de novembro de 2019. Peço licença para transcrevê-lo e adoto, *mutatis mutandis*, seus argumentos como fundamento para minha decisão no presente processo:

[...]

18 Isso posto, passo a análise do lançamento da multa isolada.

19 Sustenta a recorrente que o não recolhimento das estimativas mensais se exaure com o recolhimento do tributo, ainda que parcelado, ao final do exercício. Sustenta ainda ser indevida a aplicação concomitante da multa de mora e isolada e ofensa aos princípios do princípio do não confisco, proporcionalidade e da capacidade contributiva, bem como a aplicação à espécie do princípio da consunção porquanto o recolhimento do tributo ao final do exercício abarcaria o valor da estimativa.

20 Nos termos dos arts. 1º e 2º, §3º da Lei nº 9.430 de 1996, o imposto de renda das pessoas jurídicas é determinado, regra geral, com base no lucro real por

período de apuração trimestral. O legislador, entretanto, facultou à pessoa jurídica optar pela apuração anual, mediante o pagamento mensal sobre base de cálculo estimada. Nessa hipótese - apuração anual - o fato gerador ocorre em 31.12. de cada ano.

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, **o imposto de renda das pessoas jurídicas** será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, **por períodos de apuração trimestrais**, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

[...]

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no **lucro real** poderá optar pela **pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada**, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

[...]

§ 3º A pessoa jurídica que optar pela pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

21 Feita a opção pelo lucro real anual, a pessoa jurídica somente poderá deixar de efetuar o pagamento mensal se demonstrar, mediante balanço ou balancete de suspensão, levantados com observância das leis comerciais e fiscais, que o valor acumulado já pago excede o imposto devido no período ou no caso de existência de prejuízo fiscal.

Art. 35. A pessoa jurídica **poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês**, desde que demonstre, através de **balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto**, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

a) **deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;**

b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.

§ 2º **Estão dispensadas do pagamento** de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a **existência de prejuízos fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário**.

22 Com vistas a garantir o cumprimento do mandamento legal, em especial o recolhimento da estimativa, o legislador, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com alterações promovidas pela Lei nº 11.488, de 2007, estabeleceu sanções específicas de acordo com a conduta praticada.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - **de 75%** (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - **de 50%** (cinquenta por cento), **exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:**

a)na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b)na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, **ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido**, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o **inciso I do caput** deste artigo **será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

23 A multa de 75% é devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e declaração inexata, por exemplo, glosa de despesa, omissão de receita, e somente poderá ser exigida após o encerramento do ano-calendário, no caso de apuração anual (art. 44, I e §1º). Lembrando-se de que a multa será duplicada nos casos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964).

24 A multa de 50%, por sua vez, é devida nas hipóteses em que o legislador houve por bem especificar, *in casu*, a falta de recolhimento da estimativa mensal, inclusive no caso de apuração de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, e deverá ser exigida, isoladamente, tão logo encerrado o mês a que se refere a estimativa; daí o fato de poder ser exigida após o encerramento do ano-calendário (art. 44, II).

25 Caso o contribuinte, por exemplo, mesmo sabendo tenha prejuízo fiscal durante determinado mês, opte por não levantar balancete/balanço de suspensão, deverá recolher o tributo estimado; caso contrário está sujeito à multa isolada. Daí o lucro real anual ser uma opção e não imposição legal. Entretanto, ao fazer tal opção as regras devem ser obedecidas.

26 Como se vê, as multas têm suporte fático e legal diversos e são aplicadas em momentos distintos. O que significa dizer que é possível a convivência harmônica

de ambas as multas, a de ofício (qualificada ou não) e a isolada; com efeito, não há falar-se em *bis in idem*.

27 O entendimento firmado na Súmula CARF nº 105 no sentido de que "a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício", restou superado com a edição da Lei nº 11.488, de 2007 que atribuiu nova redação ao art. 44 da Lei 9.430, de 1996.

Entendo, portanto, que no presente caso não se aplica o entendimento da Súmula CARF nº 105, expressamente voltadas para as multas exigidas com base no art. 44, § 1º, inciso IV, ao passo que no presente processo o fundamento é a alínea "b" do inciso II do art. 44. Tratam-se de infrações com fundamento e base de cálculo distintas, de modo que é cabível o lançamento concomitante das multas de ofício e isolada.

Há que se ressaltar que o Relator consignou no voto que, se a decisão do Colegiado fosse pela manutenção da multa isolada, então não haveria que se falar em decadência da exigência em relação ao ano-calendário 2014, no que foi acompanhado pelo Colegiado.

### Conclusão

Por todo o acima exposto deve ser mantida a glosa atribuída ao relacionamento com clientes da base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendários 2014, 2015 e 2016 e a multa isolada, pelo recolhimento a menor das estimativas de IRPJ e CSLL decorrente da referida glosa.

(assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama