



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

**Processo n°** 16561.720053/2014-39  
**Recurso n°** 000.001 De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** **1302-002.390 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 18 de outubro de 2017  
**Matéria** IRPJ e CSLL- Glosa de amortização de ágios. Multa qualificada.  
**Recorrentes** SIEMENS HEALTHCARE DIAGNÓSTICOS LTDA  
FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

Ementa:

ÁGIO. OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO MEDIANTE ATOS CONCRETOS .  
PAGAMENTO REALIZADO EM ESPÉCIE. DEDUTIBILIDADE.

Verificado que as operações praticadas entre partes independentes que ensejaram a amortização de ágio foram precedidas de atos concretos, lícitos e realizados mediante emprego de valores em espécie, obedecidos os requisitos legais, reconhece a dedutibilidade do ágio criado.

GERAÇÃO ARTIFICIAL DE ÁGIO. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO  
ARTIFICIAL.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, constitui prova da artificialidade do ágio. É inválida a amortização do ágio artificial.

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO INTERNO.SIMULAÇÃO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses definidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE DA  
COBRANÇA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora à taxa selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

CSLL - LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o imposto de renda, na medida em que não há fatos novos a ensejar conclusão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade em dar provimento ao recurso voluntário com relação ao primeiro ágio (Bayer) e em negar provimento ao recurso de ofício, vencidos os conselheiros Ester Marques Lins de Sousa (relatora), Carlos Cesar Candal Moreira Filho e Rogério Aparecido Gil e por maioria em negar provimento ao recurso voluntário com relação ao segundo ágio (Dade Behring), vencidos os Conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Gustavo Guimarães da Fonseca. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, na matéria em que a relatora ficou vencida. O Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado fará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Relatora

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil e Gustavo Guimarães da Fonseca. Ausente justificadamente, o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

## Relatório

Por economia processual e bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida (fls.2.661/2.693) que a seguir transcrevo:

*Contra a contribuinte supra identificada foram lavrados Autos de Infração às fls. 04/32, formalizando lançamentos de ofício dos créditos tributários abaixo discriminados, relativos aos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012, com acréscimo de juros de mora e da multa proporcional qualificada de 150%, a seguir detalhados:*

*Valores em R\$*

*Imposto sobre a renda da pessoa jurídica - IRPJ - 23.743.969,94*

*Contribuição social sobre o lucro líquido 8.363.308,03*

*Crédito tributário do processo 32.107.277,97*

*As infrações apuradas decorrem das glosas de amortizações de ágios, deduzidas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2010 a 2012.*

*Nesse ponto, cabe destacar a informação apresentada pela autoridade fiscal, às fl. 35 do Termo de Verificação Fiscal, que em novembro de 2013, por meio do processo administrativo fiscal de nº 16643.720037/2013-55, foram lavrados Autos de Infração de IRPJ e CSLL contra a fiscalizada, relativos aos mesmos ágios tratados na presente lide, cujos encargos de amortização foram deduzidos das bases dessas exações nos anos-calendário precedentes (2007 a 2009).*

***Assim, deve ser destacado que no presente feito são tratadas, exclusivamente, as amortizações desses ágios deduzidos nos anos-calendário de 2010 a 2012, tendo em vista que as amortizações iniciais já foram objeto de outra fiscalização, que culminou na lavratura de Autos de Infrações, os quais encontram-se materializados no processo supra citado.***

#### **I. DO PROCEDIMENTO FISCAL**

*A descrição dos fatos remete ao Termo de Verificação Fiscal de fls. 33/65 onde verifica-se que a ação fiscal teve como objeto de investigação a qualificação jurídica dada pela fiscalizada relativamente às operações de reorganização societária que culminaram no surgimento de dois ágios, que foram identificados pela autoridade fiscal nos seguintes termos: - “1º Ágio – Bayer” e “2º ágio – Dade”, que foram deduzidos da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, nos anos-calendário de 2010 a 2012.*

*Segundo relato da autoridade fiscal os ágios investigados foram construídos a partir das seguintes operações sequenciais:*

#### **Do “1º ágio – Bayer” no valor de R\$ 158.909.542,12**

*(i) Em 06/09/2006: é constituída uma sociedade de existência efêmera, a VALUSSI Participações Ltda., CNPJ 08.298.066/0001-11, com capital social de apenas R\$ 100,00, com sede na Rua Libero Badaró, nº 293, 27º Andar, conjunto D, sala 50, São Paulo/SP, tendo como sócias iniciais as empresas TEXPAR Participações Ltda., CNPJ 01.959.602/0001-33 e PACAEMBU Serviços e Participações Ltda., CNPJ 02.473.211/0001-77.*

*(ii) Em 27/12/2006: a VALUSSI Participações, já sob a nova denominação de SIEMENS Medica Solutions do Brasil Participações Ltda. (“Siemens Participações”) e controlada pela holandesa SIEMENS Diagnostics Holding II BV, é capitalizada por esta e recebe, também, empréstimo da alemã SIEMENS A.G. de forma a estar com os recursos financeiros necessários à compra da BAYDIAG Ltda. (fiscalizada), em 27/12/2006. Os*

*recursos são remetidos do exterior através de contratos de câmbio.*

*(iii) Em 27/12/2006: a BAYER S.A., CNPJ 18.459.628/0001-15, única sócia da BAYDIAG Ltda. (fiscalizada), vende e transfere a totalidade das 68.651.990 quotas desta última à "Siemens Participações", CNPJ 08.298.066/0001-11, com ágio de **R\$ 150.828.542,12 ("1º Ágio - Bayer")**, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, a ser aproveitado fiscalmente (pela fiscalizada) no prazo de 84 meses.*

*(iv) Em 23/03/2007: a contribuinte fiscalizada, já sob a nova denominação social de SIEMENS Medicaí Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda., incorpora a "Siemens Participações", CNPJ 08.298.066/0001-11, com conseqüente absorção integral do ágio de R\$ 150.828.542,12 e passa a deduzi-lo das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, já a partir de março de 2007, no valor mensal de R\$ 1.891.780,001.*

*(v) Em 26/09/2008: a incorporadora (fiscalizada) realiza pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00, devido pela incorporada ("Siemens Participações") quando da compra de 100% das quotas da incorporadora (fiscalizada), na transação havida em 27/12/2006 entre a BAYER S.A. e a "Siemens Participações". Referido pagamento resulta no aumento do valor final do ágio de R\$ 150.828.542,12 para **R\$ 158.909.542,12 (valor final do "1º Ágio -Bayer")**.*

***Do "2º ágio – Dade" no valor de R\$ 36.316.184,87***

*(vi) Em 29/09/2008: dando início à operação que daria origem ao segundo ágio, também fiscalmente aproveitado pela fiscalizada, a sociedade norte-americana SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc. (EUA), integraliza no capital da contribuinte fiscalizada a totalidade das 40.397.679 quotas (100%) da brasileira DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, avaliadas em R\$ 84.889.000,00, cujo valor contábil era de R\$ 48.572.815,13. Da diferença entre os dois valores, a fiscalizada contabiliza em seu Ativo Diferido um ágio de R\$ 36.316.184,87 ("2º Ágio - Dade"), a título de "Ágio na aquisição da DADE Behring Ltda", fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, a ser aproveitado fiscalmente (pela fiscalizada) no prazo de 120 meses.*

*(vii) Em 13/10/2008: a contribuinte fiscalizada, já sob a nova denominação social de SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda., incorpora a Dade Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, e dá início, já em outubro de 2008, à dedução fiscal do ágio R\$ 36.316.184,88 (segundo ágio), no valor mensal de R\$ 302.635,00.*

*Os quadros abaixo elaborados pela autoridade fiscal no TVF (fl. 35) resumem as sucessivas alterações de denominação social promovidas pela contribuinte fiscalizada e pela sociedade de existência efêmera "Siemens Participações", a saber:*

**Quadro 01: alterações de denominação social da contribuinte fiscalizada (CNPJ 01.449.930/0001-90)**

Data	Denominação Social	Fonte
20/12/1999	BAYDIAG Ltda.	Ficha Jucesp
27/12/2006	SIEMENS Medicaí Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda.	23ª Alteração
17/07/2008	SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda.	27ª Alteração

**Quadro 02: alterações de denominação social da sociedade efêmera (CNPJ 08.298.066/0001-11)**

Data	Denominação Social	Fonte
06/09/2006	VALUSSI Participações Ltda.	Constituição
21/11/2006	SIEMENS Medicaí Solutions do Brasil Participações Ltda.	1ª Alteração
23/03/2007	Extinção da sociedade por incorporação pela contribuinte fiscalizada	3ª Alteração

*Ampliando as análises das reorganizações societárias implementadas a autoridade fiscal descreve no item 4 e respectivos sub-itens, todos os aspectos que deram origem ao "1º ágio – Bayer", cujos principais trechos encontram-se a seguir transcritos:*

#### **4. DO PRIMEIRO ÁGIO CONSTITUÍDO EM 27/12/2006 ("1º Ágio - Bayer")**

**4.1) DESCRIÇÃO DOS FATOS ("1º Ágio - Bayer")**  
*Sintetizamos a seguir, os principais movimentos promovidos pelas sociedades envolvidas, que culminaram na constituição do primeiro ágio.*

*4.1.1) Em 06/09/2006: é constituída a sociedade de existência efêmera VALUSSI Participações Ltda., CNPJ 08.298.066/0001-11, capital social de apenas R\$ 100,00, sede na Rua Libero Badaró, nº 293, 27º Andar, conjunto D, sala 50, São Paulo/SP, tendo como sócias iniciais as empresas TEXPAR Participações Ltda., CNPJ 01.950.602/0001-33 e PACAEMBÚ Serviços e Participações Ltda., CNPJ 02.473.211/0001-7 - (Doc 13 - CONSTITUIÇÃO PARTICIPAÇÕES - 06-09-06).*

*4.1.2) Em 21/11/2006: na VALUSSI Participações Ltda., as sócias iniciais TEXPAR Participações e PACAEMBÚ Serviços e Participações retiram-se da sociedade **para dar lugar às holandesas** SIEMENS Diagnostics Holding II BV e DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux BV. A sociedade altera sua denominação social para SIEMENS Medicaí Solutions do Brasil Participações Ltda. ("Siemens Participações"), muda sua sede para Avenida Ermano Marchetti, nº 1.435, 3º Andar, São Paulo/SP e destitui o diretor Roberto Figueiredo Mello para eleger Kleber Douvletis como novo diretor da sociedade (Doc 14 - 1ª ACON - PARTICIPAÇÕES).*

*4.1.3) Em 06/12/2006: a BAYER S.A., NIRE 35.300.182.685, CNPJ 14.372.981/0001-02, através da Ata AGE de 06/12/2006, aprova a subscrição pela Companhia de nova participação societária na BAYDIAG LTDA. (**fiscalizada**), CNPJ*

01.449.930/0001-90 (Ata da AGE de 06/12/2006 da BAYER S.A., NIRE 35.300.182.685, CNPJ 14.372.981/0001-02).

4.1.4) Em 25/12/2006: a BAYER S.A., NIRE 35.300.182.685, CNPJ 14.372.981/0001-02, resolve aumentar o capital da BAYDIAG LTDA. (**fiscalizada**), de R\$ 1.304.612,00 para R\$ 68.651.990,00. O aumento de R\$ 67.347.378,00 é integralizado mediante conferência de bens (Doc 01 - 22a ACON e LAUDO; Doc 01a - Balancete Dezembro 2006 da Baydiag e Doc 01b - Diário Geral Dezembro 2006 da Baydiag).

4.1.5) Em 26/12/2006: a BAYER S.A., NIRE 35.300.182.685, CNPJ 14.372.981/0001-02, é incorporada pela BAYER CROPSCIENCE, NIRE 35.300.338.413, CNPJ 18.459.628/0001-15 (Ficha cadastral da BAYER S.A. e Ata da AGE de 06/12/2006 da BAYER S.A. incorporada por NIRE 35.300.338.413).

4.1.6) Em 27/12/2006: a BAYER S.A., CNPJ 18.459.628/0001-15, então única sócia da BAYDIAG Ltda. (**fiscalizada**) **cede e transfere a totalidade** das quotas detidas nesta última **para a sociedade efêmera "Siemens Participações"**. Através deste ato, a BAYER S.A. **retira-se da sociedade e a "Siemens Participações" passa a ser a única sócia da BAYDIAG Ltda.** (Doc 02 - 23a ACON DIAGNÓSTICOS).

O valor negociado pela totalidade das quotas da BAYDIAG Ltda. foi de EUR 71.565.637,00 (setenta e um milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e trinta e sete euros), equivalentes a **R\$ 201.171.006,00** (duzentos e um milhões, cento e setenta e um mil e seis reais) (Doc 17 - Share Sale and Transfer Agreement e sua tradução Doc 36 - Contrato de Venda e Transferência de Ações **traduzido**). O Patrimônio Líquido da fiscalizada era de R\$ **50.342.464,45** (cinquenta milhões, trezentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e quarenta e cinco centavos), na data-base de 31/12/2006, conforme página 16 do relatório de avaliação e das demonstrações financeiras da data-base. **Da diferença entre o valor de negociação e o valor do PL, surge o primeiro ágio de R\$ 150.225.542,12**, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. **Tal ágio foi registrado na "Siemens Participações" como "Ágio sobre Investimentos" e informado na linha 27 da ficha 36A da DIPJ/2007 AC2006 como "Ágios em investimentos"** (Doc 25 - Relatório de Avaliação Econômico-Financeira da Baydiag pela Ernst & Young; Doc 01a - Balancete Dezembro 2006 da Baydiag; Doc 24 -Laudo de Avaliação da Siemens Participações preparado pela KPMG; DIPJ AC2006 da "Siemens Participações", CNPJ 08.298.066/0001-11).

4.1.7) Em 27/12/2006: a BAYDIAG Ltda. (**fiscalizada**) **altera sua denominação social** para SIEMENS Medicaí Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda. ("Siemens Diagnósticos") e **elege** como administradores Adilson Antônio Primo e Kleber Douvletis, **sendo este último**, também Diretor da sociedade **efêmera "Siemens Participações"** (Doc 02 - 23ª ACON - DIAGNÓSTICOS).

4.1.8) Em 05/02/2007: a SIEMENS Medicaí Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda. ("Siemens Diagnósticos", a fiscalizada) **muda sua sede** para Avenida Ermano Marchetti, nº 1.435, 3º Andar, São Paulo/SP, mesmo endereço da "Siemens Participações" (Doc 03 – 24ª ACON - DIAGNÓSTICOS).

4.1.9) Em 23/03/2007: a fiscalizada, agora como "**Siemens Diagnósticos**", incorpora a "Siemens Participações", segundo o Protocolo de Justificativa de Incorporação, motivada pela possibilidade de absorção do patrimônio da incorporada e racionalização e concentração dos negócios de ambas as sociedades, resultando em maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira (Doc 04 – 25ª ACON - DIAGNÓSTICOS e Protocolo e Justificativa).

Na linha 47 da ficha 36A da DIPJ/2008 AC2007 (declaração nº 1952402), a incorporadora informou o valor de R\$ 150.828.542,22 a título de "**Demais aplicações em Despesas Amortizáveis**" (DIPJ AC2007 da fiscalizada, CNPJ 01.449.930/0001-90).

Na comparação das demonstrações financeiras da contribuinte fiscalizada dos meses de fevereiro e março de 2007, pode-se observar o surgimento, a partir de março de 2007, do ágio de R\$ 150.828.542,13, registrado no Ativo Diferido como "Ágio - Incorporação S.M.S.P." e sua imediata amortização já no mesmo mês (Doc 20 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 28.02.2007 e Doc 21 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 31.03.2007).

#### 4.2) **CONSTITUIÇÃO DO "1º Ágio - Bayer"**

Conforme previamente exposto, o primeiro ágio investigado foi criado na operação de 27/12/2006, em que a BAYER S.A. cede e transfere a totalidade das quotas detidas na fiscalizada à sociedade efêmera "Siemens Participações". Analisamos a seguir, **passo a passo**, a formação do ágio de R\$ 150.828.542,12, que, em 26/09/2008, teve seu valor elevado para R\$ 158.909.542,12.

4.2.1) **Capitalização da sociedade efêmera "Siemens Participações"** Conforme sua segunda Alteração de Contrato Social, datada de 05/01/2007 (Doc 15 – 2ª ACON - PARTICIPAÇÕES), a sociedade efêmera constituída em 06/09/2006 sob a denominação de VALUSSI Participações Ltda., depois da retirada das sócias iniciais TEXPAR Participações e PACAEMBÚ Serviços e Participações e de ter alterado sua denominação social para SIEMENS Medicaí Solutions do Brasil Participações Ltda. ("Siemens Participações"), decide integralizar o capital inicial subscrito de RS 100,00 (cem reais):

Quadro 03: integralização e composição do capital social inicial da "Siemens Participações" em 05/01/2007

Quotista	Nº quotas detidas	Valor das quotas (R\$)¹
SIEMENS Diagnostic Holding II B.V. (Holanda)	99	99,00
DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux B.V. (Holanda)	1	1,00
Capital inicial subscrito e integralizado	100	100,00

*Ato contínuo, na mesma alteração de contrato social de 05/01/2007, as sócias estrangeiras decidem aumentar o capital social da sociedade para R\$ 141.496.081,00. Um aumento de R\$ 141.495.981,00, mediante a criação de 141.495.981 novas quotas com valor nominal unitário de R\$ 1,00 para cada quota. As 99 quotas e a totalidade das novas quotas são integralmente subscritas e integralizadas pela sócia holandesa SIEMENS Diagnostic Holding II B.V., por meio dos fundos por ela remetidos ao Brasil através do contrato de câmbio n° 06/027749 de 26/12/2006, de US\$ 66.000.000,00 (sessenta e seis milhões de dólares dos Estados Unidos), equivalentes a R\$ 141.496.080,00 (cento e quarenta e um milhões, quatrocentos e noventa e seis mil e oitenta reais) (Doc 27 - Contrato de Cambio 06 027749 USD 66 milhões).*

*A outra sócia, a também holandesa DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux B.V., por seu turno, remete US\$ 0,47 (quarenta e sete centavos de dólares dos Estados Unidos), através do contrato de câmbio n° 06/027751, de 26/12/2006, equivalentes a R\$ 1,00 (um real) para integralizar o capital inicial subscrito.*

*Nota-se, assim, que a despeito de a decisão de aumentar e subscrever o capital da "Siemens Participações" ter sido formalmente tomada em 05/01/2007, os recursos financeiros já haviam sido remetidos pela sócia holandesa em 26/12/2006, véspera da operação em que se criou o "1° Ágio - Bayer". E, antes mesmo que tal remessa constituísse o capital, o recurso fora empregado (em 27/12/2006) para o pagamento da aquisição da BAYDIAG Ltda. E, por conseqüente, do ágio embutido no valor negociado, conforme demonstra o extrato bancário da "Siemens Participações" (Doc 18 - Extrato Itaú 27.12.2006 Siemens Participações).*

Quadro 04: integralização e subscrição das 141.495.981 novas quotas da "Siemens Participações"

<i>Quotista</i>	<i>Nº quotas iniciais</i>	<i>Nº de novas quotas subscritas</i>	<i>Total de quotas detidas</i>	<i>Valor das quotas detidas</i>	<i>Fonte dos recursos da integralização do capital subscrito</i>
SIEMENS Diagnostic Holding II B.V. (Holanda)	99	141 495 981	141.496.080	141.496.080,00	contrato de câmbio n° 06/027749 de 26/12/2006, de US\$ 66.000 000,00, remetido pela SIEMENS Diagnostic Holding II B.V. (Holanda)
DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux B.V. (Holanda)	1	0	1	1,00	contrato de câmbio n° 06/027751, de 26/12/2006, de US\$ 0,47, remetido pela DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux B.V. (Holanda)
<b>Capital total Integralizado em 05/01/2007</b>	<b>100</b>	<b>141.495.981</b>	<b>141.496.081</b>	<b>141.496.081,00</b>	

*Nos itens subseqüentes 4.22 e 4.23 do TVF a autoridade fiscal detalha valor de empréstimo recebido da Siemens AG (Alemanha) em 26.12.2006 e o extrato bancário da Siemens Participações onde consta registrado o pagamento da aquisição da Baydiag Ltda. (fiscalizada) e também do ágio inicial de R\$ 150.828.542,12. Apresentando, em seguida, a constatação de*

que a sociedade efêmera Siemens Participações dispunha, em 27/12/2006, mais de R\$ 209.000.000,00, sendo a maior parte desse montante formada pelas seguintes fontes:

Quadro 05: fontes dos recursos empregados na Operação que criou o "1º Ágio - Bayer"

Remetente do exterior (país)	Data da remessa	Contrato de câmbio	Valor remetido em USD	Valor remetido em BRL
SIEMENS Diagnostic Holding II B.V. (Holanda)	6/12/2006	6/027749	6.000.000,00	41.496.080,00
DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux B.V. (Holanda)	6/12/2006	6/027750	0,47	1,00
SIEMENS A.G. (Alemanha)	6/12/2006	6/027754	1.500.000,00	7.532.220,00
Saldo em caixa em 27/12/2006			97.500.000,47	209.028.301,00

No item 4.24 do TVF a autoridade fiscal detalha as três transferências eletrônicas de fundos (TEF's) realizadas pela sociedade efêmera "Siemens Participações", em 27.12.2006, que juntas atingiram o montante de R\$ 201.171.006,00, valor apontado pela fiscalizada como sendo o total pago pela aquisição da BAYDIAG Ltda. (fiscalizada)

A formação do "1º ágio - Bayer" encontra-se detalhada no item 4.2.5 do TVF, em face da negociação para aquisição da BAYDIAG Ltda. ter sido de EUR 71.565.637,00, equivalente a R\$ 201.171.006,00, conforme o documento de negociação da venda, cláusula 2.1, (Doc 17 - Share Sale and Transfer Agreement e sua tradução Doc 36 - Contrato de Venda e Transferência de Ações traduzido).

O valor do Patrimônio Líquido da BAYDIAG Ltda., na data-base de 31/12/2006 era de R\$ 50.342.464,45, da diferença entre o valor negociado e o valor do PL, é constituído o ágio de R\$ 150.828.142,12.

Posteriormente, conforme item 4.2.6 do TVF, o "1º ágio - Bayer" é transferido para a fiscalizada por incorporação, realizada em 23/03/2007, da "Siemens Participações", motivada, segundo o Protocolo de Justificativa de Incorporação, pela possibilidade de absorção do patrimônio da incorporada, racionalização e concentração dos negócios de ambas as sociedades, visando a maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira (Doc 04 – 25ª ACON -DIAGNÓSTICOS e Protocolo e Justificativa).

A autoridade fiscal complementa o supra citado item, apresentando os seguintes aspectos:

Na comparação das demonstrações financeiras dos meses de fevereiro e março de 2007 da incorporadora, observa-se o surgimento do ágio de R\$ 150.828.542,13, registrado no Ativo Diferido como "Ágio - Incorporação S.M.S.P." e sua imediata amortização, já em março. Observa-se, também, a absorção do passivo de R\$ 67.405.720,50 relativo ao empréstimo que havia sido tomado pela incorporada junto à alemã SIEMENS A.G. Tal empréstimo fora aplicado no pagamento da aquisição da BAYDIAG Ltda. e do ágio, pela incorporada. Após a incorporação, referido passivo, de R\$ 67.405.720,50, foi

contabilizado nos livros da incorporadora como "Contrato de crédito rotativo - mútuo", conta 190145, no Passivo Circulante (Doc 20 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 28.02.2007 e Doc 21 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 31.03.2007).

Portanto com a incorporação da sociedade efêmera "Siemens Participações:" a incorporadora (contribuinte fiscalizada) tornou-se responsável pelo pagamento do empréstimo contraído para a compra de suas próprias quotas.

No item 4.2.7 do TVF a agente fiscal detalha informações sobre a formação do **complemento** do "1º ágio - Bayer", realizado em 26/09/2008, que, segundo esclarecimentos da fiscalizada, foi motivado em razão da previsão contratual constante na cláusula 2.3 do Contrato de Venda e Transferência de Ações, firmado entre BAYER S.A. e "Siemens Participações", gerando um pagamento adicional de R\$ 8.081.000,00 (oito milhões e oitenta e um mil reais) - Doc 36 - Contrato de Venda e Transferência de Ações traduzido e Doc 37 - Esclarecimentos prestados em 01.10.2013 MPF nº 2013-00110-7). Referida cláusula previa eventual reajuste de preço com base em critério denominado "Capital de Giro Líquido Alvo".

Esse pagamento adicional foi contabilizado pela fiscalizada também como ágio, juntamente com o ágio inicial de R\$ 150.828.542,12, porém depois de passados quase dois anos, em 09/2008, elevando o ágio de R\$ 150.828.542,12 para R\$ 158.909.542,12.

**Com relação à essa aspecto a autoridade fiscal apresenta as seguintes considerações:**

Portanto, passados quase dois anos da criação do primeiro ágio, houve um pagamento complementar de ágio de R\$ 8.081.000,00. Todavia, esse valor já vinha sendo deduzido antes mesmo de ter sido pago, desde abril de 2007, conforme demonstra a planilha de amortização do ágio, visto que a parcela de R\$ 1.891.780,00 resulta da divisão do ágio total de R\$ 158.909.542,12 pelo prazo de 84 meses  $[(R\$ 150.828.542,12 + 8.081.000,00)/84 = R\$ 1.891.780,00]$ . No extrato bancário de conta de titularidade da fiscalizada (Doc 26 - Extrato Itaú Setembro 2008 Siemens Diagnósticos), observa-se que o pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 foi realizado pela própria fiscalizada para pagamento da compra de suas próprias quotas.

**A operação entre BAYER e "Siemens Participações", não só trouxe para o patrimônio da própria fiscalizada o ágio inicial e o ágio complementar formados na negociação de suas próprias quotas. Trouxe, também, a dívida de USD 31.500.000,00, contraída de sua controladora alemã SIEMENS A.G. que foi aplicada na compra das quotas da própria fiscalizada.**

No tocante a dedução do "1º ágio - Bayer" das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a fiscalização informa que a contribuinte deduziu as parcelas de encargo do 1º ágio das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL à razão de 1/84 (um e oitenta e quatro avos), equivalente a R\$ 1.891.780,00 (um milhão, oitocentos e noventa

*e um mil, setecentos e oitenta reais) por mês, a partir de março de 2007, a partir do momento em que a fiscalizada promoveu a incorporação da "Siemens Participações".*

*No item 4.3 do TVF a autoridade fiscal apresenta os elementos que a convenceram de que a "Siemens Participações" foi utilizada como empresa veículo, conforme transcrição a seguir:*

*A empresa Siemens Medicaí Solutions do Brasil Participações Ltda. ("Siemens Participações"), CNPJ 08.298.066/0001-11, cumpriu o papel de empresa veículo através da qual o ágio foi carreado para a incorporadora.*

*A "Siemens Participações" foi uma sociedade de breve existência, de apenas seis meses.*

*Como se pode observar com base nas declarações de IRPJ entregues, durante sua existência, a sociedade não apresentou receitas, faturamento, custos e despesas operacionais, tendo servido apenas como veículo de passagem dos recursos oriundos do exterior para a aquisição da BAYDIAG (fiscalizada) com ágio (DIPJ da "Siemens Participações" dos anos-calendário 2006 e 2007).*

*A sociedade efêmera também não possuiu funcionários (GFIP anexada pela fiscalização), tendo sido extinta, em 23/03/2007, por incorporação pela "Siemens Diagnósticos" (fiscalizada).*

*Constituída em 06/09/2006, como VALUSSI Participações Ltda., teve como sócias iniciais e passageiras, a TEXPAR Participações Ltda., CNPJ 01.959.602/0001-33 e a PACAEMBÚ Serviços e Participações Ltda.. CNPJ 02.473.211/0001-77, sediadas na Rua Libero Badaró, nº 293, 27º Andar, conjunto D, sala 37, São Paulo/SP (Doc 13 - CONSTITUIÇÃO PARTICIPAÇÕES - 06-09-06).*

*A TEXPAR Participações Ltda., CNPJ 01.959.602/0001-33, havia entregue sua DIPJ AC2006 como inativa, tendo-a retificado somente em 29/06/2007 (TEXPAR Relação das DIPJ entregues), portanto, após o ato da constituição da VALUSSI Participações Ltda. Vale dizer, portanto, que a sociedade efêmera que viria a ser a "Siemens Participações" teve como uma das sócias iniciais uma sociedade inativa, quando de sua constituição, em 06/09/2006.*

*Mesmo tendo retificado sua DIPJ do AC2006, a TEXPAR não apresentou receitas, faturamento, custos e despesas operacionais (DIPJ Texpar AC2006).*

*A PACAEMBÚ Serviços e Participações Ltda., CNPJ 02.473.211/0001-77, por seu turno teve receitas declaradas em sua DIPJ AC2006, tendo em vista que exercia atividade de "Consultoria em gestão empresarial - CNAE 70.20-4/00" (DIPJ Pacaembu AC2006).*

**O quadro a seguir ilustra a curta duração da "Siemens Participações":**

<i>Data</i>	<i>Evento</i>	<i>Alterações</i>
06/09/2006	Constituição	<i>A sociedade é constituída sob a denominação social de VALUSSI Participações Ltda., com sede na Rua Libero Badaró, nº 293, 27º Andar, conjunto D, sala 37, São Paulo/SP, tendo como sócias as empresas TEXPAR Participações Ltda., CNPJ 01.959.602/0001-33 e PACAEMBU Serviços e Participações Ltda., CNPJ 02.473.211/0001-77. O capital social era de apenas R\$ 100,00.</i>
21/11/2006	1ª Alteração	<i>As sócias iniciais TEXPAR Participações e PACAEMBU Serviços e Participações retiram-se da sociedade para dar lugar às holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e DIAGNOSTIC Products Corporation Benelux BV. A sociedade altera sua denominação social para SIEMENS Medica Solutions do Brasil Participações Ltda., a sede social da sociedade passa a ser Avenida Ermano Marchetti, nº 1.435, 3º Andar, São Paulo/SP. As novas sócias resolvem destituir o diretor Roberto Figueiredo Mello e elege Kleber Douvletis como novo diretor da sociedade.</i>
27/12/2006	23ª Alteração	<i>A sociedade adquire da BAYER S.A. 100% das quotas da BAYDIAG Ltda. (denominação da contribuinte fiscalizada à época) com ágio de R\$ 150.828.542,10. O ágio é pago com recursos recebidos do exterior da SIEMENS Diagnostics Holding II BV (Holanda) e SIEMENS AG (Alemanha).</i>
05/01/2007	2ª Alteração	<i>As sócias holandesas decidem Integralizar o capital de R\$ 100,00 e aumentá-lo para R\$ 141.496.081,00 mediante criação de 141.495.981 novas quotas de valor nominal de R\$ 1,00.</i>
23/03/2007	3ª Alteração e extinção	<i>As sócias holandesas resolvem aprovar a incorporação da sociedade pela SIEMENS Medica Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda. (denominação da contribuinte fiscalizada à época), CNPJ 01.449.930/0001-90. A sociedade é incorporada pela contribuinte fiscalizada e extinta.</i>

*O endereço da sede da "Siemens Participações" (a partir da 1ª Alteração) era o mesmo da "Siemens Diagnósticos" (a partir da 24ª Alteração), Avenida Ermano Marchetti, nº 1.435, 3o Andar. Ambas as empresas, incorporada e incorporadora possuíam o mesmo Diretor, Kleber Douvletis (Doc 14 – 1ª ACON - PARTICIPAÇÕES e Doc 03 – 24ª ACON - DIAGNÓSTICOS).*

***O ágio criado em 27/12/2006 foi mantido na Contabilidade da empresa veículo sem qualquer amortização nos meses subsequentes. A amortização somente teve início quando o ágio foi absorvido pela incorporadora (fiscalizada), que passou a amortizá-lo imediatamente, a partir de março de 2007.***

*Conforme já exposto nos itens 4.1 e 4.2 deste termo, a "Siemens Participações" foi constituída sob a denominação inicial de VALUSSI Participações Ltda., CNPJ 08.298.066/0001-11, com capital social de apenas R\$ 100,00, e sede no mesmo endereço de suas sócias iniciais TEXPAR Participações Ltda. e PACAEMBU Serviços e Participações Ltda.: Rua Libero Badaró, nº 293, 27º Andar, São Paulo/SP.*

***A "Siemens Participações", ao longo de sua existência de apenas 06 (seis) meses, teve somente dois eventos significantes, ambos voltados à criação do ágio de R\$150.828.542,12:***

***a) Evento da capitalização da sociedade a partir de recursos vindos do exterior;***

***b) Evento do pagamento da aquisição da BAYDIAG Ltda. (fiscalizada) e conseqüente criação do ágio.***

*Conforme exposto no subitem 4.2.1. a despeito de a decisão de aumentar e subscrever o capital da "Siemens Participações" ter sido tomada em 05/01/2007, através da 2ª Alteração de Contrato Social, os recursos financeiros já haviam sido remetidos pela sócia holandesa em 26/12/2006, véspera da operação na qual a BAYER SA. CNPJ 18.459.628/0001-15, vende a totalidade das quotas da BAYDIAG Ltda à "Siemens Participações", ou seja, véspera da data em que o ágio fora constituído. E, antes mesmo*

que tal remessa constituísse o capital, o recurso já havia sido empregado, no dia 27/12/2006, para o pagamento da aquisição da BAYDIAG Ltda. e, por conseqüente do ágio embutido no valor negociado, conforme demonstra o extrato bancário da "Siemens Participações" (Doc 18 -Extrato Itaú 27.12.2006 Siemens Participações).

Em 27/12/2006, a "Siemens Participações" fechou câmbio e recebeu em recursos do exterior: R\$ 141.496.080,00, R\$ 1,00 e R\$ 67.532.220,00. Tais valores correspondem à capitalização pelas sócias holandesas e ao empréstimo contraído da sociedade alemã SIEMENS A.G.

No mesmo dia, emitiu transferências eletrônicas de fundos de R\$ 99.000.000,00, R\$ 99.000.000,00 e R\$ 3.171.006,00, que esclareceu se tratar do pagamento de R\$ 201.171.006,00 pela aquisição da BAYDIAG Ltda.

**Observa-se que os dois únicos eventos significantes ocorridos durante a breve existência da "Siemens Participações", foram voltados à criação do ágio e ocorreram no mesmo dia, em 27/12/2006.**

**Na data-base de 28/02/2007, antes de sua extinção por incorporação pela fiscalizada, o Balanço Patrimonial da "Siemens Participações" refletia os dois únicos eventos que marcaram a sua existência:**

**(i) os recursos recebidos do exterior destinados a sua capitalização pela sua controladora holandesa e o empréstimo da SIEMENS A.G. e (ii) o ágio constituído com a aquisição da BAYDIAG Ltda. (denominação da fiscalizada à época) com o emprego de tais recursos (Doc 24 - Laudo de Avaliação da Siemens Participações KPMG).**

O Ativo da "Siemens Participações" era de R\$ 205 milhões, dos quais R\$ 151 milhões era o valor do ágio "Bayer" e R\$ 50 milhões era o valor da Equivalência Patrimonial sobre o investimento detido na BAYDIAG Ltda.

O Passivo, por seu turno, era de R\$ 67 milhões correspondentes ao empréstimo recebido da alemã SIEMENS A.G.

Às fl. 48 a autoridade fiscal apresenta figura contendo a demonstração do Ativo e Passivo da "Siemens Participações" antes de sua extinção.

Ainda no item 4.3 a autoridade fiscal apresenta as seguintes informações relacionadas às reorganizações societárias em questão:

Intimada a esclarecer que tipo de vínculo societário a empresa holandesa SIEMENS Diagnostics Holding II BV possuía com a SIEMENS AG (Alemanha) desde 2006, a contribuinte fiscalizada informou que a holandesa era e continua sendo até os dias atuais uma subsidiária integral da SIEMENS AG. (Resposta aos

*TIFs n° 02 e n° 03 em 03/06/2014 e Doc 30 - Esclarecimentos prestados em 20.09.2013 MPF n° 2013-00110-7).*

*As figuras seguintes ilustram os organogramas do grupo, antes e depois da incorporação da "Siemens Participações" pela contribuinte fiscalizada.*

***Figura 03: organograma da "Siemens Participações" antes da incorporação pela contribuinte fiscalizada***

...

*Em 23/03/2007, o ágio constituído sobre suas próprias quotas e a dívida de R\$ 67 milhões junto à controladora alemã SIEMENS A.G. foram absorvidos pela incorporadora (fiscalizada), que assumiu a dívida para pagar a aquisição de suas próprias quotas.*

*Os recursos empregados para aumentar em R\$ 141.495.981,00 o capital da empresa efêmera incorporada "Siemens Participações", recebidos em 27/12/2006 através de contratos de câmbio, foram remetidos pela holandesa SIEMENS Diagnostic Holding II BV.*

***Figura 04: organograma da "Siemens Participações" depois da incorporação pela contribuinte fiscalizada***

...

*Como se vê, as operações societárias anteriormente descritas trouxeram para o patrimônio da fiscalizada não só o ágio formado artificialmente sobre suas próprias quotas, mas também o passivo contraído junto à controladora alemã SIEMENS A.G. para o pagamento da aquisição dessas mesmas quotas e do próprio ágio.*

*Regularmente intimada e reintimada a esclarecer as razões por que se valeu da empresa efêmera "Siemens Participações" como condutora dos recursos que vieram das empresas estrangeiras SIEMENS Diagnostics Holding II BV (Holanda) e SIEMENS AG (Alemanha), a fiscalizada apenas limitou-se à descrição dos fatos, não abordando em nenhum momento as razões de ter se valido da empresa efêmera (Resposta aos Termos de Intimação n° 02 e de Reintimação n° 03, apresentada em 03/06/2014).*

*Em realidade, inexistente motivação extra-tributária para o emprego da "Siemens Participações" como empresa condutora dos recursos provenientes do exterior.*

***Caso o pagamento houvesse sido realizado diretamente pelas sócias estrangeiras à contribuinte fiscalizada, o ágio não teria sido viabilizado, não teria sido criada nenhuma vantagem tributária na operação. O ágio teria sido criado no exterior, não sendo passível de aproveitamento tributário no Brasil.***

*Com relação ao segundo ágio, constituído em 13/10/2008 ("2° ágio - Dade"), a autoridade fiscal presente no TVF as seguintes informações:*

**5.1) DESCRIÇÃO DOS FATOS E A FORMAÇÃO DO "2º Ágio - Dade"**

*Sintetizamos a seguir, os principais movimentos promovidos pelas sociedades envolvidas na formação do segundo ágio.*

*5.1.1) Em 24/09/2007: o capital social da DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, era de R\$ 40.397.679,00, totalmente integralizado, dividido em 40.397.679 quotas de R\$ 1,00 cada quota, assim distribuídas:*

*a) a sócia DADE Behring Inc. (EUA) detentora de 40.397.678 quotas (99,99%);*

*b) e a sócia DADE Finance Inc. (EUA) detentora de 1 quota (0,01%) (Dade Behring\_Re-ratificação alteração contrato social de 24.09.2007).*

*5.1.2) Em 29/09/2008: a sociedade norte-americana SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc. ingressa no quadro societário da DADE Behring Ltda., em substituição à DADE Behring Inc. e recebe a única quota (0,01%) detida pela DADE Finance Inc. (EUA), passando a deter 40.397.679 quotas (100%) da brasileira DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08 (Dade Bhering\_Alteração contrato social de 29 09 2008).*

*Ato contínuo, e na condição de única sócia da DADE Behring Ltda., a SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc resolve integralizar no capital da SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada), CNPJ 01.449.930/0001-90 a totalidade das 40.397.679 quotas (100%) da DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08. avaliadas em R\$ 84.889.000,00 (oitenta e quatro milhões, oitocentos e oitenta e nove mil reais) por empresa especializada. Tendo o acervo patrimonial da DADE sido avaliado em R\$ 48.572.815,13. surge o "2º Ágio - Dade", em 29/09/2008. de R\$ 36.316.184,87 (Doc 39 - Laudo de Avaliação Contábil DADE Behring pela Terco Grant Thornton).*

*Quadro 09: formação do segundo ágio de RS 36.316.184,87*

Descrição	Valor
<b>Valor da avaliação das quotas da DADE Behring Ltda.</b>	<b>84.889.000,00</b>
<b>Valor do acervo contábil patrimonial líquido</b>	<b>48.572.815,13</b>

Valor do ágio ("Dade") 36.316.184,87

*Segundo o laudo de avaliação, o acervo patrimonial líquido da DADE Behring Ltda., em 30/09/2008, era de R\$ 48.572.815,13. Deste modo, da diferença entre o valor total das quotas, avaliadas em R\$ 84.889.000,00, e o valor do acervo patrimonial líquido incorporado, de R\$ 48.572.815,13, surge o ágio de R\$*

**36.316.184.17**, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. Tal ágio é contabilizado, em setembro de 2008, pela SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada), no Ativo Diferido como "Ágio na aquisição da DADE Behring Ltda.", conta 0i:0014 (Doc 33b - Balancete mensal da Siemens Diagnósticos de Set 2008).

Em **29/09/2008**, o capital da DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, totalmente integralizado passa a ser de R\$ 40.397.679,00, dividido em 40.397.679 quotas de R\$ 1,00 cada, todas de titularidade da SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada), CNPJ 01.449.930/0001-90 (Dade Bhering\_Alteração contrato social de 29 09 2008).

No lado da SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada), na mesma data, sua sócia holandesa SIEMENS Medica Solutions Diagnostics Holding I BV cede e transfere sua única quota à também sócia holandesa SIEMENS Diagnostics Holding II BV e retira-se da sociedade (Doc 08 – 29ª ACON-DIAGNÓSTICOS). E, neste mesmo ato, a sócia remanescente, SIEMENS Diagnostics Holding II BV, cede e transfere, onerosamente, a parcela de 102.345.133 quotas (50%) da SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada) à SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc (EUA). Na seqüência, as sócias decidem aumentar o capital social de R\$ 204.690.266,00 para R\$ 329.179.266,00, com o aumento efetivo de R\$ 124.489.000,00, mediante criação de 124.489.000 novas quotas de valor nominal de R\$ 1,00 cada. O referido aumento de capital é integralizado por ambas as sócias na seguinte proporção:

a) A sócia SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc. integraliza sua parcela de aumento mediante a cessão de 40.397.679 quotas que detém no capital da DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, avaliadas em R\$ 84.889.000,00 por empresa especializada. Com isso, eleva sua participação na contribuinte **fiscalizada** de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 187.234.133,00, representada por 187.234.133 quotas (**56,88%**).

b) A sócia SIEMENS Diagnostics Holding II BV integraliza sua parcela de aumento através de aporte financeiro de EUR 14.400.000,00, equivalentes a R\$ 39.600.000,00, elevando sua participação societária de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 141.945.133,00, representada por 141.945.133 quotas (**43,12%**).

**5.1.3) Em 13/10/2008**: a SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (fiscalizada), incorpora a DADE Behring Ltda. e passa a amortizar fiscalmente, já desde outubro de 2008, o ágio de R\$ 36.316.184,88 constituído na operação de 29/09/2008 com a SIEMENS Diagnostics Inc. (Doc 09 – 30ª ACON-DIAGNÓSTICOS e Protocolo de Incorporação e Justificação e Laudo de Avaliação preparado pela empresa Terco Grant Thorton anexos). E, a despeito de a operação não ter sido de aquisição, a fiscalizada registra o ágio, em setembro de 2008, como "Ágio na aquisição da DADE Behring Ltda.", em seu Ativo Diferido, conta 020014 (Doc 33b - Balancete mensal da Siemens Diagnósticos de Set 2008).

*Em outubro de 2008, a fiscalizada continua a amortizar fiscalmente o referido ágio em 120 parcelas, no valor mensal de R\$ 302.635,00, no entanto, exclusivamente no RTT (Doc 30 - Esclarecimentos prestados em 20.09.2013 MPF nº 2013-00110-7).*

*Ilustrando, graficamente, as mudanças promovidas simultaneamente:*

...

*No item 6 do TVF a autoridade fiscal apresenta os efeitos tributários dos dois ágios de conformidade com as duas formas de amortizações eleitas, a saber:*

Detalhamento	Valor ágio (R\$)	Prazo (Meses)	Período	Amort. Mensal (R\$)
1º Ágio - Bayer	158.909.542	84	03/2007 a 03/2014	1.891.780
2º Ágio - Dade	36.315.185	120	10/2008 a 10/2018	302.635

*Considerando-se as parcelas mensais de amortizações, a autoridade fiscal apresenta tabela contemplando as amortizações realizadas no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2012, cujos valores podem ser assim resumidos:*

Valores em

Detalhamento	2010	2011	2012
1º Ágio - Bayer	22.701.361,63	22.701.361,63	22.701.361,63
2º Ágio - Dade	3.631.620,00	3.631.620,00	3.631.620,00

*Com relação aos registros contábeis realizados pela contribuinte, a autoridade fiscal apresenta as seguintes informações adicionais em citado item 6 do TVF, a saber:*

*Com base nos registros contábeis e esclarecimentos apresentados pela intimada, a fiscalização verificou que a contribuinte procedeu à imediata amortização e à dedução do **primeiro ágio** ("Bayer") a partir de 03/2007 (Doc 30 - Esclarecimentos prestados em 20.09.2013 MPF nº 2013-00110-7), tendo continuado a deduzi-lo nos anos subsequentes. **Portanto, a fiscalizada passou a deduzir do cálculo do IRPJ e da CSLL o ágio pago sobre suas próprias quotas, constituído quando sua razão social era BAYDIAG Ltda.***

*De acordo com os balancetes de 31/12/2008 e 31/12/2009, a incorporadora registrou o **segundo ágio** em seu Ativo Diferido (Doc 33 - Balancete da Siemens Diagnósticos 31.12.2008 e Doc 34 - Balancete da Siemens Diagnósticos 31.12.2009). Informou ainda que, desde 14/10/2008, tem deduzido os encargos de amortização dos ágios da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas do ponto de vista fiscal, via ajuste do RTT (Doc 37 - Esclarecimentos prestados em 01.10.2013 MPF nº 2013-00110-7*

*e Doc 38 - Esclarecimentos prestados em 01.10.2013 MPF nº 2013-00110-7).*

*A contribuinte esclareceu que "Desde de 14/10/2008, os saldos de intangível apontados por esta fiscalização passaram, em face do novo padrão contábil introduzido pelas Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, a sujeitar-se a testes anuais de impairment nos termos do CPC 01, corroborado pelos CPC 04 e 15, não havendo amortização contábil periódica. A partir de 01/01/2010 o tratamento dispensado ao saldo declarado de R\$ 171.982.931,50 continuou a se dar nestes mesmos moldes. A amortização do referido montante desde o advento dos novos padrões contábeis passou a ser procedida do ponto de vista fiscal, via ajuste de RTT, sendo desta forma refletida nas apurações de base de cálculo do IRPJ e da CSLL da contribuinte por meio das fichas 9A e 17 das DIPJ's entregues (valores advindos da ficha 07)." (Doc 30 - Esclarecimentos prestados em 20.09.2013 MPF nº 2013-00110-7).*

***Extinta a amortização contábil do ágio, os encargos de amortização do primeiro (BAYER) e segundo (DADE) ágios passaram, a partir de 14/10/2008, a serem amortizados unicamente através do ajuste de RTT, por meio das fichas 9A e 17 da DIPJ's, tendo em vista que tais encargos não compuseram o lucro líquido contábil dos períodos de 14/10 a 31/12/2008 e 01/01 a 31/12/2009.***

*Considerando que a RFB/DEMAC/SP já procedeu à autuação dos encargos dos dois ágios (Bayer e Dade), deduzidos do cálculo do IRPJ e CSLL nos anos 2007 a 2009, através do PAF nº 16643.720037/2013-55, o presente processo trata apenas dos encargos de amortização dos dois ágios deduzidos nos anos de 2010 a 2012.*

***Com relação ao direito aplicável a matéria em questão esclarece a autoridade fiscal que ágio é um conceito de conteúdo econômico/contábil não sendo suscetível de ser livremente utilizado em qualquer acepção que lhe queiram atribuir. Dessa forma somente surge o ágio ou deságio quando uma sociedade adquire ações ou quotas de outra sociedade já existente, pela diferença do valor pago a terceiros e o valor patrimonial de tais ações ou quotas adquiridas dos antigos acionistas ou quotistas.***

*Por outro lado, nos casos em que os investimentos são feitos por meio de subscrições de ações em coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente nenhum ágio ou deságio.*

*Apresenta os dispositivos da legislação tributária que disciplinam a matéria - artigos 385, 386 e 391 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999 (RIR/1999) -, procedendo análise das normas aplicáveis à época das criações dos ágios em questão.*

***No tocante ao ágio intra-grupo, a autoridade fiscal apresenta no item 7.2 os seguintes aspectos, a seguir transcritos:***

*A legislação fiscal, codificada no RIR/1999, em regra, não prevê a possibilidade de deduzir da apuração do lucro real a amortização do ágio decorrente de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido.*

*Ao contrário, em seu art. 391, com fundamento no art. 25 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977 e art. 1º, inciso III, do Decreto-lei nº 1.730, de 1979, dispõe que as "contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 (art. 20 do DL 1.598, de 1977) não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido).*

*Assim, a possibilidade de deduzir o ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se à hipótese do art. 386, III, c/c o art. 385, § 2º, II, ambos do RIR/1999, ou seja, nos casos em que a pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio cujo fundamento econômico seja o de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros, situação em que a amortização poderá ocorrer à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração.*

*Nesse sentido, observa-se que a legislação tributária mantém como pressupostos do ágio a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do ágio. Entretanto, o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na legislação fiscal, não sendo possível reconhecê-lo quando originado de uma transação entre partes relacionadas.*

*No caso sob exame, fica evidente a caracterização do "ágio de si mesmo", cujas chances de oponibilidade perante o Fisco são escassas.*

*Cita determinações emanadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) nas Resoluções CFC nºs. 1.110/2007 e 1.292/2010 que vedam o reconhecimento de ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente, para concluir que o ágio gerado internamente não decorre de uma operação com propósito negocial tal como ocorre numa transação livre da qual emerge o valor justo de um ativo negociado por partes independentes. **No caso sobe exame não houve negociação em mercado livre e aberto.***

*Tal procedimento também é condenado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários, nos termos Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, conforme excertos transcritos pela autoridade fiscal no TVF.*

*Afirma a autoridade fiscal que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como a independência das partes e um efetivo ambiente concorrencial.*

*Continua, destacando que é tão pacífico o entendimento de que o ágio gerado internamente, fundamentado em rentabilidade futura, não se qualifica como ativo, que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, no seu pronunciamento Técnico CPC-04, item 48, asseverou, categoricamente, mesmo após o significativo avanço experimentado pela Contabilidade com a edição da Lei nº 11.638/2007, que alterou profundamente a Lei das S.A., que "o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) gerado internamente não deve ser reconhecido como ativo". Assim, com efeito, o ágio amortizado pela fiscalizada foi constituído sob a égide do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997, que tem como matriz legal o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997. A questão consiste, entretanto, na ausência de substância econômica do ágio surgido dentro do grupo econômico, eis que o único e exclusivo objetivo foi o de pagar menos tributos a partir da amortização do ágio. É dizer, não houve propósito negocial para o ágio interno aqui discutido. Se a transação envolvesse terceiros independentes, obviamente o tratamento dispensado ao ágio seria diferente.*

***Entende a autoridade fiscal que no caso em apreço, ambos os ágios foram criados dentro do mesmo grupo empresarial, concluindo, assim, que os ágios internos não poderiam ter sido amortizados e muito menos deduzidos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pela própria contribuinte fiscalizada.***

*Desse modo, sendo tais ágios artificiais e oriundos de uma despesa inexistente, sem qualquer fundamento econômico, não podem ser enquadrados no conceito de despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, para fins de dedutibilidade, nos termos das disposições contidas no art. 299 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, de 1999 (RIR/99).*

#### ***Da multa qualificada***

*Assevera a autoridade fiscal que as operações societárias examinadas trouxeram para o patrimônio da fiscalizada ágio formado artificialmente sobre suas próprias quotas, restando inequívoca a geração artificial de ágio, inclusive, com o emprego de empresa-veículo, visando única e exclusivamente reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por ocasião da amortização do referido ágio.*

*Do exame dos fatos e documentos trazidos aos autos, denota-se que cada etapa planejada visou tão somente a geração do ágio fictício. Foram promovidas operações sequencialmente planejadas cujo único objetivo era o de escapar da regular carga tributária.*

*Afirma que a teor do disposto nos artigos 966, 981 e 982 da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 - Código Civil (CC), a finalidade*

*precípua das sociedades é a realização de negócios que caracterizem o exercício de atividade econômica, materializada pela produção e circulação de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção, capital, trabalho, matéria-prima, etc. A formação das sociedades está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica. Este inexistindo, caracteriza-se a ausência de propósito societário e, em última análise, de motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.*

*Conclui a autoridade fiscal que no caso sob exame, não há causa econômica a não ser a economia fiscal para o aproveitamento de ágios criados dentro do mesmo grupo societário e através de empresa-veículo. Tampouco há essência econômica na operação em que a fiscalizada incorpora a empresa veículo "Siemens Participações" para absorver o ágio de si mesma.*

*Afirma que a fiscalizada agiu dolosamente de forma que fosse beneficiada com a amortização de ágios gerados artificialmente, resultando na redução indevida do IRPJ e da CSLL no período compreendido de março de 2007 a dezembro de 2009, e, posteriormente de janeiro de 2010 a dezembro de 2012, estando o procedimento adotado pela fiscalizada compreendido na hipótese de fraude descrita no artigo 72 da Lei 4.502/64.*

*Entende que as peças probatórias revelam que uma das condutas adotadas foi a de impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo como consequência a falta de pagamento dos referidos tributos, em montantes proporcionais ao ágio fictício amortizado.*

*Para subsidiar essas conclusões a autoridade fiscal apresenta os seguintes elementos de convicção, a seguir transcritos (fl. 63):*

*a) utilização da "Siemens Participações", pessoa jurídica de existência efêmera, como empresa-veículo;*

*b) as pessoas jurídicas envolvidas possuíam sócios e administradores em comum, possuíam quadros societários quase idênticos e eram ou controladas ou controladoras umas das outras;*

*c) considerando que as pessoas jurídicas eram ligadas, os ágios foram gerados internamente;*

*d) as operações foram realizadas sem nenhum propósito comercial;*

*e) as operações-chave que criaram o ágio foram realizadas num período de meses ou dias;*

*f) após a geração do ágio, a empresa veículo foi extinta por incorporação, sem que ela tivesse realizado qualquer tipo de atividade operacional;*

g) a própria fiscalizada realizou o pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 pela compra de suas próprias quotas.

Prossegue a autoridade fiscal apresentando as seguintes constatações:

A arquitetura da montagem do esquema que se desenhou, com (i) a celebração de contratos formalmente registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo - Jucesp, (ii) a contratação de empresas de consultoria para elaboração de laudos de avaliação, (iii) o registro contábil do ágio, merece ser vista como causa planejada para isolar a visão do Fisco, impedindo-o de conhecer a redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Alias, o raciocínio é muito simples: se houve aparatos engenhosos criados para sustentar a inocorrência do fato gerador, foi necessário obliterar as possibilidades de avaliação da capacidade contributiva, por parte da autoridade fazendária, induzindo-a a vislumbrar que as operações realizadas eram todas regulares e não tinham finalidade ilícita.

O *modus operandi* dependia do consentimento mútuo das sociedades envolvidas no esquema para fraudar o Fisco. A "Siemens Healthcare" não tem como negar que estava consciente da falta de propósito comercial dos ágios que foram registrados e amortizados. Assim sendo, a multa no lançamento de ofício será qualificada, aplicada na proporção de 150% dos tributos devidos, como determina a Lei nº 9.430/96, art. 44, § 1º.

## II. DA IMPUGNAÇÃO

A ciência dos autos de infração foi formalizada em 09/06/2014, conforme AR de fl. 68, e, em 03/07/2014, a autuada apresentou a petição impugnativa acostada às fls. 2432/2487, com a apresentação das alegações a seguir sumariadas:

### 1. Do objeto da autuação fiscal

Relata que a fiscalização teve por objeto de investigação a qualificação jurídica dada pela contribuinte relativamente às operações de reorganização societária que culminaram no surgimento de **dois ágios**, contabilizados e deduzidos na apuração do lucro real e da CSLL pela ora impugnante, entre os anos de 2007 e 2009. Que a fiscalização questiona, nestes autos, as amortizações de ágios incorridas pela ora impugnante em decorrência da aquisição de participações societárias das empresas Baydiag Ltda e DADE Behring Ltda, e respectivas incorporações ocorridas, respectivamente, em 23.03.2007 (incorporação reversa da controladora pela impugnante) e 13.10.2008 (incorporação da Dade Behring Ltda pela impugnante).

Registra que a fiscalização analisou todas as operações societárias realizadas, e que de alguma forma estão relacionadas com a formação dos ágios em questão, e embora estivesse na posse de todas as informações disponíveis, após detalhada análise realizada, a autoridade autuante não teceu qualquer consideração a respeito do valor do ágio, de

*pagamento a terceiros, em espécie ou em quotas, tampouco suscitou qualquer possível irregularidade em relação aos fundamentos econômicos deles, ou quanto aos laudos elaborados por empresas especializadas com tal objetivo. Que tais questões, assim, configuram fatos incontroversos, sobre as quais é dispensável qualquer consideração.*

*Aduz que, nos presentes autos, o questionamento do fisco está pautado, grosso modo, na pretensa falta de propósito negocial das operações, na suposta criação de ágios internos fictícios e na alegada irregularidade decorrente da utilização de "empresa veículo" para "transferência" de ágio da pessoa jurídica que efetivamente o apurou para outra pessoa jurídica.*

*Destaca que no presente feito são tratadas, exclusivamente, as amortizações dos mencionados ágios deduzidos nos anos-calendário de 2010 a 2012, tendo em vista que os inícios dessas amortizações em questão já foram objeto de outra fiscalização, que culminou na lavratura de Autos de Infrações, os quais encontram-se materializados no **processo administrativo nº 16646.720037/2013-55**.*

## **2. Dos fatos que deram origem às amortizações de ágio**

*Preliminarmente, esclarece que as operações societárias que deram origem ao direito à amortização fiscal dos ágios objeto de análise pela autoridade fiscal tiveram, como se verá, o objetivo de: (i) racionalizar e concentrar os negócios das sociedades envolvidas, resultando em maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira, (ii) otimização da eficiência operacional, (iii) obtenção de maior sinergia e (iv) ampliar a integração das unidades administrativas, comercial e financeira, com redução de custos operacionais, (v) consolidar investimentos no país, (vi) evitar entraves administrativos de ordem regulatória e comercial junto a clientes.*

*Explica que o Grupo Siemens, como é sabido, apesar de sediado na Alemanha, tem atuação mundial, estando à frente de diversos segmentos, dentre eles, o de healthcare voltado à produção de aparelhos para diagnósticos laboratoriais, ao desenvolvimento de tecnologias de diagnóstico por imagem e a soluções de TI. Que, sempre no intuito de ampliar sua atuação, realizou no período fiscalizado processos negociais visando a aquisição de outros players em nível global, e assim obter uma maior consolidação de mercado.*

*Particularmente cita duas aquisições que são de interesse para o presente caso, a saber:*

### **2.1. Da compra da divisão de diagnósticos do grupo alemão Bayer pelo grupo alemão Siemens**

*Alega que se tratou de operação que se deu entre partes não relacionadas, a qual, inclusive, foi objeto de análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Ato de Concentração nº 08012.007318/2006-98*

*(Doc.04), que referendou a operação sem restrições, ressaltando o fato de a mesma não gerar efeitos anticoncorrenciais, destacando, ainda, trecho da decisão que deu subsídio ao referido Ato.*

*Resume que a auditora responsável pelo lançamento apontou que este ágio foi consubstanciado nos seguintes eventos: (i) 27.12.2006: venda pela BAYER S/A de 100% das quotas da Baydiag Ltda (CNPJ: 01.449.930/0001-90) em favor da compradora SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda (CNPJ: 08.298.066/0001-11), pelo valor de R\$ 201.171.006,00, gerando ágio de R\$ 150.828.542,12. Na mesma data a Baydiag Ltda, alterou sua denominação social para SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos; (ii) 23.03.2007: incorporação reversa da SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda (controladora), pela Siemens Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda (controlada), sob o argumento de promover a racionalização e concentração dos negócios de ambas as sociedades, resultando em maior lucratividade e eficiência administrativa, operacional e financeira (justificativa do protocolo de incorporação); (iii) 17.07.2008: a SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda, altera sua denominação social para SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda; (iv) 26.09.2008: A SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda, em cumprimento a cláusula de ajuste do contrato de compra e venda firmado em 2006, realiza em favor da BAYER S.A, pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00, elevando o valor do ágio para R\$ 158.909.542,12.*

*Afirma que a operação em questão foi completamente lícita, cercada por todos os contornos que se espera de um negócio realizado entre partes independentes. Que quanto ao ágio constituído pela adquirente (Siemens Participações) posteriormente incorporada por sua controlada, maior ainda é sua validade para fins de amortização fiscal visto a ocorrência dos seguintes e fundamentais requisitos: i) gerado em negócio envolvendo partes não relacionadas; ii) fundado em laudo econômico-financeiro (fls. 1953 a 2004 do processo digital), baseado em rentabilidade futura, que, reitera-se, em nenhum momento foi refutado pela fiscalização; iii) lastreado em efetiva transferência de disponibilidade da compradora para a vendedora, a qual foi devidamente confirmada pela fiscalização.*

### **2.1.1. Da improcedência da acusação de ágio interno**

*Ressalta a equivocada afirmação da i. auditora fiscal no TVF, que desde julho de 2006 BAYER SA e a SIEMENS já formavam a Siemens Medical Solutions Diagnostics e faziam parte do mesmo grupo empresarial. Que nada é mais absurdo. Que a fiscalização fundou tal afirmação com base em parágrafo do laudo de avaliação econômico-financeira, o qual aponta o seguinte comentário: "Em julho de 2006 a divisão de diagnósticos da BAYER Healthcare, "a BAYER" foi adquirida juntamente com a Diagnostics Products Corporations (DPC) pela Siemens pelo total de 5,7 bilhões de euros, passando a compor a maior unidade de diagnóstico da SIEMENS chamada de SIEMENS Medical Solutions Diagnostics". Para evitar qualquer*

*interpretação equivocada neste sentido, esclarece que uma operação em nível global como a efetuada entre a Bayer e a Siemens não se realiza do dia para a noite, como tenta dar a entender a autoridade fiscal. Entre o anúncio deste tipo de transação e sua efetiva concretização do ponto de vista formal (jurídico), principalmente quando os ativos envolvidos encontram-se espalhados em várias localidades (países), é notoriamente sabido, a necessidade de realizar uma série de ajustes e passos de cada uma das partes, por conta de questões de ordem financeira, organizacional, societária, dentre outras, com o fito de convalidar juridicamente negociação de tal vulto.*

*Em outras palavras, uma coisa é a negociação comercial e seu anúncio para o mercado, outra completamente diferente e mais espaçada é sua formalização de direito, não sendo raro demandar-se a criação de estruturas específicas de compra por localidade, seja em face das peculiaridades legislativas de cada país, das estruturas societárias remota e local, em que se encontrem inseridos os ativos negociados, de aspectos de cunho regulatório a serem observados (ANVISA, CADE, etc.), da organização financeira de recursos para formação do numerário necessário ao adimplemento da compra, dentre tantos outros itens que impactam a regular transferência dos ativos. No Brasil, como já exposto alhures, a transação entre o grupo BAYER e o grupo SIEMENS para transferência dos ativos relativos a diagnósticos humanos in vitro, deu-se através da compra de 100% das quotas da empresa local Baydiag Ltda (constituída em 1996), subsidiária integral do Grupo Bayer, e de ativos relevantes da Bayer S.A, outra subsidiária integral do Grupo Bayer.*

*Justifica, ainda, que, no tocante a venda das quotas da Baydiag Ltda, do ponto de vista do Grupo BAYER os preparativos para a transferência dos ativos transacionados deram-se por meio dos seguintes passos, confirmados pela própria fiscalização: - 27.09.2006: A BAYER Healthcare LLC, sociedade estabelecida em Delaware (EUA), era detentora de 3/4 do capital social da BAYDIAG; - 19.10.2006: A BAYER S/A detinha R\$ 10,00 de participação societária na BAYDIAG Ltda, enquanto a BAYER Healthcare LLC detinha R\$ 1.304.602,00; - 27.11.2006: A BAYER Healthcare LLC retira-se da sociedade e a BAYER S/A permanece sócia com R\$ 1.304.612,00; - 25.12.2006: A BAYER S/A aumenta o capital da Baydiag Ltda R\$ 1.304.612,00 para R\$ 68.651.990,00, mediante a conferência de bens e direitos.*

*Segue justificando que, por parte do Grupo Siemens, adotaram-se os seguintes procedimentos prévios à materialização jurídica da transação Brasil: - 21.11.2006: aquisição pelas empresas holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e Diagnostics Products Corporation Benelux BV das quotas da Valussi Participações (CNPJ nº 08.298.066/0001-11) constituída em 06.09.2006, cujo capital social era de R\$ 100,00, junto às sócias Texpar Participações Ltda (CNPJ: 01.959.602/0001-33 e Pacaembú Serviços e Participações Ltda (CNPJ: 02.473.211/0001-77), com alteração de sua denominação para*

*Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda; - 26.11.2006: transferência de numerário no montante total de R\$ 209.028.301,00 para Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda por meio das seguintes operações de câmbio, devidamente reconhecidas pela autoridade lançadora: (i) aporte de capital feito pela controladora direta Siemens Diagnostics Holding II BV (R\$ 141.096.080,00 - Contrato de Câmbio n° 06/027749); (ii) aporte de Capital pela sócia Diagnostics Products Corporation Benelux BV (R\$ 1,00 – Contrato de Câmbio n° 06/027751); (iii) empréstimo feito pela controladora indireta alemã Siemens A.G. (R\$ 67.532.220,00 - Contrato de Câmbio n° 06/027754).*

*Finaliza afirmando que, realizados os procedimentos prévios de parte a parte, eis que finalmente em 27.12.2006 ocorre a compra das quotas da Baydiag Ltda, pela SIEMENS Medical Solutions Participações do Brasil, que localmente foi formalizada por meio de contrato de venda de quotas e acordo de transferência (Share Sale and Transfer Agreement) celebrado em 27.12.2006 (fls 673 a 695 do processo digital).*

*Conclui que, com base em tudo o quanto exposto, a afirmação feita pela auditora de que o ágio decorrente da aquisição da Baydiag Ltda trata-se de ágio interno e fictício é totalmente teratológica, visto restar absolutamente comprovado que a compra do ativo brasileiro deu-se entre partes não relacionadas, fazendo parte de uma aquisição em âmbito global, que apenas se utilizou de estrutura de compra local para consolidação do investimento no Brasil.*

*Ressalta novamente que, conforme corroborado pela própria autoridade fiscal, a SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda procedeu ao pagamento de preço no montante de R\$ 201.171.006,00 em favor da BAYER S/A pelas quotas da empresa BAYDIAG Ltda, sendo este preço "sem dívidas e caixa", o qual nos termos do contrato poderia ser reajustado em função destes fatores. De acordo com o contrato ainda foi eleito pelas partes como segundo fator de reajuste de preço a diferença apurada entre o "capital de giro líquido alvo" e o "capital de giro líquido da empresa". Logo, o pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 realizado em 26.09.2008, que se deu com base nos itens 2.2, 2.3 2.5 do instrumento contratual de compra e venda (fls. 1928 a 1952 do processo digital), nada mais foi do que o cumprimento de cláusula contratual que determinava reajuste de preço em função dos parâmetros dispostos no acordo firmado. Resta óbvio e clarividente, portanto, que a compra das quotas da Baydiag por empresa do grupo SIEMENS não pode jamais ser considerada como uma operação intragrupo, entendendo a impugnante que não há maiores ilações a serem feitas quanto a esta acusação, ante a cabal demonstração de inverdade de tal fato.*

### **2.1.2. Do uso da Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda para efetivação da transação de compra da Baydiag Ltda.**

*Assevera que, conforme já exposto, tanto a vendedora (Grupo BAYER) quanto a compradora (Grupo SIEMENS) montaram*

*estruturas próprias para efetivação do negócio celebrado. Que a empresa SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda teve o papel de formalizar localmente o investimento feito pelas controladoras holandesas, que fizeram o uso de modelo semelhante para aquisição dos demais ativos da divisão de diagnóstico da BAYER localizados em outros países e que também fizeram parte da referida transação. **Ou seja, criou-se uma empresa local para realização do investimento a ser efetuado em cada país onde exista um ativo a ser adquirido, ainda que em caráter transitório, para posterior ajuste societário. No Brasil, a posterior incorporação deu-se de forma reversa por questões de ordem diversa como de cunho regulatório, vinculadas ao CNPJ da Baydiag afeta ao uso da licença de seus produtos registrados perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vez que as transferências de licenças de produtos para outro titular é cercada de uma série de entraves burocráticos, cujo tempo de resolução e aprovação por esta agência reguladora não acompanha a dinâmica afeta ao mundo dos negócios.***

*Acrescenta que, se no processo de incorporação o CNPJ da Baydiag fosse extinto, o grupo SIEMENS seria obrigado a passar por toda uma via crucis de recadastramento perante a carteira dos então clientes da empresa adquirida, o que mais uma vez poria em risco o tempo de retorno de um investimento de valor tão expressivo, que, repise-se novamente, foi feito em âmbito global. Não obstante o contexto aqui explanado, a fiscalização afirmou que a "Siemens Participações" teve mero papel de empresa-veículo, sendo utilizada como um canal de transferência do ágio para a impugnante, posto que dotada das seguintes características: a) Sociedade de breve existência; b) Não auferiu receitas operacionais; c) Não possuiu funcionários; d) Possuiu contemporaneamente por um átimo de tempo o mesmo endereço de sua controlada; e) Possuiu contemporaneamente o mesmo diretor. Quanto a esta parte da acusação, os argumentos de direito aptos a defesa dos interesses da impugnante serão expostos oportunamente no tópico 4 desta impugnação.*

## **2.2. Compra do grupo americano Dade Behring pelo grupo Siemens**

*Esclarece que, de acordo com a descrição da fiscalização, referido ágio estaria consubstanciado nos seguintes e simples eventos: (i) 29.09.2008: Siemens Healthcare Diagnostics Inc. integraliza com ágio R\$ 36.316.184,88 no capital da impugnante a totalidade das quotas detidas na empresa brasileira DADE Behring Ltda (CNPJ: nº 00.897408/0001-08, avaliada por empresa especializada em R\$ 84.889.000,00; (ii) 13.10.2008: incorporação da DADE Behring Ltda (CNPJ: 00.897.408/0001-08) pela SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos e início da amortização fiscal do ágio baseado em rentabilidade futura.*

*Explica que este segundo ágio está inserido em um contexto negocial muito mais amplo do que o mencionado pela auditoria fiscal, estando relacionado à aquisição realizada pelo Grupo SIEMENS no exterior, mais precisamente por meio de oferta pública de ações (OPA) na Bolsa de Nova Iorque, que obedeceu as normas da Comissão de Valores Imobiliários dos Estados Unidos (U.S. Securities and Exchange Commission - SEC), conforme assevera processo de ato de concentração analisado pelo CADE e que será melhor citado a seguir.*

*Anota que, nesta OPA adquiriu-se as ações da empresa Dade Behring Holdings Inc., sociedade de capital aberto, estabelecida em Delaware (EUA), então controladora do grupo Dade Behring, que atuava no segmento de comercialização de produtos, sistemas e serviços desenvolvidos para atender às necessidades do dia-a-dia de laboratórios clínicos. Dentre as controladas Dade Behring Holdings Inc. estava empresa localizada no Brasil: Dade Behring Ltda. Por ter reflexos para o mercado brasileiro, referida operação, assim como no caso da Baydiag, também foi objeto de apreciação pelo CADE por meio do Ato de Concentração nº 08012.010831/200747 (Doc.05). A operação, em âmbito mundial, decorrente desta OPA está refletida nos termos do "Agreement and Plan of Merger" (Contrato-Doc.06) celebrado entre (i) Siemens Corporation, uma empresa constituída em Delaware, (ii) Belfast Merger Co, empresa constituída em Delaware e subsidiária integral da Siemens Corporation (compradoras), e Dade Behring Holding Corporation. Inc (vendedora) em 25.07.2007. Com base no contrato firmado, foi feita uma oferta pública em dinheiro, de acordo com a lei de aquisição norte-americana, para aquisição de todas as ações e em circulação do capital acionário da Dade Behring Holding Corporation Inc, de valor nominal de US\$ 0,01 por ação, inclusive de certos direitos relacionados, ao valor de US\$ 77,00 por ação.*

*Conclui que houve nítido pagamento do sobrepreço, que considerou todos os investimentos do grupo Dade Behring espalhados pelo mundo, inclusive no Brasil. Por meio desta transação, o grupo Siemens por meio de sua subsidiária integral Siemens Corporation, passou a deter 100% das ações do capital ordinário da "Dade". Como resultado desta operação, a subsidiária brasileira (Dade Behring Ltda) passou a ser uma subsidiária integral após o fechamento da operação. De acordo com a análise feita pelo CADE, se entendeu que esta nova aquisição realizada pelo Grupo Siemens não seria prejudicial a concorrência do segmento de atuação.*

***Feita esta introdução, a impugnante passa à descrição da operação que no Brasil, gerou o segundo ágio questionado pela fiscalização: - 29.09.2008. De acordo com a 29ª Alteração Contratual da impugnante (fls. 188 a 203 do processo digital), a SIEMENS Diagnostics Holding I BV, possuidora de uma única quota da impugnante no valor nominal de R\$ 1,00, cede e transfere de forma onerosa esta participação a Siemens Diagnostics Holding II BV, passando temporariamente a deter 100% de sua participação.***

*Lembra que se trata das mesmas sócias que constavam do quadro societário da impugnante após a incorporação realizada em 23.03.2007, decorrente da operação de compra da Baydiag Ltda. Neste mesmo ato a SIEMENS Diagnostics Holding II BV, cede a título oneroso a SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc, 50% das quotas por ela detidas, de forma que cada sócia passou a deter 50% do capital social da impugnante.*

*Segue afirmando que as sócias (Siemens Diagnostics Holding II BV e Siemens Healthcare Diagnostics Inc) deliberam por aumentar o capital social da impugnante em R\$ 124.489.000,00, ou seja, de R\$ 204.690.266,00 para R\$ 329.179.266,00, com a criação de novas quotas, integralizadas na seguinte conformidade: (i) A Siemens Healthcare Diagnostics Inc. integraliza as 40.397.679 quotas (valor nominal de R\$ 1,00 por cota) que detinha no capital da sociedade Dade Behring ao valor de R\$ 84.889.000,00, elevando sua participação de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 187.234.133,00 (56,88%); (ii) Siemens Diagnostics Holding II BV, integraliza mediante aporte financeiro (contrato de câmbio n° 08/0616862), valor equivalente a R\$ 39.600.000,00 elevando sua participação de R\$ 102.345.133,00 para R\$ 141.945.133,00 (43,12%).*

*Neste particular, é que se contextualiza o passo mencionado pela fiscalização acerca da cessão pela Dade Finance LLC (EUA) de uma única quota da Dade Behring Ltda a Siemens Healthcare Diagnostics Inc. no dia 29.09.2008, que é de caráter meramente perfunctório. Destaca que o valor de R\$ R\$ 84.889.000,00 atinente a integralização efetuada pela sócia Siemens Healthcare Diagnostics Inc., por meio do aporte das quotas da Dade Behring Ltda., foi devidamente respaldado por relatório de avaliação econômico-financeira, com fundamento em rentabilidade futura, não contestado pela fiscalização, uma vez que o valor patrimonial das quotas aportadas em 30.09.2008, conforme asseverada pela própria auditora fiscal era de R\$ 48.572.815,13.*

*Partindo do contexto aqui apresentado, conclui que a integralização das quotas da Dade Behring Ltda no capital da impugnante em 29.09.2008 e sua subsequente incorporação em 13.10.2008, nada mais foi do que um movimento societário de consolidação dos investimentos no Brasil por parte da controladora Siemens Healthcare Diagnostics Inc, no tocante a divisão de diagnósticos por ela mundialmente gerida. Não faria o mínimo sentido empresarial manter em CNPJ's distintos no Brasil duas empresas do mesmo segmento econômico, pertencente ao Grupo Siemens (a impugnante e a Dade Behring Ltda). O caminho natural, como dito, seria a consolidação dos investimentos em uma única pessoa jurídica no país. **Tanto que na justificativa apresentada no protocolo de incorporação, faz-se menção as seguintes vantagens advindas da incorporação da Dade Behring Ltda pela Siemens: (i) otimização da eficiência operacional e (ii) maior sinergia e ampla integração das unidades administrativas, comercial e financeira, com redução de custos operacionais.***

*Justifica que o aporte com ágio das quotas da Dade Behring Ltda no capital da impugnante foi devidamente respaldado em laudo de avaliação econômico-financeira, que, repita-se, não foi controvertido pela fiscalização. O sobrepreço pago pela Siemens Healthcare Diagnostics Inc na OPA realizada nos Estados Unidos corrobora o entendimento de que o valor patrimonial dos investimentos, incluindo o brasileiro, então detidos pela adquirida Dade Behring Holding Inc. realmente não refletiam seu valor de mercado. Logo, o laudo de avaliação econômico-financeira elaborado por empresa de auditoria de primeira linha para o aporte do investimento brasileiro na impugnante, apenas reafirmou a tendência de valorização do preço observada na OPA realizada nos Estados Unidos.*

*Pondera que o ágio constituído no aporte, nada mais foi do que uma reafirmação da tendência de mais valia de ativos relacionados ao segmento explorado pela impugnante, naquele momento histórico. Desta feita as considerações da fiscalização de que o ágio em questão seria artificial não merece guarida, visto que dotada de propósito negocial, voltado à consolidação dos investimentos detidos pelo Grupo Siemens no Brasil, voltados ao segmento de produtos e soluções de diagnóstico laboratorial. **O fato de o mesmo ser intragrupo de forma alguma o desqualifica desde que devidamente contextualizado em um cenário empresarial, como no presente caso.***

### **3. Da validade das amortizações dos dois ágios face a existência de propósitos negociais nas operações analisadas**

*Reclama que, ao relacionar os pontos nos quais o trabalho fiscal justifica as cobranças, percebe-se claramente a utilização de verdadeiros "lugares comuns" em todos os procedimentos fiscais que vêm sendo realizados em torno do direito de dedução fiscal das amortizações de ágio, assegurado pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, tais como falta de propósito negocial, falta de substância econômica, utilização de "empresa veículo", ágio interno, etc. Mais adiante, a impugnante contestará os pontos de direito levantados pela fiscalização, mas de início quer destacar que a utilização indiscriminada daqueles argumentos de acusação, sem a devida atenção aos fatos concretos do caso presente, determina afirmações e conclusões equivocada por serem impróprias ao que efetivamente ocorreu.*

***Justifica que, em nenhum dos dois casos (Ágio Baydiag e Ágio Dade) se tratou de criar ágios e de montar uma estrutura artificial, com a finalidade de obter uma incabível vantagem fiscal.***

*Repete que:*

***o primeiro ágio decorrente da aquisição da Baydiag Ltda., atendeu as três premissas básicas para sua convalidação, quais sejam: (i) ocorrência do efetivo pagamento do custo total de aquisição, inclusive o ágio; (ii) a realização das operações originais entre partes não ligadas; (iii) demonstração da lisura na avaliação da empresa adquirida, bem como a expectativa de rentabilidade futura;***

□ *osegundo ágio decorrente da integralização das quotas da Dade Behring na impugnante, apesar de intragrupo em sua parte final, é oriundo de um contexto negocial muito mais amplo, envolvendo operação no exterior também entre partes não relacionadas, realizada por meio de OPA, lastreada em pagamento realizado no ambiente de bolsa de valores, tendo sido o ágio constituído no Brasil por meio de integralização de quotas também devidamente avaliado e referendado por meio de laudo de avaliação econômico-financeira elaborado por empresa de primeira linha, com base em rentabilidade futura, não contestado pelo fisco.*

*Argumenta que a perna brasileira que culminou no segundo ágio foi plenamente justificada por aspectos de caráter organizacional, voltados a consolidação de investimentos no Brasil no segmento de atuação da controladora americana atinente a produtos e soluções para diagnósticos laboratoriais, não havendo também qualquer contestação do Fisco quanto ao sobrepreço, igualmente lastreado em laudo econômico-financeiro. **Em suma, a incorporação subsequente em 13.10.2008 que deflagrou o aproveitamento do segundo ágio, mais do que uma ferramenta jurídica apta a tal consolidação, era, na verdade, o caminho jurídico natural e apropriado a tal fim. Estas foram as grandes razões de todos os atos que desencadearam as amortizações de ágio ora combatidas, a revelar que o objetivo central, último, das reestruturações societárias não era fiscal, mas sim negocial.***

*Acrescenta que as reorganizações societárias, como ficou evidente pela narrativa dos fatos feita anteriormente, possuía também finalidades negocial, extrafiscal, não obstante o grupo SIEMENS, na qual a impugnante encontrava-se inserida, tivesse, sim, interesse na dedução fiscal do ágio, no que aliás, não reside qualquer irregularidade, já que foram cumpridas a risca as determinações dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97. Desse modo, tendo em vista o objetivo do ato, e dentro das alternativas legais para fundamentação do ágio, a expectativa de rentabilidade lastreou o respectivo registro contábil. E, dentro os caminhos possíveis para a amortização do ágio, adotou-se um deles (incorporação), o qual, além de permitir a consecução dos objetivos econômicos acima destacados, ainda garantiu que não fossem desfeitos os complexos patrimoniais da impugnante, assegurando-se que eles continuassem em plena operação mediante a utilização de todos os seus recursos materiais e imateriais, gerando lucros aos acionistas. Daí a fundamentação econômica dos ágios, centrada na expectativa de resultados futuros do empreendimento, no que foi cumprida, diga-se novamente, à risca a disciplina legal derivada do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/77. Isto quanto à formação dos dois ágios, a qual como dita, não foi questionada pela fiscalização, até porque legítima, além de devidamente documentada e registrada.*

*Argumenta que o escopo da lei e a sua própria razão de ser, isto é a "mens legis" da norma contida no art. 7º e 8º da Lei nº 9.532 é permitir a dedução da amortização incorrida na aquisição onerosa de participação societária desde que se reúnam as duas pessoas jurídicas envolvidas, ou seja, a adquirente e aquela cuja participação societária foi adquirida. E para atingir esse desiderato a norma legal abre amplas vias, seja de fusão, seja de incorporação, seja de cisão, seja da controlada pela controladora, seja desta por aquela, a demonstrar que a adoção de uma ou de outra em cada caso será aquela que se mostrar mais adequada.*

*Assim, sob o ponto de vista estritamente fiscal, a dedução da amortização do ágio pode ser conseguida por múltiplos caminhos, como por exemplo: - pura e simples incorporação da sociedade adquirida pela adquirente, e vice-versa; ou - cisão total da sociedade adquirente, com incorporação de parcelas do seu patrimônio na sociedade adquirida; ou - fusão das duas sociedades numa terceira.*

*Entende que este é um dado importante para desfazer uma possível idéia de simulação, pois em regra a simulação visa atingir um resultado vedado legalmente. Também é cediço em doutrina e jurisprudência que simulação pressupõe um motivo para simular, de tal modo que, se o resultado que se inquina de simulado, além de não ser ilegal, pode ser legalmente atingido por outros meios igualmente legais, de simulação não se trata. Porém a simulação será objeto de outras considerações mais específicas a serem apresentadas adiante, valendo por hora apenas esta primeira observação oportuna.*

***Enfatiza que tanto na operação relacionada a Baydiag quanto àquela pertinente a Dade Behring, a opção pela adoção dos atos praticados não decorreu de qualquer arranjo ilegítimo; pelo contrário: foram meios de atender a outros objetivos que não apenas de ordem tributária, notadamente a efetivação jurídica no Brasil de uma compra de ativos feita em âmbito mundial (Baydiag Ltda), que envolvia, por exemplo outros aspectos de caráter regulatório (ANVISA) e comerciais junto a clientes, e a consolidação de investimentos de um mesmo segmento no Brasil (Dade Behring Ltda) para maior eficiência administrativa e operacional, visando em ambos os casos alavancar os negócios da impugnante no país. De simulação, portanto, não se trata, haja vista que inexistiam motivos para simular.***

*De fato, afirma a impugnante que nada foi escondido, nem houver qualquer engodo, estando tudo às claras e tendo efetivamente ocorrido operação de compra e vendas de participação societária (no Brasil e no exterior), com o correspondente pagamento de preço a terceiros no caso da Baydiag, ou a dação em pagamento em quotas no caso da Dade Behring no aumento de capital social da impugnante por sua controladora americana.*

*Quanto à sua amortização, esclarece que decorreu da disciplina que em 1997 foi introduzida no argumento jurídico pela já mencionada Lei nº 9.532, ou seja, a amortização do ágio passa a*

*ser dedutível a partir do momento em que se desse: (i) a incorporação da empresa adquirente por aquela cujas quotas foram adquiridas (Baydiag), e (ii) a incorporação da empresa (Dade Behring Ltda), cujas quotas foram integralizadas com ágio, pela pessoa jurídica (impugnante), que anteriormente havia recebido referida participação societária por meio de aporte feito por sua controladora estrangeira.*

**4. Da alegada utilização de empresa veículo no ágio decorrente da aquisição da Baydiag e sua suposta falta de propósito negocial**

*Contesta o entendimento da fiscalização, de que a Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda constituiu-se como empresa veículo, criada sem propósito negocial, com o único objetivo de servir de ferramenta de passagem para o ágio ser transposto para a impugnante.*

*Alega ser fato incontroverso que houve efetiva aquisição de participação societária com ágio, até porque decorrente de operação de compra e venda de ações, na qual houve efetivo desembolso financeiro a terceiros. Sabe-se que a empresa veículo é elemento possivelmente existente em situações de simulação, quando haja aparência de transferência de direitos para pessoa diferente daquela a quem realmente haja a transferência, inclusive mediante interposição de pessoa, situação esta correspondente à hipótese de simulação elencada no inciso I do parágrafo único do art. 167 do Código Civil. Sabe-se também que a prova da simulação é indiciária, e esta se forma não por um indício isolado, mas por indícios convergentes e logicamente concatenados para demonstrar a verdade dos fatos sobre os quais não existe prova material, conforme jurisprudência pacífica e conforme será melhor detalhado adiante.*

*Entende que somente há simulação quando existe motivo para simular, porque somente se simula quando o ato dissimulado produz algum efeito jurídico indesejado, que o ato dissimulatório não acarreta, ou aquele não produz um efeito desejado que este produz. **Tratou-se a Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda de uma sociedade de propósito específico (estrutura de compra local de ativo brasileiro objeto de negociação mundial em bloco), para o qual não eram necessários empregados, nem a realização de outros negócios desconectados com a sua razão de existir, nem sendo necessário que ela tivesse longa existência.***

*Cita o Acórdão CARF nº 1.402-00802 (Caso Santander Banespa), que apesar de operacionalmente ser mais assemelhado ao contexto do segundo ágio (Dade) visto que tratou de aumento de capital de sociedade brasileira com participação societária de outra pessoa jurídica com ágio, tratou de conceitos relacionados ao uso de empresa veículo. Nele a 4ª Câmara da 2ª Turma Ordinária assim se posicionou: "a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da*

Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veículo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veículo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco."

*Destaca, ainda, no mesmo sentido, o acórdão CARF nº 1301-001.224, reproduzindo a sua ementa.*

***Afirma que foi com o objetivo de evitar os inconvenientes ligados à extinção do CNPJ adquirido (Baydiag), assim como evitar delongas relacionadas à burocracia de órgãos públicos (agência reguladora) na criação de pessoas jurídica de tal ou qual maneira, que se optou, pela incorporação reversa, após a constituição do investimento local, repise-se novamente, encontra-se inserido no contexto de uma compra em nível mundial. Portanto, se no âmbito fiscal, o objetivo da criação da SIEMENS Medical Solutions do Brasil Participações Ltda foi emparelhar diretamente a amortização do ágio com a geração de lucros, no que, vale destacar, não há mal nenhum, no plano negocial, a referida sociedade exerceu papel fundamental para afastar burocracia e inconvenientes relacionados a adoção de outras estruturas jurídicas que chegariam ao mesmo resultado, qual seja, o direito à amortização do ágio. Melhor explicando, o grupo Siemens no Brasil foi e é detentor de inúmeros CNPJ's em vários segmentos de atuação. Nesta órbita, nada impediria que a operação de compra se desse por meio de um destes CNPJ's operativos, constituídos há vários anos, com receitas operacionais e funcionários. Em outras palavras, as controladoras estrangeiras no exterior, poderiam capitalizar um destes "antigos" CNPJ's em operação, ou utilizar recursos próprios destes, caso houvesse disponibilidade, para efetivar a compra das quotas da Baydiag Ltda junto a BAYER S/A e posteriormente incorporar ou ser incorporado pela empresa adquirida amortizando fiscalmente o ágio da mesmíssima forma. Todavia, não faria sentido o mínimo sentido negocial misturar "alhos com bugalhos", visto a falta de sinergia que ocorreria caso a adquirente/incorporadora fosse de um segmento completamente diferente da adquirida/incorporada.***

*Pondera que, em outros tempos, já existiram grandes conglomerados que reuniam sob a égide de uma única pessoa jurídica, dezenas, centenas de filiais com atividade segmentadas, não correspondente entre si. Com o tempo, mostrou-se que tal tipo de modelo é falho e retrógrado, por burocratizar os negócios, engessar decisões empresariais, tornando jurássica a estrutura empresarial e passando a gerar déficits que posteriormente levam ao holocausto da corporação. Vários foram os exemplos da história moderna neste sentido. Nos dias atuais, a dinâmica que impera do mundo dos negócios, torna proibitiva tal tipo de prática, na medida em que um determinado negócio que em um dado momento mostra-se atrativo e lucrativo para um determinado grupo econômico, em momento próximo passa a não ter mais sentido, tornando-se um freio ao aos objetivos de seus investidores, seja por mudanças de cenários financeiros, políticos e até por alteração de estratégias*

*empresariais, baseada em oferta e demanda, e peculiaridades de mercado (globais ou regionais).*

***Destaca que a jurisprudência administrativa já se firmou no sentido de que a incorporação às avessas é plenamente admitida, inclusive em planejamentos tributários, o que foi dito, por exemplo, nos acórdão n.º 107-07596 de 14.04.2004 e 105.15822, de 22.06.2006, das 7ª e 5ª Câmaras do antigo 1º Conselho de Contribuintes, e no acórdão n.º 101-97072 de 17.12.2008, da 1ª Câmara do Antigo 1º Conselho de Contribuintes, o qual validou a incorporação às avessas em operação que envolvia a amortização fiscal de ágio.***

#### ***5. Do direito a amortização do ágio decorrente da aquisição no exterior da empresa Dade Behring***

*Resume os seguintes eventos: - Empresa americana do grupo Siemens (Siemens Healthcare Diagnostics Inc), adquiriu com sobrepreço por meio de OPA nos Estados Unidos da América, 100% das ações do Dade Behring Holding Inc, absorvendo todos os seus investimentos em outras empresas do grupo DADE.; - A Dade Behring Holding Inc. detinha o controle de uma série de empresas espalhadas pelo mundo, dentre elas a brasileira Dade Behring Ltda. No Brasil a aquisição global foi objeto de ato de concentração cuja parecer foi favorável ao negócio envolvendo o mercado brasileiro; - **Em 29.09.2008** a antiga controladora holandesa da impugnante cede onerosamente metade de suas quotas a Siemens Healthcare Diagnostics Inc (EUA), de forma que cada sociedade passa a deter 50% de participação societária da investida brasileira; - Nesta mesma data é promovido o aumento do capital social da impugnante, sendo que a sócia norte-americana integraliza sua parcela por meio de aporte com ágio das quotas por ela detidas da Dade Behring Ltda; - **Em 13.10.2008**, a impugnante incorpora a Dade Behring Ltda, passando a amortizar o ágio advindo da integralização com sobrepreço.*

*Alega que o modus operandi desta operação em muito se assemelha, àquela que foi analisada recentemente pelo CARF por meio do Acórdão n.º 1301- 001.224 - (Caso Banco GMAC), cujo resultado foi favorável ao contribuinte com a improcedência do lançamento perpetrado. Para provar que se trata do mesmíssimo modelo utilizado pela impugnante no tocante a constituição e amortização do ágio da Dade Behring Ltda, cita trecho do voto condutor que legitimou a amortização fiscal de ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico, inclusive, relativizando do ponto de vista tributário, aplicação das normativas CVM citadas pela auditora-fiscal no termo de verificação do presente caso.*

*Cita, na mesma linha de julgamento, o caso Gerdau retratado no acórdão 1101-00.718.*

*Conclui, tomando por base estes dois recentes julgados do CARF, que a interpretação atualmente feita pelas autoridades fiscais para operações envolvendo ágio interno não subsistem,*

*ainda mais quando respaldadas em notório propósito comercial como no caso da impugnante, que apenas visava consolidar seus investimentos no país, considerando os efeitos de aquisição em nível global comprovadamente realizada em ambiente de mercado aberto de ações.*

*Entende a contribuinte que inexistente lastro legal para a desconsideração simples e pura de ágios que impropriamente são classificados como "internos", não existindo qualquer dúvida de que as pessoas jurídicas poderiam como deveriam registrar resultados em transações que envolvessem ativos entre sociedades empresárias sob controle comum, sendo absolutamente indiferente o fato de referido ativo ser, verbi gratia, uma mercadoria ou uma participação societária.*

*Alega que tal circunstância tem como origem o fato dos padrões contábeis brasileiros não preconizarem demonstrações consolidadas integrantes de um mesmo grupo econômico – standard esse adotado nos Estados Unidos da América, em que é enaltecida a entidade consistente no grupo econômico -, sendo certo que, na esteira do que prevalece na Europa Continental, são enternecidas aqui as demonstrações de resultados individuais, o que deriva de nosso apreço pela abstração da pessoa jurídica, tão cara aos cultores da tradição romano-germânica.*

*Acerca dessas afirmações, apresenta a contribuinte lições do Professor Eliseu Martins, constantes do Parecer confeccionado para o Processo Administrativo nº 16561.720070/2011-23 (Doc. 7).*

***As considerações apresentadas em citado Parecer levam ao entendimento da contribuinte de que não pode prosperar a posição do fisco no sentido da impossibilidade de registro de ágio decorrentes de operações societárias envolvendo sociedades integrantes do mesmo grupo econômico, em absoluto ratificação de tudo o que foi dito linhas atrás.***

#### ***6. Da inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível***

*Sustenta que, mesmo que se considere a amortização fiscal do ágio indedutível para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ no presente caso, o que se admite apenas a título argumentativo, é possível concluir que o lançamento de CSLL não possui fundamento legal, motivo que enseja o cancelamento do Auto de Infração em comento, conforme já se manifestou o Conselho de Contribuinte por meio do Acórdão nº 107-07315.*

#### ***7. Da improcedência da multa qualificada de 150%***

*Se "ad argumentandum" a impugnante tivesse cometido a infração que lhe foi imputada, haveria incidência de IRPJ e CSLL que ela julgou devidos, situação em que seria cabível a aplicação da penalidade correspondente. Não obstante, mesmo assim seria descabida a qualificação da multa, tal como feito nos autos de infração, por aplicação do parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488,*

*de 2007. O TVF justifica a multa agravada, porque teria ocorrido a hipótese do art. 72 da Lei nº 4.502/64, a que alude o art.44. Entretanto, o art. 72 descreve hipóteses em que o contribuinte dolosamente modifica as características essenciais do fato gerador, o que pressupõe a ocorrência do fato gerador, seguida de modificações naquelas características, introduzidas pelo contribuinte para se safar da obrigação já existente, coisa que não ocorreu, que por não ter havido dolo, como amplamente comprovado nos tópicos precedentes, quer porque a impugnante não introduziu qualquer modificação em qualquer fato ocorrido, seja ele fato gerador de obrigação tributária ou não. Pelo contrário, os atos praticados estão conservados em sua forma documental e escritural reveladora da sua efetiva substância jurídica, tais como eles ocorreram, sem a mínima modificação.*

*Este breve intróito, contudo, não esgota o assunto, sendo necessária uma análise mais aprofundada, com base na qual a impugnante contesta a validade da multa de ofício aplicada. A jurisprudência sempre se opôs à multa qualificada em situações como a destes autos, podendo-se citar inicialmente os acórdãos nº 103-21046 e 103-21047. (trechos reproduzidos)*

*Alega que no caso em apreço não há registros de documentos inidôneos, empresas fictas, fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza. Noutra diapasão todos os atos societários foram registrados nos órgãos competentes, assim como na escrituração contábil e fiscal da contribuinte.*

*Cita o art. 20 do Decreto - Lei nº 1.598/1977, arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997, para concluir que fica absolutamente claro que inexistente vedação expressa aos procedimentos adotados pelo contribuinte, logo, não há que se falar em fraude à lei, que aliás não pode ser confundido com erro de interpretação da lei. Na fraude a lei, o ato em si é ilícito tendo em vista que o ordenamento jurídico proíbe sua prática. Ora, não há dúvidas quanto a uma das intenções da contribuinte nas operações realizadas, relativa a reduzir os tributos devidos, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos e amparados na lei. Se obteve êxito é outro aspecto a ser analisado, mas daí a se afirmar que estaria presente o dolo e configurada a fraude, data vênia, não há como comungar desse entendimento. Desde o primeiro atendimento à Fiscalização, durante a auditoria, o contribuinte foi transparente e coerente em seus esclarecimentos, sobretudo no que diz respeito a seu entendimento quanto ao amparo legal para aproveitar o ágio.*

*Entende que, de pronto se deve afastar a caracterização do dolo quando nos atos praticados as pessoas atuam sem malícia, sem ocultação de qualquer elemento relevante e sem indução de terceiros a estado de erro. No caso dos autos, a impugnante praticou atos colocados à mais ampla e aberta apreciação de quem tivesse interesse, inclusive do fisco. Neste contexto, nada foi escamoteado da RFB, que não foi induzida ao erro e não teve qualquer obstáculo ao pleno conhecimento dos fatos, inclusive, até mesmo, ao plano conhecimento dos aspectos subjetivos da*

*impugnante. Não se trata, pois de situação passível de sofrer a penalização mais alta, pois não há o mínimo de traço de fraude, pois, na pior das hipóteses – que apenas se admite por amor ao debate -, a contribuinte interpretou equivocadamente a legislação tributária – entendendo possível uma dedução vedada aos olhos das autoridades fiscais -, o que jamais poderia ser tido como conduta fraudulenta.*

*Questiona a fiscalização, que tentou, em vão, fundamentar a penalidade qualificada, ao argumento de que, "a arquitetura da montagem do esquema que se desenhou, com (i) a celebração de contratos formalmente registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo -JUCESP, (ii) a contratação de empresas de consultoria para elaboração, de laudos de avaliação, (iii) o registro contábil do ágio, merece ser vista como causa planejada para isolar a visão do Fisco, impedindo-o de conhecer a redução indevida das base de cálculo do IRPJ e da CSLL". Ora, a alegação não procede de forma alguma! Nas situações vertentes, a agente do fisco teve todas a facilidade para o total conhecimento dos fatos, porque tudo estava sob seus olhos e nada foi escondido, donde é impossível falar-se em dolo ou intuito fraudulento. **De fato, os ágios amortizados foram devidamente registrados e declarados pela impugnante, assim como todas as operações societárias a eles correlatas foram declaradas e formalizadas em instrumentos de ampla publicidade, tendo, ademais, todos esses documentos e informações sido disponibilizados ao Fisco, juntamente com toda a gama de esclarecimentos solicitados pela Sra. Agente Fiscal. Houve, portanto, no caso dos autos, evidência indisfarçada dos fatos e dos atos, como eles realmente foram, e como foram desejados.***

*Acrescenta que qualificação da multa no presente lançamento importa equiparar uma infração fiscal facilmente detectável pela fiscalização às infrações mais graves, em que seu responsável surrupia dados necessários ao conhecimento da fraude. E que milita em favor da impugnante o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, que é a versão do in dubio pro réu do Direito Tributário.*

*Assim, muito embora a impugnante tenha agido perfeitamente de acordo com a lei, na hipótese de dúvida, caberia a observância na determinação do art. 112. A jurisprudência está repleta de casos em que esse dispositivo foi aplicado. **Em situações como a presente, aplica-se o conceito de erro de proibição, devendo ser afastada a exigência da multa qualificada.** Explica-se. Erro de proibição existe, quando o autor do ilícito supõe estar agindo dentro da lei. Em caso no qual restou mantida a exigência de tributo por se entender que o planejamento tributário não tinha validade, a 1ª Câmara do antigo 1º Conselho de Contribuintes aplicou o conceito de erro de proibição para reduzir a multa de 150% para 75%, em virtude da dissensão doutrinária e jurisprudencial sobre os limites da elisão fiscal: trata-se do acórdão nº 10-95537, de 24.05.06. Cita ainda a decisão adotada pela 7ª Câmara no acórdão nº 107-08837, de 06.12.06, que afastou a multa qualificada em razão de parcela da doutrina aceitar o procedimento adotado pela parte recorrente e em razão de haver jurisprudência consagrando a validade do*

*negócio jurídico indireto, o que descaracteriza o intuito de fraude.*

### **8. Conclusão e pedido**

*Ao final, a impugnante requer os seguintes pontos:*

*a) em face da inequívoca conexão entre o vertente feito – que discute a amortização dos ágios aqui controvertidos entre 2010 e 2012 – e o Processo Administrativo nº 16643.720037/2013-55 – em que se discute o início da amortização dos mesmíssimos ágios, entre 2007 e 2009 -, que esses dois feitos sejam reunidos para julgamento conjunto, o que se pleiteia com vista a evitar a prolação de decisões conflitantes;*

*b) pelos fundamentos apontados, a defesa seja conhecida e integralmente provida, para o fim de determinar o cancelamento da exigência fiscal;*

*c) caso, assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, a multa qualificada deve ser reduzida ao patamar de 75%;*

*d) ainda na remota hipótese de se entender pela manutenção da exigência fiscal ora combatida, deve ser afastada a incidência dos juros de mora sobre os valores das multas de ofício, pois a lei somente prescreve a aplicação de referido encargos sobre as multas isoladas.*

Em síntese, em sua impugnação, o contribuinte aduz as seguintes razões: improcedência factual quanto à acusação de ágio interno; validade das amortizações dos dois ágio face a existência de propósitos negociais nas operações analisadas; validade e legitimidade da utilização da SIMENS MEDICAL SOLUTIONS DO BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA para a aquisição da BAYDIAG LTDA; direito a amortização do ágio decorrente da aquisição no exterior da empresa DADE BEHRING; inexistência de previsão legal para a adição, à base de cálculo da CSLL, da despesa com a amortização de ágio considerada indedutível; improcedência da multa qualificada de 150%; e impossibilidade de exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Brasília/DF) julgou procedente em parte a impugnação em decisão proferida no venerando, Acórdão nº **03-66.593**, de 27 de fevereiro de 2015, para cancelar a qualificação da multa de ofício incidente sobre o ágio gerado em 27/12/2006, na infração denominada “1º ágio – BAYER”, conforme demonstrativo (fls.2702/2703) pelo que **submete a reexame necessário** a decisão em comento, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

O Acórdão, mencionado acima, está assim ementado (fl.2.660):

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Ano-calendário: 2010, 2011, 2012*

*ESFERA ADMINISTRATIVA. CONEXÃO. DECISÃO ANTERIOR. OBSERVÂNCIA.*

*Sendo constatada a conexão fática entre a matéria apreciada na presente lide com matéria inclusa em outro processo administrativo, que apreciou as mesmas glosas de amortizações dos ágios examinados, apenas variando em relação aos anos-calendário dos seus respectivos aproveitamentos, deve ser observada a decisão proferida no processo inicial, que expressa o entendimento desta instância administrativa sobre a matéria.*

**DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE.**

*Sendo claros os documentos acostados aos autos, permitindo um adequado julgamento, torna-se prescindível a realização de perícia ou diligência para a solução da controvérsia, ainda mais quando formulado sem observância do exigido pela legislação processual.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2010, 2011, 2012*

**JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE PENALIDADE.**

*A penalidade constitui débito decorrente do tributo ou contribuição, sendo alcançada pela incidência dos juros de mora.*

A empresa tomou ciência da referida decisão, na data de 06/07/2015, por abertura de mensagem, conforme o Termo de ciência, e-fl.2.714, e, protocolizou Recurso Voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), em 04/08/2015, e-fls.2.718/2.786.

Em sua peça recursal, a Recorrente reproduz, no essencial, as mesmas razões aduzidas em sua impugnação, acima relatadas, exceto no que já fora exonerado pelo acórdão recorrido, portanto, desnecessário repeti-las.

Por fim, a Recorrente requer:

*i) Recurso Voluntário seja conhecido e integralmente provido, para o fim de determinar o cancelamento da exigência fiscal;*

*ii) Caso assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, pede seja o v. acórdão recorrido cassado para que outro seja proferido em seu lugar, tendo em vista as nulidades apontadas no Tópico 4.1 (fls. 24-27 deste recurso) e no Tópico 4.4 (fl. 55 deste recurso);*

*iii) Caso se entenda que os pleitos acima não devem ser acolhidos - o que apenas se admite por epítrope -, pede seja a multa qualificada relativa aos créditos tributários atrelados ao segundo ágio (Dade Behring) reduzida ao patamar de 75%;*

*iv) Ainda na remota hipótese de se entender pela manutenção das exigências fiscais ora combatidas, pede seja afastada a aplicação da taxa SELIC sobre as multas exigidas da ora Recorrente, na esteira do arrazoado tecido no Tópico 4.6 acima;*

*v) Por fim, para provar os fatos expostos, protesta a ora Recorrente poder provar as suas alegações através de todas as provas em Direito admitidas, tais como ajuntada de documentos e a realização de diligência.*

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício.

O **recurso voluntário** é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento. Outrossim, o valor do crédito tributário exonerado pela decisão de primeira instância, em relação à multa de ofício, ultrapassa o limite estabelecido na Portaria MF nº 63, de 09/02/2017 (tributos e encargos de multa superior a R\$ 2.500.000,00), motivo pelo qual o **recurso de ofício** interposto também deve ser conhecido.

Trata o presente processo de Autos de Infração nos quais se exige créditos tributários de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor total de R\$ 23.743.969,94, e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no valor total de R\$ 8.363.308,03, com aplicação de juros de mora calculados até junho/2014 e Multa de ofício de 150%.

As infrações apuradas decorrem das glosas de amortizações de ágios, deduzidas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2010 a 2012.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 33/65, verifica-se que a ação fiscal teve como objeto de investigação a qualificação jurídica dada pela fiscalizada relativamente às operações de reorganização societária que culminaram no surgimento de dois ágios, que foram identificados pela autoridade fiscal nos seguintes termos: - “1º **Ágio – Bayer**” e “2º **ágio – Dade**”, que segundo a acusação fiscal seriam internos e fictícios, gerados sem propósito negocial, e que, foram deduzidos da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, nos anos-calendário de 2010 a 2012.

A fiscalização justificou a glosa da amortização das duas operações de ágio, com base no entendimento de que a utilização de empresa veículo (1º ágio) assim como a configuração do ágio interno (2º ágio) descaracterizam o ágio, para fins de dedução da amortização na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A multa de ofício do lançamento foi qualificada, sob o argumento de fraude, e conseqüentemente alçada ao percentual de 150%.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF) julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo interessado, mantendo as glosas das amortizações dos 02 (dois) ágios mas reduzindo a multa de 150% para 75% em relação ao ágio de R\$ 150.828.542,12 gerado em 27/12/2006 (1º ágio), com base na decisão prolatada pela DRJ em Curitiba em processo referente aos mesmos fatos mas relativo a períodos de apuração de anos anteriores (2007 a 2009) (PDF nº 16643.720037/2013-55) que entendeu ser a

qualificação da multa indevida, em face da existência de efetivo pagamento, realizado no âmbito da negociação em nível global entre os grupos Bayer e Siemens.

O tratamento tributário do ágio de investimentos foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 26/12/1977, incorporado no RIR/99 pelo art. 385, que prevê a necessidade de desdobrar o custo de aquisição dos investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial, de forma a separar o valor do patrimônio líquido e o ágio. Esse dispositivo vem a confirmar o conceito de ágio, como sendo a diferença entre o valor pago pela sociedade **investidora** na aquisição de investimento e o valor patrimonial contábil atribuído a ele na sociedade **investida**. O decreto-lei também impõe a necessidade de indicação do fundamento econômico do ágio, que pode ser de três espécies: i) valor de mercado dos bens do ativo da coligada, quando este for superior ao custo registrado em sua contabilidade; ii) valor da rentabilidade futura da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

De acordo com o decreto-lei, a contrapartida da amortização do ágio não é despesa dedutível para fins de apuração do lucro real, conforme art. 25 (art. 391 do RIR/99). O ágio somente é dedutível na ocasião de posterior alienação da participação societária, quando deverá ser acrescido ao custo de aquisição do investimento na apuração do ganho de capital (art. 426 do RIR/99).

Com o advento da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, a amortização do ágio de investimentos com fundamento em perspectivas de rentabilidade futura passou a ser dedutível na apuração do IRPJ e CSLL, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração, em operações de incorporação, fusão ou cisão, conforme redação do art. 7º. De acordo com o art. 8º, a dedução vale mesmo em caso de investimento não avaliado pelo valor do patrimônio líquido, ou quando a sociedade investida incorpora a investidora, operação esta denominada de “incorporação às avessas”.

### **1. Das glosas das amortizações dos dois ágios.**

Para melhor compreensão sobre a dedutibilidade da amortização do ágio com fundamento econômico em rentabilidade futura, faz-se mister trazer à lume a legislação que se encontra bem delineada no voto vencedor do acórdão recorrido (DRJ/BSB), fls.2696/2697), itens 95 a 98:

*95. Inicialmente cabe reiterar que o artigo 25 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977 (base legal do art. 391 do RIR de 1999), com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, não autoriza a dedução da amortização direta do ágio apurado na aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido, razão pela qual a possibilidade de dedução do encargo com a amortização do ágio restringe-se à hipótese prevista na Lei nº 9.532, de 1997.*

*96. Sobre o assunto, assim dispõem os artigos 7º, inciso III, e 8º da Lei nº 9.532, de 1997 (base legal do art. 386 do RIR de 1999):*

*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:*

(...)

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)

(...)

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

(...)

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

97. A alínea “b” do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, a que se refere o inciso III do referido artigo 7º, diz respeito ao ágio com fundamento econômico em valor de rentabilidade futura da coligada ou controlada:

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.

(...)

§ 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. (Grifou-se)

98. Logo, o encargo com amortização do ágio verdadeiro, ou seja, com substância econômica e não gerado artificialmente, somente será dedutível na apuração do lucro real se forem atendidas, concomitantemente, as seguintes condições: (i) fundamento econômico em valor de rentabilidade futura; (ii) a

*pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra – na qual detenha participação societária adquirida com ágio – em virtude de incorporação, fusão ou cisão (inciso III do art. 7º), ou quando a empresa incorporada, fusionada ou cindida é aquela que detinha a propriedade da participação societária (alínea “b” do artigo 8º).*

**1.1 - Indedutibilidade - “1º ágio – BAYER” - referente à aquisição da empresa Baydiag Ltda, doravante BAYDIAG. Ágio pago por meio de empresa veículo.**

Conforme relatado, o primeiro ágio investigado foi criado na operação de **27/12/2006**, no valor de **R\$ 150.828.542,12** em que a **BAYER S.A.** cede e transfere a totalidade das quotas detidas na fiscalizada à sociedade efêmera "**Siemens Participações**", e que, em **26/09/2008**, houve um pagamento complementar de **R\$ 8.081.000,00** realizado pela própria contribuinte fiscalizada, elevando o ágio de R\$ 150.828.542,12 para R\$ 158.909.542,12.

Repisamos a seguir, a síntese dos passos relatados para a formação do mencionado ágio.

**Em 21/11/2006**, o grupo SIEMENS (representado pelas empresas holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e Diagnostics Products Corporation Benelux BV) **adquiriu** a empresa Siemens Medical Solutions do Brasil Participações (que havia sido constituída, em **06/09/2006**, sob a denominação de "Valussi Participações", com um capital de apenas **R\$ 100,00**, doravante "**SIEMENS PARTICIPAÇÕES**").

**Em 26/11/2006**, o grupo SIEMENS **no exterior** transferiu R\$ 209.028.301,00 para a "**SIEMENS PARTICIPAÇÕES**".

**Em 27/12/2006**, a "**SIEMENS PARTICIPAÇÕES**" efetuou um pagamento de R\$ 201.171.006,00 (incluindo um ágio de R\$ 150.828.542,12) para a aquisição da totalidade das quotas da empresa **BAYDIAG**. Tal pagamento foi efetuado mediante três transferências bancárias do Banco Itaú S/A, em 27/12/2006, nos valores de R\$ 99.000.000,00, R\$ 99.000.000,00 e R\$ 3.171.006,00 (fl. 1075), com utilização de recursos remetidos pela Siemens Diagnostics Holding II BV (Holanda) e Siemens AG (Alemanha).

**Em 27/12/2006** a BAYDIAG Ltda passou a denominar-se SIEMENS Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda e em 17/07/2008 **SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda (fiscalizada)**.

**Em 23/03/2007**, a empresa **BAYDIAG** (já com a denominação da recorrente) incorporou a **SIEMENS PARTICIPAÇÕES**, possibilitando, assim, as subseqüentes amortizações do ágio.

**Em 26/09/2008**, a recorrente efetuou um pagamento complementar no valor de R\$ 8.081.000,00 (elevando o valor total do ágio para R\$ 158.909.542,12).

Consta do relatório:

*4.1.9) Em 23/03/2007: a fiscalizada, agora como "Siemens Diagnósticos", incorpora a "Siemens Participações", segundo o Protocolo de Justificativa de Incorporação, motivada pela possibilidade de absorção do patrimônio da incorporada e racionalização e concentração dos negócios de ambas as sociedades, resultando em maior lucratividade e eficiência*

*administrativa, operacional e financeira (Doc 04 – 25ª ACON - DIAGNÓSTICOS e Protocolo e Justificativa).*

*Na linha 47 da ficha 36A da DIPJ/2008 AC2007 (declaração nº 1952402), a incorporadora informou o valor de R\$ 150.828.542,22 a título de "Demais aplicações em Despesas Amortizáveis" (DIPJ AC2007 da fiscalizada, CNPJ 01.449.930/0001-90).*

*Na comparação das demonstrações financeiras da contribuinte fiscalizada dos meses de fevereiro e março de 2007, pode-se observar o surgimento, a partir de março de 2007, do ágio de R\$ 150.828.542,13, registrado no Ativo Diferido como "Ágio - Incorporação S.M.S.P." e sua imediata amortização já no mesmo mês (Doc 20 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 28.02.2007 e Doc 21 - BP e DRE Siemens Diagnósticos - 31.03.2007).*

...

**4.2.7) Formação do complemento do "1º ágio - Bayer", em 26/09/2008 - R\$ 8.081.000,00**

*A contribuinte fiscalizada esclareceu que, em razão da previsão contratual constante na cláusula 2.3 do Contrato de Venda e Transferência de Ações, firmado entre BAYER S.A. e "Siemens Participações", realizou um pagamento adicional de R\$ 8.081.000,00 (oito milhões e oitenta e um mil reais), em 26/09/2008 (Doe 36 - Contrato de Venda e Transferência de Ações traduzido e Doe 37 - Esclarecimentos prestados em 01.10.2013 MPF nº 2013-00110-7). Referida cláusula previa eventual reajuste de preço com base em critério denominado "Capital de Giro Líquido Alvo".*

*Tal pagamento adicional foi contabilizado pela fiscalizada também como ágio, juntamente com o ágio inicial de R\$ 150.828.542,12, porém depois de passados quase dois anos, em 09/2008, elevando o ágio de R\$ 150.828.542,12 para R\$ 158.909.542,12 (Does 33, 33a, 33b e 33c - Balancetes da Siemens Diagnósticos 2008).*

Como se vê, em 23/03/2007 a fiscalizada, antes BAYDIAG, cuja razão social foi alterada para Siemens Medical Solutions Comércio de Produtos Diagnósticos Ltda., **incorporou a empresa veículo SIEMENS PARTICIPAÇÕES** (Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda) e passou a amortizar o ágio de R\$ 150.828.542,12 constituído sobre o seu próprio patrimônio líquido.

E, com a incorporação da **SIEMENS PARTICIPAÇÕES** (sociedade efêmera), a incorporadora (contribuinte fiscalizada) tornou-se responsável pelo pagamento do empréstimo contraído (R\$ 8.081.000,00) para a compra de suas próprias quotas.

Consta no Termo de Verificação Fiscal:

**4.3) CARACTERIZAÇÃO DA "SIEMENS PARTICIPAÇÕES" COMO EMPRESA-VEÍCULO**

*A empresa Siemens Medica Solutions do Brasil Participações Ltda. ("Siemens Participações"), CNPJ 08.298.066/0001-11, cumpriu o papel de empresa-veículo através da qual o ágio foi carreado para a incorporadora.*

*A "Siemens Participações" foi uma sociedade de breve existência, de apenas seis meses.*

...

*Observa-se que os dois únicos eventos significantes ocorridos durante a breve existência da "Siemens Participações", foram voltados à criação do ágio e ocorreram no mesmo dia, em 27/12/2006.*

*Na data-base de 28/02/2007, antes de sua extinção por incorporação pela fiscalizada, o Balanço Patrimonial da "Siemens Participações" refletia os dois únicos eventos que marcaram a sua existência:*

*(i) os recursos recebidos do exterior destinados a sua capitalização pela sua controladora holandesa e o empréstimo da SIEMENS A.G. e*

*(ii) o ágio constituído com a aquisição da BAYDIAG Ltda. (denominação da fiscalizada à época) com o emprego de tais recursos (Doc 24 - Laudo de Avaliação da Siemens Participações KPMG).*

*Como se pode observar com base nas declarações de IRPJ entregues, durante sua existência, a sociedade não apresentou receitas, faturamento, custos e despesas operacionais, tendo servido apenas como veículo de passagem dos recursos oriundos do exterior para a aquisição da BAYDIAG (fiscalizada) com ágio (DIPJ da "Siemens Participações" dos anos-calendário 2006 e 2007).*

*A sociedade efêmera também não possuiu funcionários (GFIP anexada pela fiscalização), tendo sido extinta, em 23/03/2007, por incorporação pela "Siemens Diagnósticos" (fiscalizada).*

(...)

*O ágio criado em 27/12/2006 foi mantido na Contabilidade da empresa veículo sem qualquer amortização nos meses subsequentes. A amortização somente teve início quando o ágio foi absorvido pela incorporadora (fiscalizada), que passou a amortizá-lo imediatamente, a partir de março de 2007.*

(...)

**Conclui o TVF:**

*Como se vê, as operações societárias anteriormente descritas trouxeram para o patrimônio da fiscalizada não só o ágio formado artificialmente sobre suas próprias quotas, mas também o passivo contraído junto à controladora alemã SIEMENS A.G. para o pagamento da aquisição dessas mesmas quotas e do próprio ágio.*

*Regularmente intimada e reintimada a esclarecer as razões por que se valeu da empresa efêmera "Siemens Participações" como condutora dos recursos que vieram das empresas estrangeiras SIEMENS Diagnostics Holding II BV (Holanda) e SIEMENS AG (Alemanha), a fiscalizada apenas limitou-se à descrição dos fatos, não abordando em nenhum momento as razões de ter se valido da empresa efêmera (Resposta aos Termos de Intimação n.º 02 e de Reintimação n.º 03, apresentada em 03/06/2014).*

*Em realidade, inexistente motivação extra-tributária para o emprego da "Siemens Participações" como empresa condutora dos recursos provenientes do exterior.*

*Caso o pagamento houvesse sido realizado diretamente pelas sócias estrangeiras à contribuinte fiscalizada, o ágio não teria sido viabilizado, não teria sido criada nenhuma vantagem tributária na operação. O ágio teria sido criado no exterior, não sendo passível de aproveitamento tributário no Brasil.*

A conclusão da fiscalização, é no sentido de que a Siemens Medical Solutions do Brasil Participações Ltda ("Sociedade de Participações") constituiu-se como empresa veículo, criada sem propósito negocial, com o único objetivo de servir de ferramenta de passagem para o ágio ser transposto para a recorrente.

No essencial a Recorrente arguiu que inexistente lastro legal para a desconsideração de ágios que impropriamente são designados como "internos" conforme preciosas lições contidas em cópia do parecer, que anexa, de lavra do Professor Eliseu Martins; e que as multas qualificadas mantidas na DRJ devem ser afastadas porque houve, sim, propósito negocial e, ainda que assim não fosse, deveria ser aplicado o chamado "erro de proibição".

Conforme consignado no relatório, a Fiscalização promoveu lançamentos tributários em face da pessoa jurídica SIEMENS HEALTHCARE DIAGNÓSTICOS LTDA S/A, sendo as infrações apuradas decorrentes das glosas de amortizações de ágios, deduzidas nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2010 a 2012.

Como destacado acima, em processo referente aos mesmos fatos mas relativo a períodos de apuração de anos anteriores (2007 a 2009) (**PDF nº 16643.720037/2013-55**), foram lavrados Autos de Infração de IRPJ e CSLL contra a fiscalizada, relativos aos mesmos ágios tratados nos presentes autos, cujos encargos de amortização foram deduzidos das bases dessas exações nos anos-calendário precedentes (2007 a 2009).

Ressalte-se que, o processo administrativo nº **16643.720037/2013-55** que contém a autuação relativa ao período de 2007 a 2009, já foi julgado pelo Carf, mediante o Acórdão nº **1401-001.571**, de 02/03/2016 ( 4ª Câmara - 1ª Turma Ordinária da 1ª Seção de Julgamento) que negou provimento ao Recurso de Ofício e deu provimento parcial ao Recurso Voluntário do Contribuinte nos seguintes termos: *I) por unanimidade de votos, negar provimento em relação à glosa do ágio; II) por unanimidade de votos, dar provimento para desqualificar a multa de 150% para 75%; e III) por maioria de votos, dar provimento parcial para cancelar as multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos e Antonio Bezerra Neto que negavam provimento.*

O mencionado acórdão nº **1401-001.571**, possui a seguinte ementa:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano calendário: 2007, 2008, 2009*

*JUNTADA DE DOCUMENTOS. REQUISITOS.*

*A norma que prevê a juntada de documentos após a impugnação e a realização de diligências no processo administrativo fiscal impõe o cumprimento de requisitos que devem ser observados pela recorrente.*

*DILIGÊNCIAS. CONVICÇÃO DO JULGADOR.*

*A decisão sobre a realização de diligências tem natureza de cunho facultativo para a formação da convicção da autoridade julgadora ao conferir a esta a possibilidade de determiná-las quando entender que são necessárias.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano calendário: 2007, 2008, 2009*

*PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS. Oponibilidade ao Fisco.*

*Os planejamentos tributários são inoponíveis ao Fisco quando formados por negócios jurídicos de propósito preponderantemente marcado pela economia tributária.*

*SIMULAÇÃO POR VÍCIO DE CAUSA. MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE.*

*Na simulação por vício de causa, inexistente o falseamento ou a manipulação de aspectos relevantes dos negócios jurídicos. As partes deixam às claras as formas jurídicas empregadas. É incabível a qualificação da multa aplicada porque não se concretizam condutas como a sonegação ou a fraude penais.*

*JUROS SOBRE MULTA. POSSIBILIDADE.*

*Os juros moratórios são devidos à taxa SELIC e sobre o “crédito tributário”. Este decorre da obrigação principal que, por sua vez, inclui também a penalidade pecuniária.*

*LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA.*

*Em face da decisão contida no REsp nº 973.733SC, decidido na sistemática dos recursos repetitivos, ocorrendo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial para o lançamento de ofício é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.*

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

*Ano calendário: 2007, 2008, 2009*

*ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.**INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.*

*É impossível promover uma interpretação extensiva das hipóteses expressamente previstas em lei para a amortização do ágio por se tratar de um benefício fiscal caracterizado como isenção.*

*ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GERAÇÃO POR EMPRESA VEÍCULO. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.*

*A aquisição de participação societária por empresa veículo é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa comercial, é a geração do ágio para o subseqüente aproveitamento.*

*ÁGIO. RENTABILIDADE FUTURA. FUNDAMENTAÇÃO. PROVA.*

*A lei não exige uma forma para a demonstração do fundamento econômico do ágio nem exige que sua metodologia seja a mais adequada. O que importa é saber se o demonstrativo exigido pela lei (que pode ou não ser revestido na forma de um laudo), de fato, embasou a decisão do comprador. Não interessa também saber se a empresa era rentável, mas se o comprador, ao pagar o ágio, acreditava na existência da rentabilidade futura.*

*ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. GERAÇÃO POR AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE INTEGRALIZAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PLANEJAMENTO INOPONÍVEL.*

*O aumento de capital social mediante integralização de participação societária é inoponível ao Fisco quando sua causa real, preponderante sobre a causa comercial, é a geração do ágio para o subseqüente aproveitamento.*

*ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.*

*Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano calendário.*

*Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL*

*Ano calendário: 2007, 2008, 2009*

*ÁGIO. ATIVO DIFERIDO. AMORTIZAÇÃO.  
INDEDUTIBILIDADE.*

*Para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, é vedada a amortização do ágio contabilizado com um item do ativo diferido, na conformidade do § 2º, "a", do artigo 7º, da Lei nº 9.532/97, por não se tratar de despesa intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens ou serviços.*

Embora a mencionada decisão se refira a amortizações realizadas no período de 2007 a 2009, ela pode ser aplicada no que couber aos anos calendário de 2010 a 2012, pois os fatos e a legislação de regência são os mesmos.

Por concordar com os fundamentos da decisão exarada pelo Carf, mediante o predito **Acórdão nº 1401-001.571** de 02/03/2016, sobre a indedutibilidade do 1º ágio, sob análise, transcrevo seus termos (fls.3.117/3.120) conforme faculta o art.50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, e, os adoto como razão de decidir:

*Quanto ao ágio referente à aquisição da empresa BAYDIAG, primeiramente, há que se atentar para as condições da sua formação.*

*Segundo o que foi relatado, em 21/11/2006, o grupo SIEMENS (representado pelas empresas holandesas SIEMENS Diagnostics Holding II BV e Diagnostics Products Corporation Benelux BV) **adquiriu** a empresa Siemens Medical Solutions do Brasil **Participações** (que havia sido constituída, em 06/09/2006, sob a denominação de "Valussi Participações", com um capital de apenas R\$ 100), doravante SIEMENS PARTICIPAÇÕES.*

*Em 26/11/2006, o grupo SIEMENS transferiu R\$ 209.028.301,00 para a SIEMENS PARTICIPAÇÕES. Em 27/12/2006, a SIEMENS PARTICIPAÇÕES efetuou um pagamento de R\$ 201.171.006,00 (incluindo um ágio de R\$ 150.828.542,12) para a aquisição da totalidade das quotas da empresa BAYDIAG. Em 23/03/2007, esta última (já com a denominação da recorrente) incorporou a SIEMENS PARTICIPAÇÕES, possibilitando, assim, as subsequentes amortizações do ágio. Mais à frente, em 26/09/2008, a recorrente efetuou um pagamento complementar no valor de R\$ 8.081.000,00 (elevando o valor total do ágio para R\$ 158.909.542,12).*

*Nada obstante, poucas linhas atrás dissemos que em matéria de isenção, como é o caso da amortização do ágio, não há espaço para alargamento das situações expressamente previstas em lei. Por oportuno, repita-se a transcrição do artigo 7º, caput, e do artigo 8º, alínea "b", da Lei nº 9.532/97:*

*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: (grifei)*

*(...)*

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

*(...)*

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

*A interpretação literal para a formação da norma conduz ao entendimento de que o ágio a ser amortizado é aquele surgido nos termos do que previu o artigo 20 do DecretoLei nº 1.598/77. Isto é, somente a empresa que "detenha participação societária adquirida" naqueles moldes poderá figurar como incorporadora ou incorporada no evento que resultará no encontro do seu patrimônio com o da empresa investida.*

*Em termos econômicos, tal como era antes regulado no âmbito do artigo 34 daquele mesmo Decreto Lei, trata-se de permitir, em razão da confusão patrimonial estabelecida, a dedução da perda de capital que era do investidor (só que, agora, garantindo-se sua expressão na totalidade do ágio contabilizado). Por isso, há que se exigir a presença do real investidor no evento da incorporação, melhor dizendo, quem efetivamente suportou a perda de capital.*

***Quanto à compreensão dos fatos, deve-se deixar claro que o negócio jurídico essencial para o deslinde da questão é justamente aquele que proporcionou a geração do ágio que foi objeto do aproveitamento. Ou seja, a operação de aquisição da participação societária pela SIEMENS PARTICIPAÇÕES.***

***Passemos, então, à análise dessa operação.***

*O que se constata, pelo Termo de Verificação Fiscal (fls. 45 e 46), é que a operação foi realizada nos termos de um contrato denominado "Share Sale and Transfer Agreement" (fls. 673 a 695, com tradução para o vernáculo anexada de fls. 631 a 655). Apesar de esse contrato envolver empresas brasileiras (compradora, vendedora e comprada/vendida), o preço de compra, o reajuste de capital de giro líquido e a taxa sobre eventuais juros aplicados foram originalmente estabelecidos na moeda da União Europeia (cláusulas 2.1, 2.3 e 2.5).*

*Além disso, foi estipulado que ele "será regido por e interpretado de acordo com as leis da Alemanha" e que qualquer disputa "será resolvida através de arbitragem, de acordo com as regras do Deutsch Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit (D.I.S.)" (cláusula 6.5 do contrato).*

*Ademais, "os termos aos quais foi acrescentada uma tradução do alemão serão interpretados como tendo o significado atribuído pela tradução do alemão" e "o termo 'empresa afiliada' terá o significado atribuído a ele na Seção 15 da Lei das Sociedades Anônimas Alemã (verbundenes Untemehmen)" (cláusula 6.6 do contrato).*

**Os recursos financeiros para a aquisição da BAYDIAG foram efetivamente originados do grupo SIEMENS no exterior.** Como apurado pela fiscalização (fls. 55 a 57), este enviou para a empresa SIEMENS PARTICIPAÇÕES quase que a totalidade do valor necessário para o pagamento da aquisição. Tal empresa não teve receitas operacionais nem funcionários. Possuía diretor e endereço idênticos ao da recorrente. **Por isso, a autoridade fiscal concluiu se tratar de mera empresa veículo utilizada como canal de transferência do ágio.**

A recorrente contesta essa conclusão afirmando que a utilização da SIEMENS PARTICIPAÇÕES seguiu o modelo adotado pelo grupo para aquisições semelhantes em outros países. A operação teve os contornos que se espera de um negócio realizado entre partes independentes, sendo, inclusive, aprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Sua formatação teve o objetivo de racionalização, otimização, aumento da sinergia e consolidação dos investimentos no País. Acrescenta que a incorporação reversa evitou os inconvenientes ligados à extinção do CNPJ da incorporadora, bem como delongas relacionadas à burocracia de órgãos públicos.

**Sem embargo, as evidências são claras de que a real aquisição se deu por parte das empresas do grupo SIEMENS situadas no exterior. A aquisição pela SIEMENS PARTICIPAÇÕES revela vício de causa. Não há dúvidas de que a causa real, que prepondera sobre a causa negocial, foi a geração do ágio para o subseqüente aproveitamento. Isto é, um propósito preponderantemente marcado pela economia tributária. Portanto, como antes esclarecido, trata-se de planejamento tributário inoponível ao Fisco.**

Diferentemente do que ocorreu com os investimentos envolvidos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização da década de 90, que motivou a criação do benefício fiscal da amortização do ágio, não se vislumbra aqui a necessidade de canalização dos investimentos numa empresa ou consórcio de empresas nacional que tem a incumbência de fazer a aquisição da participação societária através de leilões de privatização de empresas públicas. Neste caso, a interposição de empresa veículo teve o propósito preponderante da economia tributária.

Demais disso, a instância a quo identificou outro problema.

**Não houve comprovação efetiva do fundamento econômico do ágio.** Isso porque, conforme já constava no Termo de Verificação Fiscal (fls. 47), **o relatório de avaliação econômico financeira juntado aos autos (fls. 585 a 636) foi elaborado em 27/02/2007, portanto, dois meses após a geração do ágio. Ademais, tal relatório avaliou a empresa adquirida (BAYDIAG) no valor justo de mercado de R\$ 223.002.000,00. Esse valor, no entanto, não corresponde ao valor pago na sua aquisição. A empresa atuada, por sua vez, não se pronunciou sobre essa constatação em suas peças recursais.**

Com efeito, o relatório pretendeu justificar o fundamento econômico do ágio gerado. Ou seja, ao utilizar uma metodologia de fluxo de caixa descontado, pretendeu refletir o valor da

*aquisição numa expectativa de rentabilidade futura. Porém, a sua elaboração extemporânea e com valor distinto do que efetivamente foi pago afasta essa pretensão.*

*Nesse sentido, são pertinentes as conclusões do Professor Luís Eduardo Schoueri quando percebe que a lei não exige uma forma para a demonstração do fundamento econômico do ágio nem exige que sua metodologia seja a mais adequada. O que importa é saber se o demonstrativo exigido pela lei (que pode ou não ser revestido na forma de um laudo), de fato, embasou a decisão do comprador. Não interessa também saber se a empresa era rentável, mas se o comprador, ao pagar o ágio, acreditava na existência da rentabilidade futura.*

*Ora, se o relatório foi elaborado posteriormente e com valor diverso dos que foram efetivamente verificados na operação, não há como se admitir que ele embasou a decisão do comprador. Portanto, não foi preenchido o requisito exigido pelo § 3º do artigo 20 do Decreto Lei nº 1.598/77, antes reproduzido, qual seja, a comprovação do fundamento econômico utilizado para a constituição do ágio. Por isso, como bem observou a Fazenda Nacional em suas contrarrazões, não se pode permitir a sua posterior amortização na condição de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura nos termos previstos no inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.532/97 (artigo 386 do RIR/99).*

*Como o ágio apurado em 27/12/2006 teve fundamento econômico diverso da expectativa de rentabilidade futura, o mesmo entendimento se aplica ao pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 efetuado em 26/09/2008.*

*107. Dessa forma, não há como se admitir a dedutibilidade da amortização do ágio apurado na aquisição das quotas da Baydiag Ltda.*

Com efeito, restou demonstrado que **o ágio amortizado é indedutível nos termos do artigo 386 do RIR/99**, haja vista que não há como aplicar a presunção de perda de investimento preconizada na Lei nº 9.532/1997. Observando-se ainda que **a interposição de empresa veículo teve o propósito preponderante da economia tributária**, e que a autuada não trouxe aos autos um documento hábil a demonstrar o fundamento econômico na rentabilidade futura da BAYDIAG. Tendo por base que o laudo juntado pela interessada foi elaborado em data posterior àquela em que o ágio foi pago, deve-se considerar que essa “mais valia” é indedutível, pois não foi comprovado o fundamento econômico que a lei exige. Em que pese as quotas da BAYDIAG terem sido adquiridas, com o pagamento de ágio, no dia 27/12/2006, o laudo trazido para justificar o fundamento econômico desse montante foi elaborado somente em 27/02/2007, ou seja, dois meses depois.

## **1.2. Indedutibilidade - "2º Ágio DADE". constituído em 13/10/2008 - no valor de R\$ 36.316.184,87 - Ágio de si mesmo.**

O segundo ágio refere-se à integralização de quotas da empresa "DADE" para aumento de capital da Recorrente, conforme relatado:

***Do “2º ágio – Dade” no valor de R\$ 36.316.184,87***

(vi) Em 29/09/2008: dando início à operação que daria origem ao segundo ágio, também fiscalmente aproveitado pela fiscalizada, a sociedade norte-americana SIEMENS Healthcare Diagnostics **Inc.** (EUA), **integraliza no capital da contribuinte fiscalizada a totalidade das 40.397.679 quotas (100%) da brasileira DADE Behring Ltda.**, CNPJ 00.897.408/0001-08, avaliadas em R\$ 84.889.000,00, cujo valor contábil era de R\$ 48.572.815,13. Da diferença entre os dois valores, a **fiscalizada contabiliza em seu Ativo Diferido um ágio de R\$ 36.316.184,87 ("2º Ágio - Dade")**, a título de "**Ágio na aquisição da DADE Behring Ltda.**", fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, a ser aproveitado fiscalmente (pela fiscalizada) no prazo de 120 meses.

(vii) Em 13/10/2008: **a contribuinte fiscalizada**, já sob a nova denominação social de SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda., **incorpora a Dade Behring Ltda.**, CNPJ 00.897.408/0001-08, e dá início, já em outubro de 2008, à dedução fiscal do ágio R\$ 36.316.184,88 (segundo ágio), no valor mensal de R\$ 302.635,00.

Repisamos a seguir, a síntese dos passos relatados para a formação do mencionado ágio.

Consta do TVF:

**5.1.1) Em 24/09/2007:** o capital social da DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08, era de R\$ 40.397.679,00, totalmente integralizado, dividido em 40.397.679 quotas de R\$ 1,00 cada quota, assim distribuídas:

- a sócia DADE **Behring Inc.** (EUA) detentora de 40.397.678 quotas (99,99%);

- e a sócia DADE **Finance Inc.** (EUA) detentora de 1 quota (0,01%) (Dade Bhering\_Re-ratificação alteração contrato social de 24 09 2007).

**5.1.2) Em 29/09/2008:** a sociedade norte-americana SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc. ingressa no quadro societário da DADE Behring Ltda., em substituição à DADE Behring Inc. e recebe a única quota (0,01%) detida pela DADE Finance Inc. (EUA), passando a deter 40.397.679 quotas (100%) da brasileira DADE Behring Ltda., CNPJ 00.897.408/0001-08 (Dade Bhering\_Alteração contrato social de 29 09 2008).

Ato contínuo, e na condição de única sócia da DADE Behring Ltda., a SIEMENS Healthcare Diagnostics Inc resolve integralizar no capital da SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (**fiscalizada**), CNPJ 01.449.930/0001-90. a totalidade das 40.397.679 quotas (100%) da DADE Behring Ltda.. CNPJ 00.897.408/0001-08. **avaliadas em R\$ 84.889.000,00** (oitenta e quatro milhões, oitocentos e oitenta e nove mil reais) por empresa especializada. Tendo o acervo patrimonial da DADE sido avaliado em **R\$ 48.572.815.13**. surge o "**2º Ágio - Dade**", em 29/09/2008. de **R\$ 36.316.184.87** (Doc 39 - Laudo de Avaliação Contábil DADE Behring pela Terco Grant Thornton).

Quadro 09: formação do segundo ágio de RS 36.316.184,87

*Valor da avaliação das quotas da DADE Behring Ltda. - 84.889.000,00*

*Valor do acervo contábil patrimonial líquido - 48.572.815,13*

*Valor do ágio ("Dade") 36.316.184,87*

*Segundo o laudo de avaliação, o **acervo patrimonial líquido** da DADE Behring Ltda., em 30/09/2008, era de **R\$ 48.572.815,13**. Deste modo, da diferença entre o valor total das quotas, avaliadas em **R\$ 84.889.000,00**, e o valor do acervo patrimonial líquido incorporado, de **R\$ 48.572.815,13**, surge o ágio de **R\$ 36.316.184,17**, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura. Tal ágio é contabilizado, em setembro de 2008, pela SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. (**fiscalizada**), no Ativo Diferido como "Ágio na aquisição da DADE Behring Ltda.", conta 0i:0014 (Doc 33b - Balancete mensal da Siemens Diagnósticos de Set 2008).*

***13/10/2008** – a SIMENS DIAGNÓSTICOS incorpora a DADE BEHRING, absorve o ágio e passa a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente*

Pois bem, novamente, impõe-se verificar as condições de formação desse ágio referente à integralização de quotas da empresa DADE para aumento de capital na recorrente.

Pelo que foi relatado, uma negociação internacional realizada no âmbito dos grupos SIEMENS e DADE BEHRING resultou, no Brasil, numa operação de aumento de capital da recorrente efetuada em 29/09/2008. No que diz respeito à sócia **Siemens Healthcare Diagnostics Inc.**, esse aumento de capital se deu mediante a **integralização** da totalidade das quotas que possuía **na empresa Dade Behring Ltda**, doravante DADE, no valor de R\$ 84.889.000,00 (incluindo um ágio de R\$ 36.316.184,88 que passa a ser contabilizado na recorrente). Em 13/10/2008, a recorrente incorporou a empresa DADE, possibilitando, assim, as subseqüentes amortizações do ágio.

Mais uma vez, há que se compreender os fatos no sentido de que o negócio jurídico essencial para o deslinde da questão é justamente aquele que proporcionou a geração do ágio que foi objeto do aproveitamento. Ou seja, a operação de aumento do capital social da recorrente mediante a integralização de quotas da DADE.

A recorrente alega que houve nítido pagamento de sobrepreço na aquisição internacional do grupo DADE BEHRING. A análise da operação feita pelo CADE concluiu que não haveria prejuízo para a concorrência no seguimento de atuação do negócio. Não faria sentido manter duas empresas (CNPJ distintos) do mesmo segmento econômico pertencentes ao grupo SIEMENS. A incorporação trouxe vantagens de otimização da eficiência operacional, maior sinergia e integração das unidades, com redução de custos operacionais.

Acrescenta que a geração do ágio foi devidamente respaldada em laudo de avaliação econômico financeira. E que, o fato de ser intragrupo não o desqualifica desde que devidamente contextualizado em um cenário empresarial. A operação se assemelha a outras que foram julgadas favoravelmente aos contribuintes pelo CARF.

A decisão recorrida, traz em seu bojo os fundamentos com os quais concordo sobre a indedutibilidade do "2º ágio", sob análise, pelo que transcrevo seus termos

(fls.2.698/2.699) conforme faculta o art.50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, e, os adoto como razão de decidir:

*108. No que diz respeito ao ágio de R\$ 36.316.184,88 apurado pela interessada no aumento do seu capital social integralizado pela Siemens Healthcare Diagnostics Inc, verifica-se que se trata de ágio artificial e sem substância econômica.*

*109. A Siemens Healthcare Diagnostics Inc integralizou o aumento de R\$ 84.889.000,00 do capital social da interessada em 29/09/2008 – conforme Instrumento Particular da Vigésima Nona Alteração e Consolidação do Contrato Social da Siemens Healthcare Diagnósticos Ltda. (fls. 188-203) –, mediante a entrega da totalidade das quotas do capital social da Dade Behring Ltda. pelo valor justo de R\$ 84.889.000,00, calculado com utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, com base no Relatório de Avaliação Econômica-Financeira elaborado em 12/09/2008 pela Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda. (fls. 2013-2067).*

*110. Em 13/10/2008 a interessada incorporou a Dade Behring Ltda. – conforme Instrumento Particular da Trigésima Alteração e Consolidação do Contrato Social da Siemens Healthcare Diagnósticos Ltda., que Incorpora a Dade Behring Ltda. (fls. 204-218), Protocolo de Incorporação e Justificação (fls. 219-224) e Laudo de Avaliação Contábil (fls. 225-230) – e recebeu no acervo vertido o ágio de R\$ 36.316.184,88, cujo encargo com amortização passou a deduzir do seu lucro real.*

*111. Cumpre destacar que o grupo Siemens já havia adquirido no ano anterior, com sobrepreço, por meio de oferta pública de ações (OPA) na Bolsa de Valores de Nova Iorque, a totalidade das ações da Dade Behring Holding Inc (estabelecida em Delaware, EUA) – pelo valor nominal de US\$ 0,01 por ação, inclusive de certos direitos relacionados, ao valor de US\$ 77,00 por ação –, absorvendo, em consequência, os investimentos nas demais empresas do grupo Dade, inclusive a participação societária na Dade Behring Ltda., com sede no Brasil.*

*112. Tal operação, em âmbito mundial, está refletida nos termos do “Agreement and Plan of Merger” (Contrato e Plano de Incorporação, às fls. 2615-2671) celebrado em 25/07/2007 entre a Siemens Corporation (empresa constituída em Delaware) e Belfast Merger Co. (empresa constituída em Delaware e subsidiária integral da Siemens Corporation), na condição de compradoras, e a Dade Behring Holdings Inc, como vendedora. O reflexo no Brasil de referida operação foi objeto de apreciação pelo CADE, por meio do Ato de Concentração nº 08012.010831/200747, tendo o acórdão que autorizou a operação sido publicado em 23/06/2008.*

*113. Logo, como no valor da OPA na Bolsa de Valores de Nova Iorque foram considerados todos os investimentos do grupo Dade Behring espalhados pelo mundo, inclusive no Brasil, ou seja, as quotas do capital social da Dade Behring Ltda. já pertenciam integralmente à Siemens Healthcare Diagnostics Inc em 29/09/2008, quando foram entregues à interessada na integralização do aumento do seu capital social, verifica-se que*

*o ágio de R\$ 36.316.184,88 foi todo apurado dentro grupo Siemens.*

*114. Observe-se que ao final do processo de incorporação da Dade Behring Ltda., o valor deste investimento, acrescido do respectivo ágio, permaneceu pertencendo à controladora Siemens Healthcare Diagnostics Inc., por meio das quotas do capital social da Siemens Healthcare Diagnósticos Ltda. recebidas na integralização do capital em 29/09/2008.*

*115. Considerando que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o valor efetivamente despendido para aquisição de um investimento – o sacrifício econômico suportado pela sociedade investidora – supera o valor patrimonial desse investimento, não há como se admitir que as quotas do capital social da Dade Behring Ltda. tenham sido recebidas pela interessada por um preço que contém uma mais-valia de si próprio, em transação dos sócios do grupo Siemens com eles mesmos, por intermédio das pessoas jurídicas por eles controladas.*

*116. E somente há preço e, por consequência, aquisição, quando a operação se realiza entre partes independentes. São várias as formas pelas quais um bem ou direito muda de titularidade, assim como diferentes são os meios utilizados para cumprimento das condições necessárias para que o negócio jurídico se aperfeiçoe. Contudo, há sempre a presença do terceiro como contraparte, ou seja, as pessoas jurídicas adquirente e alienante do controle societário devem ser distintas.*

*117. Sem a participação de terceiros, os sócios do grupo Siemens deliberaram pela utilização da interessada para atribuírem às quotas da Dade Behring Ltda. um valor muito superior ao seu valor patrimonial. A interessada não teve nenhum outro dispêndio além da entrega das 84.889.000 novas quotas do seu capital social à Siemens Healthcare Diagnostics Inc, mas reconheceu em sua contabilidade um ágio de R\$ 36.316.184,88 sobre o patrimônio líquido da investida, cujo valor passou a amortizar após a incorporação ocorrida em 13/10/2008.*

*118. Independentemente das razões e dos propósitos almejados com a reorganização societária do grupo Siemens, é inegável que as operações societárias estruturadas em sequência e executadas em curtíssimo prazo criaram condições artificiais para justificar a apuração de ágio interno, com finalidade de gerar ganhos indevidos de natureza tributária.*

*119. Cumpre, portanto, destacar que a liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação comercial, como no caso em análise, pois o ágio amortizável de que trata o art. 7º, III, da Lei nº 9.532, de 1997, é aquele em que houve um efetivo dispêndio ou ônus assumido por terceiro em um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes.*

*120. Dessa forma, não há como se admitir a dedutibilidade da amortização do ágio de R\$ 36.316.184,88 apurado em 29/09/2008, mediante operações societárias estruturadas em sequência dentro do grupo Siemens.*

A conclusão que se impõe é que, deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica incorporadora.

## **2.1 Multa de ofício qualificada - "2º ágio - Dade"**

Quanto ao "2º ágio", a DRJ manteve a multa qualificada, cuja fundamentação também adoto, nos seguintes termos, como razão de decidir:

*122. No entanto, apesar de os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial e na escrituração comercial e fiscal da interessada e da Dade Behring Ltda., verifica-se que o ágio de R\$ 36.316.184,88 apurado em 29/09/2008 não tinha propósito comercial, haja vista ter sido gerado artificialmente em operações realizadas intragrupo, conforme já analisado no tópico anterior do voto vencedor.*

*123. De fato, não se verifica no presente caso uma situação de fraude gritante, pois não foi constatada utilização de "laranjas" ou de documentos inidôneos. No entanto, configura-se sem sombra de dúvida o intuito de fraude para possibilitar à interessada a amortização de ágio gerado artificialmente, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as partes.*

As razões para a qualificação da multa de ofício constam do TVF, item 7.3

*Como visto, as operações societárias anteriormente descritas trouxeram para o patrimônio da fiscalizada ágio formado artificialmente sobre suas próprias quotas. Resta inequívoco, assim, que estamos diante de geração artificial de ágio, inclusive, com o emprego de empresa-veículo, visando única e exclusivamente reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por ocasião da amortização do referido ágio.*

*Não há como aceitar que a amortização do ágio interno e do ágio fabricado com emprego de empresa-veículo possa reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois a sociedade brasileira não pode suportar um ônus em favor de sócios, que se beneficiaram tributariamente de uma transação sem propósito negocial.*

*Da análise dos fatos e documentos trazidos aos autos, denota-se que cada etapa planejada visou tão somente a geração do ágio fictício. Foram promovidas operações sequencialmente planejadas cujo único objetivo era o de escapar da regular carga tributária.*

*A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e*

*formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil.*

*A teor do disposto nos artigos 966, 981 e 982 da Lei n.º 10.406, de 10/01/2002 - Código Civil (CC), a finalidade precípua das sociedades é a realização de negócios que caracterizem o exercício de atividade econômica, materializada pela produção e circulação de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção, capital, trabalho, matéria-prima, etc. A formação das sociedades está adstrita ao ânimo do exercício de atividade econômica. Este inexistindo, caracteriza-se a ausência de propósito societário e, em última análise, de motivação para a própria celebração do contrato de sociedade.*

*No caso sob exame, não há causa econômica a não ser a economia fiscal para o aproveitamento de ágios criados dentro do mesmo grupo societário e através de empresa-veículo. Tampouco há essência econômica na operação em que a **fiscalizada** incorpora a empresa veículo "Siemens Participações" para absorver o ágio de si mesma.*

*O artifício engendrado carrega subjacentemente a intenção de realizar supostos negócios entre as mesmas pessoas, artifícios estes que não podem produzir os efeitos fiscais planejados. Fica, assim, clara, a intenção de lesar o Fisco.*

*As operações realizadas não podem legitimar consequências tributárias, visto que são procedimentos legais apenas no seu aspecto formal, mas ilícitas na medida em que objetivaram unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita a fiscalizada.*

*A SIEMENS Healthcare Diagnósticos Ltda. agiu dolosamente de forma que fosse beneficiada com a amortização de ágios gerados artificialmente, resultando na redução indevida do IRPJ e da CSLL no período compreendido de março de 2007 a dezembro de 2009. O procedimento adotado pela fiscalizada está compreendido na hipótese de fraude descrita no artigo 72 da Lei 4.502/64, que tem a seguinte dicção:*

***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.*

*As peças probatórias revelam que uma das condutas adotadas foi a de impedir, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador, excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, tendo como consequência a falta de pagamento dos referidos tributos, em montantes proporcionais ao ágio fictício amortizado.*

*Os agentes deixaram visível que a intenção foi a de impedir a ocorrência do fato gerador e a de excluir ou modificar suas características essenciais, tudo para tentar livrar a contribuinte do IRPJ e da CSLL, como se infere, em suma, dos seguintes elementos:*

*a) utilização da "Siemens Participações", pessoa jurídica de existência efêmera, como empresa-veículo;*

*b) as pessoas jurídicas envolvidas possuíam sócios e administradores em comum, possuíam quadros societários quase idênticos e eram ou controladas ou controladoras umas das outras;*

*c) considerando que as pessoas jurídicas eram ligadas, os ágios foram gerados internamente;*

*d) as operações foram realizadas sem nenhum propósito negocial;*

*e) as operações-chave que criaram o ágio foram realizadas num período de meses ou dias;*

*f) após a geração do ágio, a empresa veículo foi extinta por incorporação, sem que ela tivesse realizado qualquer tipo de atividade operacional;*

*g) a própria fiscalizada realizou o pagamento complementar de R\$ 8.081.000,00 pela compra de suas próprias quotas.*

*Inegavelmente, houve o objetivo de esconder da Fazenda Pública a capacidade contributiva da "Siemens Healthcare".*

*A arquitetura da montagem do esquema que se desenhou, com (i) a celebração de contratos formalmente registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo - Jucesp, (ii) a contratação de empresas de consultoria para elaboração de laudos de avaliação, (iii) o registro contábil do ágio, merece ser vista como causa planejada para isolar a visão do Fisco, impedindo-o de conhecer a redução indevida das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.*

*Aliás, o raciocínio é muito simples: se houve aparatos engenhosos criados para sustentar a inoportunidade do fato gerador, foi necessário obliterar as possibilidades de avaliação da capacidade contributiva, por parte da autoridade fazendária, induzindo-a a vislumbrar que as operações realizadas eram todas regulares e não tinham finalidade ilícita.*

*O modus operandi dependia do consentimento mútuo das sociedades envolvidas no esquema para fraudar o Fisco. A "Siemens Healthcare" não tem como negar que estava consciente da falta de propósito negocial dos ágios que foram registrados e amortizados. Assim sendo, a multa no lançamento de ofício será qualificada, aplicada na proporção de 150% dos tributos devidos, como determina a Lei n.º 9.430/96, art. 44*

A conclusão que se impõe, é que, as operações societárias foram realizadas com a clara intenção de obter o resultado, ou seja, reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por ocasião da amortização dos ágios em comento.

Para melhor entendimento, transcreve-se, a seguir, o art. 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

*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;*

*(...)*

*§ 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.”*

*[...]*

Conforme se observa, nos termos do parágrafo 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, só é admitida a aplicação da multa no percentual de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, como previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que assim dispõem:

*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 principal 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 nos artigos 71 e 72.*

Desse modo, a multa de 150% de que trata o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, terá aplicação sempre que em procedimento fiscal constatar-se a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio.

As multas de ofício aplicadas foram qualificadas, no percentual de 150%, com base no art. 957, II, do RIR/1999 (cuja matriz legal é o art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996), porque a Fiscalização entendeu que a conduta engenhosa do contribuinte, notadamente, pelas

operações realizadas sem propósito negocial e o uso de interposta pessoa nos atos constitutivos, caracterizam a fraude como definido na Lei nº 4.502, de 1964, art. 72 e necessário à qualificação da multa.

Com efeito, a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, ou retardar uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública, onde, utilizando-se de subterfúgios escamoteia-se a ocorrência do fato gerador ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento, dificultando o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Assim, constatada a fraude, correto o lançamento da multa qualificada de 150% em relação aos dois ágios.

### 3 - Juros de mora sobre a multa de ofício

O Recorrente requer que, caso seja não seja reformada a decisão recorrida, quando da cobrança do crédito tributário constituído, não sejam exigidos juros de mora sobre a multa de ofício lançada, em razão do disposto no artigo 161, do Código Tributário Nacional.

Como cediço, os **débitos** de tributos e contribuições e de multas (penalidades) têm causas diversas. Enquanto os débitos de tributos e contribuições decorrem da prática dos respectivos fatos geradores, as multas decorrem de violações à norma legal, no caso, do suposto não pagamento dos tributos e contribuições nos prazos legais.

O artigo 142 do CTN, descreve, na verdade, o fato de que, no mesmo auto de infração, pode ocorrer o lançamento tributário, em que se exige o tributo devido pelo contribuinte, e a aplicação da penalidade pelo fato de este contribuinte ter deixado de recolher o tributo. Portanto reunidos em um único lançamento, e, devidamente discriminados, a cobrança do tributo e a aplicação da multa pela infração, resta constituído o **crédito tributário** que deve ser exigido com os acréscimos legais (juros de mora).

Portanto, efetuado o lançamento tributário, de ofício, ou seja, constituído o **crédito tributário** a sua substância é o pagamento do tributo e da penalidade pecuniária aplicada pelo descumprimento da norma legal, no presente caso, a denominada multa de ofício de que trata o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Sobre os juros de mora, o próprio art. 161 do CTN menciona a incidência dos juros sobre o **crédito** não integralmente pago no vencimento, não podendo ser outro crédito senão àquele constituído nos termos do art.142 do CTN, ou seja, crédito tributário (objeto prestacional, representado em dinheiro) = tributo (não pago) + penalidade aplicada (não paga).

Dizer que a penalidade aplicada não integra o montante do crédito tributário não passa de um flagrante equívoco.

A exigência dos juros sequer depende de formalização, uma vez que serão devidos sempre que o principal ( tributo ou penalidade) estiver sendo recolhido após o prazo de vencimento, mesmo que não quantificados (os juros) quando da formalização do crédito tributário por meio do lançamento.

Apesar disso, há quem argumente que, se do crédito a que se refere o caput do transcrito art. 161 do CTN constasse a multa de ofício, não haveria razão para mencionar nesse mesmo dispositivo “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”.

Não é nenhuma novidade dizer que o CTN é recheado de repetições.

A verdade é que, não haveria necessidade de novamente constar no mencionado artigo 161 tal comando, porque a partir do lançamento surge o crédito, no entanto com o intuito de afastar os juros de mora outros argumentos poderiam advir no sentido de que tendo sido aplicada a penalidade não seria cabível a aplicação dos juros de mora porque a “penalidade” seria em substituição de outros encargos etc.,

Ora, a caracterização da mora dá-se de direito, e, não depende sequer que o sujeito passivo seja interpelado com o auto de infração. Não sendo o valor devido integralmente pago até o vencimento, o crédito deve ser acrescido de juros de mora.

Partilho do entendimento expresso no Parecer MF/SRF/Cosit/Coope/Senog nº 28, de 02 de abril de 1998, segundo o qual, considerando o disposto no art.161 do CTN, é possível concluir que mencionada norma legal autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa em caráter geral, nada impedindo que a lei específica disponha de forma diferente, determinando que os juros de mora devam incidir apenas sobre os tributos e as contribuições.

É certo que tivemos no passado dispositivos legais (art. 59 da Lei nº 8.383/91 e art.84 da Lei nº 8981/95) que deixaram dúvidas quanto a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício aplicada.

A interpretação literal decorrente da mencionada legislação era no sentido de que pela redação das leis mencionadas os juros deveriam incidir apenas sobre os tributos e contribuições, não autorizando, pois, a exigência dos juros de mora sobre outros débitos sem a natureza jurídica de tributo.

No entanto, com a edição da Lei nº 9.430/96, é possível mudar de paradigma para concluir que, com apoio no artigo 61 e seu § 3º, restou explícito ser cabível a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, a partir do vencimento da penalidade, cujos fatos geradores (descumprimento da norma legal) ocorrerem a partir de 01/01/1997, vejamos:

*Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

...

*§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)*

(Grifei)

Sobre o vencimento da multa de ofício lançada, depreende-se dos autos de infração que a multa de ofício tem prazo para pagamento, qual seja, trinta dias após a ciência do lançamento pelo sujeito passivo. Ora, se os juros moratórios a que se refere o § 3º do art. 61, da Lei nº 9.430/96, somente se aplicam sobre débitos com prazo de vencimento, infere-se que incidem sobre a multa de ofício não paga no prazo de trinta dias após a ciência do lançamento pelo autuado.

O artigo 43 da lei nº 9.430/96 ao tratar do auto de infração sem tributo (crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente) prevê a incidência de juros de mora calculados à taxa Selic sobre o crédito tributário formalizado, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento, o que demonstra claramente a imbricação com o art.161 do CTN e com o artigo 61, § 3º da mesma Lei nº 9.430/96, desnecessário seria repetir que nos casos da multa de ofício de que trata o artigo 44 da mesma lei também deverão incidir os juros de mora.

Feitas as considerações acima e no contexto de uma interpretação sistemática, é forçoso concluir que ao teor do art.161 do CTN, bem como dos artigos 43, parágrafo único, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, por se tratar de **débitos** para com a União, incidem tanto sobre os tributos quanto sobre a multa de ofício, os juros de mora com base na taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do seu pagamento.

Sabendo-se que os juros de mora incidem a partir de vencimentos distintos em relação ao vencimento do tributo e ao vencimento da multa lançada de ofício (30 dias após a ciência do lançamento). Antes do lançamento não há falar em juros de mora sobre a multa de ofício.

Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou de notificação de lançamento, conforme fixado na Portaria MF nº 370 de 23-12-88, verbis:

*I - Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou da notificação de lançamento e serão calculados, à razão de 1% (um por cento) ao mês-calendário ou fração, sobre o valor corrigido monetariamente.*

*II. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação*

Nesse sentido traz-se à lume excerto do voto do Desembargador Dirceu de Almeida Soares quando do julgamento, pela 2ª. Turma do TRF4, da AC 2005.72.01.000031-1/SC, em 2006 (Leandro Paulsen, Direito Tributário, 9ª ed., Livraria do Advogado, pág. 1028), *ipsis litteris*:

*“...tanto a multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. Tampouco há falar em violação da estrita legalidade ...O artigo 43 da Lei nº 9.430/96*

*traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente.”*

Com efeito, é legítima a exigência de juros de mora tanto sobre os débitos lançados como da respectiva multa de ofício, não pagos no vencimento, calculados pela taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao dos respectivos vencimentos dos prazos até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento, conforme determinação legal expressa.

Para sedimentar as considerações feitas no presente voto, traz-se à colação o entendimento expresso nos seguintes Acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscal desse Egrégio Conselho Administrativo:

*ACÓRDÃO n.º CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007:*

*JUROS DE MORA – MULTA DE OFÍCIO – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

*ACÓRDÃO n.º 9101002.501-1ª Turma, julgado em 12/12/2016*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Exercício: 2002*

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Quanto a exigência da CSLL, após a vigência do art. 28 da Lei 9430/1996, “*Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei*”, ou seja, as mesmas normas aplicáveis ao IRPJ.

Os julgamentos do CARF tem reiterado esse entendimento, a exemplo do acórdão CSRF 01-04.686.

*CSLL, aplicam-se as mesmas conclusões em relação ao lançamento principal, por decorrerem dos mesmos fatos.*

*DECORRÊNCIA - CSLL - Em se tratando de contribuição que tem por base os mesmos fatos que ditaram o lançamento do imposto de renda, o lançamento para sua cobrança é reflexivo e, assim, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejulgado na decisão do processo decorrente.*

Portanto, cabe manter a exigência da CSLL sobre a glosa da amortização dos ágios.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

## RECURSO DE OFÍCIO

### Desqualificação da multa de ofício referente ao "1º ágio - Bayer"

Conforme verificado acima, em relação ao "2º ágio - Dade", a DRJ manteve a multa qualificada porque compreende que, *apesar de os atos societários estarem devidamente registrados na Junta Comercial e na escrituração comercial e fiscal da interessada e da Dade Behring Ltda., o ágio de R\$ 36.316.184,88 apurado em 29/09/2008 não tinha propósito negocial, haja vista ter sido gerado artificialmente em operações realizadas intragrupo.*

De outra banda, a decisão de primeira instância exonerou parte do lançamento tributário ao tempo em que afastou a qualificação da multa de ofício em relação ao "1º ágio - Bayer", e, recorreu de ofício conforme dito preambularmente. No seu entendimento, o fato *da existência de efetivo pagamento, realizado no âmbito da negociação em nível global entre os grupos Bayer e Siemens* é razão para se considerar indevida a qualificação da multa de ofício.

Dirirjo da decisão da DRJ em afastar a qualificação da multa em relação ao "1º ágio" pelo motivo acima.

Indubitavelmente, a remessa dos recursos financeiros do grupo SIEMENS **no exterior** para a "SIEMENS PARTICIPAÇÕES" adquirir a BAYDIAG, com a superveniente incorporação e amortização do ágio, demonstra a clara intenção da recorrente em reduzir a tributação do IRPJ e da CSLL. A operação permite à fiscalização constatar quem viabilizou a aquisição e quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço, ou seja, exterioriza quem é a real **investidora originária (SIEMENS no exterior)**, e desnuda a autuada da condição de investidora (como pretende aparecer) para amortizar o ágio. Nessa reorganização societária, a "SIEMENS PARTICIPAÇÕES" figura como interposta pessoa, servindo de "empresa passagem" para a autuada com propósito de geração do ágio para o subsequente aproveitamento e como resultado reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por ocasião da amortização do referido ágio.

A utilização de sociedade veículo, de curta duração, colimando atingir posição legal privilegiada, constitui prova da artificialidade daquela sociedade e das operações nas quais ela tomou parte, notadamente a geração e a transferência do ágio.

As razões para a qualificação da multa de ofício constam do TVF, item 7.3, acima reproduzidos quando analisados os dois ágios.

Os autuantes deixaram visível que a reorganização societária denota a clara intenção de impedir a ocorrência do fato gerador e a de excluir ou modificar suas características essenciais, tudo para livrar a contribuinte do IRPJ e da CSLL

Constata-se, com nitidez, a construção artificial do suporte fático, para que se pudesse amoldar à hipótese de incidência de despesa de amortização do ágio. Movimentações na mesma data ou em datas próximas, utilização de empresas sem nenhuma substância, com o deliberado intuito de fabricar uma despesa com repercussão na base tributável.

Destarte, dou provimento ao recurso de ofício para manter a qualificação da multa de ofício, também em relação ao "1º ágio".

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário e dar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa

## Voto Vencedor

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Redator designado

No caso, este relator foi incumbido da elaboração dos votos vencedores concernentes ao recurso de ofício e à parte dos argumentos dos recurso voluntário; como tais argumentos são prejudiciais ao recurso de ofício, passo a expor meu voto, primeiramente, quanto ao recurso voluntário.

### **I Recurso voluntário. Da primeira operação denominada "1º Ágio - Bayer".**

Esta D. Turma já sabe do meu entendimento quanto a extensão dos preceitos do art. 116, parágrafo único, do CTN; também é de conhecimento de todos o posicionamento estritamente positivista que assumo em relação à planejamentos societários/tributários, premendo sempre, pela leitura literal dos preceitos do art. 5º, II, da CF88 no que tange às opções adotadas pelos contribuintes quando da realização de operações de reorganização empresarial em que se observam práticas que encerram, para além da simples reestruturação, vantagens de cunho fiscal/tributário.

Sei, também, que o meu posicionamento não é majoritário, nem mesmo entre os meus pares que votaram pelo provimento deste recurso, de sorte que, até por um dever de lealdade, me limitarei, aqui, a expor entendimento adstrito ao conceito de simulação encartado no Código Civil, mormente, o seu art. 167.

Pois bem, se, de fato, a interpretação adotada pelo Fisco e pela Fazenda Nacional acerca da legislação adjetiva - art. 116, parágrafo único, do CTN -, considera critérios meta-jurídicos e subjetivos para a tipificação dos fatos ilícitos "simulação" e "dissimulação" (em especial o alardeado "intento negocial") é certo, ao menos a meu ver, que o Código Civil adota, muito antes, critérios objetivos (e não subjetivos) para atestar a ocorrência de atos eivados de ineficácia (o ato é nulo e não anulável), como se extrai das proposições contidas no seu art. 167:

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

*§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

*I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;*

*II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;*

*III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.*

*§ 2o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.*

Não se pode olvidar que a previsão contida no inciso I poderia indiciar o predito "*subjetivismo*"; trata-se de subjetivismo aparente; no caso, o ato ou fato praticado é fictício; é inexistente; os direitos não são transmitidos (ainda que formalmente se diga o contrário)... em linhas gerais, a partes formalmente pactuantes não percebem, efetiva e concretamente, os efeitos do negócio que, outrossim, atingem, "*sob os panos*", terceiros não aventados no instrumento negocial.

*Exempli gratia*, determinada pessoa formaliza com um terceiro um contrato de locação de determinado bem, sem pagar "vírgula" a este (a título de alugueres), mantendo, outrossim, um "contrato de compra e venda de gaveta" com o real proprietário do imóvel. Aqui, vejam bem, o contrato formal não traz efeitos concretos às partes avençantes, envidando consequências patrimoniais ocultas para aqueles que se encontram combinados oficiosamente. **Ou seja, os negócios simulados são ineficazes não só à luz dos preceitos acima mas, objetivamente, à vista das próprias consequências concretas que deveriam encerrar** (o locador não recebe alugueres porque, ao fim e ao cabo, a locação não existe materialmente - em substância).

No caso concreto, o cerne da questão está calcado no fato do grupo Siemens, estabelecido no exterior não ter procedido a aquisição direta da Baydiag (hipótese que o ágio, se observado, não geraria consequências tributárias no Brasil), mas ter, outrossim, optado por fazê-lo através de uma subsidiária integral criada para este fim específico (aquisição da Baydiag no Brasil pela Siemens Participações Ltda.).

Em linhas gerais, o Fisco questiona os motivos de ter, o grupo Siemens, adotado um procedimento, a seu ver, mais complexo para atingir o mesmo fim que seria atingido na hipótese direta, sustentando, mais, a ocorrência da "interposição de empresa veículo" (ou "*efêmera*") e a concretização sucessiva e concatenada de atos em curtíssimo espaço de tempo.

Vale destacar, todavia, que a própria fiscalização admite que, no caso em testilha, tanto a operação inicialmente engendrada (aquisição da Baydiag pela Siemens Participações Ltda.) como quanto a complementação do valor do ágio realizada em 26/09/2008, se deram mediante emprego de dinheiro (espécie); não houve, no caso, pactuação mediante troca de participações societárias (aliás, esta operação não foi classificada como ágio interno), nem simulação de troca de créditos ou quejandos.

Vejam, neste particular, os seguintes trechos do TVF, reproduzidos, inclusive, no relatório da D. Conselheira Ester Marques de Sousa, vencida neste ponto:

*Conforme exposto no subitem 4.2.1. a despeito de a decisão de aumentar e subscrever o capital da "Siemens Participações" ter sido tomada em 05/01/2007, através da 2ª Alteração de Contrato Social, os recursos financeiros já haviam sido remetidos pela sócia holandesa em 26/12/2006, véspera da operação na qual a BAYER SA. CNPJ 18.459.628/0001-15, vende a totalidade das quotas da BAYDIAG Ltda à "Siemens Participações", ou seja, véspera da data em que o ágio fora constituído. E, antes mesmo que tal remessa constituísse o capital, o recurso já havia sido empregado, no dia 27/12/2006, para o pagamento da aquisição*

*da BAYDIAG Ltda. e, por consequente do ágio embutido no valor negociado, conforme demonstra o extrato bancário da "Siemens Participações" (Doc 18 -Extrato Itaú 27.12.2006 Siemens Participações).*

*Em 27/12/2006, a "Siemens Participações" fechou câmbio e recebeu em recursos do exterior: R\$ 141.496.080,00, R\$ 1,00 e R\$ 67.532.220,00. Tais valores correspondem à capitalização pelas sócias holandesas e ao empréstimo contraído da sociedade alemã SIEMENS A.G.*

*No mesmo dia, emitiu transferências eletrônicas de fundos de R\$ 99.000.000,00, R\$ 99.000.000,00 e R\$ 3.171.006,00, que esclareceu se tratar do pagamento de R\$ 201.171.006,00 pela aquisição da BAYDIAG Ltda*

Note-se que o mesmo fato é atestado em relação à complementação do ágio noticiada nos autos (realizada em 26/09/2008), já que a Fiscalizada efetuou pagamento mediante DOC (R\$ 8.081.000,00), pagamento este previsto explicitamente no contrato firmado com a Bayer (cláusula 2.3 do "Contrato de Venda e Transferência de Ações").

*Venia concessa*, mas a ocorrência de pagamento efetivo dos valores concernentes à aquisição que gerou o ágio ora polemizado, respeitadas as opiniões opostas, *per se*, demonstraria a substância econômica do negócio e afastaria qualquer possibilidade de se afirmar a ocorrência de negócio simulado.

Vale destacar que um dos argumentos sustentados na tribuna, durante o julgamento deste feito, centrou-se no fato de, ao constituir uma subsidiária no Brasil, ao invés de proceder à aquisição direta da Baydiag, o grupo internacional teria *exportado* o benefício fiscal, e que tal procedimento visaria, tão só, a criação do ágio...

Todavia, vejam bem, não há, objetivamente, nenhuma norma, previsão legal ou coisa que o valha que vede a prática da operação tal qual concretizada. Isto é, não há absolutamente nada que impeça que uma empresa sediada no exterior constitua uma subsidiária no Brasil para efetuar a aquisição de um terceira empresa, também estabelecida neste país. Se, neste passo, tal estrutura transparece uma maior complexidade, isto, por si só, não permite concluir sobre a ocorrência de fato simulado (muito antes pelo contrário já que, ao final da operação, a Baydiag ficou sobre o controle de uma empresa brasileira - a própria autuada - que pertence, até a data de hoje, à empresa estabelecida no exterior).

Em linhas gerais, diga-se, temos que:

a) as operações praticadas e analisadas neste voto (1º ágio), tiveram origem na reunião dos grupos estrangeiros Siemens e Bayer;

b) para tanto o Grupo Siemens constituir a subsidiária integral Siemens Participações mediante emprego, em espécie, de recursos financeiros regularmente internalizados mediante contrato de câmbio;

c) tais valores foram, por sua vez, concreta e efetivamente transferidos pela Siemens Participações à Bayer como contrapartida da aquisição da empresa Baydiag;

d) a autuada, por fim, incorporou a Baydiag finalizando, no Brasil, o processo de reunião dos dois grupos, por meio de operação que, diga-se, não foi, em momento algum, questionado.

Todos os atos acima geraram efeitos concretos às partes contratantes, inclusive patrimoniais; não há, no caso, provas ou indícios de que tais atos ocultaram um negócio oficioso, oculto, concedendo direitos à terceiros não indicados nos atos formalmente praticados; os efeitos pretendidos e declarados pelas partes efetivamente ocorreram (mediante transferência dos ativos ao recorrente).

De outro turno, o fato dos negócios terem sido pactuados, registrados e publicizados num curto espaço de tempo em nada contribui para a verificação de qualquer tipo de simulação, mormente quando, como já dito, tais operações geraram, e ainda geram, efeitos concretos para as partes contratantes e foram materializadas mediante efetiva entrega de valores em espécie.

Por fim, se a opção adotada pelas empresas gerou, de fato, uma economia tributária, tal consequência é indissociável das demais consequências patrimoniais também observadas; o planejamento tributário, insista-se, é franqueado e autorizado por lei, desde que praticado através de atos concretos (sem a interposição de negócios fictícios - evasão, na acepção mais estrita da palavra). A escolha da estrutura operacional de determinada reorganização societária é direito e garantia constitucional do contribuinte e, sobre ela, não cabe ao fisco opinar para dizer que este ou aquele passo é mais ou menos complexo, pena de malferir o já citado princípio da legalidade e, mais, a própria garantia da livre iniciativa (art. 170 da CF88).

A luz de tais fatos, voto por dar provimento ao recurso voluntário neste ponto.

## **II. Do recurso de ofício.**

No caso, como o recurso de ofício se refere à desqualificação da multa de ofício em relação ao 1º ágio, acima já apreciado, a consequência lógica, tendo em conta o provimento do recurso voluntário quanto a esta operação, é o afastamento de qualquer multa (qualificada ou não).

Por tais razões, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

## **Declaração de Voto**

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

Em que pese os fundamentos trazidos pela i. relatora quando da análise da glosa de amortização de ágio relacionada à aquisição da empresa BAYDIAG pela recorrente, acompanhei o voto divergente que propôs o acolhimento do recurso nesta parte, pelas razões que passo a expor.

Tenho me manifestado com bastante rigor com relação às operações societárias realizadas das quais resulte o reconhecimento de ágio com base na expectativa de rentabilidade futura por parte dos contribuintes, existindo várias situações em que entendo que não se amoldam às exigências legais.

Uma das questões que, por vezes, ocorre é a ausência de contemporaneidade entre a operação e reconhecimento do ágio e o laudo ou outro documento de avaliação do investimento que espelha a expectativa de rentabilidade que justificaria o lançamento do ágio sob tal fundamento.

Entendo que tal documento deve existir no momento da operação ou antes dela, pois é o que dá suporte ao registro e reconhecimento do ágio por este fundamento e autoriza a sua amortização, nos termos do art. 386, § 3º do Regulamento do Imposto de Renda.

A alteração introduzida ao dispositivo do DL. 1598/1977 (art. 20, § 3º) pela Lei nº 12.973/2014, que estabelece a necessidade de elaboração de um laudo pericial para a avaliação dos ativos a preço justo, com vistas à apuração do ágio baseado na rentabilidade futura, e fixa um prazo de até 13 meses após a aquisição para sua elaboração, não se aplica ao presente caso, pois tal regra somente entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2015.

Assim, não se pode exigir o laudo pericial, na forma ali estabelecida. Por outro lado o prazo de 13 meses fixado para a elaboração de tal laudo não se aplica às operações anteriores à vigência do dispositivo em questão.

No presente caso, a i. relatora trouxe como fundamento de seu voto quanto a este ágio, o que foi decidido no Acórdão nº 1401-001.571 de 02/03/2016, que analisou a mesma amortização em períodos de apuração anteriores.

Na decisão referida, verifica-se como um dos seus fundamentos que o laudo de avaliação apresentado pela contribuinte seria posterior à data em que a operação foi realizada e que por isto não poderia ser aceito como base para o reconhecimento do ágio com base na expectativa de rentabilidade futura, verbis:

*Demais disso, a instância a quo identificou outro problema.*

***Não houve comprovação efetiva do fundamento econômico do ágio. Isso porque, conforme já constava no Termo de Verificação Fiscal (fls. 47), o relatório de avaliação econômico financeira juntado aos autos (fls. 585 a 636) foi elaborado em 27/02/2007, portanto, dois meses após a geração do ágio. Ademais, tal relatório avaliou a empresa adquirida (BAYDIAG) no valor justo de mercado de R\$ 223.002.000,00. Esse valor, no entanto, não corresponde ao valor pago na sua aquisição. A empresa autuada, por sua vez, não se pronunciou sobre essa constatação em suas peças recursais.***

*Com efeito, o relatório pretendeu justificar o fundamento econômico do ágio gerado. Ou seja, ao utilizar uma metodologia de fluxo de caixa descontado, pretendeu refletir o valor da aquisição numa expectativa de rentabilidade futura. Porém, a sua elaboração extemporânea e com valor distinto do que efetivamente foi pago afasta essa pretensão.*

Tal fundamento seria por mim acolhido prontamente se tal situação tivesse sido ventilada neste processo.

Ocorre que, no presente lançamento, a d. autoridade fiscal não fez qualquer referência no Termo de Verificação Fiscal à extemporaneidade do documento que espelharia a diferença reconhecida como ágio, não sendo, portanto, fundamento para a autuação.

Assim, à míngua de tal consideração no procedimento fiscal e a ausência desta discussão no âmbito deste processo até esta fase processual entendo que falece competência ao julgador para alterar o fundamento da autuação, de sorte que esta não pode ser mantida sob tal argumento.

Com relação ao outro fundamento da autuação, concernente à utilização de empresa veículo como forma de viabilizar a posterior amortização do ágio pago, entendo que estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente e tendo a própria lei reguladora permitido a incorporação reversa para fins de amortização da despesa, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

É oportuno registrar que não estou entre aqueles que defendem que os contribuintes podem fazer tudo que a lei não veda.

Entendo que os negócios jurídicos realizados devem respeitar os princípios da boa-fé e a função social da empresa. Assim, não se admitem negócios puramente formais, sem qualquer substância, que visam unicamente a obtenção de benefícios fiscais, como os observados na criação de ágio em operações internas ao grupo econômico.

É o caso da segunda operação com reconhecimento e amortização de ágio discutida na segunda infração, em relação à qual acompanhei o voto da i. relatora para negar provimento ao recurso do contribuinte.

No presente caso, entendo que a operação se amolda à previsão legal que autoriza a amortização do ágio. Existe um valor efetivamente pago que supera o valor patrimonial, amparado na expectativa de rentabilidade futura. Por outro lado, a adquirente foi absorvida por incorporação pela adquirida, verificando-se a confusão patrimonial exigida por lei para viabilizar a amortização da despesa.

Embora considere despropositada e injusta com os demais contribuintes a previsão legal que autoriza a amortização antecipada do investimento como despesa, entendo que enquanto vigente a lei, nos casos que nela se enquadrem, tal dedução deve ser acatada pelo Fisco.

Ante ao exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário quanto a este ponto da autuação.

(assinado digitalmente)  
Luiz Tadeu Matosinho Machado