



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

**Processo n°** 19515.722444/2013-51  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-001.977 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de setembro de 2016  
**Matéria** Ágio Interno - amortização/dedutibilidade  
**Recorrente** COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TERMO INICIAL.

A contagem do prazo decadencial deve considerar como termo *a quo* a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o que no caso de IRPJ/CSLL, para as empresas que optam pelo lucro real anual, é o final do ano-calendário, em 31/12. A glosa de despesas pela amortização de ágio por influenciar na apuração do tributo anual, desde que realizada no quinquídio legal, não é alcançada pela decadência, ainda que a operação comercial que gerou o referido ágio tenha ocorrido há mais que cinco anos, em vista da repercussão que os efeitos gerados acarretam em exercícios financeiros futuros. Os efeitos destas operações podem ser revistos pela autoridade lançadora e, constituindo infração tributária, proceder-se aos lançamentos tributários, desde que dentro do quinquídio legal.

NULIDADE. ALTERAÇÃO CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não caracteriza a hipótese mencionada no artigo 146 do CTN, alteração de critério jurídico, o fato de a Administração Tributária ter procedido a diligências na contribuinte, sem haver culminado em procedimento regular de lançamento tributário, ou haver qualquer ato escrito pelo qual a Administração Tributária proferiu juízo de valor sobre a matéria posteriormente levada à tributação em procedimento regular de fiscalização e conseqüente lançamento tributário.

NULIDADE. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

Não é passível de nulidade o lançamento tributário realizado em conformidade com as exigências legais impostas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), quanto ao aspecto formal, e em observância aos ditames do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), quanto ao aspecto material.

**SIMULAÇÃO. EMPRESA VEÍCULO. NEGÓCIO INDIRETO.**

Não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.

ABUSO DE DIREITO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, CTN. INAPLICÁVEL.

O parágrafo único do art. 116 do CTN é uma norma de eficácia limitada, pois só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.

Se a Lei Complementar 104/01 exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não há como tal condição ser dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Exercício: 2008

NULIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Os princípios do contraditório e do exercício da ampla defesa não são aplicáveis ao procedimento de fiscalização, enquanto não instaurada a fase litigiosa do processo administrativo fiscal. Não resta caracterizado o cerceamento de defesa, causa de nulidade processual, quando constata-se que o contribuinte defendeu-se amplamente dos fatos e infrações contra si impostas, não sofrendo prejuízo ou restrição ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e de decadência suscitadas, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencidos a Relatora e os Conselheiros Marcelo Calheiros Soriano e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich– Relatora

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Júnior - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Marcelo Calheiros Soriano, Rogério Aparecido

Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Talita Pimenta Félix e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

## Relatório

A empresa recorre do Acórdão nº 06-46-106/14 exarado pela Segunda Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba/PR, e-fls. 1606 a 1643, que decidiu julgar procedente os lançamentos tributários consubstanciados nos Autos de Infração lavrados para as exigências de IRPJ e CSLL, relativas ao ano-calendário de 2008, no valor total de R\$ 33.793.436,88 (incluídos os juros de mora e a multa de ofício qualificada), por glosa de despesas - amortização de ágio, registradas na conta contábil "Amortização de Ágio - Incorporação Sigma".

A Turma de Julgamento de Primeira Instância manteve, também, a responsabilização solidária pelo crédito tributário apurado de Ueze Elias Zahran, estabelecida com fulcro nos artigos 121 c/c 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

Os Autos de Infração estão acostados às e-fls. 1504 a 1517 e os procedimentos fiscais descritos no Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 1493 a 1503, parte integrante dos Autos.

Do referido Termo de Verificações, destaco os seguintes trechos:

Da análise da documentação apresentada, após a lavratura dos Termos de Ciência de Continuidade de Procedimento Fiscal e de Intimação datados de 05/12/11, 24/02/12, 16/04/12, 02/07/12, 05/11/12, 08/02/13, 22/04/13, 03/07/13 e 15/08/13, bem como as respostas do contribuinte e demais documentos apresentados, verifica-se que a despesa de amortização de ágio apropriada pelo contribuinte refere-se à incorporação de sua controladora, ocorrida no ano-calendário de 2004. Tal operação, denominada incorporação às avessas, onde a controlada incorpora a controladora, teve como única finalidade o não pagamento dos tributos federais devidos, configurando operação simulada, sem qualquer motivação extra tributária subjacente, ou seja, sem finalidade comercial, conforme demonstraremos a seguir.

### 1.2 HISTÓRICO DA OPERAÇÃO

A empresa COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. (atual COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A), foi constituída em 25/09/1992, sob a forma de Sociedade Limitada, de acordo com as disposições da lei 10.406/02 e, supletivamente, com a Lei 6.404/76 tendo seus atos societários registrados na Junta Comercial do Estado de São Paulo, com capital social de Cr\$ 1.182.700.000.000,00 (hum trilhão, cento e oitenta e dois bilhões e setecentos milhões de cruzeiros), tendo como sócios:

- ANDREA KARIN CASIMIRO ZAHRAN LOURENÇO, CPF nº 106.519.918-03, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- ANTONIO CARLOS MOREIRA TURQUETO, CPF 537.838.168-15, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- EDUARDO ELIAS ZAHRAN FILHO, CPF 173.630.201-91, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- JEANNETTE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.026.751-72, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- JOÃO ELIAS ZAHRAN, CPF 004.130.381-49, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- JORGE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.130.201-00, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- LAILA ZAHRAN SILVEIRA, CPF 173.630.391-00, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- PATRÍCIA LUCI CASIMIRO ZAHRAN, CPF 045.076.618-70, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- UEZE ELIAS ZAHRAN SOBRINHO, CPF 106.519.908-23, com participação de Cr\$ 1.996,00 (hum mil, novecentos e noventa e seis cruzeiros);
- UEZE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.110.431-53, com participação de Cr\$ 5.987,00 (cinco mil, novecentos e oitenta e sete cruzeiros);
- ZAHRAN ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 16.032.161/0001-05, com participação de Cr\$ 1.182.699.976.049,00 (hum trilhão, cento e oitenta e dois bilhões, seiscentos e noventa e nove milhões, novecentos e setenta e seis mil e quarenta e nove cruzeiros);

Em 30/12/98, conforme registro JUCESP nº 210.545/98-7, houve alteração do capital social para R\$ 4.131.571,00, mediante redistribuição do capital do sócio UEZE ELIAS ZAHRAN - CPF 004.110.431-53, na situação de sócio-administrador, Conselheiro Administrativo e Diretor, assinando pela empresa, com participação na sociedade de R\$ 1,00, sendo admitido, na situação de sócio, a empresa MS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A - CNPJ 02.914.734/0001-01, com valor de participação na sociedade de R\$ 4.131.570,00 e, conforme registro JUCESP nº 014.014/99-3, de 29/01/99, retirou-se da sociedade a empresa ZAHRAN ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 16.032.161/0001-05.

Assim, os sócios MS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A - CNPJ 02.914.734/0001-01 e UEZE ELIAS ZAHRAN - CPF 004.110.431-53, também representando a "MS" e na situação de sócio e diretor-presidente, assinando pela COPAGAZ, permaneceram no quadro societário até agosto de 2004, sendo que em 28/03/2000, conforme Alteração Contratual registrada na JUCESP sob nº 056.645/00-4, procedeu-se a uma alteração do capital para R\$ 10.000.000,00, cabendo ao sócio UEZE ELIAS ZAHRAN a participação na sociedade no valor de R\$ 17,00 e à sócia MS - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, o valor de participação de R\$ 9.999.983,00, cuja situação permaneceu até 08/01/2004, sob registro JUCESP nº 017.125/04-2, ocasião em que ocorreu nova alteração do capital social para R\$ 17.376.284,00, permanecendo a mesma participação de R\$ 17,00 para o sócio UEZE ELIAS ZAHRAN, e o valor remanescente de R\$ 17.376.267,00 para a sócia MS-ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

Então, constata-se que entre março de 2000 e dezembro de 2003 não houve alteração no quadro societário e no capital social. Tal informação é importante, pois em dezembro de 2003 foi elaborado o mencionado Laudo de Avaliação Econômica, oportunidade em que a empresa COPAGAZ foi avaliada em R\$ 209.196.000,00. Tal avaliação se deu com a utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado, que leva em consideração a expectativa de rentabilidade futura, com base no desempenho da empresa em anos anteriores.

Na ocasião, o quadro societário da COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA. era constituído pela MS - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 02.914.734/0001-01 e pelo sócio diretor-presidente SR. UEZE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.110.431-53, que também é o sócio e diretor-presidente da "MS", desde 07/12/1998, conforme registro JUCESP nº 197.027/98-2.

A empresa SIGMA PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ 05.831.787/0001-57, conforme Ficha Cadastral Completa da JUCESP, teve o início de suas atividades em 01/05/2003, com o objeto social de "Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria, Holdings de instituições não-financeiras", sendo que em 07/01/2004, conforme alteração contratual registrada na JUCESP sob nº 006.068/04-2, a empresa teve seu quadro social alterado com o ingresso da sócia majoritária da COPAGAZ, a MS — ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, com valor de participação no Capital Social de R\$ 950,00 e, também, de um antigo sócio da COPAGAZ, o SR. ANTONIO CARLOS MOREIRA TURQUETO, CPF 537.838.168-15, na situação de sócio e administrador assinando pela empresa SIGMA, com valor de participação de R\$ 50,00, alterando também o endereço da sede para a Rua Guararapes, 1.855, 11º - SL "B", Brooklin Novo - São Paulo/SP. Frise-se que o Capital Social da SIGMA era de R\$ 1.000,00, desde a sua constituição.

Após o Laudo de Avaliação da COPAGAZ e na qualidade de sócia da SIGMA, a MS conferiu em integralização do capital social de sua controlada SIGMA a participação societária que detinha na COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GAS LTDA., no valor de R\$ 209.196.000,00, procedendo-se ao aumento de capital social da SIGMA para R\$ 209.197.000,00, conforme registro JUCESP nº 361.463/04-2, em 12/08/2004, assim distribuído:

- O sócio ANTONIO CARLOS MOREIRA TURQUETO, com valor de participação na sociedade de R\$ 50,00;
- A sócia MS - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, com participação na sociedade no valor de R\$ 209.196.950,00 - para efeito de integralização de capital, a referida participação foi avaliada a "valor de mercado", conforme Laudo de Avaliação emitido pela DELOITTE TOUCHE TOHMATSU CONSULTORES LTDA., pelo valor de R\$ 209.196.000,00.

Conforme informação do próprio contribuinte na correspondência de 29/03/2012, a SIGMA registrou o "investimento" em questão, desdobrando-o em valor patrimonial contábil - R\$ 29.691.644,02 - e ágio - R\$ 179.504.355,98, baseado na rentabilidade futura do investimento.

Ato contínuo, a SIGMA PARTICIPAÇÕES LTDA. foi admitida como sócia da COPAGAZ, com participação na sociedade no valor de R\$17.916.595,00, conforme Alteração Contratual da Copagáz, registrada na JUCESP sob nº 361.602/04-2, em 16/08/2004, mediante a retirada da "MS - Administração e Participações S/A", embora tenha permanecido na condição de sócia da SIGMA.

Assim, a SIGMA passou a ser controladora da COPAGAZ, detendo 99,999% do capital social. Até este momento não se consegue vislumbrar qual a finalidade comercial deste arranjo societário, uma vez que em sua curta existência, a empresa SIGMA nunca obteve nenhum resultado decorrente de sua atividade cabendo a observação de que o sócio UEZE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.110.431-53, integra o quadro societário das três empresas: como sócio e Diretor-Presidente da (1) COPAGAZ, como Representante da MS na sociedade da (2) SIGMA e como Diretor-Presidente da (3) MS- ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, restando caracterizado que o Sr. UEZE ELIAS ZAHRAN é o administrador de todas as empresas.

Por fim, completando a operação e esclarecendo qual o motivo desta "reorganização societária", a COPAGAZ (controlada) incorporou a SIGMA (controladora) logo após a integralização do Capital efetuada pela recém-ingressa sócia majoritária da COPAGAZ no quadro social da SIGMA, conforme a 90a Alteração e Consolidação do Contrato Social da COPAGAZ, registrada na JUCESP sob nº 411.867/04-0, em 16/09/2004, recepcionando o ágio contabilizado, para utilizá-lo na apuração do resultado, reduzindo o lucro real apurado.

A COPAGAZ contabilizou o ágio em ativo permanente diferido, amortizando, inicialmente, 1/84 avos (7 anos), utilizado no período de setembro/2004 a dezembro/2005 e, posteriormente, com base em novo Laudo de avaliação, elaborado pela mesma Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda, reduziu o prazo de amortização para 5 anos, passando o saldo remanescente em 31/12/2005, no montante de R\$ 145.313.050,08, a ser amortizado à razão de 1/44 avos, durante o período de janeiro/2006 a agosto/2009.

A operação foi desenhada seguindo os conceitos das Instruções 319/99 (atualizada pela 349/2001) da Comissão de Valores Mobiliários, ou seja, prevê a possibilidade de dedução de ágio gerado pela incorporação de empresa veículo com consequente criação de reserva especial de ágio. (...)

### 1.3 DA SIMULAÇÃO

O Contrato Social de Constituição da SIGMA data de 01/05/2003, sendo que a sociedade adquiriu personalidade jurídica somente em 04/06/2003, com o seu registro na JUCESP.

A incorporação da SIGMA pela COPAGAZ, ocorreu após uma sucessão de fatos, tais como: (1) alteração do quadro societário, em 07/01/2004, com o ingresso da MS-Administração e Participações S/A (sócia majoritária da COPAGAZ) no quadro social da SIGMA; (2) a integralização do Capital Social, pela MS, em 12/08/2004, com base na Avaliação Patrimonial da COPAGAZ, e, por fim, (3) a incorporação da SIGMA, em 16/09/2004, cumprindo ressaltar que a SIGMA existiu juridicamente no período de 04/06/2003 a 16/09/2004, ou seja, 01 (um) ano, 03 (três) meses e 12 (doze) dias.

O objeto social da SIGMA é o comércio atacadista de artigos de escritório e de papeleria e holdings de instituições não-financeiras.

Consta do Anexo I - Protocolo e Justificação de Incorporação, que faz parte da 90a Alteração Contratual da COPAGAZ, de 16/09/2004: "*Considerando que a Incorporada, diante das atuais circunstâncias econômicas brasileiras e de diversos estudos realizados, concluiu que, pelo menos a curto prazo, não mais irá explorar outras atividades além da atual, qual seja, a administração da participação societária na Incorporadora; que, diante do acima exposto, a incorporação da Incorporada pela Incorporadora resultará em maior eficiência administrativa; que a maior eficiência administrativa permitirá considerável redução de custos em*

*geral; que, assim sendo, a incorporação da Incorporada pela Incorporadora torna-se de todo recomendável;"*

Ora, conforme se verifica no Balanço Patrimonial da SIGMA, não houve qualquer atividade operacional no seu curto período de existência; a "empresa" não teve uma única movimentação contábil em sua escrita fiscal que não a relativa a sua constituição e ao aumento de Capital, efetuado por ocasião do ingresso da sócia majoritária da Copagaz, no quadro societário da SIGMA. Além disto, a SIGMA jamais teve um único funcionário sequer, conforme se constata na GFIP "sem movimento", referente ao ano de sua constituição (2003), deixando de apresentar a GFIP do ano de 2004, portanto, nada declarou no curto período de sua existência. Sob este aspecto, não faz o menor sentido ter a incorporação como finalidade "obter maior eficiência administrativa, para permitir a redução de custos em geral". O objeto social da SIGMA, conforme contrato social, é: Comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria - "Holdings" de instituições não financeiras. O que esta atividade tem a ver com a atividade exercida pela COPAGAZ? Qual é a estrutura da SIGMA? O que seria exatamente reduzir a estrutura de uma empresa que não realiza qualquer atividade operacional? Por não ter custos e despesas, o que há para otimizar em relação à SIGMA? E, por fim, qual a real finalidade com que a SIGMA foi constituída?

A sucessão dos atos, a proximidade temporal entre eles, o fato de as três empresas envolvidas na operação terem como sócio responsável a mesma pessoa física, revelam que nunca houve a real intenção de constituir/integrar uma empresa existente de fato (e não apenas de direito), no caso a SIGMA(constituída em junho de 2003, assumida pela sócia majoritária da COPAGAZ em janeiro de 2004, a integralização e aumento do capital efetuado pela "MS", em agosto de 2004 e extinta por incorporação em setembro de 2004), para efetivamente operar segundo seu objetivo social, mas sim de criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do mesmo grupo econômico.

Embora a empresa contribuinte COPAGAZ, através da carta de 23/08/2013, em resposta ao Termo de Intimação de Procedimento Fiscal de 15/08/13, tenha informado que o montante de R\$ 39.630.831,96 não corresponde ao valor deduzido da base de cálculo do IRPJ e CSLL do ano-calendário 2008, nossos exames constataram que essas despesas operacionais de ágio acolhidas na apuração do Resultado no AC 2008, debitadas na conta 511.210.004-4 - Amortização Ágio Incorporação Sigma, não contemplam os requisitos necessários a fim de permitir sua dedutibilidade para fins do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro-CSLL, bem como não trazem em seu bojo qualquer propósito negocial, além de constatar que o montante creditado na conta 511.210.005-2 - Amortização Perda Ágio Sigma, foi totalmente excluído na apuração do Lucro Real, discordando do efeito líquido no resultado apontado pela Copagaz.

Também não resta cabível o embasamento legal adotado pelo contribuinte - artigo 386, III -RIR/99, para a dedução do referido ágio, uma vez que a operação de incorporação às avessas, efetuada pelo contribuinte, não teve nenhum propósito negocial, tratando-se de operação fictícia, autorizada, recepcionada e reconhecida pelo socio-administrador UEZE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.110.431-53.

A empresa COPAGAZ apresentou impugnação aos lançamentos tributários, argumentando as suas improcedências pelas seguintes razões, em apertada síntese:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 23/0

9/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 11/10/2016 por LUIZ TADEU MATOSINHO

MACHADO, Assinado digitalmente em 29/09/2016 por ANA DE BARROS FERNANDES WIPPRICH

Impresso em 13/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a) o ágio atacado foi gerado há mais de 9 anos, pelo que o direito da fiscalização em proceder aos lançamentos tributários está decaído;

b) a empresa já sofreu fiscalização em período anterior, não tendo sido constatada qualquer irregularidade fiscal, não podendo ser refiscalizada, sobre os mesmos fatos, com alteração de critério jurídico;

c) é indevida a responsabilização solidário do sócio, pessoa física, por não ter sido comprovado que o ato que resultou na exigência fiscal fora praticado por esta pessoa, nem que agira com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto;

d) se superadas as preliminares, a exigência fiscal não pode subsistir, pois a fiscalização baseia-se em meras conjecturas para concluir que a operação foi simulada objetivando a economia fiscal, enquanto que a despesa incorrida com o ágio na incorporação é legítima;

e) a multa de ofício, na forma qualificada, deve ser afastada por não haver provas de que a COPAGAZ agiu com sonegação, fraude ou conluio.

O acórdão recorrido traz a seguinte ementa:

**PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. AQUISIÇÃO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ÁGIO. AMORTIZAÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.**

O registro do custo de aquisição de participação em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico deve ser feito pelo valor do patrimônio líquido, sendo vedada a amortização fiscal de ágio, ainda que tenha sido registrado com base em rentabilidade futura de acordo com estudo elaborado por empresa especializada e que tenha ocorrido incorporação nos termos dos artigos 385 e 386 do Regulamento do Imposto de Renda, porque entre empresas ligadas desde antes do início das operações societárias falta a necessária independência entre as partes envolvidas caracterizadora de uma operação de mercado apta a gerar valor de mercado e ágio. A vedação fiscal para amortização de ágio registrado nestas condições é mais explícita quando a empresa incorporadora amortiza “ágio de si mesma”, em aquisição em que não houve pagamento e ocorrida com empresa cuja única atividade de sua efêmera existência foi participar das operações que formalizaram o ágio.

**MULTA QUALIFICADA.**

Não há como afastar a imputação fiscal de simulação, sonegação e fraude e a conseqüente aplicação da multa qualificada se descritas pela Fiscalização conjunto de circunstâncias que demonstram a ocorrência de reestruturação societária para tentar criar, formalmente, situações que se enquadrassem na exceção legal que possibilita deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a Lei nº 9.532/97.

**PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE.**

As causas de nulidade são aquelas previstas na legislação do processo administrativo em geral e do processo administrativo fiscal. Não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses lá previstas, não há que se falar em nulidade.

**PRAZO DECADENCIAL. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. IRPJ. CSLL.**

O decurso do prazo decadencial apenas impede a desconstituição, pelo Fisco, do efeito imediato da contabilização que, relativamente à constituição de ágio, é inexistente enquanto não procedida a sua amortização. Na apuração do lucro real e base de cálculo da CSLL, seu efeito é mediato, reduzindo, quando de sua amortização, as bases tributáveis em períodos futuros, nos quais deverá o sujeito passivo fazer a prova da regularidade do valor diferido, mesmo que já atingido pelo prazo decadencial.

#### REEXAME DE PERÍODO FISCALIZADO. MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO

Não caracteriza reexame de período fiscalizado nem a alegação de mudança de critério jurídico quando se comprova que a primeira ação fiscal teve como alvo o ano calendário de 2004 e foi encerrada sem resultado, não tendo sido objeto de manifestação por parte da Administração Pública no sentido de, eventualmente, convalidar os atos praticados.

#### ILEGALIDADE. MATÉRIA PROBATÓRIA.

Deve ser afastada a invocação de ilegalidade quando restar caracterizado que o reclamo diz respeito à matéria probatória.

#### SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO.

O fato de os atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade de que a operação em causa se enquadre como simulação, visto que faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada, entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade.

#### RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Aproveito trechos do voto do aresto para demonstrar as razões de improcedência das defesas arguídas:

[...]

Sobre a alegação de reexame de período já fiscalizado, cumpre esclarecer que o presente lançamento não configura revisão de lançamento em relação ao procedimento fiscal a que a contribuinte foi submetida em 2008, porque nem sequer se referem aos mesmos exercícios, hipótese contemplada pelo artigo 906 do RIR, de 1999.

17. Na peça de defesa juntou os documentos de fls.1.5791.601 referentes a um Termo de Intimação Fiscal datado de 27/03/2008, oportunidade em que teria sido questionada acerca da natureza do ágio amortizado conforme conta 5112100052 o qual foi excluído do Lucro Líquido, quando da apuração do Lucro Real, ficha 09A, na DIPJ 2005, ano-calendário de 2004, no importe de R\$ 5.641.565,44.

18. Pois bem, a simples leitura do enunciado da intimação já comprova que o período ora analisado difere daquele objeto dos documentos apresentados, bem como a autoridade que atuou junto ao contribuinte é outra. No presente processo se analisa a amortização de ágio em relação ao ano calendário de 2008, relativo à conta 5.11.210.0044 – “Amortização de Ágio – Incorporação SIGMA. Aquela ação fiscal não gerou resultados, tendo sido encerrada sem lavratura de auto de infração.

19. Portanto, se a ação iniciada em 2008, questionando fatos ocorridos em 2004, foi encerrada sem resultado, significa que não ocorreu lançamento de ofício, e desta forma não acarretou nenhuma manifestação por parte da Receita Federal no sentido de convalidar os atos então praticados. Assim, agora, quando o lançamento questiona o aproveitamento do ágio em relação ao ano calendário de 2008, não procede a alegação de mudança de critério jurídico, posto inexistente qualquer manifestação por parte da Administração Pública que possa caracterizar essa mudança de critério jurídico alegada pela contribuinte.

[...]

Ocorre que a obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário através do lançamento, surge com a ocorrência do fato gerador que, no caso em tela, é a dedução das despesas contabilizadas como amortização de ágio pago, no ano calendário de 2008.

22. O momento do surgimento ou da contabilização do ágio ou outro pagamento amortizável pela contribuinte não pode ser levado em conta para imposição de qualquer limite temporal à atuação do Fisco, que se torna possível apenas com o efetivo exercício, pelo contribuinte, do direito a essa amortização (esse sim, aspecto de relevância para eventual lançamento).

[...]

30. Invoca a declaração de ilegalidade do lançamento por entender que a autoridade fiscal presumiu a existência de simulação em razão de a empresa incorporada ter sido controladora da ora impugnante e entende que não se trata de incorporação às avessas.

31. De início cabe esclarecer que o fato de a autoridade fiscal ter imputado ao contribuinte a prática da simulação, onde os atos praticados tinham por objetivo reduzir artificialmente os tributos se trata em realidade de matéria de prova, não havendo que se falar em ilegalidade, razão pela qual os argumentos da contribuinte, contrários à ação do fisco serão apreciados em outro momento.

32. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

[...]

34. Outra preliminar levantada pelo contribuinte é de que a autuação deve ser declarada nula, face as incongruências nas informações coletadas pela autoridade fiscal referentes ao equívoco quanto à data de início de suas atividades e, sobre o objeto social da SIGMA, bem como quanto ao fato de haver presumido a simulação da operação de incorporação da SIGMA. Invoca a afronta ao inciso II do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

[...]

36. Sendo os atos e termos lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade, e garantido o mais absoluto direito de defesa, não há que se cogitar de nulidade dos autos de infração.

37. Quanto ao possível equívoco na informação acerca da data em que a contribuinte foi constituída impõe-se declarar que a pretensa nulidade não pode ser acatada uma vez que não causou prejuízo à defesa. Se foi constituída em 1980, com defende a contribuinte ou, em 25/09/1992 como teria afirmado a autoridade fiscal, isso não tem o condão de interferir nos fatos ora analisados e que ocorreram em 31/12/2008.

[...]

#### DA ALEGADA LEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO E DO PERMISSIVO DE AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO ESTAMPADO NOS ARTIGOS 7º E 8º DA LEI Nº 9.532/97

41. Nesse particular, sustenta que não se trata de incorporação às avessas e que a autoridade fiscal não questionou os critérios de avaliação utilizados, bem como a formalidade dos atos societários utilizados. Fala da liberdade de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa que não esteja expressamente vedada em li (art. 5º, II da CF/88) e sustenta que na Lei das AS, bem como no Código Civil Brasileiro não há qualquer restrição à incorporação de pessoa jurídica na condição de controladora. Volta a defender que não se trata de incorporação às avessas, destaca o direito a apropriação do ágio, conforme previsto nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, os quais transcreve e conclui que o argumento para justificar a presunção de simulação, levantado pelo Fisco é manifestamente infundado e ilegal.

42. Sustenta que a autoridade fiscal refutou seus argumentos ao singelo argumento de que a incorporada SIGMA não exerceu atividade operacional e não possuía colaboradores. Destaca que a SIGMA tem por objeto exclusivamente a atividade de holding e seus resultados decorrem basicamente de lucros e dividendos recebidos de suas controladas e, por consequência, não tem empregados e que, o fato de ter sido incorporada pela ora impugnante após um ano e três meses de sua constituição em nada macula a finalidade de sua criação, nem serve para justificar a conclusão fiscal de “simulação”.

43. Alega que os fundamentos utilizados pelo Fisco são precários e que seu inconformismo decorre do fato de a despesa glosada decorrer de “ágio interno”, ou seja, aquele gerado em operações entre empresas vinculadas, fato já amplamente decidido em favor dos contribuintes, conforme manifestações do CARF que transcreve, razão pela qual o auto de infração deve ser cancelado.

44. Pois bem, aqui cabe traçar um histórico da empresa ora impugnante:

[...]

45. A questão do ágio gira em torno da aplicação da norma veiculada por meio dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997. Essa norma disciplinou os efeitos fiscais das operações societárias (incorporação, fusão ou cisão) envolvendo a figura do ágio. O ágio é verificado quando da aquisição de uma participação societária por valor superior ao valor do patrimônio líquido, quando esse investimento for efetuado em uma sociedade coligada ou controlada. Segundo o art. 20, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, o ágio pode ter como fundamento econômico as seguintes hipóteses: (a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ao custo registrado na sua contabilidade, (b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada,

com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros ou (c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. A norma de 1997 fixa, então, os efeitos fiscais do ágio posteriormente à realização das operações societárias.

46. Antes, porém, de adentrar no mérito da autuação, faz-se necessário identificar o ponto de intersecção entre a contabilidade, a lei societária e a lei tributária.

[...]

48. A lei tributária determina que a base imponible do IRPJ tem como ponto de partida o lucro líquido que, por sua vez, será apurado com observância das leis comerciais e, em especial da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), consoante dispõe o artigo 274 do RIR/1999:

[...]

49. Há aqui, claramente, um ponto de intersecção entre a lei tributária e a lei societária, na medida em que o Lucro Real é o resultado final do confronto de adições, exclusões e compensações, autorizadas pela lei tributária, em face do lucro líquido do período, apurado segundo os ditames das leis comerciais, das quais faz parte a Lei nº 6.404/1976.

50. Por sua vez, a intersecção entre a lei tributária, a lei societária e a contabilidade fica clara na própria Lei das Sociedades por Ações que contém alguns dispositivos, cuja interpretação exige o auxílio da ciência contábil. Assim, por exemplo, a Lei nº 6.404/1976, ao determinar de que maneira a companhia manterá sua escrituração, emprega expressões, tais como “princípios de contabilidade geralmente aceitos”, “critérios contábeis”, “mutações patrimoniais”, “regime de competência”, cuja compreensão é extraída da Contabilidade, consoante se segue da leitura de seu artigo 177, cujo “caput” mantém ainda sua redação original, em que pesem as alterações posteriores ocorridas no dispositivo:

[...]

51. Portanto, o contribuinte é obrigado, pela lei tributária, a apurar o lucro líquido de acordo com a lei societária que, por seu turno, determina que este lucro é obtido através da observância da escrituração e dos preceitos da Ciência Contábil.

52. Assim, se a Contabilidade não aceita um determinado registro contábil, no caso, um determinado ágio na aquisição de um ativo, esse registro, em princípio, também será rejeitado pela lei comercial e pela lei tributária, na medida em que ele trará reflexos na apuração do lucro líquido da pessoa jurídica.

53. Portanto, o direito positivo determina que as definições da Ciência Contábil serão consideradas na interpretação de normas comerciais e tributárias. Daí porque o reconhecimento do ágio para fins tributários e societários passa, obrigatoriamente, pela investigação e aplicação dos conceitos e princípios da Ciência Contábil.

54. Feitas essas breves considerações, passo à análise do mérito do lançamento relacionado à regularidade ou não da dedução tributária efetuada pela Impugnante dos encargos de amortização dos ágios glosados pela fiscalização.

55. A constituição do capital social da ora impugnante COPAGAZ a partir de 08/01/2004, após a aprovação da alteração de capital, era a seguinte: 17 quotas no valor de R\$ 17,00 para UEZE ELIAS ZAHRAN e, 17.376.267,00 quotas, no importe de R\$17.376.267,00 em nome da sócia MS Administração e Participações;

56. Nesta mesma ocasião, em 07/01/2004, a empresa SIGMA, que fora constituída em 04/06/2003 (fls. 488489), com o objeto declarado de comércio atacadista de artigos de escritório e de papelaria, Holdings de instituições não-financeiras, altera sua composição societária para o ingresso de Antônio Carlos Moreira Turqueto, com o valor de R\$50,00 e a admissão da empresa MS Administração e Participações com R\$ 950,00, sendo que esta seria representada por UEZE ELIAS ZAHRAN;

57. Em 02/08/2004 ocorreu nova alteração no capital da COPAGAZ que ficou assim distribuindo R\$ 17,00 para UEZE ELIAS ZAHRAN e R\$ 17.916595,00 para a sócia MS Administração e Participações, aqui sendo representada por Antônio Carlos Moreira Turqueto, na qualidade de vice-presidente e diretor;

58. Duas semanas depois, ocorreu alteração no quadro societário da COPAGAZ, para a saída da empresa MSAdministração e Participações da sociedade, que transferiu suas quota (17.916.595) para a sócia ingressante SIGMA Participações, então representada por Antônio Carlos Moreira Turqueto;

59. Pois bem, com base em o Laudo de Avaliação da COPAGAZ, emitido pela DELOITTE TOUCHE TOHMATSU CONSULTORES LTDA ("valor de mercado"), e na qualidade de sócia da SIGMA, a MS integralizou ao capital social de sua controlada SIGMA a participação societária que detinha na COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda., então avaliada em R\$ 209.196.000,00, procedendo-se ao aumento de capital social da SIGMA para R\$ 209.197.000,00, conforme registro JUCESP nº361.463/042, em 12/08/2004, que restou assim distribuído: o sócio ANTONIO CARLOS MOREIRA TURQUETO, com valor de participação na sociedade de R\$50,00 e a empresa MS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, com participação na sociedade no valor de R\$209.196.950,00;

60. Saliente-se que a partir dessa alteração o quadro societário a empresa SIGMA Participações passou a ser a controladora direta da COPAGAZ, detendo 99,99% do capital social;

61. O passo seguinte ocorreu com a 90ª Alteração e Consolidação do Contrato Social da COPAGAZ Distribuidora de Gás S.A. (fls. 365-400), realizada em 30/08/2004 (registro na Jucepar sob nº 411.867/040, em 16/09/2004), na qual é aprovada a operação de incorporação da SIGMA Participações e sua extinção, conforme Protocolo de Justificação e Incorporação, firmado em 30/08/2004, e Laudo de Avaliação dos peritos do acervo patrimonial a ser incorporado.

62. Assim, COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda. incorporou a até então controladora SIGMA Participações S/A, materializando uma incorporação inversa e transferindo para ela o ágio nela gerado, com alteração do seu Capital Social para R\$ 209.107.000,00 (registre-se que o valor do Patrimônio Líquido da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda, conforme Balanço Patrimonial de dezembro/2004, era de R\$ 21.211.972,51, sendo R\$ 17.376.284,85 a título de Capital Social, e R\$ 3.835.687,66 em Reservas (fls. 426).

63. O quadro que emerge dos autos permite elucidar com clareza a formação do ágio intragrupo. Primeiramente, por meio do Laudo de Avaliação Econômico Financeira (fls. 112160), de 10/12/2003, o valor presente da projeção de resultados futuros da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda. é avaliado em R\$ 209.196.500,00, com ágio de R\$ 179.504.355,98 (T.V.F – fl. 1497). A seguir, em 12/08/2004, a empresa MSAdministração e Participações integraliza capital na empresa a SIGMA Participações S/A da ordem de R\$ 209.197.000,00, a qual, em 16/08/2004 ingressa no quadro societário da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda como sua

controladora. A operação é seqüenciada pela 90ª Alteração Contratual da COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda, de 16/09/2004, na qual a na qual é aprovada a operação de incorporação da SIGMA pela COPAGAZ Distribuidora de Gás Ltda e sua extinção. Desta forma a COPAGAZ recepcionou o ágio contabilizado e que teve origem em sua própria avaliação.

64. Na legislação tributária, o ágio gerado em investimentos avaliados pelo patrimônio líquido é tratado pelos artigos 385, 386 e 391 do RIR/1999:

[...]

Os comandos legais determinam que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido deverá, por ocasião de sua aquisição, desdobrar seu custo entre o valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e o ágio porventura observado na aquisição do investimento, cujo fundamento econômico deve estar evidenciado.

65. Entretanto, o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na Teoria Contábil, ou seja, não é possível reconhecer, contabilmente, uma mais-valia de um investimento quando originado de uma transação entre partes relacionadas, tal como no presente caso, uma vez que à época de registro dos ágios, as empresas envolvidas nas operações eram diretamente controladas pela mesma pessoa física, como já escrito acima e informado pela fiscalização.

66. A vedação ao reconhecimento de uma mais-valia gerada de uma transação entre partes relacionadas advém da Ciência Contábil e foi consagrada pelo Conselho Federal de Contabilidade que enunciou esse impedimento, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante artigo 7º da Resolução CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993, com a redação vigente até edição da Resolução CFC nº 1.282, de 28 de maio de 2010:

[...]

67. Conclui-se, portanto, que bem antes da época dos fatos em questão (ano 2004), já havia o princípio contábil de registro dos componentes do patrimônio pelo valor original ou histórico. O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110, de 29 de novembro de 2007 (antes, portanto, das alterações realizadas na Lei nº 6.404/1976 pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, que objetivou adaptar a contabilidade brasileira à contabilidade internacional) que, em seu item 120, assim determina:

*O reconhecimento de **ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente** (goodwill interno) é **vedado** pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.*

(negritos acrescidos)

68. Portanto, se os atos expedidos pelo CFC vinculam os contabilistas, uma vez que sua inobservância pode caracterizar infração no exercício da profissão, a mesma sorte acompanha as pessoas jurídicas, cujas demonstrações financeiras são elaboradas por tais profissionais.

69. Neste sentido lecionam os professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior, in A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Conseqüências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade (<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>) consoante excerto do referido artigo, a seguir transcrito:

*Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), **precificado por intermédio de uma transação envolvendo terceiros independentes**, e o valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida).*

*Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço.*

(...)

*Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.*

(...)

(negritos acrescidos)

70. Percebe-se que a doutrina contábil rejeita o reconhecimento de um ágio formado internamente, uma vez que a ausência de independência entre as partes interessadas no negócio impede a fixação do chamado valor justo a ser tomado como referência para o reconhecimento ou não da formação da mais-valia. Ou seja, o efetivo valor econômico de uma empresa depende do que o mercado está disposto a pagar por ela, entendendo-se por mercado, todavia, um ambiente negocial livre e aberto, com a interveniência de agentes econômicos independentes, o que não ocorre no caso concreto.

[...]

72. Neste sentido, a autarquia responsável pela fiscalização e regulação do mercado de valores mobiliários também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico. O Ofício Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007 (<http://www.cvm.gov.br>), em conformidade com outros atos anteriores, expressa esse entendimento:

#### *20.1.7 “Ágio” gerado em operações internas*

*A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de “ágio”.*

[...]

74. A CVM observa 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, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial. Dito de outra forma: o entendimento expresso no referido Ofício-Circular não é novo ou aplicável somente após a entrada em vigor das normas que adaptaram a contabilidade brasileira à contabilidade internacional (Lei nº 11.638/2007 e legislação posterior), mas apenas a expressão numa hipótese (ágio gerado em operação interna de um grupo empresarial) de princípio contábil que já existia e continua a existir.

75. No Protocolo de Justificação e Incorporação, de 01/03/2005, no qual a fiscalizada (COPAGAZ Distribuidora da Gás Ltda) figura como incorporadora, e a empresa SIGMA Participações S/A como incorporada, as partes fundamentam a operação como um meio de alcançar uma maior eficiência administrativa permitindo considerável redução de custos em geral, razão pela qual a incorporação se torna recomendável.

76. Saliente-se que ante todo o exposto vale destacar que, em virtude da reorganização societária efetuada pela sujeito passivo, não houve o pagamento efetivo do ágio, uma vez que se tratou de ágio gerado dentro do grupo econômico e que, portanto, não gerou nenhuma riqueza do ponto de vista econômico.

77. Também merece destacar que, tampouco, ocorreu um aumento real do patrimônio da fiscalizada em virtude da operação ter sido realizada intragrupo, fato que, por não ocorrer num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias, apresenta ausência de substância econômica na operação.

78. Do exposto, demonstra-se que a sequência de "reestruturações societárias" procedida simplesmente desaguou na transferência para a COPAGAZ do ágio interno, calculado sobre sua própria rentabilidade, com que a empresa investidora MSAdministração e Participações integralizara na incorporada SIGMA Participações.

79. O quadro que emerge dos autos permite concluir que as operações ocorridas em 2003 e 2004 não se prestaram para nada mais além de gerar o ágio amortizável apenas para fins fiscais, fato que é demonstrado, sem sombra de dúvida, pelo fato de que organograma e controle da empresa COPAGAZ passou a ser exatamente o mesmo que o de antes das operações societárias. Este retorno rápido à situação inicial de antes da criação da SIGMA Participações faz saltar aos olhos a falta de propósito negocial.

[...]

89. Com efeito, a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico. Ou seja, é possível que cada um dos atos praticados pelo contribuinte, individualmente considerado, esteja de acordo com as exigências formais de alguma norma específica, mas que, em seu conjunto, não surta os efeitos esperados pelo ordenamento jurídico.

90. Essa perspectiva está consagrada na lição do Professor Marco Aurélio Greco, in Planejamento Tributário, 2ª Edição, Dialética, p. 123:

*A questão fundamental é saber como devemos enxergar a realidade, pois ela comporta mais de uma perspectiva. Pode ser vista fotograficamente, quadro a quadro, e com isto chegaremos a uma conclusão positiva ou negativa em relação a cada quadro isolado. Mas também pode ser vista cinematograficamente, vale dizer, o filme inteiro.*

*Qual das perspectivas adotar? Normalmente só sabemos qual é a história quando chegamos ao final, só no final entendemos o significado real de tudo o que aconteceu. Esta é uma pergunta-chave porque fotograficamente determinada opção pode ser plenamente protegida e até mesmo querida pelo ordenamento jurídico, mas da perspectiva do filme ela pode aparecer como instrumento para um planejamento inaceitável.*

91. A discussão acerca da licitude da conduta adotada pelos contribuintes na busca da economia fiscal não está restrita ao campo do legal ou ilegal, mas deve ser balizada pelos demais valores que permeiam o ordenamento jurídico, conforme ensina o invocado professor à página 194 da citada obra:

(...) *cumpra analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos igualdade, solidariedade social e justiça.*

*Partindo dessa abordagem, embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo aos requisitos da licitude dos meios, previedade em relação ao fato gerador, inexistência de simulação sem distorções ou agressões ao ordenamento), sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto e incontestável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado.*

[...]

93. Com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o abuso do direito, ainda que realizado por pessoas jurídicas capazes e através de negócios jurídicos cujos objetos são formalmente lícitos, possíveis e determinados, passou a ser considerado um ato ilícito, nos termos de seu artigo 187:

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

94. Assim, a doutrina que defendia a legitimidade de ações e estruturas elaboradas pelo contribuinte com finalidade exclusiva de economizar tributos ao fundamento de estar atuando sob permissivo legal foi posta em xeque pela mudança da concepção de licitude, que já era inferida do estudo do texto constitucional, mas que foi explicitada pela lei civil, tendo o prestigiado autor registrado essa mudança de paradigma, conforme lição de página 199 da referida obra:

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária é muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estarmos mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

95. Desta maneira, quando a autoridade fiscal classifica o ágio gerado no grupo COPAGAZ como um ativo subjetivo, com fundamentos em princípios da doutrina contábil, aplicam corretamente o Direito Positivo: primeiramente, verificou-se se a apuração do lucro líquido foi feita de acordo com as regras do direito que prevê a aplicação dos instrumentos e princípios da ciência contábil; depois, analisou-se se o procedimento extracontábil de apuração do lucro real foi efetuado de acordo com os preceitos da legislação tributária.

96. Conforme as observações anteriormente feitas, o reconhecimento dessa dedução de despesa de amortização de ágio para fins tributários somente é possível, caso a mais-valia tenha sido apurada numa transação realizada entre partes independentes, elemento essencial e esperado numa situação normal de mercado. No caso dos autos todas as partes envolvidas nos atos que culminaram no registro dos ágios eram interdependentes desde antes do início das operações societárias.

97. Portanto, não sendo aplicável à autuada a especial norma de dedutibilidade de ágio prevista no artigo 386, inciso III, §2º do RIR/1999, agiram

corretamente os autuantes ao glosarem as exclusões ao lucro líquido de valores que não atendiam os requisitos de dedutibilidade.

[...]

Segue o acórdão guerreado esclarecendo as razões para manter a qualificação da multa, entendendo estarem visíveis no presente caso a simulação que denota a prática de atos fraudulentos intencionais, bem como a responsabilização solidária de Ueze Elias Zahran, por seu papel central nas empresas envolvidas na fraude tributária, como real interessado e mandante dos atos praticados que causaram a evasão fiscal, com fulcro no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN).

A empresa interpôs tempestivamente<sup>1</sup> o Recurso de e-fls. 1653 a 1703, reiterando os termos da defesa exordial, em síntese:

a) a autoridade fiscal desconsiderou as operações societárias, contábeis e fiscais, alegando simulação, sem apresentar, contudo, provas concretas ou fatos; este entendimento foi acompanhado na decisão ora recorrida;

b) a autuação ocorrida em 10/2013 abordou fatos ocorridos em 09/2004, portanto períodos superiores a cinco anos, procedimento defeso à fiscalização, que empregou juízo de valor a atos pretéritos, no caso, incorporação de empresa, e amortização de ágio diferido no tempo;

c) a decisão recorrida defendeu ser correto o procedimento fiscal no qual glosou-se a dedutibilidade das despesas com ágio, mas é vedado a autoridade fiscal perquirir a respeito de fatos ou operações formalizadas há mais de cinco anos por ferir a limitação temporal legal, tornando o direito de fiscalizar imprescritível; cita acórdão administrativo jurisprudencial;

d) a recorrente já havia sido fiscalizada em 2008, havendo sido questionada sobre o ágio amortizado; na ocasião nenhuma infração foi detectada, muito menos qualquer simulação da operação de incorporação; não pode pois, a fiscalização, em outro momento, criar nova interpretação sobre os mesmos fatos por flagrante mudança de critério jurídico e ofensa ao artigo 146 do Código Tributário Nacional (CTN); as operações analisadas pelas auditorias fiscais foram exatamente as mesmas, sendo que na primeira auditoria não se detectou nenhuma infração tributária, enquanto nesta segunda resultou da autuação em questão, inclusive entendendo-se que houve simulação jurídica; a alteração do agente fiscal não pode importar em avaliações e entendimentos diferentes pela Administração Tributária; cita acórdão administrativo jurisprudencial;

e) atribui ao trabalho fiscal precariedade, com erros, a exemplo da data de constituição da empresa, alegada pela fiscalização como ocorrida em 1992, quando consta dos dados cadastrais ter sido constituída em 1980; também não foram mencionadas outras incorporações e alterações societárias, dando-se impressão que as incorporações ocorreram apenas para gerar ágio; considera também precária e fruto de desconhecimento técnico a conclusão da fiscalização sobre a 'holding' SIGMA, ser uma empresa sem atividade operacional funcionários e GFIP sem movimento, uma vez que a legislação prevê a possibilidade das empresas terem como objeto somente a participação em outras empresas; cita a definição de 'holding' - *sociedades não operacionais que têm seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.* (Carvalhosa, 2009, p.14);

f) também inadequada a afirmação da fiscalização sobre as regras da Instrução CVM nº 319/99 só se aplicarem às companhias de capital aberto;

<sup>1</sup> empresa: ciência eletrônica por decurso de prazo em 17/06/14, e-fls. 1650

g) estas falhas da fiscalização demonstram ausência de devida motivação, de investigação necessária, preterição de direito de defesa, descon sideração de fatos que ofendem os princípios do contraditório e da ampla defesa; invoca os artigos 50 da Lei nº 9.784/99 e 59, II, do Decreto nº 70.235/72, requerendo a nulidade da autuação

h) a fiscalização não apontou qualquer irregularidade nos critérios de avaliação da recorrente, ou métodos de amortização do ágio, ou no Laudo de Avaliação Econômica, limitando-se a presumir a simulação da operação de incorporação da SIGMA; não há presença dos requisitos do artigo 167 do Código Civil, nem a comprovação da simulação exigida pelo artigo 149 do CTN, cuja prova deve ser contundente, tornando-se insubsistente a arguição de simulação jurídica; a fiscalização não traz um único elemento sólido, mas apenas afirmações incongruentes e conceitos equivocados, incapazes de invalidar o negócio jurídico válido; cita jurisprudência administrativa;

i) a inexistência de propósito negocial não pode ser invocada para descon siderar negócios jurídicos, a uma porque expressamente rejeitado pelas autoridades legislativas, a duas porque os motivos negociais não podem ser presumidos, sobretudo quando não houve investigação fiscal sobre os fatos e atos; ademais, a incorporação, com ágio, realizada teve como objetivo não a apropriação do ágio, mas a maior eficiência administrativa e simplificação societária, para permitir redução de custos em geral; por ser uma pessoa jurídica possuía uma série de obrigações tributárias, contábeis e societárias, gerando custos; o ingresso da SIGMA, na qualidade de controladora, tornou sua existência desinteressante; o conceito de propósito negocial não se resume ao aspecto financeiro, mas envolve reestruturação societária, alteração do comando da sociedade, poder de voto etc

j) foge ao escopo da fiscalização questionar os fundamentos de reorganizações societárias - gestões corporativas, interesses institucionais, competitividade etc; cita julgados administrativos; não pode descon siderar atos jurídicos legítimos e lícitos;

k) sobre o ágio - legitimidade e previsão legal:

k.1) o artigo 20 do Decreto-lei nº 1598/77 dispunha que o contribuinte que avaliar investimento em sociedade pelo valor do patrimônio líquido deve, quando adquirir participação societária referente a este investimento, destacar o valor do custo do investimento do valor correspondente ao ágio; cumpridos os requisitos do artigo 385 do RIR/99, não pode a autoridade fiscal, por considerações individuais, negar o aproveitamento do ágio;

k.2) as empresas podem agir com liberdade para se reorganizar e atuar, dentro dos limites do que não é proibido - artigo 5º, II, e 170 da CF; também não há qualquer restrição legal à incorporação de pessoas jurídicas, na condição de controladora - Lei das S/A e Código Civil Brasileiro; o direito de apropriação do ágio da incorporada tem previsão legal nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97;

k.3) a legalidade tributária prevalece sobre as doutrinas de consideração econômica de fato gerador ou analogia na tributação, impedindo a presunção de fatos geradores por qualquer meio que não seja por lei; sendo as operações societárias e seus efeitos contábeis e fiscais permitidos por lei, não há política ou opinião individual que possa desconstituí-las, exceto em casos de fraude ou simulação, devidamente investigadas e comprovadas, o que, no presente caso, não ocorreu;

k.4) a decisão recorrida foi impertinente ao afirmar que todos os procedimentos contábeis, fiscais e tributários devem ser uniformes para terem legalidade, sustentando que não houve cumprimento das normatizações da Comissão do Pronunciamento Contábil (CPC); era um período de transição, consoante determinações da Lei nº 11.638/07, pelo que a decisão inovou alegando descumprimento de uniformidade dos critérios contábeis, alegação de inadequação do CPC 15, por tratar-se de ágio interno; cita julgado administrativo a respeito de glosas de despesas no RTT;

k.5) apesar de o presente caso não se tratar de ágio interno, não se pode concluir que estes ágios não se revestem de efetividade econômica; cita acórdão administrativo;

k.6) cumpridas as disposições dos artigos 385 e 386 do RIR/99, cumprimento de todos os requisitos contábeis e legais vigentes, inclusive laudo de avaliação econômica não impugnado pela autoridade fiscal, o ágio não pode ser desconsiderado;

k.7) a unificação de duas entidades legais, sendo que o patrimônio acrescido é associado a rentabilidade futura desse investimento, configura o ágio a ser amortizado fiscalmente. cita doutrina de José Antonio Minatel, que explicita, *in fine* "...Configurando o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura um excedente ao valor do patrimônio absorvido, esse acréscimo passa a representar um custo previamente incorrido para fazer face às futuras receitas operacionais da empresa, das quais se espera lucratividade. Dessa configuração de custo assumido para obtenção de futuras receitas é que decorre o fundamento para a sua dedutibilidade."; resta, pois, demonstrado o motivo econômico;

k.8) conclui, sobre o ágio e sua dedutibilidade:

Demonstrado o motivo econômico, não pode o CARF, órgão técnico de controle de legalidade da atividade administrativa no âmbito tributário federal, sucumbir à pressão política com fim arrecadatório, nem desconsiderar os fatos, permitindo a distorção dos atos legalmente praticados e do incentivo da Lei 9.532/1997 que, sobretudo, ao tratar do ágio e da respectiva dedução, teve como objetivo o estímulo à atividade econômica, permitindo deduzir dos tributos a pagar nos cinco anos posteriores à compra, o excedente pago em relação ao valor contábil que a companhia efetivamente tinha.

Nesse sentido, os argumentos da decisão recorrida não se sustentam, seja pelo motivo de que não se trata de ágio gerado internamente, como também, pelo fato de referido ágio tratado, foi devidamente comprovado e se reveste de todos os requisitos econômicos e legais previstos pela legislação.

l) ataca veemente a multa qualificada, por ter havido fraude, sem haver a fiscalização comprovado que a recorrente agiu dolosamente, mas pautando-se em mera presunção; invoca a aplicação do artigo 112 do CTN; cita decisões administrativas;

l.1) atribui à multa aplicada no percentual de 150% o caráter confiscatório;

m) a atribuição de responsabilidade tributária solidária ao sócio Ueze Elias Zahran, com fulcro no artigo 135, inciso III, do CTN, por ser administrador nos atos societários, constando nos quadros societários das três empresas, não pode prevalecer; esta pessoa deve ser excluída do pólo passivo das exigências tributárias;

m.1) haveria que se produzir provas inequívocas de dolo e intenção do agente, no caso do sócio administrador, e cumulativamente as hipóteses tratadas nos incisos I e II do art. 135, do CTN, ou seja, a obrigação tributária deve resultar exclusivamente de ato praticado pela pessoa física e referido ato deve ter sido praticado com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto; cita doutrina de Renato Lopes Becho e acórdãos administrativo e judicial;

m.2) nem pode se alegar que a "infração à lei" decorre do não pagamento de CSLL e IRPJ, tese pacificada a respeito da aplicação do artigo 135 do CTN, consoante posição firmada pelo STJ;

O presente recurso voluntário encerra-se com o seguinte pedido:

Ante o exposto, pedem e esperam os RECORRENTES seja recebido e acolhido o presente RECURSO VOLUNTÁRIO, para o fim de ser cancelada

integralmente a exigência constante do auto de infração, culminando, por conseguinte, no arquivamento do processo administrativo instaurado.

125. Caso mantida, no entanto, requer a exclusão do pólo passivo do responsável solidário indicado pela fiscalização, pelas razões expostas.

126. Subsidiariamente, requer, ainda, seja afastada multa agravada de 150% por completa ausência dos elementos e requisitos legais para sua configuração.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

## Voto Vencido

Conselheira Ana de Barros Fernandes Wipprich, Relatora

Conheço do Recurso Voluntário, por tempestivo, interposto pela empresa autuada, Copagaz Distribuidora de Gás S/A. Apesar do presente recurso haver sido interposto nominalmente pela empresa e pelo responsável solidário Ueze Elias Zahran, verifica-se que a impugnação (e-fls. 1528 a 1566) foi oferecida somente pela empresa, razão pela qual o litígio instaurou-se regularmente somente em relação a esta, não podendo, em fase recursal, o responsável tributário vir a compor a lide administrativa. Não conheço, pois, do recurso oferecido por Ueze Elias Zahran, com fulcro no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal (PAF).

### I) Das decadência

A recorrente argumenta que a autuação ocorrida em 10/2013 fundamenta-se em operação realizada há mais de nove anos, em 2004 (incorporação da empresa SIGMA), razão pela qual o fisco não pode analisar, desconsiderar ou emitir qualquer juízo de valor sobre esta operação para impor qualquer exigência fiscal, por fulminado seu direito de agir transcorridos cinco anos da operação realizada.

Analisando-se os fatos e a autuação realizada, verifica-se que a fiscalização glosou despesas de amortização contabilizadas no ano-calendário de 2008.

O artigo 173, inciso I, do CTN, estabelece o prazo, para a Fazenda proceder ao lançamento, de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, como regra geral para contar-se a decadência.

No caso em concreto, a empresa é optante pelo Lucro Real e os fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorreram em 31/12/2008, em decorrência de glosa de despesas incorridas em 2008, havendo a fiscalização realizado os lançamentos tributários correspondentes em outubro de 2013, portanto preservando o quinquídio. Observe-se que pela aplicação do artigo em comento, os lançamentos tributários poderiam ter sido realizados até 01/01/2015.

Ainda que se afastasse a acusação de fraude tributária erguida pela fiscalização e aplicasse-se a inteligência do artigo 150, §4º, do CTN para a contagem do prazo decadencial, tendo em vista que os fatos geradores do IRPJ e da CSLL ocorreram em dezembro de 2008, as autuações poderiam ter sido realizadas até dezembro de 2013, restando respeitada de igual forma o prazo legal dos cinco anos para o fisco agir.

O fato de a operação negocial, que gerou o ágio amortizável de forma diferida - despesa, ter ocorrida há mais de cinco anos, não pode ser este ato (negócio) jurídico confundido com a ocorrência do fato gerador, em si, da obrigação tributária em si, que, no caso da apuração do IRPJ e CSLL é ao final de cada ano-calendário.

No caso em tela não se desconsiderou a incorporação em si, tal qual negócio jurídico, mas extraiu-se desta operação, no ano-calendário de 2008, os efeitos tributários das deduções que afetaram os fatos geradores das obrigações tributárias para aquele período.

A fiscalização não poderia, por estar impedida pelo princípio da legalidade, a lavrar um Auto de Infração a partir da ocorrência do negócio jurídico em si (incorporação), por não se tratar de fato gerador da obrigação tributária, mas nada a impede de fiscalizar os efeitos tributários advindos desta operação negocial, diferidos nos anos que se seguem, os quais repercutem nos fatos geradores das obrigações tributárias e agir, quando a despesa, ou receita, diferidas estiverem em desconformidade com as normas tributárias.

Destarte, respeitado o prazo decadencial estabelecido na norma tributária, seja pela redação do artigo 173, inciso I, seja do artigo 150, § 4º, ambos do CTN, procedem as glosas de despesas que influenciaram nos fatos geradores ocorridos em 2008, responsáveis pelas obrigações tributárias surgidas neste período.

Afasto a arguição de decadência dos lançamentos tributários de IRPJ e CSLL.

## II) Das nulidades

### II.a) Alteração do critério jurídico

A recorrente argumenta que foi fiscalizada no ano de 2008 e que a autoridade fiscal, à época, verificou a operação de incorporação da empresa SIGMA, o ágio gerado, e não acusou nenhuma infração tributária, razão pela qual neste novo procedimento fiscal houve alteração de critério jurídico, por mera interpretação do agente fiscal, salientando que os mesmos fatos e atos foram verificados. Diz que a Administração Tributária, independentemente do agente fiscal que a represente, não pode mudar o entendimento a respeito da mesma situação, por força do artigo 146 do CTN.

Analisando os documentos apresentados pela recorrente, às e-fls. 1579 a 1599 verifica-se que se tratam de Termos de Intimações Fiscais (02), um solicitando arquivos digitais da contabilidade e outro, de fato, solicitando esclarecimento sobre a natureza do ágio amortizado, excluído do Lucro Líquido na DIPJ/2005.

Todavia, às e-fls. 1597, após a resposta da intimada, a autoridade fiscal responsável pelas intimações lavrou um Termo de Encerramento de Diligências/Coleta de Arquivos Digitais.

São estes os documentos acostados à impugnação que, no entender da recorrente, fazem prova que a Administração Tributária emitiu um juízo de valor sobre a dedutibilidade da amortização do ágio recebido por ocasião da incorporação da empresa

SIGMA, admitindo os valores na exclusão do lucro líquido, e que, neste outro procedimento fiscal estar-se-ia alterando o critério jurídico.

Dispõe o artigo 146 do CTN:

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

(grifos não pertencem ao original)

As disposições inseridas no texto legal acima não se aplicam ao caso em exame. Eis que não houve qualquer atividade administrativa de lançamento tributário por ocasião da diligência realizada pela autoridade designada para tal fim anteriormente. Nem tampouco houve qualquer encerramento de fiscalização sem resultado, ou ato escrito do qual se possa inferir o entendimento da Administração Tributária a respeito da matéria ora discutida nestes autos.

Em assim sendo, afasto a nulidade suscitada dos lançamentos tributários haverem sido realizados com mudança de critério jurídico por parte da Administração Tributária.

## II.b) Nulidades da autuação

A recorrente atribui ao trabalho de auditoria fiscal fragilidade, precariedade, ausência de conhecimento técnico sobre empresas *holding*, erros etc, falhas que demonstram ausência de motivação, investigação necessária, descon sideração de fatos que ensejam a nulidade dos lançamentos tributários por ofensa ao contraditório e ao exercício da ampla defesa.

O equívoco da fiscalização em atribuir a constituição da empresa recorrente à data de 1992 e não ao ano de 1980, como bem observou a turma julgadora de primeira instância, não causa qualquer reflexo na fiscalização realizada e em seu resultado, pelo que inócua a alegação de causar qualquer nulidade material ou procedimental. Por outro lado, as argumentações de que os trabalhos de auditoria fiscal foram superficiais, precários ou frágeis, não se sustentam em vista de constar dos autos vasta documentação amealhada pela fiscalização pertinente às operações que deram origem ao ágio responsável pelas deduções glosadas e ora em debate.

O próprio Termo de Verificações Fiscais de e-fls. 1494 a 1502, parte integrante dos Autos de Infração, demonstra o zelo da fiscalização em deixar bem claro e explícito os passos realizados pela empresa autuada, bem como as razões que conduziram à conclusão de que a incorporação realizada não continha qualquer propósito negocial, tratando-se de atos simulados, pelo que indedutíveis as despesas registradas a título de ágio. Na apreciação do mérito do litígio abordaremos mais pormenorizadamente as alegações da fiscalização a respeito da infração tributária apurada no procedimento de ofício.

Quanto à impressão da recorrente sobre a ausência de conhecimento técnico da fiscal autuante sobre o funcionamento e operações das empresas *holdings* trata apenas de

pontos de vista divergentes, sendo que a autoridade fiscal explicitou o porquê entender que a SIGMA não constituía, na verdade material dos fatos, uma *holding*, mas fora criada com a única finalidade de empresa-veículo para depois a recorrente apropriar-se indevidamente do ágio gerado. É matéria a ser discutida no mérito, de igual forma.

Enfim, não se verifica dos autos, qualquer impropriedade técnica na autuação realizada para as exigências de IRPJ e CSLL, nem falhas que impediram a recorrente de compreender os remissivos legais infringidos, natureza dos fatos que ensejaram a tributação erguida, ou qualquer mácula aos artigos 10 do Decreto nº 70.235/72, ou 142 do CTN, capazes de causar qualquer nulidade de ordem formal ou material, muito menos houve ausência de motivação e fundamentação que pudessem impedir a recorrente de exercer o contraditório e sua defesa de forma ampla, aliás como o fez, sendo inaplicáveis ao caso em concreto as disposições dos artigos pertinentes aos processos administrativos federais e fiscais.

Ademais, entendo que as alegações de nulidade por cerceamento de defesa não são oponíveis ao procedimento de auditoria fiscal e autuação, sendo aplicáveis tão somente ao processo administrativo fiscal quando já instaurado o litígio administrativo, após o oferecimento da impugnação ao feito fiscal.

Afasto a arguição de nulidade dos lançamentos tributários.

### III) Do mérito

Cumprido fazer breve síntese dos fatos:

1. São três as empresas envolvidas na situação fiscal retratada: "Copagaz" (recorrente); MS Adm e Participações S/A ("MS"); SIGMA Participações S/A ("SIGMA").

**A "MS"** - e-fls. 523 a 535 (JUCESP - data da constituição 07/12/98)

- Rua Guararapes, 1855, 11º and. sl. B, Brooklin, SP/SP

- *holding* de instituições financeiras, atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica

- sócios acionistas/diretoria: Antonio Carlos Moreira Turqueto, Eduardo Elias Zahran Filho, Jeannette Elias Zahran, João Elias Zahran, Jorge Elias Zahran, Ueze Elias Zahran (Presidente do Conselho Administrativo/Diretor Presidente)

- em 08/01/99 os acionistas integralizaram 90% do capital com quotas de sua titularidade da empresa "Copagaz"

- em 24/12/03 alteração do capital social para R\$17.518.508,00

- em 19/08/04 referendar deliberação de proposta do aumento de capital da Copagaz (controlada)

**A "Copagaz"** - e-fls. 498 a 521 (JUCESP - data constituição 25/09/92)

- Rua Guararapes, 1855, 12º and., Brooklin, SP/SP

- postos de álcool carburante, gasolina e demais derivados do refino de petróleo exclusive - gás liquefeito / comércio varejista de gás liquefeito de petróleo (GLP) exclusive - distribuição canalizada



Bem, dadas as informações acima, extraídas dos documentos contratuais das empresas e declarações entregues ao fisco, a fiscalização concluiu que a *reorganização societária* com a utilização flagrante de empresa-veículo não teve qualquer propósito negocial, tratando-se de operações fictícias cujo único objetivo foi o aproveitamento indevido do ágio gerado pela expectativa de rentabilidade futura para constituir despesas que reduzissem indevidamente o lucro líquido da "Copagaz" em diversos anos.

Assim também considerou a turma de julgamento de primeira instância em didático acórdão que enfrentou todos os pontos arguidos pela recorrente, consoante relatado acima.

Em extenso arrazoado contestatório, a recorrente argumenta, em síntese, que: (a) a alegada simulação jurídica não foi, de longe, comprovada pela autoridade fiscal, tratando-se de mera presunção; (b) a fiscalização não pode negar o propósito negocial da reorganização societária, nem esta questão ser fundamento para ; (c) também incabível a desconsideração de atos jurídicos legítimos e lícitos; (d) despropositado considerar-se ágio interno, e ainda que fosse, os ágios internos também são possuem efetividade econômica, bem como alegações infundadas de abuso de direito; (e) o ágio teve comprovado motivo econômico e cuidou-se de observar rigidamente os requisitos contábeis e legais para o seu aproveitamento.

Enfrentando a matéria de mérito, passa-se a tecer algumas considerações a respeito das argumentações invocadas pela recorrente a fim de dirimir-se o litígio instaurado.

Primeiramente, é flagrante tratar-se de três empresas de um mesmo grupo econômico e, portanto, tratar-se de *ágio interno*, haja vista o controle de uma mesma empresa sobre as demais e a identidade entre si dos quadros societários e, inegavelmente, a direção de comando de UEZE ELIAS ZAHRAN nas três empresas. Esta pessoa consta como administrador de direito, e o é de fato, nas três empresas.

O ágio interno, gerado entre empresas coligadas<sup>2</sup>, sob o mesmo controle, é ainda tido como ágio artificial no sentido de que nenhum dispêndio - custo financeiro - foi realizado.

Em segundo lugar, ao contrário do extensamente abordado pela recorrente, a empresa "SIGMA" traduz-se perfeitamente no que se denomina *empresa-veículo*, haja vista a sua efemeridade e às operações comerciais ou negociais que praticou durante a sua curta existência, ou seja, nenhuma. Ou pelo menos, a recorrente não trouxe qualquer prova que pudesse desmentir os documentos acostados aos autos pela fiscalização, como DIPJ/04 de inatividade, DIPJ/05 sem receita/custo operacional, balanço patrimonial sem acusar nada que indicasse qualquer operação, GFIP declarando expressamente "sem atividade".

A "SIGMA" somente possui quatro registros de eventos na sua existência: o ingresso de "Antonio Carlos Moreira Turqueto" e "MS" em seu quadro societário, ainda quando "inativa" (situação desde sua constituição há alguns meses), alteração do endereço da sede para sala contígua à "MS", alteração do capital social com a participação societária da "MS" na "Copagaz" no valor de R\$ 209.196.950,00 e, seu encerramento, por incorporação.

---

<sup>2</sup> Lei nº 6.404/76 - LS/A  
art. 243 (...)

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Para descaracterizar ser a "SIGMA" uma empresa-veículo utilizada com o único fim de internalizar o ágio na forma de despesa a reduzir o lucro tributável na própria empresa que reavaliou seu patrimônio (pela expectativa de rentabilidade futura), a recorrente deveria ter apresentado provas contundentes que ilidisse os documentos e indícios veementes apresentados pela fiscalização. O ônus inicial de provar a infração tributária foi cabalmente cumprido pela fiscalização, passando a ser da recorrente o ônus probatório para desconstituir os fatos provados e demonstrados. Não se verifica, no presente caso, simples presunção fiscal, mas fatos com indícios fortes de ausência de propósito negocial, seja na existência da "SIGMA" como pessoa jurídica autônoma, seja na *reorganização societária*, respaldada por documentação (declarações entregues ao fisco) e registros contábeis (ausentes de operações negociais).

O fato de ser uma *holding* não esquivava a pessoa jurídica de ter existência própria, funcionários, operações de controle de patrimônios registradas em contabilidade (inclusive) etc, ao contrário do que alega a recorrente.<sup>3</sup> Verifica-se, por outro lado, que a "MS" é uma típica *holding*, operante.

Em estudo realizado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil debruçando-se sobre a jurisprudência deste Conselho<sup>4</sup> concluiu-se que

[...]

46. Nos acórdãos analisados, em poucos casos foram encontradas decisões no sentido de que o ágio interno não afronta o direito tributário. Na maioria dos casos, o ágio interno *lato sensu* é entendido como infração tributária decorrente de despesas inexistentes contabilizadas por meio de combinação de negócios entre partes relacionadas, sendo admitido apenas quando presentes pressupostos como efetivo pagamento, partes não relacionadas e laudo técnico autônomo e confiável.

[...]

53. Dos 76 casos analisados, (...), foram constatados 32 casos envolvendo ágio interno. Cerca de 66% dos 32 lançamentos de ágio interno ou sem substância econômica foram mantidos no mérito, prevalecendo o entendimento de que a despesa de amortização do ágio era indedutível.

[...]

54. Na maioria dos julgados, os lançamentos são mantidos fundamentalmente com base nos seguintes argumentos:

- O ágio para ser amortizável deve pressupor a existência de um substrato econômico.
- A amortização do ágio pode ser efetuada quando atendidos os seguintes pressupostos: a) efetivo pagamento; b) partes não ligadas; c) laudo técnico autônomo e confiável;

<sup>3</sup> As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, 14)

<sup>4</sup> Nota RFB/Sutri/Cocaj nº 08, de 10 de julho de 2104

- Somente em aquisição onerosa de investimentos por terceiros forma-se ágio passível de amortização. Não se caracteriza como tal a valorização reconhecida internamente, ainda que fundada em laudo de rentabilidade futura e associada ao reconhecimento de ganho de capital por parte dos sócios.

O Acórdão nº 1302-001.108, de lavra do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, foi utilizado referencialmente a respeito do ágio interno e seus efeitos contábeis e tributários no estudo:

55. A seguir, analisam-se detalhadamente os fundamentos do voto vencedor proferido no Acórdão CARF nº 1302-001.108, de 11 de junho de 2013, que é representativo das principais questões abordadas nas decisões do CARF.

55.1 Um dos primeiros pontos discutidos gira em torno da liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco. No voto, é criticada a visão da estrita legalidade, que analisa os atos jurídicos independentemente de seu conteúdo real. Afirma-se que uma visão que leva em consideração os aspectos puramente formais desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica. Reconhece-se a liberdade de auto-organização, mas assevera-se que ela não é absoluta, devendo haver respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa etc. Trazem-se à tona os princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal na interpretação e aplicação da lei tributária, que não podem ser subjugados ou esquecidos em face do direito de auto-organização do sujeito passivo. Rejeita-se a ideia de liberdade de auto-organização, quando o “ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido”.

Cita-se trecho da obra de Marco Aurélio Greco, a seguir reproduzida:

“...a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal (desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir um redução do tributo)”.

55.2 A criação de ágio artificial entre empresas do mesmo grupo foi qualificada como simulação. Não simulação no sentido de vício de vontade, que é apenas uma das maneiras de conceber este instituto, mas simulação vista pelo ângulo da causa ou do motivo do negócio jurídico. Atos formais de reorganização societária, sem substância econômica, são meramente aparentes. A geração de um ágio artificial com vistas à redução do tributo não pode ser o motivo dos atos, ou seja, “motivo ou a causa deve ser antecedente aos atos e exterior a eles”, senão temos apenas “o ato justificado pelo ato”. Também foi salientado o fato de que depois de realizadas todas as etapas, não há qualquer alteração nas relações jurídicas constituídas, com exceção do aparecimento do ágio decorrente da reavaliação patrimonial efetuada.

55.3 Por fim, o acórdão analisa a relação entre as normas contábeis e a lei tributária. Com o objetivo de afastar o argumento de que o regime contábil dado ao instituto do ágio seria distinto daquele previsto na legislação tributária, manifesta entendimento no sentido de que não há dois tipos de ágio: um jurídico-tributário e outro contábil. Reconhece-se a distinção entre a contabilidade e o direito tributário, mas afirma-se que há uma interseção entre ambos os campos do conhecimento. Segundo este entendimento, as normas contábeis exaradas pelas entidades responsáveis pela regulamentação dos procedimentos contábeis não são elementos estranhos à aplicação da legislação tributária, pelo contrário, fazem parte do arcabouço de mensuração do resultado tributável obtido pelas sociedades empresariais. A partir deste entendimento, menciona-se o Ofício Circular

CVM/SNC/SEP nº 1/2007, que condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum.

55.4 Quanto ao conceito de ágio pago, este é definido como aquele em que há um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente. A mera transferência escritural, para o patrimônio da investida, das ações registradas pela investidora em seu patrimônio (indevidamente reavaliadas) não caracteriza qualquer desembolso, principalmente se, ato contínuo, é feita a reversão do investimento. No caso do ágio interno, não há um efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pelas participações subscritas em operações com empresas controladas, o que revela a falta de substância econômica das operações. Não há efetiva modificação patrimonial, o que impede o registro e o reconhecimento contábil do ágio. Conclui o acórdão afirmando que ao se dissociar o fato econômico (ágio), captado pela ciência contábil, daquele regulado pela lei tributária, esta última se tornaria completamente abstrata, divorciada do contexto econômico que visa regular.

Acompanho o entendimento acima esposado, pois equivoca-se a recorrente ao entender que desde que cumprido todos os requisitos legais e orientações contábeis faz jus ao aproveitamento do ágio para dedução do lucro a ser tributado.

O princípio da legalidade, imperativo no direito tributário, de fato, pressupõe que estando de acordo com as normas tributárias vigentes, a Administração Tributária não pode impingir nada ao contribuinte-administrado, que tem liberdade para agir, desde que a norma também não o proíba. Ninguém é obrigado a fazer aquilo que a lei não determine, e o Estado não pode agir sem que a lei o autorize.

Todavia, os princípios constitucionais se contrapõe nesta balança da justiça fiscal. A verdade material deve ser perseguida a todo custo. Aí que entra a importância da substância ou essência dos atos praticados. O cumprimento do formalismo legal destituído de causa motivadora faz destoar todo o ordenamento jurídico, no qual as normas tributárias, civis societárias e comerciais, e de outros ramos, que o compõem são editadas com os objetivos de salvaguardar os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva.

Nesta inserção de pesar valores - afinal, o que está ocorrendo no mundo jurídico, na realidade dos fatos? - é que nos deparamos com o que se enquadra à norma legal (e para quem ela foi produzida) e o que não se pode coadunar à mesma. Tudo "aparenta" estar certo, mas no fundo, qual o propósito das ações praticadas pelo contribuinte?

Por que a "Copagaz" contratou a auditoria independente para fazer uma laudo de avaliação de expectativa de rentabilidade futura? A pretensão era a sua alienação a terceiros? Receber na venda o que considerava o que valia? Porque o custo de aquisição e o ágio (*goodwill*) deveriam permanecer separados na sua contabilidade, até a sua alienação a um terceiro independente, que (este sim) poderia amortizar esta importância, em razão do valor efetivamente despendido (gasto)...mas, não, o próprio grupo econômico ("Copagaz" e "MS") engendrou "uma empresa" ("SIGMA") para controlar a "Copagaz" e depois ser incorporada às avessas e o resultado? Durante vários anos a "Copagaz" ter uma "despesa" (considerável) para deduzir do lucro que deveria ser tributado. Isto é simulação jurídica. Vejamos.

A simulação tem sido analisada não somente mais como vício de vontade (real *versus* aparente), mas Marco Aurélio Grecco, *in* Planejamento Tributário<sup>5</sup>, deslumbra:

[...]

Se tomarmos, por exemplo, Orlando Gomes - que é um dos maiores nomes do Direito Civil brasileiro e que escreveu há mais de 40 anos -, ele afirma que a simulação não está no plano da vontade, mas no plano da causa do negócio.<sup>6</sup> Para saber se o negócio é simulado, temos que verificar se há compatibilidade entre a sua causa e o próprio negócio celebrado.

[...]

Surgem indagações diferentes que precisam ser respondidas e que vão levar ao reconhecimento ou não de patologias dos negócios jurídicos, como por exemplo, a simulação.

[...]

Desta perspectiva, pode-se chegar à conclusão de o negócio ser simulado se não existir motivo, ou se ele for incompatível com o núcleo do negócio adotado ou se existir uma inadequação entre motivo real e aparente.

[...]

Na medida em que a simulação passa a ser vista como vício da causa ou do motivo do negócio jurídico, esta se configura sempre que houver discrepância entre o motivo aparente e o motivo real ou entre a causa do negócio e o perfil que ele apresenta.

Do Acórdão nº 1801-001.114, extraio trecho do voto de lavra da Conselheira Maria de Lourdes Ramires, a respeito da simulação tributária:

Maria Angélica S. de Souza Dias<sup>7</sup>, elucida que a simulação pode ser praticada como uma utilização abusiva de formas, mas não é esta a circunstância que a qualifica como simulação. Para a autora não bastaria haver uma sucessão de atos abusivos – operações estruturadas em seqüência com a mesma finalidade – para restar caracterizada a simulação, “*pois a simulação deve ser reconhecida não pela abusividade dos atos efetivamente praticados, mas pela mera aparência de suas ocorrências quando, na realidade, sequer ocorreram*”.

A simulação, assim, presume uma falsa aparência da realidade.

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi, a doutrina distingue simulação e dissimulação. A simulação expressaria o que não existe na realidade – total ou parcialmente. Já a dissimulação ocultaria o que na realidade se constituiu. Por essa razão, alguns vislumbrariam na simulação relativa dois aspectos distintos: (i) do ato que se aparentou fazer e (ii) do ato que na realidade foi feito. O  *fingido*, do  *real*, o  *invólucro* e o  *conteúdo*. E prossegue:

Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpre examinar a validade do que restou do conteúdo. Se não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei, o ato dissimulado é válido (*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*); na hipótese contrária, ilícito o conteúdo, será anulável. (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil. Parte Geral. 28ª, ed. atualizada. São Paulo. Saraiva. 1989, p. 210). Para a doutrina tradicional, ocorrem dois negócios: um real, encoberto, dissimulado, destinado a

<sup>5</sup> Planejamento Tributário, 3ªed, 2011, Dialética, p. 191, 192, 193

<sup>6</sup> Introdução ao Direito Civil, 4ª edição, Rio de Janeiro:Forense, 1974, p 423

<sup>7</sup> DIAS, Op. Cit. pp 99

Documento assinado eletronicamente em 09/09/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 23/0

9/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 11/10/2016 por LUIZ TADEU MATOSINHO

MACHADO, Assinado digitalmente em 29/09/2016 por ANA DE BARROS FERNANDES WIPPRICH

Impresso em 13/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

valer entre as partes; e um outro ostensivo, aparente, simulado, destinado a operar perante terceiros.<sup>8</sup>

Percebe-se, então, que o ato dissimulado é o ato real, aquele efetivamente praticado. Não sendo desejo das partes mostrá-lo como de fato é, o ocultam sob o manto de um ato simulado, o qual lhe conferirá a aparência desejada.

Para Maria Angélica S. de Souza Dias<sup>9</sup> a simulação fiscal, para ocorrer, pressupõe a existência de um **acordo entre as partes destinado a iludir o Fisco**, no qual o negócio jurídico aparentemente praticado (em geral, tributariamente menos oneroso) não corresponde ao negócio jurídico efetivamente celebrado entre as partes (em geral, tributariamente mais oneroso).

Acrescento, ainda, da obra *Dos Crimes contra a Ordem Tributária*<sup>10</sup>, do magistrado Antônio Corrêa, os elementos que caracterizam a fraude:

- a) a aparência legal;
- b) conveniências particulares dos envolvidos;
- c) utilização de normas jurídicas com finalidades distintas da que efetivamente possuem;
- d) violação do ordenamento jurídico.

E, do procurador Alécio A. Lovatto<sup>11</sup>, as reflexões de outros doutrinadores:

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, na fraude, *a ação ou omissão visa escamotear o pagamento do imposto devido - reduzi-lo, evitá-lo ou retardá-lo...*

Segundo Silvio Rodrigues, *age com fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos...*

[...]

E, forte, em Franco Gallo (...), diz adiante: *em matéria tributária, entretanto, a simulação é mais do que mera e simples ocultação de um negócio jurídico; requer uma conduta dirigida a obstruir a ocorrência do fato gerador, utilizando-se para tanto de um arsenal complexo que envolve uma miríade de artimanhas, documentos, práticas contábeis e registros.*

Mencionando a lição de Maurice Cozian, José Eduardo Schouri observa: *ao reprimir o abuso de direito a administração estaria dizendo ao contribuinte: Você não é, sem dúvida, mentiroso, mas pode ser pior, você é ilusionista; você conseguiu fazer desaparecer a matéria tributável por um passe de mágica jurídico; você é astuto demais e eu o tributo como fraudador.*

<sup>8</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **A Desconsideração dos Atos e Negócios Jurídicos Dissimulatórios, segundo a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001**, in **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 10**. Dialética. São Paulo, 2001 - pp. 212/214

<sup>9</sup> DIAS. Op. cit. p. 92

<sup>10</sup> Antônio Corrêa, **Dos Crimes contra a Ordem Tributária**, 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 26

<sup>11</sup> Alécio A. Lovatto, **Crimes Tributários**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 142 a 144

No presente caso, por mais que a recorrente insista em argumentar que seguiu as normas vigentes e orientações contábeis, o que se verifica foi um aproveitamento e uma série de ações fabricadas para dar aparência legal a um objetivo muito claro: *produzir* despesa para diminuir o lucro tributável. Por vários anos.

Mas, a utilização de normas jurídicas vigentes para burlar o próprio ordenamento jurídico é mais uma *patologia*, nos dizeres de Marco Aurélio Greco, que traz ilicitude ao planejamento tributário, desqualificando este e identificando a evasão fiscal. Da já citada obra de Marco Aurélio Greco, p. 210 e 211 e 213:

Na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, o contribuinte puderse furtar ao imposto (ainda que licitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem dignidade e relevância até mesmo maiores que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º).

[...]

Nesse contexto é que vejo a inserção da temática do abuso do direito da auto-organização no âmbito tributário. Ou seja, a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao fisco quando forem fruto de um abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal. Aqui não se está falando da figura prevista no artigo 123 do CTN, mas da possibilidade de os efeitos fiscais de atos privados não serem admitidos pelo Fisco quando implicarem deslocamento do foco visado pela lei ao qualificar a manifestação de capacidade contributiva.

[...]

Sublinhe-se que, depois do Código Civil de 2002, abuso de direito não é apenas caso de inoponibilidade perante o Fisco, é hipótese de ato ilícito que destrói um dos requisitos indispensáveis para haver efetivo planejamento tributário.

[...]

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

(grifos no original)

Ao se empenhar em seguir, *ipsis litteris*, os passos para promover uma reorganização societária que não existia sequer razão para existir, nos deparamos com a simulação e o abuso de o direito de *auto-organizar-se*. A reorganização societária, no presente caso, apesar de seguir *a lei*, fere os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva, e não teve outro propósito a não ser evadir-se da tributação.

O dolo - natural nas simulações jurídicas - está visível nos meses em que foram tramados o *benefício* de uma avaliação estratosférica (de R\$ 21.211.372,51, em dezembro de 2004, para R\$ 209.106.950,00) e pretender, sem gastar um níquel sequer, que esta valoração patrimonial se transforme em despesa dedutível. Saliente-se que não se está criticando o Laudo de Avaliação de expectativa de rentabilidade futura, em si. Criticam-se os

efeitos fiscais para os fins de utilização como amortização de ágio não pago, gerado entre empresas interligadas, com incorporação às avessas.

Qual o gasto com esta despesa para gerar qualquer espécie que fosse de dedução de lucro? A ausência de qualquer pagamento, somente a movimentação de participações societárias, entre empresas sob o mesmo controle, impede que o ágio gerado se torne dedutível. A rentabilidade futura esperada pela Copagaz e renunciada no Laudo de Avaliação não gerou qualquer despesa para a própria Copagaz. O manejo das participações societárias para B ou C também não geraram qualquer despesa patrimonial, real, que justifique contabilmente ou tributariamente ser algum valor dedutível.

A recorrente pode defender o motivo econômico para reavaliar o seu patrimônio, mas partir deste motivo para constituir despesa amortizável, com a utilização de empresa-veículo, objetivando unicamente o seu favorecimento em detrimento dos cofres públicos, como se fosse escusável interpretar a norma tributária de regência da matéria como uma renúncia fiscal, é se distanciar demais da interpretação sistemática e teleológica das normas tributárias.

E esta inocência da contribuinte não pode ser atestada, dados os atos praticados para dar aparência de verdadeira reorganização societária, aquisição de empresa com ágio (porém, sem pagamento), simulações jurídicas que configuram o abuso de direito clássico. Tudo contrapõe-se à retórica da recorrente para eximir-se do dolo, elemento necessário à caracterização da fraude tributária e cominação da multa qualificada.

Houve, sim, manifesta intenção em fraudar o fisco, não podendo ser escusados os atos praticados pela contribuinte para evadir-se da tributação correta, agravada esta conduta por destinar-se a vários anos sucessivos de evasão fiscal.

Neste diapasão, data vênua a corrente jurisprudencial que admite o lêdo engano dos contribuintes ao interpretar que as disposições dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 favoreceriam estes procedimentos em busca da dedutibilidade do ágio interno, aproveito para votar pela manutenção da multa qualificada, cominada na autuação e bem justificada no item 1.3 (Da Simulação) do Termo de Verificações Fiscais.

Ao final de tudo, acompanho as conclusões da fiscalização, do acórdão recorrido e da jurisprudência majoritária deste Conselho, pois se extrairmos toda a 'maquiagem' bem elaborada com atos essencialmente formais celebrados pelos interessados, no presente caso, o que temos, na verdade material dos fatos, ou seja, em essência, ou substância, é a reavaliação do patrimônio da "Copagaz" e o aproveitamento desta diferença como um valor apto a reduzir o lucro a ser tributado durante sucessivos anos-calendários. Por certo, nunca foi o fim teleológico da norma tributária que disciplina a amortização do ágio (verdadeiro) que as empresas, pelo simples cuidado de atenderem-se a formalismos sem substância, sem causa que justifique, podem reavaliar seus patrimônios e, ao mesmo tempo, gerarem despesas (sem qualquer dispêndio financeiro!) para se esquivarem de apurar lucro tributável.

No que concerne à responsabilidade solidária de UEZE ELIAS ZAHRAN, guindado à sujeição passiva solidária pela fiscalização, o ponto forte para este procedimento é ser esta pessoa física, sem dúvidas, a pessoa identificável nos contratos sociais das três empresas como aquela que detém o poder decisório. Após trazer todo o histórico das empresas, sempre com ênfase para a pessoa ora referenciada, a fiscalização conclui:

Também não resta cabível o embasamento legal adotado pelo contribuinte – artigo 386, III – RIR/99, para a dedução do referido ágio, uma vez que a operação de incorporação às avessas, efetuada pelo contribuinte, não teve nenhum propósito negocial, tratando-se de operação fictícia, autorizada, recepcionada e reconhecida pelo sócio-administrador UEZE ELIAS ZAHRAN, CPF 004.110.431-53.

E no item próprio à responsabilização, no Termo de Verificação Fiscal e Responsabilidade Solidária, fundamenta-a nos artigos 121 c/c o 135, ambos do CTN, destacando que houve infração à lei.

Tem-se, portanto, que as razões para incluir a pessoa de UEZE ELIAS ZAHRAN no pólo passivo da obrigação tributária no caso em questão surgiu de dois pontos: a inequívoca atuação desta pessoa com o poder de mando, gestão, nas empresas (cargos de administrador-diretivo nas três empresas envolvidas) e o dolo, já constatado, na realização das simulações jurídicas realizadas a fim de evadir a empresa-contribuinte da tributação. UEZE ELIAS ZAHRAN seria o autor das maquinações jurídicas, ao ver da fiscalização. Serão estes pressupostos suficiente para colocá-lo na solidariedade passiva?

Declinando de defender, neste âmbito administrativo, se a responsabilidade fixada no artigo 135, inciso III, do CTN é de natureza solidária, pessoal ou subsidiária, por entender que esta discussão cabe na execução fiscal, adoto a tese que há responsabilização do sócio/acionista/diretor-administrador pelo crédito tributário devido pela pessoa jurídica, quando este crédito surgiu, de forma direta, em razão de infração tributária causada por ação praticada em sua gestão. Se o gestor da empresa age dolosamente, com intuito de fraudar o fisco, infringindo a lei tributária (*lato sensu*), prejudica a própria pessoa jurídica e, por esta razão, deve responder, ao meu entender, solidariamente pelo crédito tributário lançado de ofício, ao desfazer-se, pelo fisco, a simulação jurídica praticada pelo administrador da pessoa jurídica.

Neste diapasão se manifestou a Procuradoria da Fazenda Pública, no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/09:

[...]

61. De tudo isso, é importante guardar que o "sócio-gerente", de acordo com a jurisprudência hoje aceita pelo STJ, torna-se responsável não por ser "sócio", mas por ter cometido ato ilícito enquanto "gerente". Em verdade, a condição de sócio é irrelevante. Dois são os elementos verdadeiramente relevantes para sua responsabilização: (a) ser administrador e (b) ter cometido ato ilícito nessa posição. Por ser administrador e ter cometido infração à lei, pode o terceiro ser responsabilizado; não por ser sócio. Dessarte, podemos afirmar com segurança que, segundo o entendimento firmado no STJ, o administrador é chamado a pagar o crédito tributário da pessoa jurídica administrada em forma de responsabilidade por ato ilícito.

[...]

96. A consequência jurídica principal da conclusão de que o administrador que comete ato ilícito, no exercício da gerência, responde solidariamente com a pessoa jurídica pelo crédito tributário, sem benefício de ordem, é a de que ele, nesse caso, deve ser considerado "sujeito passivo" e "devedor" para efeito de aplicação da legislação tributária em geral. É ele "sujeito passivo" porque, por força do art. 121, parágrafo único, II, do CTN, todo responsável é sujeito passivo tributário. É ele "devedor" em razão de que a pretensão do Fisco para com ele é exigível independentemente da solvabilidade da pessoa jurídica.

## CONCLUSÃO

106. Em resumo, alinhamos aqui os fundamentos e as conclusões do presente Parecer:

a) A responsabilidade do dito "sócio-gerente", de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de "gerente" (administrador), e não da sua condição de sócio;

b) A responsabilidade do administrador, por força do art. 135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito;

c) Para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social;

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

[...]

Mantenho a responsabilização solidária do gestor da empresa nos casos de simulação dos negócios jurídicos e flagrante abuso de direito.

## V) Conclusão

A jurisprudência dominante deste Conselho tem se inclinado no sentido de admitir a dedutibilidade do ágio nos casos de aquisição de participação societária quando presentes os seguintes requisitos:

- 1- efetivo pagamento do custo total da aquisição, inclusive do ágio;
- 2- realização de operações entre empresas não ligadas entre si;
- 3- lisura na fundamentação do ágio: avaliação de empresas adquiridas / laudo confiável;
- 4- alteração do controle acionário após a absorção da empresa adquirida com ágio;
- 5- propósito comercial efetivo na incorporação realizada

No presente caso, consoante relatado e apreciado, somente houve atendido o requisito relativo ao laudo de avaliação da recorrente com expectativa de rentabilidade futura, pelo que correta a fiscalização em proceder a glosa das despesas de amortização pelo ágio artificial gerado intragrupo.

No mais, convicta pelas razões de decidir ora esposadas, sendo suficientes para motivar este voto, adoto ainda as razões de decidir da turma julgadora de primeira instância por comungar das mesmas teses esposadas.

Por todo o exposto, voto, em preliminar, em afastar a alegação de decadência, bem como as nulidades suscitadas pela recorrente, e, no mérito, em negar provimento ao recurso e manter a responsabilidade solidária de UEZE ELIAS ZAHRAN.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich

## Voto Vencedor

Não obstante o bem elaborado voto da I. Conselheira, ousou dele divergir, pelas razões a seguir expostas.

Primeiramente, vale lembrar como se deu a evolução da legislação acerca da matéria posta em debate, se não vejamos o que se segue.

O Decreto-Lei 1.598/77 dispunha, no seu art. 34, que, na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituísse seria computado na determinação do lucro real, como perda de capital dedutível, a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado. Facultativamente, o contribuinte, para efeito de determinar o lucro real, podia optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos. Então, a diferença entre o valor contábil registrado na investidora e o valor a preço de mercado da incorporada constituía uma perda de capital dedutível da base tributável em caso de fusão, cisão e incorporação.

Art 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

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

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e

b) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente

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

Vale salientar que, durante muito tempo não se admitiu ágio ou deságio na subscrição de ações, algo que veio começar a ser aceito com uma mudança de entendimento da CVM, se não vejamos o seguinte excerto da Nota Explicativa CVM nº 247/96, *in verbis*:

**“7 - DO ÁGIO OU DESÁGIO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL**  
*Alguns esclarecimentos e alterações importantes foram feitos neste tópico. A primeira, e talvez a principal delas, trata da existência de ágio/deságio na subscrição de ações. Até algum tempo atrás, era entendimento de muitas pessoas que o ágio e o deságio somente surgiam quando havia uma aquisição das ações de uma determinada empresa (transação direta entre vendedor e comprador). Hoje, entretanto, já existe o entendimento de que o ágio ou o deságio pode também surgir em decorrência de uma subscrição de capital. Em um processo de subscrição de ações, quando há alteração no percentual de participação, o entendimento era de que a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações constituía uma perda de capital na investidora (e um ganho na empresa cuja participação estava sendo diminuída), e essa perda/ganho deveria ser contabilizada, no resultado não operacional, como variação de percentual de participação. Posteriormente, verificou-se que quando essa parcela subscrita decorre, por exemplo, da subavaliação no valor contábil dos bens, existe a figura do ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.”*

Certo que o posicionamento da CVM não teria o condão de alterar a legislação tributária, mas tal entendimento terminou sendo absorvido pela legislação tributária, a qual começou a tratar como ágio a parcela subscrita que ultrapassasse o valor patrimonial das ações e, mais do que isso, a considerar a existência de ágio na investidora, mesmo que não tenha havido uma negociação direta com terceiros.

Valendo-se disso, muitos contribuintes praticaram simulações fiscais conhecidas como “operação casa-separa”, a qual permite a alienação de ativos sem o oferecimento à tributação do ganho de capital por parte do alienante e com a criação de ágio amortizável na adquirente.

Por exemplo, imaginemos que uma empresa A deseja comprar um galpão pertencente a empresa B. As duas combinam a constituição de uma empresa C, inicialmente tendo como sócio a empresa B, que integraliza capital em C com a entrega do galpão pelo valor de \$ 100,00. Posteriormente, aumenta-se o capital de C em 100,00 (de \$ 100 passa para \$ 200), os quais são subscritos por A com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura de C, no valor de \$ 400. O ágio pago no valor de \$ 400 comporá reserva de ágio em C (não tributável). Por sua vez, avaliando os investimentos pelo MEP: o sócio A registra um

investimento no valor de \$ 300 e ágio por expectativa de rentabilidade futura no valor de \$ 200, por sua vez, B registra um investimento no valor de \$ 300 (50% do PL de C) – logicamente, com um ganho por variação de participação societária não tributado no valor de R\$ 200. Realizado o casamento, chega a hora da separação, em que eles pactuam a saída de B da sociedade, recebendo o valor contábil do investimento (\$ 300), logo, sem incidência de IR já que não há ganho de capital. No segundo momento, A incorpora C e passa a deduzir das bases tributáveis a despesa de amortização do ágio no valor de \$ 200. Assim, foi dissimulada uma operação de compra e venda do galpão, a qual geraria um ganho de capital tributável no valor de \$ 200 para B e o ágio que A registrou não existiria, pois seria parte do custo de aquisição do Galpão adquirido.

Isso tudo só foi possível devido a mudança de entendimento da CVM sobre ágio na subscrição que a RFB não se posicionou contrariamente. Note-se que essa simulação fiscal (casa-separa) não geraria o ágio amortizável se continuássemos a tratá-lo como perdas por variação de participação societária, ou seja, como perda não dedutível fiscalmente<sup>12</sup> o valor da parcela subscrita que ultrapassou o valor patrimonial das ações (no nosso exemplo os R\$ 200 registrado por A como ágio) e, conseqüentemente, como ganho não tributável os R\$ 200 registrado na contabilidade do sócio B (veja que o investimento em C passou de R\$ 100 para R\$ 300).

Até agora sabemos que o ágio é a diferença entre o valor pago pelas ações e o valor patrimonial dessas ações. Ora, com a subscrição de ações, a uma assunção de dívida pelo subscritor, sendo que a integralização do capital pode se feita pela entrega de bens (dação em pagamento) ou pelo simples pagamento em dinheiro. Assim nasceu, ainda dentro do processo de privatização das empresas estatais, um novo pleito o qual consistia em fazer com que o ágio passasse a ser gerado por mero laudo de avaliação em conferência de ações, ou seja, evitando assim que o investidor tivesse que desembolsar recursos financeiros na aquisição das estatais. Isso seria possível, por exemplo, se o investidor pudesse integralizar capital na estatal com ações de uma terceira empresa, avaliada acima de seu valor patrimonial. Todavia, se ações dada em pagamento estavam contabilizadas por um valor menor do que aquele que lhe foi conferido, haveria ganho de capital a ser tributado. Como então remover esse obstáculo?

Em 1991, em pleno processo de privatização do Governo Collor de Mello (Lei 8.031/90), a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emite o Parecer PGFN nº 970/1991, o qual colocou em dúvida até a possibilidade de se tributar o ganho de capital auferido quando se dá, em integralização, um ativo contabilizado por um valor menor que o valor das cotas/ações integralizadas, se não vejamos:

*“8. Por outro lado, o imposto de renda tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de uma renda ou de proventos de qualquer natureza, segundo preceitua o art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66). Como o conceito de renda é um conceito econômico e até hoje sem nítidos contornos, temos que o referido imposto incide sobre a percepção de uma renda segundo critério jurídico. Isto significa que só são considerados renda ou proventos os que a lei define como tais, coincidam ou não com o conceito econômico.*

*9. Ora, como demonstramos, os particulares e o Estado participam de uma operação de troca (permuta), pois os participantes do leilão*

<sup>12</sup> Art. 23, § 5º, do DL 1589/77: 5º - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização de ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (dispositivo vigente à época).

*também buscam trocar títulos públicos por participações acionárias das estatais, e, dessa forma, afastar-se-ia a preocupação dos reflexos na licitação (leilão), pois o objetivo final dele não são os cruzeiros, mas a maior quantidade de títulos públicos.*

(...)

*15. Ainda que se quisesse, ad argumentandum, ver um ganho de capital entre a aquisição do título por 40 e o valor 100 conferido na troca, creio que haveria obstáculos jurídicos, relativamente ao aspecto temporal do fato gerador e a própria base de cálculo.*

(...)

*16. É evidente que o momento não seria aquele da troca, mas sim quando o particular vendesse a participação acionária trocada. E, ainda, não existiria base de cálculo, pois o valor referencial em cruzeiros no leilão, existe somente como estímulo à troca dos bens (papéis públicos).*

*17. Esta tributação, ainda, seria iníqua, pois como não foram recebidos cruzeiros, não haveria disponibilidade líquida do contribuinte, e, em consequência, naquele momento nenhuma base de cálculo para o fato gerador, pois a renda fica sujeita à tributação quando realizada e quantificada; evidentemente não é a hipótese sob exame.”*

Com a devida vênia da douta PGFN, órgão mercedor das mais elevadas considerações e respeito, tal Parecer era frágil juridicamente, pois não havia como negar o ganho de capital na espécie, tanto que se fez necessária a edição de uma norma para diferir a tributação de tal ganho, se não vejamos o art. 65 da Lei 8.383/91, *in verbis*:

“Art. 65. Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação:

§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou

deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.”.

Agora, no ano de 2015, o Ministro de Estado da Fazenda aprovou o Parecer/PGFN/CAT/Nº 1722/2013 que, nas suas conclusões, sustenta que: “39.1. o entendimento consubstanciado no Parecer/PGA/Nº 970/91 restringe-se ao âmbito do PND, não podendo ser estendido a situações outras que não aquelas especificamente tratadas no referido opinativo”. Esta foi apenas uma maneira eufemística de a douta PGFN reconhecer seu erro, pois não seria o PND que transformaria em permuta o que era uma dação em pagamento, nem seria ele (PND) que iria fazer desaparecer o ganho de capital, mas apenas o art. 65 da Lei 8.383/91, o qual, aí sim, limitou seu alcance às operações dentro do PND.

Todavia, agora abre-se um parêntese, pois somente mais a frente é que veremos que a tentativa de neutralizar a tributação do ganho de capital, quando da integralização de capital com a dação de bens em pagamento, não findou com o art. 65 da Lei 8.383/91, mesmo porque é de se notar que o art. 65 limitava a dação a títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União.

No final de 1994 é publicada a MP 812/94 (posteriormente convertida na Lei 8981/95), a qual altera o regime de compensação de prejuízos fiscais, pois abandona o limite temporal e adota o limite quantitativo. Tal alteração veio se tornar, posteriormente, fundamental para o planejamento com ágio em tela, isso porque o valor amortizável dos ágios era tão elevado, em muitos casos, que dificilmente o contribuinte teria lucro para absorver a despesa em 4 anos (período máximo para compensação de prejuízos no regime anterior), razão pela qual essa alteração permitiu que a despesa de ágio se transformasse em saldo de prejuízos fiscais compensáveis *ad perpetuam*.

No ano de 1995, o art. 21 da Lei 9.249/95 veio amplificar o ágio amortizável (ou a perda de capital na dicção do art. 34 do DL 1598/77), pois, ao contrário do previsto no art. 34 do DL 1598/77, passou a ser possível avaliar a investida a ser incorporada pelo seu valor contábil.

Note-se que, pelo art. 34 do DL 1.598/77, já era autorizada a dedutibilidade da diferença entre o valor contábil do investimento e do seu acervo líquido incorporado (avaliado a preço de mercado) como perda de capital dedutível (de uma vez só ou amortizável em 10 anos), logo não foi o art. 7º da Lei 9.532/97 que tornou dedutível o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Todavia, a Lei 9.532/97 ainda facilitou mais o processo de privatização, ao dispor no seu art. 8º que a despesa com amortização do ágio continuasse a ser dedutível das bases tributáveis, mesmo que a empresa veículo (controladora da empresa operacional - estatal privatizada) fosse incorporada por sua controlada (estatal privatizada) - *downstream merger*<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Do ponto vista societário, vale ressaltar que antes mesmo da Lei 9.532/97, a incorporação da investidora pela investida (*downstream merger*) já tinha sido admitido, ainda que sem legislação que a previsse, pelo Parecer MICT/CONJUR nº 113/96. Tal parecer veio por fim a posicionamento como da Junta Comercial do Rio de Janeiro que indeferia o arquivamento de atos de incorporação reversa por entender que ela não teria sido prevista na Lei 6.404/76 (Lei das S/A) e que sua implementação caracterizaria hipótese de negociação com as próprias ações, vez que implicaria a aquisição destas pela sociedade incorporadora, o que seria vedado pelo disposto no art. 30 da Lei das S/A, salvo exceções taxativamente previstas no § 1º do

Isso era fundamental para preservação do direito à compensação do saldo de prejuízos fiscais acumulados pela estatal privatizada, já que o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.341/86 veda à pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar prejuízos fiscais da sucedida. Logo, com a incorporação reversa estava garantido também a compensação dos saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL acumulados pela estatal privatizada antes da privatização. Em suma: o controle da empresa privatizada era adquirida com ágio; o controle e o ágio eram transferidos, em integralização de capital, para uma empresa veículo; por último, a empresa veículo (controladora) era incorporada por sua controlada (empresa privatizada), a qual passava a amortizar o ágio, por força dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Até esse momento a legislação fiscal só permitia que se transferisse para a empresa operacional adquirida o ágio efetivamente pago a terceiros, o que vulgarmente denomino de transferência de ágio externo.

Todavia, consulta formulada à Cosit em 2002, por uma importante entidade de âmbito nacional, a qual coube-me o exame, sustentava que, em uma situação em que uma Companhia 1 fosse integralizar capital em uma Companhia 3 com a conferência de ações de uma Companhia 2, poderia resultar em ágio na Companhia 3 e nenhum ganho de capital na Companhia 1.

Sustentava o Consulente que, se o preço de emissão das novas ações da Companhia 3, a serem subscritas pela Companhia 1 como resultado da conferência das ações da Companhia 2, fosse fixado levando-se em conta o valor econômico das próprias ações conferidas (ou seja, ações da Companhia 2 avaliadas acima do seu valor patrimonial, ou seja, com ágio), de forma que a cada ação da Companhia 2, conferida ao capital da Companhia 3, corresponda 1 ação da Companhia 3, não havia que se falar em ganho de capital, pois, em seus registros contábeis, a Companhia 1 deveria proceder a uma mera substituição em sua conta de investimentos, substituindo em seus registros a contabilização de ações representativas de um investimento na Companhia 3. Não obstante a redação final da solução de consulta não fosse mais exatamente a, por mim, proposta, prevaleceu a idéia central no item b das conclusões:

***“b) não se pode depreender da inteligência do art. 434 do RIR/99 que a companhia, pelo simples fato de ter elaborado laudo de avaliação do ativo, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404/76, esteja obrigada a levar a registro em sua contabilidade eventual mais-valia apurada no valor do investimento, desde que o lote de ações da Companhia 2, que se afirma ter o mesmo valor das ações a serem integralizadas da Companhia 3, seja incorporado ao patrimônio da Companhia 3 pelo valor contábil registrado na escrita da Companhia 1;”***

Ao se exigir que, *in casu*, as ações da Companhia 2 fossem registradas, na Companhia 3, pelo valor contábil registrado na Companhia 1 e que tal valor fosse exatamente o mesmo valor de emissão das ações da Companhia 3, indiretamente, estava sendo dito que não

---

referido artigo. Por sua vez, o Parecer MICT/Conjur nº 113/96 sustentou que: *“Embora não expressamente prevista na lei, é possível a incorporação de sociedade controladora por sua controlada. Não tem aplicação ao caso o disposto no art. 30 da Lei das S.A. (o qual proíbe à companhia negociar com as próprias ações), por se tratar de sucessão universal. As ações ou quotas que a sociedade incorporada possuir do capital da incorporadora, devem ser extintas, podendo, porém, permanecer em tesouraria, até o limite dos lucros acumulados e reserva, exceto o legal, por aplicação analógica do disposto no art. 226, § 1º, da Lei 6.404/76”.*

poderia existir ágio na aquisição das ações da Companhia 2 pela Companhia 3, sem que houvesse um ganho de capital tributável na Companhia 1.

Surpreendentemente, alguns meses depois de expedida essa solução de consulta, o art. 39 da MP 66 (DOU de 30/08/2002) veio confirmar que a Solução de Consulta estava certa quando afirmava haver ganho de capital se houvesse ágio na outra ponta, mas, por outro lado, diferiu a tributação até que houvesse a alienação das ações integralizadas (no exemplo dado, o ganho de capital obtido com as ações da Companhia 2 só seria tributado, na Companhia 1, quando ela alienasse as ações da Companhia 3). Todavia, o legislador da MP 66 teve o cuidado de deixar claro, no § 2º, que não seria considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação. Com isso, não havia mais sequer a necessidade de se desembolsar recursos no pagamento de ágio, pois esses passaram a ser gerados por meros laudos de avaliação em conferência de ações.

Em 2005, coube-me redigir proposta da RFB de revogação do art. 36 da Lei 10.637/02, proposição essa que foi inserida na MP 255/05 e que previa não só fim do diferimento da tributação de tal ganho de capital, como também uma tributação mínima anual (caso não houvesse a realização do investimento) do ganho já diferido e controlado na Parte B do Lalur. O Congresso Nacional achou por bem apenas revogar o art. 36, sem disciplinar como se daria a tributação dos ganhos de capital que já tinham sido diferidos. Tal fato veio reforçar a ideia de que tudo aquilo tinha sido feito para o processo de privatização, razão pela qual, findo o processo, poderia ser revogada a norma, mas não tributar o passado (ganhos de capital diferidos controlados no Lalur)

Ora, realmente entendo toda a indignação das autoridades lançadoras diante dos diversos tipos de planejamento com ágio gerados pelas normas retro mencionadas, porém, tais planejamentos foram autorizados e até incentivados pelo legislador federal<sup>14</sup>, com um conjunto de normas que se encaixam com perfeição, pois, conforme demonstrado anteriormente, foi-se a cada momento se inserindo um novo elemento normativo que tornava o planejamento cada vez mais atraente. Assim, ainda que se admita um déficit ético em tais normas, elas são legítimas e válidas juridicamente, razão pela qual, salvo comprovada ilicitude dos atos praticados, o simples fato de o recorrente ter se valido de todos esses permissivos legais não pode jamais ser interpretado em seu desfavor.

Note-se que, sem o art. 36 da Lei 10.637/02, a contrapartida do ágio que ora se discute, o ganho de capital da MS, seria tributado de imediato, não gerando qualquer vantagem tributária para o grupo controlador da recorrente. Ora, como então dizer que houve simulação, abuso de direito ou fraude? Se o Fisco, no presente caso, sustenta que o ágio registrado pela Sigma ao aceitar a participação da MS na Copagaz em integralização de capital era fruto de simulação, deveria também determinar que a MS baixasse da parte B do seu Lalur o ganho de capital que ali foi registrado. Na verdade, como o legislador ordinário, até hoje, não se prontificou a autorizar o Fisco a tributar milhões ou mesmo bilhões que estão controlados na parte B do Lalur das sociedades que se valeram do permissivo legal do art 36 em tela, tem o Fisco tentado desqualificar a operação que seguia o figurino legal retro tratado.

Outra questão importante reside na falta de precisão da acusação fiscal e, conseqüentemente do voto da I. Relatora, se não vejamos os seguintes excerto do voto:

<sup>14</sup> Certamente, que o destinatário de todas essas alterações normativas foram os licitantes dos pregões de empresas estatais, mas, em uma República, a norma beneficia a todos se o legislador não a exceuou.

"Ao se empenhar em seguir, *ipsis litteris*, os passos para promover uma reorganização societária que não existia sequer razão para existir, nos deparamos com a **simulação** e o **abuso de o direito de auto-organizar-se**. A reorganização societária, no presente caso, apesar de seguir *a lei*, fere os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva, e não teve outro propósito a não ser evadir-se da tributação."

Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda - o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelo controlador da recorrente ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.

Sobre a diferença entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, vale a transcrição do seguinte excerto da lavra do ex- Ministro Moreira Alves, em parecer apresentado em outro processo que tramitou neste CARF, *in verbis*:

"Assim sendo, tem razão a imensa maioria da doutrina quando acentua, como o faz Domingues de Andrade, que o negócio jurídico sempre se distinguirá da simulação (relativa), uma vez que as partes querem verdadeiramente o negócio-meio, com os efeitos que lhes são próprios, embora só para conseguirem através dele um resultado prático diverso do que lhe é normal, ou, como, em substanciosa monografia sobre a simulação nos negócios jurídicos, refere Distaso, aderindo à posição de Pugliese no sentido de que a decisiva diferença entre negócio indireto e o negócio relativamente simulado é que 'o negócio indireto é um negócio real, empregado efetivamente pelas partes como meio para alcançar o escopo ulterior, que não se realiza na verdade através de um negócio diverso daquele que aparece celebrado, enquanto, no caso de simulação relativa, o negócio simulado não é senão uma forma negocial aparente diversa da forma negocial que assume a intenção realmente perseguida pelas partes'.

(...)

Em suma, como enfatiza Domenico Barbero, quanto ao negócio jurídico indireto, e a observação se aplica como luva ao caso sob exame, 'não há simulação, porque nada é fingido, tudo é real e realmente querido', inclusive - acrescento - as consequências jurídicas de cada um dos negócios que integraram essa combinação de negócios com escopo indireto ora sob consulta.

4. No tocante ao segundo quesito - 'Não sendo simulação, a negociação feita através dos atos descritos na consulta é válida perante

o direito privado? -, respondo que, não tendo havido simulação no caso, como salientei na resposta ao quesito anterior, é válida perante o direito privado, a negociação que foi feita por meio da combinação dos negócios com escopo indireto objeto da presente consulta.

Não existindo simulação, não há também, na espécie sob exame, a ilicitude que resulta da figura da fraude à lei, mas se impõem que se faça a análise a respeito dela, porquanto, como observa Domenico Rubino, o negócio indireto se presta perfeitamente a torna-se instrumento da fraude: quando o seu resultado ulterior é proibido, tem-se um negócio in fraudem legis."

Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 c/c o art. 36 da Lei 10.637/02, seja agora ato ilícito.

Ora, verificado acima que os atos praticados não se enquadram no conceito de simulação, verifiquemos se seria cabível enquadrá-los como abuso de direito.

Preliminarmente, vale a transcrição do seguinte excertos do TVF:

179. Após o Código Civil de 2002, como o abuso de direito **passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito**, em relação a questão tributária, o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estar mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

A natureza jurídica do abuso de direito não é tão tranquila como o autuante faz crer, pois a doutrina pátria tem se dividido em duas correntes, uma que sustenta que o abuso de direito é uma categoria autônoma e outra que entende que é apenas uma modalidade de ato ilícito. Nesse sentido, Venosa (in Direito Civil, ed. Atlas, 4ª ed., p. 621) professa que:

“A doutrina tem certa dificuldade em situar o abuso de direito em uma categoria jurídica.

Primeiramente, a teoria ora tratada foi colocada em capítulo **‘Da responsabilidade civil’**, como **simples expansão da noção de culpa. Também foi o abuso do direito situado como categoria autônoma, uma responsabilidade especial, paralela ao ato ilícito.**”

Sobre isso também, vale trazer a lume artigo da lavra de Dinalva Souza de Oliveira (na sítio: ambito-juridico.com.br) que bem resume diversos posicionamentos da doutrina nacional:

“A questão que se coloca é saber se em razão de se adotar uma ou outra corrente, no que se refere à natureza jurídica do abuso de direito, há alteração nas consequências jurídicas daí decorrentes.

Entre os defensores do entendimento que o abuso de direito se trata de categoria autônoma, cita-se (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 256), **para os quais o abuso de direito**

*“É categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo”.*

Na mesma linha, Heloísa Carpena (2002) apud Farias e Rosenvald (2012, p. 682) afirma que *“o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, porém, não pode ser considerado como um ato ilícito, devendo ser classificada como uma forma autônoma de antijuridicidade.”*

Registra-se ainda que segundo escólio de FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 683:

*“O legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.”*

Em sentido contrário, Paulo Nader entende que o abuso de direito

*“É espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. É equivocado pretender-se situar o abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no *iuspositum* e nos pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desdobra-se no âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito” (NADER, 2004, p. 553)*

Pode-se afirmar que ainda há uma **terceira via**, capitaneada por **Flávio Tartuce (2004) apud Villas-Bôas (2013)** o qual visualiza no abuso de direito a natureza jurídica mista, híbrida. Portanto, *“o abuso de direito seria um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas conseqüências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo”*

Conforme cabalmente demonstrado, de forma majoritária, doutrina e jurisprudência seguem o entendimento de que para a configuração do ato abuso de direito, **é dispensável o elemento culpa.”**

Ora, a depender do posicionamento doutrinário que se adote fica afastada a teoria do abuso do direito no campo tributário, pois, se, como sustenta Flávio Tartuce, **é um ato ilícito pelas conseqüências**, teríamos então uma dificuldade na sua aplicação no campo

tributário, já que pelo inciso II do art. 118 do CTN, os efeitos legais dos fatos efetivamente ocorridos são irrelevantes para a definição do fato gerador.

Não obstante, antes mesmo da entrada em vigor do art. 187 da Lei 10.406/02, já se discutia o abuso de direito no campo tributário, quando da discussão da inserção do parágrafo único no art. 116 do CTN, pela Lei Complementar 104/01. Sobre isso, importante a transcrição do seguinte trecho de artigo publicado por Vitório Cassone ( no site: [www.agu.gov.br/page/download/index/id/892382](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892382)), *in verbis*:

A “justificação” do anteprojeto que resultou na LC 104 (Ofício SRF/GAB nº 1.594/99, de 08.09.1999), é versada nos seguintes termos:

**“5. A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário adotados com abuso de forma ou de direito.”**

Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe:

Art. 116. *Omissis*.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária**.

Ora, se este era o instrumento de que podia se valer o Fisco para desconsiderar os atos de abuso de direito praticados pelos controladores das ditas “empresas veículos”, comprometida estará a autuação, por ser inaplicável tal parágrafo único enquanto não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para tal desconsideração dos atos abusivos.

Cabe lembrar que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/2002, que tratavam dos procedimentos exigidos para a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, foram retirados do texto da lei de conversão (Lei 10.637/02) pelo Congresso Nacional. Ora, à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil? Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

Observe-se que é totalmente justificável a preocupação do legislador complementar ao exigir que a lei ordinária disciplinasse os procedimentos para que o Fisco pudesse desconsiderar atos abusivos, tendo em vista que, ao contrário do abuso de direito no

campo cível que ocorre em uma relação de coordenação entre particulares; no campo tributário, há sempre uma relação de subordinação, na qual em razão do interesse público é conferida uma superioridade ao Estado Fiscal sobre o particular. Por isso, é necessário que se estabeleça procedimentos, para garantir o mais amplo direito de defesa ao contribuinte, em razão do enorme poder que foi conferido ao Estado Fiscal por uma norma de caráter excessivamente aberto.

Ademais, há que se ter em conta que a teoria do abuso de direito foi concebida dentro do direito privado, razão pela qual guarda certas incompatibilidades com o Direito Público, como observa Alberto Xavier (*in* Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, Ed. Dialética, p.107):

“A transposição da doutrina civilista do abuso de direito para o Direito Público, em especial para o Direito Tributário, merece severas objeções.

A primeira é a de que ela conduz a um grau de subjetivismo na aplicação da lei tributária incompatível com a segurança jurídica, nas suas vertentes de proteção da confiança da lei fiscal e de previsibilidade da ação estatal, pois comete a órgãos do Poder Executivo, que têm a primeira palavra na aplicação das normas tributárias aos casos concretos, a perquirição dos motivos da conduta negocial dos particulares, bem como a definição autoritária dos parâmetros da ‘adequação’, da ‘normalidade’ e da ‘razoabilidade’ dos modelos negociais por eles adotados.

Tal subjetivismo – ainda que nas mãos do mais competente, correto e leal funcionário – galará de justo temor todos os que realizam negócios menos tributados que outros. Será que a opção adotada foi elisiva? Como pensará o agente fiscal a respeito da adequação, usualidade ou razoabilidade da forma jurídica escolhida? Como avaliará tal agente o grau de preponderância, exclusividade ou concorrência dos motivos que conduziram à escolha?

A segunda observação é de que a doutrina do abuso de direito é cientificamente equivocada, pois transplanta para as relações de Direito Público entre o indivíduo e estado conceitos exclusivamente aplicáveis às relações entre particulares.

A doutrina do abuso de direito pressupõe direitos e relações *paritárias*, situadas horizontalmente no mesmo plano, e tem por objeto vedar que o exercício de um direito subjetivo por um particular atinja, por colisão, o direito subjetivo de outro.

Sucede, porém, que as relações entre indivíduo e Estado não são relações paritárias, situadas horizontalmente no mesmo plano, nem o Estado é titular de direitos subjetivos suscetíveis de serem lesados pelo exercício de direitos dos particulares. As relações entre indivíduo e estado são relações entre “administrados” e titulares de poderes de autoridade, sendo por conseguinte relações, não entre direitos subjetivos, mas entre liberdades e competências ou poderes funcionais.

(...)

A única explicação histórica para o ingresso, no território fiscal, daquela doutrina só pode encontrar-se no espúrio conceito germânico de “abuso de formas” (Missbrauch von Formen) concebido por ideólogo nacional-socialista como instrumento de cerceamento da liberdade individual, conceito esse que ademais nada tem a ver com o conceito civilístico de abuso de direito, raiz francesa, mas sim com as variações que a autonomia da vontade pode imprimir aos modelos ou tipos clássicos de negócio jurídico.”.

Isso, por si só, já afastaria a imputação de abuso de direito com base unicamente no art. 187 do Código Civil em matéria tributária, mas lembrar que a I. Relatora, ao tratar do abuso de direito, vale-se da doutrina de Marco Aurélio Grecco, o qual, em palestra proferida na Escola Fazendária (transcrita na íntegra nos Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ano 2002), assim se pronunciou sobre o sobre o parágrafo único do art. 116 do CTN, in verbis:

“A meu ver, essa é uma norma de eficácia limitada. O que significa? Ela só adquire plena eficácia a partir do momento em que for publicada a sua lei ordinária integrativa.”

Por último, sustenta a I. Relatora *que a jurisprudência dominante deste Conselho tem se inclinado no sentido de admitir a dedutibilidade do ágio nos casos de aquisição de participação societária quando presentes os seguintes requisitos:*

- 1- efetivo pagamento do custo total da aquisição, inclusive do ágio;*
- 2- realização de operações entre empresas não ligadas entre si;*
- 3- lisura na fundamentação do ágio: avaliação de empresas adquiridas / laudo confiável;*
- 4- alteração do controle acionário após a absorção da empresa adquirida com ágio;*
- 5- propósito comercial efetivo na incorporação realizada*

Primeiro, registro que nunca me debrucei sobre o histórico das decisões do CARF acerca da matéria, mas, tomando com precedentes os pontos acima, vejamos o que segue.

Quanto ao efetivo pagamento, cabe esclarecer que não há norma que obste a integralização de capital com bens, ademais, se o conceito de pagamento em tal jurisprudência é um conceito estrito, essas decisões ofendem o próprio art. 36 da Lei 10.637/02, que previa expressamente a hipótese de ágio quando houvesse a integralização de capital com ações de outra empresa. Se há ganho de capital para o subscritor, há ágio para a investida.

Os óbices para o registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura em operações entre empresas interligadas como também quando não houver a mudança de controle só surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 12.973/14. Será que a relatora quer fazer retroagir tal norma? Certamente que não.

Processo nº 19515.722444/2013-51  
Acórdão n.º 1302-001.977

S1-C3T2  
Fl. 26

Quanto à falta de propósito negocial, já demonstramos que não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário. Assim, esvazia-se a acusação de falta de propósito negocial.

Quanto ao laudo, a Relatora nada questiona sobre os fundamentos ou métodos nele utilizados que pudessem por em dúvida a sua confiabilidade.

Em face do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.