



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720051/2019-54
ACÓRDÃO	1101-001.702 – 1ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	27 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2014

IRPJ. AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. POSSIBILIDADE. PROPÓSITO NEGOCIAL/SUBSTRATO ECONÔMICO. CONSTATAÇÃO. VALIDADE.

A Lei 9.532/97 permite ao contribuinte adquirir participações societárias mediante a interposição de empresas veículo, assegurando-lhe a amortização fiscal do ágio, inexistindo razões para demonizar sua utilização. A opção pela realização de investimentos societários mediante a interposição de empresa veículo necessária ou útil à estratégia de negócios do contribuinte não representa, por si só, infração à lei, com ou sem os reflexos tributários decorrentes da amortização do ágio.

Defenestrar a opção do contribuinte à realização de ato jurídico que a lei assegura efeitos lícitos próprios, de natureza tributária ou não, baseado na premissa de artificialidade ou de inexistência de propósito ou vício de intenção, desborda no desestímulo à realização de ato que a própria legislação assegura ser praticado. Buscar o ágio não é ilícito, salvo nos casos de demonstração de simulação ou outro tipo de patologia intencional que justifique a desconstituição do ato em si.

O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para afastar a glosa do Ágio Hostens (ágios 1 e 3) e, por maioria de votos, afastar a glosa do Ágio OTPT (ágio 2), nos termos do voto do Relator, vencidos os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Edmilson Borges Gomes que mantinham a glosa desse último ágio (Ágio OTPT – ágio 2).

Assinado Digitalmente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

Assinado Digitalmente

Efigênio de Freitas Junior – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, Jeferson Teodorovicz, Edmilson Borges Gomes, Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Efigênio de Freitas Junior (Presidente).

RELATÓRIO

EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já devidamente qualificada nos autos do processo administrativo em epígrafe, teve contra si lavrados Autos de Infração de redução de prejuízo fiscal de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquida - CSLL, (e-fls. 4.598/4.614), decorrente da glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo, com aplicação de multa qualificada de 150%, e atribuição de responsabilidade solidária, em relação ao ano-calendário 2014, conforme peças inaugurais do feito, Termos de Verificação Fiscal, de e-fls. 4.504/4.597, e demais documentos que instruem o processo, senão vejamos:

“[...]”

2. O auto de infração de IRPJ (fls. 4598/4614) resultou em redução de prejuízo fiscal de R\$ 58.806.948,24 (de R\$ 409.105.191,07 para R\$ 350.298.242,83), devido a infração “glosa de amortização de ágio”, com multa de 150%, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal, de fls. 4508/4597.

3. O auto de infração da CSLL (fls. 4598/4614) resultou em redução da base de cálculo no valor de R\$ 58.806.948,24 (de R\$ 409.105.191,07 para R\$ 350.298.242,83), devido a infração “glosa de amortização de ágio”, com multa de 150%, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 4508/4597. [...]”

Com mais especificidade, de conformidade com o Termo de Verificação e Constatação Fiscal, o presente lançamento encontra lastro nas seguintes razões de fato e de direito:

“[...]”

O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e CSLL do ano-calendário 2014, em razão de a fiscalizada, com a ajuda de terceiros, ter intercalado sociedades veículos em suas operações societárias visando simular confusão patrimonial entre a Emraport e o seus reais investidores.

As constatações que motivaram as glosas dos ágios aproveitados tributariamente tiveram por base os documentos e relatos do contribuinte fiscalizado, bem como das empresas diligenciadas.

No decorrer da ação fiscal verificamos a ocorrência de planejamento tributário ilícito, realizado através da utilização de duas empresas distintas que se prestaram a condição de veículo, em etapas diferentes das reestruturações societárias ocorridas.

Como resultado final destas reorganizações encontramos a geração e o deslocamento até a Emraport de 4 ágios que reunidos somam o valor de R\$1.014.375.274,40.

Três destes ágios envolveram a utilização de empresas veículos.

Temos sucintamente que:

Em agosto de 2009, a Liubliana (OTPP), empresa do Grupo Odebrecht, adquire a empresa Hostens Holding, empresa constituída em 2009 com capital social de R\$ 100,001.

Logo em seguida dá-se se início a uma série de aumentos no capital social da Hostens. Estes aportes financeiros visaram capacitar a Hostens a adquirir ações da fiscalizada Emraport.

A partir de então, a Hostens Holdings adquire, com ágio, ações da Emraport detidas pelo grupo Coimex, que era formado pelas seguintes empresas: CIP- Coimex Investimento Portuários, CEP – Coimex Empreendimentos e Participações e CIE - Coimex CIA Importadora e Exportadora.

A primeira aquisição da Hostens consistiu em adquirir ações da Emraport da seguinte forma:

1,39% adquirida da CEP e 50,01% adquirida indiretamente através da aquisição da CIP, que detinha participação acionária na Embraport.

Ambas a empresas CIP e CEP, assim como a Liubliana, eram subsidiárias do grupo Odebrecht.

O próximo passo da reorganização societária foi a incorporação reversa da CIP pela Embraport e concomitante a cisão parcial da Hostens com incorporação reversa da parte cindida pela Embraport.

Este processo visou deslocar o ágio gerado na Hostens para a fiscalizada Embraport.

O valor deste ágio é de R\$ 171.135.200,67 e está sendo amortizado pela Embraport, com base na expectativa de rentabilidade futura desde 2013, doravante chamaremos este ágio de ágio 1.

Entre o período de 2010 a 2012 temos outra série de reorganizações societárias desta vez envolvendo a OTPT, empresa que como a HOSTENS, também fazia parte do grupo Odebrecht, e da mesma forma que esta, se prestou de veículo de transferência no intuito de deslocar para a fiscalizada o ágio que fora gerado no FI-FGTS- Fundo de Investimento do FGTS, na aquisição pelo Fundo de ações de outra empresa do grupo Odebrecht a OTPP (antiga Liubliana).

Neste caso, o deslocamento do ágio gerado no FI-FGTS em 2010, se deu através de operações de reestruturação societária ocorridas no ano de 2012.

A série de operações de reorganização societária inicia-se com a operação que transporta ágio do FIFGTS para a OTPT. Esta operação consistiu em gerar na OTPT um ágio reflexo de valor igual ao ágio que o Fundo possuía e que havia sido gerado quando da aquisição pelo Fundo de ações da OTPP em uma operação ocorrida em setembro de 2010. O valor do ágio é de R\$ 393.198.411,33 e doravante será chamado de ágio 2.

Apenas nove dias após a operação que deslocou o ágio do Fundo à OTPT, uma nova reestruturação societária é realizada. Nesta operação ocorre a incorporação da empresa OTPT que se prestou de veículo, por sua controlada OTPP, deslocando o ágio para esta última.

Na sequência a OTPP, após ter incorporado por sua controladora OTPT, sofre cisão parcial, na proporção dos seus investimentos em suas controladas, dentre elas a fiscalizada Embraport, quando então, estas incorporam reversamente as partes cindidas e há a transferência de parte do ágio, para a Embraport.

Em 2012, ocorre a segunda aquisição de ações da Embraport do grupo Coimex. A Hostens que havia celebrado um contrato de mútuo com alienação fiduciária com a CIE- Coimex CIA Importadora e Exportadora em 2009, exerce sua opção de compra e adquire 12,27% de participação desta na Embraport, gerando nesta operação um ágio de R\$ 23.735.870,40, doravante chamado de ágio 3.

Posteriormente, a Hostens é novamente incorporada pela Emraport e o ágio é transportado para a fiscalizada, a qual passa a deduzi-lo.

A partir de 2013 a fiscalizada passa a reduzir sua base de cálculo de IRPJ e CSLL as despesas amortização dos ágios acima. [...]"

Ainda de acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a multa de ofício fora qualificada ao patamar de 150% e os sócios foram responsabilizados pelo crédito tributário, diante das seguintes razões:

"[...]

9- Da Multa Qualificada:

O artigo 44, I § 1º da Lei 9.430/96 exige a multa qualificada para os casos de sonegação, fraude e conluio:

[...]

Em análise a letra da lei temos que as três figuras têm em comum o elemento volitivo e deliberado de praticar ato prejudicial ao Fisco, como demonstram as expressões "toda ação ou omissão dolosa" - arts. 71(sonegação) e 72 (fraude) e "ajuste doloso" -art. 73 (conluio). As três hipóteses de qualificação da multa estão diretamente ligadas a dolo – apurado em procedimento administrativo – no sentido de lesar o Fisco.

A partir do detalhamento das operações estruturadas de reorganização societária aqui analisadas, verifica-se que as operações societárias foram compostas por diversas etapas complexas cuidadosamente planejadas e encadeadas.

Portanto, verifica-se a clara intenção do grupo Odebrecht em conluio com o FI-FGTS, de realizar as operações na forma como as mesmas foram efetivadas, dado o esforço empenhado e as diferentes etapas conduzidas para se obter os fins pretendidos.

Destacamos a definição de fraude fiscal contida no art. 72 da Lei nº 4.502/64:

[...]

Analisemos em maior detalhe os requisitos para constatação de uma fraude fiscal. Primeiramente, há a necessidade de ação ou omissão do contribuinte tendente a, no presente caso, modificar características essenciais do fato gerador.

Trazendo elementos doutrinários, podemos concluir que os elementos essenciais do fato gerador são aqueles que compõem a matriz de incidência do crédito tributário, ou seja, o critério material que é o fundamento jurídico da incidência, o critério temporal que se traduz no momento da ocorrência do fato gerador, e o critério quantitativo que se traduz na alíquota e na base de cálculo do tributo.

O que se observa no presente caso é que o contribuinte “forjou artificialmente” um conjunto encadeado de operações societárias, através de uma empresa holding que se prestou de veículo como interposta pessoa para a aquisição de participação societária, seguida da transferência do ágio do real investidor- FI-FGTS, para a veículo. Em seguida, a incorporação dessa interposta pessoa, que nunca teve substância econômica, nunca realizou um único investimento para o propósito pela qual foi criada, e muito menos nunca foi o real investidor dos recursos financeiros na operação que gerou o ágio, porém se presta a simular o suposto direito de amortização do ágio transferido pelo real investidor a ela. Depois, logo em seguida, é incorporada por outra empresa do mesmo grupo societário, que em curtíssimo espaço de tempo cinde e transfere o ágio para a empresa objeto desta ação fiscal, ágio este que reduz indevidamente a base de cálculo do imposto de renda por meio de exclusão indevida na apuração do Lucro Real.

Verifica-se, portanto, ação coordenada e volitiva do grupo Odebrecht, em conluio com o real investidor – FI-FGTS, no sentido de aproveitar de um ágio que embora legítimo e de alto valor econômico, foi intencionalmente transferido de forma a transmutar em aparente legalidade e gerar um suposto direito de amortização, com a finalidade exclusiva de reduzir indevidamente a base de cálculo do imposto de renda por meio de exclusão indevida na apuração do Lucro Real.

Por conseguinte, observa-se claramente a presença, no caso concreto, do segundo componente essencial da fraude fiscal: a redução do montante de imposto devido em decorrência direta do impedimento parcial de ocorrência do fato gerador. Neste caso, a criação da exclusão indevida na apuração do Lucro Real impede a ocorrência do fato gerador sobre a renda deixou de ser apresentada à tributação em face da inserção indevida de amortização de ágio.

Por fim, o último componente essencial é o caráter doloso das condutas adotadas pelo grupo Odebrecht em conluio com o FI-FGTS, que levaram à alteração das características essenciais dos tributos.

Portanto, a fraude aqui apontada lesa o Erário, através da redução dolosa de pagamento de tributos de IRPJ e CSLL, sem contar com as possíveis consequências danosas ao dinheiro investido do trabalhador pelo FI-FGTS, que não foram objeto desta fiscalização.

10- Da Responsabilidade Tributária:

Passemos agora a análise dos fatos relatados no presente termo, em face do que dispõem os seguintes artigos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou Código Tributário Nacional - CTN:

[...]

Nos relatos precedentes demonstramos que as infrações apontadas resultaram de ação conjunta, contínua e coordenada de empresas do grupo Odebrecht através de seus agentes.

Como já demonstrado anteriormente, alguns diretores do grupo eram responsáveis pelas tomadas de decisões das empresas envolvidas no esquema fraudulento de simulação descrito, dentre eles temos:

1- Sr. PAULO HENYAN YUE CESENA, CPF 173.429.088-94

Paulo Henyan Yue Cesena era diretor da Hostens entre o período de 2009 e 2010, e tinha seus recebimentos realizados pelas empresas do grupo Odebrecht, como visto abaixo:

[...]

Paulo Henyan Yue Cesena é um dos depoentes da Odebrecht na operação Lava Jato, bem como era diretor da OTPT empresa do grupo Odebrecht e era da Hostens no período em que ocorreram as reorganizações societárias objetos desta ação fiscal.

2- Roberto Carlos Madoglio, CPF 048.066.338-60

Roberto Carlos Madoglio, em 2010 estava na chefia da superintendência de fundos especiais – Sufes, e seu chefe o Bolivar Tarrago, era Vice-presidente de Ativos de Terceiros – Viter.

A proposta inicial da operação entre a Odebrecht Transport Participações com o FI-FGTS (equity) em 2010 fora recebida em junho de 2009 por ele. Na ocasião, já se tinha uma ideia da operação antes do laudo de avaliação e que houve negociação tanto do valor quanto da porcentagem de participação entre o FI e a Odebrecht. Ressaltou também que havia uma urgência na aprovação dos recursos em função das seleções presidenciais de 2010, pressão essa exercida por André de Souza e pessoas ligadas ao Grupo Odebrecht. Bolivar Tarrago, então Vice-Presidente da Viter, cobrava urgência no sentido de fechar o investimento. Estava diretamente envolvido com a negociação entre o FI-FGTS e a OTPP, e tinha conhecimento de que considerando o alto valor do investimento (aproximadamente 1,9 bilhão), a participação de apenas 30 % poderia ter sido melhor negociada, mas dado o favorecimento do Grupo Odebrecht em relações com o Governo, também afirmou que não teve muita margem para negociar ou recusar o investimento. Bolivar Tarrago tinha conhecimento sobre o que estava sendo discutido no caso e na prática era quem analisava o mérito da proposta, até porque participava dos comitês internos, continuou ainda que o contato direto com o Bolivar era feito por Roberto Madoglio que afirmou que pelo que se recorda a proposta inicial do investimento foi no valor de 500 milhões de reais.

Cabe ressaltar que a responsabilização das mencionadas pessoas físicas nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, conforme exposto,

está também em consonância com o disposto ainda no artigo 1º da Portaria PGFN 180, de 25/02/2010:

[...]”

Após regular processamento, a contribuinte e os responsáveis solidários foram cientificados dos Autos de Infração em 02/09/2019 (Autuada, e-fl. 4.618) e 04/09/2019 (Paulo e Roberto – e-fls. 4.622 e 4.626), e interpuseram impugnações, de e-fls. 4.640/4.670 (Autuada), e-fls. 4.708/4.726 (Paulo) e 4.632/4.637 (Roberto), as quais foram julgadas procedentes em parte pela 2ª Turma da DRJ09 em Curitiba/PR, o fazendo sob a égide dos fundamentos inseridos no Acórdão nº 06-69.086, de 13 de março de 2020, de e-fls. 4.729/4.761, com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2014

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. INCORPORAÇÃO REVERSA.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária, com o único objetivo de transferir o ágio e artificialmente criar as condições para sua amortização como dedução na apuração do lucro real. Neste caso, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo” para transferência do ágio à incorporadora.

DECRETO-LEI 4.657/1942, LINDB, ART. 24. INAPLICABILIDADE AO CASO.

O artigo 24, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), incluído pela Lei nº 13.655/2018, não se aplica ao caso dos autos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Ano-calendário: 2014

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. REPERCUSSÃO NA CSLL.

Se os valores glosados são inadmissíveis na apuração no lucro líquido, há repercussão na base de cálculo da CSLL.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2014

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. FRAUDE

O negócio jurídico artificialmente engendrado, no intuito de transferir o ágio das empresas veículos até a empresa operacional, que dispõe de resultados tributáveis e passou a indevidamente se beneficiar da amortização do ágio, caracteriza fraude contra a Fazenda, impondo-se ao contribuinte a aplicação da multa de ofício qualificada.

RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADOR. AUSÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Inexistindo crédito tributário lançado de ofício não há possibilidade de responsabilização do administrador.

Impugnação Procedente em Parte

Sem Crédito em Litígio”

Mais precisamente, a autoridade julgadora de primeira instância achou por bem : (i) manter integralmente os lançamentos de redução de prejuízo fiscal de IRPJ e da base negativa da CSLL, e (ii) cancelar a atribuição de responsabilidade solidária do Sr. Paulo Henyan Yue Cesena e do Sr Roberto Madoglio.

Irresignada, a contribuinte autuada interpôs Recurso Voluntário, de e-fls. 4.778/4.844, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após substancioso relato das fases e fatos que permeiam a demanda, insurge-se contra a exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, sob o argumento de que as operações que deram origem às despesas de ágio amortizadas no ano-calendário de 2014 se encontram em consonância com as normas que regulamentam a matéria, sendo, portanto, absolutamente legítimas, impondo seja decretada a insubsistência do feito.

Elabora histórico/evolução da legislação que contempla o ágio, com suas nuances e exigências no decorrer do tempo, ressaltando *que no presente caso as operações de aquisição ocorreram antes de 31.12.2014 e as incorporações ocorreram antes de 31.12.2017, sendo inequivocamente aplicáveis aos ágios amortizados pela Recorrente as regras anteriores às alterações da Lei nº 12.973/14. Por tal motivo, os ágios em discussão foram fundamentados em expectativa de rentabilidade futura e amortizados para fins fiscais na proporção de 1/120 por mês.*

Explicita as operações que deram origem ao Ágio Hostens 1, e Hostens 2, aduzindo que a própria Receita Federal reconheceu serem legítimos ao ressaltar: *“Os ágios são legítimos, não se discute aqui a legitimidade do ágio (...)”* (p. 51 – fl. 4.556).

Alega que, *de acordo com a Autoridade Fiscal, a autuação decorreria unicamente do fato de a Hostens ter sido utilizada como “empresa veículo” para possibilitar a antecipação da amortização desses ágios gerados na Aquisição Hostens, na medida em que, não fosse sua existência, os ágios estariam na OTPP e na DP World Brazil B.V. (“DPW”) – o que, diga-se, é uma alegação totalmente infundada, tal como será oportunamente demonstrado.*

Em suma, destaca que a autuação fiscal teve como fundamentos os seguintes pontos:

1. *De acordo com a Autoridade Fiscal, apesar de os recursos utilizados nas aquisições de ações da Recorrente terem sido efetivamente transferidos pela Hostens, estes teriam sido remetidos por OTPP e DPW. Além disso, os sucessivos aumentos de capital da Hostens com novos recursos de OTPP e de DPW evidenciarão a condição de “reais investidoras” dessas empresas;*

2. Os diretores da Hostens teriam ligação com o Grupo Odebrecht e os seus vencimentos seriam pagos por outras empresas do Grupo.

3. A localização física da Hostens e da OTPP era a mesma: Avenida Rebouças 3970, 32º andar, Pinheiros- São Paulo;

4. O intervalo de tempo entre as operações de aquisição de ações da Recorrente e de “incorporação” da Hostens teria sido curto;

5. Movimentação financeira da Hostens extremamente ligada ao recebimento de juros do contrato de mútuo entre a mesma e a COIMEX

Aponta que o Acórdão recorrido não se aprofundou na análise dos fatos que permeiam a demanda, se limitando a tratar superficialmente dos conceitos básicos do ágio, transcrevendo excertos do Termo de Verificação Fiscal, bem como adotando os fundamentos de outros Acórdãos da DRJ sobre a matéria, concluindo simplesmente que *as operações seriam “manobras artificiais para transferir o ágio das empresas veículos até a empresa operacional Emraport, que dispõe de resultados tributáveis e passou a indevidamente se beneficiar da amortização do ágio.”*

Opõe-se à afirmação da autoridade lançadora de que *“o próprio contribuinte admite que a Hostens não teve outro propósito que não fosse participar das operações de reorganização societária que geraram o ágio de R\$ 171.135.200,67, bem como tornar possível seu deslocamento e amortização a fiscalizada.”*, asseverando que jamais houve manifestação neste sentido, tratando-se, assim, de absoluta distorção de todas as respostas da contribuinte ao longo de 3 anos de fiscalização.

Esclarece que *a criação da Hostens decorreu de estratégia de negócio para a concentração de investimento de grupos empresariais distintos, representados pelas empresas DPW (grupo estrangeiro) e Liubiana SP Participações S/A (“Liubiana”) – antiga denominação da empresa OTPP e pertencente ao Grupo Odebrecht.*

Em outras palavras, *a Hostens foi criada para ser um instrumento de investimento, mas não com o significado pejorativo que a Autoridade Fiscal tenta atribuir (i.e., inexistente, fraudulento). Essa foi a forma jurídica legítima e existente pela qual dois grupos empresariais independentes decidiram se associar para o gerenciamento de participações societárias em empresas com portfólio relacionado ao setor de infraestrutura de transporte e logística.*

Argumenta que *Hostens era empresa devidamente constituída e registrada perante os órgãos públicos responsáveis, com legítimo objetivo de participação em outras sociedades, caracterizando-se como típica empresa holding, figura societária que possui respaldo no artigo 2º, § 3º, da Lei 6.404/76 (Lei das S.A. – “LSA”).* Neste sentido, na condição de *holding*, prescinde de estrutura física relevante, o que rechaça a tese da fiscalização ao questionar a sua localização física, tendo sido constituída em 20/02/2009 e extinta em 19/09/2013, quando incorporada pela recorrente, tendo existido e cumprido seu papel ao longo dos seus 4 anos. Prova disso seria o fato

de ter havido aumentos de capital com novos recursos de OTPP e de DPW entre 26.08.2009 e 31.12.2012.

Dessa forma, repisa que *a Hostens foi a empresa que de fato e de direito adquiriu as ações da Recorrente, realizou o pagamento pelo investimento nos termos do Contrato de Compra de Ações e do Contrato de Opção e registrou a aquisição em sua contabilidade, havendo, inclusive, declarações expressas das partes nos documentos das operações de que Hostens seria a única e a real titular de direitos e deveres relacionados ao Contrato de Compra de Ações e ao Contrato de Opção, não tendo havido qualquer negociação conduzida por OTPP e DPW ou posterior cessão de posição contratual para a Hostens, fatos que, se existentes e verificados pela Autoridade Fiscal, poderiam eventualmente levantar questionamento.*

Infere que *o fato de os recursos utilizados pela Hostens nas operações de aquisição de ações da Recorrente terem sido transferidos por OTPP e DPW, por meio de aporte de capital, é inclusive, ao contrário do que alegam maliciosamente a Autoridade Fiscal, uma demonstração de sua efetiva capacidade jurídica e econômica para figurar como adquirente e exercer suas funções de holding. Ao contrário do que tentam distorcer a Autoridade Fiscal, é razoável, para não dizer óbvio, que uma empresa holding recém-formada por dois grupos empresariais para investimento no setor de infraestrutura não dispõe inicialmente de capital próprio para realizar uma aquisição da ordem de centenas de milhões de reais.*

Relativamente à ligação dos diretores da Hostens com o Grupo Odebrecht, explicita que, *diante do objetivo da Hostens, de concentrar o investimento de grupos empresariais distintos, representados por DPW e OTPP, é também natural que o cargo de diretor fosse atribuído a pessoas qualificadas de um desses ou de ambos os grupos. No presente caso, por decisão dos investidores, foram indicadas pessoas que já possuíam experiência em outras operações do Grupo Odebrecht e que poderiam contribuir tecnicamente para o objeto da Hostens, de investimento no setor de infraestrutura de transporte e logística.*

Adicionalmente, deve-se dizer que o fato de os vencimentos dos diretores serem pagos por outras empresas do Grupo Odebrecht – e não apenas pela investidora direta – evidencia que a Hostens não era uma mera extensão da OTPP, a alegada “real adquirente”. Ao mesmo tempo que a Autoridade Fiscal se utilizou do argumento de que os diretores recebiam vencimentos de outras empresas do Grupo Odebrecht para qualificar a Hostens como “empresa veículo” e a OTPP como “real adquirente”, contraditoriamente não se atentam para o fato de que tais dirigentes também não faziam parte do quadro de funcionários da OTPP. Em outras palavras, se esse critério fosse mesmo válido, seriam todas as demais empresas do Grupo Odebrecht que cederam seus diretores à Hostens as “reais adquirentes” da participação na Recorrente. Mais uma vez, dois pesos, duas medidas.

Reitera que *as operações relacionadas à Aquisição Hostens que resultaram no reconhecimento de ágio pela empresa possuíam efetivo propósito negocial, o que por si só confirma a legitimidade de seu registro e aproveitamento fiscal pela Recorrente.*

Registra que a criação de uma empresa holding no Brasil para a aquisição de ações e o correspondente registro/amortização fiscal de ágio é medida necessária para o investidor estrangeiro alcançar tratamento isonômico sob a perspectiva de IRPJ e de CSLL, sendo plenamente válida essa modalidade de operação, conforme já reconhecido pela Justiça comum e pelo próprio CARF.

Quanto ao ágio registrado pela OTPT, elenca as operações societárias procedidas, repisando a sua legitimidade, confrontando as alegações da fiscalização no sentido de que o ágio teria sido, na realidade, gerado com o investimento realizado pelo FI-FGTS na OTPT, em 17.09.2010. A OTPT, na visão do Fisco, seria empresa veículo que não teria realizado o propósito para a qual foi constituída, sendo que os seguintes elementos contribuiriam para tal conclusão:

1. As despesas administrativas não seriam realizadas pela OTPT e seriam rateadas com as despesas incorridas na CNO – Construtora Norberto Odebrecht S.A.;

2. O pagamento dos seus diretores não ficava a cargo da OTPT;

3. As despesas em nome da OTPT eram baixas e referentes a serviços de assessoria para arquivamento de Atas e Laudos de avaliação contratados. Não havia despesas com funcionários, alugueis, ou custos com energia elétrica e afins;

4. Tempo exíguo entre as operações de registro de ágio pela OTPT e a extinção da empresa, e entre a extinção da OTPT e a cisão e incorporação reversa da OTPT pelas suas subsidiárias operacionais; e

5. Perda drástica do FI-FGTS, em termos de investimento, que teria entregado ativo (78.877.909 ações da OTPT) de R\$ 1.981.313.841,50 e recebido ativo (54.642.462 ações da OTPT) avaliado por R\$ 699.961.908,47.

Confrontando as razões da fiscalização, a contribuinte esclarece que a OTPT era empresa constituída e registrada perante os órgãos públicos responsáveis, com o legítimo objetivo de participação em outras sociedades, caracterizando-se como típica empresa holding, figura que possui respaldo no artigo 2º, § 3º, da LSA. A OTPT tinha como outros objetos explorar, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, negócios de concessão de obras e serviços públicos, tendo começado suas atividades em 11/02/2010, até a incorporação pela OTPT, em 23.11.2012, desenvolvendo suas atividades pelo prazo aproximado de 3 anos.

No que tange a imputação de volume baixo de despesas administrativas pela fiscalização, tal qual no caso da Hostens, informa que, na condição de Holding, pela sua própria essência, não há razão para despesas relevantes, sendo suficiente que possua uma razoável organização gerencial para o controle de seus investimentos.

Aduz, também, que o fato de ratear as despesas com a CNO também não descaracteriza a empresa, na medida em que gastos que geram um benefício comum a empresas de grupos econômicos são tipicamente rateados para otimizar fluxo financeiro e de caixa dessas empresas.

Em relação à acusação de que os diretores recebiam remunerações de outras empresas do Grupo Odebrecht, reitera as alegações utilizadas para rechaçar a pretensão fiscal no caso da Hostens.

Sustenta que, *tanto para a RFB como para parte majoritária da jurisprudência do CARF, a operação de incorporação de ações se equipara a uma operação onerosa – alienação de um lado e aquisição de outro – de ativos pelos acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas, o que oferece a possibilidade de registro do ágio.*

Esclarece que, diante da intenção do Grupo Odebrecht buscar, *no primeiro momento, investir em diversos segmentos relacionados à infraestrutura de transporte e logística, inclusive aqueles não abrangidos pelo regulamento do FI-FGTS, a existência das holdings OTPT e OTP era fundamental para garantir que novos investimentos pudessem ser realizados.*

No entanto, *depois de período sem que a OTPT realizasse novo investimento em conjunto com o FI-FGTS, a estrutura de holdings diversas deixou de fazer sentido comercial, passando a ser necessário simplificá-la, com a readequação da estrutura societária.*

Ao contrário do que afirma a autoridade lançadora, *o FI-FGTS não reconheceu qualquer perda na operação, tal como exaustivamente demonstrou em procedimento de fiscalização a que foi submetido. Em verdade, a diferença de valor de R\$ 1.981.313.841,50 para R\$ 699.961.908,47 se justifica pelo fato de a segunda operação de incorporação de ações da OTPT pela OTP ter sido realizada a valor contábil, o que não interferiu na participação societária do FI-FGTS ou no ágio registrado na operação de aquisição de ações da OTPT, a valor de mercado no valor de R\$ 1.279.480.021,48.*

Ressalta, pelo próprio lapso temporal entre as duas operações (de 22.08.2011 e 30.10.2012), não proceder a alegação da autoridade fiscal de *que a OTPT serviu de “empresa veículo” com a finalidade de deslocar o ágio gerado no FI-FGTS na aquisição de ações da OTPT para dentro da estrutura societária do grupo Odebrecht e, assim, criar a falsa impressão de que as condições para a amortização do ágio estavam presentes.*

Ainda que esse não fosse o caso, cumpre dizer que a necessidade/legitimidade da OTPT na estrutura se sustentaria da mesma forma pela própria impossibilidade regulatória de o FI-FGTS incorporar ou ser incorporado pela OTPT (investida) e, conseqüentemente, amortizar fiscalmente o ágio da aquisição.

Neste contexto, *considerando o impeditivo societário e regulatório para o encontro patrimonial entre o FI-FGTS e a OTPT, a utilização da OTPT, em última análise, se justificaria como garantia ao benefício do ágio, na linha do que vem sendo reconhecido pela própria CSRF, nos termos do precedente transcrito na peça recursal.*

No que tange à multa qualificada aplicada, decorrente da imputação de simulação e fraude à lei, **mesmo tendo sido ressaltado pelo Acórdão recorrido que não há exigência de crédito**, defende que a Fiscalização não se deu ao trabalho de identificar, taxativamente, além de

comprovar, a conduta da Recorrente nas situações descritas pelos dispositivos legais utilizados para fundamentação do Auto de Infração, não havendo se falar em aludida penalidade, mesmo porque não se comprovou o evidente intuito doloso ou mesmo a ocorrência simultânea de sonegação, fraude e conluio por parte da autuada, capaz de justificar referida imputação, ao contrário do assentado no Termo de Verificação Fiscal, na esteira da jurisprudência transcrita na peça recursal, mormente considerando a legitimidade de todas as operações que deram azo aos ágios sob análise, como restou demonstrado acima.

Defende, igualmente, não ter havido qualquer planejamento fiscal abusivo, de maneira a justificar a imputação de crime de sonegação fiscal e, por conseguinte, a qualificação da multa, sobretudo quando a interpretação encontra-se fundada na substância econômica das operações de reorganização societária, não autorizando a fiscalização transformar atos jurídicos perfeitos em imperfeitos sob a ótica exclusivamente tributária com o escopo de encaixá-los em uma tributação mais favorável aos interesses fazendários, sob pena de violação da autonomia da vontade, a liberdade econômica, a proteção da confiança, a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

Pretende seja o caso *analisado também à luz do artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”), incluído pela Lei nº 13.655/18, que vincula e determina a revisão de atos administrativos com base na jurisprudência majoritária contemporânea aos fatos, já que à época das operações, o CARF já possuía jurisprudência favorável aos contribuintes.*

Alternativamente, na remota hipótese de a legitimidade das operações relacionadas à Aquisição Hostens não ser reconhecida, há necessidade de reversão parcial do ajuste dos valores de prejuízo fiscal para fins de IRPJ e de base negativa de CSLL da Recorrente correspondente aos ágios de R\$ 171.135.200,67 (Ágio Hostens 1) e R\$ 23.735.870,38 (Ágio Hostens 2). Isso porque, de acordo com a Autoridade Fiscal, a autuação decorreria unicamente do fato de a Hostens ter sido indevidamente utilizada como empresa veículo para possibilitar a futura amortização desses ágios, na medida em que, não fosse por sua interposição, os ágios ainda estariam na OTPP e na DPW – palavras do próprio TVF (fl. 4.554).

Ainda no caso de manutenção da pretensão fiscal, em relação ao mérito, entende que *não se pode admitir o ajuste da base negativa de CSLL pela glosa de despesas de amortização fiscal de ágio. Assevera que, na inexistência de previsão legal específica aplicável à CSLL que exija o encontro patrimonial entre a real investidora e a investida para a amortização fiscal do ágio, ainda que, por hipótese, os ajustes realizados para IRPJ sejam mantidos contra a Recorrente, não podem subsistir os ajustes de CSLL.*

Por fim, requer o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, impondo a reforma do *decisum* ora atacado, nos termos encimados, rechaçando totalmente a exigência fiscal.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira**, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conhecimento do recurso voluntário e passo ao exame das alegações recursais.

Consoante se positiva dos autos, em face da contribuinte foram lavrados Autos de Infração de redução de prejuízo fiscal de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquida - CSLL, (e-fls. 4.598/4.614), decorrente da glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo, com aplicação de multa qualificada de 150%, e atribuição de responsabilidade solidária, em relação ao ano-calendário 2014, conforme peças inaugurais do feito, Termos de Verificação Fiscal, de e-fls. 4.504/4.597, e demais documentos que instruem o processo, senão vejamos:

“[...]”

2. O auto de infração de IRPJ (fls. 4598/4614) resultou em redução de prejuízo fiscal de R\$ 58.806.948,24 (de R\$ 409.105.191,07 para R\$ 350.298.242,83), devido a infração “glosa de amortização de ágio”, com multa de 150%, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal, de fls. 4508/4597.

3. O auto de infração da CSLL (fls. 4598/4614) resultou em redução da base de cálculo no valor de R\$ 58.806.948,24 (de R\$ 409.105.191,07 para R\$ 350.298.242,83), devido a infração “glosa de amortização de ágio”, com multa de 150%, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 4508/4597. [...]”

Inconformados com a exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, a contribuinte e os responsáveis solidários interpuseram impugnações, as quais foram julgadas procedentes em parte pelo Acórdão recorrido, e, posteriormente, recurso voluntário a este Tribunal, escorando sua pretensão nas razões de fato e de direito que passamos a contemplar.

No mérito, a matéria posta em debate diz respeito à amortização fiscal de ágio, que na hipótese dos autos fora glosada pela fiscalização diante dos fatos que serão elencados adiante e objeto de contestação pela contribuinte.

Trata-se, em verdade, de tema de análise recorrente por este Tribunal administrativo, tendo variado os entendimentos no decorrer do tempo, seja diante da evolução da legislação que contempla a matéria, com introdução de novos pressupostos, limites e condições para fins de aproveitamento de aludido benefício fiscal, levando-se em consideração, ainda, a alteração de composição nos Colegiados e, bem assim, as mudanças do “pêndulo” do voto de qualidade nos últimos anos.

Entrementes, mesmo diante das inúmeras controvérsias que repousam sobre o tema, lastreadas, por óbvio, em interpretações/posicionamentos/entendimentos pessoais de cada

jugador, no seu legítimo direito de firmar livremente sua convicção, mesmo estando longe de remansoso desfecho, aliás, o certo é que o ponto fulcral na análise de demandas desta natureza perpassa obrigatoriamente na constatação (ou não) de propósito negocial e, portanto, substância verdadeiramente econômica nas operações que deram origem ao ágio amortizado pelos contribuintes.

E, neste desiderato, aos aplicadores da lei, a começar pela autoridade lançadora e, posteriormente, aos julgadores administrativos em todas as instâncias, atribui-se tarefa da mais complexa e, eventualmente, ingrata, sempre no intuito de se procurar fazer Justiça, qual seja, de analisar as operações como terceiro alheio à todo processo empresarial, em momento posterior, para aferir (ou pelo menos tentar aproximar ao máximo) qual teria sido o verdadeiro intuito das partes envolvidas na estruturação das operações que deram azo aos ágios amortizados, de maneira a considera-las legítimas (com propósito negocial/substância econômica) ou simuladas com o fito exclusivo de se obter o benefícios fiscal a qualquer custo.

E certamente esta análise se torna ainda mais complexa quando vislumbramos os limites que os aplicadores da lei devem guardar em relação a autonomia de vontade e liberdade negocial das empresas na condução de seus negócios, não podendo a autoridade lançadora ou mesmo o julgador coarctar referidos direitos do contribuinte, a não ser quando constatados e comprovados atos simulatórios, desprovidos de essência negocial/econômica, sobretudo considerando o objeto social das pessoas jurídicas, o que torna muito tênue a linha interpretativa dos fatos que permeiam os casos de ágio.

No mais, e não menos importante, afóra a carga subjetiva que envolve a resolução de querelas desta natureza, impõe-se a observância do regramento objetivo específico e a sua evolução com as alterações legislativas que ocorreram em relação à matéria, como passaremos a demonstrar.

A primeira norma que contemplou objetivamente o ágio e utilizada pelos contribuintes, especialmente em planejamentos tributários, fora o Decreto-lei nº 1.598/1977, que em seus artigos 20, 25, 33 e 34, na redação original, assim dispunham:

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

[...]

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

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

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

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

§ 4º - As normas deste Decreto-lei sobre investimentos em coligada ou controlada avaliados pelo valor de patrimônio líquido aplicam-se às sociedades que, de acordo com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, tenham o dever legal de adotar esse critério de avaliação, inclusive as sociedades de que a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração: (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Art 25 - O ágio ou deságio na aquisição da participação, cujo fundamento tenha sido a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens do ativo da coligada ou controlada (art. 20, § 2º, letra a), deverá ser amortizado no exercício social em que os bens que o justificaram forem baixados por alienação ou

perecimento, ou nos exercícios sociais em que seu valor for realizado por depreciação, amortização ou exaustão.

§ 1º - A contrapartida da amortização do ágio ou deságio nos termos deste artigo somente será computada na determinação do lucro real pela diferença entre o montante da amortização e o da participação do contribuinte: (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) a) no resultado realizado pela coligada ou controlada na alienação ou baixa dos bens do ativo cujo valor tenha constituído o fundamento econômico do ágio ou deságio; ou (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) b) no valor realizado pela coligada ou controlada na depreciação, amortização ou exaustão desses bens. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) § 2º - As contrapartidas da amortização de ágio ou deságio com os fundamentos das letras b e c de § 2º de artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33. (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II - saldo não amortizado de ágios ou deságios na aquisição da participação com fundamento na letra a do § 2º do artigo 20;

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte; (Revogado pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

[...]

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

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

Após algumas alterações legislativas e edições de normativas contábeis e fiscais, em 10 de dezembro de 1997, fora editada a Lei nº 9.532, contemplando a possibilidade de aquisição de empresas por incorporação, fusão ou cisão, permitindo a amortização do ágio decorrente da aquisição de participação societária pretérita, em razão de expectativa de rentabilidade futura, à

base de 1/60 por mês, além de outras diretrizes inseridas em seus artigos 7º e 8º, nos seguintes termos:

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

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

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

~~III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período de apuração;~~

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por derradeiro, em 13 de maio de 2014, fora editada a Lei nº 12.973/2014, a qual trouxe substanciais alterações a análise e aproveitamento do ágio, dentre outras modificando os artigos do Decreto-lei nº 1.598/1997 que tratam da matéria, nos seguintes termos:

"[...]

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

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

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

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

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do caput serão registrados em subcontas distintas.

§ 3º O valor de que trata o inciso II do caput deverá ser baseado em laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração: (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - posteriormente, do ágio por rentabilidade futura (goodwill) ou do ganho proveniente de compra vantajosa. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

[...]

Art. 25. A contrapartida da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20 não será computada na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 33. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

[...]

Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

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

II - de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho

ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

[...]

A propósito das alterações introduzidas pela Lei nº 12.973/2014 no tratamento do ágio, a ilustre Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic elaborou substancial e elucidativo estudo, denominado *“Polêmicas do Ágio antes da Lei n. 12.973/2014: Amortização Fiscal do Ágio Interno e Alocação do Valor Residual da Contraprestação ao Ágio por Expectativa de Rentabilidade Futura”*, de onde pedimos vênha para transcrever excerto e adotar como razões de decidir, *in verbis*:

“[...]

c) Fase 3 – Lei n. 12.973/2014:

A Lei n. 12.973/2014, objeto de conversão da Medida Provisória n. 627/2013, foi publicada com a finalidade de “adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis” e, para isso, extinguiu o RTT e estabeleceu “uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL”¹⁴. Com isso, o regramento fiscal do ágio sofreu consideráveis alterações.

O art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977 foi alterado, de forma que o custo de aquisição do investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido passou a ser desdobrado em (i) valor do patrimônio líquido adquirido; (ii) mais ou menos-valia dos ativos, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, e o valor do patrimônio líquido adquirido; e (iii) ágio por rentabilidade futura, assim entendida a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório do valor do patrimônio líquido adquirido e da mais ou menos-valia dos ativos. Assim, a partir da vigência da Lei n. 12.973/2014, deixou de existir o ágio com fundamento no valor de mercado dos bens da investida ou em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas – como já ocorria no regramento contábil.

Além disso, a legislação fiscal “positivou” a forma de mensuração do ágio por expectativa de rentabilidade futura contida no CPC 15, determinando que, primeiro, deveriam ser mensurados e reconhecidos, a valor justo, os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos e, em seguida, o ágio por rentabilidade futura, que, por sua vez, correspondia à diferença entre o custo de aquisição do investimento e a soma do valor de patrimônio líquido e da mais-valia dos ativos da investida.

Em outras palavras, o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.973/2014, passou a conceituar o ágio por rentabilidade futura como sendo o valor residual da contraprestação paga pelo investimento após a alocação da parcela correspondente (i) ao valor do patrimônio líquido da investida; e (ii) à mais-valia dos ativos da investida, isto é, à diferença entre o

valor justo dos ativos líquidos da investida e o correspondente valor de seu patrimônio líquido.

Ademais, a Lei n. 12.973/2014 alterou o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977 também para dispor sobre a comprovação dos valores registrados na contabilidade, passando a exigir que a mais ou menos-valia dos ativos tenha por base laudo elaborado por perito independente. Tal documento deve ser protocolado na Receita Federal ou ter o seu sumário registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação societária. Veja-se que, como, atualmente, a lei consignou expressamente que o ágio é o valor residual, após a alocação do custo de aquisição aos ativos identificáveis adquiridos e aos passivos assumidos a valor justo, basta que se comprove o valor de eventual mais ou menos-valia, para que reste demonstrado o valor atribuído ao ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Mas não é só: a Lei n. 12.973/2014 passou a dispor que a amortização fiscal do ágio nas hipóteses de incorporação, fusão ou cisão se restringe às operações societárias realizadas entre partes não dependentes, isto é, vedou expressamente a amortização do chamado “ágio interno” (art. 22). E, ainda, que se aplica à CSLL os arts. 25 e 33 do Decreto-lei n. 1.598/1977, bem como o art. 22 da própria Lei n. 12.973/2014, que versa sobre a amortização fiscal do ágio à razão de 1/60 ao mês no caso de incorporação, fusão ou cisão envolvendo investidora e investida (art. 50).

É fato, portanto, que a Lei n. 12.973/2014 aproximou os regramentos contábil e fiscal do ágio por expectativa de rentabilidade futura, na medida em que, dentre outros, (i) passou a considerar como sendo ágio apenas a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório do valor do patrimônio líquido adquirido e da mais-valia dos ativos; (ii) vedou a dedutibilidade do ágio interno; e (iii) determinou que o ágio com base em expectativa de rentabilidade futura seria o valor residual, após a alocação da contraprestação paga pelo investimento ao valor do patrimônio líquido e à mais-valia dos ativos da investida. No entanto, a referida norma manteve a previsão de neutralidade fiscal da contrapartida da redução do ágio por rentabilidade futura, inclusive mediante redução do valor recuperável (art. 28). Especificamente no que se refere à CSLL, caso se entenda que, até a Lei n. 12.973/2014, a dedutibilidade do ágio seguia o regramento contábil por falta de disposição legal na legislação fiscal, pode-se dizer que houve um distanciamento pelo regime fiscal com a publicação da Lei n. 12.973/2014.

Cumprе ressaltar que as operações de incorporação, fusão e cisão, ocorridas até 31 de dezembro de 2017, cuja participação societária tenha sido adquirida até 31 de dezembro de 2014, continuam regidas pelas normas anteriores à Lei n.

12.973/2014, isto é, por aquelas vigentes na “fase 2” acima tratada, como determina o art. 65 da referida lei – o que reforça a necessidade de especial

atenção às datas das operações quando o tema em análise envolve a amortização fiscal do ágio.

Feitas essas considerações sobre a evolução normativa da amortização do ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, examinaremos, a seguir, temas polêmicos referentes ao período anterior à vigência da Lei n. 12.973/2014 e que dependem dessa análise histórica para sua correta resolução. [...]”

Estabelecidas as premissas básicas para análise das operações societárias com a consequente amortização do ágio, sobretudo considerando a aplicabilidade da lei no tempo, antes de mais nada convém repisar que, essencialmente, a jurisprudência deste Colegiado, afora entendimentos pessoais específicos, procura verificar a existência do propósito comercial e, portanto, substância econômica nas operações que deram azo à amortização do ágio, mormente considerando a ausência de artificialidade, decorrente de planejamento tributário simulado, na reestruturação societária engendrada.

E, tratando especificamente das operações objeto do presente lançamento, como as incorporações foram conduzidas anteriormente à vigência das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014, impõe-se adotar o regramento estabelecido essencialmente pela Lei 9.532/1997, o qual condicionava o aproveitamento do ágio à observância de três pressupostos: : *“(a) a efetiva aquisição de participação societária com ágio; (b) a fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura; e (c) a absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa, no que se convencionou chamar de “confusão patrimonial”* (Acórdão nº 1101-001.398 – Relator Diljessa de Moura Pessoa de Vasconcelos Filho)

Com mais especificidade, em suma, a autoridade lançadora nos autos deste processo entendeu por bem refutar as amortizações de ágios realizadas pela contribuinte diante dos seguintes motivos:

“[...]”

O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa de deduções da amortização de ágio das bases de cálculo do IRPJ e CSLL do ano-calendário 2014, em razão de a fiscalizada, com a ajuda de terceiros, ter intercalado sociedades veículos em suas operações societárias visando simular confusão patrimonial entre a Embraport e o seus reais investidores.

As constatações que motivaram as glosas dos ágios aproveitados tributariamente tiveram por base os documentos e relatos do contribuinte fiscalizado, bem como das empresas diligenciadas.

No decorrer da ação fiscal verificamos a ocorrência de planejamento tributário ilícito, realizado através da utilização de duas empresas distintas que se prestaram a condição de veículo, em etapas diferentes das reestruturações societárias ocorridas.

Como resultado final destas reorganizações encontramos a geração e o deslocamento até a Emraport de 4 ágios que reunidos somam o valor de R\$1.014.375.274,40.

Três destes ágios envolveram a utilização de empresas veículos.

Temos sucintamente que:

Em agosto de 2009, a Liubliana (OTPP), empresa do Grupo Odebrecht, adquire a empresa Hostens Holding, empresa constituída em 2009 com capital social de R\$ 100,001.

Logo em seguida dá-se se início a uma série de aumentos no capital social da Hostens. Estes aportes financeiros visaram capacitar a Hostens a adquirir ações da fiscalizada Emraport.

A partir de então, a Hostens Holdings adquire, com ágio, ações da Emraport detidas pelo grupo Coimex, que era formado pelas seguintes empresas: CIP- Coimex Investimento Portuários, CEP – Coimex Empreendimentos e Participações e CIE - Coimex CIA Importadora e Exportadora.

A primeira aquisição da Hostens consistiu em adquirir ações da Emraport da seguinte forma:

1,39% adquirida da CEP e 50,01% adquirida indiretamente através da aquisição da CIP, que detinha participação acionária na Emraport.

Ambas a empresas CIP e CEP, assim como a Liubliana, eram subsidiárias do grupo Odebrecht.

O próximo passo da reorganização societária foi a incorporação reversa da CIP pela Emraport e concomitante a cisão parcial da Hostens com incorporação reversa da parte cindida pela Emraport.

Este processo visou deslocar o ágio gerado na Hostens para a fiscalizada Emraport.

O valor deste ágio é de R\$ 171.135.200,67 e está sendo amortizado pela Emraport, com base na expectativa de rentabilidade futura desde 2013, doravante chamaremos este ágio de ágio1.

Entre o período de 2010 a 2012 temos outra série de reorganizações societárias desta vez envolvendo a OTPT, empresa que como a HOSTENS, também fazia parte do grupo Odebrecht, e da mesma forma que esta, se prestou de veículo de transferência no intuito de deslocar para a fiscalizada o ágio que fora gerado no FI-FGTS- Fundo de Investimento do FGTS, na aquisição pelo Fundo de ações de outra empresa do grupo Odebrecht a OTPP (antiga Liubliana).

Neste caso, o deslocamento do ágio gerado no FI-FGTS em 2010, se deu através de operações de reestruturação societária ocorridas no ano de 2012.

A série de operações de reorganização societária inicia-se com a operação que transporta ágio do FIFGTS para a OTPT. Esta operação consistiu em gerar na

OTPT um ágio reflexo de valor igual ao ágio que o Fundo possuía e que havia sido gerado quando da aquisição pelo Fundo de ações da OTPP em uma operação ocorrida em setembro de 2010. O valor do ágio é de R\$ 393.198.411,33 e doravante será chamado de ágio 2.

Apenas nove dias após a operação que deslocou o ágio do Fundo à OTPT, uma nova reestruturação societária é realizada. Nesta operação ocorre a incorporação da empresa OTPT que se prestou de veículo, por sua controlada OTPP, deslocando o ágio para esta última.

Na sequência a OTPP, após ter incorporado por sua controladora OTPT, sofre cisão parcial, na proporção dos seus investimentos em suas controladas, dentre elas a fiscalizada Emraport, quando então, estas incorporam reversamente as partes cindidas e há a transferência de parte do ágio, para a Emraport.

Em 2012, ocorre a segunda aquisição de ações da Emraport do grupo Coimex. A Hostens que havia celebrado um contrato de mútuo com alienação fiduciária com a CIE- Coimex CIA Importadora e Exportadora em 2009, exerce sua opção de compra e adquire 12,27% de participação desta na Emraport, gerando nesta operação um ágio de R\$ 23.735.870,40, doravante chamado de ágio 3. Posteriormente, a Hostens é novamente incorporada pela Emraport e o ágio é transportado para a fiscalizada, a qual passa a deduzi-lo.

A partir de 2013 a fiscalizada passa a reduzir sua base de cálculo de IRPJ e CSLL as despesas amortização dos ágios acima. [...]”.

Extrai-se das razões da fiscalização, em suma, acima explicitadas, que foram glosadas nestes autos a amortização de 3 ágios, sob o fundamento de que seriam artificiais, escorados em planejamento tributário ilícito, *realizado através da utilização de duas empresas distintas que se prestaram a condição de veículo, em etapas diferentes das reestruturações societárias.*

Para fins de melhor aclarar as sucessivas alterações societárias, desaguando na amortização dos ágios objeto do lançamento, transcrevemos abaixo quadro elaborado pela autoridade lançadora, senão vejamos:

Data:	Descrição sumária:
11/08/1998	A Embraport é constituída pela Itaguaçu Comércio e Participações Ltda e Banco Boavista Interatlântico S.A.
30/03/2003	A CEP adquiriu as 15.050 mil ações da Embraport de titularidade da Itaguaçu.
30/09/2008	A CEP e a CIE integralizam participação na CIP .
21/10/2008	O FI-FGTS adquire 33,33% das ações da Embraport.
20/02/2009	Constituição da Hosten Holding.
05/08/2009	Aquisição da Hosten Holdings pela Liubliana (OTPP) e DPW ARF.
26/08/2009	A Hostens adquire a totalidade das ações da CIP, a qual detinha o controle acionário da Embraport, adquire ainda a totalidade da CEP, e conseqüentemente 1,39% do capital votante da Embraport. É gerado o ágio de R\$ 171.135.200,67 na Hostens .
28.08.2009	A Hostens celebra o contrato de Opção de Compra de Ações com a CIE.
26/09/2009	A Liubliana (OTPP) integraliza participação na Hostens.
30/11/2009	A Embraport incorpora a CIP que é extinta, concomitantemente, a Hostens é parcialmente cindida e incorporada reversamente pela Embraport. O ágio de R\$ 171.135.200,67 é deslocado para a Embraport .
02/2010	É constituída a OTPT
05/2010	A Liubliana altera sua denominação social para OTPP.
22/06/2010	Ocorre uma série de reorganizações societárias para tornar a Embraport subsidiária integral da OTPP
17/09/2010	O FI-FGTS subscreve 30% de ações OTPP com as ações Embraport e recursos financeiros. A operação gera um ágio de R\$ 1.279.480.000,00 no FI-FGTS .
22/08/2011	Integralização das ações da OTPP, com as ações da Embraport.

30/10/2012	O FI-FGTS deixa de ser sócio da OTPP e passa a ser sócio da OTPT. OTPT incorpora 30% de ações OTPP pertencentes ao FI-FGTS. Neste momento o ágio pago pelo FI-FGTS é deslocado para dentro do grupo Odebrecht.
09/11/2012	O FI-FGTS deixa de ser sócio da OTPT e passa a ser sócio da OTP. Há a incorporação de ações da OTPT pertencentes ao FI-FGTS pela OTP. O FI-FGTS entrega ações OTPT contabilizadas por R\$ 1.981.313.841,50 e recebe ações OTP pelo valor contábil de R\$ 699.961.908,47.
23/11/2012	A OTPP incorpora a OTPT. O ágio de R\$ 1.279.480.021,48 é transferido para a OTPP.
21/12/2012	Ocorre a cisão parcial da OTPP e incorporação reversa pelas subsidiárias, o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 é transferido as subsidiárias na proporção do investimento.
21/12/2012	A Hostens exerce a opção de compra das ações da CIE. Adquiri 12,24% da Embraport com ágio de R\$ 23.735.870,40.
17/09/2013	A Hostens sofre incorporação reversa pela Embraport, O ágio de R\$ 23.735.870,40 é deslocado para a Embraport .

Não obstante a relativa complexidade e/ou inúmeras operações societárias promovidas pela contribuinte no lapso temporal acima referenciado, a resolução da presente demanda se fixa basicamente na acusação de que as empresas Hostens Holding e OTPT se caracterizam como empresas veículos, constituídas sem qualquer intuito comercial legítimo, ou seja, sem propósito negocial e/ou substância econômica, em evidente simulação decorrente de planejamento tributário ilícito, com a exclusiva finalidade de “carregar” os ágios à recorrente, de maneira a possibilitar a sua utilização/amortização nesta empresa operacional, não tendo havido, ainda, confusão patrimonial entre as reais investidoras e a investida.

Mais precisamente, os ágios que se encontram em debate são os seguintes: **Dos Ágios de R\$ 171.135.200,67 e R\$ 23.735.870.40 – empresa veículo Hostens Holdings e Do ágio de R\$ 393.198.411,33 -empresa veículo OTPT**; e, muito embora estejam escorados em operações societárias variadas e distintas, a argumentação da fiscalização para as respectivas glosas repousam basicamente nos mesmos fundamentos da utilização de empresas veículos com propósito exclusivo de transportar o ágio à recorrente, amparados, portanto, por operações simuladas, o que afastaria, igualmente, a confusão patrimonial entre as reais adquirentes.

E, neste ponto, imperioso destacar que a própria fiscalização afirma que tais ágios são legítimos, mas as operações que os conduziram à recorrente para aproveitamento/amortização não se coadunam com a legislação de regência, pelos motivos já expostos.

Neste contexto, objetivando melhor expor a querela, destaca-se abaixo, em síntese, as argumentações da autoridade fiscal, corroborada pelo julgador recorrido que, ao manter o lançamento, assim se manifestou:

DOS ÁGIOS DA HOSTENS:

“[...]”

- Apesar de afirmar que o propósito comercial na aquisição da Hostens pela Liubliana era a estratégia de negócio para concentrar e gerenciar participações societárias em empresas relacionadas ao setor de infraestrutura de transporte e logística, quando intimado a apresentar a relação de empresas com as quais a Hostens Holdings efetivamente concentrou e gerenciou participações societárias, o contribuinte relata que a Hostens se concentrou por via direta e indireta somente na Embraport;
- O próprio contribuinte admite que a Hostens não teve outro propósito que não fosse participar das operações de reorganização societária, envolvendo a Embraport, que geraram os ágios de R\$ 171.135.200,67 e de R\$ R\$ 23.735.870,40, bem como tornar possível seus deslocamentos e amortização pela fiscalizada;
- Ocorreram sucessivos aumentos de capital da Hostens com injeção de recursos advindos da Liubliana (OTPP- empresa subsidiária da OTPT e OTP - grupo Odebrecht e DPW). A Hostens era uma empresa que tinha como capital social inicial o valor de R\$ 100,00 e passou a ter capital social de R\$ 493.640.932,00;
- O intervalo de tempo entre as operações envolvendo as duas aquisições pela Hostens Holdings até a incorporação da Hostens pela Embraport foi sobremaneira diminuto e aconteceram em um curto lapso temporal de poucos meses;
- Troca dos diretores por diretores ligados ao grupo Odebrecht e recebimentos de seus vencimentos das empresas do Grupo Odebrecht. Não consta sequer que tenham recebido vencimentos pela empresa Hostens;

- A localização física das duas empresas, Hostens Holdings e Liubliana (OTPP), ser a mesma: Avenida Rebouças 3970, 32º andar, Pinheiros- São Paulo;
- A aquisição com ágio de ações da Emraport pela Hostens, sem que haja um claro propósito negocial/comercial.

43. Portanto, resta claro que a interposição da empresa Hostens Holdings não teve como objetivo estratégia de negócio para concentrar e gerenciar investimentos em empresas relacionadas ao setor de infraestrutura de transporte e logística, mas sim com exclusivo objetivo alcançar artificialmente vantagem tributária. A Hostens foi a forma que o grupo Odebrecht encontrou de conferir uma aparente legalidade a amortização dos ágios. Resta evidente que o único motivo da Hostens fazer parte destas duas reorganizações societárias foi possibilitar que logo em seguida às reorganizações, ela fosse incorporada reversamente pela Emraport e assim realizar “aparentemente” os pressupostos legais de confusão patrimonial para que o ágio gerado pudesse vir a ser amortizado pela Emraport. [...]”

Em outra via, procurando afastar a pretensão fiscal, a recorrente defende a legitimidade das operações que desaguaram na amortização dos ágios, escorando seu entendimento nos seguintes fundamentos:

“[...]”

1. A criação da criação da Hostens decorreu de estratégia de negócio para a concentração de investimento de grupos empresariais distintos, e gerenciamento de participações societárias em empresas com portfólio relacionado ao setor de infraestrutura de transporte e logística. A despeito das reiteradas menções ao Grupo Odebrecht, a Hostes é fruto do investimento conjunto da OTPP (Odebrecht) e da DPW. 2. A Hostens foi constituída em 20.02.2009 e extinta apenas em 17.09.2013. Assim, não é possível afirmar que seu objetivo era realizar operação pontual/específica.

3. Todos os documentos fazem menção à Hostens como adquirente.

4. A criação de uma empresa holding no Brasil que permita o registro/amortização fiscal de ágio traz isonomia para o investidor estrangeiro.

5. Na hipótese da legitimidade das operações relacionadas à Aquisição Hostens não ser reconhecida, há necessidade de reversão parcial do ajuste de prejuízo fiscal/base negativa, correspondente aos ágios de R\$ 171.135.200,67 (Ágio Hostens 1).

6. A caracterização de fraude, sonegação ou conluio pressupõe a redução de tributo a pagar, o que não ocorre no presente caso (mera redução de prejuízo fiscal acumulado). [...]”

DO ÁGIO DA OTPT

“[...]

49. Em suma, o fato é que o ágio foi gerado com o investimento realizado pelo FI-FGTS na OTPP em 17 de setembro de 2010, sendo o fundo o real investidor, e a única hipótese de aproveitamento tributário deste ágio, segundo o artigo 386 do RIR/99, consistiria na confusão patrimonial entre a OTPP (investida) e o FI-FGTS (investidor). Assim, toda a “modelagem” das reestruturações societárias descrita até o momento realizada entre o FI-FGTS e o Grupo Odebrecht tiveram o único objetivo de transferir o ágio pago pelo FI-FGTS para dentro das empresas operacionais possibilitando a redução da carga tributária das mesmas.

50. Restou claro nos autos que as despesas que efetivamente estavam em nome da OTPT eram muito baixas e referentes a serviços de assessoria para arquivamento de atas e laudos de avaliação contratados. E que não havia sequer despesas com funcionários, aluguéis ou custos com energia elétrica, além de baixa movimentação financeira no período, ou seja, não haviam despesas operacionais ligadas a atividade fim da empresa.

51. A fiscalização demonstrou claramente que a OTPT nunca efetivamente realizou o propósito para a qual foi constituída (desenvolver investimentos em novos negócios em que o FI-FGTS não manifestasse interesse), uma vez que tais investimentos nunca ocorreram, conforme resposta do próprio contribuinte que limitou-se a citar investimentos realizados pela OTP. Abaixo, transcreve-se quadro elaborado pela autoridade fiscal onde é possível verificar este fato.

[...]

53. No entanto, irrelevante terem havido motivos de ordem societária, técnica ou mercadológica que impediem a OTP incorporar ações da OTPP. São as situações que devem se moldar à lei, para fins de aplicação da norma, e não a lei que tem que se moldar às situações, o que implicaria em substituir a coercitividade da regra pela conveniência dos regradados. [...]”

Por sua vez, a recorrente refuta as argumentações das autoridades fazendárias pretéritas, aduzindo, em síntese, o que segue:

“[...]

1. O objetivo das operações era manter o FI-FGTS como parceiro estratégico nos setores de transporte e logística, concentrando-se os investimentos no nível da OTP. Durante sua existência, a OTPT regulou a governança e as relações societárias com o FI-FGTS. 2. A cisão parcial da OTPP com a versão das parcelas cindidas para as empresas operacionais permitiu que a empresa pudesse se dedicar exclusivamente à busca de novos investimentos, tal como originalmente previsto.

3. As operações tiveram propósito comercial. Não fosse esse o caso, a necessidade/legitimidade da OTPT na estrutura se sustentaria também pela

impossibilidade regulatória do FI-FGTS (na qualidade de investidor) incorporar ou ser incorporado pela OTPP.

4. Não houve qualquer perda no FI-FGTS, que manteve o registro do ágio originado na subscrição das ações da OTPP.

5. O ágio gerado na operação é legítimo e não foi questionado em nenhum momento pelas autoridades fiscais. [...]”

Com a mais respeitável vênia às autoridades lançadora e julgadora de primeira instância, com razão à recorrente!

Em verdade, inobstante o substancioso trabalho desenvolvido pela fiscalização, certo é que o seu insurgimento quanto as operações que deram azo as amortizações dos ágios encontra guarida, sinteticamente, na utilização das chamadas empresas veículos, premissa que adotou para concluir que toda engenharia societária utilizada fora simulada, sem propósito negocial/substrato econômico, não havendo, portanto, a confusão patrimonial entre as tidas como reais adquirentes e investidas.

No entanto, este Colegiado já se debruçou sobre situações similares, concluindo pela possibilidade da utilização de empresas veículos para fins de amortização de ágio, mormente quando as operações societárias encontram lastro em substância econômica e, por conseguinte, com propósito negocial, conforme se depreende do voto condutor do Acórdão nº 1101-001.398, da lavra do ilustre Conselheiro Diljesse de Moura Pessoa de Vasconcellos Filho, exarado nos autos do processo nº 10882.723563/2016-11, de onde pedimos vênia para transcrever excertos e adotar como razões de decidir, *in verbis*:

“[...]”

21. Como se nota, o caso em tela reside basicamente na recorrente discussão em torno da possibilidade de utilização de “empresa-veículo” para fins de aquisição de participação societária com ágio, o qual, posteriormente, será fiscalmente aproveitado após uma operação de incorporação, seja esta a “tradicional” ou a “reversa”. Trata-se de uma empresaveículo utilizada como “veículo de aquisição” do investimento, daí sua denominação.

22. A respeito da utilização de empresas-veículo em operações envolvendo a amortização de ágio, inclusive no contexto anterior à Lei 12.973/2014, este Relator assim se manifestou no voto vencedor no Acórdão 1101-001.398, em que consignei entendimento quanto ao cabimento da utilização de empresas-veículo em tais operações societárias.

23. Peço vênia para transcrever o que então apontado, uma vez que as premissas iniciais ali fixadas são igualmente aplicáveis ao caso em tela, cujos fatos aqui narrados também foram praticados na vigência da Lei 9.532/1997:

As chamadas “empresas-veículo” são, tipicamente, “holdings”, cujo objeto social é a participação no capital social de outras empresas, hipótese expressamente prevista pela Lei 6.404/1976:

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

[...]

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

A legislação ainda prescreve que as sociedades podem ter propósitos específicos (como realizar apenas um único negócio predeterminado), ou mesmo prazo determinado, a teor dos artigos 997, II, e 981 do Código Civil . Sociedades efêmeras, cujo objeto social é tão somente a participação societária ou a realização de um negócio jurídico não são estranhas ao Direito brasileiro. Pelo contrário, são possibilidades expressamente previstas pela legislação.

Tais organizações empresariais não podem, obviamente, ser comparadas com sociedades com objeto social industrial ou comercial, por exemplo. É natural que suas estruturas físicas sejam distintas, que tenham poucas (ou nenhuma) despesa, que não tenham funcionários.

Todavia, sua efetiva existência, validade e eficácia jurídicas são incontestáveis, eis que, devidamente constituídas, registradas e praticados os atos societários e fiscais a elas impostos, cumpridas as formalidades previstas em Lei e sem vícios que os maculem, são empresas efetivamente existentes para todos os fins.

Assim, no que tange à matéria discutida nos presentes autos (ágio), a utilização da empresa veículo, ainda que de natureza efêmera, e cujo objeto social restringe-se à participação societária, não é por si só, ilícita para fins dos efeitos tributários, senão quando demonstrada, de forma cabal, a simulação (ou outro vício) do negócio jurídico, o que não é o caso em tela, cujo TVF não aprofunda tal percurso argumentativo.

A utilização de empresas como veículo de investimento não se situa apenas no âmbito da liberdade de conformação e estruturação dos negócios por parte dos particulares (o que de fato é verdade, inclusive por expressa possibilidade da Lei das S.A e do Código Civil), mas, no caso específico da aquisição de participações societárias com ágio, sob a vigência da Lei 9.532/1997, constitui parte essencial do “design normativo” escolhido pelo legislador.

A Lei 9.532/1997, criada no contexto das privatizações, não apenas passou a regular a dedutibilidade do ágio, mas expressamente permitiu seus efeitos em caso de incorporação “reversa” (até então não tratada na legislação sobre o tema), atendendo justamente à necessidade dos investidores nas privatizações (fundos de pensão, investidores estrangeiros, dentre outros) de realizar a aquisição das participações

societárias mediante interposição de um veículo de investimento, por limitações regulatórias, de mercado, de estrutura de capital ou mesmo de contingências societárias.

Ao fazê-lo, muito mais do que apenas simplesmente chancelar a “incorporação reversa”, a Lei 9.532/1997 estabeleceu expressamente que a sistemática do ágio poderia envolver a utilização de um veículo de investimento, o qual seria incorporado pela empresa operacional. A utilização da empresa veículo é, então, parte essencial do arranjo normativo escolhido pelo legislador ao tratar do ágio e não mera opção subsidiária, acidental e menos ainda indesejada.

Os arts. 7º e 8º da Lei 9.532/1997 são verdadeiras normas indutoras de operações de fusão, cisão e incorporação de empresas investidas adquiridas com ágio e “de utilização de empresas veículos como forma de atração de investimentos, denotando o forte interesse do legislador em ampliar a abrangência do art. 20 e em estimular o aproveitamento fiscal do ágio”. A meu ver, esse contexto econômico, e a expressa possibilidade de incorporação reversa do veículo de investimento são dados inescapáveis na interpretação do texto legal, do que se conclui que a empresa-veículo é não só aceita como foi expressamente prevista (e até incentivada) pelo legislador.

A tese do “real adquirente” ou “real investidor” (ou “Beneficiário Efetivo do Planejamento Tributário”, expressão utilizada no TVF nos presentes autos), comumente suscitada para justificar a glosa da despesa com ágio, além de não encontrar respaldo legal, e contrariar a expressa previsão legal na Lei 9.532/1997, implica em um questionável campo fértil para a insegurança jurídica, pois a pretensão de identificar a “fonte” dos recursos financeiros é não só difícil como mesmo impossível, se levada a premissa do “ônus financeiro” às últimas consequências. Considerando a interdependência complexa das sociedades e mercados, como identificar a “fonte originária” de um recurso financeiro que, até chegar ao “destino final”, atravessa negócios jurídicos de dívida, crédito, alienações, integralizações, subscrições? Sob a ótica do “poder decisório”, tampouco há estabilidade jurídica da tese do “real adquirente”, eis que este igualmente pode se apresentar de forma interposta, pulverizada e em sucessivos níveis verticais de controle.

Assim, a utilização de empresa-veículo é, a meu ver, plenamente válida para fins de aproveitamento das consequências do ágio pago na aquisição de participação societária. Por si só, não é justificativa suficiente para a glosa da despesa, tal como no presente caso.

(...)Destaco ainda que, muito embora os rótulos facilitem, em alguma medida, a compreensão e sistematização de ideias, reunindo sob uma denominação comum determinadas teses jurídicas semelhantes, há de se

tomar alguma cautela na utilização de tais “jargões”, sob pena de tratar por presumidamente iguais situações que são verdadeiramente diferentes. É assim que, por exemplo, ao falar-se em “empresa-veículo”, pode-se estar diante de empresas veículo utilizadas para a própria criação do ágio, para a alienação de ativos (criadas pelo vendedor), para a aquisição de ativos (pelo comprador) – como no presente caso – ou para a movimentação/transferência de um ágio já reconhecido e registrado, dentre outras hipóteses de operações societárias destinadas a responder condicionantes específicas de cada cenário negocial. As distintas situações devem, então, ser encaradas na medida do possível em sua individualidade.

Não à toa, justamente reagindo às diferentes situações que se apresentam na realidade das operações societárias, cada vez mais complexas, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais analisou a temática da “empresa-veículo” em dezenas de acórdãos ao longo dos últimos anos. Passou inclusive a identificar circunstâncias nas quais a utilização de uma empresa como adquirente responde a necessidades econômicas e negociais concretas, que ultrapassam a mera economia tributária. Condicionantes regulatórias, comerciais, societárias, e de financiamento representariam, então, propósitos legítimos para utilização de tal estrutura societária.

24. Não pode deixar de ser observado o fato de que também no Judiciário tal entendimento encontra guarida. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tais operações vêm sendo reconhecidas como válidas para fins de aproveitamento fiscal do ágio, após incorporação da empresa veículo pela investida. Nesse sentido o Recurso Especial 2.026.473:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FIM DE PREQUESTIONAMENTO.

MULTA. DESCABIMENTO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ÁGIO. DESPESA. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO ENTRE PARTES DEPENDENTES. POSSIBILIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR À ALTERAÇÃO LEGAL. EMPRESA-VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE INDEDUTIBILIDADE.

ILEGALIDADE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Se a preocupação da autoridade administrativa é quanto à existência de relações exclusivamente artificiais (como as absolutamente simuladas), compete ao Fisco, caso a caso, demonstrar a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o ágio entre partes dependentes ou com o emprego de "empresa-veículo" já seria, por si só, abusivo.

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

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

25. Do voto condutor do Ministro Relator, extrai-se o seguinte racional específico sobre a utilização de empresa-veículo, que merece ser trazido à baila (grifos nossos):

A empresa-veículo, por sua vez, seria aquela constituída com a "função específica de transferir participação societária entre controladora e controlada"(MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro; SILVA JÚNIOR, Ademir Bernardo. Da dedutibilidade do ágio para fins fiscais: análise do precedente da Columbian Chemicals Brasil LTDA

[Acórdão n. 1102-000.875] In: Análise de casos sobre aproveitamento de ágio:

IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (coord). São Paulo: MP Editora, 2016).

Embora não haja consenso sobre o conceito de "empresa-veículo", algumas características dessa entidade podem ser destacadas:

A "empresa-veículo" geralmente é constituída pela própria pessoa jurídica adquirente com o aporte do investimento na sociedade adquirida ("empresaalvo"), justamente para efetuar a transferência do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" tem duração efêmera;

A "empresa-veículo" é criada sem outro propósito econômico, além de facilitar o aproveitamento fiscal do ágio de rentabilidade futura;

A "empresa-veículo" é utilizada como instrumento para aquisição da participação societária na "empresa-alvo" ou como sociedade para a qual ocorre a transferência do ágio;

A "empresa-veículo" é controladora da pessoa jurídica sucessora, que continua a existir após o evento societário, na qual o ativo diferido (regime

anterior) ou o ativo intangível (regime atual) relativo ao ágio de rentabilidade futura passa a produzir efeitos fiscais;

A “empresa-veículo” é extinta no evento societário de fusão, cisão ou incorporação;

A “empresa-veículo” possibilita que a sociedade investida por meio da incorporação reversa, amortize o ágio de rentabilidade futura.

(SANTOS, Ramon Tomazela. Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Dito isso, tenho que, do ponto de vista lógico-jurídico, as premissas em que se baseia a Fazenda passam longe de resultar automaticamente na conclusão de que o “ágio interno” ou o ágio resultado de operação com o emprego de “empresaveículo” impediria a dedução do instituto em exame da base de cálculo do lucro real.

Primeiro, porque os supracitados arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997 em nenhum momento dispuseram de maneira expressa sobre a impossibilidade apriorística do aproveitamento do ágio nas operações de partes dependentes ou mediante o emprego de empresa interposta.

(...)Sobre o emprego da “empresa-veículo”, a sua rejeição apriorística contraria o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 (o qual faculta a criação de holding “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”).

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

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

26. Portanto, o aproveitamento fiscal do ágio, no contexto anterior à Lei 12.973/2014, tem como condição tão somente a aquisição de participação societária com ágio pago por expectativa de rentabilidade futura e a posterior incorporação, cisão ou fusão, gerando a “confusão patrimonial” entre investidora e investida. É irrelevante, senão quando cabalmente demonstrada fraude, simulação, ter sido utilizada uma empresa veículo para aquisição do investimento.

27. À luz do exposto, para além do entendimento particular deste Conselheiro acima já delineado, esta Turma vem reconhecendo a possibilidade de sua utilização, e a validade das estruturas assim montadas, à luz dos entendimentos acima apresentados, mormente quando apresentada justificativa comercial, societária, de financiamento, regulatória; isto é, justificativa “negocial” em sentido amplo. Nesse sentido os Acórdãos nº 1101-001.372, 1101-001.373, dentre outros.

[...]

37. Entendo, portanto, que, além da utilização de empresa-veículo não encontrar óbice na legislação pátria e, assim, não ser por si só motivo para a glosa do ágio, o contexto do caso em tela ainda demonstra que sua utilização respondia a um propósito negocial legítimo das partes envolvidas. [...]” (grifamos)

Constata-se que o voto acima estampado cai como uma luva na hipótese dos autos, onde a fiscalização escora a pretensão fiscal exatamente nos mesmos moldes, a pretexto da inviabilidade da utilização de empresas veículos (holdings) para fins de reestruturação societária e aproveitamento do ágio, além de discutir, a partir desta premissa, quem seriam os reais adquirentes, existindo, portanto, simulação nas operações e, assim, inválidas ao fim pretendido.

No entanto, como muito bem destacado no precedente acima, a criação de holdings em reestruturações societárias é plenamente contemplada pela legislação de regência, notadamente a Lei 6.404/1976, as quais pela própria essência e objeto social não exigem estruturas complexas e quadro de funcionários extenso, rechaçando, assim, a argumentação da fiscalização neste sentido, mesmo porque, as normas legais nada tratam em direção contrária do conduzido pela recorrente.

Por sua vez, não há se falar em simulação nas operações. Toda reestruturação societária fora declarada e conduzida com base em atos devidamente registrados nos órgãos competentes e, por conseguinte, plenamente válidos, não tendo a contribuinte em momento algum procurado escamotear a realidade dos fatos, seja por ocasião as alterações na estrutura societária ou mesmo no decorrer da ação fiscal.

Tanto é verdade e, neste ponto, chama a atenção, que a própria autoridade lançadora reconheceu textualmente que *“Os ágios são legítimos, não se discute aqui a legitimidade do ágio (...)”* (p. 51 – fl. 4.554). Ora, se o fiscal autuante reconhece a legitimidade dos ágios amortizados, com o devido respeito, em nosso entendimento, não faz sentido rechaçá-los a pretexto de uma suposta simulação engendrada desde sempre objetivando o seu aproveitamento. Em outras palavras, se os ágios são legítimos, não podemos inferir que houve uma sucessão de operações simuladas para criá-los e aproveitá-los posteriormente.

Observe-se que a fiscalização se apega basicamente nas escolhas societárias utilizadas pelas empresas envolvidas para concluir que seriam simuladas. No entanto, não cabe ao fisco contestar as operações societárias das contribuintes, a não ser quando devidamente comprovada a simulação, o que não se constata nos autos.

Aliás, como esclareceu a contribuinte a criação da Hostens decorreu de estratégia de negócio para a concentração de investimento de grupos empresariais distintos, representados pelas empresas DPW (grupo estrangeiro) e Liubiana SP Participações S/A (“Liubiana”) – antiga denominação da empresa OTPP e pertencente ao Grupo Odebrecht.

Melhor explicitando, a Hostens foi criada para ser um instrumento de investimento, mas não com o significado pejorativo que a Autoridade Fiscal tenta atribuir (i.e., inexistente, fraudulento). Essa foi a forma jurídica legítima e existente pela qual dois grupos empresariais independentes decidiram se associar para o gerenciamento de participações societárias em empresas com portfólio relacionado ao setor de infraestrutura de transporte e logística.

Explicita, ainda, a contribuinte que a Hostens foi a empresa que de fato e de direito adquiriu as ações da Recorrente, realizou o pagamento pelo investimento nos termos do Contrato de Compra de Ações e do Contrato de Opção e registrou a aquisição em sua contabilidade, havendo, inclusive, declarações expressas das partes nos documentos das operações de que Hostens seria a única e a real titular de direitos e deveres relacionados ao Contrato de Compra de Ações e ao Contrato de Opção, não tendo havido qualquer negociação conduzida por OTPP e DPW ou posterior cessão de posição contratual para a Hostens, fatos que, se existentes e verificados pela Autoridade Fiscal, poderiam eventualmente levantar questionamento.

E, neste sentido, sustenta que o fato de os recursos utilizados pela Hostens nas operações de aquisição de ações da Recorrente terem sido transferidos por OTPP e DPW, por meio de aporte de capital, é inclusive, ao contrário do que alegam “maliciosamente” a Autoridade Fiscal, uma demonstração de sua efetiva capacidade jurídica e econômica para figurar como adquirente e exercer suas funções de holding. Ao contrário do que tentam distorcer a Autoridade Fiscal, é razoável, para não dizer óbvio, que uma empresa holding recém-formada por dois grupos empresariais para investimento no setor de infraestrutura não dispõe inicialmente de capital próprio para realizar uma aquisição da ordem de centenas de milhões de reais.

Relativamente à ligação dos diretores da Hostens com o Grupo Odebrecht, explicita a contribuinte que, diante do objetivo da Hostens, de concentrar o investimento de grupos empresariais distintos, representados por DPW e OTPP, é também natural que o cargo de diretor fosse atribuído a pessoas qualificadas de um desses ou de ambos os grupos. No presente caso, por decisão dos investidores, foram indicadas pessoas que já possuíam experiência em outras operações do Grupo Odebrecht e que poderiam contribuir tecnicamente para o objeto da Hostens, de investimento no setor de infraestrutura de transporte e logística.

Adicionalmente, esclarece que o fato de os vencimentos dos diretores serem pagos por outras empresas do Grupo Odebrecht – e não apenas pela investidora direta – evidencia que a Hostens não era uma mera extensão da OTPP, a alegada “real adquirente”. Ao mesmo tempo que a Autoridade Fiscal se utilizou do argumento de que os diretores recebiam vencimentos de outras empresas do Grupo Odebrecht para qualificar a Hostens como “empresa veículo” e a OTPP como “real adquirente”, contraditoriamente não se atentam para o fato de que tais dirigentes também

não faziam parte do quadro de funcionários da OTTP. Em outras palavras, se esse critério fosse mesmo válido, seriam todas as demais empresas do Grupo Odebrecht que cederam seus diretores à Hostens as “reais adquirentes” da participação na Recorrente. Mais uma vez, dois pesos, duas medidas.

Reitera que as operações relacionadas à Aquisição Hostens que resultaram no reconhecimento de ágio pela empresa possuíram efetivo propósito negocial, o que por si só confirma a legitimidade de seu registro e aproveitamento fiscal pela Recorrente.

Quanto ao ágio registrado pela OTPT, a contribuinte esclarece que a OTPT era empresa constituída e registrada perante os órgãos públicos responsáveis, com o legítimo objetivo de participação em outras sociedades, caracterizando-se como típica empresa holding, figura que possui respaldo no artigo 2º, § 3º, da LSA. A OTPT tinha como outros objetos explorar, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, negócios de concessão de obras e serviços públicos, tendo começado suas atividades em 11/02/2010, até a incorporação pela OTPP, em 23.11.2012, desenvolvendo suas atividades pelo prazo aproximado de 3 anos.

No que tange a imputação de volume baixo de despesas administrativas pela fiscalização, tal qual no caso da Hostens, informa que, na condição de Holding, pela sua própria essência, não há razão para despesas relevantes, sendo suficiente que possua uma razoável organização gerencial para o controle de seus investimentos.

Aduz, também, que o fato de ratear as despesas com a CNO também não descaracteriza a empresa, na medida em que gastos que geram um benefício comum a empresas de grupos econômicos são tipicamente rateados para otimizar fluxo financeiro e de caixa dessas empresas.

Em relação à acusação de que os diretores recebiam remunerações de outras empresas do Grupo Odebrecht, reitera as alegações utilizadas para rechaçar a pretensão fiscal no caso da Hostens.

Esclarece que, diante da intenção do Grupo Odebrecht buscar, no primeiro momento, investir em diversos segmentos relacionados à infraestrutura de transporte e logística, inclusive aqueles não abrangidos pelo regulamento do FI-FGTS, a existência das holdings OTPT e OTP era fundamental para garantir que novos investimentos pudessem ser realizados.

No entanto, depois de período sem que a OTPT realizasse novo investimento em conjunto com o FI-FGTS, a estrutura de holdings diversas deixou de fazer sentido comercial, passando a ser necessário simplificá-la, com a readequação da estrutura societária.

Acrescenta, ainda, que, ao contrário do que afirma a autoridade lançadora, o FI-FGTS não reconheceu qualquer perda na operação, tal como exaustivamente demonstrou em procedimento de fiscalização a que foi submetido. Em verdade, a diferença de valor de R\$ 1.981.313.841,50 para R\$ 699.961.908,47 se justifica pelo fato de a segunda operação de incorporação de ações da OTPT pela OTP ter sido realizada a valor contábil, o que não interferiu na

participação societária do FI-FGTS ou no ágio registrado na operação de aquisição de ações da OTPP, a valor de mercado no valor de R\$ 1.279.480.021,48.

Ressalta, pelo próprio lapso temporal entre as duas operações (de 22.08.2011 e 30.10.2012), não proceder a alegação da autoridade fiscal de que a OTPT serviu de “empresa veículo” com a finalidade de deslocar o ágio gerado no FI-FGTS na aquisição de ações da OTPP para dentro da estrutura societária do grupo Odebrecht e, assim, criar a falsa impressão de que as condições para a amortização do ágio estavam presentes.

Ainda que esse não fosse o caso, registra que a necessidade/legitimidade da OTPT na estrutura se sustentaria da mesma forma pela própria impossibilidade regulatória de o FI-FGTS incorporar ou ser incorporado pela OTPP (investida) e, conseqüentemente, amortizar fiscalmente o ágio da aquisição.

Neste contexto, considerando o impeditivo societário e regulatório para o encontro patrimonial entre o FI-FGTS e a OTPP, a utilização da OTPT, em última análise, se justificaria como garantia ao benefício do ágio, na linha do que vem sendo reconhecido pela própria CSRF, nos termos do precedente transcrito na peça recursal.

Partindo-se dos esclarecimentos da recorrente, acima lembrados, bem como dos precedentes deste Colegiado, impõe-se reconhecer que as acusações fiscais que conduziram a glosa das amortizações de ágio não se sustentam e, portanto, devem ser rechaçadas, especialmente considerando a viabilidade de utilização de empresas veículos neste desiderato, mormente quando toda reestruturação societária possui propósito negocial/substrato econômico, o que se vislumbra na hipótese dos autos, não havendo se falar em simulação, ainda mais quando se parte do pressuposto da legitimidade dos ágios, na forma reconhecida pela própria fiscalização, impondo seja decretada a insubsistência do feito.

LANÇAMENTOS DECORRENTES

O decidido para o lançamento matriz de IRPJ estende-se às autuações que com ele compartilham os mesmos fundamentos de fato e de direito, sobretudo inexistindo razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso, em face do nexo de causa e efeito que os vincula

Por todo o exposto, estando o Acórdão recorrido parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO, para decretar a improcedência do feito, revertendo as glosas dos ágios objeto do trabalho fiscal, pelas razões de fato e de direito acima espostas.

Assinado Digitalmente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira

