



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16561.720108/2018-34
ACÓRDÃO	1202-001.314 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	CONCESSIONARIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A.
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013

OPERAÇÕES SEM PROPÓSITO NEGOCIAL.

Nas operações estruturadas em seqüência, o fato de cada uma delas, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto das operações, quando restar comprovado que os atos foram praticados sem propósito negocial.

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

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

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício prevista é de 75%, sendo elevada a 150% caso se constate a subsunção às hipóteses agravantes indicadas. O "evidente intuito de fraude" encontra-se presente nas definições de sonegação, fraude e conluio. Não há evidente intuito de fraudar quando a controvérsia diz respeito fundamentalmente a questões jurídicas, de direito, de lei, de interpretação e ou aplicação dos preceitos normativos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros André Luiz Ulrich Pinto (Relator), Marcelo Jose Luz de Macedo e Fellipe Honório Rodrigues da Costa. Designado o Conselheiro Maurício Novaes Ferreira para redigir o voto vencedor. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.

Assinado Digitalmente

André Luis Ulrich Pinto – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira - Redator

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Mauricio Novaes Ferreira, Marcelo Jose Luz de Macedo, Andre Luis Ulrich Pinto, Roney Sandro Freire Correa, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, lavrados em 04/12/2018, contra a contribuinte em epígrafe, em decorrência do procedimento de fiscalização autorizado pelo MPF no 0818500.2016.00038, relativos a fatos geradores ocorridos no ANO- CALENDÁRIO 2013, que resultaram na GLOSA DE AMORTIZAÇÃO FISCAL DE ÁGIO.

Por retratar bem os fatos que permeiam o presente processo, reproduzo o relatório elaborado pela Delegacia Regional de Julgamento ao proferir o v. acórdão de número 14-91.163 – 13ª Turma da DRJ/RPO para, a seguir, complementá-lo com a descrição dos atos processuais praticados a partir do julgamento de primeira instância.

Conforme TERMO DE CIÊNCIA DE LANÇAMENTO E ENCERRAMENTO TOTAL DO PROCEDIMENTO FISCAL, foram

apuradas infrações cujos créditos tributários atuados perfazem o montante de R\$ 4.177.605,96, no qual se encontra incluída a multa de ofício qualificada de 150% e os juros de mora calculados até a data de lavratura dos Autos.

Do auto de infração lavrado em relação ao IRPJ apurado, constam as seguintes infrações:

AMORTIZAÇÃO**INFRAÇÃO: Glosa de Amortização Fiscal de Ágio**

O sujeito Passivo deduziu indevidamente, via ajustes do RTT no valor de R\$ 1.633.233,03 e no Lalur no valor R\$ 3.170.393,52, na determinação de suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme apurado no Termo de Verificação e Constatação Fiscal, o qual é parte integrante deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/01/2013	4.803.626,54	150,00
28/02/2013	4.803.626,54	150,00
31/03/2013	4.803.626,54	150,00
30/04/2013	4.803.626,54	150,00
31/05/2013	4.803.626,54	150,00
30/06/2013	4.803.626,54	150,00
31/07/2013	4.803.626,54	150,00
31/08/2013	4.803.626,54	150,00
30/09/2013	4.803.626,54	150,00
31/10/2013	4.803.626,54	150,00
30/11/2013	4.803.626,54	150,00
31/12/2013	4.803.626,54	150,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2013 e 31/12/2013:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Artigo 3º da Lei 9.249/95

Artigos 247, 249, 250, 251, 299, 324 e 325 do Decreto 3000 (RIR/99)

Artigos 385º e 386º do Decreto 3000 (RIR/99)

Artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97

Artigos 15º, 16º e 17º da Lei 11.941/09

Artigos 249, inciso I; 251; 324, §§ 2º e 4º e 325 do RIR/99

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

Explica a fiscalização que no decorrer da ação fiscal restou constatado planejamento tributário ilícito, levado a efeito através da utilização de empresas do Grupo Odebrecht e do Fundo de Investimento do FGTS.

Expõe que o ágio gerado no FI-FGTS teria sido transportado para a OTP Transport Participações S.A (OTPT), com vistas a sua utilização para diminuir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Teria surgido um ágio reflexo na OTPT, com o mesmo valor daquele escriturado no FI-FGTS, sendo transferido entre as empresas do grupo, até sua amortização pela impugnante, após cisão da Odebrecht Transport Participações S.A (OTPP).

Apesar da criação do ágio na FI-FGTS ter ocorrido em setembro de 2010, a transferência do ágio teria sido efetuada em outubro de 2012. E, após apenas nove dias, a empresa OTPT, onde registrado, fora extinta.

A fiscalização teve por base os arquivos de Escrituração Contábil Digital extraídos do ambiente nacional do Sistema Público de escrituração Digital (SPED).

Em relação à impugnante, esclarece a autoridade fiscal que fora ela constituída em 9 de fevereiro de 2009, através do consórcio Dom

Pedro I, formado pela Odebrecht Investimentos em Infraestrutura (60%) e a Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção (40%).

Descreve, então, as empresas envolvidas na operação:

1. OTPP -Odebrecht Transport Participações S.A - CNPJ 10.143.462/0001-11 A Odebrecht Transport Participações S.A, inicialmente denominada Liubliana, foi constituída em 12 de maio de 2008. A OTPP tinha por objetivo administrar a participação direta em sociedades ligadas ao segmento de infraestrutura de transporte e logística e atuar na aquisição ou consecução de investimentos em ativos correspondentes. 2 Em 05 de maio de 2010, a Liubliana alterou sua denominação para Odebrecht Transport Participações S.A. “OTPP”.

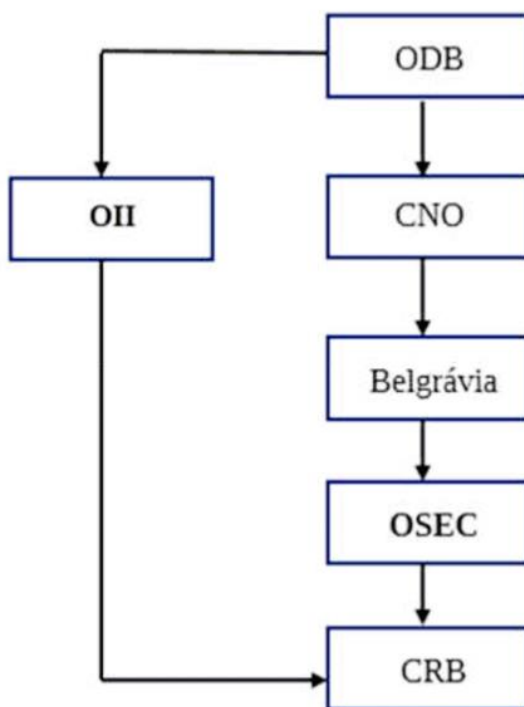
2. OTP - Odebrecht Transport S.A – CNPJ 12.251.483/0001-86 A Odebrecht Transport S.A, inicialmente denominada Vanese SP Participações S/A foi constituída em 07 de julho de 2010, até 2012 tinha a razão social de OTPT. Tinha como objeto social outras sociedades de participação exceto holdings.

3. OTPT – OTP Transport Participações S.A. - CNPJ 11.547.787/0001-22 A OTP Transport Participações -OTPT foi uma empresa criada em 11 de fevereiro de 2010, inicialmente com a razão social de OTP, que tinha como objetivo Explorar, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior: negócios de concessão de obras e serviços públicos, especificamente a prestação de serviço de execução, gestão e fiscalização de atividades relacionadas a operação, conservação, ampliação e recuperação de rodovias, ferrovias, hidrovias ou estradas de rolagem e negócios afins; negócios de logística, especificamente prestação de serviços de construção, conservação, melhoramento e recuperação de retroareas, armazéns alfandegados, centros de distribuição, terminais portuários, entre outros; negócios de transporte urbano; negócios de concessão de obras e serviços públicos relacionados a operação, construção e conservação de terminais aeroportuários, prestar serviços de consultoria e assistência técnica para outras empresas, participar de outras sociedades. A empresa foi incorporada pela OTPP em 23 de novembro de 2012.

O ágio em análise fora registrado no valor de R\$ 576.435.185,00, na operação de aquisição das participações societárias na OTPP, tendo por alienante o FI-FGTS e adquirente a OTPT, correspondente à parcela que cabia à Concessionária Rota das Bandeiras – CRB, do valor total escriturado de R\$1.279.480.021,48, a ser amortizado em 10 anos.

Expõe, em seguida, as operações verificadas:

Primeiramente cumpre esclarecer que a CRB foi constituída em fevereiro de 2009 com a seguinte estrutura societária:



E a seguinte composição acionária:

Acionista	Quantidade de ações	Participação
OSEC	400	40%
OII	600	60%

2010

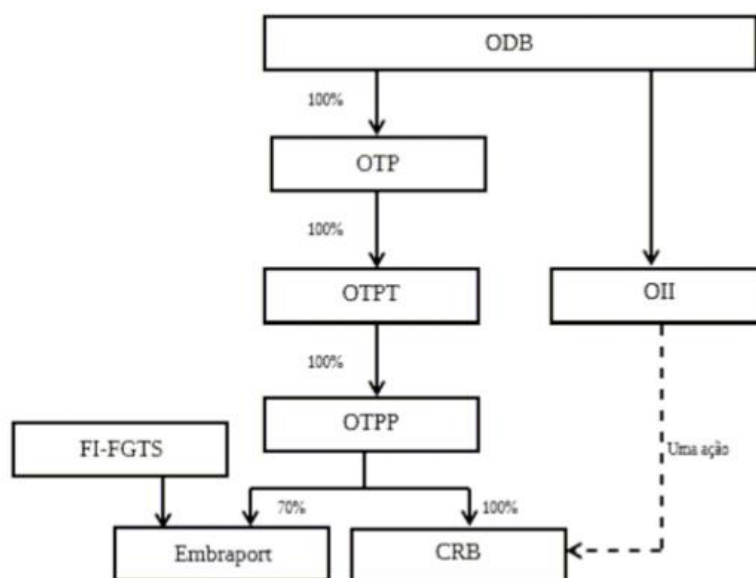
Em fevereiro de 2010, é constituída a OTPT, em 05 de maio 2010 a OTTP e em 07 de julho 2010 a OTP.

No dia 22 de junho de 2010, ocorrem uma série de reorganização societárias que resultam na transferência de praticamente todas as ações da CRB para a empresa OTTP.

Segundo o contribuinte o objetivo destes eventos societários foi concentrar a participação da Concessionária Rota das Bandeiras na Odebrecht TransPort Participações- OTTP, holding construída com o propósito de gerir os ativos de transporte e logística. A gestão unificada da CRB e de outros ativos de transporte e logística da Odebrecht TransPort Participações - OTTP visou atrair potenciais

investidores de modo a auxiliá-la na expansão de seus negócios neste setor. Em 07 de julho de 2010 é constituída, pelo grupo ODEBRECHET, a OTP, holding constituída para gerenciar as relações societárias com o FI-FGTS, a nível de OTTP .

Configuração do Grupo antes da entrada do FI-FGTS:



1ª operação: Emissão de novas ações da OTTP e subscrição pelo FI-FGTS Parte com ações da Embraport detidas pelo FI-FGTS e parte em dinheiro, há o pagamento de ágio de R\$ 1.279.480.000,00 pelo Fundo.

Em 17 de setembro de 2010, a OTTP- Odebrecht TransPort Participações S.A aprovou o aumento de seu capital social no valor de R\$ 1.896.500.000,00 mediante a emissão de 73.039.738 novas ações ao preço de R\$ 25,96 por ação, fixado de acordo com o artigo 170, § 1º, I da Lei das Sociedades por Ações, sendo R\$1,00 por ação, foi destinado ao capital social e o restante de R\$ 24,96 por ações foi destinado a reserva de capital da companhia, passando o capital social da OTTP de R\$ 170.426.056,60 (cento e setenta milhões, quatrocentos e vinte e seis mil, cinquenta e seis reais e sessenta centavos) para R\$ 243.465.794,00 (duzentos e quarenta e três milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil, setecentos e noventa e quatro reais).

Estas ações emitidas foram totalmente subscritas pelo FI - FGTS da seguinte forma, 50.066.786 ações foram integralizadas em moeda nacional pelo valor de R\$ 1.300.000.000,00 e subscrição de 22.972.952 ações ao valor de R\$ 596.500.000,00 com as ações da empresa Embraport correspondentes a sua participação de 33,33% na mesma.

Uma vez que o valor patrimonial das 73.039.738 ações OTPP era de R\$ 617.020.000,00 o FI-FGTS apurou um ágio de R\$ 1.279.480.000,00 nesta operação.

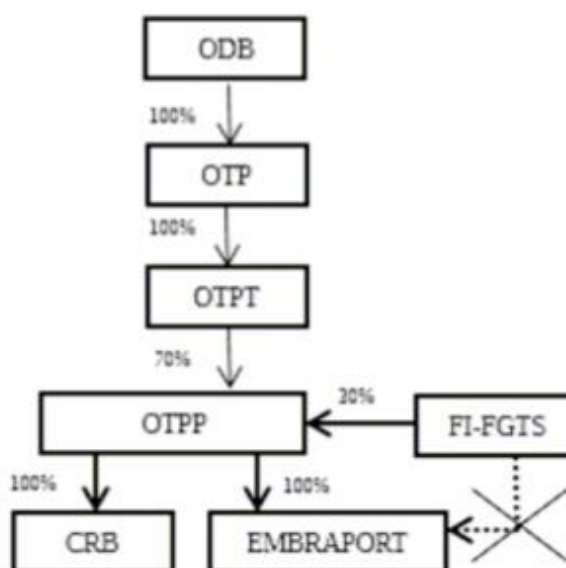
Temos então o FI-FGTS registrando o ágio conforme descrito abaixo:

Valor pago pelo FI-FGTS Pelas 73.039.738 ações A-	Valor contábil das ações da OTPP B	Ágio registrado no FI-FGTS (Resíduo) (A-B)
R\$ 1.898.500.000,00	R\$ 617.020.000	1.279.480.000,00

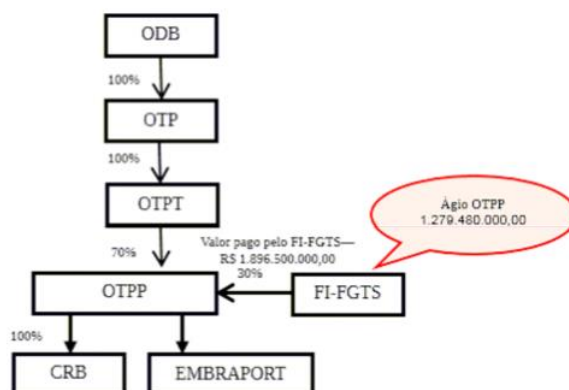
Por se tratar de emissão de novas ações não houve tributação do ganho na OTPP, foi registrado como ágio na emissão de novas ações, conta de reserva de capital do patrimônio líquido.

17/09/2010 SUBSCRIÇÃO COM AÇÕES DA EMBRAPORT DETIDAS PELO FI- FGTS:

Como parte do pagamento de ações emitidas pela OTPP



Resultando na seguinte configuração societária:



Formação do ágio no FI-FGTS em 17/09/2010:

Ágio de 17/09/2010 no FI-FGTS	73.039.738 novas ações OTTP
Valor 30% do PL OTTP	617.020.000,00
Ágio na aquisição das 30% ações da OTTP	1.279.480.000,00
Valor operação aquisição 30% da OTTP (caixa + participação societária da EMBRAPORT) *	1.896.500.000,00

*foram pagos R\$ 596.500.000,00 em ações e R\$ 1.300.000.000,00 em espécie

Constatamos através da demonstração financeira de 31/12/2010 do FI-FGTS

Notas explicativas da Administradora às demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2010 e de 2009					
Em milhares de reais em milhares de reais					
Empresas	Valor Patrimonial	Ágio	Equivalência patrimonial	Saldo contábil em 31/12/2010	Quantidade de ações ON
Odebrecht Transport. Participações	617020	1279480	-30091	1866409	73039738

Segundo o contribuinte, quando da associação do FI-FGTS com a Odebrecht TransPort Participações - OTTP, o FI-FGTS tinha como finalidade, nos termos do regulamento do FI-FGTS e de sua lei de criação, investir na construção, modernização, reforma, ampliação ou implantação de empreendimentos de infraestrutura nos setores de rodovias, ampliação e ou implantação de empreendimentos de infraestrutura nos setores de rodovias, portos, hidrovias, ferrovias, energia e saneamento.

Em 22 de agosto de 2011, ocorre a integralização das ações subscritas em 17 de setembro de 2010.

Como veremos, analisando as reorganizações societárias ocorridas em 2012, o grupo Odebrecht visualizou a partir desta associação, a possibilidade também de deslocar o ágio gerado no FI-FGTS, para as empresas do grupo, reduzindo assim a carga tributária de diversas empresas operacionais do grupo.

2012:

2a operação: Incorporação de ações da OTTP pela OTPT. O FI-FGTS recebe 30% das ações da OTPT. Nesta etapa da operação o

investimento e o ágio OTTP, registrados no FI-FGTS, são deslocados para a empresa OTPT.

Em 30 de outubro de 2012, o FI-FGTS se desliga da OTTP e passa a deter participação direta na OTPT, holding que controlava diretamente a OTTP.

Segundo o contribuinte as partes tinham interesse em promover a incorporação das ações da OTTP pela OTPT, de forma que a OTTP se tornasse subsidiária integral da OTPT e em decorrência da Incorporação de Ações o FI - FGTS receberia ações da OTPT.

A AGE da OTTP aprovou o Laudo da Ernest e Young para proceder a avaliação econômico financeira da OTTP para fins de referência na relação de substituição das ações aplicáveis à incorporação de ações desta pela OTPT e da Guimarães e Siero para proceder ao Laudo de Avaliação das ações da OTTP.

A reorganização societária consistiu na incorporação da totalidade de ações de emissão da OTTP pela OTPT e sua conversão em subsidiária integral desta. Em decorrência desta operação o FI-FGTS, na qualidade de acionista da OTTP, recebeu em substituição das ações da OTTP de sua titularidade, ações de emissão da OTPT. A base da relação de substituição foi estabelecida no Protocolo e Justificação de Incorporações de Ações de Emissão de Odebrecht Transport Participações S.A (OTTP) pela OTP Transport Participações S.A. (OTPT). Estabeleceu-se a relação de troca de 1,079 ação de emissão da OTPT para cada ação da OTTP e para finalizar a operação ficou acordado que o FI- FGTS faria a subscrição do aumento de capital e reserva de capital da incorporadora OTPT.

Os acionistas da OTTP aprovam a incorporação das ações que o FI-FGTS detinha, a valor de custo contábil total pelo qual estavam registradas no balanço patrimonial do FI-FGTS, convertendo a OTTP em subsidiária integral da OTPT. Vale lembrar que o valor registrado total do investimento no FI-FGTS incluía o valor contábil da participação societária mais o valor do ágio pago pelo FI- FGTS. Como consequência, foram emitidas 78.877.909 novas ações da OTPT, pelo valor de R\$ 1.981.313.841,59 subscritas pelo FI-FGTS, sendo que o total de R\$ 78.877.909,00 foram destinados ao aumento de capital social e R\$1.902.435.932,59 foram destinados a reserva de capital, “Ágio em controladas”.

Uma vez que o valor patrimonial contábil das ações OTTP, adquiridas pela OTPT, monta de R\$ 701.833.820,11 e o valor pago por tais ações foi de R\$ 1.981.313.841,50, a OTPT desdobrou o registro de seu investimento, no montante de R\$ 701.833.8320,11, e ágio no montante de R\$ 1.279.480.021,48.

Neste momento, ocorre o “Toque de Midas” da operação, ou seja, o deslocamento do ágio pago pelo FI-FGTS para dentro do Grupo Odebrecht através de um ágio criado praticamente no mesmo valor do ágio original pago pelo FI-FGTS em 2010.

Data	Ágios	Valor
17/09/2010	Nascimento ágio pago FI-FGTS	1.279.480.000,00
30/10/2012	Criação do ágio na OTPT	1.279.480.021,48
	Diferença	21,48

30/10/2012- INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA OTPT PELA OTPT COM A AÇÕES DETIDAS PELO FI-FGTS:

Formação dos ágios em 30/10/2012:

ADQUIRENTE	AÇÕES ADQUIRIDAS	Lançamentos	
OTPT	73.039.738 ações OTPT	Participação societária 30% da OTPT	701.833.820,11
		Ágio na aquisição de 30% ações da OTPT	1.279.480.021,48
		Valor operação	1.981.313.841,50
FI-FGTS	78.877.909 novas ações OTPT	Valor dos 30% das ações OTPT recebidas na operação	1.981.313.841,50

Contabilidade OTPT

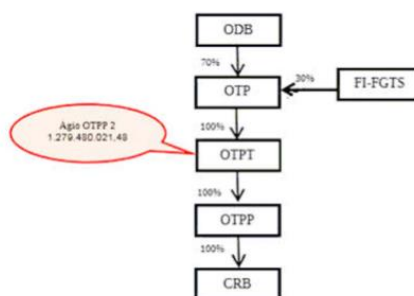
Nome:		OTP TRANSPORT PARTICIPACOES S.A					
CNPJ:		11.547.787/0001-22					
Conta:		252005 - RESERVA DE CAPITAL A INTEGRALIZAR					
Saldo inicial:		0,00					
Data	Cód. Conta	Conta	D/C	Débitos	Créditos	Saldo	D/C Histórico
31/10/2012	131402	PARTICIPACOES SOCIETARIAS - AGIO CONTROLADAS	D	1.279.480.021,48		1.902.435.932,59	C Incorporação de ações da OTPT pela OTPT
31/10/2012	131002	PARTICIPACOES SOCIETARIAS CONTROLADAS - VALOR PATRIMONIAL	D	701.833.820,11		1.902.435.932,59	C Incorporação de ações da OTPT pela OTPT
31/10/2012	252005	RESERVA DE CAPITAL A INTEGRALIZAR	C		1.902.435.932,59	1.902.435.932,59	C Incorporação de ações da OTPT pela OTPT
31/10/2012	251002	CAPITAL SUBSCRITO	C		78.877.909,00	1.902.435.932,59	C Incorporação de ações da OTPT pela OTPT

3ª Operação: Incorporação de ações da OTPT pela OTP. O FI-FGTS recebe 30% das ações da OTP, pelo valor contábil de R\$ 699.961.908,47 e entrega ações OTPT contabilizadas por R\$ 1.981.313.841,50. Em 09 novembro de 2012, o FI-FGTS deixa de ser sócio da OTPT e passa a ser sócio da OTP.

O Laudo de avaliação das 78.877.909 setenta e oito milhões, oitocentos e setenta e sete mil, novecentos e nove) ações da OTPT foi realizado pela Guimarães e Siero, a avaliação se deu pelo critério de valor patrimonial contábil, para fins de incorporação destas ações ao patrimônio da OTP. O Laudo de avaliação apontou que o valor total das ações da OTPT, a serem incorporadas pela OTP era de R\$ 699.961.908,47 (seiscentos e noventa e nove milhões, novecentos e sessenta e um mil, novecentos e oito reais e quarenta e sete centavos).

Na incorporação das ações da OTPT pela OTP, a OTPT converteu-se em subsidiária integral da OTP, ficou estabelecido uma relação de troca de 0,6927 ação ordinária de emissão da companhia para cada ação ordinária de emissão da OTPT. Em decorrência da incorporação das ações houve a emissão, pela OTP, de novas 54.642.462 (cinquenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e duas) novas ações pelo valor de R\$ 699.961.908,47 (seiscentos e noventa e nove milhões, novecentos e nove um mil novecentos e oito reais e quarenta e sete centavos), ao preço de emissão de R\$ 12,8098 (doze reais e oitenta centavos e fração) por ação, sendo R\$ 1,00 (um real) por ação, perfazendo um total de R\$ 54.642.462 (cinquenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e dois reais) destinados ao aumento de capital social, o qual passou de R\$ 127.499.078,00 (cento e vinte e sete milhões, cento e quarenta e um mil e quinhentos e quarenta reais) para R\$ 182.141.540,00, perfazendo o total de R\$ 645.319.446,47 (seiscentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e dezenove mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e quarenta e sete centavos) destinados a reserva de capital - ágio na emissão de ações.

O capital social da empresa de R\$ 182.141.540,00 (cento e oitenta e dois milhões, cento e quarenta e um mil e quinhentos e quarenta reais) dividido em 182.141.540 ações ordinárias e nominativas e sem valor nominal foi totalmente subscrito e integralizado em favor do FI-FGTS, o qual era o detentor dos 30% das ações da OTPT que foram vertidas para a OTP.



09/11/2012 INCORPORAÇÃO PELA OTP DE AÇÕES OTPT DETIDAS PELO FI-FGTS E RECEBIMENTO PELO FI-FGTS DE 54.642 NOVAS AÇÕES EMITIDAS PELA OTP.

Formação dos ágios em 09/11/2012:

Operação 09/11/2012 na OTP (Ativo)	Incorporação 78.877.909 ações OTPT
Participação societária OTPT	699.961.908,47
Valor contábil	699.961.908,47

Operação 09/11/2012 na OTP (PL)	Emissão 54.642.462 novas ações OTP
Capital Social	54.642.462,00
Reserva de capital	645.319.446,47

Data	FIFGTS	Valor negociado
30/10/2012	Recebe 78.877.909 ações OTPT	1.981.313.841,50
09/11/2012	Entrega 78.877.909 ações OTPT	699.961.908,47
	Perda não reconhecida	1.281.351.933,03

OTP Lançamentos contábeis

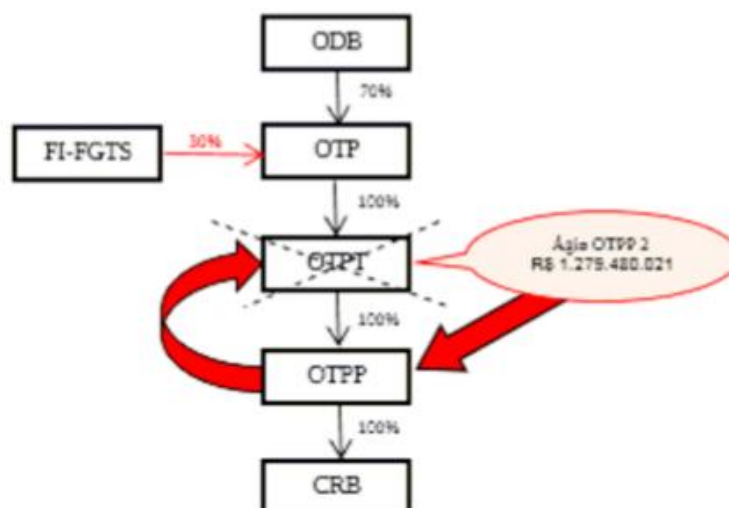
Data	Cód. Conta	Conta	D/C	Débitos	Créditos	Saldo	D/C	Histórico
09/11/12	131002	PARTICIPAÇÕES SOCIETARIAS CONTROLADAS - VALOR PATRIMONIAL	D	699.961.908,47		2.333.206.359,49	D	Incorporação de ações da OTPT pela OTP
09/11/12	252005	RESERVA DE CAPITAL A INTEGRALIZAR	C		645.319.446,47	2.333.206.359,49	D	Incorporação de ações da OTPT pela OTP
09/11/12	251002	CAPITAL SUBSCRITO	C		54.642.462,00	2.333.206.359,49	D	Incorporação de ações da OTPT pela OTP

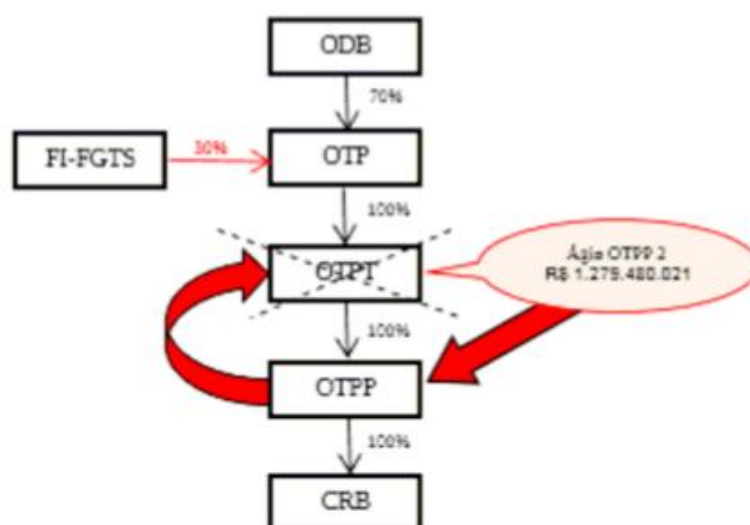
4ª Operação: Incorporação reversa da empresa veículo OTPT pela empresa OTTP.

O ágio anteriormente deslocado do Fundo para a empresa OTPT é transferido para a OTTP.

Em 23 de novembro de 2012, a OTTP incorpora reversamente a OTPT, sendo as ações de emissão da OTTP detidas pela OTPT transferidas para a OTP.

23/11/2012 OTTP INCORPORA OTPT:





O ágio OTPP é transferido para as empresas operacionais do grupo com a finalidade de aproveitamento tributário.

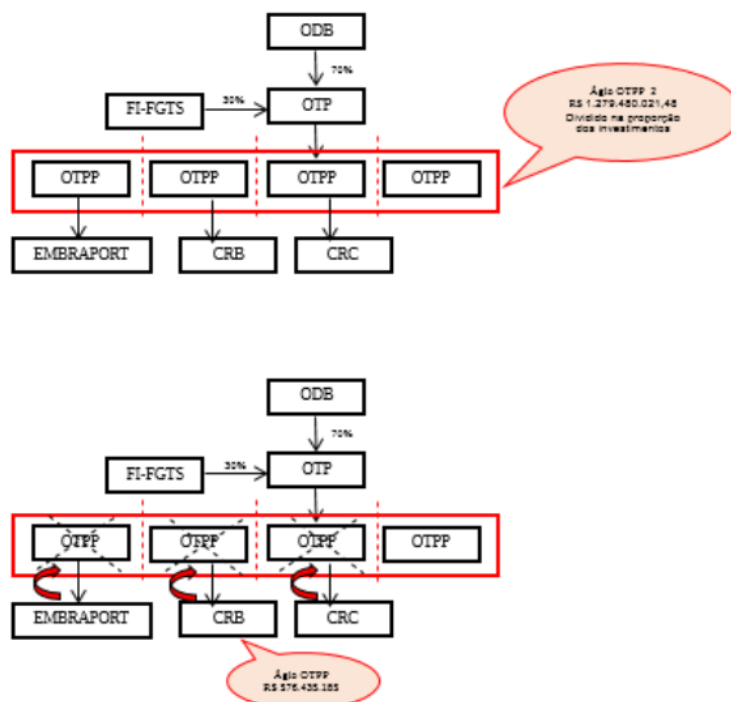
Em 21 de dezembro de 2012, ocorre a transferência de uma ação da CRB detida pela OPI – Odebrecht Participações e Investimento (antiga OII) para a OTPP e a cisão parcial da OTPP com a incorporação da parcela do acervo líquido cindido pela CRB e consequente transferência de 278.399.525 ações ordinárias e 278.399.525 ações preferências de emissão da CRB para a OTP.

Basicamente a cisão consistiu em separar da OTPP a participação societária e o benefício fiscal do ágio de cada uma das três empresas por ela controlada, sendo a CRB uma delas.

Ocorre a cisão parcial da OTPP, com incorporação de parcela do acervo líquido cindido pela CRB e consequente transferência das respectivas ações de emissão da CRB para OTP.

Neste momento o ágio que se encontrava na OTPP é incorporado juntamente com o acervo líquido cindido pela CRB. A cisão parcial foi seguida, nos termos do “Protocolo e justificção para cisão parcial da OTPP”, pelas incorporações reversas das parcelas cindidas pela Embraport, CRB, CRC. A representação gráfica pode ser dada por:

21/12/2012 CISÃO OTPP E INCORPORAÇÃO REVERSA



O cálculo do ágio devido a CRB foi realizado conforme a proporção do investimento que a OTPP tinha em cada uma de suas investidas:

Ativa	Valor de negociação conforme Avaliação de EAV (R\$ mil)	Participação OTPP	Valor de negociação OTPP (R\$ mil)	Peso proporcional da Avaliação	Ágio proporcional Avaliação (R\$ mil)
Supervia	890.270	60,00%	534.162	5,75%	73.601
ViaQuatro	1.124.719	15,00%	168.708	1,82%	23.246
Embraport	4.935.388	57,82%	2.853.642	30,73%	393.199
Logum	7.136.462	20,00%	1.427.292	15,37%	196.664
CRB	4.183.485	100,00%	4.183.485	45,05%	576.435
CRC	75.520	74,00%	55.884	0,60%	7.700
CBN	89.683	50,00%	44.842	0,48%	6.179
CLN	209.722	8,50%	17.826	0,19%	2.456
Total	18.645.250		9.285.841		1.279.480

Cód.	Descrição	Saldo em 01/10/2012	Previdimento pagante	Saldo em 01/10/2012	Investimento realizado				Saldo em 01/10/2012
					Investimento realizado em 01/10/2012	Investimento realizado em 01/10/2012	Investimento realizado em 01/10/2012	Investimento realizado em 01/10/2012	
1	Ativo								
11	Corrente								
111	Conta e Depósito de Caixa	78.170.180,22		78.170.180,22					78.170.180,22
114	Outros Contas e Depósitos	28.125.479,81		28.125.479,81					28.125.479,81
		106.295.660,03		106.295.660,03					106.295.660,03
12	Reservado e LP								
121	Outros Depósitos	11.309.437,80		11.309.437,80					11.309.437,80
		29.232.637,80		29.232.637,80					29.232.637,80
13	Permanente								
131	Investimentos								
131.01	Participações Sociais								
131.01.01	Controladas	1.000.000.000,00		1.000.000.000,00					1.000.000.000,00
131.01.02	Participações Sociais - Aps	50.000.000,00		50.000.000,00					50.000.000,00
131.01.03	Participações Sociais - Aps	1.700.000.000,00		1.700.000.000,00					1.700.000.000,00
131.01.04	Participações Sociais - Aps	8.224.544.267,00		8.224.544.267,00					8.224.544.267,00
		10.974.544.267,00		10.974.544.267,00					10.974.544.267,00
131.02	Previdência de Aposentadoria								
		2.500.000,00		2.500.000,00					2.500.000,00

Importante ressaltar que as demonstrações financeiras relativas ao ano de 2013 da CRB cita essa operação da seguinte forma na nota explicativa 1a.

“Reestruturação societária. Em 21 de dezembro de 2012, foi aprovada a cisão parcial do patrimônio líquido da controladora Odebrecht TransPort Participações S.A. (“OTPP”), composto, em parte, pelo seu investimento na Companhia e respectivo ágio fundamentado em perspectiva de resultados futuros, passível de amortização para fins tributários, o qual foi incorporada pela Companhia, sem qualquer aumento ou modificação na composição do seu capital social. O referido acervo líquido, no montante de R\$ 195.988 foi totalmente incorporado ao patrimônio da Companhia em conta de reserva de capital, denominada Reserva Especial de Ágio, com contrapartida nas contas de imposto de renda e contribuição social diferidos ativos”

Esta operação resultou na cisão parcial do patrimônio líquido da OTPP, o qual foi incorporado a CRB.

(ii) A expectativa da administração da Companhia quanto à realização total dos créditos fiscais constituídos sobre os prejuízos fiscais acumulados, base negativa de contribuição social e o ágio a ser amortizado para fins tributários está prevista para ocorrer da seguinte forma:

Ano	Prejuízo fiscal e base negativa	Compensação	
		Benefício fiscal (ágio)	Total
2014		19.599	19.599
2015		19.599	19.599
2016	1.476	19.599	21.075
2017	10.752	19.599	30.351
2018	19.543	19.599	39.142
2019	27.762	19.599	47.361
2020 em diante	47.198	58.795	105.993
	106.732	176.389	283.121

Além dessa informação, a nota explicativa no 10i e 10ii das demonstrações financeiras de 2013, revelam a projeção para realização do IRPJ e CSLL que incluem o referido “benefício fiscal”:

“(Nota 10). Como resultado desta reorganização societária, a Odebrecht TransPort S.A. (“OTP”) passou a deter 100% do capital total da Companhia. Como resultado desta reorganização societária, a Odebrecht TransPort S.A. (“OTP”) passou a deter 100% do capital total da Companhia. ”

- (i) De acordo com as práticas contábeis já previstas na Instrução CVM nº319/99, com a redação do ICPC 09, a Companhia, com base em estudo técnico aprovado pela Administração, reconheceu crédito tributário sobre o valor do ágio a ser amortizado para fins tributários, em função da incorporação de parte do acervo líquido de sua até então Controladora "OTPP", nos termos que prevê a legislação tributária aplicável.

	2013
Ágio por expectativa de rentabilidade futura	518.792
Provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido	(342.403)
Total do benefício fiscal	176.389

Na nota explicativa 10i é possível perceber que a diferença dos saldos em 2012 e 2013 do total do benefício fiscal é igual a R\$19.599 mil, ou seja, houve amortização de ágio gerando esse benefício.

Na Nota explicativa 10ii é possível perceber que a empresa amortizou o ágio no período de mais nove anos no período de 2014 em diante. Assim, o benefício fiscal de R\$ 195.988 mil será utilizado no período total de 10 anos a partir de 2013.

Diante do exposto, a fiscalização conclui pela ilicitude da amortização do ágio para fins fiscais, tendo em vista o disposto na legislação.

Destaca que, ainda que inexista vedação, no âmbito civil, para as operações levadas a efeito, para o direito tributário é essencial que a reorganização societária tenha plena correspondência com sua dimensão material.

Resume:

Em outras palavras, em 2010 assistimos à constituição de três empresas, todas holdings, do grupo Odebrecht, esta estrutura societária e suas reorganizações vieram a possibilitar que o ágio gerado no fundo de investimento FI-FGTS, fosse em 2012, deslocado, através da OTPT para dentro do grupo Odebrecht, de forma a conferir aparente legalidade para amortização pelas empresas operacionais, no caso da presente ação fiscal pela fiscalizada CRB.

Importante observar que, apesar de haver várias operações de reorganização societária, houve apenas um investimento com recursos financeiros em toda a cadeia de reorganizações societárias ocorridas, este investimento foi realizado pelo FI-FGTS na aquisição das ações da OTPT, em 17 de setembro de 2010. As operações subsequentes consistiram em integralizar o capital social das empresas da cadeia Odebrecht, com ações de empresas subsidiárias do próprio grupo, nestas operações verificamos que não há dispêndio de recursos financeiros.

O ágio gerado na aquisição pelo FI-FGTS das ações da OTPT em 17 de setembro de 2010, é legítimo, de fato isso é inquestionável, o que

se questiona aqui é a forma como é deslocado para a OTPT, como veremos a seguir.

O que é de fato ilícito e aparentemente incompreensível dentro de uma lógica não viciada por operações ilegais é imaginar como um fundo de investimento do porte do FI-FGTS, que tem a responsabilidade de investir o dinheiro dos trabalhadores, aceita adquirir ações de uma holding como OTPT, uma verdadeira casca vazia como veremos posteriormente, pelo valor das ações da OTPT avaliadas em R\$ 1.981.313.841,50, e apenas 9 dias depois entrega esse investimento pelo valor de R\$ 699.961.908,47. Em menos de 2 meses após o investimento bilionário do FI-FGTS na OTPT, esta é simplesmente extinta.

Passa a informar que as operações em comento foram objeto de denúncia pelo Ministério Público Federal - Força Tarefa Greenfield - Operação Sépsis, destacando que membros do Comitê de Investimento do FI-FGTS receberam entre agosto e setembro de 2011 e em abril de 2011, altas quantias para "ajudar a modelar" o projeto da OTPT apresentado pela Odebrecht. O Link para denúncia encontra-se no seguinte endereço: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acao-penal-sepsis-andre-e-vitor>.

A autoridade fiscal relata, ainda, ter participado das oitivas de alguns investigados no Procedimento Investigatório Criminal no 1.16.00000.4257/2016-91, dentre os quais, destaca:

1- Senhor Roberto Carlos Madoglio, CPF 048.066.338-60, ouvido no dia 26/11/2018 as 14:30hs na sede da Procuradoria da República em São Paulo, o qual respondeu que em 2010 estava na chefia da superintendência de fundos especiais – Sufes, e seu chefe era Bolívar Tarrago, Vice Presidente de Ativos de Terceiros – Viter. 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. Bolívar Tarrago cobrava urgência no sentido de fechar o investimento. Frisou ainda, 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 acredita que não teve muita margem para negociar ou recusar o investimento.

2- Senhor Flavio Eduardo Arakaki, CPF 283.844.958-31, atual Vice Presidente da Caixa Econômica Federal, ouvido no dia 27/11/2018 as 14:20hs na sede da Procuradoria da República em São Paulo, o qual respondeu que em 2010 era gerente nacional na Gerencia Operacional

de fundos estruturados. Na ocasião, a proposta inicial da operação da Odebrecht Transport Participações com o FI- FGTS (equity) em 2010 fora recebida em junho de 2009 por Roberto Madoglio. Afirmou ainda, que Bolivar Tarrago, então Vice Presidente da Viter 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. Importante ressaltar que ele afirmou que pelo que se recorda a proposta inicial do investimento foi no valor de 500 milhões de reais.

Com base nas informações acima, entende que o ágio em litígio teria sido constituído através de operações contaminadas por esquemas de vantagens indevidas.

E conclui:

Em suma, o fato é que o ágio foi gerado com o investimento realizado pelo FI- FGTS na OTTP 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 OTTP (investida) e o FI- FGTS (investidor), o que sabemos que nunca ocorreria.

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. Pleiteia a manifestação do julgador quanto à aplicação ao presente caso do artigo 24 do Decreto-lei 4.657 de 1942, tendo em vista que à época dos fatos havia jurisprudência administrativa que considerava legítimas as operações efetuadas.

Ora, o Grupo Odebrecht não satisfeito em receber o investimento bilionário em 2010 do FI-FGTS “levou de brinde” de forma ardilosa a possibilidade de reduzir a carga tributária das empresas operacionais.

Adiciona a autoridade que, apesar de defender a contribuinte que o objetivo de toda a reorganização societária seria tornar a gestão de seus investimentos no segmento de transporte e logística mais eficiente, com a simplificação da estrutura societária e consequente redução de custos administrativos, a Holding OTPT, não possuía qualquer funcionário, e mesmo seus diretores recebiam seus salários por meio de outras empresas do Grupo Odebrecht. As despesas que a holding possuía se restringiam a serviços de assessoria para arquivamento de Atas e Laudos de avaliação contratados.

Assim, argumenta que a extinção da OTPT nada teria a ver com eficiência e redução de custos, uma vez que não gerava qualquer custo.

Questiona, ainda, a realização do investimento do FI-FGTS nela, uma vez que o intuito da reorganização era encerrá-la.

Defende a autuante ter sido feita toda a operação com o fim único de transferir o ágio e formar uma situação meramente formal para a observância das normas que permitem a dedutibilidade do ágio, através da empresa veículo OTPT. O objetivo da reorganização efetuada era gerar a confusão patrimonial prevista pela lei, entretanto, no caso em análise, entende a autoridade fiscal que ela somente ocorreria caso o FI-FGTS incorporasse a OTPT ou fosse por ela incorporado, tendo em vista que o ágio tivera sua origem em aquisição por ele realizada. E complementa:

Não se deve confundir a incorporação da OTPT, pela OTPT, bem como a incorporação da OTPT pelas suas investidas, com a “confusão patrimonial” exigida pelo art. 386 do RIR. O acervo patrimonial adquirido com ágio foi realizado pelo FI-FGTS.

Assim, conclui:

A aquisição das ações da OTPT pela OTPT, teve objetivo ilícito, isso por ser inadmissível a aquisição por uma empresa cuja existência não se vincula a uma atividade empresarial real e já estava para ser extinta, mas tão somente se prestou de veículo na sequência de reorganizações societárias para reduzir a carga tributária do grupo Odebrecht. Desta forma, o motivo é ilícito, pois a ideia de causa como sendo fundamental para os negócios privados está assentada no novo Código Civil, visto que, para o negócio jurídico ser válido, é preciso que a sua causa seja também lícita (art. 166 – III).

"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

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

A aquisição da OTPT pela OTPT com simulação (como definida pelo art. 167 do novo Código Civil) tem seus efeitos tributários estipulados pelo inciso VII do art. 149 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que assim determina:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

A competência dada ao Fisco pelo art. 149-VII do CTN, “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”, confere à autoridade administrativa a prerrogativa de efetuar o lançamento de ofício, lembrando que o Fisco está vinculado à realidade dos efeitos jurídicos dos negócios realizados pelas partes, mas não à qualificação dada por elas aos seus atos negociais. A verdade material está sendo exaustivamente comprovada nesta ação fiscal.

(...)

Considerando que as operações dolosamente engendradas pelo grupo Odebrecht visaram reduzir o montante dos tributos devidos (o que caracteriza a fraude). Com efeito, não fosse a participação artificial da empresa que se prestou de veículo OTPT, o ágio pago não seria deduzido da forma como foi.

Sendo assim, os valores amortizados no ano-calendário objeto da presente ação fiscal não são oponíveis ao fisco, e deverão ser somados às bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

Portanto, a integralidade da despesa de amortização do ágio deverá, portanto, ser glosada.

Passa a discorrer acerca da Simulação:

No caso concreto, observemos que o grupo Odebrecht realizou astuciosa manobra, com ajuda dos agentes responsáveis pelos investimentos do Fundo de Investimento do fundo de garantia por tempo de Serviço, praticando atos jurídicos encadeados no sentido de forçar seu enquadramento no inc. III do art.386 do RIR/99. A simulação consistiu em forçar a transferência insubsistente do ágio gerado no FI-FGTS para a holding OTPT, seguido de manobras artificiais para transferir o ágio da empresa veículo OTPT até a empresa operacional CRB - Concessionária Rota das Bandeiras, que dispõe de resultados tributáveis e passou a indevidamente se beneficiar da amortização do ágio.

O enquadramento “forçado” no dispositivo legal se deu claramente por meio do uso de simulação por interposição de pessoa, inserindo a empresa OTPT como empresa veículo e depois realizando sucessivas operações de incorporação e cisão para a transferência do ágio até a empresa operacional final CRB- Concessionária Rota das Bandeiras.

No caso concreto, criou-se a aparência de transmitir em cadeia as participações societárias do FI-FGTS pelas holdings OTPT e OTTP do grupo Odebrecht para finalmente chegar a CRB - Concessionária Rota das Bandeiras.

Em relação a aquisição das ações da OTTP, de propriedade do FI-FGTS, pela OTPT de forma que a OTTP se tornou subsidiária integral da OTPT, o contribuinte foi intimado a explicar detalhadamente qual a razão desta aquisição, qual o propósito negocial desta aquisição, já que em sequência a esta aquisição as mesmas ações foram adquiridas pela OTP - CNPJ 12.251.483/0001-86 vindo a OTTP a converter-se em subsidiária integral da OTP, e a OTPT foi em seguida incorporada pela OTTP. Por que não houve a incorporação da OTPT pela OPT previamente ao desligamento do FI-FGTS da OTTP.

Em sua resposta o contribuinte deixa claro que a intenção da reorganização societária ter acontecido nos moldes em que ocorreu foi exatamente possibilitar que a OTPT fosse incorporada pela OTTP. Não resta a menor dúvida que em termos operacionais não haveria diferença caso a OTPT fosse incorporada pela OTP ou pela OTTP, porém em termos tributários há a nítida e clara demonstração de vontade em transportar o ágio gerado na OTPT para a OTTP e em sequência as empresas operacionais do grupo.

Nestes termos, qualifica a multa lançada, entendendo ter havido fraude e conluio nas operações em análise.

Encerra noticiando a representação fiscal para fins penais efetuada.

Tendo a contribuinte tomado ciência do Auto de Infração e demais termos dele constantes por abertura de mensagem em sua Caixa Postal, em 07/12/2018, e não concordando com a lavratura dos Autos, apresenta, em 07/01/2019, por meio de seus advogados e bastante procuradores, sua impugnação, trazendo as razões abaixo sintetizadas.

Após breve resumo da fiscalização e dos autos lavrados, aponta razões que entende promoveriam o cancelamento da autuação.

Em sede de preliminar, pleiteia a manifestação do julgador quanto à aplicação ao presente caso do artigo 24 do Decreto-lei 4.657 de 1942 (LINDB), tendo em vista que à época dos fatos havia jurisprudência administrativa que considerava legítimas as operações efetuadas.

Segue expondo que todas as operações ora questionadas se deram de forma lícita e adequada, com o conhecimento dos órgãos competentes envolvidos. Ou seja, sem qualquer fraude, conluio ou simulação.

Entende que os fatos ocorridos devem ser analisados de forma conjunta, não isolada, buscando sempre a verdade material.

Passa a contextualizar as operações analisadas:

Nesse contexto, à época dos fatos, a Impugnante era controlada pela OTTP, holding do grupo que era utilizada para investimentos em empresas operacionais do ramo da infraestrutura de transportes e logística.

Além da OTTP, o Grupo Odebrecht era composto por outras holdings, utilizadas para cumprir funções distintas e específicas na persecução dos propósitos do grupo.

A OTPT, por sua vez, era a holding utilizada com o fim precípua de regular os negócios em que o FI-FGTS demonstrasse interesse - considerando que o grupo desempenhava atividades relacionadas à área de investimento do mencionado Fundo.

Esclareça-se, de plano, que o FI-FGTS é autônomo e não possui relação societária com os controladores do Grupo Odebrecht. Tal fundo de investimento foi constituído com fulcro na Lei nº 11.491/2007, nos termos disciplinados pela Instrução CVM nº 462/2007, a fim de proporcionar investimentos nas áreas de construção, reforma, ampliação ou implantação de empreendimentos de infraestrutura em rodovias, portos, hidrovias, ferrovias, aeroportos, energia e saneamento.

Foi nesse contexto, de busca de investimentos em infraestrutura, que o Grupo Odebrecht, no ano de 2010, estabeleceu sua estrutura societária também com a participação da Odebrecht Transport S.A. ("OTP"), outra holding da engrenagem do grupo, cotidianamente explorada para a concentração dos negócios nos quais o FI-FGTS não demonstrasse interesse.

Isso se dava porque o Regulamento do FI-FGTS à época de seu investimento, em 2010, proibia-lhe de participar de empresas de outros setores que não os nele expressamente previstos, limitação espelhada no Plano de Investimentos com Recursos do FI-FGTS, Anexo II do Acordo de Acionistas celebrado entre as partes.

Ou seja, para determinados segmentos, o FI-FGTS sequer poderia participar por expressa vedação, razão negocial para existência das duas holdings mencionadas (OTPT e OTP).

Nesse contexto, a OTP participava de outros segmentos, inclusive com outros sócios.

Com base nessa breve explanação, nota-se, de plano, o equívoco cometido pela Autoridade Fiscal, ao afirmar que a OTPT seria a holding "constituída para desenvolver investimentos em novos

negócios em que o FI-FGTS não manifestasse interesse, através da associação com outros parceiros estratégicos" (fls. 35 do TVF).

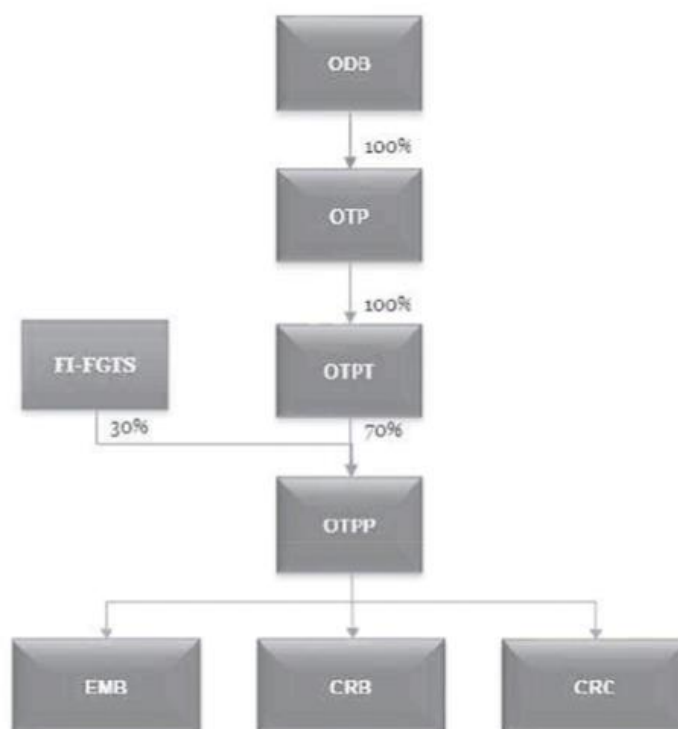
Pelo contrário, tal sociedade se prestava, na estrutura do Grupo Odebrecht, a concentrar os negócios em que o FI-FGTS tinha interesse em se associar e investir conjuntamente com o Grupo.

Em verdade, naquela época, a OTP desenvolvia as atividades negociais que não fossem de interesse do FI-FGTS ou que não estivessem em seu escopo, em razão das limitações trazidas em seu regulamento, acima mencionado.

(...)

Prosseguindo, em 17.09.2010, a OTTP recebeu investimento do FI-FGTS, no valor de R\$ 1.896.500.000,00. O investimento deu-se por meio de aumento de capital com a emissão de 73.039.738 novas ações ao preço de emissão de R\$ 25,965317674, dos quais R\$ 1,00 de cada ação seria destinado à formação do capital social e o saldo à reserva de capital da holding. Como resultado, o capital social da OTTP passou de R\$ 170.426.056,60 para R\$ 243.465.794,00, e os outros R\$ 1.823.460.261,99 foram destinados à reserva de capital.

A partir disso, a participação societária da OTPT na OTTP, antes de 100%, passou a ser de 70%, ao passo que os 30% remanescentes passaram à titularidade do FI-FGTS. Esquematicamente, o organograma das entidades envolvidas passou a ser retratado da seguinte forma:



A estrutura acima foi mantida por aproximadamente dois anos, até que a lógica negocial então aplicada deixou de ser interessante para o conglomerado empresarial, o que deu ensejo à simplificação de sua estrutura, cujo modelo se apresentava necessário ao tempo do planejamento negocial originário, mas não mais à época do início da reorganização.

Isso porque, passados dois anos da constituição dessas sociedades, sem que a OTPT realizasse um novo investimento em conjunto com o FI-FGTS, o Grupo Odebrecht percebeu que tal estrutura havia deixado de atender a seus interesses negociais, de forma que era necessário simplificá-la, com a supressão/readequação da estrutura societária.

A despeito da função específica a ser exercida pela OTPT, até então não se havia firmado qualquer nova parceira de investimento com o FI-FGTS em empreendimentos voltados para os segmentos autorizados pelo regulamento do referido Fundo, de forma que, até aquele momento, não havia necessidade de se utilizar a OTPT como meio para segregar as atividades do Grupo entre aquelas com ou sem participação do Fundo de Investimento.

Nesse contexto, o Grupo Odebrecht viu-se diante da necessidade de extinguir a OTPT e, ainda, alterar as funções da OTTP, que passaria a concentrar a atividade de investimentos do Grupo, prospectando e adquirindo novos negócios, e da OTP, que passaria a regular as condições de governança do Grupo e gerenciar as relações societárias com o FI-FGTS (função antes desenvolvida pela OTPT). Não obstante

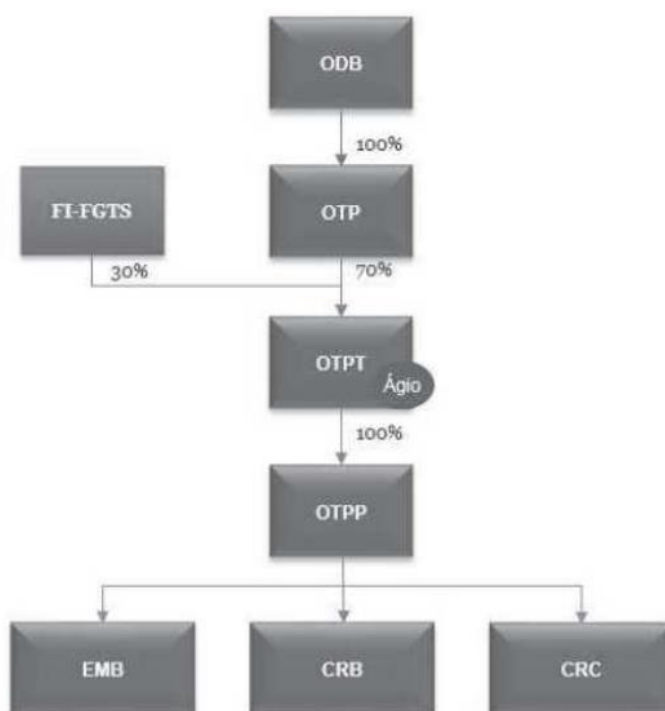
isso, havia a necessidade de adequar essa estrutura mantendo, ainda, o investimento realizado pelo referido FI-FGTS nos ativos operacionais do Grupo.

Em consequência disso, concentrou-se em uma única holding as participações societárias e a captação de investimentos, do próprio FI-FGTS ou de outros parceiros. Como havia uma holding utilizada para gerir relação com o Fundo (OTPT) e outra para regular a interação com outros investidores (OTP), fez-se necessária a manutenção de apenas uma delas.

Assim, em 30.10.2012 houve a incorporação das ações da OTTP pela OTPT (doc. 02). Mediante o referido ato societário, a OTPT incorporou todas as ações que não eram de sua titularidade, ou seja, os 30% detidos pelo FI-FGTS.

Em contrapartida, o FI-FGTS recebeu 1,07993143434037 ações da OTP (investidora) para cada ação que detinha na OTTP.

A configuração do Grupo passou a ser a seguinte:



A OTTP, portanto, manteve suas atividades e tornou-se subsidiária integral da OTPT. O FI-FGTS, por sua vez, teve sua participação revertida em ações de o emissão da investidora, conforme dispõe o artigo 252, § 3, da Lei nº 6.404/76:

"Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembléia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

(...)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem"

Quanto à OTPT, ante a obrigação de observar o Método de Equivalência Patrimonial (artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77), segregou o registro do custo de aquisição dos 30% de participação no capital social da OTPT em (ii) valor do patrimônio líquido; e (iii) ágio configurado pela diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor patrimonial.

In casu, o investimento, cujo patrimônio líquido montava a R\$ 701.833.820,11, foi adquirido pela OTPT por R\$ 1.981.313.841,59, resultando em ágio no valor de R\$ 1.279.480.021,48:

Ativo	
Circulante	
Caixa e Equivalentes de Caixa	
Outras Contas a Receber	
Não-Circulante	
Investimento	
Participações Societárias	
Odebrecht TransPort Participações S.A.	
→ Ágio Fundamento em Perspectiva de Rentabilidade Futura de Controladas Indiretas	
(-) Provisão Ágio sobre Controladas - Com Base ICPC Nº 09 (R1)	
Total do Ativo	

Na espécie, o ágio encontrou fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura do investimento, dada a projeção de lucro nos exercícios futuros baseada na metodologia do Fluxo de Caixa Descontado.

Nessa linha, a fim de avaliar o investimento e justificar o sobrepreço, contratou-se laudo da Ernst & Young, firma de Auditoria Independente de enorme reputação e projeção mundial, o qual foi aprovado em assembléia e arquivado pela Impugnante. Frise-se que o referido laudo, bem como a rentabilidade futura auferida, não foi questionado pela Autoridade Fiscal.

A despeito de a Autoridade Fiscal buscar questionar a dedutibilidade para fins fiscais do ágio amortizado pela Impugnante, verifica-se que, em verdade, esse não decorre da aquisição de participação de 30% na OTTP pelo FI-FGTS, mas, sim, da incorporação de ações da OTTP pela OTPT, retratada acima, por meio da qual adquiriu-se a participação na OTTP então detida pelo FI-FGTS, terceiro independente.

Foi essa a origem do ágio ora questionado, que surgiu na aquisição via incorporação de ações da participação anteriormente detida pelo FI-FGTS, (i) entre partes não relacionadas, portanto; e (ii) pautada em evidente propósito negocial, dado que era interessante (a) ao FI-FGTS alienar participação societária, recebendo participação em holding por valor maior que o desembolsado, e (b) à OTPT, na medida em que a adquiriu participação societária na qual se espera vultosa rentabilidade futura e, da mesma forma, possibilitou a reorganização pretendida pelo Grupo.

Defende que, distintamente do alegado pela fiscalização, o ágio em litígio teria sido formado quando da aquisição das ações da OTTP pela OTPT, e não pela FI-FGTS. Uma vez que a OTPT fora posteriormente incorporada pela OTTP, a exigência legal de confusão patrimonial teria sido devidamente observada.

Prossegue relatando as demais operações incorridas, entre elas a incorporação de ações da OTPT pela OTPT (09/11/2012), a incorporação às avessas da OTPT pela OTTP (23/11/2012) e a cisão da OTTP (21/12/2012), da qual resultou parcela do ágio dito amortizável no patrimônio da Impugnante.

Do que relatado, entende que ao se analisar as operações em contexto, como um todo uníssono, percebem-se as motivações negociais das partes envolvidas.

Expõe as regras de amortização do ágio contidas na legislação em vigor à época dos fatos, concluindo que todos os requisitos exigidos teriam sido observados:

Com efeito, aplicando-se as aludidas normas fiscais ao presente caso concreto, tem-se que os requisitos legais para registro e amortização do ágio foram integralmente cumpridos, isto porque:

(i) Houve a efetiva aquisição pela OTPT das ações da OTTP então detidas pelo FI-FGTS, em decorrência de incorporação de ações realizada em 30.10.2012, por meio da qual o FI-FGTS recebeu 1,07993143434037 ações da OTPT (investidora) para cada ação que detinha na OTTP, no montante de R\$ 1.981.313.841,59;

(ii) Foi efetivada a incorporação da OTPT (sociedade que registrou o investimento e o ágio em seu ativo) pela OTTP (investimento); e

(iii) o ágio pago pela OTPT foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da companhia investida, conforme demonstrativos (laudo de avaliação da Ernst & Young - não questionado pelo Fisco).

Segue argumentando que a fiscalização teria imposto requisitos adicionais a seus benefícios devidamente previstos na legislação.

Discorre sobre a teoria do propósito negocial, alegando não ser ela positivada em nosso direito. De qualquer forma, expõe o propósito negocial e específico de suas operações, especialmente quanto à necessidade de participação da OTPT, de forma a evitar que o regulamento onde previstas as limitações de investimento do FI-FGTS fosse descumprido.

Argumenta que, embora a OTPT não tenha realizado investimento em novos negócios que o FI-FGTS tivesse interesse, esse era seu objetivo na estrutura do Grupo. E foi justamente em razão dessa ausência de novos negócios com o FI-FGTS nos mesmos moldes que o Grupo Odebrecht, vislumbrando a ociosidade dessa estrutura, resolveu simplificá-la, alterando as funções das holdings e extinguindo a OTPT, como já descrito (impugnação, fls 32).

Afirma que a OTPT teria sido criada dois anos antes das operações que deram surgimento ao ágio em litígio, tendo sido constituída validamente sob a forma de holding, razão pela qual entende normal que a empresa não possua funcionários ou elevados custos de administração. Na verdade, a reestruturação teria por fim não só a redução de custos, mas a alteração das estruturas de suas sociedades para melhorar a gerência de sua atividade de transporte e logística. A OTTP passaria a atuar como holding centralizadora da prospecção e investimentos em novos negócios no segmento de transporte e logística e a OTP como responsável pelas relações societárias e de governança corporativa.

De qualquer forma, aduz que não caberia ao fisco julgar as decisões estratégicas do Grupo, defendendo que, caso a holding tivesse sido criada com o fim único de participar em outras companhias para se beneficiar de benefícios fiscais, continuaria em conformidade com a legislação societária.

Diz que:

No caso dos autos, as razões econômicas para as incorporações de ações, a incorporação reversa e a cisão parcial praticadas nas holdings OTTP, OTPT e OTP estão ligadas sobretudo aos aspectos negociais da

estrutura do grupo econômico para conseguir parceiros de negócios, investimentos e atingir seus objetivos sociais.

Conforme narrado no próprio TVF, a relação do Grupo Odebrecht com o FI- FGTS teve início em 2008, quando) o referido fundo de investimento adquiriu participação societária na Embraport, sociedade na qual o Grupo Odebrecht, por meio da OTPP, detinha cerca de 70% de seu capital social.

Passados quase dois anos, o Grupo Odebrecht, com a intenção de realizar investimentos em novos negócios, decidiu alterar sua estrutura organizacional, a fim de facilitar a entrada de parceiros que, como o grupo, tivessem interesse em investir tanto no segmento de infraestrutura de transporte e logística, quanto em novos mercados.

Isso porque, dentre os ativos que se buscava investir, nos segmentos de rodovias, aeroportos, portos, hidrovias, entre outros, vislumbrou-se, a partir de buscas no mercado, que cada um desses negócios possuía particularidades e, com isso, potenciais sócios com aptidão específica para atuar em investimentos isolados.

Assim, a estratégia que se desenhou foi de uma estrutura societária que pudesse atender também a novos investidores e delimitar as especificidades de cada negócio, sem, entretanto, infringir as normas que regulamentavam os possíveis investimentos do FI-FGTS.

Nesse contexto, ante à oportunidade de que esse investimento fosse realizado pelo FI-FGTS, o Grupo Odebrecht decidiu constituir, três novas sociedades, a saber: a OTPP, cujo objetivo era administrar diretamente as participações em sociedades operacionais no segmento de infraestrutura de transporte e logística; a OTPT, cuja atividade seria voltada ao desenvolvimento de novos negócios, relacionados ao segmento de infraestrutura de transporte e logística; e a OTP, sociedade que ficaria responsável pela governança corporativa e relações com possíveis investidores e novos acionistas.

Isso porque, conforme já mencionado, o Regulamento do FI-FGTS à época de seu investimento, em 2010, proibia-lhe de participar de empresas de outros setores que não os nele expressamente previstos, limitação espelhada no Plano de Investimentos com Recursos do FI-FGTS, Anexo II do Acordo de Acionistas celebrado entre as partes.

Esclarece que fora a ociosidade da empresa OTPT que ensejou a decisão de extingui-la, já que passados dois anos da parceria do Grupo com o FI-FGTS, nenhum novo investimento fora realizado.

Para tanto, entendeu necessária a realização da incorporação de ações, a fim de que o FI-FGTS passasse, então, a ser detentor de ações da

OTPT e, posteriormente, da OTP, de modo que permitisse a readequação das funções da OTPP e, ainda, extinção da OTPT.

Explica:

Assim, para a reestruturação, foi necessário adquirir a participação integral detida pelo FI-FGTS na OTPP, por meio da OTPT (operação que ensejou o surgimento do ágio em questão), seguida da incorporação de ações da OTPT pela OTP, para, então, se promover a extinção da OTPT de forma que o FI-FGTS mantivesse sua participação no Grupo Odebrecht.

Afirma que a lógica trazida pela fiscalização, ao afirmar que a OTPT fora utilizada unicamente para permitir que as operações se enquadrassem nas previsões de dedutibilidade do ágio, seria equivocada, uma vez que bastava a ele promover a incorporação da OTP pela OTPP e, posteriormente, constituir uma nova holding para exercer as funções que seriam da OTP.

Quanto à ausência de fluxo financeiro na operação em que formado o ágio em análise, argumenta que a fiscalização não teria o direito de definir a forma como deveria o Grupo gerir seus negócios e efetuar a compra. A incorporação de ações seria válida, consoante previsão contida no artigo 252 da Lei das S.A, sendo o custo da operação o valor das ações incorporadas, registrado como investimento pela sociedade incorporadora, consoante Laudo de avaliação. Tornando desnecessário, portanto, qualquer pagamento em dinheiro.

Rechaça eventual prejuízo causado ao FI-FGTS, posto que o fundo, mesmo após todas as operações efetuadas, permaneceu com sua participação no Grupo Odebrecht na mesma proporção, não sofrendo qualquer defasagem:

Isso porque, além de o FI-FGTS não ter adquirido ações da OTPT, mas, em verdade, a OTPT ter adquirido participação na OTPP detida por terceiro, entregando em troca suas ações ao referido Fundo em valor inclusive superior ao que havia sido pago em 2010, é certo que a diferença registrada é meramente contábil, ao passo que, efetivamente, o FI-FGTS permaneceu com a mesma participação no capital social da OTP que detinha na OTPT e, antes dessa, na OTPP, com direito à mesma parcela indireta nos lucros oriundos dos ativos operacionais do Grupo Odebrecht.

E complementa:

Além disso, cumpre notar, como já mencionado que o FI-FGTS é autônomo e não possui relação societária com os controladores do Grupo Odebrecht, e que foi constituído com fulcro na Lei nº 11.491/2007, nos termos disciplinados pela Instrução CVM nº

462/2007, a fim de proporcionar investimentos nas áreas de construção, reforma, ampliação ou implantação de empreendimentos de infraestrutura em rodovias, portos, hidrovias, ferrovias, aeroportos, energia e saneamento.

Nos termos do artigo 1º da referida Lei que institui o FI-FGTS, além da limitação quanto aos segmentos em que se poderia investir (aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovias, porto e saneamento), deveriam ser obedecidas as "diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS".

Em outras palavras, os investimentos realizados pelo Fundo são regidos pelo Conselho Curador do FGTS, órgão tripartite, regido nos termos da Lei nº 8.036/1990, composto por entidades representativas dos trabalhadores, dos empregadores e representantes do Governo Federal, cujo Presidente será um representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

(...)

Destarte, não há como prosperar a tentativa fiscal de pôr em dúvida o interesse do FI-FGTS na operação em foco, pois, caso houvesse qualquer chance de que a reestruturação gerasse prejuízo ou uma perda ao referido Fundo, certamente o Conselho Curador ou o Comitê de Investimentos teria se manifestado em sentido contrário a tais operações ou, ainda, demandado a retirada do FI-FGTS do capital social das sociedades relacionadas ao Grupo Odebrecht.

Segundo a impugnante, o procedimento investigatório suscitado pela fiscalização em nada teriam ligação com as operações em análise, além de ser fruto de mera denúncia, sem comprovação.

No que se refere à confusão patrimonial, alega que a fiscalização teria se equivocado ao indicar o FI-FGTS como real adquirente, uma vez que a operação que teria gerado o ágio fora realizada pela OTPT, dois anos depois. Tendo sido a OTPT incorporada pela OTPP, a exigência de confusão patrimonial teria sido devidamente observada.

Quanto à simulação aventada, expõe que restara exaustivamente demonstrado que todas as operações ocorreram entre partes independentes, de forma lícita e possuíam propósito negocial. Não houve qualquer ato obscuro, e nenhuma tentativa de enganar ou prejudicar terceiros.

Não teria havido, ainda, a interposição de pessoa, tendo em vista que a OTPT não seria uma "empresa veículo", como exposto pela fiscalização.

A simulação deveria restar comprovada, e não baseada em meros indícios. Da mesma forma, a autuação deve se basear no princípio da segurança jurídica, devendo restar comprovados os fatos alegados.

Entende que o caso dos autos se enquadraria como elisão fiscal, não ilícito.

Conclui, assim, pela insubsistência do lançamento.

Ad argumentandum, alega que eventual economia tributária buscada não pode ser vista como ilegal, como consta de acórdão exarado pelo então conselheiro do CARF Alberto Pinto.

Entende forçoso que esta Turma Julgadora reconheça:

(i) a OTPT possuía propósito comercial, haja vista que foi criada e participava do Grupo Odebrecht anos antes da operação que culminou no ágio amortizado pela Impugnante, bem como que claramente não foi utilizada exclusivamente para possibilitar o aproveitamento do ágio;

(ii) considerando apenas a magnitude da operação em foco, é certo que existiam objetivos alheios aos tributários na operação levada a efeito, de modo que não se pode falar que as operações realizadas tiveram por única finalidade a economia fiscal; e

(iii) no presente caso, houve efetivo custo de aquisição oriundo da incorporação de ações entre OTPT e OTPP, que deu ensejo ao ágio, entre partes independentes, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura.

Argumenta, ainda, que a simples utilização de empresa veículo não é suficiente para tornar inválida a amortização fiscal, consoante decisão do CARF nesse sentido.

Defende, então, a impossibilidade de desconsideração pela fiscalização dos negócios jurídicos praticados com base no parágrafo único do artigo 116 do CTN, uma vez que tal dispositivo carece de regulamentação.

Também de forma subsidiária, aduz a impugnante que inexistente vedação legal à transferência de participação adquirida com ágio, alegando ainda que sua transferência não impediria o preenchimento dos requisitos legais para seu aproveitamento para fins fiscais. Segundo ela, isso não impossibilitaria a confusão patrimonial necessária para a amortização, tendo em vista que a OTPT, ao conferir parcela de suas ações ao FI-FGTS tomaria o lugar de real investidora ao se tornar detentora do investimento.

Entende a defesa que o ágio deve acompanhar o investimento que lhe é

subjacente.

Segue questionando a adição da amortização do ágio considerada indedutível à base de cálculo da CSLL por falta de previsão legal, trazendo decisões do CARF nesse sentido.

Opõe-se à qualificação da multa por entender não ocorridas as hipóteses descritas nos artigos 71 a 73 da Lei no 4.502/64.

Fala que a fiscalização nada menciona em seu Termo de Verificação acerca da ocorrência de eventual sonegação, mas apenas sobre fraude e conluio, razão pela qual estaria incorreta a indicação do art. 71 da referida lei. Faltaria a indicação de quais fatos dariam ensejo à qualificação da multa, não havendo, portanto, a subsunção do fato à norma.

Afirma que não lhe era possível deter o controle dos fatos narrados, sendo à época subordinada ao Grupo Odebrecht, sem qualquer poder de decisão. A conduta do "Grupo" não lhe poderia ser imputada de forma pessoal, além de necessária a comprovação da existência de dolo em sua conduta.

Também nega a ocorrência de conluio, seja por inexistir a fraude (o que seria essencial para a configuração do conluio), seja porque não teria restado comprovada qualquer ação da impugnante nesse sentido.

Encerra pleiteando que seja observado o princípio de vedação ao Confisco, requerendo o sobrestamento do feito no caso de discordância, tendo em vista julgamento do recurso extraordinário no 736.090, ao qual fora reconhecida a repercussão geral no STF.

Pleiteia também a não aplicação da multa em caso de não haver unanimidade entre os julgadores.

Na ocasião do julgamento do Recurso Voluntário apresentado pelo Recorrente, a 13ª Turma da Delegacia da Receita federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto proferiu v. acórdão *a quo* julgando improcedente a impugnação por entender, em síntese, que

Irresignada com o v. acórdão *a quo*, a Recorrente interpôs recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais alegando, em síntese, que:

- i. prestou informações e forneceu todos os documentos solicitados à Fiscalização, sem retardar, impedir, atrapalhar, nem confundir o trabalho fiscal. De fato, em momento algum do TVF a Autoridade Fiscal

- ii. registrou, arquivou e submeteu à análise os atos societários nos órgãos de registros competentes, inclusive à Junta Comercial. Com efeito, também em relação a este ponto, a Autoridade Fiscal não aventou a hipótese de que a Recorrente ou quaisquer das demais partes envolvidas na operação ora analisada teria deixado de registrar, arquivar ou cumprir requisito relativo à operação perante os órgãos competentes;
- iii. não restou comprovada qualquer prática dolosa por parte da Recorrente, ou seja, não houve fraude, sonegação ou conluio nos termos em que prescritos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, necessários à imposição da multa qualificada no presente caso.

É a síntese do necessário, passo ao voto.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

O recurso é tempestivo, preenche os pressupostos de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Conforme relatado linhas acima, trata-se de autuação, por meio da qual exige-se IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 2013, diante da alegação de amortização indevida de ágio.

1 DELIMITAÇÃO DA LIDE

Antes de se analisar os argumentos da Recorrente, serão resumidos abaixo: (i) a operação; e (ii) a interpretação dada pela Fiscalização.

Quanto às operações realizadas, a Fiscalização elaborou um quadro que bem resume a ordem cronológica dos investimentos, bem como da reorganização societária realizada pela Recorrente. Veja-se.

Data:	Descrição sumária:
21/10/2008	O FI-FGTS adquire 33,33% das ações da Embraport
09/02/2009	A CRB é constituída e tem como acionistas a OSEC e a OII
02/2010	É constituída a OTPT
05/2010	É constituída a OTTP
22/06/2010	Ocorre uma série de reorganizações societárias para tornar a CRB subsidiária integral da OTTP
07/2010	É constituída a OTP
17/09/2010	O FI-FGTS subscreve 30% de ações OTTP com as ações Embraport e recursos financeiros. A operação gera um ágio de R\$ 1.279.480.000,00
22/08/2011	Integralização das ações da OTTP, com as ações da Embraport.
30/10/2012	O FI-FGTS deixa de ser sócio da OTTP e passa a ser sócio da OTPT. OTPT incorpora 30% de ações OTTP 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 OTTP incorpora a OTPT. O ágio de R\$ 1.279.480.021,48 é transferido para a OTTP.
21/12/2012	Ocorre a cisão parcial da OTTP e incorporação reversa pelas subsidiárias, o ágio de R\$ 1.279.480.021,48 é
	transferido as subsidiárias na proporção do investimento.

A Fiscalização parte da premissa segundo a qual o ágio gerado na aquisição pelo FI-FGTS das ações da OTTP em 17 de setembro de 2010, é legítimo.

Dessa forma, por entender que o ágio foi gerado com o investimento realizado pelo FI-FGTS na OTTP em 17 de setembro de 2010, o referido fundo seria real investidor, e a única hipótese de aproveitamento tributário deste ágio, segundo o artigo 433 do RIR/18, consistiria na confusão patrimonial entre a OTTP (investida) e o FI-FGTS (investidor).

Assim, no entender da Fiscalização, 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.

No entender da Fiscalização, a transferência do ágio para FI-FGTS para empresas operacionais do grupo ocorreu com a utilização de uma empresa veículo, mais precisamente,

OTPT. Segundo a Autoridade Fiscal, a referida empresa teve única e exclusivamente a função de servir de empresa veículo para deslocar o ágio gerado no FI-FGTS 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.

Conclui, portanto, que a única e exclusiva forma do ágio pago pelo FI-FGTS na operação e 17/10/2010 ter seu aproveitamento tributário considerado lícito seria com a ocorrência da confusão patrimonial entre o verdadeiro adquirente e a verdadeira adquirida, ou seja, com a incorporação da OTTP (investida) pelo FI-FGTS (investidor) ou vice-versa, mas isso não estava absolutamente nos planos de quem engendrou toda a operação.

Isso porque entende que o real investidor seria o FI-FGTS, alegando que foi ele quem efetivamente suportou o dispêndio financeiro na aquisição das ações OTTP, seja com as ações da Embraport, seja com os R\$ 1.300.000.000,00 desembolsados na aquisição das ações OTTP. O ágio foi apenas transferido a OTPT, empresa que serviu de veículo para tornar o ágio amortizável.

Dessa forma, são dois os pontos que fundamenta a glosa da amortização do ágio: (i) utilização da OTPT como empresa veículo; e (ii) ausência de fundamentação econômica, uma vez que o real investidor seria o FI-FGTS.

Por sua vez, a Recorrente alega que a operação que originou o ágio é distinta da aquisição havida dois anos antes pelo FI-FGTS. Defende que apesar de não ter ocorrido pagamento em dinheiro, pois o custo da aquisição foi suportado por operação de incorporação de ações.

Nesse ponto, é fato incontroverso que a emissão de novas ações da OTTP e a subscrição pelo FI-FGTS.

Diz a Recorrente que:

Com efeito, é possível identificar uma operação de incorporação de ações, na qual a **aquisição** das ações da OTTP se deu na proporção de 1,07993143434037 ações da OTP (investidora) para cada ação que o FI-FGTS detinha na OTTP, **totalizando um custo de R\$ 1.981.313.841,59.**

Dessa forma, defende que a operação que gerou o registro de ágio pela Recorrente não foi a aquisição de participação societária na OTTP pelo FI-FGTS, ocorrida em 2010, mas, sim, a aquisição, pela OTPT, da participação societária da OTTP então detida pelo FI-FGTS, em 2012.

Dessa forma, ao contrário do que alega a Fiscalização, a Recorrente defende que a verificação de confusão patrimonial deve ser realizada com relação a OTPT (real adquirente) e OTTP (sociedade investida), o que efetivamente ocorreu em 23 de novembro de 2012.

Dessa forma o ágio tornou-se passível de dedução da base de cálculo de IRPJ e CSLL, conforme prevê o art. 7º da Lei nº 9.532/1997:

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

(...)

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)

Dessa forma, o deslinde do feito passa, necessariamente pela análise dos seguintes pontos: (i) a OTPT pode ser considerada empresa veículo para transferência do ágio do FI-FGTS para a Recorrente? (ii) é válida a amortização de ágio que tenha como fundamentação econômica a incorporação de ações? (iii) é válida a amortização de ágio gerado em operação com empresa veículo?

2 ANÁLISE DO ÁGIO

Começo a análise das questões colocadas acima expondo o meu entendimento sobre a dúvida interpretativa que, de certa forma, delimita o litígio instaurado entre as partes. Enquanto a Autoridade Fiscal alega que o ágio amortizado pela Recorrente foi registrado na operação de aquisição de participação societária na OTPT pelo FI-FGTS, ocorrida em 2010.

Por outro lado, a Recorrente alega que trata-se de ágio registrado na aquisição, pela OTPT, da participação societária da OTPT então detida pelo FI-FGTS, em 2012.

Entendo que assiste razão à Recorrente, uma vez que resta comprovado nos autos do presente processo que a OTPT suportou sacrifício econômico para aquisição da participação societária da OTPT quando realizou a operação de incorporação de ações, na qual emitiu novas ações que foram trocadas com o FI-FGTS por ações da OTPT, com o objetivo de transformá-la em uma subsidiária integral.

A jurisprudência administrativa sobre essas formas de aquisição reconhece que a incorporação de ações constitui uma forma de alienação. Nesse sentido, veja-se as ementas dos acórdãos nº 9202-005.534 e 9101-002.735.

Acórdão nº 9202-005.534

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Data do fato gerador: 08/07/2009, 18/08/2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. **A incorporação de ações constitui uma forma de alienação.** O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título

de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, **pelo valor de mercado**. Sendo este superior ao valor de aquisição, **a operação importa em variação patrimonial a título de ganho de capital**, tributável pelo imposto de renda, ainda que não haja ganho financeiro.

Acórdão nº 9101-002.735

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL. **No bojo da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora**, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real e nem de permuta. **A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável.**

Mais precisamente, com relação a casos de ágio, esse Conselho também já decidiu ser legítima a amortização de ágio registrado na aquisição de participação societária com incorporação de ações. Veja-se excerto da ementa do acórdão nº 1301-006.749.

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

Ano-calendário: 2015, 2016 ÁGIO. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ILEGITIMIDADE DA GLOSA.

Não há que se falar em ágio interno se a aquisição da participação societária foi feita entre partes independentes, ainda que em operação de incorporação de ações. O art. 252 da Lei nº 6.404/76 não veda a utilização do valor de mercado das ações para o estabelecimento da relação de troca. Aquisição da participação societária que não precisa ser feita necessariamente via desembolso financeiro, sendo legítima a aquisição por meio de cessão de ações próprias, como ocorre na incorporação de ações. Ausência de simulação. Legitimidade do ágio amortizado.

Dessa forma, entendo estar comprovado nos autos que a aquisição da participação societária ocorreu na aquisição da participação societária da OTPP quando realizou a operação de incorporação de ações, na qual emitiu novas ações que foram trocadas com o FI-FGTS por ações da OTPT.

O argumento de que a empresa OTPT teria sido utilizada com o veículo para tornar o ágio amortizável.

No presente caso, a possibilidade legal de aproveitamento decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio apurado na forma do § 2º. II do art. 385 do RIR/1999.

Ao analisar o art. 386, do RIR/99, verifica-se que a confusão patrimonial decorre da absorção do patrimônio de uma pessoa jurídica pela outra. É este o requisito que, uma vez atendido, permite a utilização do benefício de amortização antecipada do ágio pago.

Estando devidamente comprovado nos autos que houve o efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) para a aquisição do investimento por parte da empresa adquirente OTPT por meio de incorporação de ações, a forma utilizada pela recorrente para a realização do negócio encontra-se dentro dos limites da liberdade de organização de seus negócios, não lhe sendo vedado utilizar aquela que lhe propicie, dentro do ordenamento legal, o menor custo tributário (maior vantagem tributária, em verdade).

Nesse sentido, deve-se considerar como real adquirente a OTPT e como sociedade investida a OTTP.

De qualquer forma, ainda que se entenda a OTPT como empresa veículo, essa circunstância não é suficiente para que se conclua pela ilegalidade da amortização do ágio. Esse, inclusive, é o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça ao proferir acórdão REsp 2026473. Veja-se.

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

1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos.
2. Hipótese em que a Corte Regional apresentou motivação clara e expressa a respeito: a) da possibilidade de dedução do ágio no caso concreto, visto que o instituto teria efetivamente ocorrido (e não artificialmente criado); b) da impossibilidade de criação de hipóteses de "inedutibilidade" não previstas na lei, tal como pretendeu fazer o Fisco; c) da extensão da Lei n. 9.532/1997, notadamente dos seus arts. 7º e 8º; d) da ocorrência efetiva de investimento (aporte de recursos), tendo enfrentado diretamente as questões postas em discussão e entregue a prestação jurisdicional nos limites da lide.
3. Quanto à alegada violação do art. 1.026, § 2º, do CPC, assiste razão jurídica à recorrente, uma vez que os aclaratórios foram interpostos com o objetivo de prequestionamento, pelo que aplicável a Súmula 98 do STJ no particular.
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.

Conforme ao que se verifica do voto condutor do referido acórdão, de relatoria do Min. Gurgel de Faria:

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 “empresa veículo” 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.

Aliás, 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, e continua não havendo, ao uso de sociedade-veículo.

Segundo, porque 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 a só existência de ágio entre partes dependentes ou com o emprego de “empresa-veículo” já seria abusiva.

Assim, ao menos até 2014:

[...] parece claro que, em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio, gerado internamente, entre partes relacionadas. O que se condena é a simulação, a mentira, a operação que não existiu na realidade: assim, se não houve preço em uma relação entre partes relacionadas na qual se registrou ágio, tal operação deverá ser desconsiderada. Resta evidente, aí, que não houve uma compra e venda, uma aquisição de participação societária na qual poderia haver o pagamento do ágio. Comprovada a simulação, plenamente justificável e autorizada a desconsideração do planejamento realizado. (SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias [aspectos tributários]. São Paulo: Dialética, 2012)

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 negocial") para tanto, pois é possível que as pessoas jurídicas originais queiram manter sua segregação por diversas razões (estratégicas, econômicas, operacionais...).

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

Nesse mesmo sentido já decidiu, por maioria de votos, a 1ª Turma da CSRF, à vista do acórdão a seguir:

Numero do processo: 16682.720184/2014-40

Data da sessão: 09 de agosto de 2022

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

ÁGIO. EMPRESA VEICULO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. REAL ADQUIRENTE.

Para fins de registro e amortização fiscal do ágio, a princípio, deve-se considerar como real adquirente a pessoa jurídica que figura como compradora no negócio de compra e venda e recebe a participação societária em troca do pagamento do preço, mesmo que os recursos utilizados em tal aquisição tenham sido viabilizados por outra pessoa do grupo. Se o Fisco não questiona a efetividade da operação ou da participação da pessoa jurídica dita "veículo", não há base para que se trate o negócio, para fins tributários, diferente de como ele efetivamente foi praticado.

Numero da decisão: 9101-006.241

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado que votou pelo não conhecimento. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Edeli Pereira Bessa que votou por dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. (documento assinado digitalmente) Carlos Henrique de Oliveira - Presidente (documento assinado

digitalmente) Livia De Carli Germano - Relatora Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Nome do relator: LIVIA DE CARLI GERMANO

Por essas razões, entendo que não há que se falar em ilegalidade da amortização do ágio pela Recorrente, razão pela qual voto por dar provimento ao recurso voluntário.

3 ARGUMENTOS SUBSIDIÁRIOS

Como exposto linhas acima, encaminhei meu voto para dar provimento integral ao recurso voluntário. No entanto, como o posicionamento aqui adotado restou vencido, passo a analisar os argumentos subsidiários trazidos pela Recorrente.

3.1 PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 24 DA LINDB

Relativamente às alegações da Recorrente no sentido de ser aplicável o art. 24, da LINDB, a pretensão do Recorrente encontra obstáculo na Súmula CARF nº 169.

Súmula CARF nº 169

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O art. 24 do decreto-lei nº 4.657, de 1942 (LINDB), incluído pela lei nº 13.655, de 2018, não se aplica ao processo administrativo fiscal. **(Vinculante,** conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Dessa forma, entendo que não merece provimento o recurso voluntário nesse aspecto.

3.2 AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO EM RELAÇÃO À CSLL

Extraí-se do recurso voluntário que a argumenta que não há que se falar na adição da despesa de ágio na base de cálculo da CSLL, por ausência de previsão legal. Argumenta que o legislador não arrolou, como hipótese de adição ao lucro líquido, o valor correspondente à amortização do ágio na aquisição de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial.

Trata-se de matéria de direito bastante conhecida no âmbito do CARF, cujas decisões são bastante divididas.

Nesta matéria, alinho-me ao posicionamento do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto que, de forma brilhante e bem fundamentada, concluiu não haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL.

Portanto, adoto as suas razões de decidir que constam na Declaração de Voto do Acórdão nº 901-006.164, da 1ª Turma da CSRF:

A Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) foi instituída pela Lei n. 7.689/88, havendo previsão expressa na referida lei de que o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, sofrerá alguns ajustes para se chegar à base de cálculo da CSLL.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;

b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)

Como se observa, não há qualquer menção nos referidos ajustes às despesas de amortização de ágio.

Muitas vezes o artigo 57 da Lei 8.981/95 é utilizado como fundamento para que uma determinada disposição de indedutibilidade na base de cálculo do IRPJ também seja aplicável para a CSLL. Nessa linha, é importante analisar o referido dispositivo:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Todavia, a partir da leitura do referido artigo só é possível inferir que as normas de apuração e de pagamento devem ser as mesmas.

Em outras palavras, se o contribuinte está no Lucro Presumido para fins de IRPJ, também estará no Lucro Presumido para fins de CSLL. Por sua vez, se o contribuinte está no Lucro Real para fins de IRPJ, também apurará pela mesma metodologia para fins de CSLL.

Não há nenhuma identidade de bases de cálculo por conta do referido dispositivo tanto que há o seguinte excerto: “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor”, o que denota que as bases de cálculo não estão sendo reguladas pelo mencionado artigo.

O disposto no artigo 57 da Lei 8.981/95 também foi repetido em atos infralegais, ainda que com pequenas distinções, conforme abaixo:

Instrução Normativa SRF n. 93/97

Art. 49. Aplicam-se à contribuição social sobre o lucro líquido as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, observadas as alterações previstas na Lei No 9.430, de 1996.

Instrução Normativa SRF n. 390/04

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Instrução Normativa RFB n. 1700/17

Art. 3º Ressalvadas as normas específicas, aplicam-se à CSLL as normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ e, no que couber, as referentes à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades, às garantias e ao processo administrativo, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Com exceção da Instrução Normativa n. 93/97, as demais instruções normativas estabelecem expressamente que ainda que haja igualdade nas normas de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL, são mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL.

Hiromi Higuchi assinala que a falta da expressão “mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação da CSLL” na redação da Instrução Normativa SRF

93/97 fez com que vários autos de infração fossem indevidamente lavrados, conforme segue:

Aquela omissão levou o fisco a lavrar, indevidamente, inúmeros autos de infração, ao considerar como indedutíveis na determinação da base de cálculo da CSLL os custos e as despesas indedutíveis, exclusivamente na apuração do lucro real.

O 1º Conselho de Contribuintes vem decidindo que somente a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ sejam adicionados às bases de cálculo de outros tributos sem expressa determinação legal (ac. nº 101-92.553/99 no DOU 26-05-99, 101-94.286/2003 no DOU de 22-09-03 e 107-07.315/2003 no DOU de 10-03-03) (HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas. 37ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2012. p. 818).

Felizmente, tal ponto foi corrigido nas instruções normativas anteriores que foram mais fieis ao texto do artigo 57 da Lei 8.981/95, sem que com isso tenham acabado as autuações fiscais relativas ao tema.

Um outro dispositivo legal comumente utilizado como fundamento para que as despesas não necessárias venham a ser considerada como indedutíveis na base de cálculo da CSLL é o artigo 13 da Lei n. 9.249/95, cujo teor é o seguinte:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

VIII - de despesas de depreciação, amortização e exaustão geradas por bem objeto de arrendamento mercantil pela arrendatária, na hipótese em que esta reconheça contabilmente o encargo.

É interessante notar que o referido artigo se refere às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL visto que expressamente assinala que: “para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções”.

Aqui sim temos um dispositivo que não é exclusivo do IRPJ e se aplica também à CSLL.

Cumprе notar que não há indedutibilidade das despesas de amortização de ágio ao longo dos incisos do artigo 13 da Lei n. 9.249/95, de forma que a base legal para a indedutibilidade de tais despesas para fins de IRPJ continua sendo o artigo 47 da Lei n. 4.506/64.

Há quem interprete que o caput do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 implica a aplicação das indedutibilidades previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64, uma vez que o artigo 13 da Lei n. 9.249/95 menciona que “são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964”.

Não me parece que essa menção de que as indedutibilidades previstas no artigo 13 da Lei n. 9.249/95 sejam independentes daquelas previstas no artigo 47 da Lei n. 4.506/64 tenha o intuito e muito menos a consequência de tornar indedutíveis para a CSLL as despesas não necessárias.

Assim, me parece forçoso interpretar que essa menção de que as indedutibilidades são independentes tenha o condão de igualar a indedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no que tange às despesas não necessárias.

Ao se debruçar sobre o tema, Edmar Andrade Oliveira Filho assevera que não é possível fazer uma interpretação extensiva do artigo 13 da Lei n. 9.249/95 para igualar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL e tampouco tirar tais conclusões do já citado artigo 57 da Lei n. 8.981/95, conforme segue:

O fato é que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não chegou ao extremo de dizer que toda e qualquer parcela que a lei considera dedutível na determinação do lucro real também o será para fins de CSLL. (...)

E nem se diga que a extensão está autorizada pelo art. 57 da Lei nº 8.981/95, segundo o qual “aplica-se à contribuição social sobre o lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, mantida a base de cálculo e alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta lei”. Este preceito normativo tem duas finalidades. Em primeiro lugar, prescreve as mesmas normas sob a apuração e pagamento e, em segundo lugar, exclui da equiparação a determinação da base

de cálculo; desse modo, essa regra exclui a equiparação suscitada. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 649)

Dessa forma, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL podem ter uma série de diferenças a depender da vontade do legislador. Nos casos de indedutibilidade previstas para o IRPJ em leis anteriores à própria instituição da CSLL, é fundamental que o legislador tributário faça a análise do que ele considerará indedutível para fins de cálculo da CSLL e deixe isso de forma explícita na lei. Foi exatamente essa análise feita quando da elaboração de Lei n. 7.689/88, que trouxe uma série de ajustes expressos ao lucro contábil para fins de apuração da CSLL.

Nas leis posteriores à instituição da CSLL, quando o legislador tributário desejava que uma determinada despesa fosse indedutível tanto para o IRPJ quanto para a CSLL, ele deve deixar isso transcrito na lei de modo explícito, sob pena de a indedutibilidade ser aplicável tão somente ao tributo que ela especifica.

É importante ressaltar que a própria Receita Federal do Brasil manifesta o entendimento de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são distintas. Nesse sentido, é possível observar os Anexos I (adições) e II (exclusões) da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, onde há inclusive colunas especificando se um determinado ajuste é aplicável somente ao IRPJ ou a ambos (IRPJ e CSLL).

A título de ilustração, trago aqui inclusive trecho no Anexo I da Instrução Normativa RFB n. 1.700/17, para fins de demonstrar que não há identidade de bases e isso é admitido pela própria Administração Tributária, conforme abaixo:

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição ou Exclusão Relacional (*)
A.001	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Ajustes de Avaliação Patrimonial	O saldo devedor existente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014, na conta de ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976, a ser adicionado no período de apuração em que for reclassificado para o resultado como despesa.	Sim	Sim	Art. 291 e art. 309-A, §§ 1º e 2º	Sim (C)	-
A.002	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Contratos de Concessão de Serviços Públicos	O valor calculado pela divisão da diferença negativa a que se refere o inciso IV do caput do art. 69 da Lei nº 12.973, de 2014, pelo prazo restante, em meses, de vigência do contrato, multiplicado pelo número de meses do período de apuração, no caso de contrato de concessão de serviços públicos vigente na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei.	Sim	Sim	Arts. 291 e 305, inciso IV	Sim (C)	-
A.003	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Não Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao ativo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, e art. 307, § 2º	Não	-
A.004	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Positiva de Ativo - Controlada por Subconta	A diferença positiva entre valores de ativo de que trata o caput do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da realização do ativo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, caput, art. 295 e art. 307, caput e § 1º	Não	-
A.005	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Não Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada na data de adoção inicial dos arts. 1º ao 71 dessa Lei, caso não tenha sido evidenciada contabilmente em subconta vinculada ao passivo.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único e art. 307, § 2º	Não	-
A.006	Adoção Inicial dos arts. 1º ao 71 da Lei nº 12.973, de 2014 - Diferença Negativa de Passivo - Controlada por Subconta	A diferença negativa entre valores de passivo de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 12.973, de 2014, a ser adicionada à medida da baixa ou liquidação do passivo, caso tenha sido evidenciada contabilmente em subconta a ele vinculada.	Sim	Sim	Art. 291, art. 294, parágrafo único, art. 296 e art. 307, caput e § 1º	Não	-

Nota-se que há uma coluna denominada “aplica-se ao IRPJ?”, assim como uma coluna “aplica-se à CSLL?”.

O fato de constar em uma Instrução Normativa como ajuste no IRPJ ou tanto no IRPJ quanto na CSLL não é garantia de que tal posicionamento esteja correto, é apenas um indicativo do posicionamento da Administração Tributária.

A título exemplificativo, consta na Instrução Normativa SRF 390/04 (que trata exclusivamente de CSLL) que o ágio fundamentado em rentabilidade futura deve ser amortizado à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, nos balanços levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão:

Instrução Normativa SRF 390/04

Art. 75. 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 1977, deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento econômico seja:

I - valor de mercado de bens ou direitos do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos períodos de apuração futuros, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas, em contrapartida a conta do ativo diferido, se ágio, ou do passivo, como receita diferida, se deságio.

§ 3º O valor registrado com base no fundamento de que trata: (...)

II - o inciso II do caput:

a) poderá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no máximo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de ágio;

b) deverá ser amortizado nos balanços correspondentes à apuração do resultado ajustado levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período a que corresponder o balanço, no caso de deságio;

Embora não haja indicação de qual o fundamento legal que embasa o artigo da referida instrução normativa, o fato é que tal comando normativo somente existe na Lei n. 9.532/97, em seu artigo 7º, conforme segue:

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

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

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.

Como se observa, o dispositivo legal se refere tão somente à apuração do lucro real, nada trazendo sobre a base de cálculo da CSLL.

Isso faz com que possa ser dito até que antes da vigência da Lei n. 12.973/14, que trouxe especificamente tratamento tributário para o IRPJ e para a CSLL, continuava vigente para a CSLL o regime original de dedutibilidade que vigia para o IRPJ antes da Lei n. 9.532/97, isto é, o ágio podia ser integralmente deduzido quando da união patrimonial da investidora e da investida, uma vez que haveria necessidade de baixa daquele ágio diante da inexistência do investimento dali para frente, sendo a despesa relativa a tal baixa dedutível.

Cumprе notar que diferentemente do que é comumente apregoado, a Lei n. 9.532/97 não instituiu um benefício fiscal por meio da dedutibilidade da amortização contábil do ágio por expectativa por rentabilidade futura, mas tão somente limitou que a dedutibilidade que antes era integral por conta da baixa total do ágio fosse diferida em prazo não superior a 5 anos, ou seja, à razão de no máximo 1/60.

Em conclusão, não me parece haver base legal para a indedutibilidade de despesas com amortização contábil de ágio na base de cálculo da CSLL. Os dispositivos legais normalmente citados como fundamento para tal indedutibilidade apenas informam que os regimes de apuração devem ser o mesmo, mas também preveem que devem ser mantidas as bases de cálculo previstas na legislação específica de cada um dos tributos.

(...)

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso neste ponto.

3.3 MULTA QUALIFICADA SOBRE ÁGIO

A Recorrente alega que a multa de ofício qualificada fixada no patamar de 150% é confiscatória, por ultrapassar o valor do tributo exigido.

Considerando a incompetência deste Conselho para se pronunciar e declarar a inconstitucionalidade de lei tributária, entendo que as alegações da Recorrente não devem ser conhecidas, por força da Súmula CARF nº 2.

Ademais disso, não se pode olvidar que a multa qualificada foi reduzida para 100% pela Lei nº 14.689/2023, que incluiu o inciso IV, no §1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

É certo que por se tratar de fato ainda não definitivamente julgado, aplicaria-se ao caso em questão a retroatividade benigna a que se refere o art. 106, III, “c”, do CTN. No entanto, antes de se apreciar a aplicação da retroatividade benigna, devem ser analisados outros argumentos apresentados pela Recorrente com o objetivo de ver afastada a qualificação da multa de ofício.

Diante das polêmicas e dúvidas interpretativas que recaem sobre a amortização do ágio, entendo que deve ser afastada qualificação da multa de ofício aplicada sobre os tributos apurados a partir da glosa dos ágios.

Este entendimento deve prevalecer, por força do art. 112, do Código Tributário Nacional, que prevê que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto a capitulação legal do fato.

Dessa forma, no caso das autuações sobre o ágio, diante das inúmeras discussões ainda não pacificadas sobre a possibilidade de amortização de ágio interno ou com utilização de empresa veículo, não há como manter a qualificação da multa de ofício.

Este, inclusive, é o posicionamento da 1ª Turma da CSRF, que tem afastado a multa qualificada em casos de ágio. Neste sentido, destaco recente precedente consubstanciado no acórdão nº 9101-006.250, assim ementado:

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

(...)

MULTA QUALIFICADA. ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. DOLO NÃO CONFIGURADO. A qualificação da multa de ofício depende da caracterização do dolo do sujeito passivo, não podendo ser mantida em caso de mera divergência quanto à interpretação da legislação tributária aplicável. A conclusão de que as operações praticadas são atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica, é fundamento suficiente para a glosa das despesas, mas não para a qualificação da multa de ofício.

Numero da decisão: 9101-006.250

As alegações de simulação constantes do TVF em nada alteram o meu posicionamento quanto ao afastamento da qualificação da multa, tendo em vista que o cerne da fundamentação sobre a presença do lançamento continua sendo a utilização da sociedade empresária OTPT como empresa veículo para fins fiscais de se atender de forma artificial os requisitos do art. 389 do RIR/99.

Portanto, entendo que deve ser afastada a multa qualificada no que se refere à infração relativa ao ágio.

3.4 NÃO INCIDÊNCIA DE MULTA EM CASO DE DÚVIDA

Por fim, defende a Recorrente que, caso o Recurso seja julgado com empate na votação, a multa de ofício deverá ser afastada.

O recurso da Recorrente foi interposto antes do advento da Lei nº 14.689/2023, razão pela qual o referido pedido encontra-se fundamentado no art. 112, do Código Tributário Nacional.

Entendo ser inviável acolher o seu pleito. Para que o art. 112 do Código Tributário Nacional seja aplicado, é necessário que a dúvida sobre a infração seja analisada durante o julgamento com base nos elementos de prova constantes dos autos. Dessa forma, não há como se aplicar o art. 112 do Código Tributário Nacional a partir da constatação de empate na votação, até porque ao proferir o seu voto o relator ainda não conhece o posicionamento de seus pares.

Ademais disso, eventuais empates na votação são decididos conforme critério de desempate previsto em lei e considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, para julgamentos realizados após a vigência da Lei nº 14.689/2023, as suas disposições sobre exclusão de multa devem ser observadas quando do cumprimento da decisão.

Por essa razão, entendo que o argumento da Recorrente não deve ser conhecido.

Assinado Digitalmente

André Luis Ulrich Pinto

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Mauricio Novaes Ferreira, Redator designado.

Inobstante a profunda argumentação do voto condutor do julgado de lavra do ilustre Relator do feito, o Colegiado, após os debates, houve por divergir, por maioria qualificada, quanto à dedutibilidade das despesas com amortização do ágio, mérito da demanda.

Considero que o então conselheiro André Mendes de Moura sintetizou muito bem os aspectos legais e contábeis envolvidos, motivo pelo qual peço vênica para reproduzir, por concordar com seu teor, excertos do voto condutor do acórdão nº 9101-004.289, de 11/07/2019:

1. Conceito e Contexto Histórico

Pode-se entender o ágio como um sobrepreço pago sobre o valor de um ativo (mercadoria, investimento, dentre outros).

Tratando-se de investimento decorrente de uma participação societária em uma empresa, em brevíssima síntese, o ágio é formado quando uma primeira pessoa jurídica adquire de uma segunda pessoa jurídica um investimento em valor superior ao seu valor patrimonial. O investimento em questão são ações de uma terceira pessoa jurídica, que são avaliadas pelo método contábil da equivalência patrimonial. Ou seja, a **empresa A** detém ações da **empresa B**, avaliadas patrimonialmente em 60 unidades. A **empresa C** adquire, junto à **empresa A**, as ações da empresa B, por 100 unidades. A **empresa C** é a investidora e a **empresa B** é a investida.

Fato é que emergem dois critérios para a apuração do ágio.

Adotando-se os padrões da ciência contábil, apesar das ações estarem avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, deveriam ainda ser objeto de majoração, ao ser considerar, **primeiro**, se o valor de mercado dos ativos tangíveis seria superior ao contabilizado. Assim, supondo-se que, apesar do patrimônio ter sido avaliado em 60 unidades, o valor de mercado seria de 70 unidades, considera-se para fins de apuração 70 unidades. **Segundo**, caso se constate a presença de ativos intangíveis sem reconhecimento contábil no valor de 12 unidades, tem-se, ao final, que o ágio, denominado *goodwill*, seria a diferença entre o valor pago (100 unidades) e o valor de mercado mais intangíveis ($60 + 10 + 12 = 82$ unidades). Ou seja, o ágio passível de aproveitamento pela empresa C, decorrente da aquisição da empresa B, mediante atendimento de condições legais, seria no valor de 18 unidades.

Ocorre que o legislador, ao editar o Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, resolveu adotar um conceito jurídico para o ágio próprio para fins tributários.

Isso porque positivou no art. 20 do mencionado decreto-lei que o denominado ágio poderia ter três fundamentos econômicos, baseados: (1) no sobrepreço dos ativos; e/ou (2) na expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido e/ou (3) no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. E, posteriormente, os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, autorizaram a amortização do ágio nos casos (1) e (2), mediante atendimento de determinadas condições.

Na medida em que a lei não determinou nenhum critério para a utilização dos fundamentos econômicos, consolidou-se a prática de se adotar, em praticamente todas as operações de transformação societária, o reconhecimento do ágio amparado exclusivamente no caso (2): expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. O ágio passou a ser simplesmente a diferença entre o custo de aquisição e o valor patrimonial do investimento.

Assim, voltando ao exemplo, a empresa C, investidora, ao adquirir ações da empresa investida B avaliadas patrimonialmente em 60 unidades, pelo valor de 100 unidades, poderia justificar o sobrepreço de 40 unidades integralmente com base no fundamento econômico de expectativa de rentabilidade futura do investimento adquirido. Na realidade, a legislação tributária ampliou o conceito do *goodwill*.

E como dar-se-ia o aproveitamento do ágio?

Em duas situações.

Na primeira, quando a empresa C realizasse o investimento, por exemplo, ao alienar a empresa B para uma outra pessoa jurídica. Assim, se vendesse a empresa B para a empresa D por 150 unidades, apuraria um ganho de 50 unidades. Isso porque, ao patrimônio líquido da empresa alienada, de 60 unidades, seria adicionado o ágio de 40

unidades. Assim, a base de cálculo para apuração do ganho de capital seria a diferença entre 150 e 100 unidades, perfazendo 50 unidades.

Na segunda, no caso de a empresa C (investidora) e a empresa B (investida) promoverem uma transformação societária (incorporação, fusão ou cisão), de modo em que passem a integrar uma mesma universalidade. Por exemplo, a empresa B incorpora a empresa C, ou, a empresa C incorpora a empresa B. Nesse caso, o valor de ágio de 40 unidades poderia passar a ser **amortizado**, para fins fiscais, no prazo de sessenta meses, resultando em uma redução na base de cálculo do IRPJ e CSLL a pagar.

Naturalmente, no Brasil, em relação ao ágio, a contabilidade empresarial pautou-se pelas diretrizes da contabilidade fiscal, até a edição da Lei nº 11.638, de 2007. O novo diploma norteou-se pela busca de uma adequação aos padrões internacionais para a contabilidade, adotando, principalmente, como diretrizes a busca da primazia da essência sobre a forma e a orientação por princípios sobrepondo-se a um conjunto de regras detalhadas baseadas em aspectos de ordem escritural¹. Nesse contexto, houve um realinhamento das normas contábeis no Brasil, e por consequência do conceito do *goodwill*. Em síntese, ágio contábil passa (melhor dizendo, volta) a ser a diferença entre o valor da aquisição e o valor patrimonial justo dos ativos (patrimônio líquido ajustado pelo valor justo dos ativos e passivos).

E recentemente, por meio da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, além de novas regras para o seu aproveitamento. Contudo, mesmo com a nova redação, **remanesceu o mesmo núcleo da hipótese de incidência que autoriza o aproveitamento do sobrepreço do texto anterior**, tanto nos aspectos pessoal, material e temporal, que serão apreciados no decorrer do voto. Basta verificar que a redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência, não sofreram alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

Assim, resta evidente que o conceito do ágio tratado para o caso concreto, disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alinha-se a um conceito jurídico determinado pela legislação tributária.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

2. Aproveitamento do Ágio. Hipóteses

Apesar de já ter sido apreciado singelamente no tópico anterior, o **destino** que pode ser dado ao ágio contabilizado pela empresa investidora merece uma análise mais detalhada.

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1976 trata das hipóteses de extinção da pessoa jurídica:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

¹ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31.

E, ao se tratar de ágio, vale destacar, mais uma vez, os dois sujeitos, as duas partes envolvidas na sua criação: a pessoa jurídica **investidora** e a pessoa jurídica **investida**, **sendo a investidora** é aquela que adquiriu a **investida**, com sobrepreço.

Não por acaso, são dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

Pode-se dizer que os eventos (1) e (2) guardam correlação, respectivamente, com os incisos I e II da lei que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

3. Aproveitamento do Ágio. Separação de Investidora e Investida

No primeiro evento, trata-se de situação no qual a investidora aliena o investimento para uma terceira empresa. Nesse caso, **o ágio passa a integrar o valor patrimonial** do investimento para fins de apuração do ganho de capital e, assim, reduz a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. A situação é tratada pelo Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977, arts. 391 e 426 do RIR/99:

Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 25, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso III).

Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no LALUR, para efeito de determinação do ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).

(...)

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

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

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior. (...) (grifei)

Assim, o aproveitamento do ágio ocorre no momento em que o investimento que lhe deu causa foi objeto **de alienação ou liquidação**.

4. Aproveitamento do Ágio. Encontro entre Investidora e Investida

Já o **segundo evento** aplica-se quando a investidora e a investida transformarem-se em uma só universalidade (em eventos de **cisão, transformação e fusão**). O ágio pode se

tornar uma **despesa de amortização**, desde que preenchidos os requisitos da legislação e no contexto de uma transformação societária envolvendo a investidora e a investida.

Contudo, sobre o assunto, há evolução legislativa que merece ser apresentada.

Primeiro, o tratamento conferido à participação societária extinta em fusão, incorporação ou cisão, atendia o disposto no art. 34 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977:

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; (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se: (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho de capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor realizado em cada período-base; e (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

O que se pode observar é que o único requisito a ser cumprido, como perda de capital, é que o acervo líquido vertido em razão da incorporação, fusão ou cisão estivesse avaliado a preços de mercado. Contudo, para que se consumasse a perda de capital prevista no inciso I, o valor contábil deveria ser maior do que o acervo líquido avaliado a preços de mercado, e tal situação se mostraria viável, especialmente, quando, imediatamente após à

aquisição do investimento com ágio, ocorresse a operação de incorporação, fusão ou cisão².

Ocorre que tal previsão se consumou em operações um tanto quanto questionáveis por vários contribuintes, mediante aquisição de empresas deficitárias pagando-se ágio, para, em logo em seguida, promover a incorporação da investidora pela investida. As operações ocorriam quase simultaneamente.

E, nesse contexto, o aproveitamento do ágio, nas situações de transformação societária, sofreu alteração legislativa. Vale transcrever a Exposição de Motivos da MP nº 1.602, de 1997³, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.

Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vem utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária, mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária.

Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, tendo em vista o desaparecimento de toda vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo.

Não vacilou a doutrina abalizada de LUÍS EDUARDO SCHOUERI⁴ ao discorrer, com precisão sobre o assunto:

Anteriormente à edição da Lei nº 9.532/1997, não havia na legislação tributária nacional regulamentação relativa ao tratamento que deveria ser conferido ao ágio em hipóteses de incorporação envolvendo a pessoa jurídica que o pagou e a pessoa jurídica que motivou a despesa com ágio.

O que ocorria, na prática, era a consideração de que a incorporação era, per se, evento suficiente para a realização do ágio, independentemente de sua fundamentação econômica.

(...)

Sendo assim, a partir de 1998, ano em que entrou em vigor a Lei nº 9.532/1997, adveio um cenário diferente em matéria de dedução fiscal do ágio. Desde então, restringiram-se as hipóteses em que o ágio seria passível de ser deduzido no caso de incorporação entre pessoas jurídicas, com a imposição de limites máximos de dedução em determinadas situações.

² Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

³ 3 Exposição de Motivos publicada no Diário do Congresso Nacional nº 26, de 02/12/1997, pg. 18021 e segs, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

⁴ 5 SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

Ou seja, nem sempre o ágio contabilizado pela pessoa jurídica poderia ser deduzido de seu lucro real quando da ocorrência do evento de incorporação. Pelo contrário. Com a regulamentação ora em vigor, poucas são as hipóteses em que o ágio registrado poderá ser deduzido, a depender da fundamentação econômica que lhe seja conferida.

Merece transcrição o Relatório da Comissão Mista⁵ que trabalhou na edição da MP 1.602, de 1997:

O artigo 8º altera as regras para determinação do ganho ou perda de capital na liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando agregado de ágio ou deságio. De acordo com as novas regras, os ágios existentes não mais serão computados como custo (amortizados pelo total), no ato de liquidação do investimento, como eram de acordo com as normas ora modificadas.

O ágio ou deságio referente à diferença entre o valor de mercado dos bens absorvidos e o respectivo valor contábil, na empresa incorporada (inclusive a fusionada ou cindida), será registrado na própria conta de registro dos respectivos bens, a empresa incorporador (inclusive a resultante da fusão ou a que absorva o patrimônio da cindida), produzindo as repercussões próprias na depreciação normal. O ágio ou deságio decorrente de expectativa de resultado futuro poderá ser amortizado durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, à razão de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração. (...)

Percebe-se que, em razão de um completo desvirtuamento do instituto, o legislador foi chamado a intervir, para normatizar, nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, sobre situações específicas tratando de eventos de transformação societária envolvendo investidor e investida.

Inclusive, no decorrer dos debates tratando do assunto, chegou-se a cogitar que o aproveitamento do ágio não seria uma despesa, mas um benefício fiscal.

Em breves palavras, caso fosse benefício fiscal, o próprio legislador deveria ter tratado do assunto, como o fez na Exposição de Motivos de outros dispositivos da MP nº 1.602, de 1997 (convertida na Lei nº 9.532, de 1997).

Na realidade, a Exposição de Motivos deixa claro que a motivação para o dispositivo foi um **maior controle sobre os planejamentos tributários abusivos**, que descaracterizavam o ágio por meio de analogias completamente desprovidas de sustentação jurídica. E deixou claro que se trata de uma **despesa de amortização**.

E qual foram as novidades trazidas pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997?

Primeiro, há que se contextualizar a disciplina do método de equivalência patrimonial (MEP).

Isso porque o ágio aplica-se apenas em investimentos sociedades coligadas e controladas avaliado pelo MEP, conforme previsto no art. 384 do RIR/99. O método tem como principal característica permitir uma atualização dos valores dos investimentos em coligadas ou controladas com base na variação do patrimônio líquido das investidas.

⁵ 5 Relatório da Comissão Mista publicada no Diário do Congresso Nacional nº 27, de 03/12/1997, pg. 18024, <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datSessao=01/12/1997&tipDiario=2>. Acesso em 15/02/2016.

As variações no patrimônio líquido da pessoa jurídica investida passam a ser refletidas na investidora pelo MEP. Contudo, os aumentos no valor do patrimônio líquido da sociedade investida não são computados na determinação do lucro real da investidora. Vale transcrever os dispositivos dos arts. 387, 388 e 389 do RIR/99 que discorrem sobre o procedimento de contabilização a ser adotado pela investidora.

Art. 387. Em cada balanço, o contribuinte deverá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, de acordo com o disposto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, e as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 21, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso III):

(...)

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

(...)

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV).

(...)

Resta nítida a separação dos patrimônios entre investidora e investida, inclusive as repercussões sobre os resultados de cada um. A investida, pessoa jurídica independente, em razão de sua atividade econômica, apura rendimentos que, naturalmente, são por ela tributados. Por sua vez, na medida em que a investida aumenta seu patrimônio líquido em razão de resultados positivos, por meio do MEP há uma repercussão na contabilidade da investidora, para refletir o acréscimo patrimonial realizado. A conta de ativos em investimentos é debitada na investidora, e, por sua vez, a contrapartida, apesar de creditada como receita, é excluída na apuração do Lucro Real. Com certeza, não faria sentido tributar os lucros na investida, e em seguida tributar o aumento do patrimônio líquido na investidora, que ocorreu precisamente por conta dos lucros auferidos pela investida.

E esclarece o art. 385 do RIR/99 que se a pessoa jurídica adquirir um investimento avaliado pelo MEP por valor superior ou inferior ao contabilizado no patrimônio líquido, deverá desdobrar o custo da aquisição em (1) valor do patrimônio líquido na época da aquisição e (2) **ágio** ou **deságio**. Para a devida transparência na mais valia (ou menor valia) do investimento, o registro contábil deve ocorrer em contas diferentes:

Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º). (grifei)

Como se pode observar, a formação do ágio não ocorre espontaneamente. Pelo contrário, deve ser motivado, e indicado o seu fundamento econômico, que deve se amparar em pelo menos um dos três critérios estabelecidos no § 2º do art. 385 do RIR/99, (1) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, (2) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros (3) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

E, conforme já dito, por ser a motivação adotada pela quase totalidade das empresas, todos os holofotes dirigem-se ao fundamento econômico com base em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida.

Trata-se precisamente de lucros esperados a serem auferidos pela controlada ou coligada, em um futuro determinado. Por isso o adquirente (futuro controlador) se propõe a desembolsar pelo investimento um valor superior ao daquele contabilizado no patrimônio líquido da vendedora. Por sua vez, tal expectativa deve ser lastreada em demonstração devidamente arquivada como comprovante de escrituração, conforme previsto no § 3º do art. 385 do RIR/99.

E, finalmente, passamos a apreciar os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, consolidados no art. 386 do RIR/99. Como já dito, em eventos de transformação societária, quando investidora absorve o patrimônio da investida (ou vice versa), adquirido com ágio ou deságio, em razão de cisão, fusão ou incorporação, resolveu o legislador disciplinar a situação:

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subseqüentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.(...) (grifei)

Fica evidente que os arts. 385 e 386 do RIR/99 guardam conexão indissociável, constituindo-se em norma tributária permissiva do aproveitamento do ágio nos casos de incorporação, fusão ou cisão envolvendo o investimento objeto da mais valia.

5. Amortização. Despesa.

Definido que o aproveitamento do ágio pode dar-se por meio de **despesa de amortização**, mostra-se pertinente apreciar do que trata tal dispêndio.

No RIR/99 (Decreto-Lei nº 3.000, de 26/03/1999), o conceito de amortização encontra-se no Subtítulo II (Lucro Real), Capítulo V (Lucro Operacional), Seção III (Custos, Despesas Operacionais e Encargos).

O artigo 299 do diploma em análise trata, no art. 299, na Subseção I, das Disposições Gerais sobre as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Para serem dedutíveis, devem as despesas serem **necessárias** à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, e serem **usuais** ou **normais** no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Por sua vez, logo após as Subseções II (Depreciação de Bens do Ativo Imobilizado) e III (Depreciação Acelerada Incentivada), encontra previsão legal a amortização, no art. 324, na Subseção IV do RIR/99⁶.

Percebe-se que a despesa de amortização de ágio constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se **submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do RIR/99**.

6. Despesa Em Face de Fatos Construídos Artificialmente

No mundo real os fatos nascem e morrem, decorrentes de eventos naturais ou da vontade humana.

O direito elege, para si, fatos com relevância para regular o convívio social.

No que concerne ao direito tributário, são escolhidos fatos decorrentes da atividade econômica, financeira, operacional, que nascem espontaneamente, precisamente em razão de atividades normais, que são eleitos porque guardam repercussão com a renda ou o patrimônio. São condutas relevantes de pessoas físicas ou jurídicas, de ordem econômica ou social, ocorridas no mundo dos fatos, que são colhidas pelo legislador que lhes confere uma qualificação jurídica.

Por exemplo, o fato de auferir lucro, mediante operações espontâneas, das atividades operacionais da pessoa jurídica, amolda-se à hipótese de incidência prevista pela norma, razão pela qual nasce a obrigação do contribuinte recolher os tributos.

Da mesma maneira, a pessoa jurídica, no contexto de suas atividades operacionais, incorre em dispêndios para a realização de suas tarefas. Contrata-se um prestador de serviços, compra-se uma mercadoria, operações necessárias à consecução das atividades da empresa, que surgem naturalmente.

Ocorre que, em relação aos casos tratados relativos á amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Trata-se de operações **especialmente** construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo, além de outras características completamente

⁶ 6 Art. 324. Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, § 1º).

§ 1º Em qualquer hipótese, o montante acumulado das quotas de amortização não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem ou direito, ou o valor das despesas (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 2º).

§ 2º Somente serão admitidas as amortizações de custos ou despesas que observem as condições estabelecidas neste Decreto (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 5º).

§ 3º Se a existência ou o exercício do direito, ou a utilização do bem, terminar antes da amortização integral de seu custo, o saldo não amortizado constituirá encargo no período de apuração em que se extinguir o direito ou terminar a utilização do bem (Lei nº 4.506, de 1964, art. 58, § 4º).

§ 4º Somente será permitida a amortização de bens e direitos intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso III).

atípicas no contexto empresarial, envolvendo aportes de substanciais recursos para, em questão de dias ou meses, serem objeto de operações de transformação societária.

Tais eventos podem receber qualificação jurídica e surtir efeitos nos ramos empresarial, cível, contábil, dentre outros.

Situação completamente diferente ocorre no ramo tributário. Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. **As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica.** Impossível estender atributos de normalidade, ou usualidade, para **despesas**, independente sua espécie, **derivadas de operações atípicas**, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física. Ora, as pessoas jurídicas devem fabricar produtos, e não despesas fictícias.

Admitindo-se uma **construção artificial** do suporte fático, consumir-se-ia um tratamento desigual, desarrazoado e desproporcional, que afronta o princípio da capacidade contributiva e da isonomia, vez que seria conferida a uma determinada categoria de despesa uma premissa completamente diferente, uma liberalidade não aplicável à grande maioria dos contribuintes.

7. Hipótese de Incidência Prevista Para a Amortização

Realizada análise do ágio sob perspectiva do gênero despesa, cabe prosseguir com a apreciação da legislação específica que trata de sua amortização.

Vale recapitular os dois eventos em que a investidora pode se aproveitar do ágio contabilizado: (1) a investidora deixa de ser a detentora do investimento, ao alienar a participação da pessoa jurídica adquirida (investida) com ágio; (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão). E repetir que estamos, agora, tratando da segunda situação.

Cenário que se encontra disposto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, e nos arts. 385 e 386 do RIR/99, do qual transcrevo apenas os fragmentos de maior interesse para o debate:

Art. 385. 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 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

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

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

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

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

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

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (...) (grifei)

Percebe-se claramente, no caso, que o suporte fático delineado pela norma predica, de fato, que investidora e investida tenham que integrar uma mesma universalidade: 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.

A conclusão é **ratificada** analisando-se a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária delineada pela melhor doutrina de GERALDO ATALIBA⁷.

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade.

Ao se apreciar o aspecto **peçoal**, merecem relevo as palavras da doutrina, ao determinar que se trata da *qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária*.

E a norma em análise se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição, e à pessoa jurídica investida.

Ocorre que, em se tratando do ágio, as reorganizações societárias empreendidas apresentaram novas pessoas ao processo.

Como exemplo, podemos citar situação no qual a pessoa jurídica A adquire com ágio participação societária da pessoa jurídica B. Em seguida, utiliza-se de uma outra pessoa jurídica, C, e integraliza o capital social dessa pessoa jurídica C com a participação societária que adquiriu da pessoa jurídica B. Resta consolidada situação no qual a pessoa

⁷ 7 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

jurídica A controla a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C controla a pessoa jurídica B. Em seguida, sucede-se evento de transformação societária, no qual a pessoa jurídica B absorve patrimônio da pessoa jurídica C, ou vice versa.

Ocorre que os sujeitos eleitos pela norma são precisamente a **pessoa jurídica A (investidora)** e a **pessoa jurídica B (investida)** cuja participação societária foi adquirida com ágio. Para fins fiscais, não há nenhuma previsão para que o ágio contabilizado na pessoa jurídica A (investidora), em razão de reorganizações societárias empreendidas por grupo empresarial, possa ser considerado "transferido" para a pessoa jurídica C, e a pessoa jurídica C, ao absorver ou ser absorvida pela pessoa jurídica B, possa aproveitar o ágio cuja **origem** deu-se pela aquisição da pessoa jurídica A da pessoa jurídica B.

Da mesma maneira, encontram-se situações no qual a pessoa jurídica A realiza aportes financeiros na pessoa jurídica C e, de plano, a pessoa jurídica C adquire participação societária da pessoa jurídica B com ágio. Em seguida, a pessoa jurídica C absorve patrimônio da pessoa jurídica B, ou vice versa, a passa a fazer a amortização do ágio.

Mais uma vez, não é o que prevê o aspecto pessoal da hipótese de incidência da norma em questão. A pessoa jurídica que adquiriu o investimento, que acreditou na mais valia e que desembolsou os recursos para a aquisição foi, de fato, a **pessoa jurídica A (investidora)**. No outro pólo da relação, a pessoa jurídica adquirida com ágio foi a pessoa jurídica B. Ou seja, o aspecto pessoal da hipótese de incidência, no caso, autoriza o aproveitamento do ágio a partir do momento em que a pessoa jurídica A (investidora) e a pessoa jurídica B (investida) passem a integrar a mesma universalidade.

São as situações mais elementares. Contudo, há reorganizações envolvendo inúmeras empresas (pessoa jurídica D, E, F, G, H e assim por diante).

Vale registrar que goza a pessoa jurídica de liberdade negocial, podendo dispor de suas operações buscando otimizar seu funcionamento, com desdobramentos econômicos, sociais e tributários.

Contudo, não necessariamente todos os fatos são recepcionados pela norma tributária.

A partir do momento em que, em razão das reorganizações societárias, passam a ser utilizadas novas pessoas jurídicas (C, D, E, F, G, e assim sucessivamente), pessoas jurídicas distintas da investidora originária (pessoa jurídica A) e da investida (pessoa jurídica B), e o **evento de absorção não envolve mais a pessoa jurídica A e a pessoa jurídica B**, mas sim pessoa jurídica distinta (como, por exemplo, pessoa jurídica F e pessoa jurídica B), a subsunção ao art. 386 do RIR/99 torna-se impossível, vez que o fato impositivo (suporte fático, situado no plano concreto) deixa de ser amoldar à hipótese de incidência da norma (plano abstrato), por incompatibilidade do aspecto **pessoal**.

Em relação ao aspecto **material**, há que se consumir a **confusão de patrimônio** entre investidora e investida, a que faz alusão o *caput* do art. 386 do RIR (*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...*). Com a confusão patrimonial, aperfeiçoa-se o **encontro de contas** entre o real investidor e investida, e a amortização do ágio passa a ser autorizada, com repercussão direta na **base de cálculo** do IRPJ e da CSLL.

Na realidade, o requisito expresso de que investidor e investida passam a compor o mesmo patrimônio, mediante evento de transformação societária, no qual a investidora absorve a investida, ou vice versa, encontra fundamento no fato de que, com a confusão

de patrimônios, o lucro auferido pela investida passa a integrar a mesma universalidade da investidora. SCHOUER⁸, com muita clareza, discorre que, antes da absorção, investidor e investida são entidades autônomas. O lucro auferido pela investida (que foi a motivação para que a investidora adquirisse a investida com o sobrepreço), é tributado pela própria investida. E, por meio do MEP, eventual acréscimo no patrimônio líquido da investida seria refletido na investidora, sem, contudo, haver tributação na investidora. A lógica do sistema mostra-se clara, na medida em que não caberia uma dupla tributação dos lucros auferidos pela investida.

Por sua vez, a partir do momento em que se consuma a confusão patrimonial, os lucros auferidos pela então investida passam a integrar a mesma universalidade da investidora. Reside, precisamente nesse ponto, o permissivo para que o ágio, pago pela investidora exatamente em razão dos lucros a serem auferidos pela investida, possa ser aproveitado, vez que **passam a se comunicar, diretamente, a despesa de amortização do ágio e as receitas auferidas pela investida.**

Ou seja, compartilhando o mesmo patrimônio investidora e investida, consolida-se cenário no qual a mesma pessoa jurídica que adquiriu o investimento com mais valia (ágio) baseado na expectativa de rentabilidade futura, passa a ser tributada pelos lucros percebidos nesse investimento.

Verifica-se, mais uma vez, que a norma em debate, ao predicar, expressamente, que para se consumir o aproveitamento da despesa de amortização do ágio, os sujeitos da relação jurídica seriam **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**, ou seja, investidor e investida, não o fez por acaso. Trata-se precisamente do encontro de contas da investidora originária, que incorreu na despesa e adquiriu o investimento, e a investida, potencial geradora dos lucros que motivou o esforço incorrido.

Prosseguindo a análise da hipótese de incidência da norma em questão, no que concerne ao aspecto **temporal**, cabe verificar o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, **evento que provoca impacto direto na apuração da base de cálculo tributável.**

Registre-se que a consumação do aspecto temporal não se confunde com o termo inicial do prazo decadencial.

Isso porque, partindo-se da construção da norma conforme operação no qual "Se A é, B deve-ser", onde a primeira parte é o antecedente, e a segunda é o consequente, a consumação da hipótese de incidência localiza-se no antecedente. Ou seja, "Se A é", indica que a hipótese de incidência, no caso concreto, mediante aperfeiçoamento dos aspectos pessoal, material e temporal, concretizou-se em sua plenitude. Assim, passa-se para a etapa seguinte, o consequente ("B deve-ser"), no qual se aplica o regime de tributação a que encontra submetido o contribuinte (lucro real trimestral ou anual), efetua-se o **lançamento fiscal** com base na repercussão que as glosas despesas de ágio indevidamente amortizadas tiveram na apuração da base de cálculo, e, por consequência, determina-se o **termo inicial para contagem do prazo decadencial.**

⁸ 8 - SCHOUER, 2012, p. 62.

Enfim, vale dizer que, não obstante a publicação da Lei nº 12.973, de 13/05/2014, no qual o legislador promoveu uma aproximação do conceito jurídico-tributário do ágio com o conceito contábil da Lei nº 11.638, de 2007, a nova redação não promoveu nenhuma alteração nos aspectos pessoal, material e temporal da norma que permite o aproveitamento da despesa de amortização do ágio. A redação dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, **precisamente os que predicam sobre a hipótese de incidência e os aspectos pessoal, material e temporal**, não sofreram qualquer natureza de alteração, sendo que as modificações se concentraram no Decreto-lei nº 1.598, de 1977.

[...]

9. Consolidação

Considerando-se tudo o que já foi escrito, entendo que a cognição para a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos pela norma encontram-se atendidos e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado.

A primeira verificação parece óbvia, mas, diante de todo o exposto até o momento, observa-se que a discussão mais relevante insere-se precisamente neste momento, situado antes da subsunção do fato à norma. Fala-se insistentemente se haveria impedimento para se admitir a construção de fatos que buscam se amoldar à hipótese de incidência de norma de despesa. O ponto é que, independente da genialidade da construção empreendida, da reorganização societária arquitetada e consumada, a investidora originária prevista pela norma não perderá a condição de investidora originária. Quem viabilizou a aquisição? De onde vieram os recursos de fato? Quem efetuou os estudos de viabilidade econômica da investida? Quem tomou a decisão de adquirir um investimento com sobrepreço? Respondo: a investidora originária.

Ainda que a pessoa jurídica A, investidora originária, para viabilizar a aquisição da pessoa jurídica B, investida, tenha (1) "transferido" o ágio para a pessoa jurídica C, ou (2) efetuado aportes financeiros (dinheiro, mútuo) para a pessoa jurídica C, a pessoa jurídica A não perderá a condição de investidora originária.

Pode-se dizer que, de acordo com as regras contábeis, em decorrência de reorganizações societárias empreendidas, o ágio legitimamente passou a integrar o patrimônio da pessoa jurídica C, que por sua vez foi incorporada pela pessoa jurídica B (investida).

Ocorre que a absorção patrimonial envolvendo a pessoa jurídica C e a pessoa jurídica B não tem qualificação jurídica para fins tributários.

Isso porque se trata de operação que não se enquadra na hipótese de incidência da norma, que elege, quanto ao aspecto pessoal, a pessoa jurídica A (investidora originária) e a pessoa jurídica B (investida), e quanto ao aspecto material, o encontro de contas entre a despesa incorrida pela pessoa jurídica A (investidora originária que efetivamente incorreu no esforço para adquirir o investimento com sobrepreço) e as receitas auferidas pela pessoa jurídica B (investida).

Mostra-se insustentável, portanto, ignorar todo um contexto histórico e sistêmico da norma permissiva de aproveitamento do ágio, despesa operacional, para que se autorize "pinçar" os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, promover uma interpretação isolada, blindada em uma bolha contábil, e se construir uma tese no qual se permita que fatos construídos artificialmente possam alterar a hipótese de incidência de norma tributária.

Caso superada a primeira verificação, cabe prosseguir com a segunda verificação, relativa a aspectos de ordem formal, qual seja, se a demonstração que o contribuinte arquivar como comprovante de escrituração prevista no art. 20, § 3º do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 (1) existe e (2) se mostra apta a justificar o fundamento econômico do ágio. Há que se verificar também (3) se ocorreu, efetivamente, o pagamento pelo investimento.

Enfim, refere-se a terceira verificação a constatar se toda a operação ocorreu dentro de padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes, distante de situações que possam indicar ocorrência de negociações eivadas de ilicitude, que poderiam guardar repercussão, inclusive, na esfera penal, como nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

Pois bem, estes os fundamentos jurídicos e fáticos a balizarem a decisão proferida pelo Colegiado.

Quanto aos fatos dos autos, valho-me, por bem descrevê-los e concordar com as conclusões firmadas, dos excertos do voto condutor do julgado recorrido abaixo transcritos:

Podendo realizar todas as transações diretamente com a OTP (segundo resposta ao termo de intimação nº 8, a holding responsável por gerenciar as relações societárias com o FI-FGTS no nível da OTPP), empresa que, por fim, transacionou suas ações em contrapartida às ações da OTPT, optou o grupo por utilizar-se da, já fadada à extinção, OTPT, para ser veículo do ágio nascido e suportado pela FI-FGTS (real adquirente), de forma a transportá-lo para dentro do Grupo Odebrecht e permitir uma economia tributária milionária através da amortização do ágio.

Na verdade, não há nos autos qualquer justificativa para as operações que envolvem a aquisição com ágio pela OTPT, na incorporação das ações da OTPP detidas pelo FI-FGTS. Como expõe a própria contribuinte, o intento era apenas extingui-la, por desnecessária. Mas não sem antes garantir economia tributária que não teria de outra forma.

Observe-se que mesmo a justificativa apresentada pela contribuinte para a formação das três holdings (OTP, OTPP e OTPT) se mostra infundada.

Diz a impugnante que as regras do FI-FGTS lhe proibiam a participação em certos investimentos, razão pela qual teriam sido formadas holdings distintas para gerenciar investimentos relacionados, ou não, com o Fundo.

Posteriormente, não sendo firmada qualquer nova parceira de investimento com o FI-FGTS em empreendimentos voltados para os segmentos autorizados pelo regulamento do referido Fundo (conforme explicitado na impugnação), extinguíram a OTPT e a OTPP, permanecendo apenas a OTP na relação.

Curioso que, ao encerrar as "atividades" das demais, mantendo apenas uma empresa holding (OTP), o GRUPO restringiu (segundo a lógica apresentada) quaisquer outros investimentos não relacionados ao FUNDO, uma vez que as vedações previstas no regulamento do FI-FGTS, ensejadoras da fragmentação, não deixaram de existir.

A contribuinte ainda afirma que, com a reorganização, o objetivo era que a OTPP passasse a atuar como holding centralizadora da prospecção e investimentos em novos negócios no segmento de transporte e logística. Parece ignorar o fato que a OTPP fora cindida e extinta menos de um mês após a incorporação da OTPT e do ágio nela registrado.

Assim, com uma simples análise das operações apresentadas, constata-se injustificada a segregação inicialmente realizada, com a formação de três holdings distintas. O que ocorreu, portanto, fora a interposição de uma empresa estranha às operações (OTPT), com intuito único de transportar o ágio gerado na aquisição de parte do negócio pelo Fundo de Investimentos.

Ora, o Fundo adquiriu ações da OTPP com ágio. Caberia a ele sua amortização, caso ocorresse a confusão patrimonial entre investidora e investida. Entretanto, efetuou a substituição de tal investimento pelas ações da controladora (OTPT), totalmente desnecessária e descartável, tanto que extinta 09 dias depois, não sem antes efetuar nova troca de ações, passando a possuir investimento na holding controladora daquela (OTP).

Destaque-se que não há, como quer fazer crer a defesa, a criação de um novo ágio, mas uma operação de transferência daquele já criado, tendo em vista que o investimento no grupo Odebrecht permanece escriturado no FI-FGTS, sendo efetuada apenas uma pequena alteração quanto à Holding investida, como forma de permitir a economia tributária.

Cumpre, ainda, esclarecer à contribuinte que a possibilidade, por ela aventada na impugnação, quanto à opção de aquisição do investimento na OTPP pela OTP, e sua posterior extinção, para garantir a confusão patrimonial prevista na legislação, com a criação de uma nova holding para atuar no seu lugar, somente torna flagrante a artificialidade das operações levadas a efeito. Se não há relevância quanto à empresa utilizada nas operações, não se verifica justificativa para a interposição da OTPT, além da economia tributária.

Assim, é possível enquadrar a OTPT como uma empresa-veículo.

[...]

No presente caso, o real investidor (FI-FGTS) suportou o negócio, efetuando meras trocas de ações de forma a permanecer como detentor do investimento inicial, transferindo o ágio para dentro do grupo Odebrecht através de empresa holding destinada à extinção (segundo a própria contribuinte), permitindo que o requisito legal fosse atendido apenas formalmente, mas não substancialmente, na medida em que subsistem separadamente a real investidora (FI-FGTS) e a investida (cindida entre quatro empresas do próprio Grupo Odebrecht), e por consequência, o investimento não é extinto no patrimônio da investidora.

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

(fundamento econômico de seu pagamento). Entretanto, justamente por conta da subsistência da real investidora (FI-FGTS), após a incorporação da OTPT, a despesa de amortização do ágio pela própria investida (OTPP) não configura despesa própria, mas de terceiro (FI-FGTS), por isso indedutível. A interposição de pessoa jurídica, para a aquisição do investimento, não tem o condão de alterar a situação fática de quem é a real investidora, e que suportou o ônus da operação.

Verifica-se que a amortização do ágio tal qual efetuada não logrou observar um dos requisitos trazidos pela norma autorizadora: a confusão patrimonial. Não há nos autos, realmente, qualquer questionamento acerca da formação do ágio no FI-FGTS (que efetivamente o suportou) ou de seu fundamento econômico, mas não se vislumbra a absorção do investimento pelo real investidor, inviabilizando a economia tributária objetivada pela contribuinte.

Conclui-se que, distintamente do defendido pela impugnante, inviável considerar a dedutibilidade dos valores amortizados por mera transferência de participação adquirida com ágio.

Por estes fundamentos, há que se negar provimento ao recurso voluntário nesta matéria.

Assinado Digitalmente

Mauricio Novaes Ferreira