



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10340.720446/2021-90
ACÓRDÃO	1202-001.306 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	11 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	RDC CONCESSÕES SA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019

NULIDADE DO LANÇAMENTO. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO UTILIZADO PELA FISCALIZAÇÃO COM RELAÇÃO A UMA MESMA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE

Há mudança de critério jurídico quando a autoridade fiscal diante de uma mesma operação simplesmente muda de interpretação, atribuindo a esse mesmo fato consequências distintas em períodos. O ágio analisado em questão foi gerado a partir de uma única operação societária, que resultou em um lançamento anterior realizado com base em fundamentos distintos.

PREMISSA. INSTITUTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO.

O conceito do ágio é disciplinado pelo art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 27/12/1977 e os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e trata-se de instituto jurídico-tributário, premissa para a sua análise sob uma perspectiva histórica e sistêmica.

APROVEITAMENTO DO ÁGIO. INVESTIDORA E INVESTIDA. EVENTOS. SEPARAÇÃO. UNIÃO.

São dois os 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; e (2) a investidora e a investida transformam-se em uma só universalidade (em eventos de cisão, transformação e fusão).

DESPESAS. AMORTIZAÇÃO. ÁGIO.

A amortização, a qual se submete o ágio para o seu aproveitamento, constitui-se em espécie do gênero despesa, e, naturalmente, encontra-se submetida ao regramento geral das despesas disposto no art. 299 do

RIR/99, submetendo-se aos testes de necessidade, usualidade e normalidade.

DESPEAS. FATOS ESPONTÂNEOS.

Não há norma de despesa que recepcione um situação criada artificialmente. As despesas devem decorrer de operações necessárias, normais, usuais da pessoa jurídica. Não há como estender os atributos de normalidade, ou usualidade, para despesas derivadas de operações atípicas, não consentâneas com uma regular operação econômica e financeira da pessoa jurídica.

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO.

A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE.

Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deu causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a investidora e a investida, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015

MULTA ISOLADA SOBRE ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS NO FINAL DO PERÍODO DE APURAÇÃO. POSSIBILIDADE

É legítima a exigência de multa isolada por recolhimentos insuficientes de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL para os fatos geradores ocorridos a partir do advento da Lei nº 11.488/2007.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos rejeitar a preliminar de nulidade e reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito e à incidência das multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Marcelo José Luz de Macedo (relator), André Luís Ulrich Pinto e Fellipe Honório Rodrigues da Costa. Designado o Conselheiro Maurício Novaes Ferreira para redigir o voto vencedor.

Sala de Sessões, em 11 de junho de 2024.

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Redator *ad hoc*

Assinado Digitalmente

Maurício Novaes Ferreira – Redator Designado

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

Nos termos do inciso III, do art. 58, do RICARF, o Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, designou-se redator *ad hoc* para formalizar o acórdão na parte vencida, dado que o relator original Conselheiro Marcelo José Luz de Macedo, não mais integra o CARF.

Como redator *ad hoc* apenas para formalizar o acórdão vencido, o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto serviu-se das minutas de ementa, relatório e voto inseridos pelo relator original no diretório oficial do CARF, e aqui reproduzidas, sem que isso implique em concordância com o teor dos referidos documentos.

RELATÓRIO

Por bem retratar os fatos, adotamos em um primeiro momento o relatório produzido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil 01 (“DRJ01”), que tratou de maneira bastante precisa os fatos atinentes ao caso e os principais pontos levantados no curso do procedimento de fiscalização, os quais serão em seguida complementados:

Trata-se de procedimento fiscal instaurado em face de RODOVIA DAS CATARATAS S.A. - ECOCATARATAS (“ECOCATARATAS” ou “fiscalizada”), CNPJ 02.228.721/000189, conforme Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) n° 0900100-2020-004042, para verificação de obrigações tributárias relativas ao IRPJ dos anos-calendário 2016 a 2019.

Como decorrência das infrações imputadas à contribuinte foram lavrados autos de infração de IRPJ no valor de R\$ 113.479.349,75, e CSLL no valor de R\$ 40.902.698,45.

Desde dezembro/2010 a ECOCATARATAS tem deduzido, para fins tributários, ágio atribuído à expectativa de rentabilidade futura registrado na aquisição do seu próprio controle societário.

No processo n° 10980.724544/2016-01 constituiu-se, de ofício, crédito tributário referente aos ACs 2010 a 2015.

ATOS E PROCEDIMENTOS FISCAIS

Em 25/09/2020 foi emitido o TDPF n° 0900100-2020-00404-2 (fl. 104) para verificação do IRPJ dos ACs 2016, 2017, 2018 e 2019. O procedimento foi iniciado em 29/09/2020 com a ciência da fiscalizada, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), ao Termo de Início de Ação Fiscal - fls. 105 a 110, para o qual apresentou resposta em 19/10/2020 (fls. 111 a 114).

Dando continuidade, foram formalizados os seguintes termos:

Termo de Intimação Fiscal n° 1 (fls. 499 a 502), com ciência em 04/12/2020, para o qual apresentou resposta em 23/12/2020 (fl. 503);

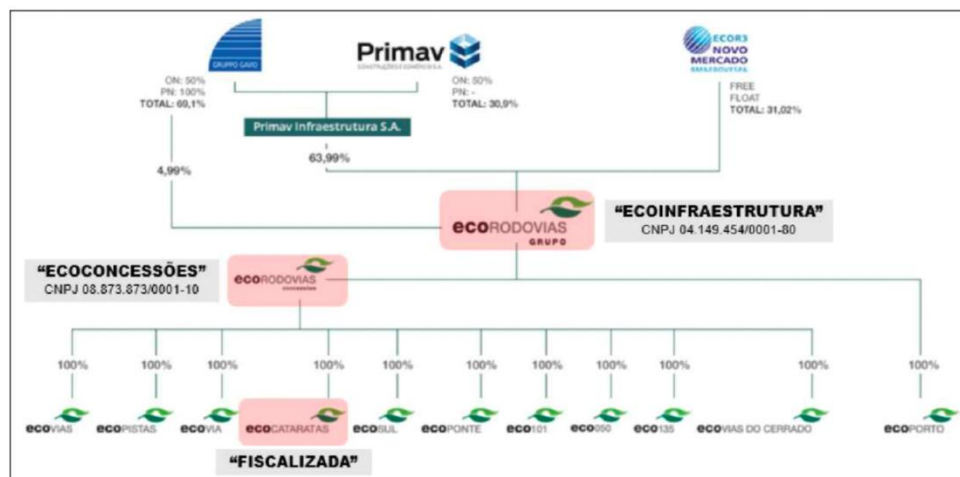
Termo de Intimação Fiscal n° 2 (fls. 506 a 509), com ciência em 11/01/2021, para o qual apresentou resposta em 29/01/2021 (fls. 510 e 511); e

Termo de Intimação Fiscal n° 3 (fls. 512 a 516), com ciência em 26/02/2021, para o qual apresentou resposta em 19/03/2021 (fl. 517).

Os arquivos digitais de lançamentos contábeis, saldos e planos de contas verificados pela fiscalização são os obtidos da Escrituração Contábil Digital (ECD) apresentada no ambiente do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

O GRUPO ECORODOVIAS E AS REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.

A ECOCATARATAS integra o Grupo Eco Rodovias, cujo atual arranjo societário é apresentado na Figura.



No organograma acima, além da fiscalizada, estão destacadas outras duas empresas envolvidas nas operações que ora interessam:

- (i) ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S.A., CNPJ 04.149.454/0001-80, antes denominada PRIMAV ECORODOVIAS S.A., doravante designada ECOINFRAESTRUTURA;
- (ii) ECORODOVIA CONCESSÕES E SERVIÇOS S.A., CNPJ 08.873.873/0001-10, doravante designada ECOCONCESSÕES.

Aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA

Em 07/02/2008, a ECOINFRAESTRUTURA (à época denominada PRIMAV ECORODOVIAS S.A.) adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS, representado por 41.849.000 ações ordinária. A aquisição foi concretizada pelo valor de R\$ 426.514.438,10. A adquirente registrou ágio no montante de R\$ 375.608.461,40, conforme demonstrativo apresentado pela fiscalizada.

Aumento do capital social da ECOCONCESSÕES mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS.

Em 26/08/2009, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta, tendo sido elaborado laudo de avaliação para fins do disposto no art. 8º da Lei nº 6.404/1976.

Como a transferência das ações se deu por valor superior ao patrimônio líquido da ECOCATARATAS, houve registro do ágio pela nova titular da participação societária, a ECOCONCESSÕES.

A fiscalização assevera que o lançamento contábil do ágio não traz indicação do seu fundamento econômico, e, a despeito da obrigação legal então vigente (Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 20, §§ 2º e 3º), sequer foi providenciado o indispensável demonstrativo do fundamento econômico do ágio reconhecido pela nova investidora, a ECOCONCESSÕES, por ocasião da transferência do controle societário da ECOCATARATAS.

A partir de então, a ECOCONCESSÕES passou a amortizar contabilmente o ágio, em parcelas mensais de R\$ 2.262.701,57. Entretanto, por não ser possível a dedução fiscal da despesa — em razão de não ter ocorrido a necessária absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa -, a ECOCONCESSÕES adicionou tais valores quando da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. As adições foram registradas na parte "A" do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e do Livro de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (Lacs), mantendo-se o controle na parte "B" dos mesmos, tal como preceituado pelo art. 391, parágrafo único, do então vigente RIR/1999.

Cisão parcial da ECOCONCESSÕES e incorporação do acervo cindido pela ECOCATARATAS

Em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES sofreu cisão parcial e o patrimônio cindido foi incorporado pela fiscalizada. O acervo vertido consistiu no investimento que a ECOCONCESSÕES detinha na própria ECOCATARATAS (aí incluído o valor do ágio) e o passivo decorrente de contrato de mútuo celebrado um mês antes, entre a ECOINFRAESTRUTURA (mutuante) e a ECOCONCESSÕES (mutuária).

Os ativos e o passivo cindidos foram avaliados pelo valor contábil de R\$ 272.786.976,00, verificado na data-base de 30/11/2010, conforme laudo acostado às fls. 702 a 705. O acervo líquido contábil incorporado pela ECOCATARATAS foi avaliado em R\$ 249.619.261,00, correspondente ao valor dos ativos e passivo vertidos, reduzido do investimento da ECOCONCESSÕES na ECOCATARATAS.

Assim, o ágio verificado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido, haja vista ter ocorrido a incorporação reversa do investimento.

A partir de dezembro/2010, após a incorporação do acervo cindido, a ECOCATARATAS passou amortizar o ágio, inclusive para fins tributários, pois entendia fazer jus ao benefício previsto no art. 7º, III, e art. 8º, "b", da Lei nº 9.532/1997. Entre os ACs 2016 e 2019, essas amortizações somaram R\$ 145 milhões, de forma que sensibilizaram substancialmente, para menor, as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL dos períodos de apuração aqui analisados. Os procedimentos contábeis e extracontábeis adotados pela fiscalizada na amortização fiscal do ágio são detalhados no tópico 4 deste TVF.

Além da absorção do ágio, de forma a pretensamente viabilizar a dedução fiscal da despesa de amortização, outra consequência da cisão parcial da ECOCONCESSÕES,

seguida da incorporação da parte cindida pela fiscalizada, foi o controle acionário da ECOCATARATAS passar a ser (novamente) detido pela ECOINFRAESTRUTURA.

Novo aumento do capital social da ECOCONCESSÕES mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS

Em 30/03/2012, pela segunda vez, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta.

A autoridade fiscal assevera que, na prática, o novo aumento de capital, em março/2012, reverteu os efeitos societários da cisão parcial que havia sido levada a cabo poucos meses antes, em dezembro/2010, pois a ECOCONCESSÕES voltou a ser a controladora direta da ECOCATARATAS.

PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS E EXTRACONTÁBEIS ADOTADOS PELA FISCALIZADA PARA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO.

Conforme explicado pela própria fiscalizada, a pretendida amortização do ágio se deu: (i) parte por meio de despesa lançada na escrituração comercial, considerada dedutível também para fins tributários; (ii) parte através de ajustes (exclusões) adotados na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

As despesas de amortização foram lançadas nas contas de resultado "0320102999 - AMORTIZACAO AGIO INVEST. ECOCATARATAS-ICPC-01-TRAF", no AC 2016; e "0310801026 - AMORTIZACAO AGIO INVEST. ECOCATARATAS-ICPC-01-TRAF", nos ACs 2017 a 2019 (razão às fls. 556 a 563).

Já no tocante aos ajustes (exclusões) efetuados pela fiscalizada, o ágio amortizado para fins tributários desdobra-se em duas parcelas:

(ii.1) O valor registrado na parte "B" do Lalur e do Lacs da ECOCONCESSÕES, no montante de R\$ 36.203.225,12, transferido após a incorporação para os mesmos livros da ECOCATARATAS (vide tópico 3.3 e Figura 9 deste TVF).

(ii.2) O valor reconhecido pela ECOCATARATAS como um ativo fiscal diferido após o evento de incorporação, igual a R\$ 101.550.046,69.

ÁGIO NÃO AMORTIZÁVEL

A autoridade fiscal entendeu que a glosa impõe-se por diferentes motivos:

- i) Inexistência do demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição da participação societária;
- ii) Operação realizada entre partes relacionadas;

- iii) Impossibilidade de se atribuir o ágio à expectativa de rentabilidade futura no caso de participação societária conferida em aumento de capital da adquirente;
- iv) Ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pela própria investida, da participação societária adquirida com ágio;
- v) Não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida; e
- vi) Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação Operação que deu origem ao ágio amortizado pela ECOCATARATAS.

A fiscalização afirmou que o primeiro movimento ocorreu em fevereiro/2008, quando a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu, junto a terceiros, o controle da ECOCATARATAS.

Posteriormente, em agosto/2009, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu o investimento para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital.

Ou seja, a ECOINFRAESTRUTURA era a titular do ágio originalmente pago na aquisição da ECOCATARATAS. Todavia, a ECOINFRAESTRUTURA alienou a participação societária para a ECOCONCESSÕES.

A fiscalização entendeu que o segundo movimento, que consistiu na transferência das ações representativas do capital da ECOCATARATAS, configurou uma alienação para ECOINFRAESTRUTURA e uma aquisição para a ECOCONCESSÕES.

A fiscalização aduz que, o valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação do investimento então detido pela ECOINFRAESTRUTURA, totalizava R\$ 422.176.209,16, sendo: R\$ 46.567.747,76 decorrentes do patrimônio líquido pelo qual estava registrado na contabilidade por ocasião da alienação; mais R\$ 375.608.461,40 referentes ao ágio pago na aquisição, ainda que parte já se houvesse amortizado na escrituração comercial. Como a alienação do investimento se deu pelo valor de R\$ 381.447.580,8, a ECOINFRAESTRUTURA apurou perda de capital no montante de R\$ 40.728.628,36, dedutível na apuração do lucro real como resultado não operacional. Tudo conforme arts. 31 e 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, na redação vigente à época (arts. 418 e 426 do RIR/1999).

Destarte, assevera a fiscalização, a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros teria se exaurido na operação de aumento de capital da ECOCONCESSÕES.

A fiscalização entende que, para a ECOCONCESSÕES, na condição de adquirente da participação societária, surgiram as obrigações estipuladas no art. 20 do Decreto-Lei nº

1.598/1977 e no art. 385 do RIR/1999: (a) desdobrar o custo de aquisição em valor do patrimônio líquido da investida e o ágio (ou deságio) na aquisição; (b) registrar o patrimônio líquido e o ágio (ou deságio) em subcontas distintas na escrituração; (c) indicar o fundamento econômico do ágio no lançamento contábil; e (d) arquivar, como comprovante da escrituração, demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição.

A fiscalização concluiu que, o ágio cuja amortização fiscal é pretendida decorre da operação realizada em agosto/2009, quando a ECOCONCESSÕES recebeu as ações de emissão da ECOCATARATAS em integralização de capital. Trata-se de uma nova aquisição, que não pode ser confundida com a operação anterior, ocorrida em fevereiro/2008, na qual a ECOINFRAESTRUTURA havia adquirido o controle da fiscalizada junto a terceiros.

Primeira irregularidade: inexistência do demonstrativo do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição da participação societária.

De acordo com a fiscalização, o ágio decorrente da expectativa de rentabilidade futura da investida, fundamento adotado pela fiscalizada, deveria estar lastreado por demonstrativo elaborado por ocasião da aquisição da participação societária (art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, na redação anterior à Lei nº 12.973/2014; e art. 385 do RIR/1999).

Questionada a respeito da existência do demonstrativo, a fiscalizada limitou-se a informar que o fundamento econômico do ágio estaria demonstrado (sic) no laudo de avaliação elaborado em agosto/2007 (fl. 517).

Todavia, a fiscalização afirma que o referido laudo - já apresentado no procedimento fiscal antecedente refere-se à aquisição realizada pela ECOINFRAESTRUTURA em fevereiro/2008.

A fiscalização entendeu que, o ágio cuja amortização se analisa teve origem na aquisição realizada pela ECOCONCESSÕES em agosto/2009, quando recebeu as ações de emissão da ECOCATARATAS em integralização de capital. Portanto, o demonstrativo do fundamento do ágio deveria ter sido elaborado por ocasião dessa outra aquisição, a qual não pode ser confundida com a operação anterior, ocorrida em fevereiro/2008, na qual a ECOINFRAESTRUTURA havia transacionado o controle da fiscalizada junto a terceiros.

Segunda irregularidade: operação realizada entre partes relacionadas

A fiscalização afirma que o ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros (em fevereiro/2008) não é o mesmo ágio registrado quando da integralização de capital na ECOCONCESSÕES (em agosto/2009), mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS.

A fiscalização entende que a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA na primeira aquisição se exauriu na operação seguinte, quando apurou (ou deveria ter apurado) o valor contábil do investimento para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação (art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977).

A fiscalização assevera que se tratam de operações absolutamente distintas, realizadas em conformidade com vontades também distintas, manifestadas por diferentes agentes econômicos. Diferentemente da operação inicial, realizada entre partes independentes, a segunda aquisição se desenrolou no interior do Grupo EcoRodovias, envolvendo pessoas jurídicas sujeitas a controle comum: a ECOINFRAESTRUTURA como alienante, a ECOCONCESSÕES como adquirente e a ECOCATARATAS como investimento adquirido.

Terceira irregularidade: impossibilidade de se atribuir o ágio à expectativa de rentabilidade futura no caso de participação societária conferida em aumento de capital da adquirente.

A fiscalização afirma que a aplicação dos princípios contábeis e das normas tributárias impedem que se atribua o ágio à expectativa de rentabilidade futura da investida no caso de a participação societária ser vertida em aumento de capital social da empresa que "adquire" o investimento.

A fiscalização ressalta como mais importante para o caso que aqui se analisa está em item específico do estudo desenvolvido por Marco Aurélio Greco, donde concluiu: não há espaço para o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura nos casos em que a participação societária é conferida em aumento de capital.

Quarta e quinta irregularidades: ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pela própria investida, da participação societária adquirida com ágio; não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida.

Em 26/08/2009, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada para a ECOCONCESSÕES em subscrição de capital. Nesse momento, a ECOCONCESSÕES reconheceu ágio integralmente atribuído à expectativa de rentabilidade futura da ECOCATARATAS.

Em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES sofreu cisão parcial e o patrimônio cindido foi incorporado pela fiscalizada. O acervo vertido consistiu, basicamente, no investimento que a ECOCONCESSÕES detinha na própria ECOCATARATAS. Daí derivaram duas consequências: 1a) a ECOCATARATAS passou a amortizar o ágio de si mesma na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois teria ocorrido (formalmente) a confusão

patrimonial entre investidor e investida; 2a) a ECOCATARATAS voltou a ser controlada pela ECOINFRAESTRUTURA, exatamente como antes de 26/08/2009.

Em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA novamente transferiu as ações de emissão da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES em subscrição de capital.

A fiscalização assevera que a operação realizada em 30/03/2012, além de repetir o que havia ocorrido em 26/08/2009, acabou revertendo os efeitos societários da cisão parcial/incorporação levada a cabo em 29/12/2010. Na estrutura organizacional do Grupo EcoRodovias, a posição da ECOCATARATAS voltou a ser aquela de outrora: uma controlada direta da ECOCONCESSÕES. Porém, diferentemente do momento anterior, a fiscalizada pôde então se utilizar da amortização fiscal do ágio. A fiscalização pontua que entre 2016 e 2019, a operação propiciou à ECOCATARATAS uma redução de cerca de 39% do IRPJ e CSLL.

A fiscalização afirma que a justificativa apresentada para a operação realizada em 29/12/2010 seria evitar a negatificação do patrimônio líquido da ECOCATARATAS, de forma a assegurar a manutenção das suas linhas de crédito e a capacidade de financiamento da empresa.

A fiscalização entendeu que, a 'tal justificativa' também não se mantém. Pois, analisando as demonstrações financeiras daquela época (2010 e anos subsequentes) verificou que a ECOCATARATAS não contraiu empréstimo, financiamento ou qualquer outra forma de captação de recursos financeiros perante terceiros que dependesse da manutenção de índices financeiros.

A fiscalização entendeu que, o que de concreto resta para operação realizada em 29/12/2010 é "possibilitar a otimização fiscal. Ou seja, implementar a condição necessária para dedutibilidade das despesas de amortização do ágio (confusão patrimonial entre investidora e investida). A fiscalização afirma que as reorganizações que visam apenas à redução das bases tributáveis, mas desprovidas de substância econômica e propósito negocial, não são oponíveis ao Fisco.

A fiscalização asseverou que, a reorganização societária formalizada em 29/12/2010 reuniu tão somente a ECOCATARATAS com o investimento nela mesma. A fiscalização entendeu que o requisito para que a amortização do ágio se tornasse dedutível - cumular os patrimônios da investidora e da investida numa única entidade - não foi cumprido em sua substância, mas apenas formalmente.

Sexta irregularidade: descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação.

Trata-se aqui especificamente dos ajustes (exclusões) procedidos pela fiscalizada na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL derivados de valor inicialmente registrado na parte "B" do Lalur e do Lacs da ECOCONCESSÕES e que foi transferido após a incorporação da parcela cindida para os mesmos livros da ECOCATARATAS.

O valor em questão, no total de R\$ 36.203.225,12, correspondia a dezesseis quotas mensais da amortização contábil procedida pela ECOCONCESSÕES entre agosto/2009 e novembro/2010. Como era vedada a dedução fiscal do ágio naquele momento — por não ter ocorrido a absorção do patrimônio da investida pela investidora, ou vice-versa —, a ECOCONCESSÕES adicionou a despesa de amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL e manteve o controle dos valores na parte "B" do Lalur e do Lacs, conforme determinado no art. 391, parágrafo único, do RIR/1999.

Após a incorporação, a ECOCATARATAS passou a amortizar para fins fiscais também essa parte do ágio, à razão de 1/132 por mês, resultando na exclusão de R\$ 3.291.202,28 em cada um dos anos-calendário ora fiscalizados.

A fiscalização assevera que a lei tributária não autoriza que as amortizações de ágio registradas na contabilidade da investidora anteriormente à incorporação sejam "revertidas" e deduzidas pela incorporadora, por meio de exclusão extracontábil.

A fiscalização afirmou, então, que além de não ter cumprido os requisitos para a dedução fiscal das despesas com amortização de ágio atribuído à expectativa de rentabilidade futura, a ECOCATARATAS ainda excluiu indevidamente valores já amortizados contabilmente pela ECOCONCESSÕES, o que reforça a necessidade da glosa desses valores.

Enquadramento legal das infrações A fiscalização entendendo indevida a amortização fiscal do ágio, procedeu: (i) adição, no lucro real e na base de cálculo da CSLL, das despesas de amortização do ágio deduzidas na apuração do lucro líquido do fiscalizada (amortização contábil); e (ii) glosa das exclusões consideradas pela fiscalizada na apuração do lucro real e na base de cálculo da CSLL para amortização extracontábil do ágio.'

PENALIDADES APLICÁVEIS

Multa de ofício pelo recolhimento a menor do IRPJ e CSLL apurados no encerramento dos anos-calendário

A fiscalização entendeu que no caso sob análise, a cisão parcial da

ECONCESSÕES, seguida da incorporação do acervo cindido pela ECOCATARATAS, serviu apenas para implementar formalmente um dos requisitos legais de dedutibilidade das

despesas de amortização do ágio (haver confusão patrimonial entre investidora e investida).

A fiscalização afirmou que a realização de atos societários desprovidos de substância econômica e propósito comercial, que visam apenas à redução das bases tributáveis, caracterizam a fraude, conforme aceção do art. 72 da Lei nº 4.502/1964. Assim, a multa foi qualificada.

Multas isoladas pelo recolhimento a menor das estimativas mensais

Como consequência da glosa das amortizações do ágio, a fiscalizada incorreu na falta de pagamento ou pagamento a menor das estimativas mensais.

IMPUGNAÇÃO

A RODOVIA DAS CATARATAS S.A. – ECOCATARATAS, ora impugnante, apresentou impugnação, onde, em resumo alega:

HISTÓRICO SOCIETÁRIO

A impugnante afirma que não há lógica alguma na alegação da Fiscalização no sentido de que as operações que ensejaram o aproveitamento fiscal do ágio pela Requerente seriam artificiais ou desprovidas de propósito comercial. Todas as operações, sem uma exceção sequer, estavam alinhadas com o contexto econômico vigente à época dos fatos, e cada uma delas teve propósitos comerciais legítimos.

A impugnante assevera que a Fiscalização optou por interpretar todos os fatos de trás para frente: partiu-se do aproveitamento do ágio e, em seguida, foram superficialmente analisadas as operações antecedentes como se todas elas tivessem sido praticadas como a única finalidade de viabilizar o atendimento das regras constantes na Lei nº 9.532, de 10.12.1997 ("Lei 9.532/97").

Convenientemente, aduz a impugnante a Fiscalização acabou desconsiderando todo o racional econômico das operações, que inclusive já havia sido explicado em detalhes ao longo do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, limitando-se a recapitular alguns trechos esparsos, que supostamente corroborariam suas alegações infundadas.

Para que não restem dúvidas, o histórico do investimento na Requerente, e as razões econômicas que fundamentaram cada uma das operações, podem ser resumidos da seguinte maneira:

Operação	Razão Econômica e Empresarial
Compra e Venda das ações da Requerente (7.2.2008)	Transação realizada entre partes independentes que permitiu a expansão da atuação do Grupo EcoRodovias no Brasil. O preço foi efetivamente pago, em caixa, havendo reconhecimento de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, que estava amparado por laudo de avaliação elaborado por perito independente especificamente para este fim.
Contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões (26.8.2009)	A operação objetivou centralizar o investimento nas concessionárias de rodovias e do endividamento em uma sociedade operacional (EcoConcessões). Com isso, o Grupo EcoRodovias conseguiu renegociar suas dívidas, e obteve êxito na primeira emissão de debêntures pela EcoConcessões.
Cisão parcial da EcoConcessões (29.12.2010)	A operação teve como objetivos (i) evitar que o patrimônio líquido da Requerente permanecesse negativado, em razão da adoção obrigatória do ICPC 01; e (ii) melhorar a alocação de dívida e capital entre as empresas operacionais do Grupo EcoRodovias, por meio da transferência da dívida (mútuo) que a EcoConcessões possuía com a EcoRodovias Holding. A transferência de um acervo líquido positivo viabilizou a positivação do patrimônio líquido da Requerente, e a manutenção das suas linhas de crédito e capacidade de financiamento.
Nova contribuição da Requerente em aumento de capital da Ecoconcessões (30.3.2012)	A operação teve por objetivos (i) o aumento do patrimônio líquido da EcoConcessões para viabilizar a participação de concorrências públicas em 2013; (ii) a alocação do fluxo de dividendos da Requerente à EcoConcessões, para refinanciamento da dívida (segunda emissão de debentures); (iii) a segregação da exploração dos segmentos rodoviário e logístico portuário em núcleos distintos do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (iv) garantir ao Poder Concedente que o desinvestimento do Grupo Impregilo na EcoRodovias Holding não acarretaria alteração do controle societário sobre a Requerente.

De fato, aduz a impugnante não teria havido nenhuma operação artificial ou realizada com a finalidade específica de viabilizar o aproveitamento do ágio. Perceba-se que, com um mínimo de atenção aos detalhes e à realidade dos fatos, todas as operações podem ser claramente explicadas e justificadas, a partir do histórico de atuação do Grupo EcoRodovias, das peculiaridades do seu ramo de atuação, e do contexto econômico vigente ao tempo de cada operação.

A impugnante assevera que a própria contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 2012, que supostamente seria a prova cabal da artificialidade da cisão realizada em 2010, teve quatro principais fundamentos econômicos autônomos e de forma alguma afasta a legitimidade da operação anterior.

Além disso, afirma a impugnante, não houve operações encadeadas, uma logo após a outra. E sequer poderia ser diferente. Afinal, como amplamente demonstrado, as operações societárias não tiveram fim em si mesmas. Cada etapa foi motivada pelo cenário econômico vigente à época e pelo posicionamento estratégico do Grupo EcoRodovias para os anos subsequentes.

A impugnante pontua que se o aproveitamento fiscal do ágio fosse realmente a única justificativa para todas as operações - o que se admite apenas para argumentar - então, qual seria a justificativa para essa espera de quase três anos entre a aquisição do investimento na Requerente e o início do aproveitamento do ágio para fins fiscais?

A impugnante entende carecer de lógica a alegação de que as operações societárias não teriam outra finalidade que não a economia tributária quando evidenciado que cada uma das operações foi uma reação a um cenário econômico específico, tudo teria sido documentado e aprovado pelo Poder Público e, ainda, cada etapa gerou consequências econômicas efetivas, que vão

muito além do aproveitamento de qualquer redução de carga tributária.

NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO: ALTERAÇÃO DE

CRITÉRIOS JURÍDICOS

O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO COMO ATO ADMINISTRATIVO

A impugnante assevera que se as Autoridades Fiscais dispunham de todas as informações necessárias para a avaliação das circunstâncias fáticas, e não julgaram relevante apontar determinado critério como fundamento para verificação da ocorrência de fato gerador, não compete às mesmas Autoridades Fiscais, de ofício e em momento posterior, alterar a interpretação original dos fatos ajustando o critério jurídico conforme sua conveniência em um novo lançamento tributário.

A impugnante afirma que Administração Pública tem como dever funcional verificar no mundo fenomênico a ocorrência do fato gerador, a situação definida em lei como necessária e suficiente à incidência tributária. Apesar de o artigo 142 do CTN utilizar o termo procedimento, é pacífico que o lançamento consiste em ato administrativo que é precedido por procedimentos preparatórios e sucedido por procedimentos revisionais.

A impugnante entende que ao realizar o lançamento tributário, a Autoridade Fiscal materializa norma individual e concreta em face do sujeito passivo. Sendo assim, a disposição geral e abstrata prevista na legislação tributária passa a ser aplicada individualmente ao sujeito passivo com a consequente verificação de obrigação por parte do contribuinte. Nesse momento, em que pese tal ato administrativo poder ser impugnado (tal como realizado pela Requerente no presente Processo Administrativo), o ato deve ser considerado como válido e definitivo por força do princípio da legitimidade dos atos administrativos.

A impugnante afirma também que, ao criar a norma individual e concreta relacionada a um fato gerador específico, o lançamento tributário também resulta na auto vinculação

das próprias autoridades fiscais à interpretação materializada no lançamento. Caso contrário, seria assumir que a Administração Pública poderia manter entendimento divergente a respeito de um mesmo fato jurídico, o que resultaria na absurda incoerência da própria Administração Pública e absoluta insegurança jurídica para os contribuintes.

De forma simples e objetiva, aduz a impugnante que as Autoridades Fiscais não podem voltar atrás em seu entendimento. A partir do momento que o formalizam em determinado lançamento tributário, esta é a definição de seu entendimento sobre a matéria, não podendo este mesmo entendimento ser alterado sem algum tipo de interferência externa (como a promulgação de uma nova lei sobre a matéria, ou então descoberta de um novo fato que altere a realidade anteriormente construída pelas Autoridades Fiscais, por exemplo).

Nesse sentido, o artigo 146 do CTN determina que a revisão do lançamento não pode ser efetuada em decorrência de eventual mudança nos critérios jurídicos adotados.

O CASO DESTE PROCESSO ADMINISTRATIVO

NULIDADE

A impugnante lembra que o ágio que está sendo questionado pela Fiscalização nestes autos (dedução das despesas de amortização do ágio no período de 2016 a 2019) também já foi questionado no passado, por meio do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01 (dedução das despesas de amortização do mesmo ágio, no período de 2010 a 2015).

Embora cada um dos processos se diferencie em razão do período fiscalizado (2010 a 2015, e 2016 a 2019, respectivamente), o cenário fático em ambos os casos é completamente idêntico.

No entanto, assevera a impugnante, que a acusação fiscal no Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01 estava pautada em premissas fundamentalmente distintas e incompatíveis com as que foram arguidas neste caso.

No Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, a principal razão para a glosa das despesas de amortização do ágio foi que, lá, a Fiscalização compreendeu que não teria ocorrido a confusão patrimonial entre a "real investidora" (EcoRodovias Holding) e a investida (Requerente).

Essa linha de raciocínio foi suportada pela alegação de que a EcoConcessões teria atuado como uma mera "empresa-veículo" e que, portanto, não teria havido nenhum propósito comercial extra tributário na cisão parcial da EcoConcessões. Confira-se alguns trechos do TVF daquele processo.

A impugnante afirma que o elemento central daquela autuação não foi a legitimidade do ágio em si, mas sim a forma pela qual esse ágio foi "transferido" para a Requerente.

Esse fator é relevante porque, ao longo do TVF daquele processo administrativo, a Fiscalização reconheceu expressamente que o ágio apurado na aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding seria o mesmo ágio que, em momento posterior, passou a ser aproveitado pela própria Requerente.

Também foi reconhecido naquele TVF que o ágio decorreu de operação entre partes não relacionadas, estava de fato fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente e que esse fundamento econômico havia sido devidamente comprovado por meio do demonstrativo elaborado por ocasião da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding.

A impugnante pontua que, no presente Processo Administrativo a Fiscalização pretende questionar um outro ágio, formado em outra operação. De fato, a premissa central dos Autos de Infração ora impugnados é que o ágio apurado na aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding não poderia, em hipótese alguma, ser o mesmo ágio que foi posteriormente aproveitado pela Requerente.

E por considerar que o ágio aproveitado pela Requerente teria sido originado quando da contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, a Fiscalização desenvolveu o raciocínio de que o ágio seria ilegítimo por ter sido originado em uma operação entre partes relacionadas, e que não teria sido elaborado um demonstrativo do fundamento econômico desse segundo ágio.

A impugnante assevera ser absolutamente inconcebível que, em um momento, a Fiscalização reconheça que o ágio é legítimo, foi gerado entre partes não relacionadas e estava devidamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente e, simultaneamente (os Autos de Infração do Processo Administrativo nº 10980724.544/2016-01 ainda não foram cancelados, razão pela qual, para todos os efeitos, a Fiscalização está suportando ambas as linhas de raciocínio ao mesmo tempo), alegue que o ágio não foi legítimo, foi gerado entre partes relacionadas, e não tinha nenhum fundamento econômico.

Uma coisa é certa, aduz a impugnante: embora a Fiscalização ainda esteja tentando decidir a melhor forma de acusar a Requerente, o ágio que vem sendo aproveitado desde 2010 é um só, e o simples fato de as despesas de amortização estarem sendo deduzidas em anos distintos não altera a sua origem, legitimidade, e tampouco o seu fundamento econômico.

Na prática, o que se percebe é que, já na decisão de primeira instância proferida nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, todos os argumentos apresentados pela Fiscalização foram sumariamente afastados, e a exigência fiscal foi mantida com base em fundamento que sequer havia suscitado pela Fiscalização: a suposta inexistência de propósito negocial da cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010, estritamente em razão do fato de que Requerente foi novamente contribuída em aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012. Confira-se

"CONCLUSÃO. EXIGÊNCIA MANTIDA.

Em que pese serem improcedentes os argumentos da fiscalização acerca (1) da existência de confusão patrimonial; (2) da duplicidade de utilização do ágio e (3) do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, diante da flagrante inexistência de propósito negocial quanto à cisão parcial / incorporação pela contribuinte da parte cindida, que visaram unicamente a economia de tributos, há que se considerar procedente a Infração 1 (Adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL) e, como consequência, a Infração 2 (Exclusões não autorizadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL). (...)

Ocorre que, independentemente dessa discussão, há um fato relevante que põe por terra qualquer pretensão da contribuinte de justificar a existência de propósito negocial dessa operação (cisão parcial / incorporação), que permitiu à ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio.

(...)

No entanto, em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA subscreveu / integralizou ações da ECOCONCESSÕES, utilizando a totalidade de sua participação na ECOCATARATAS (...) dessa forma, a ECOCATARATAS passou a ser, novamente, 100% controlada diretamente pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

(...)

Assim, comprova-se cabalmente que a cisão parcial da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida serviu tão somente para a ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio, sem nenhum outro propósito negocial." (não destacado no original)

Convenientemente, assevera a impugnante, quando da lavratura dos Autos de Infração ora impugnados, a Fiscalização adotou novamente o único argumento que havia subsistido na autuação anterior e, fora isso, foi construído um entendimento completamente novo e incompatível com o anterior.

Ressalta a impugnante: de lá para cá, nada mudou e nenhum novo documento foi apresentado no âmbito da fiscalização que justificasse a alteração do entendimento da Fiscalização. O ágio é o mesmo, as operações que deram causa ao ágio são as mesmas, a legislação é a mesma, e o contribuinte permanece sendo a Requerente. Não houve uma alteração sequer no cenário fático da discussão, e tampouco nas normas aplicáveis. A única alteração que pode ser apontada é estritamente temporal.

A impugnante entende não ser juridicamente possível, e muito menos aceitável, que uma mesma despesa (valor do ágio), deduzida de forma parcelada (tal como exigido pela própria legislação) seja considerada indedutível por razões distintas e incompatíveis entre si, tão somente em razão do momento em que deduzidas.

A impugnante assevera não ser juridicamente possível que ambas as autuações coexistam. Caso contrário, seria assumir que a Administração Pública pode manter entendimentos incoerentes e divergentes entre si, fundamentados nas mesmas circunstâncias fáticas e nos mesmos fatos jurídico-econômicos, em evidente desrespeito aos princípios de segurança jurídica e legalidade tributária.

A impugnante pede, considerando que os Autos de Infração objeto do Administrativo nº10980-724.544/2016-01 encontravam-se válidos e eficazes no momento de lavratura dos Autos de Infração deste Processo Administrativo, em razão dos princípios da legalidade e segurança jurídica, bem como pela auto vinculação da Administração Pública à motivação de lançamento tributário já existente, as Autoridades Julgadoras devem reconhecer a nulidade absoluta do Autos de Infração ora impugnados e, conseqüentemente, cancelar a exigência fiscal discutida no presente Processo Administrativo.

O DIREITO

A impugnante afirma que a premissa central dos Autos de Infração ora impugnados é que o ágio apurado quando da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding - que em momento algum teve sua legitimidade questionada - não é o mesmo ágio que foi posteriormente aproveitado pela Requerente.

Isso porque, no entendimento da Fiscalização, a contribuição do investimento na Requerente em aumento de capital da EcoConcessões teria exaurido toda e qualquer possibilidade de aproveitamento do ágio apurado na operação anterior (aquisição da Requerente), e nessa operação teria sido originado um novo ágio, o qual não poderia ser aproveitado por não cumprir os requisitos previstos em lei para tanto.

Dessa linha de raciocínio, portanto, a Fiscalização extraiu cinco das seis razões que, no seu entendimento, obstarium o aproveitamento fiscal desse "novo" ágio:

(i) Não teria sido elaborado um demonstrativo do fundamento econômico do ágio para a operação em que a EcoConcessões adquiriu o investimento na Requerente (aumento de capital), e o laudo anterior, referente à aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding não poderia ser utilizado por se referir a outra operação, em outro momento e entre outras partes;

(ii) A contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões foi uma operação realizada entre partes relacionadas, o que impediria o aproveitamento do ágio;

(iii) Na contribuição de investimento em aumento de capital de outra pessoa jurídica não haveria espaço para qualificar o ágio como vinculado à expectativa de rentabilidade futura do investimento contribuído;

(iv) A operação que resultou na absorção, pela Requerente, da participação societária adquirida com ágio (cisão parcial da EcoConcessões) não teria tido propósitos negociais; e

(v) Como a cisão parcial da EcoConcessões não teria tido propósitos negociais, por consequência, também não teria havido efetiva confusão patrimonial entre a Requerente e o investimento nela mesma, mas mera confusão patrimonial "formal".

Teria sido ainda elencado um argumento adicional não relacionado ao acima exposto, no sentido de que o ágio já amortizado na contabilidade da EcoConcessões não poderia ter sido aproveitado para fins fiscais pela Requerente.

A legitimidade da transferência do ágio

Aduz a impugnante que utiliza-se o termo "transferência" do ágio quando se está diante de uma operação por meio da qual o ágio, originariamente apurado em uma pessoa jurídica, é "transferido" para outra. Nesse caso, após a realização da operação societária, o ágio é "transferido" juntamente com o investimento, sendo preservada, no entanto, segregação entre as personalidades jurídicas da investidora e da investida.

A impugnante entende que a referida transferência do investimento com ágio pode ser motivada por diversas razões, sendo comum que por questões de mercado, regulatórias ou societárias a pessoa jurídica que originalmente tenha adquirido o investimento (investidora) em outra pessoa jurídica (investida) efetue subscrição de capital em outra sociedade do mesmo grupo econômico, mediante a conferência das ações adquiridas a valor de custo, transferindo, além do investimento, o respectivo ágio.

A respeito da possibilidade jurídica da transferência do ágio, impugnante percebe que o artigo 7º da Lei 9.532/97 comporta duas interpretações:

(i) as reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento são indiferentes e neutras para fins fiscais, isto é, não há

ampliação ou redução de qualquer direito à amortização do ágio - que só restará impactado quando da efetiva confusão patrimonial; ou

(ii) as reorganizações societárias que não ocasionem o encontro da entidade investida e da que detém o investimento extinguem por completo todo e qualquer direito de amortizar o ágio, ainda que este tenha sido legitimamente apurado em sua origem.

E, no presente caso, a Fiscalização adota a segunda interpretação, quando assevera que "a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros se exauriu na operação de aumento de capital da ECOCONCESSÕES".

A impugnante assevera que se deve ter em mente que caso o legislador tivesse a intenção de limitar a liberdade de auto-organização deveria tê-lo feito de forma manifestadamente expressa, afinal, como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR¹, a "intervenção que possa afetar a liberdade deve, antes de tudo, estar pautada por regras claras e públicas, que permitam ao indivíduo planejar seu curso de vida, ciente das consequências jurídicas de seus atos".

Nesse sentido, pontua a impugnante, cabe concluir que a ausência de disposição clara do agente competente (Poder Legislativo) é fator suficiente para afastar quaisquer restrições que a Administração Tributária pretenda impor à liberdade de auto-organização do contribuinte, materializada nas operações societárias que em nada ampliam ou reduzem o montante do ágio que de qualquer forma viria a ser aproveitado.

Os questionamentos apresentados pelo Conselheiro Luiz Flávio Neto no Caso Celpe exemplificam, de acordo com o impugnante, o absurdo da interpretação sustentada pela Fiscalização, confira:

"Seria proporcional ou razoável penalizar o contribuinte que realizou a transferência de um investimento, integralizando-o em outra empresa do grupo, com a perda completa do direito à amortização do ágio, ainda que uma série de fatores demonstrem a legitimidade de tal agir?

Se a transferência do investimento detido por uma pessoa jurídica desencadear a perda de legítimo direito à amortização do ágio, haverá norma de desincentivo à realização de novas operações societárias. Mas o que justificaria a exigência, pela administração fiscal, da estagnação das estruturas societárias, com a penalização de reestruturações e da adoção de outras formas lícitas de organização?

A Requerente entende que a resposta aos questionamentos do I. Conselheiro é deveras simples: desde que o registro do ágio seja regular e haja confusão entre ele e o patrimônio (e a correspondente expectativa de rentabilidade futura) que lhe deu causa, pouco

importa que o ágio tenha sido transferido. Tais operações intermediárias, como visto acima, são neutras do ponto de vista tributário e devem ser, também nesta oportunidade, preservadas.

No presente caso, assevera a impugnante não há quaisquer vantagens extras na contribuição do investimento na Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, muito menos há prejuízos ao Fisco por conta da implementação de tal operação. Isto, por si só, já demonstra a ausência de razoabilidade e proporcionalidade da tese que limita a transferência do investimento devido na Requerente.

De fato, aduz a impugnante, após a transferência do investimento feito com base em verdadeiras razões empresariais em estrita observância da legislação aplicável, o novo detentor dessa participação societária, passa a ser o adquirente para todos os fins de Direito. Esse entendimento está, ainda, em consonância com a mais recente jurisprudência do E. CARF, que reconhece a validade da transferência do ágio, mesmo em casos em que o contribuinte se utiliza de uma "empresa-veículo" (o que sequer foi alegado neste Processo Administrativo):

"ÁGIO. TRANSFERÊNCIA. USO DE EMPRESA VEÍCULO. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE.

Não é ilícita a conduta do investidor que adquire indiretamente o investimento, com pagamento de ágio, e, a seguir, promove aumento de capital em outra empresa, integralizando-o com os investimentos previamente adquiridos, inclusive o ágio. Não se pode qualificar como ilícita a opção por um caminho facultado pela legislação, ainda que a adoção de tal caminho tenha por objetivo a economia tributária. Essa conclusão fica especialmente reforçada na situação em comento, em que a operação "direta", que permitiria o aproveitamento fiscal do ágio sem qualquer questionamento, encontrava intransponíveis óbices societários (CVM) e regulatórios (ANEEL)." (CARF, Acórdão 1301-002.047, Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, julgamento em 8.6.2016 - não destacado no original)

No Acórdão nº 1301-002.047 ("Caso CTEEP"), o CARF analisou a viabilidade de amortização do ágio gerado na aquisição da CTEEP - Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista ("CTEEP"). Entre 2006 e 2007, a CTEEP teve suas ações adquiridas pela Isa Capital do Brasil S.A. ("Isa Capital") do Governo de São Paulo (leilão público) e de acionistas minoritários.

Ainda em 2007, pontua a impugnante, a Isa Capital constituiu a empresa Isa Participações do Brasil Ltda. ("Isa Participações") e, após 6 meses (30.1.2007), aumentou o capital da Isa Participações em R\$ 2.105.032.036,00, mediante a conferência das ações da CTEEP.

Observe-se que após essa operação, de forma idêntica com o que ocorreu no presente caso, a Isa Participações passou a registrar o custo do investimento na CTEEP (incluindo-se, aqui, o ágio inicialmente registrado na Isa Capital cujo fundamento era expectativa de rentabilidade futura da CTEEP).

Em 28.2.2008, a CTEEP incorporou sua nova controladora (Isa Participações) e voltou a ser controlada diretamente pela Isa Capital, absorvendo o ágio sobre suas próprias ações e passando a amortizá-lo e deduzi-lo fiscalmente.

A impugnante aduz que da mesma forma que no presente caso, no Caso CTEEP, as Autoridades Fiscais sustentavam que inexistiria qualquer motivação extratributária no conjunto de operações societárias realizadas. Dessa forma, do mesmo modo que fora alegado no presente caso, as Autoridades Fiscais sustentaram que a reestruturação "teria sido levada a efeito com o único propósito de permitir o registro do ágio e seu posterior aproveitamento para fins tributários".

No Acórdão citado acima, após analisar as justificativas extratributárias apresentadas para não realizar a incorporação de forma direta entre a CTEEP e a Isa Capital, o I. Conselheiro Relator Waldir Veiga Rocha concluiu que a operação seria válida e não vedada pela legislação, pois o uso de empresa veículo não seria suficiente para desqualificar a operação.

Em relação à suposta ausência de "confusão patrimonial" entre o suposto "real adquirente" e a CTEEP, o E. CARF considerou como "legítima a transferência desse investimento para um novo investidor (ISA PARTICIPAÇÕES), como o que ocorre, sim, a confusão patrimonial entre investidor e investida".

A impugnante informa que o I. Conselheiro Relator Waldir Veiga Rocha partiu da premissa que o suposto requisito de confusão patrimonial entre o investidor original (no presente caso, a EcoRodovias Holding) com o investimento adquirido não estaria previsto na lei e, além disso, seria impossível de ser feito no Caso CTEEP. Note-se o trecho do acórdão paradigma em que o I. Conselheiro Relator Waldir Veiga Rocha entende ser viável a "transferência" do ágio para outra sociedade do grupo.

"Guardadas as diferenças para o presente caso, em que o "investidor inicial", a ISA CAPITAL, se encontrava no Brasil e não no exterior, não se questiona ter sido ela quem arcou com os recursos financeiros para a aquisição da participação societária na investida CTEEP. Mas considero legítima a transferência desse investimento para um novo investidor (ISA PARTICIPAÇÕES), como o que ocorre, sim, a confusão patrimonial entre investidor e investida. Também aqui vale lembrar a impossibilidade da operação direta entre o "investidor inicial" e a investida." (não destacado no original)

A Requerente entende ter semelhança entre a operação discutida no Caso CTEEP e a operação em análise neste processo administrativo: em ambos os casos há a aquisição da participação societária por determinada sociedade que, em um segundo momento e por razões extra tributárias, realiza a contribuição do referido investimento em outra entidade do grupo.

No Caso CTEEP, o CARF considerou como legítima a amortização fiscal do ágio reconhecido pela Isa Participações e inicialmente registrado pela Isa Capital. Caso o mesmo entendimento fosse aplicado no presente caso, a impugnante não tem dúvidas de que a incorporação do acervo cindido da EcoConcessões pela Requerente seria considerada como operação legítima e apta a permitir a amortização fiscal do ágio reconhecido inicialmente pela EcoRodovias Holding e transferido à EcoConcessões por meio de aumento de capital.

A Requerente destaca que o Caso CTEEP foi recentemente julgado pela 1ª Turma da CSRF, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no tocante ao ágio, por também compreender que, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio - tal como no presente caso - não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado.

"ÁGIO TRANSFERIDO. EMPRESA VEÍCULO.

Não há restrições legais à transferência do ágio, notadamente quando havia restrições societárias e regulatórias que orientaram a criação de empresa "veículo".

(...)

Acrescento que é legítima a transferência de ágio em operação societária, fundamentando-se a hipótese no artigo 248, da Lei nº 6.404/1976 e no artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976. Desde a original redação, a Lei nº 6.404/1976 obrigava que o investimento adquirido fosse avaliado pelo método de equivalência patrimonial.

(...)

Ao tratar do ágio sobre expectativa de rentabilidade futura, o artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976 - como também sua reprodução no RIR/99 - trata indistintamente das hipóteses de aquisição da participação, sem qualquer restrição. Portanto, a exigência da aplicação do método de equivalência patrimonial decorre da própria lógica do artigo 248, da Lei nº 6.404/1976, como também do conceito adotado pelo artigo 20, do Decreto nº 1.598/1976.

A transferência de ágio - por meio de operações societárias devidamente registradas -, portanto, decorre da regular transferência de investimento em observância a estas normas.

Ressalto que o artigo 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, ao tratar da confusão patrimonial como condição da amortização do ágio não tem qualquer referência ao "investidor original". A exigência legal é de investimento adquirido com ágio, que poderá ser deduzido quando houver a confusão patrimonial pela empresa que detenha o investimento adquirido, ou mesmo pela própria investida caso ocorra incorporação reversa.

(...)

Afinal, há que se ponderar se a origem do ágio é legítima (com a existência de partes independentes, pagamento, demonstração da rentabilidade futura, etc.). Nesse contexto, uma vez demonstrada a legítima origem do ágio, não há restrição legal à sua transferência juntamente com o investimento a ele relacionado." (CSRF, Acórdão nº 9101-003.610, Rel. Cons. Cristiane Silva Costa, julgamento em 5.6.2018 - não destacado no original)

A impugnante, ainda afirma que, esse entendimento está muito longe de um posicionamento isolado na jurisprudência. Há diversos outros precedentes do CARF que tratam a matéria da mesma maneira, e que foram decididos nos mesmos termos do Caso CTEEP, em favor do contribuinte e da legitimidade do aproveitamento do ágio após sua "transferência" mediante contribuição do investimento em aumento de capital de outra pessoa jurídica. Como exemplo, caso Itaú, Acórdão nº 1401003.565, julgamento em 11.9.2019, e Caso Arcellormittal, Acórdão nº 1301- 003.656 julgamento em 22.1.2019.

PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

Nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97, consolidados nos artigos 385 e 386 do Decreto nº 3.000, de 26.3.1999 ("RIR/99"), vigentes à época dos fatos, a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio está condicionada à observância exclusiva de quatro requisitos:

Primeiro Requisito: aquisição de participação societária com pagamento de ágio;

Segundo Requisito: avaliação do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"), nos termos do artigo 248 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 ("Lei 6.404/76");

Terceiro Requisito: fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e

Quarto Requisito: incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

A Requerente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. E, entende que não existe nenhum requisito previsto na Lei 9.532/97 que não tenha sido atendido pela Requerente e que não existiria nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo desta Impugnação.

Tanto o é que, assevera a impugnante, nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/201601, tanto a DRJ quanto o CARF reconheceram que todos esses requisitos foram devidamente atendidos. Confira-se:

Acórdão nº 16-83.283 (DRJ)

"Inicialmente, cumpre observar que, numa primeira análise, foram preenchidos os requisitos para a dedução do ágio pela contribuinte, ou seja:

Houve a efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio;

O investimento na ECOCATARATAS foi avaliado por meio do MEP;

A fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, fato este não contestado pela Fiscalização;

Houve a incorporação da ECOCATARATAS de parte cindida da ECOCONCESSÕES que detinha o ágio (incorporação 'às avessas') (...)" (não destacado no original)

Acórdão nº 1201-003.144 (CARF)

"Nesse sentido, adoto as razões de decidir do Acórdão recorrido no que tange às questões da confusão patrimonial, da duplicidade de utilização do ágio e do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. No que tange à confusão patrimonial, vale ressaltar que o Acórdão da DRJ reconheceu que foram reenchidos os requisitos para a dedução do ágio pela contribuinte, ou seja:

(i) houve a efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio; (ii) o investimento na ECOCATARATAS foi avaliado por meio do MEP; (iii) a fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, fato este não contestado pela fiscalização; e (iv) houve a incorporação pela ECOCATARATAS de parte cindida da ECOCONCESSÕES que detinha o ágio (incorporação "às avessas", prevista no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99)." (não destacado no original)

A Requerente passa a demonstrar o estrito cumprimento de cada um desses requisitos.

Primeiro requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio

Esse primeiro requisito foi cumprido quando da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding, com pagamento de ágio e efetivo desembolso de caixa, em uma transação entre partes independentes, conforme Contratos de Compra e Venda e comprovantes de pagamento. O cumprimento desse requisito foi reconhecido pela própria Fiscalização no TVF:

A impugnante destaca que em momento algum a Fiscalização questionou a composição do preço e do valor do ágio pago nessa transação, tampouco o efetivo pagamento aos vendedores. Também não houve qualquer tipo de questionamento quanto à idoneidade da documentação que suportou a operação e respectivos registros contábeis. Em outras palavras, o cumprimento desse primeiro requisito é um fato incontroverso que sequer está em discussão.

Segundo requisito: Avaliação do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial

O segundo requisito também foi cumprido desde a origem do investimento na Requerente pela EcoRodovias Holding (e posteriormente pela EcoConcessões). O investimento na Requerente esteve sempre avaliado pelo MEP, com o devido desdobramento do custo de aquisição entre patrimônio líquido e ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente.

A avaliação do investimento pelo MEP nunca foi questionada pela Fiscalização, que também juntou ao TFV uma ilustração do desdobramento do custo de aquisição do investimento pela EcoRodovias Holding (Figura 3 do TVF - fls. 53).

A Requerente assevera que, também se trata de fato incontroverso que sequer está em discussão.

Terceiro requisito: Fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida

Aduz a impugnante que o registro do investimento na Requerente foi realizado exatamente como determinava o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, com desdobramento do custo de investimento e registro de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, devidamente amparado por laudo de avaliação elaborado por peritos independentes especificamente para este fim.

Não obstante o acima exposto, a Fiscalização se apega à argumentação de que (i) o demonstrativo do fundamento econômico do ágio deveria ter sido elaborado na data da aquisição do investimento na Requerente pela EcoConcessões, e não na data da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding; e (ii) em operações de contribuição do investimento em aumento de capital de outra pessoa jurídica, não haveria qualquer

margem para fundamentação econômica do ágio na expectativa de rentabilidade futura do investimento.

A impugnante assevera que, embora a Fiscalização alegue que o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 exigiria que o demonstrativo do fundamento econômico do laudo fosse elaborado em um ou noutro momento, fato é que não havia, na redação desse artigo vigente à época, uma menção sequer com relação à data de elaboração do demonstrativo, a saber:

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

(...)

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

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

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

(...)

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração." (não destacado no original)

A impugnante entende que a Fiscalização pretendeu combinar a expressão "por ocasião da aquisição" do caput do artigo com a exigência do parágrafo terceiro. Uma vez mais, mostra-se necessário reiterar que a lei é uma só, e não o que a Fiscalização deseja que ela seja. Se a lei não especificou o momento em que o demonstrativo deveria ser elaborado, não cabe à Fiscalização fazê-lo.

Além disso, pontua o patrono, deve-se ter em mente que é amplamente difundido na jurisprudência atual o entendimento de que o demonstrativo pode ser elaborado até mesmo após a aquisição do investimento, justamente em razão do fato de que o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 não fixava nenhuma exigência temporal para elaboração do demonstrativo. Confira-se alguns exemplos:

"ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RENTABILIDADE FUTURA DA INVESTIDA. COMPROVAÇÃO. Tendo em vista que a legislação vigente à época dos fatos geradores objeto dos Autos de Infração não regulamentava a forma, conteúdo e apresentação do demonstrativo do fundamento econômico do ágio pago na aquisição de participação

societária, o contribuinte pode se valer de todos os meios de prova hábeis, inclusive de laudo elaborado dois meses após a operação de aquisição." (CARF, Acórdão nº 1201-003.693, Rel. Luiz Henrique Marotti Toselli, julgamento em 12.3.2020 - não destacado no original)

"LAUDO DE AVALIAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Indevida a glosa do aproveitamento do ágio sob fundamento de intempestividade do laudo de avaliação vez que sequer existia previsão legal acerca da obrigatoriedade do laudo à época dos fatos." (CARF, Acórdão nº 1201001.438, 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, Rel. Cons. Luis Fabiano Alves Penteado, julgado em 7.6.2016) (não destacado no original)

Ora, conclui a impugnante, se a finalidade do demonstrativo é subsidiar a precificação e a contabilização do investimento, e a jurisprudência atual (bem como a legislação mais recente, vide Lei nº 12.973, de 13.5.2014 ("Lei 12.973/14")) autorizam que esse demonstrativo seja elaborado até mesmo em momento posterior à aquisição, quando o preço de aquisição já foi pago, então evidentemente não há qualquer impedimento para que o demonstrativo econômico seja elaborado em momento anterior à aquisição.

A impugnante entende ser importante mencionar que o laudo juntado aos autos pela Requerente, bem como a expectativa de rentabilidade futura da Requerente nele apurada, nunca foram questionados. De fato, a Fiscalização nunca demonstrou que o estudo lá realizado não seria aplicável ou não mereceria fé. Foi apenas presumido que, por se tratar de um laudo elaborado em momento anterior, para uma operação envolvendo outras partes, a expectativa de rentabilidade futura lá calculada não seria aplicável como "demonstrativo" do ágio registrado na EcoConcessões.

No entanto, aduz a Requerente, a Fiscalização não levou em consideração um fator muito importante: o ativo para o qual a rentabilidade futura foi estimada - a Requerente - é o mesmo em ambas as operações. Esse fator é relevante porque, como já mencionado, a Requerente é concessionária de uma rodovia pública, cuja exploração se dará até o final de 2021.

O que é de fato relevante para a presente discussão é que, afirma a impugnante, o demonstrativo do fundamento econômico do ágio tem por objetivo comprovar que o contribuinte adotou um critério consistente e confiável para a alocação do preço de compra do investimento, e que esse critério embasou sua decisão de compra.

E no caso concreto, não há dúvidas de que a expectativa de rentabilidade futura da Requerente influenciou a decisão de compra da EcoRodovias Holding. Não só não há

dúvidas por parte da Requerente quanto a esse aspecto, mas, além disso, como dito, a Fiscalização também não questionou esse fato em momento algum.

Embora a Fiscalização alegue que o laudo de avaliação elaborado anteriormente simplesmente não poderia respaldar a expectativa de rentabilidade futura da Requerente, em momento algum a Fiscalização apresentou qualquer tipo de indício ou comprovação de que o laudo deixou de ser consistente ou confiável.

De fato, assevera a Requerente que, não foi questionado o estudo econômico contido no laudo, e tampouco a idoneidade ou qualificação dos profissionais que o elaboraram. Em momento algum foi demonstrado, por exemplo, que alguma das premissas que fundamentaram o laudo teriam deixado de ser aplicáveis ao tempo da operação. A Fiscalização apenas presumiu que o laudo elaborado anteriormente não poderia ser utilizado para respaldar a expectativa de rentabilidade futura da Requerente.

Em última instância, aduz a Requerente, o que se percebe é que a Fiscalização se apegou a um formalismo excessivo e optou por presumir que o laudo de avaliação juntado aos autos não poderia ser utilizado para respaldar a expectativa de rentabilidade futura da Requerente, sem, no entanto, apresentar um elemento fático sequer para corroborar essa alegação.

Portanto, conclui a impugnante, não há como prosperar a alegação de que o laudo apresentado não pode ser considerado como documento legítimo para respaldar a expectativa de rentabilidade futura apenas por ter sido formalizado na data que o foi, sobretudo quando não há nenhum outro elemento que sequer aponte para a inaplicabilidade do laudo. O laudo apresentado atende às exigências legais existentes à época, notadamente o § 3º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77.

A possibilidade de atribuição do ágio à expectativa de rentabilidade futura em operação de aumento de capital

Em essência, a Fiscalização alega que nas operações de aumento de capital, se existir alguma expectativa de rentabilidade futura do investimento que está sendo contribuído, ela já estará inserida no conjunto de bens e direitos titularizados, isto é, algum intangível identificado ou no fundo de comércio. Portanto, tal expectativa de rentabilidade futura não existiria como um fundamento econômico autônomo do ágio, mas sim com parte indissociável do ativo intangível ou fundo de comércio que lhe deu causa, o que obstaria a amortização fiscal desse ágio como expectativa de rentabilidade futura.

A impugnante entende que esse entendimento estaria absolutamente equivocado.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a própria Fiscalização reconhece que a contribuição do investimento em aumento de capital é juridicamente equiparável a uma alienação, para o subscritor (EcoRodovias Holding) e uma aquisição, para a sociedade que recebe os ativos contribuídos (EcoConcessões).

Esse fator, por só, já seria suficiente no entendimento da impugnante para afastar a alegação infundada de que um dos possíveis fundamentos econômicos do ágio aplicável às aquisições (rentabilidade futura) não seria aplicável à contribuição em aumento de capital. Afinal, não há, afirma a impugnante, na legislação aplicável qualquer tipo de restrição quanto aos fundamentos econômicos do ágio apurado por meio de contribuição do investimento em aumento de capital. E se para todos os efeitos essa operação é juridicamente equiparável a uma aquisição, não haveria, portanto, qualquer razão para limitar os fundamentos econômicos que poderiam ser indicados para o ágio apurado nessa operação.

Por ocasião do aumento de capital, a EcoConcessões adquiriu um investimento (a Requerente) cujo valor de patrimônio líquido à época era equivalente a R\$ 46.567.747,76. Tendo em vista que o valor atribuído ao investimento na contribuição era equivalente a R\$ 381.447.580,80, a EcoConcessões passou a registrar ágio no valor de R\$ 334.879.833,04.

À época dos fatos, o Decreto-Lei 1.598/77 exigia que fosse indicado o fundamento econômico do ágio, dentre uma de três grandes categorias: (i) valor de mercado de bens do ativo da investida, superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; (ii) valor de expectativa de rentabilidade da investida, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

No entendimento da Fiscalização, o fundamento econômico (ii) acima seria residual. Isto é, primeiro o contribuinte deveria identificar a parcela do ágio atribuída ao valor de mercado dos bens, em seguida identificar a parcela atribuída ao fundo de comércio, intangíveis, e outras razões econômicas e, por fim, apenas eventual saldo residual deveria ser alocado à expectativa de rentabilidade futura.

A impugnante afirma que a Fiscalização compreendia que à época, já seria aplicável um regime de alocação do custo de aquisição do investimento com ordem de prioridade entre os fundamentos econômicos do ágio similar àquele que, em momento posterior, veio a ser regulamentado pela Lei 12.973/14.

Ocorre, assevera a impugnante, que esse entendimento já foi, há muito, superado. Vale dizer, as próprias Autoridades Fiscais reconhecem expressamente que, no regime anterior à Lei 12.973/14, não havia qualquer ordem de preferência entre os fundamentos

econômicos do ágio previstos no Decreto-Lei 1.598/77, conforme Solução de Consulta COSIT nº 3, de 22.1.2016 ("SC 3/16"):

"ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. LEGISLAÇÃO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 627, DE 2013. CUSTO DE AQUISIÇÃO. DEFINIÇÃO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. MOMENTO DE APURAÇÃO. FUNDAMENTO ECONÔMICO. RESTRIÇÃO LEGAL.

O custo de aquisição da participação societária é o valor total pago pelo comprador ao vendedor, considerando inclusive eventuais condições estipuladas pelas partes que tenham o condão de alterar o preço consignado em contrato. O patrimônio líquido para fins de apuração do ágio é aquele existente no momento da aquisição. O fundamento econômico do ágio não é de livre escolha do comprador, devendo estar enquadrado nas hipóteses previstas na legislação aplicável, e justificado em demonstrativo a ser arquivado junto à escrituração contábil.

(...)

62. Relativamente aos fundamentos econômicos do ágio apurado na aquisição de participação societária, considerando a legislação fiscal anterior às alterações trazidas pela Medida Provisória nº 627, de 2013, convertida na Lei nº 12.973, de 2014, esses estão exaustivamente relacionados no § 2º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, já transcrito acima. Em síntese, o adquirente da participação societária, que paga um preço superior ao valor do patrimônio líquido à época da aquisição deve justificar e comprovar esse ágio com base em três fundamentos, a saber:

- a) diferença entre o valor de mercado de bens do ativo da investida e seu valor contábil;
- b) expectativa de rentabilidade futura;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

63. A legislação não determina uma ordem a ser seguida, mas a interpretação literal do texto legal permite concluir que esses três fundamentos não são sobrepostos entre si, ao contrário, são excludentes entre si. (...)" (não destacado no

A Requerente informa que a SC 3/16 também trouxe duas outras conclusões, muito importantes para o presente contexto. A primeira delas é que, nessa solução de consulta, as Autoridades Fiscais reconhecem que a rentabilidade futura esperada do investimento não se confunde com os potenciais benefícios advindos do fundo de comércio, intangíveis, etc., e tampouco com eventuais benefícios decorrentes da mais valia do ativo da investida. Perceba-se que, para corroborar essa afirmação, a SC 3/16 ainda cita estimados autores como RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA e LUIZ EDUARDO SCHOUEI.

"66. Importante nesse ponto frisar que os benefícios advindos do fundo de comércio da investida não se confundem com sua rentabilidade futura.

Enquanto essa última trata da apuração, baseada em resultados passados, de um montante esperado de resultados futuros em um dado período, aqueles benefícios consubstanciam-se num sobrevalor agregado aos demais ativos da investida, em razão da eficiente e racional organização do empreendimento empresarial, o que gera perspectivas de lucratividade que a investida ainda pode vir a gerar. Nesse diapasão discorre Ricardo Mariz de Oliveira, elencando as diversas peculiaridades que distinguem os dois fundamentos:

(...)

67. Também não se confundem os benefícios oriundos da mais valia de ativo com a perspectiva de rentabilidade futura, representada pelo lucro que poderia ser auferido com a realização desse ativo, exemplo trazido à baila pela Consulente em sua petição. Luis Eduardo Schoueri aborda esse caso:

A outra conclusão relevante alcançada na SC 3/16 é que, para fins da determinação do fundamento econômico do ágio, deve ser aplicado o princípio da especialidade.

Isto é, dentre os possíveis fundamentos econômicos do ágio previstos na legislação, deverá ser indicado aquele cuja descrição melhor se subsume ao caso específico do contribuinte.

Por essa razão, aduz a Requerente, que citando novamente Ricardo Mariz de Oliveira, a SC 3/16 aponta que o fundamento econômico do ágio apurado na aquisição do investimento poderá ser distinto a depender dos objetivos (i.e., rentabilidade futura, ou liquidação de ativos para aproveitamento da mais valia) que o investidor pretende atingir com o investimento.

"68. Nesse mesmo sentido, Ricardo Mariz de Oliveira:

'Outra seria a fundamentação do ágio se o adquirente não tivesse em mente a exploração da empresa a ser adquirida, como um todo, mas, por exemplo, visasse algum bem isolado, integrante do seu ativo.

Suponhamos que o motivo para a aquisição seja a utilização de um imóvel do ativo da pessoa jurídica a ser adquirida, para ser vendido no estado em que se encontra no momento da aquisição, ou para ser objeto de uma incorporação imobiliária com a intenção de venda das suas unidades. Neste caso, o valor de mercado do imóvel certamente é fator decisivo para a compra, e o ágio terá por fundamento o valor de mercado, ao menos no tocante, e até o limite, em que o preço da aquisição da empresa

tiver relação com o referido bem e o seu valor de mercado no estado em que se encontra quando da aquisição. Já naquela primeira hipótese, em que o adquirente visa a exploração do negócio sem intenção de alienar os bens que o compõem, toda a lógica sistemática aponta para que, se houvesse alguma ordem de prioridade entre os fundamentos referidos na lei, o primeiro lugar deveria ser atribuído à expectativa de rentabilidade, podendo depois vir outras razões acaso existentes, ao invés do ágio fundamental ser colocado em plano residual, posterior às razões que inexistiram na realidade do negócio.'

69. Aplica-se na determinação dos fundamentos econômicos do ágio o princípio da especialidade, o qual determina que a norma especial prefere à norma geral. Se dentre uma série de hipóteses legais existe uma cuja descrição se subsume melhor ao caso específico do contribuinte, é ela que deve ser aplicada." (não destacado no original)

Portanto, conclui a impugnante, enquanto no presente caso a Fiscalização alega, convenientemente, que o ágio apurado na aquisição da Requerente poderia ter qualquer outro fundamento econômico, menos aquele que viabilizaria a sua amortização fiscal (expectativa de rentabilidade futura), a Fiscalização contraria o entendimento das próprias Autoridades Fiscais.

Entendimento este, diga-se, contemporâneo ao período ora fiscalizado (2016).

A impugnante entende que, não pode a Fiscalização desconsiderar o fundamento econômico do ágio apurado na aquisição da Requerente pela EcoConcessões, sobretudo quando (i) não há na legislação aplicável qualquer regra que proíba a fundamentação do ágio apurado em operação de aumento de capital na expectativa de rentabilidade futura do investimento contribuído; (ii) o próprio entendimento das Autoridades Fiscais vigente à época (SC 3/16) corrobora a legitimidade do fundamento econômico indicado neste caso; e (iii) o laudo de avaliação que fundamenta a expectativa de rentabilidade futura da Requerente nunca foi questionado pela Fiscalização.

Portanto, conclui a Requerente, que não se sustenta a alegação da Fiscalização no sentido de que "não há espaço para o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura nos casos em que a participação societária é conferida em aumento de capital".

Quarto requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

Em 29.12.2010, a Requerente (adquirida) incorporou o acervo cindido da EcoConcessões (adquirente), que continha o investimento (e o ágio correspondente) na própria Requerente. Assim, o ágio pago a terceiros sobre as ações da Requerente foi incorporado pela própria Requerente.

Para que não restem dúvidas a respeito da efetiva confusão patrimonial a impugnante retoma o histórico do investimento. Em 7.2.2008, a Requerente foi adquirida pela EcoRodovias Holding em uma transação entre partes não relacionadas, com pagamento de ágio (Passo 1). Posteriormente, em 26.8.2009, a Requerente foi contribuída em aumento de capital da EcoConcessões (Passo 2). Para todos os fins de direito, com a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, a EcoConcessões se tornou a efetiva adquirente das ações da Requerente.

A EcoConcessões adquiriu o investimento na Requerente, sendo considerada a adquirente da participação societária sob qualquer perspectiva que se examine, afirma a impugnante.

E, com a compra da participação societária, a EcoConcessões passou a avaliar o investimento na Requerente com ágio - grandeza econômica que tinha origem e fundamento econômico em operação realizada com terceiros não relacionados, tal qual exposto no laudo de avaliação.

Portanto, após o Passo 2, a EcoConcessões era a "pessoa jurídica" que detinha "participação societária adquirida com ágio" e apurado conforme o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, sendo certo, assevera a impugnante, que a subsequente absorção do seu patrimônio pela Requerente implica atendimento imediato do inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97.

Quando da cisão parcial da EcoConcessões (Passo 3), com incorporação da parcela cindida (investimento na Requerente) dentro da própria Requerente, impugnante entende ter ocorrido a perfeita subsunção da norma prevista no artigo 7º da Lei 9.532/97: "A pessoa jurídica [Requerente] que absorver patrimônio de outra [EcoConcessões], em virtude de incorporação, fusão ou cisão [Passo 3], na qual detenha participação societária adquirida [Passo 2] com ágio [a melhor prática contábil obrigava o reconhecimento do ágio] [...] poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura".

A impugnante afirma que o fato de as empresas envolvidas continuarem a existir não altera essa conclusão. De fato, é a própria Lei 9.532/97 que admite a amortização fiscal do ágio em operações de simples cisão da sociedade. Ora, se a cisão é formalmente admitida como um evento para autorizar a amortização fiscal do ágio, é evidente que o próprio legislador permitiu expressamente que houvesse situações em que a empresa investidora continuasse a existir.

A impugnante aduz que a operação de cisão parcial resultou na junção de dois patrimônios (o ágio pago a terceiros e o investimento adquirido), o que autoriza a sua amortização fiscal. Portanto, entende não restar dúvidas que, juridicamente, houve sim

confusão patrimonial, considerando que houve a absorção de patrimônio da EcoConcessões (ativos e passivos, deveres e obrigações) por parte da Requerente.

A impugnante entende que a Fiscalização, ciente de que houve de fato e de direito o cumprimento desse requisito, se absteve de questionar a confusão patrimonial em si. Isto é, a Fiscalização não alega que não houve confusão patrimonial, mas sim que não houve propósito negocial na operação societária (cisão parcial da EcoConcessões) que viabilizou a confusão patrimonial.

No entanto, o presente caso não trata de situação simulada, pontua a impugnante, dolosa ou fraudulenta, na qual uma pessoa jurídica é interposta com o propósito exclusivo de viabilizar o aproveitamento fiscal de ágio. Tal como exposto no início dessa Impugnação, todas as operações societárias foram motivadas por legítimos propósitos negociais. O ágio nunca foi a causa ou o fator determinante para nenhuma das operações, mas sim uma consequência legítima e natural de operações verdadeiras, entre partes reais.

A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA E O PROPÓSITO NEGOCIAL DAS OPERAÇÕES

A impugnante ressalta que a operação de aquisição da Requerente de terceiros não relacionados foi inicialmente realizada por uma companhia brasileira de capital aberto (EcoRodovias Holding), e que poderia ter incorporado a Requerente (ou ter sido diretamente cindida para absorção do investimento e ágio pela própria Requerente) no dia imediatamente seguinte ao de sua aquisição.

Em sua essência, pondera a impugnante, tanto a EcoRodovias Holding quanto a EcoConcessões são empresas brasileiras com real substância econômica, empregados e atividades.

Qualquer uma delas poderia efetuar a aquisição diretamente, com o reconhecimento de ágio e subsequente aproveitamento fiscal. A transferência do investimento para a EcoConcessões em nada modifica o ágio reconhecido no Brasil.

Inclusive, tal como expressamente reconhecido na decisão de primeira instância proferida nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, a aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding, seguida da contribuição do investimento em aumento de capital da EcoConcessões, leva exatamente ao mesmo resultado que seria obtido caso a EcoRodovias Holding aportasse os recursos necessários para a aquisição da Requerente na EcoConcessões, e em seguida essa

companhia adquirisse diretamente a Requerente com pagamento de ágio, a terceiros não relacionados.

Confira-se:

"Destaque-se que essa "transferência" é perfeitamente válida, "equivalendo" a uma operação efetuada, para todos os efeitos, em 2 etapas: primeiramente há um aumento de capital na ECOCONCESSÕES por parte da ECOINFRAESTRUTURA, em dinheiro; posteriormente, ato contínuo, a ECOCONCESSÕES, com esse mesmo dinheiro, adquire de terceiros independentes, com ágio, a ECOCATARATAS" (não destacado no original)

A impugnante afirma que essa transferência não cria um "novo" ágio ou permite que o Grupo Ecorodovias se beneficie de um ágio que, caso contrário, não seria amortizado. E não poderia ser diferente. Afinal, como dito, a transferência do investimento não foi motivada pelo aproveitamento do ágio.

Como já exaustivamente detalhado nessa Impugnação, o aproveitamento fiscal do ágio apurado na aquisição da Requerente foi precedido de três operações: (i) Passo 1: aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding, em 7.2.2008, de terceiros não relacionados; (ii) Passo 2: contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, em 26.8.2009; e (iii) Passo 3: cisão parcial da EcoConcessões, em 29.12.2010.

A impugnante lembra que houve ainda uma quarta operação, realizada mais de quinze meses após o Passo 3 acima, e que não guardaria qualquer relação com o aproveitamento fiscal do ágio - a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, em 30.3.2012.

Em análise do TVF, a impugnante afirma que a Fiscalização não formulou nenhum questionamento com relação à substância econômica e os propósitos negociais dos Passo 1 e 2 acima. Em realidade, a acusação de inexistência de substância econômica e propósito comercial cinge-se à cisão parcial da EcoConcessões.

Mais especificamente, a alegação da Fiscalização de que a cisão parcial da EcoConcessões não teria substância econômica ou propósitos negociais estaria fundamentada em dois principais argumentos:

a) A contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012 reverteu todos os efeitos societários da cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010, o que demonstraria que a cisão parcial, na origem, nunca teve qualquer propósito comercial; e

b) As razões econômicas apresentadas para a cisão parcial da EcoConcessões, tanto na documentação que subsidiou a operação (protocolo e justificativa da cisão parcial), quanto no Recurso Voluntário apresentado pela Requerente nos autos do Processo Administrativo nº 10980.724544/2016-01, foram genéricas e/ou descoladas da realidade.

O aumento de capital da EcoConcessões não afasta os propósitos negociais da cisão parcial

Antes mesmo de analisar quais foram os propósitos negociais da cisão parcial da EcoConcessões, a Fiscalização alega de forma taxativa que o aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012 "coloca em xeque as "justificativas" adotadas para a cisão parcial da ECOCONCESSÕES, ocorrida alguns meses antes" e "por si só, reclama a glosa da amortização fiscal do ágio". Tudo isso porque, supostamente, o aumento de capital teria revertido todos os efeitos da cisão parcial:

"Na prática, o novo aumento de capital, em março/2012, reverteu os efeitos societários da cisão parcial que havia sido levada a cabo poucos meses antes, em dezembro/2010, pois a ECOCONCESSÕES voltou a ser a controladora direta da

ECOCATARATAS.

A manobra certamente coloca em xeque as "justificativas" adotadas para a cisão parcial da ECOCONCESSÕES, ocorrida alguns meses antes. Esse fato, por si só, reclama a glosa da amortização fiscal do ágio (vide tópico 5.6 deste TVF)."

Não obstante o acima exposto, a impugnante assevera que, a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 30.12.2012 não restaurou o status quo anterior à cisão parcial efetuada em 29.12.2010.

A impugnante pontua que com a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012, (i) a dívida do mútuo não foi novamente transferida para a EcoConcessões; e (ii) o capital social da Requerente permaneceu inalterado, havendo apenas a alteração na titularidade das ações correspondentes (da EcoRodovias Holding, para a EcoConcessões).

Portanto, assevera a impugnante, embora a Fiscalização alegue que a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012 "acabou revertendo os efeitos societários da cisão parcial/incorporação levada a cabo em 29/12/2010", isso nunca teria ocorrido.

A impugnante questiona o seguinte: de fato, antes e após essas duas operações, a Requerente era controlada pela EcoConcessões. Mas qual é, exatamente, a relevância desse dado para se aferir se as operações tiveram ou não propósitos negociais? A resposta é muito simples: nenhuma.

Esse dado, por si só, é completamente irrelevante. E todos os demais elementos que demonstram de forma cabal os legítimos propósitos negociais de ambas as operações foram convenientemente desconsiderados pela Fiscalização

A impugnante demonstra que fora justamente por essas razões que, no julgamento do Recurso Voluntário apresentado pela Requerente nos autos do Processo Administrativo nº 10980.724544/2016-01, o CARF (Acórdão nº 1201-003.144) afastou a alegação de ausência de propósito negocial da cisão parcial da EcoConcessões, e também a qualificação da multa de ofício, que estava igualmente fundamentada nessa premissa absurda. Confira-se o voto do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, que foi acompanhado pela maioria dos demais:

"Por outro lado, discordo do Acórdão da DRJ no tocante ao argumento da ausência de propósito negocial, de modo que o fato de que a ECOCATARATAS passou a ser, novamente, 100% controlada diretamente pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010 não é suficiente para determinar que inexistiu propósito negocial nas operações. Nesse sentido, cumpre ressaltar que todas as operações foram devidamente formalizadas no âmbito do Direito Societário, bem como foram devidamente informadas nas obrigações acessórias de natureza tributária.

Ademais, vale notar que o próprio órgão regulador da concessão, isto é, o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná ("DER/PR") foi devidamente notificado das operações societárias e não se manifestou de forma contrária às justificativas apresentadas pela Requerente.

(...)

A justificativa para a multa qualificada é a ausência de propósito negocial (...) Mais uma vez, destaque-se que não houve a prática de um ato sequer que fosse contrário à lei.

Ademais, houve a formalização de todos os atos societários e entrega das obrigações acessórias tributárias, de modo que fica evidenciada a inexistência de dolo, fraude ou conluio." (não destacado no original)

A impugnante relata dificuldade prática em compreender o racional da Fiscalização, no sentido de como é que o propósito negocial de uma operação (i.e., sua causa), pode ser aferido a partir de uma outra operação, realizada mais de quinze meses após a primeira?

A impugnante reafirma que, a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões foi motivada por legítimos propósitos negociais, diretamente relacionados com o contexto econômico vigente à época e com o contexto operacional do Grupo EcoRodovias como um todo.

A impugnante assevera que os propósitos negociais foram os seguintes: (i) aumentar o patrimônio líquido da EcoConcessões para viabilizar a participação de concorrências públicas em 2013 que exigiam valores mínimos de patrimônio líquido; (ii) alocar o fluxo de

dividendos da Requerente à EcoConcessões, para refinanciamento da dívida (emissão de novas debentures); (iii) segregar a exploração dos segmentos rodoviário e portuário dentro do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (iv) garantir ao Poder Concedente (na pessoa do DER/PR) que o desinvestimento do Grupo Impregilo (alienação da participação societária detida na EcoRodovias Holding) não acarretaria alteração do controle societário sobre a Requerente.

A impugnante conclui que em relação a essa argumentação da fiscalização é que contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões realizada mais de um ano após a cisão parcial (i) não restabeleceu o status quo anterior à cisão parcial; (ii) é evento muito posterior à cisão parcial e que certamente não pode ser utilizado para questionamento do propósito negocial da operação anterior; e (iii) foi dotada de propósitos negociais autônomos e não relacionados à cisão parcial da EcoConcessões.

A cisão parcial teve legítimos propósitos negociais

A impugnante afirma que além da premissa equivocada acima analisada, que já foi devidamente afastada, no TVF a Fiscalização teria percorrido o Recurso Voluntário apresentado pela Requerente no Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, e pretendeu descaracterizar as razões econômicas da cisão parcial que foram detalhadas naquele caso (e reiteradas nessa Impugnação).

A impugnante aduz que naquele Recurso Voluntário, assim como neste caso, a Requerente demonstrou, em síntese, que a cisão parcial da EcoConcessões teve como finalidades (i) evitar que o patrimônio líquido da Requerente permanecesse negativado, em razão da adoção obrigatória do ICPC 01; e (ii) melhorar a alocação de dívida e capital entre as empresas operacionais do Grupo EcoRodovias, por meio da transferência da dívida (mútuo) que a EcoConcessões possuía com a EcoRodovias Holding.

De início, assevera a impugnante, em análise do TVF, percebe-se que em momento algum a Fiscalização questionou o propósito negocial (ii) acima (transferência da dívida).

Note-se que a realocação da dívida do Grupo não se deu ao acaso ou em razão de mera conveniência.

Como dito, um fator crítico de sucesso para as concessionárias de rodovias públicas é ter uma gestão financeira sólida, estruturada a longo prazo por meio do equilíbrio da estrutura de alavancagem (dívida e capital).

A impugnante pontua que embora todas essas informações já estivessem à disposição da Fiscalização quando da lavratura dos Autos de Infração, e além disso, embora a Fiscalização tenha se proposto a analisar cada uma das justificativas para a cisão parcial que haviam sido expostas no Recurso Voluntário, esse propósito econômico da cisão

parcial, por alguma razão, não foi considerado. Em realidade, afirma a impugnante, a Fiscalização aparenta ter desconsiderado por completo o fato de que uma dívida foi transferida para a Requerente.

"E ainda há outra particularidade que não pode passar despercebida: a cisão da ECOCONCESSÃO foi cirúrgica, pois o único ativo vertido consistiu justamente na participação societária e o respectivo ágio (vide Figura 17 a seguir). Portanto, a reorganização societária formalizada em 29/12/2010 reuniu tão somente a ECOCATARATAS com o investimento nela mesma. O requisito para que a amortização do ágio se tornasse dedutível - cumular os patrimônios da investidora e da investida numa única entidade - não foi cumprido em sua substância, mas apenas formalmente."

A impugnante conclui que, esse fato, por si só, já afastaria por completo qualquer alegação de inexistência de propósito negocial. Se a Requerente demonstrou um efetivo propósito negocial para a operação, e a Fiscalização nem se deu ao trabalho de questionar esse fato, evidentemente não há que se falar na ausência de propósitos negociais.

Em todo caso, aduz a Requerente, mesmo para o propósito negocial (i) exposto acima (positivação do patrimônio líquido da Requerente após adoção do ICP 01), a Fiscalização trouxe comentários completamente impertinentes. No que diz respeito aos efeitos patrimoniais decorrentes da adoção do ICPC 01, a Fiscalização alega que a cisão parcial da EcoConcessões "não teve o efeito de 'evitar' o reconhecimento da referida perda contábil, pois essa decorria dos novos critérios contábeis para os contratos de concessão, independentemente de haver ou não a cisão".

De fato, afirma impugnante, a adoção do ICPC 01 pela contribuinte não foi evitada com a incorporação do acervo líquido cindido da EcoConcessões. A cisão parcial também não evitou que a contribuinte reconhecesse em seu resultado a provisão exigida pelo ICPC 01. O que foi evitado foram os efeitos patrimoniais negativos que seriam verificados caso o Grupo EcoRodovias não tivesse tomado nenhuma providência, tal como a negativação do patrimônio líquido e a diminuição dos fluxos de caixa livre da contribuinte. E tudo isso estava devidamente indicado no Recurso Voluntário.

É esse, inclusive, o exato teor da comunicação enviada ao DER/PR.

A Fiscalização ainda alegou que a positivação do patrimônio líquido da Requerente não seria uma justificativa válida para a cisão, uma vez que "a ECOCATARATAS não contraiu empréstimo, financiamento ou qualquer outra forma de captação de recursos financeiros perante terceiros que dependesse da manutenção de índices financeiros (covenants)".

A impugnante aduz que, não há um único cenário em que se possa conceber que manter um patrimônio líquido negativo, indefinidamente, seria coerente, razoável e muito menos

benéfico para uma empresa. E nem se diga que há empresas com patrimônio líquido negativo por operarem alavancadas. Não era esse o cenário da Requerente. No caso em análise, a negatização decorreria de alteração nas normas contábeis não de dívidas "boas", o que poderia, de fato, trazer inúmeras consequências para a Requerente.

A impugnante recorda que a contribuinte é concessionária de uma rodovia pública. O patrimônio líquido negativo, para uma empresa que presta serviços públicos, é uma situação patrimonial absolutamente inaceitável. Não por outra razão, tal como exemplificado pelos editais de concessões públicas às quais a EcoConcessões concorreu em 2013, é comum que o Poder Público exija um determinado valor de patrimônio líquido como demonstração de capacidade econômico-financeira dos licitantes.

A POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE ÁGIO JÁ AMORTIZADO NA CONTABILIDADE

Em relação à parcela ao ágio que já havia sido amortizada na contabilidade da EcoConcessões e passou a ser excluída na apuração do lucro real e da base de cálculo da Requerente após a cisão parcial da EcoConcessões, a Fiscalização alega, em essência, que (a) a lei tributária não autoriza a amortização fiscal do ágio já amortizado na contabilidade antes da confusão patrimonial entre investida e investidora; e (b) de acordo com o artigo 7º da Lei 9.532/97, o ágio por expectativa de rentabilidade futura passível de amortização fiscal seria aquele registrado nos balanços levantados posteriormente à incorporação (i.e., já descontado do saldo amortizado contabilmente antes desse evento).

Tais conclusões, assevera a impugnante, não merecem ser mantidas. Em relação ao ágio pago pela expectativa de rentabilidade futura, a Lei 9.532/97 dispôs que quando a pessoa jurídica que detiver investimento adquirido com ágio absorver o patrimônio da investida (ou viceversa) será possível amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja a alínea "b" do § 2º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 (expectativa de rentabilidade futura) nos balanços correspondentes à apuração do lucro real à razão de, no máximo, 1/60 (um sessenta avos) ao mês de cada período de apuração.

A impugnante afirma que essa regra foi editada em um contexto em que as empresas ainda tinham obrigação contábil de amortizar o ágio para fins de apuração do lucro líquido (§2º do artigo 14 da Instrução CVM nº 247, de 27.3.1996 - "ICVM 247/96").

Portanto, tornar-se-ia relevante entender se o direito introduzido pela Lei 9.532/97 seria afetado caso houvesse a amortização contábil do ágio ou, então, se a referida norma estabeleceu um novo regramento para fins de amortização do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura, que seria aplicável a todo e qualquer ágio (independentemente de sua amortização contábil prévia ou não).

A impugnante conclui que o argumento da fiscalização, em um contexto em que a regra contábil era a amortização do ágio para fins de apuração do lucro líquido, tornaria a regra tributária prevista na Lei 9.532/97 inócua, exigindo-se que houvesse a absorção patrimonial imediata do investimento para que houvesse aplicação do regime jurídico previsto na Lei 9.532/97.

A impugnante pontua que esse direito se volta às aquisições de participações societárias com ágio apurado segundo o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/97 que, por sua vez, exige o desdobramento do custo de aquisição "por ocasião da aquisição da participação". Portanto, conclui-se que o direito está vinculado ao ágio apurado na data da aquisição.

Dessa forma, a Requerente, ao passar a amortizar o ágio que estava registrado na Parte B do Lalur da EcoConcessões, está exercendo o seu direito previsto no inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/97. Qualquer entendimento no sentido contrário (i) implicaria a conclusão de que a regra prevista na Lei 9.532/97 seria inócua em um ordenamento societário que exigia a amortização contábil do ágio; e (ii) iria de encontro à finalidade da Lei 9.532/97, que buscou viabilizar a amortização do ágio em linha com o princípio da competência, diferindo-a ao longo do tempo em que se esperava a realização da lucratividade da sociedade adquirida.

E, além disso, assevera a impugnante, enquanto a Fiscalização argumenta que não há na Lei 9.532/97 uma autorização expressa para o aproveitamento fiscal do ágio já amortizado na contabilidade, fato é que também não há qualquer proibição nesse sentido. De fato, a Lei se refere apenas à possibilidade de amortização do ágio apurado por ocasião da aquisição do investimento. Ora, se a Lei não restringiu o direito da Requerente, não cabe à Fiscalização fazê-lo.

A impugnante informa que, quando do julgamento do Recurso Voluntário apresentado pela Requerente no Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, esse foi exato entendimento adotado no voto do relator, o I. Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Confira-se:

"Também discordo do Acórdão da DRJ com relação ao ponto de que a amortização contábil do ágio impediria o seu posterior aproveitamento fiscal. Ainda que conforme disposto no referido acórdão de que não há nenhum comando na Lei nº 9.532/97 que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, também não há dispositivo normativo em sentido inverso. Nesse sentido, entendo ser possível a exclusão dos montantes do ágio já amortizado contabilmente, desde que as demais regras da Lei n. 9.532/97 tenham sido seguidas.

Cumpra mencionar que no atual regime contábil, verifica-se, cada vez mais, esse distanciamento entre os efeitos contábeis do ágio e a sua amortização fiscal. Assim, embora esse seja o regime atual e não aplicável à época, fica o indício de que não há tal vinculação de forma obrigatória, até por falta de disposição expressa."

Resta demonstrado, aduz a impugnante, que a amortização contábil do ágio não obsta o seu posterior aproveitamento para fins fiscais sobretudo em razão da inexistência de qualquer previsão legal nesse sentido e do Direito de amortização fiscal do ágio apurado na aquisição do investimento, assegurado pela Lei 9.532/97.

A INADEQUAÇÃO DAS MULTAS

O DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA

A impugnante lembra que tendo em vista que a qualificação da multa foi fundamentada estritamente na suposta ausência de propósito negocial dessa operação, a demonstração de que a cisão parcial foi uma operação legítima e completamente justificável do ponto de vista negocial já impõe, por si só, o afastamento da multa qualificada. Em todo caso, há outras razões que também levam à mesma conclusão.

Da Impossibilidade jurídica de classificação da operação como fraude fiscal A impugnante ressalta que a caracterização da fraude depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Desse modo, a fraude se constata nos casos em que o contribuinte se vale de meios ilícitos para evitar a tributação ou reduzir o montante devido, como ocorre nos casos de falsificação de documentos, declarações falsas, contabilização de notas fiscais em duplicidade, etc.

Além disso, pontua a impugnante, um requisito indispensável para que haja caracterização da fraude é a demonstração, pela Fiscalização, de que o contribuinte tinha conhecimento do ilícito e tinha a vontade de enganar - o que a doutrina penalista chama de elemento intelectual e volitivo. Por elemento intelectual entende-se o conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do ilícito e, em consequência, do valor tutelado pela norma. O elemento volitivo significa a vontade de realizar a conduta contraposta pela norma penal.

A impugnante afirma que, nada disso ocorreu no presente caso. Em nenhum momento pretendeu-se realizar atos societários para "driblar" as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos. Todas as operações foram realizadas estritamente nos termos da Lei, comunicadas e aprovadas pelo Poder Concedente, devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas.

A impugnante lembra que isso foi reconhecido expressamente pelo CARF no julgamento do Recurso Voluntário apresentado pela Requerente nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, que afastou a qualificação da multa de ofício, a qual estava fundamentada exatamente nas mesmas alegações que foram apresentadas pela Fiscalização neste caso.

Além disso, pontua a impugnante, como mencionado anteriormente, a criação parcial da EcoConcessões em momento algum "criou" novo ágio ou permitiu que o Grupo EcoRodovias se beneficiasse de um ágio que, caso contrário, não seria amortizado. Todas as operações societárias foram motivadas por legítimos propósitos negociais. O ágio nunca foi a causa ou o fator determinante para nenhuma das operações, mas sim uma consequência legítima e natural de operações verdadeiras, praticadas nos termos da lei, entre partes reais.

Note-se, adiciona a impugnante, que a CSRF identificou que operações supostamente tidas como artificiais por ausência de propósito negociais, ainda que inoponíveis ao Fisco, não podem ser tidas, de forma automática, como sonegação, fraude ou conluio. Para tanto, deve ser demonstrado evidente intuito de sonegação, fraude ou conluio, o que nunca ocorreu no presente caso.

No presente caso, aduz a impugnante, tem-se, no máximo, uma divergência na interpretação da legislação pela Requerente/Grupo EcoRodovias e pela Fiscalização - o que não pode, em nenhuma hipótese, gerar a aplicação de uma multa qualificada.

Na realidade, aduz a impugnante, no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pela Fiscalização, pela Requerente e pelo Grupo EcoRodovias, a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada nos Autos de Infração deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas do artigo 112, incisos I e II, do CTN citadas acima.

Erro de proibição e dúvida relevante

Tal como exposto ao longo desta Impugnação, as operações atuadas no presente processo administrativo estão sendo reconhecidas pela atual jurisprudência administrativa como lícitas, cujos efeitos são oponíveis às Autoridades Fiscais. Há, inclusive, acórdão proferido pelo CARF (1201- 003.144) no qual, a partir da análise dos mesmos fatos, concluiu-se que não houve absolutamente nada de ilícito na conduta do Grupo EcoRodovias.

Dessa forma, também se considerada a interpretação que tradicionalmente vem sendo dada pela jurisprudência administrativa às operações praticadas pela Requerente, bem como o tratamento que se dá à figura do erro de proibição no Direito Tributário, resta

demonstrada a insubsistência da multa qualificada imposta pela Fiscalização no presente Processo Administrativo.

O princípio da proporcionalidade e o artigo 142 do CTN

Por fim, assevera a impugnante, que a aplicação de sanções deve sempre seguir o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme o artigo 2.º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784, de 29.1.1999 ("Lei 9.784/99"), que rege supletivamente o processo administrativo fiscal.

No mesmo sentido, o artigo 142 do CTN dispõe que no ato do lançamento, a Autoridade Administrativa, sendo o caso, poderá propor a aplicação da penalidade cabível.

O termo "propor" no artigo em referência deve ser entendido, pontua a impugnante, como a competência dada à autoridade fiscal para ponderar as situações objetivas e subjetivas da conduta praticada pelo contribuinte, de modo que possa ser feito um verdadeiro juízo de pertinência e de adequação da aplicação da penalidade, se for o caso.

A INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA POR SUPOSTA FALTA DE ANTECIPAÇÃO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS

Independentemente de se antes ou depois da publicação da Lei 11.488/07, o que deve ficar claro, afirma impugnante, é que a impossibilidade de aplicação simultânea da multa de ofício e da multa isolada decorre do chamado princípio penal da consunção, segundo o qual, como já consolidado na jurisprudência, quando a primeira conduta se afigura como mero meio para a obtenção do resultado previsto na segunda, a penalidade aplicável à segunda conduta necessariamente prevalece sobre a primeira.

Dessa forma, conclui a impugnante, não há que se falar em multa isolada por falta de pagamento de IRPJ/CSL por estimativa, após o encerramento do período-base com a devida apuração da base de cálculo do IRPJ/CSL, sobretudo quando aplicada em conjunto com a multa de ofício, tal como pretende impor a Fiscalização.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

A impugnante afirma serem válidos os argumentos de fato e de Direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela Requerente também para efeitos de recolhimento da CSL. Dessa forma, tendo demonstrado na presente

Impugnação a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSL.

Acórdão recorrido

Em sessão de 03/11/2021, a DRJ01 julgou improcedente a impugnação do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita (fls. 2065/2066 do *e-processo*):

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2016, 2017, 2018, 2019.

GLOSA DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO

Tendo o grupo econômico retornado à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação, comprova-se cabalmente que essa operação serviu tão somente para a dedução fiscal das despesas de ágio.

INCORPORAÇÃO. ÁGIO JÁ AMORTIZADO CONTABILMENTE NA INVESTIDORA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE

Considerando que as operações dolosamente engendradas pela contribuinte visaram reduzir o montante dos tributos devidos (o que caracteriza a fraude), correta a aplicação da multa qualificada.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO PADRÃO. CONCOMITÂNCIA.

À autoridade administrativa não é dada opção de não aplicar as leis vigentes. Ademais, as estimativas mensais configuram obrigações autônomas, que não se confundem com a obrigação tributária decorrente do fato gerador anual. Não há coincidência de motivação entre as penalidades, sendo distintas tanto as suas causas, quanto os seus fundamentos legais.

A DRJ01 se valeu basicamente da fundamentação jurídica constante do acórdão nº 16-83.283, proferido no processo administrativo nº 10980724.544/2016-01, que tinha por objeto o mesmo ágio, amortizado nos anos calendário de 2010 a 2015.

Naquele caso, a autoridade julgadora de primeira instância manteve a autuação fiscal por entender que a cisão parcial da EcoConcessões, seguida da incorporação do acervo cindido pelo contribuinte, em 29/12/2010, não tinha qualquer propósito negocial.

Vejamos então os fundamentos constantes do acórdão proferido pelo DRJ01 nos presentes autos (fls. 2104/2122 do *e-processo*):

Conforme relatado a Autoridade Fiscal entendeu glosar a amortização do ágio pelos seguintes motivos:

- i) Inexistência do demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição da participação societária;
- ii) Operação realizada entre partes relacionadas;
- iii) Impossibilidade de se atribuir o ágio à expectativa de rentabilidade futura no caso de participação societária conferida em aumento de capital da adquirente;
- iv) Ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pela própria investida, da participação societária adquirida com ágio;
- v) Não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida; e
- vi) Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação.

A impugnante, por sua vez, apresentou em conclusão (pedidos) as seguintes alegações:

“389.Em sede de preliminar, a Requerente demonstrou que, neste Processo Administrativo, a Fiscalização pretendeu adotar critérios jurídicos completamente distintos e incompatíveis com aqueles que foram adotados no Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, para questionar os mesmos fatos. As premissas adotadas em cada caso são manifestamente incompatíveis entre si, e, portanto, é juridicamente impossível que ambas as autuações coexistam. Considerando que os Autos de Infração objeto do Administrativo nº 10980724.544/2016-01 encontravam-se válidos e eficazes no momento de lavratura dos Autos de Infração deste Processo Administrativo, em razão dos princípios da legalidade e segurança jurídica, bem como pela auto vinculação da Administração Pública à motivação de lançamento tributário já existente, esta I. DRJ deve reconhecer a nulidade absoluta do Autos de Infração ora impugnados e, conseqüentemente, cancelar a exigência fiscal discutida no presente Processo Administrativo

388. No mérito, pode-se concluir que:

(i) Viabilidade jurídica de "transferência" do ágio: a correta análise da legislação aplicável, bem como a jurisprudência administrativa atual, ratificada pela CSRF, indicam que a transferência de investimento adquirido com ágio entre sociedades do mesmo grupo não invalida o aproveitamento do ágio, desde que (a) na origem, tenham sido cumpridos os requisitos previstos em lei para a amortização fiscal do ágio; e (b) as operações societárias tenham sido motivadas por legítimos propósitos negociais.

(ii) Preenchimento de todos os requisitos previstos em Lei para a amortização fiscal ágio: todos os requisitos legais para a amortização do ágio foram preenchidos: (a) houve efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento de ágio; (b) o investimento na Requerente foi avaliado por meio do método de equivalência patrimonial, e o custo de aquisição desdobrado entre patrimônio líquido e ágio por expectativa de rentabilidade futura, nos termos da legislação aplicável; (c) a fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da Requerente, a qual esteve respaldada em laudo de avaliação elaborado por peritos independente especificamente para este fim; e (d) houve confusão patrimonial entre investida e investidora. O preenchimento de todos esses requisitos já foi inclusive reconhecido nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01, tanto pelo CARF quanto pela decisão de primeira instância

(iii) Existência de demonstrativo do fundamento econômico do ágio: o laudo de avaliação da expectativa de rentabilidade futura da Requerente juntado aos autos é perfeitamente aplicável para a fundamentação do ágio apurado por ocasião da contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 26.9.2008. Não há na legislação aplicável qualquer exigência quanto ao momento de elaboração do demonstrativo do fundamento econômico do ágio. Além disso, a Fiscalização não questionou o estudo econômico contido no laudo, e tampouco a idoneidade ou qualificação dos profissionais que o elaboraram. Em momento algum foi demonstrado, por exemplo, que alguma das premissas que fundamentaram o laudo teriam deixado de ser aplicáveis ao tempo da operação. A Fiscalização apenas presumiu que o laudo elaborado anteriormente não poderia ser utilizado para respaldar a expectativa de rentabilidade futura da Requerente, sem que tenham sido apresentados quaisquer fatos para subsidiar essa alegação.

(iv) A possibilidade de atribuição do ágio à expectativa de rentabilidade futura em operação de aumento de capital. Não procede o entendimento de que "não há espaço para o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura nos casos em que a participação societária é conferida em aumento de capital", uma vez que (a) não há na legislação aplicável qualquer regra que proíba a fundamentação do ágio apurado em operação de aumento de capital na expectativa de rentabilidade futura do investimento

contribuído; (b) o laudo de avaliação da expectativa de rentabilidade futura da Requerente nunca foi questionado pela Fiscalização; e, além disso, de acordo com o entendimento das próprias Autoridades Fiscais vigente à época dos fatos (SC 3/16) (b.1) não há qualquer ordem de preferência entre os fundamentos econômicos do ágio previstos no Decreto-Lei 1.598/77 (i.e., a expectativa de rentabilidade futura não é um fundamento "residual"); (b.2) a expectativa de rentabilidade futura não se confunde com os benefícios advindos do fundo de comércio, intangíveis, etc., e tampouco com eventuais benefícios decorrentes da mais valia de ativos da investida; e (b.2) para fins da determinação do fundamento econômico do ágio, deve ser aplicado o princípio da especialidade, de forma que, dentre os possíveis fundamentos econômicos do ágio previstos na legislação, deverá ser indicado aquele cuja descrição melhor se subsuma ao caso específico do contribuinte, tal qual a expectativa de rentabilidade futura da Requerente no presente caso.

(v) A substância econômica e o propósito comercial das operações: todas as operações societárias que antecederam o aproveitamento fiscal do ágio foram motivadas por legítimos propósitos comerciais e dotadas de substância econômica. Cada uma das operações foi uma reação ou preparação do Grupo EcoRodovias para um cenário econômico específico, tudo foi documentado e aprovado pelo Poder Público e, ainda, cada etapa gerou consequências econômicas efetivas, que vão muito além do aproveitamento de qualquer redução de carga tributária. O aproveitamento fiscal do ágio pela Requerente foi uma mera consequência – e nunca a causa - de atos praticados em estrita observância da legislação aplicável, dotados de inquestionável substância econômica e propósitos comerciais.

A aquisição da Requerente pela Ecorodovias Holding em 7.2.2008, bem como a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 26.8.2009 sequer tiveram seus propósitos comerciais questionados pela Fiscalização. A legitimidade dessas operações, portanto, é um fato incontroverso neste Processo Administrativo.

A cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010 teve como finalidades (a) evitar que o patrimônio líquido da Requerente permanecesse negativo, em razão da adoção obrigatória do ICPC 01; e (b) melhorar a alocação de dívida e capital entre as empresas operacionais do Grupo EcoRodovias, por meio da transferência da dívida (mútuo) que a EcoConcessões possuía com a EcoRodovias Holding.

A contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões em 30.3.2012 ocorreu mais de um ano após a cisão parcial e (a) não restabeleceu o status quo anterior à cisão parcial; (b) é evento muito posterior à cisão parcial, e que certamente não pode ser utilizado para questionamento do propósito comercial da operação anterior; e (c) foi

dotada de propósitos negociais autônomos e não relacionados à cisão parcial da EcoConcessões, quais sejam : (c.1) aumentar o patrimônio líquido da EcoConcessões para viabilizar a participação de concorrências públicas em 2013 que exigiam valores mínimos de patrimônio líquido; (c.2) alocar o fluxo de dividendos da Requerente à EcoConcessões, para refinanciamento da dívida (emissão de novas debentures); (c.3) segregar da exploração dos segmentos rodoviário e portuário dentro do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (c.4) garantir ao Poder Concedente (por meio do DER/PR) que o desinvestimento do Grupo Impregilo (alienação da participação societária detida na EcoRodovias Holding) não acarretaria alteração do controle societário sobre a Requerente.

(vi) A amortização contábil do ágio não inviabiliza sua amortização fiscal. A glosa da parcela de ágio já amortizada na contabilidade da EcoConcessões e transferida à Requerente por meio da cisão parcial não merece prosperar, pelos seguintes motivos: (a) a leitura do caput do artigo 7º da Lei 9.532/97 deixa claro que o ágio que poderá ser amortizado é aquele "apurado" nos termos do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, isto é, "por ocasião da aquisição da participação", e não o ágio registrado na contabilidade; (b) se assim não o fosse, considerando que à época em que a Lei 9.532/97 foi editada a regra contábil exigia a amortização contábil do ágio, a regra fiscal seria completamente inócua; e (c) não há na legislação aplicável qualquer vedação quanto ao aproveitamento fiscal do ágio já amortizado na contabilidade.

391. Quanto às multas, pode-se concluir que:

(i) Descabimento da multa qualificada: a multa qualificada de 150% foi fundamentada estritamente na suposta ausência de propósitos negociais na cisão parcial da EcoCataratas. Portanto, a demonstração de que a cisão parcial foi uma operação legítima e completamente justificável do ponto de vista comercial já impõe, por si só, o afastamento da multa qualificada. Além disso, essa penalidade somente poderia ser imposta em caso de comprovação inequívoca da prática de fraude (o que pressupõe comprovação de dolo específico de praticar a conduta fraudulenta). Nada disso foi demonstrado pela Fiscalização. Todas as operações foram realizadas estritamente nos termos da Lei, comunicadas e aprovadas pelo Poder Concedente (por meio do DER/PR), devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas. Não houve absolutamente nada de ilícito, e tampouco qualquer intensão de lesar terceiros.

A impossibilidade de aplicação da multa qualificada a este caso já foi, inclusive, reconhecida expressamente pelo CARF nos autos do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01; e

(ii) Inaplicabilidade da multa isolada de 50%. A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ/CSL devidos, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Quando o Fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ/CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência (vide Súmula 105 e precedentes recentes da CSRF, bem como precedentes do STJ) que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a multa de ofício.

392. Com base em todo o exposto, a Requerente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência dos Autos de Infração, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

393 Assim sendo, a Requerente pleiteia o acolhimento integral da presente Impugnação e o imediato cancelamento integral dos Autos de Infração em tela (principal, multas e juros), com o conseqüente arquivamento do Processo Administrativo.

394 A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, § 4.º, alínea "a" do Decreto 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

PRELIMINAR

A impugnante lembra que o ágio que está sendo questionado pela Fiscalização nestes autos (dedução das despesas de amortização do ágio no período de 2016 a 2019) também já foi questionado no passado, por meio do Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01 (dedução das despesas de amortização do mesmo ágio, no período de 2010 a 2015).

No entanto, assevera a impugnante, que a acusação fiscal no Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01 estava pautada em premissas fundamentalmente distintas e incompatíveis com as que foram arguidas neste caso.

A impugnante afirma que o elemento central daquela autuação não foi a legitimidade do ágio em si, mas sim a forma pela qual esse ágio foi "transferido" para a Requerente.

Esse fator é relevante porque, ao longo do TVF daquele processo administrativo, a Fiscalização reconheceu expressamente que o ágio apurado na aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding seria o mesmo ágio que, em momento posterior, passou a ser aproveitado pela própria Requerente.

Também foi reconhecido naquele TVF que o ágio decorreu de operação entre partes não relacionadas, estava de fato fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente e que esse fundamento econômico havia sido devidamente comprovado por meio do demonstrativo elaborado por ocasião da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding.

A impugnante pontua que, no presente Processo Administrativo a Fiscalização pretende questionar um outro ágio, formado em outra operação. De fato, a premissa central dos Autos de Infração ora impugnados é que o ágio apurado na aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding não poderia, em hipótese alguma, ser o mesmo ágio que foi posteriormente aproveitado pela Requerente.

E por considerar que o ágio aproveitado pela Requerente teria sido originado quando da contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, a Fiscalização desenvolveu o raciocínio de que o ágio seria ilegítimo por ter sido originado em uma operação entre partes relacionadas, e que não teria sido elaborado um demonstrativo do fundamento econômico desse segundo ágio.

A impugnante assevera ser absolutamente inconcebível que, em um momento, a Fiscalização reconheça que o ágio é legítimo, foi gerado entre partes não relacionadas e estava devidamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente e, simultaneamente (os Autos de Infração do Processo Administrativo nº 10980724.544/2016-01 ainda não foram cancelados, razão pela qual, para todos os efeitos, a Fiscalização está suportando ambas as linhas de raciocínio ao mesmo tempo), alegue que o ágio não foi legítimo, foi gerado entre partes relacionadas, e não tinha nenhum fundamento econômico.

Ressalta a impugnante: de lá para cá, nada mudou e nenhum novo documento foi apresentado no âmbito da fiscalização que justificasse a alteração do entendimento da Fiscalização. O ágio é o mesmo, as operações que deram causa ao ágio são as mesmas, a legislação é a mesma, e o contribuinte permanece sendo a Requerente. Não houve uma alteração sequer no cenário fático da discussão, e tampouco nas normas aplicáveis. A única alteração que pode ser apontada é estritamente temporal.

Nesse sentido, suscita nulidade de acordo com o artigo 146 do CTN que determina a revisão do lançamento não pode ser efetuada em decorrência de eventual mudança nos critérios jurídicos adotados.

Pois bem, na verdade, estamos diante de um dilema. Contudo, de pronto, entende-se que este dilema deve ser resolvido no mérito.

Quanto a suscitada mudança de critério jurídico, temos:

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

De acordo com a norma acima, não é considerada mudança de critério jurídico se a alteração de entendimento for para fatos geradores posteriores.

Portanto, não houve mudança de critério jurídico no lançamento aqui atacado, pois os fatos geradores são de 2016 a 2019, diferentes do outro PAF que tinha fatos geradores de 2010 a 2015.

Por outro lado, houve mudança no entendimento dos fatos que levaram a formação do ágio, agora, em 2 processos diferentes a fiscalização exara duas visões diferentes sobre os mesmos fatos.

Como dito, estas questões de como se formou o ágio será objeto de análise de mérito.

Dessa forma, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

O DIREITO

A impugnante afirma que a premissa central dos Autos de Infração ora impugnados é que o ágio apurado quando da aquisição da Requerente pela EcoRodovias Holding não é o mesmo ágio que foi posteriormente aproveitado pela Requerente.

Isso porque, no entendimento da Fiscalização, a contribuição do investimento na Requerente em aumento de capital da EcoConcessões teria exaurido toda e qualquer possibilidade de aproveitamento do ágio apurado na operação anterior (aquisição da Requerente), e nessa operação teria sido originado um novo ágio, o qual não poderia ser aproveitado por não cumprir os requisitos previstos em lei para tanto.

Pois bem, conforme relatado em 07/02/2008, a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS (fiscalizada), representado por 41.849.000 ações ordinária. A aquisição foi concretizada pelo valor de R\$ 426.514.438,10. A adquirente registrou ágio no montante de R\$ 375.608.461,40.

Em 26/08/2009, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada (ECOCATARATAS) para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta, tendo sido elaborado laudo de avaliação para fins do disposto no art. 8º da Lei nº 6.404/1976.

Como a transferência das ações se deu por valor superior ao patrimônio líquido da ECOCATARATAS, houve registro do ágio pela nova titular da participação societária, a ECOCONCESSÕES.

Em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES sofreu cisão parcial e o patrimônio cindido foi incorporado pela fiscalizada (ECOCATARATAS). O acervo vertido consistiu no investimento que a ECOCONCESSÕES detinha na própria ECOCATARATAS (aí incluído o valor do ágio) e o passivo decorrente de contrato de mútuo celebrado um mês antes, entre a ECOINFRAESTRUTURA (mutuante) e a ECOCONCESSÕES (mutuária).

Os ativos e o passivo cindidos foram avaliados pelo valor contábil de R\$ 272.786.976,00, verificado na data-base de 30/11/2010, conforme laudo acostado às fls. 702 a 705. O acervo líquido contábil incorporado pela ECOCATARATAS foi avaliado em R\$ 249.619.261,00, correspondente ao valor dos ativos e passivo vertidos, reduzido do investimento da ECOCONCESSÕES na ECOCATARATAS.

Assim, o ágio verificado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido, haja vista ter ocorrido a incorporação reversa do investimento.

A partir de dezembro/2010, após a incorporação do acervo cindido, a ECOCATARATAS passou amortizar o ágio, inclusive para fins tributários, conforme previsto no art. 7º, III, e art. 8º, "b", da Lei nº 9.532/1997.

A fiscalização entendeu que, o ágio cuja amortização fiscal é pretendida decorre da operação realizada em agosto/2009, quando a ECOCONCESSÕES recebeu as ações de emissão da ECOCATARATAS em integralização de capital. Trata-se de uma nova aquisição, aduz a fiscalização, que não poderia ser confundida com a operação anterior, ocorrida em fevereiro/2008, na qual a ECOINFRAESTRUTURA havia adquirido o controle da fiscalizada junto a terceiros.

Assevera a fiscalização, a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros teria se exaurido na operação de aumento de capital da ECOCONCESSÕES.

Então, precisamos definir juridicamente se o ágio foi gerado em 07/02/2008, quando ECOINFRAESTRUTURA adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS (fiscalizada), ou em 26/08/2009, quando ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada (ECOCATARATAS) para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta.

Conforme relatado o acórdão nº 16-83.283, da 5ª Turma da DRJ/SPO enfrentou o mesmo tema para amortizações realizadas nos anos calendários de 2010 até 2015.

Naquele processo a fiscalização asseverou que a ECOCATARATAS foi adquirida, em 07/02/2008, pela ECOINFRAESTRUTURA, sendo que o valor patrimonial do investimento era de R\$ 50,9 milhões, enquanto o ágio pago na operação foi de R\$ 375,6 milhões.

Naquele processo a fiscalização asseverou que a ECOINFRAESTRUTURA foi o investidor original, a ECOCONCESSÕES funcionou como empresa veículo e a ECOCATARATAS foi o investimento.

A fiscalização, naquele processo, afirmou que em 26/08/2009, a ECOINFRAESTRUTURA integralizou capital na ECOCONCESSÕES mediante a transferência do controle acionário da ECOCATARATAS, e, nessa operação, o ágio gerado na aquisição da ECOCATARATAS foi transferido.

Quanto a formação do ágio o acórdão nº 16-83.283 da Egrégia 5ª Turma asseverou:

Da confusão patrimonial

Inicialmente, cumpre observar que, numa primeira análise, foram preenchidos os requisitos para a dedução do ágio pela contribuinte, ou seja:

- Houve a efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio;
- O investimento na ECOCATARATAS foi avaliado por meio do MEP;
- A fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, fato este não contestado pela fiscalização;
- Houve a incorporação pela ECOCATARATAS de parte cindida da ECOCONCESSÕES que detinha o ágio (incorporação "às avessas", prevista no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99).

Quando a fiscalização exige a "confusão patrimonial", está, na realidade, exigindo que a beneficiária da amortização do ágio seja quem suportou originariamente esse ônus, ou seja, a adquirente da participação societária. Em suma, a fiscalização não admite a "transferência" do ágio.

Coloco entre parêntesis o termo "transferência" porque, **ao contrário do que possa parecer, o que ocorreu não foi a transferência para a ECOCONCESSÕES do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA na aquisição da ECOCATARATAS, mas uma nova transação, envolvendo a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES**, na qual a ECOINFRAESTRUTURA efetuou um aporte de capital na ECOCONCESSÕES, transferindo-lhe sua participação na ECOCATARATAS, por um valor superior ao contábil, ou seja, com ágio.

Se a ECOCONCESSÕES recebeu, por aumento de capital, a participação na ECOCATARATAS por um valor superior ao patrimônio líquido dessa empresa, é evidente que a diferença corresponde a um ágio, que teria sido "pago" pela ECOCONCESSÕES na transação.

Assim, há que se considerar como adquirente da ECOCATARATAS a ECOCONCESSÕES, havendo, portanto, a "confusão patrimonial" exigida pela fiscalização.

Destaque-se que essa "transferência" é perfeitamente válida, "equivalendo" a uma operação efetuada, para todos os efeitos, em 2 etapas: primeiramente há um aumento de capital na ECOCONCESSÕES por parte da ECOINFRAESTRUTURA, em dinheiro; posteriormente, ato contínuo, a ECOCONCESSÕES, com esse mesmo dinheiro, adquire de terceiros independentes, com ágio, a ECOCATARATAS. (Negrito)

Se é certo que não há uma norma expressa autorizando a "transferência" de ágio, também é certo que não há uma norma proibindo essa "transferência", que decorre de uma análise lógica das transações. Reitera-se: não ocorreu propriamente a "transferência" para a ECOCONCESSÕES do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA, mas uma nova transação, envolvendo essas 2 empresas. (negrito)

Isso também demonstra que a ECOCONCESSÕES não pode ser considerada mero veículo para a "transferência" do ágio.

A expressão "empresa-veículo" é utilizada em planejamentos tributários efetuados entre empresas do mesmo grupo econômico, onde essas empresas, de existência efêmera e sem qualquer propósito comercial, "adquirem" com ágio (da controladora ou outra empresa do mesmo grupo), o controle de outra empresa (recentemente reavaliada), geralmente por conferência de ações, sem qualquer real dispêndio, para suposto aumento de capital da adquirente, antes delas próprias serem incorporadas.

Esse tipo de operação se realiza seqüencialmente, transferindo, sucessivamente, os ágios gerados em cada incorporação, para a empresa final (real controladora do grupo), que, assim, obtém ágio contábil para amortização, sem haver despendido qualquer valor em aquisições. Em geral, o controle acionário do grupo antes e após esse tipo de operação não é alterado, voltando à situação original após o término da seqüência de operações.

Outra situação passível de se utilizar "empresa-veículo" ocorre quando dois grupos econômicos distintos, ou duas empresas, resolvem negociar um bem com ágio, ocultando o ganho de capital, auferido pela vendedora. As duas empresas participantes criam uma "empresa-veículo", onde uma delas entra com o valor previamente acertado para aumentar o capital e outro com o bem, já reavaliado. Imediatamente após essa operação, a "empresa-veículo" que recebeu o aumento de capital é cindida e em geral extinta, por "diferenças irreconciliáveis", e o grupo econômico que entrou com o bem sai da sociedade com o numerário trazido pelo segundo grupo e este com o bem que pretendia adquirir. Esse tipo de planejamento era comumente denominado de "casa e separa".

Grandes grupos econômicos efetuaram várias dessas operações até meados de 2005 quando a Receita Federal começou a glosar sistematicamente esse tipo de operação que embora fosse "legal" em cada uma de suas partes, no todo caracterizava abuso de direito. Atualmente esse tipo de planejamento praticamente terminou porque tanto as Delegacias de Julgamento quanto o CARF têm, sistematicamente, negado a amortização de ágio criado nessas circunstâncias e tributado o ganho de capital de operações "casa e separa".

No caso em tela, no entanto, a expressão "empresa-veículo" não pode ser empregada no sentido usado pela fiscalização, ou seja, no sentido dos planejamentos financeiros habituais, descrito acima. Aliás, conforme reconhecido pela própria fiscalização, a ECOCONCESSÕES é uma sociedade operacional, com empregados, receitas e despesas próprios.

Dessa forma, por todo o exposto, não subsiste esse argumento da fiscalização.

Dessa forma, resta claro que tanto a fiscalização naquele processo entendeu que o ágio foi formado em 07/02/2008, quando ECOINFRAESTRUTURA adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS (fiscalizada), quanto a 5ª Turma da DRJ/SPO. Esta última entendeu, inclusive, não haver problemas na transferência do referido ágio.

A propósito, o acórdão nº 16-83.283 da Egrégia 5ª Turma, teve como conclusão em relação ao ágio que só foi mantido pela falta de propósito negocial das operações, a saber:

Da conclusão

Em que pese serem improcedentes os argumentos da fiscalização acerca (1) da existência de confusão patrimonial; (2) da duplicidade de utilização do ágio e (3) do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, diante da flagrante inexistência de propósito negocial quanto à cisão parcial da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida, que visaram unicamente a economia de tributos, há que se considerar procedente a Infração 1 (Adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL). (negrito)

Agora nestes autos com os mesmos fatos a fiscalização afirma que o ágio foi formado em outro momento.

Talvez a confusão tenha se dado devido ao acórdão nº 1201-003.144, de 18 de setembro de 2019, da 2ª Câmara/ 1ª Turma ordinária que analisou o recurso da decisão da 5ª Turma da DRJ/SPO, e, que assim decidiu:

Todavia, a ECOINFRAESTRUTURA alienou as ações da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES. Nesse momento, adimpliu a condição estipulada no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e fez surgir o direito de pagar menos tributos diante de eventual ganho de capital nessa alienação. Portanto, o chamado "ágio", a expectativa de direito condicionada de que falamos, se consumou e se exauriu nesse momento. Com isso, entendo que a ECOCONCESSÕES não adquiriu o "ágio" da ECOINFRAESTRUTURA, pois esse se exauriu no momento em que as ações da ECOCATARATAS foram alienadas para ela.

Portanto, se a ECOCONCESSÕES contabilizou um ágio na aquisição das ações da ECOCATARATAS, este não pode ser o mesmo que surgiu quando a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu as mesmas ações.

Tratando-se de uma nova aquisição, o ágio que possa surgir na operação também é novo e deve atender aos requisitos legais: efetivo pagamento, partes não relacionadas e avaliação legítima. Nenhum desses requisitos foi satisfeito pela ECOCONCESSÕES, de forma que esta não adquiriu a expectativa de direito de que se tem tratado e a absorção patrimonial que se seguiu não fez surgir o direito reclamado pelo recorrente.

Diante do exposto, entendo que o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a dedução do ágio amortizado, conforme apontado pela fiscalização, sendo devida a glosa laborada pela fiscalização.

Ou seja, o voto vencedor do acórdão da 1ª Turma aparentemente mudou o fundamento do lançamento, para exigir requisitos não exigidos pela fiscalização, e para manter a exação.

Ademais, era um recurso voluntário e a matéria devolvida era somente se houve ou não houve o propósito negocial, matéria mantida na DRJ.

Devido a isso a fiscalização achou por bem quando do lançamento destes autos seguir a orientação exarada no voto vencedor citado.

A impugnante entende que deveria ser cancelado todo o lançamento, haja vista o fundamento jurídico da formação do ágio estar errado, no entanto, seguiremos o julgamento entendendo que o momento do fato gerador não é a da formação do ágio, mas sim quando da amortização fiscal, pois, de fato o lançamento se rege pelo fato gerador que só ocorre com a amortização. Irrelevante, quando da formação do ágio.

Importante pontuar a legitimidade de transferência de ágio em tese, atividade comum nas reorganizações societárias, e, assim, nos processos administrativos. O que se discute é se a transferência do ágio é artificial/falsa ou não. Há diversos precedentes nas DRJs e no CARF quando a legitimidade em tese da transferência.

Então, vamos verificar quais fundamentos dos presentes lançamentos subsistem diante do entendimento de que o ágio se formou em 07/02/2008, quando a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS (fiscalizada), representado por 41.849.000 ações ordinária.

Repassando a fiscalização atribuiu os seguintes motivos para a glosa do ágio:

i) Inexistência do demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição da participação societária;

- ii) Operação realizada entre partes relacionadas;
- iii) Impossibilidade de se atribuir o ágio à expectativa de rentabilidade futura no caso de participação societária conferida em aumento de capital da adquirente;
- iv) Ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pela própria investida, da participação societária adquirida com ágio;
- v) Não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida; e
- vi) Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação.

Observa-se que os itens i, ii, iii são relacionados diretamente ao momento na qual a fiscalização nestes autos entendeu como ocorrido a formação do ágio, ou seja, em 26/08/2009, quando ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada (ECOCATARATAS) para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta.

Então, não servem como argumentos para o momento da formação do ágio aqui tratado.

O argumento iv da falta de propósito negocial foi baseado na percepção da fiscalização de que em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA novamente transferiu as ações de emissão da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES em subscrição de capital.

Essa operação teria acabado revertendo os efeitos societários da cisão parcial/incorporação levada a cabo em 29/12/2010.

Pois bem, na verdade, na estrutura organizacional do Grupo EcoRodovias, a posição da ECOCATARATAS voltou a ser aquela de outrora: uma controlada direta da ECOCONCESSÕES. Porém, diferentemente do momento anterior, a fiscalizada pôde então se utilizar da amortização fiscal do ágio. A fiscalização pontuou que entre 2016 e 2019, a operação propiciou à ECOCATARATAS uma redução de cerca de 39% do IRPJ e CSLL.

Esta fundamentação se coaduna com a posição adotada de que o ágio foi construído em 07/02/2008.

A impugnante afirma que a operação foi realizada mais de quinze meses após a cisão parcial da EcoConcessões, em 29.12.2010, e que não guardaria qualquer relação com o aproveitamento fiscal do ágio - a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, em 30.3.2012.

A impugnante relata dificuldade prática em compreender o racional da Fiscalização, no sentido de como é que o propósito negocial de uma operação (i.e., sua causa), pode ser aferido a partir de uma outra operação, realizada mais de quinze meses após a primeira?

A impugnante assevera que os propósitos negociais foram os seguintes: (i) aumentar o patrimônio líquido da EcoConcessões para viabilizar a participação de concorrências públicas em 2013 que exigiam valores mínimos de patrimônio líquido; (ii) alocar o fluxo de dividendos da Requerente à EcoConcessões, para refinanciamento da dívida (emissão de novas debentures); (iii) segregar a exploração dos segmentos rodoviário e portuário dentro do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (iv) garantir ao Poder Concedente (na pessoa do DER/PR) que o desinvestimento do Grupo Impregilo (alienação da participação societária detida na EcoRodovias Holding) não acarretaria alteração do controle societário sobre a Requerente.

O acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO enfrentou a questão robustamente, a saber:

Do propósito negocial

As operações efetuadas pelo Grupo Ecorodovias envolveram 3 passos principais, a seguir sintetizados:

1. Aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA;
2. Aporte de capital da ECOINFRAESTRUTURA na ECOCONCESSÕES, transferindo-lhe sua participação na ECOCATARATAS; e
3. Cisão parcial da ECOCONCESSÕES, com a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida.

Com relação ao primeiro passo, quase nada há que se contestar.

O Grupo EcoRodovias decidiu expandir a sua atuação no segmento de concessões rodoviárias no Brasil e, nesse contexto, adquiriu, de terceiros independentes, a ECOCATARATAS. E nada mais natural que essa aquisição tenha sido efetuada pela holding do Grupo, a ECOINFRAESTRUTURA.

O terceiro passo foi o contestado pela fiscalização.

Conforme relatado, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR solicitou à ECOCATARATAS a apresentação de justificativa para a incorporação realizada em 29/12/2010.

Em resposta, por meio da correspondência de fls. 876/878, a contribuinte informou que, em virtude da adoção dos padrões contábeis impostos pela legislação contábil em vigor a partir de 2008, necessária após a edição da Interpretação Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 1 - ICPC 01, de 2009, sofreu efeito contábil negativo no valor de R\$ 59,8 milhões para o balanço de abertura de 2010, resultando em um patrimônio líquido negativo de R\$ 12,6 milhões.

Nessa correspondência, informou também que, com o objetivo de anular o efeito patrimonial negativo e permitir que a empresa continuasse apresentando uma situação patrimonial condizente com suas atividades, o Grupo Ecorodovias decidiu implementar a reorganização societária em foco. Aduz, ainda, que a data-base da operação foi 30/11/2010, mas que, em que pese o patrimônio líquido da empresa, naquela data, já apresentar o valor positivo de R\$ 23,1 milhões, esse valor encontrava-se bem inferior ao capital social da concessionária, que era de R\$ 41,8 milhões.

Por fim, informou a contribuinte, em sua correspondência, que a operação teve por objetivo primordial o fortalecimento da situação patrimonial da ECOCATARATAS mediante a transferência de investimento que, ao longo do prazo remanescente da concessão, permitiria o melhor aproveitamento do fluxo de caixa livre da empresa operacional.

(...)

Ocorre que, independentemente dessa discussão, há um fato relevante que põe por terra qualquer pretensão da contribuinte de justificar a existência de propósito negocial dessa operação (cisão parcial / incorporação), que permitiu à ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio.

Com a cisão parcial da ECOCONCESSÕES (esquema 1 abaixo) e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida (esquema 2 abaixo), em dezembro de 2010, a ECOCATARATAS passou a ser 100% controlada diretamente pela ECOINFRAESTRUTURA, conforme consta nas DIPJs da ECOINFRAESTRUTURA dos anos-calendário de 2010 e 2011 (Ficha 62 - Participação Permanente em Coligadas ou Controladas), ora anexadas aos autos, e na DIPJ da ECOCATARATAS do ano-calendário de 2011 (Ficha 60 - Identificação de Sócios ou Titular), fls. 395/435.

(...)

Volta-se, assim, à mesma estrutura de 07/02/2008, quando a ECOCATARATAS foi adquirida pela ECOINFRAESTRUTURA

No entanto, em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA subscreveu / integralizou ações da ECOCONCESSÕES, utilizando a totalidade de sua participação na ECOCATARATAS, conforme Ata da Reunião do Conselho de Administração da ECOINFRAESTRUTURA e Ata da Assembléia Geral Extraordinária da ECOCONCESSÕES, ora anexadas aos autos.

Repete-se a mesma operação efetuada em 26/08/2009, quando a ECOINFRAESTRUTURA já havia integralizado capital na ECOCONCESSÕES mediante a transferência do controle acionário da ECOCATARATAS.

Dessa forma, a ECOCATARATAS passou a ser, novamente, 100% controlada diretamente pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial / incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

(...)

Assim, comprova-se cabalmente que a cisão parcial da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida serviu tão somente para a ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio, sem nenhum outro propósito negocial.

Como vimos, a cisão parcial da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida serviu tão somente para a ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio.

Pois em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA subscreveu/integralizou ações da ECOCONCESSÕES, utilizando a totalidade de sua participação na ECOCATARATAS. Repetiu-se a mesma operação efetuada em 26/08/2009, quando a ECOINFRAESTRUTURA integralizou capital na ECOCONCESSÕES mediante a transferência do controle acionário da ECOCATARATAS.

Destarte, a ECOCATARATAS passou a ser 100% controlada pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

A fiscalização quanto ao tema sacramentou:

As circunstâncias narradas no tópico 5.6 deste TVT evidenciam que a conduta em questão não se deu por mero engano. Pelo contrário, a administração do Grupo EcoRodovias atuou de forma deliberada para criar artificialmente as condições que pretensamente permitiriam deduzir, para fins fiscais, as despesas de amortização do ágio. O resultado, como visto, não foi nada desprezível. Entre 2016 e 2019, o artifício propiciou à ECOCATARATAS uma redução de cerca de 39% dos tributos incidentes sobre o lucro.

Assim, a fiscalização entendeu que a operação foi produzida artificialmente. E, pelo que se reuniu nestes autos, realmente foi uma operação artificial.

Portanto, a glosa das amortizações por artificialidade da conduta deve ser mantida.

Quanto ao argumento (v) “Não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida”; este argumento também foi baseado na premissa de que o ágio foi formado depois em 26/08/2009, por isso a fiscalização entendeu que não teria havido confusão patrimonial, contudo, a confusão é cristalina, como bem asseverou a acórdão da DRJ citado, a saber:

Da confusão patrimonial

Inicialmente, cumpre observar que, numa primeira análise, foram preenchidos os requisitos para a dedução do ágio pela contribuinte, ou seja:

- Houve a efetiva aquisição de participação societária entre partes independentes, com o pagamento do ágio;
- O investimento na ECOCATARATAS foi avaliado por meio do MEP;
- A fundamentação do pagamento do ágio foi a expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida, fato este não contestado pela fiscalização;
- Houve a incorporação pela ECOCATARATAS de parte cindida da ECOCONCESSÕES que detinha o ágio (incorporação "às avessas", prevista no artigo 386, § 6º, inciso II, do RIR/99).

Quando a fiscalização exige a "confusão patrimonial", está, na realidade, exigindo que a beneficiária da amortização do ágio seja quem suportou originariamente esse ônus, ou seja, a adquirente da participação societária. Em suma, a fiscalização não admite a "transferência" do ágio.

Coloco entre parêntesis o termo "transferência" porque, ao contrário do que possa parecer, o que ocorreu não foi a transferência para a ECOCONCESSÕES do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA na aquisição da ECOCATARATAS, mas uma nova transação, envolvendo a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES, na qual a ECOINFRAESTRUTURA efetuou um aporte de capital na ECOCONCESSÕES, transferindo-lhe sua participação na ECOCATARATAS, por um valor superior ao contábil, ou seja, com ágio.

Se a ECOCONCESSÕES recebeu, por aumento de capital, a participação na ECOCATARATAS por um valor superior ao patrimônio líquido dessa empresa, é evidente que a diferença corresponde a um ágio, que teria sido "pago" pela ECOCONCESSÕES na transação.

Assim, há que se considerar como adquirente da ECOCATARATAS a ECOCONCESSÕES, havendo, portanto, a "confusão patrimonial" exigida pela fiscalização

(...)

Ou seja, mesmo que a fiscalização entendesse como no processo anterior teria havido a confusão patrimonial.

Portanto, essa argumentação também está afastada.

Quanto a (vi) argumentação "Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação".

Primeiramente observa-se que da mesma forma de que na argumentação anterior (e as argumentações i, ii,iii), esta aqui não terá efeito no resultado do julgamento, pois ele já foi mantido pela conduta artificial decorrente da argumentação vi.

No entanto, convém enfrentar, até porque tanto no acórdão da DRJ como no acórdão do CARF, data vênua, essa matéria não foi enfrentada de forma conclusiva.

O acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO a respeito do tema dispôs:

Isso porque não há nenhum comando na Lei nº 9.532/97 que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, nem que possa dar a entender que as amortizações registradas contabilmente a partir do evento devam ser "revertidas" para fins fiscais.

Embora tenha a Lei nº 9.532/97 alterado profundamente a forma como deve ser feita a amortização do ágio ou deságio em caso de extinção de participação societária em decorrência de fusão, incorporação ou cisão, não modificou o aspecto de que, nesses casos, não deve ser levado em consideração o ágio ou deságio que já havia sido amortizado contabilmente, nos mesmos moldes em que já o fazia o artigo 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

O acórdão nº 1201-003.144, de 18 de setembro de 2019, da 2ª Câmara/ 1ª Turma ordinária que analisou o recurso da decisão da 5ª Turma, por sua vez afirmou:

Também discordo do Acórdão da DRJ com relação ao ponto de que a amortização contábil do ágio impediria o seu posterior aproveitamento fiscal. Ainda que conforme disposto no referido acórdão de que não há nenhum comando na Lei nº 9.532/97 que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, também não há dispositivo normativo em sentido inverso.

Nesse sentido, entendo ser possível a exclusão dos montantes do ágio já amortizado contabilmente, desde que as demais regras da Lei n. 9.532/97 tenham sido seguidas.

Cumpra mencionar que no atual regime contábil, verifica-se, cada vez mais, esse distanciamento entre os efeitos contábeis do ágio e a sua amortização fiscal. Assim, embora esse seja o regime atual e não aplicável à época, fica o indício de que não há tal vinculação de forma obrigatória, até por falta de disposição expressa.

Na verdade, o inciso III do art. 7 da Lei nº 9.532, de 1997 determina:

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

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

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

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

(...)

Ou seja, conforme ressaltado no TVF só poderão ser amortizados os ágios (por rentabilidade futura) registrado nos balanços levantados posteriormente à incorporação.

Conforme, exaustivamente explicado, em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES sofreu cisão parcial e o patrimônio cindido foi incorporado pela fiscalizada (ECOCATARATAS). O acervo vertido consistiu no investimento que a ECOCONCESSÕES detinha na própria ECOCATARATAS (aí incluído o valor do ágio) e o passivo decorrente de contrato de mútuo celebrado um mês antes, entre a ECOINFRAESTRUTURA (mutuante) e a ECOCONCESSÕES (mutuária).

A partir de dezembro/2010, após a incorporação do acervo cindido, a ECOCATARATAS surgiu o direito de amortizar o ágio para fins tributários, conforme previsto no art. 7º, III, e art. 8º, "b", da Lei nº 9.532/1997.

Então, os valores amortizados antes deste evento não podem ser amortizados para efeitos fiscais.

No mais, a jurisprudência já se manifestou a respeito do tema recentemente (em 10 de setembro de 2019), no acórdão 9101-004.398 da CSRF 1ª Turma, onde por maioria decidiu:

INCORPORAÇÃO. AGIO JA AMORTIZADO CONTABILMENTE NA INVESTIDORA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO.

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores.

Destarte, o argumento (vi) “Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação” também permanece.

DA MULTA QUALIFICADA

A fiscalização entendeu que a cisão parcial da ECONCESSÕES, seguida da incorporação do acervo cindido pela ECOCATARATAS, teria servido apenas para implementar formalmente um dos requisitos legais de dedutibilidade das despesas de amortização do ágio (haver confusão patrimonial entre investidora e investida). E, por isso teriam caracterizado a fraude, conforme aceção do art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

A impugnante, alega que não seria o caso de fraude, suscita erro de proibição, princípio da proporcionalidade, art. 142.

Pois bem, a contribuinte foi penalizada com a multa de ofício qualificada (de 150%), prevista no artigo 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96 (com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007), c/c artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, in verbis:

Art. 44 da Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 11.488/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

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

(...)

A conduta que ensejou a qualificação da multa (fraude) está descrita no art. 72 da Lei nº 4.502/1964:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento

O acórdão nº 16-83.283 da 5ª Turma já citado anteriormente teve em relação a multa qualificada a seguinte ementa:

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. CONLUÍO.

Considerando que as operações dolosamente engendradas pela contribuinte, juntamente com as demais empresas envolvidas (o que caracteriza o conluio), visaram reduzir o montante dos tributos devidos (o que caracteriza a fraude), correta a aplicação da multa qualificada.

De fato, a fraude restou caracterizada, pois, em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA subscreveu/integralizou ações da ECOCONCESSÕES, utilizando a totalidade de sua participação na ECOCATARATAS, de modo que a ECOCATARATAS passou a ser, novamente, 100% controlada diretamente pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

Há que se destacar, que tal operação visou apenas possibilitar a amortização do ágio pela contribuinte, reduzindo, indevidamente, os tributos devidos.

As alegações erro de proibição, princípio da proporcionalidade, art. 142, quanto as duas primeiras nem devem ser encaradas no processo administrativo fiscal, a primeira não tem aplicação mesmo, e a segunda, também não, pois na esfera administrativa não se questiona comandos legais.

Quanto ao art. 142, este foi plenamente satisfeito por meio do lançamento aqui guerreado, e, explicado com detalhes.

Dessa forma, por todo o exposto, entendo estar correta a aplicação da multa qualificada de 150% no caso em tela.

MULTAS ISOLADAS PELO RECOLHIMENTO A MENOR DAS ESTIMATIVAS MENSAIS

Infração decorrente da glosa, sujeita à multa de 50% sobre a diferença, prevista no artigo 44, inciso II, letra "b", da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/2007), in verbis:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

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

(...).

Portanto, como a contribuinte não pagou as estimativas devidas, a fiscalização agiu conforme devia, aplicando-lhe a multa isolada.

A alegação do princípio da consunção, não tem espaço na esfera administrativa, haja vista que implicaria no afastamento da norma coisa que não é possível nesta esfera. A autoridade administrativa cabe aplicar a lei, e conforme transcrito acima, tanto o inciso I quanto o inciso II estão previstos na norma, e as autoridades administrativas não tem escolha, a não ser segui-las.

Em face do exposto voto por rejeitar a arguição de nulidade, e no mérito, negar provimento a impugnação.

Recurso voluntário

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário por meio do qual basicamente reiterou todos os seus argumentos de defesa.

É o relatório do necessário.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, Redator *ad hoc*.

Tempestividade

O contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 08/11/2021 (fls. 2147 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 07/12/2021 (fls. 2150 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Nulidade do lançamento por mudança de critério jurídico

Conforme visto pelo breve relato do caso, os fatos relacionados ao ágio nesse processo foram objeto do processo administrativo nº 10980.724544/2016-01, cuja infração envolvia a glosa de amortizações referentes aos anos-calendário de 2010 a 2015.

Assim, embora os processos se distingam pelo período em que amortizado o ágio, o cenário fático em ambos os casos é exatamente o mesmo.

Vejamos alguns trechos do Termo de Verificação Fiscal (“TVF”) que confirmam a questão (fls. 50/51 e 71 do *e-processo*):

Desde dezembro/2010 a ECOCATARATAS tem deduzido, para fins tributários, ágio atribuído à expectativa de rentabilidade futura registrado na aquisição do seu próprio controle societário. Todavia, como será demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal (TVF), a amortização fiscal do ágio não atende aos requisitos legais.

No processo nº 10980.724544/2016-01 constituiu-se, de ofício, crédito tributário referente aos ACs 2010 a 2015. Analisado o recurso voluntário, foi proferido o Acórdão nº 1201-003.144. Manteve-se a exigência fiscal (glosa do ágio); afastada a responsabilidade das outras empresas do grupo econômico que participaram das operações societárias que deram origem ao ágio. Pendentes de análise os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, já admitidos pelo Presidente da Turma.

Cuida-se agora das providências relativas aos ACs 2016 a 2019 quanto à mesma matéria. Nesse período, o artifício resultou numa indevida redução dos tributos incidentes sobre o lucro da ordem de 39%.

[...]

Tendo em vista a **identidade dos fatos**, no decorrer deste TVF também se faz menção a documentos e informações fornecidos pela ECOCATARATAS na ação fiscal precedente, autuada no processo nº 10980.724544/2016-01.

[...]

Tal fato, inclusive, é premissa adotada tanto pela defesa da fiscalizada quanto na decisão proferida pelo CARF no **processo nº 10980.724544/2016-01 (no qual, repita-se, estava em discussão a mesma matéria para os fatos geradores ocorridos entre os ACs 2010 e 2015)**. [...]

Todo o arrazoado desenvolvido pela fiscalização nos autos do PAF nº 10980.724544/2016-01 levava em consideração a alegação de que a pessoa jurídica Eco Concessões teria servido de mera empresa veículo, razão pela qual não teria ocorrido confusão patrimonial entre investida e investidora. Confirma alguns trechos do TVF trazidos pelo contribuinte em recurso voluntário (fls. 2170 do *e-processo*):

56. Portanto, nenhuma dúvida resta: **para fazer jus à dedução de despesas com amortização de ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, investidor e investimento devem se transformar em uma única universalidade**, o que não ocorre nos casos em que uma empresa veículo é utilizada.

57. **No caso do fiscalizado, investidor e investimento não se fundiram** e, por essa razão, o ágio ainda compõe o valor do investimento original, não mais com o nome de ágio, mas pela existência, na composição do valor do investimento, da substância econômica representada por esse ágio.

(...)

62. Fazendo-se analogia com os exemplos citados anteriormente, **verifica-se que, nessa sequência de operações, a ECOINFRAESTRUTURA foi o investidor original, a ECOCONCESSÕES funcionou como empresa veículo e a ECOCATARATAS foi o investimento**.

(...)

64. Voltando ao caso concreto, **tem-se, portanto, que ECOINFRAESTRUTURA e ECOCATARATAS continuaram a existir individualmente após a operação de cisão com incorporação da parte cindida ocorrida em 29 de dezembro de 2010, o que, por si só, ante a legislação e a jurisprudência analisadas, constitui-se em condição que inibe o aproveitamento do ágio** na forma prevista no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997. Tal fato, portanto, autoriza a glosa dos valores deduzidos, a esse título, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.”

[grifos constam do original]

A contribuinte anexa ao seu recurso voluntário o acórdão nº 16-83.283, proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (“DRJ/SPO”), que lista os argumentos da fiscalização (fls. 2363 do *e-processo* e fls. 47 do acórdão DRJ/SPO):

A fiscalização justificou a Infração 1 (Adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL) **basicamente com 2 argumentos**:

1) **Inexistência de confusão patrimonial** entre a real adquirente (ECOINFRAESTRUTURA) e a beneficiária pela dedução do ágio (ECOCATARATAS, a impugnante), sendo a empresa **ECOCONCESSÕES utilizada como veículo para a transferência do ágio**; e

2) **Duplicidade de utilização do ágio, pela ECOCATARATAS e pela ECOINFRAESTRUTURA.**

Ao justificar a qualificação da multa de ofício e a responsabilização solidária, acrescentou mais 2 argumentos:

3) A dedução das despesas de ágio pela ECOCATARATAS teve o objetivo de ocultar o aumento de receitas de pedágio, o que violaria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; e

4) Inexistência de propósito negocial.

Ao analisar o caso, a DRJ/SPO afastou os dois argumentos utilizados como justificativa para a glosa do ágio, tendo mantido a infração apenas com base na “4) *Inexistência de propósito negocial*”, que, todavia, não serviu de fundamento para desqualificação do ágio. Veja-se a conclusão da DRJ/SPO:

Da conclusão

Em que pese serem improcedentes os argumentos da fiscalização acerca (1) da existência de confusão patrimonial; (2) da duplicidade de utilização do ágio e (3) do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, diante da flagrante inexistência de propósito negocial quanto à cisão parcial da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida, que visaram unicamente a economia de tributos, há que se considerar procedente a **Infração 1 (Adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL).**

Destaque-se que esse entendimento da DRJ/SPO foi mantido no CARF por voto de qualidade, por meio do acórdão nº 1201-003.144, proferido em sessão de 18/09/2019 pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara desta 1ª Seção.

Ato subsequente, mais precisamente em 29/09/2020, a fiscalização instaurou o procedimento que resultou no presente auto de infração. E embora com base na mesma operação e nos mesmos fatos anteriormente ocorridos, os argumentos para a glosa do ágio foram modificados em observância ao que havia decidido a DRJ/SPO e o CARF no processo nº 10980.724544/2016-01.

Na primeira fiscalização todos os olhos da autoridade fiscal estavam voltados para a operação que efetivamente originou o ágio, quer dizer, a aquisição do contribuinte pela Eco Rodovias. Todavia, de maneira curiosa, a segunda fiscalização atentou para um suposto segundo ágio formado não na aquisição do contribuinte, mas em uma outra operação.

Atentemos então para os seguintes trechos do TVF, objeto dos presentes autos (fls. 53/75 do *e-processo*):

3.1 Aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA

Em 07/02/2008, a ECOINFRAESTRUTURA (à época denominada PRIMAV ECORODOVIAS S.A.) adquiriu, junto a terceiros, o controle integral da ECOCATARATAS, representado por 41.849.000 ações ordinárias. A aquisição foi concretizada pelo valor de R\$ 426.514.438,10. A adquirente registrou ágio no montante de R\$ 375.608.461,40, conforme demonstrativo apresentado pela fiscalizada, em destaque na Figura 3.

[...]

3.2 Aumento do capital social da ECOCONCESSÕES mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS.

Em 26/08/2009, a ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta, tendo sido elaborado laudo de avaliação para fins do disposto no art. 8º da Lei nº 6.404/1976. O investimento devido pela ECOINFRAESTRUTURA na ECOCATARATAS foi avaliado em R\$ 381.447.580,80 para a data-base de 31/07/2009.

[...]

Como a transferência das ações se deu por valor superior ao patrimônio líquido da ECOCATARATAS, houve registro do ágio pela nova titular da participação societária, a ECOCONCESSÕES.

Apesar de ser absolutamente distinto daquele pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros, o ágio reconhecido pela ECOCONCESSÕES levou em consideração os parâmetros da operação anterior: foi registrado a débito pelo valor equivalente ao verificado na primeira operação (R\$ 375,6 milhões) na conta “130170004 - AGIO INVESTIM. RODOVIA DAS CATARATAS”; e o valor já amortizado contabilmente pela ECOINFRAESTRUTURA (R\$ 40,7 milhões) foi escriturado a crédito na conta “130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS”. Assim, o ágio registrado na segunda operação teve o valor líquido de R\$ 334.879.833,04 (= R\$ 375.608.461,33 – R\$ 40.728.628,29). Tudo conforme os lançamentos mostrados a seguir, extraídos da escrituração da ECOCONCESSÕES.

[...]

Destarte, a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros se exauriu na operação de aumento de capital da ECOCONCESSÕES.

[...]

À vista do exposto, o ágio cuja amortização fiscal é pretendida decorre da operação realizada em agosto/2009, quando a ECOCONCESSÕES recebeu as ações de emissão da ECOCATARATAS em integralização de capital. Trata-se de uma nova aquisição, que não pode ser confundida com a operação anterior, ocorrida em fevereiro/2008, na qual a ECOINFRAESTRUTURA havia adquirido o controle da fiscalizada junto a terceiros. Em suma: transferiu-se o investimento, jamais o ágio.

[...]

Reportando novamente ao exposto no tópico 5.2 deste TVF, sabe-se que o ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros (em fevereiro/2008) não é o mesmo ágio registrado quando da integralização de capital na ECOCONCESSÕES (em agosto/2009), mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS.

A uma, porque a utilização fiscal do ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA na primeira aquisição se exauriu na operação seguinte, quando apurou (ou deveria ter apurado) o valor contábil do investimento para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação (art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977).

A duas, por se tratar de operações absolutamente distintas, realizadas em conformidade com vontades também distintas, manifestadas por diferentes agentes econômicos.

Diferentemente da operação inicial, realizada entre partes independentes, a segunda aquisição se desenrolou no interior do Grupo EcoRodovias, envolvendo pessoas jurídicas sujeitas a controle comum: a ECOINFRAESTRUTURA como alienante, a ECOCONCESSÕES como adquirente e a ECOCATARATAS como investimento adquirido.

Ou seja, o ágio amortizado pela fiscalizada surgiu em uma operação entre partes relacionadas. Consequentemente, inadmite-se a dedução fiscal na forma procedida pela fiscalizada, como se fundamentado na expectativa de rentabilidade futura.

E por considerar que o ágio aproveitado pelo contribuinte teria sido originado quando da contribuição para o aumento de capital da Eco Concessões, o denominado “segundo ágio”, a fiscalização desenvolveu o raciocínio de que ele seria ilegítimo por ter sido originado em uma operação entre partes relacionadas e sem que fosse elaborado um demonstrativo do seu fundamento econômico.

De fato, os fundamentos dos lançamentos são completamente distintos. O contribuinte, inclusive, elaborou um quadro comparativo que facilita a compressão da questão (fls. 2173/2174 do *e-processo*):

Assunto	Processo Administrativo nº 10980-724.544/2016-01	Processo Administrativo nº 10340.720446/2021-90
Operação que deu origem ao ágio	"(...) a ECOCATARATAS foi adquirida, em 7 de fevereiro de 2008 pela ECOINFRAESTRUTURA, sendo que o valor patrimonial do investimento era de R\$ 50,9 milhões, enquanto o ágio pago na operação foi de R\$ 375,6 milhões. (...) em 29 de dezembro de 2010, a ECOCONCESSÕES foi cindida, sendo o patrimônio líquido cindido incorporado pela ECOCATARATAS. <u>Nessa operação, o ágio gerado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido.</u> "	"(...) o ágio cuja amortização fiscal é pretendida decorre da operação realizada em agosto/2009, quando a ECOCONCESSÕES recebeu as ações de emissão da ECOCATARATAS em integralização de capital. Trata-se de uma nova aquisição, que não pode ser confundida com a operação anterior "
Relação entre as partes envolvidas	"Até então denominada Rodovia das Cataratas, a ECOCATARATAS teve como alienantes partes não	"Ou seja, o ágio amortizado pela fiscalizada surgiu em uma operação entre partes relacionadas. "

	relacionadas com o grupo Ecorodovias (...) "	
Fundamento econômico do ágio	"O caso dos autos se refere, conforme se verificou anteriormente, ao item "b" acima, ou seja, a partir da incorporação da parte cindida da ECOCONCESSÕES que continha o ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, a ECOCATARATAS passou a amortizá-lo (...)"	Portanto, ainda que se pudesse aquiescer com o valor atribuído ao investimento na ECOCATARATAS por ocasião da transferência à ECOCONCESSÕES (R\$ 381.447.580,80), o que se cogita apenas como hipótese, é inadmissível que se atribua o ágio verificado na operação (R\$ 334.879.833,04) à expectativa de rentabilidade futura. "
Demonstrativo do fundamento econômico	"Uma vez que, nessa data, o patrimônio líquido da adquirida era de R\$ 50,9 milhões, o ágio atingido na operação, em virtude de expectativa de rentabilidade futura devidamente comprovada por estudo matemático apresentado em resposta ao TIF 4, foi de R\$ 375,6 milhões (...)"	"(...) sequer foi providenciado o indispensável demonstrativo do fundamento econômico do ágio reconhecido pela nova investidora, a ECOCONCESSÕES, por ocasião da transferência do controle societário da ECOCATARATAS"
Transferência do ágio	"Nessa operação, o ágio gerado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido e, a partir desse mês, a empresa começou a deduzir, na apuração de seu lucro real e de sua base de cálculo da CSLL, despesas com a amortização desse ágio."	"Em suma: transferiu-se o investimento, jamais o ágio. (...) Reportando novamente ao exposto no tópico 5.2 deste TVF, sabe-se que o ágio pago pela ECOINFRAESTRUTURA a terceiros (em fevereiro/2008) não é o mesmo ágio registrado quando da integralização de capital na ECOCONCESSÕES (em agosto/2009), mediante conferência das ações de emissão da ECOCATARATAS"

O contribuinte questiona, então, o fato de a fiscalização defender a ilegalidade de um mesmo ágio a partir de duas perspectivas distintas, o que lhe garantiria uma situação privilegiada, e adverte que, *"embora a Fiscalização ainda esteja tentando decidir a melhor forma de acusar a Recorrente, o ágio que vem sendo aproveitado desde 2010 é um só, e o simples fato de as despesas de amortização estarem sendo deduzidas em anos distintos não altera a sua origem, legitimidade, e tampouco o seu fundamento econômico."*

A respeito dessa questão, a DRJ01 decidiu que (fls. 2109/2110 do e-processo):

A impugnante assevera ser absolutamente inconcebível que, em um momento, a Fiscalização reconheça que o ágio é legítimo, foi gerado entre partes não relacionadas e estava devidamente fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da Requerente e, simultaneamente (os Autos de Infração do Processo Administrativo nº 10980724.544/2016-01 ainda não foram cancelados, razão pela qual, para todos os efeitos, a Fiscalização está suportando ambas as linhas de raciocínio ao mesmo tempo), alegue que o ágio não foi legítimo, foi gerado entre partes relacionadas, e não tinha nenhum fundamento econômico.

[...]

Pois bem, **na verdade, estamos diante de um dilema. Contudo, de pronto, entende-se que este dilema deve ser resolvido no mérito.**

Quanto a suscitada mudança de critério jurídico, temos:

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

De acordo com a norma acima, **não é considerada mudança de critério jurídico se a alteração de entendimento for para fatos geradores posteriores.**

Portanto, **não houve mudança de critério jurídico no lançamento aqui atacado, pois os fatos geradores são de 2016 a 2019, diferentes do outro PAF que tinha fatos geradores de 2010 a 2015.**

Por outro lado, **houve mudança no entendimento dos fatos que levaram a formação do ágio, agora, em 2 processos diferentes a fiscalização exara duas visões diferentes sobre os mesmos fatos.**

Como dito, **estas questões de como se formou o ágio será objeto de análise de mérito.**

Dessa forma, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

Ao adentrar no mérito da questão, a DRJ01 se manifesta mais uma vez sobre a matéria e confessa que o fato de a fiscalização ter alterado o fundamento do lançamento no presente auto de infração decorreu da fundamentação constante do voto vencedor no acórdão CARF nº 1201-003.144, proferido no processo nº 10980.724544/2016-01, veja-se (fls. 2113/2114 do *e-processo*):

Agora nestes autos com os mesmos fatos a fiscalização afirma que o ágio foi formado em outro momento.

Talvez a confusão tenha se dado devido ao acórdão nº 1201-003.144, de 18 de setembro de 2019, da 2ª Câmara/ 1ª Turma ordinária que analisou o recurso da decisão da 5ª Turma da DRJ/SPO, e, que assim decidiu:

Todavia, a ECOINFRAESTRUTURA alienou as ações da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES. Nesse momento, adimpliu a condição estipulada no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e fez surgir o direito de pagar menos tributos diante de eventual ganho de capital nessa alienação. Portanto, o chamado "ágio", a expectativa de direito condicionada de que falamos, se consumou e se exauriu nesse momento. Com isso, entendo que a ECOCONCESSÕES não adquiriu o "ágio" da ECOINFRAESTRUTURA, pois esse se exauriu no momento em que as ações da ECOCATARATAS foram alienadas para ela.

Portanto, se a ECOCONCESSÕES contabilizou um ágio na aquisição das ações da ECOCATARATAS, este não pode ser o mesmo que surgiu quando a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu as mesmas ações.

Tratando-se de uma nova aquisição, o ágio que possa surgir na operação também é novo e deve atender aos requisitos legais: efetivo pagamento, partes não relacionadas e avaliação legítima. Nenhum desses requisitos foi satisfeito pela ECOCONCESSÕES, de forma que esta não adquiriu a expectativa de direito de que se tem tratado e a absorção patrimonial que se seguiu não fez surgir o direito reclamado pelo recorrente.

Diante do exposto, entendo que o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a dedução do ágio amortizado, conforme apontado pela fiscalização, sendo devida a glosa laborada pela fiscalização.

Ou seja, o voto vencedor do acórdão da 1ª Turma aparentemente mudou o fundamento do lançamento, para exigir requisitos não exigidos pela fiscalização, e para manter a exação.

Ademais, era um recurso voluntário e a matéria devolvida era somente se houve ou não houve o propósito negocial, matéria mantida na DRJ.

Devido a isso a fiscalização achou por bem quando do lançamento destes autos seguir a orientação exarada no voto vencedor citado.

A impugnante entende que deveria ser cancelado todo o lançamento, haja vista o fundamento jurídico da formação do ágio estar errado, no entanto, seguiremos o julgamento entendendo que o momento do fato gerador não é a da formação do ágio, mas sim quando da amortização fiscal, pois, de fato o lançamento se rege pelo fato gerador que só ocorre com a amortização. Irrelevante, quando da formação do ágio.

Perceba, todavia, que se a fiscalização mudou o entendimento ao lavrar esse novo auto de infração é porque ela própria reconhece que aquele primeiro auto de infração teria se baseado em premissa equivocada.

Nada obstante o aduzido, a Súmula CARF nº 116, cujos efeitos são vinculantes, é expressa ao asseverar que "Para fins de contagem do prazo decadencial para a constituição de crédito tributário relativo a glosa de amortização de ágio na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº

9.532, de 1997, deve-se levar em conta o período de sua repercussão na apuração do tributo em cobrança.”

Por tal razão, seria possível no caso a mudança de critério jurídico já que relacionada a um fato gerador posterior.

Preliminar: A nulidade do acórdão por ausência de apreciação dos argumentos de mérito que comprovam a substância econômica da cisão parcial da EcoCataratas em 29.12.2010 (fls. 2162 do e-processo)

Nesse ponto, não entendo que tenha ocorrido qualquer nulidade do acórdão recorrido. Com efeito, a autoridade julgadora apreciou todos os pontos necessários a formação de sua convicção, sem que para isso fosse necessário rebater expressamente todos os argumentos do contribuinte.

O CARF já tem se posicionado nesse sentido, veja-se a título de exemplo:

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

A decisão foi fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado. (Acórdão nº 2401-009.296. Sessão de 11/03/2021)

Portanto, rejeito a referida preliminar de nulidade.

Mérito: a operação que resultou o ágio

A fiscalização elencou em seu relatório fiscal seis razões, as quais no seu entender justificariam a lavratura do presente auto de infração:

(i) Inexistência do demonstrativo acerca do fundamento econômico do ágio elaborado por ocasião da aquisição da participação societária: o ágio por expectativa de rentabilidade futura do contribuinte deveria estar fundamentado em demonstrativo específico elaborado por ocasião da contribuição do investimento detido pela Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. (“EcoRodovias Holding”) no contribuinte em aumento de capital da Ecorodovias Concessões e Serviços S.A. (“EcoConcessões”). No entendimento da

fiscalização, embora tenha sido elaborado um laudo de avaliação da expectativa de rentabilidade futura do contribuinte, por ocasião de sua aquisição pela EcoRodovias Holding, esse laudo não poderia ser utilizado como demonstrativo do fundamento econômico do ágio apurado no aumento de capital da EcoConcessões, isto porque a contribuição se trataria de outra transação envolvendo outras partes;

(ii) Operação realizada entre partes relacionadas: o ágio aproveitado pelo contribuinte teria sido originado em uma operação entre partes relacionadas, qual seja: a contribuição do investimento detido pela EcoRodovias Holding no contribuinte, em aumento de capital da EcoConcessões;

(iii) Impossibilidade de se atribuir o ágio à expectativa de rentabilidade futura no caso de participação societária conferida em aumento de capital da adquirente: no entendimento da fiscalização, não haveria espaço para o ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura nos casos em que a participação societária é adquirida por meio de contribuição do investimento em aumento de capital;

(iv) Ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pelo próprio contribuinte, da participação societária adquirida com ágio: a cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010, seguida da incorporação do acervo cindido pelo contribuinte, teria sido uma operação desprovida de propósitos negociais, implementada com a finalidade única de viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio pelo contribuinte. Para suportar esse raciocínio, a fiscalização argumentou, dentre outros fatores, que a posterior contribuição do contribuinte em aumento de capital da EcoConcessões, em 30.3.2012, teria revertido todos os efeitos da cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010, o que demonstraria a artificialidade dessa primeira operação (cisão parcial);

(v) Inexistência de confusão patrimonial entre investidora e investida: como a cisão parcial da EcoConcessões em 29.12.2010 não teria tido qualquer propósito negocial, o requisito da confusão patrimonial entre a investidora e a investida não teria sido cumprido em sua substância, mas apenas formalmente; e

(vi) Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação: a lei tributária não autorizaria o aproveitamento fiscal do ágio já amortizado na contabilidade da investidora em momento anterior ao evento de incorporação. Por essa razão, o ágio amortizado na contabilidade da EcoConcessões antes da cisão parcial efetuada em 29.12.2010 não poderia ter sido aproveitado para fins fiscais pelo contribuinte.

O acórdão recorrido, por seu turno, afastou as razões (i), (ii), (iii) e (v), veja-se (fls. 2115/2118 do e-processo):

Observa-se que os itens i, ii, iii são relacionados diretamente ao momento na qual a fiscalização nestes autos entendeu como ocorrido a formação do ágio, ou seja, em 26/08/2009, quando ECOINFRAESTRUTURA transferiu as ações de emissão da fiscalizada (ECOCATARATAS) para a ECOCONCESSÕES, a título de aumento de capital desta.

Então, não servem como argumentos para o momento da formação do ágio aqui tratado.

[...]

Quanto ao argumento (v) “Não cumprimento, na essência, da condição de reunir os patrimônios da investidora e da investida”; este argumento também foi baseado na premissa de que o ágio foi formado depois em 26/08/2009, por isso a fiscalização entendeu que não teria havido confusão patrimonial, **contudo, a confusão é cristalina, como bem asseverou a acórdão da DRJ** citado, a saber:

[...]

Ou seja, mesmo que a fiscalização entendesse como no processo anterior teria havido a confusão patrimonial.

Portanto, **essa argumentação também está afastada.**

A infração foi mantida então com base nas razões “(iv) *Ausência de propósito negocial para a operação que resultou na absorção, pelo próprio contribuinte, da participação societária adquirida com ágio*” e “(vi) *Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação*” (fls. 2115/2120 do e-processo):

O argumento iv da falta de propósito negocial foi baseado na percepção da fiscalização de que em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA novamente transferiu as ações de emissão da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES em subscrição de capital. Essa operação teria acabado revertendo os efeitos societários da cisão parcial/incorporação levada a cabo em 29/12/2010.

Pois bem, na verdade, na estrutura organizacional do Grupo EcoRodovias, a posição da ECOCATARATAS voltou a ser aquela de outrora: uma controlada direta da ECOCONCESSÕES. Porém, diferentemente do momento anterior, a fiscalizada pôde então se utilizar da amortização fiscal do ágio. A fiscalização pontuou que entre 2016 e 2019, a operação propiciou à ECOCATARATAS uma redução de cerca de 39% do IRPJ e CSLL.

Esta fundamentação se coaduna com a posição adotada de que o ágio foi construído em 07/02/2008.

A impugnante afirma que a operação foi realizada mais de quinze meses após a cisão parcial da EcoConcessões, em 29.12.2010, e que não guardaria qualquer relação com o aproveitamento fiscal do ágio - a contribuição da Requerente em aumento de capital da EcoConcessões, em 30.3.2012.

A impugnante relata dificuldade prática em compreender o racional da Fiscalização, no sentido de como é que o propósito comercial de uma operação (i.e., sua causa), pode ser aferido a partir de uma outra operação, realizada mais de quinze meses após a primeira?

A impugnante assevera que os propósitos comerciais foram os seguintes: (i) aumentar o patrimônio líquido da EcoConcessões para viabilizar a participação de concorrências públicas em 2013 que exigiam valores mínimos de patrimônio líquido; (ii) alocar o fluxo de dividendos da Requerente à EcoConcessões, para refinanciamento da dívida (emissão de novas debentures); (iii) segregar a exploração dos segmentos rodoviário e portuário dentro do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (iv) garantir ao Poder Concedente (na pessoa do DER/PR) que o desinvestimento do Grupo Impregilo (alienação da participação societária detida na EcoRodovias Holding) não acarretaria alteração do controle societário sobre a Requerente.

O acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO enfrentou a questão robustamente, a saber:

[...]

Como vimos, a cisão parcial da. da ECOCONCESSÕES e a incorporação pela ECOCATARATAS da parte cindida serviu tão somente para a ECOCATARATAS deduzir, na apuração do IRPJ da CSLL, as despesas de ágio.

Pois em 30/03/2012, a ECOINFRAESTRUTURA subscreveu/integralizou ações da ECOCONCESSÕES, utilizando a totalidade de sua participação na ECOCATARATAS. Repetiu-se a mesma operação efetuada em 26/08/2009, quando a ECOINFRAESTRUTURA integralizou capital na ECOCONCESSÕES mediante a transferência do controle acionário da ECOCATARATAS.

Destarte, a ECOCATARATAS passou a ser 100% controlada pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

A fiscalização quanto ao tema sacramentou:

As circunstâncias narradas no tópico 5.6 deste TVT evidenciam que a conduta em questão não se deu por mero engano. Pelo contrário, a administração do Grupo EcoRodovias atuou de forma deliberada para criar artificialmente as condições que pretensamente permitiriam deduzir, para fins fiscais, as despesas de amortização do

ágio. O resultado, como visto, não foi nada desprezível. Entre 2016 e 2019, o artifício propiciou à ECOCATARATAS uma redução de cerca de 39% dos tributos incidentes sobre o lucro.

Assim, a fiscalização entendeu que a operação foi produzida artificialmente. E, pelo que se reunião nestes autos, realmente foi uma operação artificial.

Portanto, a glosa das amortizações por artificialidade da conduta deve ser mantida.

[...]

Quanto a (vi) argumentação “Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação”.

Primeiramente observa-se que da mesma forma de que na argumentação anterior (e as argumentações i, ii,iii), esta aqui não terá efeito no resultado do julgamento, pois ele já foi mantido pela conduta artificial decorrente da argumentação vi.

[...]

O acórdão nº 1201-003.144, de 18 de setembro de 2019, da 2ª Câmara/ 1ª Turma ordinária que analisou o recurso da decisão da 5ª Turma, por sua vez afirmou:

Também discordo do Acórdão da DRJ com relação ao ponto de que a amortização contábil do ágio impediria o seu posterior aproveitamento fiscal. Ainda que conforme disposto no referido acórdão de que não há nenhum comando na Lei nº 9.532/97 que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, também não há dispositivo normativo em sentido inverso.

Nesse sentido, entendo ser possível a exclusão dos montantes do ágio já amortizado contabilmente, desde que as demais regras da Lei n. 9.532/97 tenham sido seguidas.

Cumpra mencionar que no atual regime contábil, verifica-se, cada vez mais, esse distanciamento entre os efeitos contábeis do ágio e a sua amortização fiscal. Assim, embora esse seja o regime atual e não aplicável à época, fica o indício de que não há tal vinculação de forma obrigatória, até por falta de disposição expressa.

Na verdade, o inciso III do art. 7 da Lei nº 9.532, de 1997 determina:

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

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

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

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

(...)

Ou seja, conforme ressaltado no TVF só poderão ser amortizados os ágios (por rentabilidade futura) registrado nos balanços levantados posteriormente à incorporação.

Conforme, exaustivamente explicado, em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES sofreu cisão parcial e o patrimônio cindido foi incorporado pela fiscalizada (ECOCATARATAS). O acervo vertido consistiu no investimento que a ECOCONCESSÕES detinha na própria ECOCATARATAS (aí incluído o valor do ágio) e o passivo decorrente de contrato de mútuo celebrado um mês antes, entre a ECOINFRAESTRUTURA (mutuante) e a ECOCONCESSÕES (mutuária).

A partir de dezembro/2010, após a incorporação do acervo cindido, a ECOCATARATAS surgiu o direito de amortizar o ágio para fins tributários, conforme previsto no art. 7º, III, e art. 8º, "b", da Lei nº 9.532/1997.

Então, os valores amortizados antes deste evento não podem ser amortizados para efeitos fiscais.

No mais, a jurisprudência já se manifestou a respeito do tema recentemente (em 10 de setembro de 2019), no acórdão 9101-004.398 da CSRF 1ª Turma, onde por maioria decidiu:

INCORPORAÇÃO. AGIO JA AMORTIZADO CONTABILMENTE NA INVESTIDORA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO.

A partir da ocorrência do evento de fusão, incorporação ou cisão, a amortização do ágio ou deságio anteriormente pago deve ser registrada contabilmente, na escrituração comercial da pessoa jurídica, sem a necessidade de ajustes, por adição ou exclusão ao lucro líquido, para fins fiscais. A amortização contábil do ágio ou deságio, a partir da ocorrência do evento que determinou a extinção da participação societária, produz efeitos fiscais. Não é possível aproveitar, para fins exclusivamente fiscais, as parcelas do ágio ou deságio já amortizado contabilmente em períodos anteriores.

Destarte, o argumento (vi) “Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação” também permanece.

Nada obstante o aduzido, não concordamos com a manutenção da glosa com base em tais fundamentos. E para tanto, nos valemos nos fundamentos tanto do voto vencido no acórdão nº 1201-003.144 da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, no qual o julgamento se deu por qualidade, como do voto vencido no acórdão nº 9101-006.831 da 1ª Turma da CSRF, cujo julgamento também ocorreu por qualidade.

Vejamos, então, cada um deles:

Acórdão nº 1201-003.144 – 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção

[...] discordo do Acórdão da DRJ no tocante ao argumento da ausência de propósito negocial, de modo que o fato de que a ECOCATARATAS passou a ser, novamente, 100% controlada diretamente pela ECOCONCESSÕES, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010 não é suficiente para determinar que inexistiu propósito negocial nas operações.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que todas as operações foram devidamente formalizadas no âmbito do Direito Societário, bem como foram devidamente informadas nas obrigações acessórias de natureza tributária.

Ademais, vale notar que o próprio órgão regulador da concessão, isto é, o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná (“DER/PR”) foi devidamente notificado das operações societárias e não se manifestou de forma contrária às justificativas apresentadas pela Recorrente.

Assim, por mais que a teoria do propósito negocial não tenha sido “internalizada” no ordenamento jurídico brasileiro e, muito pelo contrário, tenha sido expressamente rejeitada pelos legisladores quando da conversão em lei da Medida Provisória n. 66 de 2002, ela acabou sendo quase que o elemento preponderante para o resultado do Acórdão da DRJ, uma vez que expressamente houve posicionamento dos julgadores de que os requisitos legais para a dedutibilidade do ágio foram preenchidos.

Também discordo do Acórdão da DRJ com relação ao ponto de que a amortização contábil do ágio impediria o seu posterior aproveitamento fiscal. Ainda que conforme disposto no referido acórdão de que não há nenhum comando na Lei nº 9.532/97 que autorize ou determine o aproveitamento do ágio ou deságio já amortizado contabilmente, também não há dispositivo normativo em sentido inverso.

Nesse sentido, entendo ser possível a exclusão dos montantes do ágio já amortizado contabilmente, desde que as demais regras da Lei n. 9.532/97 tenham sido seguidas.

Cumpra mencionar que no atual regime contábil, verifica-se, cada vez mais, esse distanciamento entre os efeitos contábeis do ágio e a sua amortização fiscal. Assim, embora esse seja o regime atual e não aplicável à época, fica o indício de que não há tal vinculação de forma obrigatória, até por falta de disposição expressa.

Acórdão nº 9101-006.831 – 1ª Turma da CSRF

Da amortização fiscal do ágio

A controvérsia diz respeito à legitimidade ou não da dita transferência de ágio, mais precisamente se a integralização do investimento adquirido de terceiro pela Ecoinfraestrutura, em aumento de capital de empresa veículo (Ecoconcessões), contamina ou não a dedução fiscal desse “segundo ágio” após cisão desta última sociedade com a consequente incorporação do patrimônio líquido cindido pela Ecocataratas (atuada).

[...]

Como se vê, prevaleceu o entendimento no sentido de que a tese da confusão patrimonial sustentada pela fiscalização revela-se procedente, uma vez que o ágio constitui um bem indisponível e, em razão desta sua própria natureza, não seria passível de uma transferência.

Além disso, a decisão ainda sustenta que, diante dessa reestruturação societária, não haveria que se falar no mesmo ágio, mas sim na tentativa de criação de um ágio interno - pois proveniente de operação entre empresas relacionadas - e que por isso não possuiria efeito tributário à luz do art. 7º da Lei nº 9.532/1997.

Não concordo, porém, com esse racional, registrando de início que o presente Julgador participou do julgamento em segunda instância, tendo divergido desse voto vencedor com base nas razões que passa-se a expor na sequência.

[...]

[...] a “novela ágio” começou com o Decreto-Lei nº 1.598/1977, publicado com a finalidade de adequar a legislação tributária ao então novo regramento contábil previsto na Lei nº 6.404/1976, notadamente no que diz respeito ao tratamento da diferença entre o custo de aquisição e o valor do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – MEP.

Com base no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), os investimentos considerados relevantes nos termos desta lei estão sujeitos ao MEP, o que significa dizer que devem ser

registrados no balanço da investidora pelo valor correspondente à sua participação no patrimônio líquido da investida, submetendo-se, assim, à apuração de diferenças, para mais ou para menos, em relação ao custo de aquisição.

É importante notar, logo neste início de exposição, que a legislação societária (LSA) não fez (e ainda não faz) nenhuma referência a ágio ou deságio, prescrevendo apenas quem está sujeito ao MEP.

Já o Legislador tributário prescreveu, já na redação originária do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/772, que os investimentos sujeitos ao MEP deveriam ser desdobrados em duas rubricas:

- (a) valor de patrimônio líquido na época da aquisição (patrimônio líquido da sociedade x percentual de participação), e
- (b) ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de patrimônio líquido descrito acima.

Note-se, aqui, que foi o próprio Direito Tributário que, após incorporar por remissão à figura societária do método de equivalência patrimonial (o MEP), veiculou um conceito próprio de ágio ou deságio, representados justamente pela diferença (positiva ou negativa) apurada em razão do MEP.

Ainda previam o § 2º do artigo 20 - também de maneira inovadora, afinal a lei societária não fazia nenhuma referência às suas possíveis origem – que:

- §2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:
- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
 - b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
 - c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Não obstante as potenciais intersecções da origem do ágio, a legislação tributária daquela época, apesar de fazer menção às possíveis razões econômicas que poderiam levar a apuração do ágio ou deságio, não previa o tratamento fiscal da baixa do investimento (e, consequentemente, da mais valia) em função do seu fundamento econômico (motivo do ágio), conforme prescrição dos artigos 25, 31, 333 e 34 do Decreto-Lei nº 1.598/77, in verbis:

Artigo 25 - As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o artigo 20 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no artigo 33.

Artigo 31 - Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

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

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

II - 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.

(...)

Artigo 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)

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)

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)

§ 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)

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)

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

§ 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) (grifamos)

Provavelmente porque a parte do preço representado pelo ágio não estaria sujeito às flutuações inerentes ao MEP, o Legislador entendeu necessária a atribuição subjetiva de uma razão econômica distinta do valor patrimonial da empresa adquirida. Daí falar-se novamente em ágio fiscal, que não necessariamente corresponde ao ágio contábil.

Isso significa dizer que desde 1977 o ágio gerado na aquisição de participações societárias já possuía efeitos fiscais quando da liquidação do investimento por fusão, incorporação ou cisão, afinal o contribuinte pessoa jurídica já estava sujeito ao comando legal que determinava a apuração de um ganho tributável ou uma perda de capital dedutível nessas operações.

Assim dispunha o referido art. 34: nas hipóteses de fusão, incorporação ou cisão de empresas com investimento entre elas (ou, nas palavras do Legislador, da extinção de ações ou quotas de capital **de uma possuída por outra**), o resultado do confronto entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor do acervo líquido **avaliado a mercado** que as substituir: **se negativo**, poderia ser deduzido fiscalmente como perda de capital, inclusive com a opção, prevista na norma, deste saldo ser registrado no Ativo Diferido para amortização em até 10 (dez) anos; e **se positivo**, deveria ser tributado como ganho de capital.

Ao contrário, então, do que alguns autores afirmam, o direito à dedução do ágio não constitui um benefício fiscal em sentido técnico (renúncia estatal), tendo em vista que a sua natureza é de custo incorrido na aquisição de participação societária (ativo), custo este que, na ausência de regra legal específica, já seria dedutível como perda (decrécimo patrimonial) quando da liquidação do investimento.

Nesse contexto, e decorridos 20 (vinte) anos da vigência do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Poderes Executivo e Legislativo resolveram estabelecer novo tratamento fiscal para a

“baixa do ágio” por fusão, incorporação ou cisão, o que foi feito através das regras introduzidas pela Medida Provisória nº 1.602/1997, a qual, após sua conversão na Lei nº 9.532/1997, passou a regulamentar a matéria no bojo dos artigos 7o e 8o, in verbis:

Artigo 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 19774: (grifamos)

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

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

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

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

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

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

- a) o ágio, em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;
- b) o deságio, em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

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

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

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

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

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

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

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

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

Percebe-se, assim, que houve por bem o Legislador:

(i) alterar a redação (caput do artigo 7º) quanto à pessoa jurídica que pode se valer da norma: o texto originário dispunha que o direito à dedução seria da empresa que possuía na outra ações ou quotas extintas por incorporação, fusão ou cisão, ao passo que a nova redação permitiu o aproveitamento fiscal do ágio pela empresa que detenha participação societária adquirida com ágio.

(ii) estabelecer a dedução fiscal como perda de capital apenas à baixa do ágio com fundamento na rentabilidade futura da investida, podendo esta perda ser aferida agora com base no valor contábil do acervo (e não mais necessariamente por valor a mercado⁵), mas com diferimento mínimo à razão de 1/60 para cada mês do período de apuração;

(iii) estender a dedução fiscal do ágio também aos investimentos não sujeitos ao MEP; e

(iv) autorizar expressamente a aplicação deste regime tributário não só na incorporação direta, mas também na incorporação reversa.

Em outras palavras, o artigo 7o da Lei nº 9.532/1997 reconheceu o direito da empresa que **detém** investimento **adquirido** com ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura, após fusão, cisão ou incorporação com a empresa investida, deduzir como perda de capital à baixa do ágio por extinção do investimento. O artigo 8º, por sua vez, estendeu este direito à empresa investida, quando da incorporação da detentora.

Nota-se que o destinatário da norma de dedução do ágio é aquele que **detém o investimento adquirido com ágio (ou a adquirida quando da incorporação reversa)**.

linguagem esta (verbo deter) que revela justamente algo que pode ser passageiro, desvinculando-se cabalmente da fonte dos recursos empregados na aquisição.

Se a intenção do Legislador fosse a de limitar a dedução ao supridor dos recursos utilizados na aquisição do investimento ou limitar tal direito a quem tenha pagado um preço em dinheiro, deveria a lei assim restringir, o que não foi feito inclusive de forma intencional ante a previsão expressa da possibilidade de incorporação reversa (cf. artigo 8º).

Ora, a utilização “na qual **detenha** participação societária adquirida” pela lei, somada à autorização legal para que a investida incorpore a detentora da participação societária com ágio, na realidade conferiu ao contribuinte o direito de aproveitamento fiscal do ágio inclusive em operações de transferência do respectivo investimento, como foi o caso.

Também o verbo “adquirir” que se valeu o texto legal de maneira nenhuma denota que o direito à dedução do ágio estaria restrito apenas ao negócio jurídico “compra e venda”. Pelo contrário, a ausência de restrição no texto legal impõe ao intérprete conferir tal direito a todos os demais negócios jurídicos que implicam transferência de propriedade do investimento, como é o caso da subscrição ou aumento de capital.

Nesse particular, digna de nota é o seguinte trecho do Acórdão nº 9101-001.657, proferido por essa C. 1ª Turma da CSRF em Sessão de 15/05/2013:

A questão está em que o termo “aquisição”, ressaltado nas normas, não pode ser restringido, em seu significado, apenas à compra e venda de ações, para possibilitar a amortização do ágio proveniente da aquisição da participação societária.

Não há qualquer fundamento legal que enseje tal restrição, de modo a excluir a subscrição, debatida nos autos. O fundamento do voto vencido no acórdão de que a aquisição exige uma outra pessoa é, com o devido respeito, um entendimento diferente da previsão legal. A legislação possibilita que a aquisição de participação societária de uma companhia se dê por subscrição de novas ações, desde que respeitados os limites legais.

(...) uma pessoa física ou jurídica, nos termos da legislação positiva, pode “adquirir” participação societária por meio de uma operação de alienação, em que há a aquisição direta da participação societária de outra pessoa física ou jurídica, ou, por meio de um aumento de capital em que há a emissão de novas ações que são subscritas pelo novo acionista, ou pelo acionista que quer aumentar a sua participação na Companhia. Para tanto cito os artigos 166 e seguintes da Lei 6.404/74, em especial o artigo 170 nos seguintes termos:

(...)

De fato, não havendo distinção na lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Por aquisição entende-se qualquer forma de absorção a um patrimônio jurídico de algo novo, não tendo, tal absorção, por único meio uma compra e venda. Pode-se dar, como na hipótese, pela subscrição de ações novas, o qual se insere, indubitavelmente, no conceito de “participação societária adquirida”.

Não se vislumbra, portanto, a alegada violação ao artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Neste dispositivo, também, o termo aquisição não aponta para qualquer restrição do seu significado.

Na mesma linha, o artigo 385 do RIR/99 esclarece o tratamento tributário que deve ser dado pelo contribuinte à participação societária adquirida, qualquer que seja a forma de aquisição, o que inclui a subscrição de capital. Uma vez que a controlada incorpore sua empresa controladora, aplicar-se-á o disposto na Lei 9.532/97 e o ágio será dedutível.

Caso o legislador quisesse excluir cada uma dessas formas de aquisição de participação societária do tratamento tributário disposto nos artigos 385 e 386 do RIR o teria feito na própria Lei. Ocorre que é esperado que a regra legal alcance todas as hipóteses equivalentes de forma homogênea, garantindo um tratamento isonômico aos contribuintes a elas sujeitos. Não é relevante para a amortização do ágio a origem dos recursos investidos: se já estavam na empresa, ou se derivam de subscrição de capital, ou se decorrem da contribuição de bens e direitos em aumento de capital. O que importa é que, em todas essas hipóteses de aquisição de participação societária, a posição patrimonial da investida e da investidora é equivalente e não há razão para não permitir a fruição do benefício de amortização do ágio após realizada a incorporação reversa.

Nesse sentido, e reportando-nos à operação envolvida nesse caso concreto, verifica-se que ECOINFRAESTRUTURA adquiriu de terceiros independentes, em operação de compra e venda com pagamento de preço e ágio, a participação na ECOCATARATAS. Ato contínuo, ECOCONCESSÕES adquiriu esse investimento por meio de contribuição deste ativo em aumento de seu capital social, o que gerou a formação de um segundo ágio, chamado aqui de ágio transferido, de forma que, no final, ECOCONCESSÕES foi cindida, sendo o acervo líquido representado pelo investimento com o ágio extinto por meio de incorporação por quem o detinha naquela ocasião (ECOCATARATAS). Daí a sua dedutibilidade aos olhos da referida legislação de regência.

O que precisa ficar claro, pois, é que justamente em virtude do que dispõe o referido artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, a ECOCONCESSÕES, quando da aquisição (ou transferência) do investimento na ECOCATARATAS por meio da capitalização em questão,

desdobrou o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido da investida e ágio, cujo fundamento econômico era o mesmo do ágio registrado inicialmente na ECOINFRAESTRUTURA, seguindo o próprio comando legal.

O ágio reconhecido na operação de aumento de capital, portanto, não pode ser visto como um “ágio interno”, assim entendido aquele criado artificialmente dentro de um mesmo grupo econômico, como equivocadamente quis fazer crer o acórdão recorrido, afinal o que lhe efetivamente deu causa foi uma operação anterior de compra e venda, firmada entre partes independentes com um indiscutível sacrifício econômico pelo comprador.

E também não há que se falar em ausência de confusão patrimonial na concepção do acórdão recorrido, primeiro porque nenhuma simulação foi arguida na acusação fiscal e segundo porque o investimento de fato foi extinto após incorporação da investida por quem a detinha, circunstâncias estas que legitima o direito à dedução do ágio, na linha do que inclusive já reconheceu esse Colegiado ao proferir o Acórdão nº 9101-006.363 (juntado como paradigma) e cuja ementa ora transcrevo:

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

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012, 2013, 2014

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. TRANSFERÊNCIA, PARA EMPRESA DO GRUPO, DO INVESTIMENTO ADQUIRIDO DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.

Na redação original da Lei 9.532/1997 o ágio corresponde ao resultado da operação aritmética correspondente à diferença entre o valor despendido na aquisição de uma determinada participação societária e o valor patrimonial da sociedade adquirida. Cada vez que uma participação societária é adquirida por um valor acima do valor patrimonial, a então adquirente registra “um ágio”. Não há que se falar em “transferência de ágio” nesse contexto, nem de impossibilidade de se amortizar “ágio transferido”. Tal legislação não condiciona a amortização fiscal do ágio a uma “aquisição original” no grupo.

[grifos constam do original]

Com efeito, ainda que se exija eventual caracterização de propósito comercial extra tributário para fins de amortização do ágio, no presente caso nos parece que esse requisito foi devidamente verificado.

Para os fins da presente discussão, é importante ter em mente as três principais operações que antecederam o aproveitamento fiscal do ágio apurado na aquisição do

contribuinte: (i) a aquisição das ações do contribuinte pela ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA em 07/02/2008, junto a terceiros não relacionados; (ii) a contribuição do investimento detido pela ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA no contribuinte, em aumento de capital da ECOCONCESSÕES, em 26/08/2009; e (iii) a cisão parcial da ECOCONCESSÕES em 29/12/2010, seguida da incorporação do acervo cindido (composto pelo investimento detido no contribuinte e outros ativos e passivos) pelo próprio contribuinte.

O primeiro passo da operação não foi questionado pela fiscalização. A legitimidade da transação e do ágio originado é fato incontroverso.

Com relação ao segundo passo, ocorrido no ano de 2009, o contribuinte explica que nos anos de 2007 e 2008 a economia global sofreu com uma grave crise financeira decorrente da inadimplência generalizada no mercado imobiliário norte-americano, em razão da qual, o setor de concessões rodoviárias no Brasil teria se deparado com uma súbita elevação do custo para captação de recursos.

E cita reportagem jornalista para demonstrar o alegado:

“Crise global eleva custos e reduz prazos para emissão de dívidas

São Paulo, 3 de Novembro de 2008 - A restrição de crédito provocada pela crise internacional deve dificultar a renovação das dívidas das empresas brasileiras, que somam R\$ 11,38 bilhões vencendo nos próximos seis meses no mercado interno, entre emissões de notas promissórias e debêntures, segundo dados da Associação Brasileira de Bancos de Investimento (Anbid).

De acordo com o gerente-executivo da diretoria de mercado de capitais do Banco do Brasil, Gustavo Henrique Santos de Sousa, diante das incertezas em relação ao desenvolvimento da crise, muitas empresas que emitiram dívida no início deste ano optaram por operações com prazos mais curtos, como as notas promissórias, apostando numa melhora das condições de mercado para rolar seus papéis. [...]

A administradora de concessionárias de rodovias Primav Ecorodovias também estuda alongar a dívida de R\$ 430 milhões em notas promissórias, que está para vencer em janeiro de 2009. Segundo o diretor de Relações com Investidores da empresa, Roberto Nakagome, as novas emissões vão depender das condições do mercado. ‘Hoje é mais fácil fazer uma emissão de curto prazo em notas promissórias e rolar essa dívida posteriormente via debêntures a taxas melhores’, diz.

Nakagome afirma que a companhia também não descarta a captação de recursos com linhas de crédito bancário.” (não destacado no original)

Nesse cenário, o Grupo EcoRodovias buscou renegociar e alongar suas dívidas - todas centradas na holding Eco Rodovias – junto às instituições financeiras. Para tanto, uma das exigências do mercado foi que o Grupo EcoRodovias centralizasse tanto o endividamento quanto

os investimentos em uma sociedade com capacidade própria de geração de caixa, o que se dava diante da incerteza da existência de caixa para adimplemento das obrigações e do risco de contaminação da atividade de concessões rodoviárias com a atividade logística.

Deliberou-se, dessa forma, pela contribuição dos investimentos nas empresas de concessões rodoviárias e de parte de suas dívidas para a Eco Concessões, sociedade que possuía fluxo de caixa operacional positivo, conforme se constante da ata de reunião de diretoria de 31/07/2009 (fls. 1.070/1.072 do *e-processo*):

“VI. DELIBERAÇÕES: (i) Como é de conhecimento público, a crise financeira iniciada no exterior começa ter efeitos no Brasil. A Companhia conseguiu com muito sucesso emitir as notas promissórias no final do ano de 2008. Entretanto, conforme mencionado nos documentos daquela emissão, as instituições financeiras sugeriram que essa dívida estivesse alocada a uma empresa operacional, com geração própria de caixa. Isso evitaria eventuais dificuldades de transferência de caixa na possível (embora improvável) hipótese de as empresas operacionais não terem lucros suficientes para distribuir para a Companhia. Nessa linha, de modo a acomodar essa preocupação, está sendo sugerida a transferência da dívida para uma empresa operacional. Além disso, a diretoria reconhece que a manutenção do passivo na Companhia reduz seus índices financeiros. Para esse fim, torna-se essencial para o crescimento do grupo que todas as dívidas da Companhia sejam transferidas para empresas operacionais, melhorando seus índices financeiros. Buscando alcançar esses objetivos econômicos, a diretoria propõe que seja feita uma contribuição de ativos e passivos (acervo líquido) em uma sociedade operacional do grupo. Após discussão a respeito dessa alternativa, todos confirmaram que as razões econômicas (quais sejam, melhoria do fluxo financeiro e melhoria dos índices econômicos) são importantes e justificam custos adicionais a serem incorridos pela Companhia para a implementação da estrutura de reorganização societária sugerida, devendo-se obter as aprovações necessárias para sua implementação.”

E segundo consta do recurso voluntário (fls. 2185/2186 do *e-processo*):

94. Por essas razões econômicas, em 26.8.2009, foi aprovado o aumento de capital da EcoConcessões (doc. nº 5 da Impugnação – fls. 1.073/1.088), integralizado pela contribuição de acervo composto por (i) ações da Recorrente; (ii) ações da Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A.; (iii) ações da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A.; e (iv) valor contábil de 180 notas promissórias emitidas pela EcoRodovias Holding em 19.12.2008, acrescidas de juros até a data-base de avaliação do laudo contábil.

95. A transferência dos investimentos e da dívida para a EcoConcessões permitiu que o Grupo EcoRodovias atendesse às exigências das instituições financeiras, com a centralização do investimento nas concessionárias de rodovias e do endividamento em uma sociedade operacional. Com isso, o Grupo EcoRodovias viabilizou a renegociação de suas dívidas e a Recorrente passou a ser detida pela EcoConcessões.

96. O resultado positivo da reorganização societária implementada pelo Grupo foi logo sentido, dado que ainda em 2009 a EcoConcessões realizou sua 1ª Emissão Pública de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, com Garantia Real de Alienação

Fiduciária de Ações e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios Decorrentes de Dividendos e Juros sobre o Capital Próprio (doc. nº 6 da Impugnação – fls. 1.090/1.133), por meio da qual foram captados em torno de R\$ 600 milhões.

97. Os fatos narrados acima demonstram que o mercado interpretou a reorganização societária do Grupo Ecorodovias de forma positiva, o que permitiu a captação de recursos a taxas razoáveis para a época, mesmo no meio de um cenário de elevada incerteza econômica. A transferência das ações da Recorrente (e do endividamento) à EcoConcessões tinha um efetivo propósito negocial, e permitiu a mitigação os impactos adversos decorrentes da crise econômica de 2008.

98. Vale também mencionar que, do ponto de vista administrativo, a legislação aplicável impõe uma série de restrições à alteração do controle societário exercido sobre as sociedades concessionárias de serviços públicos. De uma forma geral, é comum que o controlador da concessionária se obrigue e assegure ao Poder Público (e à sociedade) o regular cumprimento das obrigações contraídas pela concessionária no contexto da concessão.

99. Por essa razão, exige-se que o controlador da concessionária pública atenda determinados requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, necessários à assunção do serviço público. Nesse mesmo sentido, para assegurar que o Poder Público não será lesado por uma operação societária desconhecida, o artigo 2710 da Lei nº 8.987 de 13.2.1995 (“Lei 8.987/95”) exige que a alteração do controle societário sobre a concessionária pública seja previamente comunicado e aprovado pelo Poder Público.

100. Justamente por essas razões, todo o contexto societário detalhado acima foi comunicado com a devida antecedência pela Recorrente e pelo Grupo EcoRodovias ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (“DER/PR”), conforme ofício enviado pela Recorrente em 20.3.2009 (doc. nº 7 da Impugnação – fls. 1.135/1.139).

101. O DER/PR é o órgão do Estado do Paraná ao qual foi atribuída a competência para executar o programa rodoviário estadual e, mais especificamente, “cumprir ou fazer cumprir a legislação rodoviária federal e principalmente as leis a respeito da concessão de estradas de rodagem a empresas particulares”, nos termos dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 547, de 28.12.1946 (“Decreto-Lei 547/46”). Em linhas gerais, portanto, é o DER/PR que fiscaliza o regular cumprimento do contrato de concessão pela Recorrente, e era esse o órgão responsável por autorizar a alteração do controle societário da Recorrente, tal como foi feito para a operação descrita acima.

Assim, em decorrência do aumento de capital, para todos os fins de direito, a Eco Concessões passou a figurar como adquirente e real proprietária das ações do contribuinte. Entre a data da aquisição, em 07/02/2008, e a data do aumento de capital da EcoConcessões, em 26/08/2009, a Eco Rodovias amortizou contabilmente uma parcela do ágio pago na aquisição do contribuinte. Como resultado dessa amortização contábil, o ágio originariamente pago no valor de R\$ 375.608.461,33 foi reduzido para o montante de R\$ 334.879.833,04.

Em decorrência da operação de aumento de capital, a EcoConcessões emitiu novas ações em favor da EcoRodovias Hoding, no valor de R\$ 381.447.580,80 e, em contrapartida, adquiriu pelo mesmo valor o investimento no contribuinte. Tendo em vista que à época da transação o patrimônio líquido do contribuinte era equivalente a R\$ 46.567.747,76, a Eco Concessões passou a registrar ágio no valor de R\$ 334.879.833,04.

Perceba-se que o ágio em questão tem origem na aquisição das ações do contribuinte pela EcoRodovias Holding – operação entre partes independentes e dotada de propósitos negociais incontroversos – e que foi posteriormente reconhecido pela Eco Concessões no contexto do aumento de capital, que também foi uma operação dotada de propósitos negociais incontroversos.

Por fim, chega-se ao terceiro passo da operação que foi a cisão parcial da Eco Concessões com a incorporação da parcela cindida pelo contribuinte – Eco Cataratas, a respeito da qual o contribuinte justifica que ela teria ocorrido para que a sociedade pudesse se adequar aos ditames do ICPC 01, aprovado pela Coordenadoria Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis em 06/11/2009, veja-se (fls. 2188/2190 do *e-processo*):

113. Ao apurar e analisar os impactos decorrentes da adoção dos novos padrões contábeis, o Grupo EcoRodovias constatou que a aplicação do ICPC 01 traria a obrigatoriedade de revisão de determinados procedimentos contábeis, dentre eles a criação de provisões para desembolsos futuros com manutenção da concessão. Tendo em vista que a provisão em questão seria da ordem de R\$ 59 milhões, essa perda contábil levaria a Recorrente a uma situação de patrimônio líquido negativo de R\$ 12 milhões, o que traria uma série de efeitos indesejáveis.

114. Um dos efeitos negativos mais óbvios seria a imediata diminuição dos fluxos de caixa livres da Recorrente. Em linhas gerais, o fluxo de caixa livre é saldo em dinheiro disponível depois de serem feitos todos os pagamentos obrigatórios de dada empresa. Normalmente o fluxo de caixa livre é usado para recompensar os acionistas por meio de dividendos ou para pagar as principais dívidas da companhia. Esse fluxo de caixa livre também costuma ser utilizado para medir a capacidade de uma empresa de gerar caixa, fator decisivo para a abertura de linhas de crédito com instituições financeiras, bem como para emitir títulos no mercado.

114. Como exposto acima, caso não fosse adotada nenhuma providência com relação à situação patrimonial da Recorrente, o reconhecimento da provisão exigida pelo ICPC 01 acarretaria o reconhecimento de despesa no valor de aproximadamente R\$ 59 milhões na Recorrente, fato que implicaria prejuízos acumulados no exercício de 2010 no valor de R\$ 67,106 milhões. Veja-se que o primeiro efeito desses prejuízos acumulados seria a inviabilização da distribuição de dividendos aos acionistas. O segundo efeito seria a diminuição dos índices de fluxos de caixa da Recorrente, o que prejudicaria eventual celebração de empréstimos com terceiros e emissão de títulos no mercado.

115. Para evitar que o efeito negativo decorrente da adoção do ICPC 01 afetasse o fluxo de caixa livre da Recorrente, o Grupo EcoRodovias tinha duas alternativas:

(i) contribuir capital na Recorrente; ou (ii) cindir patrimônio de uma de suas entidades com a versão do acervo patrimonial positivo para a Recorrente. Ressalte-se que ambas as alternativas estariam dentro do espectro de liberdade econômica do Grupo EcoRodovias e seriam decisões razoáveis do ponto de vista econômico.

116. Por entender que não seria o caso de contribuir caixa em aumento de capital da Recorrente, o Grupo EcoRodovias, na figura da EcoConcessões, decidiu por cindir parcela relevante de seu patrimônio (com a conseqüente redução de seu capital) e vertê-lo à Recorrente. Com a referida decisão empresarial, a Recorrente passaria a deter patrimônio líquido positivo, podendo absorver os prejuízos acumulados do período para ter fluxo de caixa livre positivo.

117. Foi esse, portanto, um dos propósitos negociais da cisão parcial da EcoConcessões: evitar que o patrimônio líquido da Recorrente permanecesse negativado, em razão da adoção obrigatória do ICPC 01.

118. Além disso, o Grupo EcoRodovias também pretendia otimizar a alocação de dívida e capital de suas empresas operacionais, por meio da transferência, para as sociedades operacionais, de parte da dívida que havia sido inicialmente transferida pela EcoRodovias Holding para a EcoConcessões. Esse objetivo ainda estava em linha com a exigência principal das instituições financeiras de alocar o endividamento a sociedades operacionais.

119. Note-se que a alocação da dívida contraída originalmente pela EcoRodovias Holdings às entidades operacionais foi extremamente importante e estava alinhada à finalidade econômica apontada no Passo 2. Foi esse, portanto, o segundo propósito negocial da cisão parcial da EcoConcessões.

120. Foi assim que, em 29.12.2010, a EcoConcessões foi parcialmente cindida, com a incorporação do acervo líquido (investimento na própria Recorrente, ágio e dívida) dentro da própria Recorrente, conforme dispõe o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial e Conseqüente Incorporação do Acervo Líquido Cindido [...]

Em resumo, tal operação foi realizada para evitar que o PL do contribuinte permanecesse negativado, em razão da adoção obrigatória do ICPC 01, bem como para ajustar e melhorar a alocação de dívida e capital entre as empresas operacionais do Grupo EcoRodovias, por meio da transferência da dívida (mútuo) que a EcoConcessões possuía com a Eco Rodovias, acarretando assim a positivação de seu PL manutenção das suas linhas de crédito e capacidade de financiamento.

Destaque-se ainda que a aludida operação também foi comunicada aos órgãos de controle, no caso o DER/PR. Um detalhe importante é que posteriormente o DER/PR solicitou informações das operações e que após os esclarecimentos prestados, o DER/PER corroborou com a sua legitimidade, veja-se (fls. 2190/2192 do *e-processo*):

123. Posteriormente, tendo em vista que a legislação aplicável (artigo 27, §1º da Lei 8.987/95) exige que o acionista controlador preencha determinados requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, e considerando que no caso concreto o controle direto da Recorrente foi transferido da EcoConcessões para a EcoRodovias Holding, o DER/PR solicitou novos esclarecimentos a respeito da operação e da aptidão da Ecorodovias Holding para figurar como controladora da Recorrente.

124. Esses esclarecimentos foram prontamente prestados pela Recorrente, EcoRodovias Holding e EcoConcessões, em 25.2.2011 (doc. nº 10 da Impugnação – fls. 1.164/1.166). Nessa oportunidade, foi explicado ao DER/PR todo o histórico do investimento detido na Recorrente, desde a sua aquisição, e as razões econômicas que justificavam a cisão parcial da EcoConcessões. Confira-se:

“2. Em fevereiro de 2008, a empresa atualmente denominada Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. (“Ecorodovias”) adquiriu as ações da EcoCataratas S.A. (“Ecocataratas”). Posteriormente, em agosto de 2009, a Ecorodovias transferiu as ações da Ecocataratas em aumento de capital da sociedade Ecorodovias Concessões e Serviços S.A. (“ECS”).

3. A transferência das ações da Ecocataratas em aumento de capital da ECS ocorrida em 2009 justificou-se pela intenção do grupo Ecorodovias em criar uma sociedade holding operacional para centralizar a titularidade de todas as concessões rodoviárias e permitir o refinanciamento de parte importante do endividamento do grupo.

4. Ocorre que em dezembro de 2009 foi publicada a Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 611, que aprovou a interpretação técnica nº 1 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“ICPC 01”), que regulamentou a aplicação do novo padrão contábil às empresas de concessões para os balanços a serem publicados relativos ao ano de 2010.

5. Ao longo do ano de 2010, o Grupo Ecorodovias analisou e apurou os impactos que a adoção dos novos padrões contábeis gerariam nas demonstrações financeiras de todas as empresas do grupo, em especial, da Ecocataratas.

6. No que interessa à presente comunicação, verificou-se que a adoção dos novos padrões contábeis traria um efeito contábil negativo para a Ecocataratas no valor de R\$ 59.814 mil para o balanço de abertura de 2010, resultando em um patrimônio líquido negativo de R\$ 12.624mil. (...)

7. Diante dos fatos narrados acima, com o objetivo de anular o efeito patrimonial negativo e permitir que a Ecocataratas continue apresentando uma situação patrimonial positiva e condizente com suas atividades, o Grupo Ecorodovias decidiu implementar a reorganização societária aqui discutida. (...)

9. O objetivo primordial da cisão da ECS, com versão do acervo líquido cindido para a Ecocataratas é o fortalecimento da situação patrimonial da Ecocataratas mediante a transferência de investimento que, ao longo do prazo remanescente da concessão, permitirá a melhora do fluxo de caixa livre da empresa operacional.

10. Como resultado da reorganização societária implementada, o patrimônio líquido da Ecocataratas, que era de R\$ 23.167mil, passou a ser representado pelo valor de R\$ 291.468 mil, alcançando o objetivo principal do Grupo de Ecorodovias de adequar a situação patrimonial da Ecocataratas. [...]

12. Em vista do exposto, as signatárias entendem estar atendida a requisição relativa ao esclarecimento da justificativa da reorganização societária realizada ao final de 2010, que teve por objetivo fortalecer e adequar a situação patrimonial da empresa concessionária Ecocataratas, a qual foi negativamente afetada pelas mudanças contábeis decorrentes da adoção das novas práticas contábeis.”

125. Posteriormente, em ofício de 20.5.2011 (doc. nº 11 da Impugnação – fls. 1.168/1.177), o DER/PR analisou todos os esclarecimentos e documentos juntados pela Recorrente, EcoConcessões e EcoRodovias Holding, apresentou suas conclusões a respeito da legitimidade da operação como um todo e também em relação à aptidão técnica, financeira, jurídica e fiscal da EcoRodovias Holding para figurar como controladora da concessionária. Ao final, portanto, foi formalmente autorizada a cisão parcial da EcoConcessões. Confira-se:

“Por meio da correspondência de 29/11/2010 do protocolo nº 07.833.932-2, a ECOCATARATAS comunica intenção de reestruturação societária e requerem a manifestação do Poder Concedente em caso de qualquer objeção à intenção pretendida.

Afirma que é controlada atualmente pela “ECORODOCIAS CONCESSÕES” e Serviços S.A. requer transferência total desta participação à “ECORODOVIAS” Infraestrutura e Logística S.A. (atual denominação de Primav Ecorodovias S.A.).

Explica que a ECORODOVIAS CONCESSÕES (atual controladora) tem como sócia a própria ECORODOVIAS (proponente controladora), que detém 99,99% das ações de emissão da controladora atual. Por isto conclui que a transferência comunicada não alterará o controle, pois na prática apenas se elimina um nível de controle interno do Grupo Econômico.

Por outro lado, alega que, com a finalidade de evitar qualquer dúvida quanto ao pleno cumprimento do contrato de concessão, pelos protocolados buscam demonstrar o cumprimento do art. 27 da Lei de Concessões, submetendo todas estas condições de reestruturação societária ao conhecimento deste DER/PR.

(...)

O setor técnico, por meio do ofício nº 010/2011 assinado pelo seu Coordenador de Concessão e Pedagiamento Rodoviário, fls. 195/196, questionou os motivos do novo pedido, pois lembrou que em 2009 houve pedido e deferimento de reestruturação, sob o argumento de melhor resultados para a concessão, que ora se requer desfazimento.

Bem como indicou uma relação de documentos que entendeu devido de apresentação, quanto à regularidade fiscal, técnica e econômico-financeira.

Em resposta, sob o protocolo nº 07.873.356-0/2011, fls. 02/04, a concessionária justificou que sua motivação se deu em razão da aprovação pela CVM, posteriormente àquele pedido, de novo padrão contábil da Comissão de Pronunciamentos Contábeis a ela aplicável. Afirmou que o novo padrão traria efeito contábil negativo. Bem como, juntou os documentos solicitados às fls. 05/87.

Pela informação nº 194.11/2011, fls 88/95, a DOP/CCR entendeu tecnicamente adequada a justificativa, nos seguintes termos:

‘Desta forma, quanto à questão da reorganização societária optada pelo Grupo Ecorodovias, compactuamos do entendimento de que tecnicamente é aceitável, pois foi realizado dentro das regras existentes e permitidas pelas leis que as regulamentam”.

E analisando a proponente controladora ECORODOVIAS, em relação aos documentos já juntados e juntados em resposta ao ofício anterior, na forma do art. 27 da Lei de Concessões, concluiu que “a empresa cumpre as exigências necessárias para o evento”.

(...)

Diante do exposto, cumpridas as exigências do art, 27, inciso I e II da Lei de Concessões, cuja análise dos documentos pela DOP/CCPR demonstra objetivamente a capacidade da pretendente em prestar o serviço público adequado e dar continuidade ao cumprimento do conato de concessão ora em apreço, em atenção ao disposto na Cláusula XXXV do Contrato de Concessão que admite a possibilidade de transferência, pode o Sr. Diretor Geral do DER/PR autorizar a transferência de controle acionário requerida.”

Perceba-se, portanto, que conforme ressaltado até mesmo pelo voto vencido proferido no acórdão nº 1201-003.144 da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, toda a operação e a sua justificativa foi submetida à aprovação do Poder Público e expressamente autorizada.

Para corroborar com suas alegações e manter a glosa do ágio em razão da suposta ausência de propósito negocial, a fiscalização acrescenta a esse terceiro passo (cisão parcial da Eco Concessões com a incorporação da parcela cindida pelo contribuinte) o fato de o Eco Rodovias ter aumentado mais uma vez o capital da Eco Concessões por meio das ações do contribuinte, o que ocorreu mais precisamente em 30/03/2012, quinze meses após a cisão).

Para a fiscalização, tal constatação “*coloca em xeque as justificativas adotadas para a cisão parcial da ECOCONCESSÕES, ocorrida alguns meses antes e por si só, reclama a glosa da amortização fiscal do ágio*”.

Em que pese o aduzido, não nos parece que o fato de o contribuinte ter sido novamente contribuído em aumento de capital da Eco Concessões, em 30/03/2012, tenha qualquer influência na legitimidade do ágio.

Tal operação, com efeito, é absolutamente irrelevante para a verificação de eventual propósito negocial na formação do ágio. E ainda que o fosse, ela estava inserida em um contexto de concorrências de rodovias públicas para as quais a Eco Concessões pretendia concorrer no ano de 2013, razão pela qual era necessário aumentar o valor do seu Patrimônio Líquido para ter maiores chances nos certames.

Foi inclusive anexado aos autos “*Editais de Concessão nº 004/2013 (doc. nº 12 da Impugnação – fls. 1.179/1.245), que exigia que o proponente detivesse um patrimônio líquido mínimo de R\$ 715 milhões. De forma similar, o Edital de Concessão nº 006/2013 também exigia*

um valor mínimo de patrimônio líquido de R\$ 790 milhões (doc. nº 13 da Impugnação – fls. 1.247/1.312).”.

Ainda segundo o contribuinte, “No ano de 2012, a EcoConcessões detinha um patrimônio líquido inicial de aproximadamente R\$ 860 milhões, o qual ainda seria afetado obrigatoriamente pela distribuição de dividendos de R\$ 0,62 por ação, fato que faria com que o patrimônio líquido da EcoConcessões, ao final do ano de 2012, passasse a ser cerca de R\$ 429 milhões. Esse histórico está devidamente demonstrado pela demonstração das mutações do patrimônio líquido, integrante das Demonstrações Financeiras apresentadas em 2012 pela Recorrente e auditadas por auditor independente (doc. nº 14 da Impugnação – fls. 1.314/1.398).”

Por isso a necessidade de a Eco Rodovias ter contribuído o contribuinte em aumento de capital da Eco Concessões em 30/12/2012.

Para além de tais fatos, o contribuinte ainda explica exaustivamente em seu recurso voluntário que a nova contribuição em aumento de capital da Eco Concessões teve por objetivo (a) a alocação do fluxo de dividendos do contribuinte à EcoConcessões para refinanciamento da dívida (segunda emissão de debentures); (b) a segregação da exploração dos segmentos rodoviário e logístico portuário em núcleos distintos do Grupo Ecorodovias, após aquisição do Complexo Tecondi; e (c) garantir ao Poder Concedente que o desinvestimento do Grupo Impregilo na Eco Rodovias Holding não acarretaria alteração do controle societário sobre o contribuinte.

É importante ter em mente que em 2012 a taxa Selic atingiu o menor patamar da histórica (até aquele momento) desde a sua criação em 1986. E diante desse contexto em que havia uma maior facilidade no acesso ao crédito no mercado, o contribuinte buscou por meio de uma segunda emissão de debêntures refinar sua dívida, no que resultou em uma arrecadação de mais de R\$ 800 milhões, conforme Instrumento Particular de Escritura da 2ª Emissão de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações, da Espécie Quirografária (fls. 1.400/1.449 do *e-processo*).

Com efeito, a contribuição do contribuinte em aumento de capital da Eco Concessões estava diretamente relacionada ao refinanciamento da dívida e ao aprimoramento da geração de caixa da EcoConcessões, ambos fatores essenciais para o bom desempenho da companhia e que, como visto, foram apreciados pelo mercado.

Um outro detalhe importante mencionado pelo contribuinte é que no ano de 2012 o grupo EcoRodovias adquiriu, por meio da Ecoporto Holding S.A. (subsidiária da EcoRodovias Holding), um investimento de extrema relevância no segmento logístico portuário, o Complexo Tecondi. O complexo era composto por três principais sociedades operacionais voltadas à exploração logística do Porto de Santos. E com isso, o grupo decidiu consolidar as sociedades voltadas à exploração das concessões rodoviárias na EcoConcessões, detida pela EcoRodovias Holding, e, de outro lado, a atividade de logística portuária foi concentrada na Ecoporto Holding, também detida pela EcoRodovias Holding.

A contribuição do contribuinte na Eco Concessões permitiu que o grupo explorasse ambos esses segmentos econômicos ao mesmo tempo, mas de forma independente, sem que uma atividade impactasse diretamente os resultados da outra, e ainda, sem que as peculiaridades da atividade portuária prejudicassem a futura captação de novos recursos pelas concessionárias.

Por último, o contribuinte ainda explica que a nova contribuição na Eco Concessões possibilitou o desinvestimento do Grupo Impregilo no Grupo EcoRodovias. Nas razões do próprio contribuinte (fls. 2203/2206 do *e-processo*):

167. Desde o início de suas operações, o Grupo EcoRodovias firmou uma parceria estratégica com o Grupo Impregilo, um conglomerado italiano privado, com amplo histórico e expertise nos segmentos de infraestrutura e construções. O Grupo Italiano contribuiu sobremaneira para a consolidação do Grupo EcoRodovias no Brasil, tanto com o know-how no setor, quanto pelo aporte de recursos.

168. Em meados da última década, o investimento detido pelo Grupo Impregilo na EcoRodovias Holding (em torno de 29% do capital social da holding), que foi adquirido ainda em 2002 por meio da Impregilo Internacional Infrastructures N.V. (“Impregilo”), já havia alcançado um grau significativo de maturidade. Nesse momento, portanto, o grupo italiano buscava liquidar a sua posição e realocar o retorno sobre o capital investido em outros empreendimentos.

169. Foi nesse contexto que, ainda em 2012, o Grupo Impregilo iniciou as tratativas para se desfazer de sua posição acionária. Ao longo deste ano e do ano de 2013, o grupo italiano alienou em torno de 19% de seu investimento para a Primav Construções e Comércio S.A. (“Primav” – controladora da Ecorodovias Holding), e o restante a um terceiro não relacionado, a um valor total consolidado de quase R\$ 2,5 bilhões. A operação foi divulgada ao mercado por meio de fatos relevantes publicados pela EcoRodovias Holding, e também por notícias diversas a respeito da transação:

[...]

170. No que interessa ao presente Recurso Voluntário, antes da liquidação do investimento detido pelo Grupo Impregilo, a Recorrente era detida integralmente pela EcoRodovias Holding que, por sua vez, era controlada em conjunto pela Primav e pela

Impregilo, nos termos do Acordo de Acionistas vigente à época dos fatos (doc. nº 18 da Impugnação – fls. 1.928/1.942).

171. Esse fator era relevante porque, como mencionado anteriormente, a legislação administrativa exige que os acionistas controladores da concessionária de serviços públicos preencham determinados requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, a título de garantia e proteção ao interesse público. Justamente por essa razão, o artigo 27 da Lei 8.987/95 exige que as operações societárias desse teor sejam comunicadas e autorizadas previamente pelo Poder Público.

172. Pela redação literal da Lei 8.987/95, somente o acionista controlador direto da Recorrente (EcoRodovias Holding) deveria preencher tais requisitos. Por essa razão, em princípio, a alteração do controle societário sobre a EcoRodovias Holding não exigiria aprovação prévia por parte do Poder Público, dado que o controle acionário da Recorrente permaneceria inalterado (ainda seria exercido pela EcoRodovias Holding), e o Poder Concedente já havia reconhecido a capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal da EcoRodovias Holding na operação anterior (cisão parcial da EcoConcessões).

173. No entanto, o edital da concessão explorada pela Recorrente (doc. nº 19 da Impugnação – fls. 1.944/1.985) indicava que o controle efetivo da concessionária, para fins do artigo 27 da Lei 8.987/95, seria compreendido como a maioria de seu capital votante, expresso em ações ordinárias nominativas, bem assim o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades;

“133. A titularidade do controle efetivo da sociedade concessionária a ser constituída deverá ser exercida pela LICITANTE vencedora da Concorrência, excerto quando autorizada previamente pelo DER.

134. Entende-se por controle efetivo da sociedade concessionária a titularidade da maioria de seu capital votante, expresso em ações ordinárias nominativas, bem assim o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.” (não destacado no original)

174. Em razão da terminologia do edital da concessão, havia uma preocupação entre o Grupo EcoRodovias e o Grupo Impregilo no sentido de que a consolidação do controle acionário sobre a EcoRodovias Holding, pela Primav, fosse considerada uma forma de alteração do controle “de fato” sobre a Recorrente.

175. Como dito, a EcoRodovias Holding era a titular da maioria do capital votante da Recorrente, e exercida de fato e de direito o poder decisório sobre suas atividades. E após o desinvestimento do Grupo Impregilo, essa condição fática remanesceria exatamente idêntica. Da mesma forma, a saída da Impregilo não representaria nenhum efeito prático sobre a garantia da prestação dos serviços públicos, uma vez que tanto a Recorrente quanto a EcoRodovias Holding, sua controladora direta, já haviam sido avalizadas pelo Poder Público (por meio do DER/PR).

176. No entanto, tendo em vista que eventual questionamento por parte do Poder Concedente quanto à alteração do controle da Recorrente poderia levar à caducidade da concessão (artigo 27 da Lei 8.987/95) e a inviabilizar a transação (ou, em todo caso, alterar drasticamente os seus termos), a contribuição da Recorrente em aumento de capital da

EcoConcessões foi implementada para assegurar ao Poder Concedente um nível a mais de segurança quanto à manutenção do controle societário sobre a Recorrente.

177. Como em toda as outras operações, todo o contexto societário foi devidamente explicado ao DER/PR [...]

[...]

178. Assim, a Recorrente passou a ser detida diretamente pela EcoConcessões, indiretamente pela EcoRodovias Holding e, em última instância, pela Primav, que aumentou sua participação acionária na holding e consolidou a posição de controle, que já exercia anteriormente, em razão do desinvestimento do grupo italiano. Com essa operação, os Grupos puderam dar andamento às tratativas negociais sem que houvesse qualquer risco quanto à alteração do controle societário sobre a Recorrente.

Perceba-se, portanto, que são todas razões operacionais e negociais sobre as quais não compete á fiscalização pretender qualquer tipo de ingerência. Trata-se de uma posição já firme e consagrada deste conselheiro relator.

Quanto ao item (vi) impossibilidade de aproveitamento de parcelas de ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação, também entendemos que o recurso voluntário do contribuinte merece provimento nesse ponto.

Com relação ao ágio pago pela expectativa de rentabilidade futura, a Lei nº 9.532/1997 estabelece que quando a pessoa jurídica que detiver investimento adquirido com ágio absorver o patrimônio da investida (ou vice-versa) será possível amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja a alínea “b” do §2º do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1977, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real à razão de, no máximo, 1/60 (um sessenta avos) ao mês de cada período de apuração.

A aludida regra foi editada em um contexto em que as empresas ainda tinham obrigação contábil de amortizar o ágio para fins de apuração do lucro líquido, nos termos do artigo 14, §2º, do artigo 14 da Instrução CVM nº 247/1996, motivo pelo qual é importante compreender se o direito introduzido pela Lei 9.532/1997 seria afetado caso houvesse a amortização contábil do ágio ou, então, se a referida norma estabeleceu um novo regramento para fins de amortização do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura, aplicável a todo e qualquer ágio, independentemente de sua amortização contábil prévia ou não.

Por esse aspecto, o artigo 7º da Lei 9.532/1997 estabelece um direito ao contribuinte que será passível de exercício desde que atendidas as condicionantes previstas na norma, veja-se a sua redação:

Artigo 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 artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1997:

[...]

III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do artigo 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;

Observe que esse direito se volta às aquisições de participações societárias com ágio apurado segundo o disposto no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/1997 que, por sua vez, exige o desdobramento do custo de aquisição “*por ocasião da aquisição da participação*”. Logo, conclui-se que o direito está vinculado ao ágio apurado na data da aquisição.

Dessa forma, o contribuinte, ao passar a amortizar o ágio que estava registrado na Parte B do Lalur da Eco Concessões, está exercendo o seu direito previsto no inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/1997. Qualquer entendimento no sentido contrário (i) implicaria a conclusão de que a regra prevista na Lei 9.532/1997 seria inócua em um ordenamento societário que exigia a amortização contábil do ágio; e (ii) iria de encontro à finalidade da Lei 9.532/1997, que buscou viabilizar a amortização do ágio em linha com o princípio da competência, diferindo-a ao longo do tempo em que se esperava a realização da lucratividade da sociedade adquirida.

Para mais, se por um lado a fiscalização adverte para o fato de que não há na Lei 9.532/97 uma autorização expressa para o aproveitamento fiscal do ágio já amortizado na contabilidade, por outro é preciso ressaltar é também não existe qualquer proibição nesse sentido.

Com efeito, a lei se refere apenas à possibilidade de amortização do ágio apurado por ocasião da aquisição do investimento. Ora, se a lei não restringiu o direito do contribuinte, não cabe à fiscalização fazê-lo, de modo que a amortização contábil do ágio não obsta o seu posterior aproveitamento para fins fiscais, sobretudo em razão da inexistência de qualquer previsão legal nesse sentido e do direito de amortização fiscal do ágio apurado na aquisição do investimento, assegurado pela Lei 9.532/1997.

Multa qualificada

Já temos entendido em diversos casos que a multa qualificada em operações de planejamento tributário somente é cabível na hipótese de a operação ser flagrante e comprovadamente praticada de maneira dolosa.

No caso, entendo que não há subsunção a qualquer tipo de conduta apta a ensejar a qualificação da multa, seja ela fraudulenta, simulada ou em conluio com o evidente intuito de dolo.

A justificativa para a multa qualificada é a ausência de propósito negocial, sendo que o acórdão recorrido considera tal ausência a partir do fato de que a situação posterior é igual à situação anterior, quer dizer, que foram realizadas duas contribuições do contribuinte na Eco Concessões, retornando-se à mesma estrutura organizacional anterior à operação de cisão parcial/incorporação ocorrida em dezembro de 2010.

A nosso ver, todavia, não houve a prática de um ato sequer que fosse contrário à lei. Todos os atos foram devidamente registrados, informados e confessados, quer dizer, houve a formalização de todos os atos societários e entrega das obrigações acessórias tributárias, de modo que fica evidenciada a inexistência de dolo, fraude ou conluio.

Juros sobre multa

No caso, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 108, segundo a qual *“incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.”*

Concomitância da multa isolada com a multa de ofício

No caso, entendemos aplicável o racional da Súmula CARF nº 108, cuja redação estabelece que *“a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”*.

Conclusão

Por todo o exposto, voto para rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão recorrido e dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte para cancelamento da autuação.

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – *ad hoc*

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Maurício Novaes Ferreira, redator designado

Inobstante a robusta argumentação que embasou o voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado, após os debates, houve por bem negar provimento ao mérito do recurso voluntário (dedução de despesas com amortização de ágio) e à exigência da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, decisões tomadas por maioria qualificada.

DA INDEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO

Como bem destacado no voto condutor do julgado, a operação societária que gerou o ágio cuja amortização está em julgamento foi objeto de recente decisão por parte da 1ª Turma da CSRF, decidindo aquele Colegiado, por maioria qualificada, pela procedência da autuação fiscal.

Por concordar com os fundamentos expressos no voto vencedor daquele julgamento, e considerando-se que a operação societária que ensejou a amortização do ágio e a autuação fiscal é a mesma nos dois processos adoto, como razão de decidir, o conteúdo do voto vencedor do acórdão nº 9101-006.831, de 07/02/2024, de lavra da Ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa e formalizado nos seguintes termos:

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável à possibilidade de amortização fiscal do ágio aqui em discussão, com o consequente retorno dos autos ao Colegiado a quo.

A maioria qualificada do Colegiado concordou com o entendimento expresso pelo Colegiado a quo que, também por voto de qualidade, afirmou não atendidos os requisitos para dedução fiscal das amortizações do ágio pago por Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. (ECOINFRAESTRUTURA) na aquisição da Contribuinte (ECOCATARATAS), e apenas transitoriamente transferido para a holding Ecorodovias Concessões e Serviços S.A. (ECOCONCESSÕES), antes de esta ser cindida e verter a réplica do investimento em questão para o patrimônio da Contribuinte.

O voto vencedor do acórdão recorrido traz as seguintes ponderações:

A decisão recorrida manteve a exigência tributária em sua totalidade e o recurso voluntário devolveu as matérias deste processo ao colegiado, dentre elas a questão relativa à dedutibilidade do ágio.

A fiscalização apontou quatro fundamentos para a glosa de despesa com o ágio em tela, a saber: (i) inexistência de confusão patrimonial entre a real adquirente, a empresa Ecorodovias Infraestrutura e Logística S/A (ECOINFRAESTRUTURA) e a beneficiária da dedução do ágio, a empresa atuada (ECOCATARATAS); (ii) duplicidade de utilização do ágio, pela ECOCATARATAS e pela ECOINFRAESTRUTURA; (iii) desvio de finalidade da dedução das despesas, violando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e (iv) inexistência de propósito negocial. O primeiro desses fundamentos foi debatido em profundidade pelo colegiado e será abordado a seguir. Em apertada síntese, são três as operações societárias mais relevantes para serem consideradas. Inicialmente, a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu de terceiros a empresa atuada, pagando valor superior ao correspondente patrimônio líquido, o que deu ensejo ao registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura. Em seguida, a empresa ECOINFRAESTRUTURA integralizou ações da empresa Ecorodovias Concessões e Serviços S/A (ECOCONCESSÕES), do mesmo grupo econômico, dando em pagamento as ações da empresa atuada, o que deu ensejo para que a ECOCONCESSÕES contabilizasse o ágio ocorrido na aquisição da empresa atuada. Por fim, a ECOCONCESSÕES sofreu uma cisão parcial e o patrimônio cindido foi absorvido pela empresa atuada, inclusive as suas próprias ações, e esta passou a deduzir o referido ágio.

A fiscalização adotou o entendimento de que a real adquirente na operação que gerou o ágio é a empresa ECOINFRAESTRUTURA e constatou que essa empresa não teve o seu patrimônio absorvido pela empresa atuada, de forma que esta última não poderia deduzir o ágio. De seu lado, o contribuinte defende que a empresa ECOCONCESSÕES é a real adquirente e teve parte de seu patrimônio absorvido pela empresa atuada, o que autorizaria a dedução do ágio, conforme o seguinte excerto (fls. 1583):

89. Portanto, não existe nenhuma margem para questionar as seguintes afirmações: (a) o adquirente da participação societária era a EcoConcessões para todos os fins de direito; (b) não existe nenhuma alegação de dolo, fraude, simulação ou abuso de direito que desloque a condição de adquirente para uma outra pessoa jurídica; (c) o ágio amparado em transações com terceiros não relacionados foi pago pela EcoConcessões e reconhecido de acordo com a melhor técnica contábil; e (d) a EcoRodovias Holding não tinha o registro de um "ágio indireto" (ou da substância econômica do ágio), mas tão apenas refletia o investimento na EcoConcessões pelo método da equivalência patrimonial.

90. Sendo assim, quando da cisão parcial da EcoConcessões, com incorporação da parcela cindida (investimento na Requerente) dentro da própria Requerente (Passo 2), ocorreu a perfeita

subsunção da norma prevista no artigo 7.º da Lei nº 9.532/97: "A pessoa jurídica [Requerente] que absorver patrimônio de outra [EcoConcessões], em virtude de incorporação, fusão ou cisão [Passo 2], na qual detenha participação societária adquirida [EcoConcessões era efetiva adquirente] com ágio [a melhor prática contábil obrigava o reconhecimento do ágio] [...] poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura".

Perquire-se se as operações societárias realizadas após a geração do ágio tiveram o efeito de transferir o direito de dedução para a empresa autuada.

Inicialmente, deve ser deixado claro que o ágio, nos termos do artigo 20¹ do Decreto-Lei nº 1.598/1997, é a parte do valor de aquisição de uma participação societária que excede o correspondente patrimônio líquido da empresa adquirida. Assim, o ágio é uma riqueza que a empresa adquirente entrega aos vendedores da empresa adquirida. Portanto, o ágio não fica com a empresa adquirente, ele se vai com os antigos proprietários da empresa adquirida.

O que fica com a empresa adquirente é uma obrigação de contabilizar o ágio, ou seja, segregar o custo de aquisição entre o valor patrimonial e o valor excedente. Saliente-se que isso não é o ágio, mais o registro contábil do

Também fica com a empresa adquirente uma expectativa de direito, qual seja, o de reduzir o valor tributável de eventual ganho de capital em também eventual alienação da referida participação societária (artigo 33² do Decreto-Lei nº 1.598/1977) ou, ainda, de reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, em parcelas, em eventual absorção do patrimônio da adquirida pela adquirente (artigo 7³ Lei nº 9.532/1997), ou o contrário

¹ pagamento do ágio.

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

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

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

² Art 33 - O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores:

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

II - 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.

³ 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:

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

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

(artigo 8º⁴ da mesma lei). De toda sorte, na verdade, o direito de pagar menos tributos somente surge quando atendidas as condições legais.

Assim, em razão de ser criado por leis, em que são estipuladas condições para o seu exercício, o que se costuma chamar de "ágio" é uma expectativa de direito que somente ganha concretude mediante o atendimento das condições estipuladas nas leis que a criou, ou seja, é um bem jurídico condicionado. Por ser oponível apenas contra o Fisco, o chamado "ágio" é bem jurídico condicionado de natureza tributária.

Saliente-se, ainda, que as condições legais para o surgimento do direito subjetivo somente podem ocorrer uma única vez, ou seja, a alienação com ganho de capital (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977) ou a absorção do patrimônio de uma pela outra (artigos 7º ou 8º da Lei nº 9.532/1997) pode ocorrer apenas uma única vez. Assim, o chamado "ágio" é um bem que se exaure no momento em que surge.

Em resumo, o "ágio" é uma expectativa de direito condiciona que se exaure no momento de sua realização e, sendo assim, é um bem indisponível, pela sua própria natureza, não sendo apto a integralizar capital social subscrito.

Em razão dessa sua natureza, as atuais normas contábeis brasileiras determinam que o registro do "ágio" com fundamento em expectativa de rentabilidade futura seja escriturado como um "ativo fiscal diferido", nos termos dos itens 5 e 32A do Pronunciamento CPC 32, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata dos Tributos sobre o Lucro, verbis:

5. Os seguintes termos são utilizados neste Pronunciamento com os significados especificados:

[...]

Ativo fiscal diferido é o valor do tributo sobre o lucro recuperável em período futuro relacionado a:

- (a) diferenças temporárias dedutíveis;
- (b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e
- (c) compensação futura de créditos fiscais não utilizados

[...]

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

⁴ Art. 8º O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando:

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

32A. Se o valor contábil do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) que surgir de combinação de negócios for menor do que a sua base fiscal, a diferença dá margem a ativo fiscal diferido. O ativo fiscal diferido advindo do reconhecimento inicial do ágio será reconhecido como parte da contabilização de combinação de negócios na medida em que for provável que estará disponível lucro tributável contra o qual a diferença temporária dedutível poderá ser utilizada.

Embora esta norma contábil não estivesse em vigor na época da aquisição da ECOCATARATAS, ela ilustra bem a natureza do chamado "ágio".

É inquestionável o fato de que o titular original do "ágio" é a empresa ECOINFRAESTRUTURA.

Também é inquestionável o fato de que nunca houve absorção patrimonial entre as entidades ECOINFRAESTRUTURA e ECOCATARATAS, o que implica dizer que a ECOINFRAESTRUTURA nunca adquiriu o direito de reduzir o pagamento de tributos em razão do artigo 7º Lei nº 9.532/1997.

Todavia, a ECOINFRAESTRUTURA alienou as ações da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES. Nesse momento, adimpliu a condição estipulada no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e fez surgir o direito de pagar menos tributos diante de eventual ganho de capital nessa alienação. Portanto, o chamado "ágio", a expectativa de direito condicionada de que falamos, se consumou e se exauriu nesse momento. Com isso, entendo que a ECOCONCESSÕES não adquiriu o "ágio" da ECOINFRAESTRUTURA, pois esse se exauriu no momento em que as ações da ECOCATARATAS foram alienadas para ela.

Portanto, se a ECOCONCESSÕES contabilizou um ágio na aquisição das ações da ECOCATARATAS, este não pode ser o mesmo que surgiu quando a ECOINFRAESTRUTURA adquiriu as mesmas ações.

Tratando-se de uma nova aquisição, o ágio que possa surgir na operação também é novo e deve atender aos requisitos legais: efetivo pagamento, partes não relacionadas e avaliação legítima. Nenhum desses requisitos foi satisfeito pela ECOCONCESSÕES, de forma que esta não adquiriu a expectativa de direito de que se tem tratado e a absorção patrimonial que se seguiu não fez surgir o direito reclamado pelo recorrente.

Diante do exposto, entendo que o contribuinte não atendeu aos requisitos legais para a dedução do ágio amortizado, conforme apontado pela fiscalização, sendo devida a glosa laborada pela fiscalização.

No paradigma nº 9101-006.363, aqui invocado pela Contribuinte e reconhecido como abordagem divergente de operação semelhante à presente – na qual a adquirente da participação societária na investida com ágio, a transfere temporariamente a pessoa jurídica do mesmo grupo econômico que, embora

operacional, presta-se como veículo deste investimento recebido para sua subsequente incorporação pela investida, aqui mediante prévia cisão parcial – esta Conselheira declarou voto que restou vencido em razão do critério de desempate então vigente, aqui reiterado como fundamento para a decisão adotada pela maioria qualificada deste Colegiado:

No mérito do recurso especial da Contribuinte acerca das glosas de amortização de ágio, como bem demonstra a I. Relatora, reconhecido está que houve ágio pago na aquisição do investimento em VALE DO ROSÁRIO por B5. Contudo, a transferência deste investimento a CESE não representa aquisição hábil a constituir novo ágio passível de amortização na forma dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, a partir da incorporação de CESE por VALE DO ROSÁRIO.

A amortização de ágio em tais circunstâncias é matéria que vinha sendo decidida em linha com as premissas do acórdão recorrido pela maioria qualificada desta Turma, pautando-se em premissas que foram fundamentadamente fixadas pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura em diversos votos condutores de acórdãos deste Colegiado. Dentre as manifestações mais recentes, destaca-se o voto condutor do Acórdão nº 9101-004.498, nos seguintes termos:

Propõe-se, inicialmente, discorrer sobre uma análise histórica e sistêmica sobre o tema, para depois tratar do caso concreto.

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 escritural⁵. 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, que não são objeto de análise do presente voto.

Enfim, 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 os 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.

⁵ IUDÍCIBUS, Sérgio de. Manual de contabilidade das sociedades por ações: (aplicável às demais sociedades), 1ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 31

Há que se observar, inicialmente, como o art. 219 da Lei nº 6.404, de 1.976 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.

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) manter, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente. (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 cisão⁶.

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

⁶ Ver Acórdão nº 1101-000.841, da 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara do CARF, da relatora Edeli Pereira Bessa., p. 15.

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 1997⁷, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.532, de 1997.

11. 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 SCHOUERI⁸ 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.

(...)

⁷ 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.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários). São Paulo : Dialética, 2012, p. 66 e segs.

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.

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 Mista⁹ 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 incorporadora (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

⁹ 17 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.

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.

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 DF CARF MF Fl. 4353 Original Fl. 38 do Acórdão n.º 9101-006.831 - CSRF/1ª Turma Processo nº 10980.724544/2016-01 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/99¹⁰.

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

¹⁰ 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).

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 à amortização do ágio, proliferaram-se situações no qual se busca, especificamente, o enquadramento da norma permissiva de despesa.

Tratam-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 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.

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 ATALIBA¹¹.

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

Ao se apreciar o aspecto pessoal, 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

¹¹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

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 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 consumar 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. SCHOUERI¹², 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.

¹² 20 SCHOUERI, 2012, p. 62.

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. 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. (destaques do original)

Nestes autos, resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte, formadora do ágio amortizado, foi B5 S/A.

Diante de todo o escrito pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).

Isso porque o evento de incorporação não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida.

O que se observa é que o evento de incorporação não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa CESE – Companhia Energética Santa Elisa, denominada como “empresa-veículo” e investida, ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa B5 S/A).

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa CESE – Companhia Energética Santa Elisa (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (B5 S/A) do evento de incorporação.

A autoridade lançadora por sua vez, bem apontou a desnecessidade da interposição de CESE nas operações realizadas pelo grupo empresarial:

[...]

Expresso está, nestes termos, que no contexto da unificação das atividades operacionais em uma empresa do grupo, a VALE DO ROSÁRIO, que já estava sob o controle da B5, passou ao controle de CESE já se sabendo que a CESE seria incorporada na etapa seguinte pela Vale do Rosário. Evidente que esta interposição de CESE se prestou, DF CARF MF Fl. 4361 Original Fl. 46 do Acórdão n.º 9101-006.831 - CSRF/1ª Turma Processo nº 10980.724544/2016-01 apenas, a constituir um cenário artificial para posterior aproveitamento fiscal do ágio. A pretensão, desde o início, era que VALE DO ROSÁRIO concentrasse as demais atividades operacionais, inclusive de CESE, de modo que a única razão para CESE figurar transitoriamente como titular da participação societária em VALE DO ROSÁRIO era simular uma aquisição que viabilizasse a amortização fiscal do ágio pago unicamente por B5.

No que se refere à validade das operações e presença de propósito negocial, na medida em que outras operações societárias, se realizadas, permitiriam a amortização do ágio pago, importa observar que a legislação tributária é clara ao exigir a confusão patrimonial entre investidora e investida. Assim, se não é interesse do grupo empresarial promover esta integração, a impossibilidade de amortização do ágio é inafastável, e representa mera decorrência da escolha feita de não integrar adquirente e adquirida.

O investimento com ágio é uma realidade presente no patrimônio que sofreu a insubsistência ativa para aquisição da investida, ainda que eventualmente replicada no patrimônio de pessoas jurídicas interpostas entre a real adquirente e a adquirida, de modo a viabilizar a dedução do custo de aquisição, mediante amortização do ágio, relativamente a um ativo que permanece integrado ao patrimônio da real adquirente.

Admitir que esta replicação do custo do investimento permita afirmar que a aquisição poderia ser feita por qualquer empresa ligada à adquirente original, significa que o grupo empresarial pode decidir onde realizar o custo incorrido na aquisição do investimento. Contrárias a este entendimento são as razões assim expostas por esta Conselheira no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.961:

Contudo, é fundamental que a incorporação se verifique entre investida e investidora, com conseqüente confusão patrimonial e extinção do investimento, para que a amortização do ágio gere efeitos na apuração do lucro tributável. Aqui, porém, ao término das operações, nada mudou, pois o Santander Hispano permaneceu

com a mesma quantidade de ações e na mesma condição de controlador do Banespa.

Esta distorção, aliás, é reconhecida pela própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ao analisar a incorporação promovida por meio de uma sociedade veículo, assim expondo na Nota Explicativa à Instrução CVM nº 349/2001, que alterou a redação da Instrução CVM nº 319/99:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição, acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Significa dizer que embora transferido o ágio para empresa veículo, e na seqüência para a incorporadora desta, os efeitos econômicos do ágio originalmente contabilizado na controladora subsistem. Assim, a definição acerca do atendimento à finalidade dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 passa, primeiramente, pelo exame da validade da transferência do ágio originalmente contabilizado pela investidora para a Santander Holding, mediante subscrição de seu capital com o investimento por ela detido no Banespa. Não se exige, aqui, uma lei autorizadora de transferência de ágio por meio de subscrição de aumento de capital. Se não há vedação legal e os atos societários são realizados com observância dos requisitos formais, e têm por objeto ágio efetivo e pago, seria necessário disposição legal específica para se negar validade aos atos societários no âmbito tributário. Contudo, é necessário verificar se a incorporação entre a investida e esta empresa para a qual foi transferido o ágio atende aos requisitos legais para que a amortização deste afete o lucro tributável.

Recorde-se o que diz a Lei nº 9.532/97:

Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado

segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (Vide Medida Provisória nº 135, de 30.10.2003)

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

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

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

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

[...]

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

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

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

Claro está que as empresas envolvidas na incorporação devem ser, necessariamente, a adquirente da participação societária com ágio e a investida adquirida. Em que pese a lei não vede a transferência consoante antes demonstrado, este procedimento não extingue, na real adquirente, a parcela do investimento correspondente ao ágio, de modo que ao final dos procedimentos realizados, com a incorporação da empresa veículo pela investida, a propriedade da participação societária adquirida com ágio subsiste no patrimônio da investidora, diversamente do que cogita a lei.

Em tais condições, a amortização do ágio que passou a existir no patrimônio da investida (Banespa) somente poderia surtir efeitos na apuração do seu lucro real caso se verificasse a sua extinção, ou

da investidora (Santander Hispano), mediante incorporação, fusão ou cisão entre elas promovida, por meio da qual o ágio subsistisse evidenciado apenas no patrimônio resultante desta operação, na forma do art. 7º da Lei nº 9.532/97. Na medida em que tal não ocorreu, a dedutibilidade do ágio submete-se à regra geral exposta no Decreto-lei nº 1.598/77:

Art. 23. [...]

Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

[...]

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

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; II - 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. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real.

[...]

Pertinente citar, novamente, abordagem contida na obra *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, antes referida¹³. Nela, o autor Luís Eduardo Schoueri preliminarmente expõe o entendimento de que o ágio, para o investidor, é custo que deve ser considerado em caso de alienação do investimento. Os resultados auferidos com este investimento são reconhecidos, no patrimônio do investidor, como resultados da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação nesta ótica. Seguindo a mesma lógica, a amortização contábil do ágio por rentabilidade

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. *Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)*, São Paulo: Dialética, 2012

futura, por parte do investidor, também não deve afetar o lucro tributável.

Diante deste contexto, o autor reputa incabível afirmar que o ágio, ainda que fundamentado na rentabilidade futura, pode ser considerado realizado antes da incorporação de uma das pessoas jurídicas envolvidas (exceto se antes disso tiver ocorrido baixa da participação societária adquirida, quando, em regra o ágio será realizado) (Op. cit. p. 73). E complementa mais à frente: com a incorporação, alerte-se, já não há mais que falar em investimento nem em ágio. Ambas as figuras desaparecem (Op. cit. p. 74).

Entende o referido autor que a partir da incorporação, os lucros passam a ser tributados na investidora, pois antes disso no máximo haverá receita de equivalência patrimonial, não tributável (Op. cit. p. 79). Aqui, porém, os lucros permanecem tributados na investida, que os reduz mediante amortização de ágio decorrente de investimento que subsiste no patrimônio da investidora original.

Caso a investidora fosse empresa nacional, a provisão determinada pela Instrução Normativa CVM no 349/2001 impediria que a equivalência patrimonial refletisse no seu patrimônio apenas o valor líquido dos resultados, restabelecendo o reconhecimento bruto dos resultados da investida, sem os efeitos da amortização do ágio na investida, dado que a amortização do ágio se repetiria na investidora. A diferença está na redução da carga tributária da investida que esta manobra permite, em desrespeito ao previsto no art. 7º da Lei no 9.532/97.

Evidenciado, portanto, que não houve a extinção do investimento, inadmissível a amortização fiscal do ágio.

[...]

Acrescente-se, ainda, que o aporte do lance como capital de uma empresa veículo, para que esta participasse do leilão público – estratégia desconsiderada por prejudicar o sigilo do prego ofertado – não seria suficiente para caracterizar esta intermediária como adquirente e permitir-lhe a amortização do ágio com efeitos fiscais em caso de incorporação da ou pela investida, na medida em que a empresa assim criada representaria apenas uma extensão do caixa da real adquirente, de modo que a subsequente incorporação não ensejaria a união de patrimônios entre investidora e investida, exigida pela Lei nº 9.532/97. (destaques do original)

No mais, ainda que a economia fiscal possa ser considerada propósito negocial suficiente para fundamentar determinados atos praticados pelos

sujeitos passivos, este direito não é ilimitado e não lhes permite simular situações jurídicas como as verificadas nestes autos.

Correta, assim, a glosa promovida.

Estas as razões, portanto, para divergir da I. Relatora e NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte. (destaques do original)

No presente caso, também resta fora de dúvida que a real investidora, que suportou o ônus da aquisição da participação societária na Contribuinte (investida), formadora do ágio amortizado, foi Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A, antes denominada Primav Ecorodovias S.A e aqui referida como ECOINFRAESTRUTURA. Em 07/02/2008 o investimento em questão foi adquirido de alienantes partes não relacionadas, com o pagamento de R\$ 426,5 milhões e reconhecimento de ágio de R\$ 375,6 milhões, fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da investida.

Contudo, consoante referido pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto acima transcrito, a operação em análise não passa pela primeira verificação (vide item 8 do voto).

O evento de incorporação, porém, não ocorreu envolvendo a pessoa jurídica investidora e a pessoa jurídica investida. Em 26/08/2009 o investimento adquirido com ágio foi transferido pela investidora para ECOCONCESSÕES, a qual, em 29/12/2010, é cindida para versão deste investimento para o patrimônio da investida.

O que se observa é que o evento de incorporação do patrimônio vertido em cisão parcial não contou com a participação da investidora, mas sim da empresa ECOCONCESSÕES, denominada como "empresa-veículo", ou seja, não estava presente a investidora (não participou do evento de incorporação a empresa ECOINFRAESTRUTURA).

E, na mesma medida, não se consumou a confusão patrimonial entre o investidor e o investimento.

A utilização da empresa ECOCONCESSÕES (denominada "empresa-veículo") tornou impossível a concretização da hipótese de incidência da norma, pois afastou a investidora (ECOFRAESTRUTURA) do evento de incorporação.

A autoridade lançadora, por sua vez, também aqui apontou a desnecessidade da interposição de ECOCONCESSÕES nas operações realizadas pelo grupo empresarial:

57. No caso do fiscalizado, investidor e investimento não se fundiram e, por essa razão, o ágio ainda compõe o valor do investimento original, não mais com o nome de ágio, mas pela existência, na composição do valor do investimento, da substância econômica representada por esse ágio.

58. Isso é o que será tratado a partir deste ponto.

59. Conforme já delineado anteriormente, a ECOCATARATAS foi adquirida, em 7 de fevereiro de 2008, pela ECOINFRAESTRUTURA, sendo que o valor patrimonial do investimento era de R\$ 50,9 milhões, enquanto o ágio pago na operação foi de R\$ 375,6 milhões.

60. Em 26 de agosto de 2009, a ECOINFRAESTRUTURA integralizou capital na ECOCONCESSÕES mediante a transferência do controle acionário da ECOCATARATAS. Nessa operação, o ágio gerado na aquisição da ECOCATARATAS foi transferido.

61. Por fim, em 29 de dezembro de 2010, a ECOCONCESSÕES foi cindida, sendo o patrimônio líquido cindido incorporado pela ECOCATARATAS. Nessa operação, o ágio gerado na aquisição da própria ECOCATARATAS foi para ela transferido e, a partir desse mês, a empresa começou a deduzir, na apuração de seu lucro real e de sua base de cálculo da CSLL, despesas com a amortização desse ágio.

62. Fazendo-se analogia com os exemplos citados anteriormente, verifica-se que, nessa sequência de operações, a ECOINFRAESTRUTURA foi o investidor original, a ECOCONCESSÕES funcionou como empresa veículo e a ECOCATARATAS foi o investimento.

63. Deve-se apenas esclarecer que, neste caso, a empresa veículo não atende a definição usual de empresa de prateleira, sem estrutura ou atividade operacional e de duração efêmera. Apesar da ECOCONCESSÕES se constituir em empresa que não apresenta nenhuma dessas características, não se pode negar ter sido usada apenas como veículo para a transferência desse ágio. Há que se considerar, também, que o fato da empresa veículo ser operacional não faz com que a substância econômica desse ágio tenha deixado de existir na investidora original ou que investidor e investimento tenham se transformado em uma só universalidade, conforme se exige para que operações de transferência de ágio pago possam motivar a dedução de despesas com a sua amortização na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

64. Voltando ao caso concreto, tem-se, portanto, que ECOINFRAESTRUTURA e ECOCATARATAS continuaram a existir individualmente após a operação de cisão com incorporação da parte cindida ocorrida em 29 de dezembro de 2010, o que, por si só, ante a legislação e a jurisprudência analisadas, constitui-se em condição que inibe o aproveitamento do ágio na forma prevista no art. 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997. Tal fato, portanto, autoriza a glosa dos valores deduzidos, a esse título, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

65. Além disso, a substância econômica desse ágio continua a existir na ECOINFRAESTRUTURA, conforme a seguir se demonstra.

66. Inicialmente, em 7 de fevereiro de 2008, quando da aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA, o patrimônio líquido da adquirida foi registrado na contabilidade da adquirente pelo valor de R\$ 50,9 milhões. A partir dessa data, esse investimento sofreu alterações significativas de valor apenas a título de resultado de equivalência patrimonial e pagamento de dividendos, mesmo após a integralização na ECOCONCESSÕES (arquivos “4 - EcoInfra – Razão conta 130101013 - INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2012” e “1 - EcoConcessões - Razão conta 130101013 - INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2009 a 2012”, anexos ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830). Alguns dias antes da operação de reorganização societária em questão, mais precisamente, em 30 de novembro de 2010, o valor do investimento registrado na contabilidade da ECOCONCESSÕES era de R\$ 89,9 milhões (arquivo “1 - EcoConcessões - Razão conta 130101013 - INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2009 a 2012”, aba “2010-1”, anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830).

67. Em 29 de dezembro de 2010, portanto, ocorreu a operação de cisão da ECOCONCESSÕES seguida da incorporação, pela ECOCATARATAS, da parte cindida. Nessa mesma data, mediante operação societária ocorrida em paralelo, o controle acionário, que era unicamente da ECOCONCESSÕES, passou a ser totalmente da ECOINFRAESTRUTURA. Contabilmente, o registro desse controle se deu pela baixa do investimento existente na ECOCONCESSÕES, pelo valor de R\$ 89,9 milhões (arquivo “1 - EcoConcessões - Razão conta 130101013 - INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2009 a 2012”, aba “2010-2”, anexa ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830), seguida do registro, na contabilidade da ECOINFRAESTRUTURA, do mesmo investimento, dessa feita, no valor de R\$ 288,4 milhões (arquivo “4 - EcoInfra - Razão conta 130101013 - INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2012”, aba “2010”, anexa ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830). Para melhor entendimento, reproduz-se, abaixo, o lançamento que registra tal fato na contabilidade da ECOINFRAESTRUTURA.

Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Saldo (R\$)	D/C	Histórico
29/12/2010	130101013 / Invest. Rodovia das Cataratas	D	288.445.500,83	288.445.500,83	D	Incorporação ágio Cataratas
29/12/2010	211301002 / Outros Adiantamentos	C	288.445.500,83	288.445.500,83	D	Incorporação ágio Cataratas

68. Neste ponto, verifica-se que o valor do investimento foi inflado pela substância econômica adquirida durante a operação societária realizada entre ECOINFRAESTRUTURA, ECOCONCESSÕES e ECOCATARATAS, passando de R\$ 89,9 milhões para R\$ 288,4 milhões. Portanto, resta apenas esclarecer do que consiste essa substância econômica.

69. Primeiramente, verifica-se, no histórico dos registros contábeis das empresas envolvidas na operação, a repetida utilização dos termos “INCORPORACAO AGIO” e “INCORPORACAO AGIO ECOCATARATAS” para referenciar os lançamentos decorrentes da operação societária em questão.

70. Por fim, tirando de vez qualquer dúvida, verifica-se que, no lançamento que representa a cisão realizada na ECOCONCESSÕES, a substância econômica da cisão, aquela que vai surtir o efeito de aumentar o patrimônio líquido da incorporadora, é composta pelo ágio.

71. Vejamos o lançamento citado: O mesmo se percebe pelo lançamento registrado na contabilidade da ECOCATARATAS:

Saldo inicial: 89.913.292,95 D					
Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Saldo (R\$)	Histórico
29/12/2010	211301002 / Outros Adiantamentos	D	373.292.535,04	0,00	Outros adiantamentos Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130170904 / Amortiz Invest. Rodovia das Cataratas	D	76.931.853,41	0,00	Amortiz. Investment Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130170999 / Amortiz Invest. Ecocataratas - ICPC-01 -Trafé	D	75.720.047,01	0,00	Amortiz. Investment Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130101099/ Invest. Rod. das Cataratas-ICPC-01	D	66.745.582,64	0,00	Invest. Cataratas Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130170004 / Ágio Investim. Rodovia da Cataratas	C	375.608.461,33	0,00	Agio Investm.Catara Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130101013 / Invest. Rodovia das Cataratas	C	89.913.292,95	0,00	Invest. Cataratas Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130170998 / Amortiz. Invest. Ecocataratas – ICPC-01 - Linea	C	76.931.853,46	0,00	Amortiz. Investment Ref: Incorp Agio
29/12/2010	130170099 / Ágio Invest. Rodovia das Cataratas-ICPC-01	C	50.236.389,62	0,00	Agio Investm.Catara Ref: Incorp Agio
29/12/2010	311102001 / Bancárias	C	20,74	0,00	Bancarias Ref: Incorp Agio

72. O mesmo se percebe pelo lançamento registrado na contabilidade da ECOCATARATAS:

Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Hist
29/12/2010	130170004 / Ágio Investim. Rodovia da Cataratas	D	375.608.461,33	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	130170998 / Amortiz. Invest. Ecocataratas – ICPC-01 - Linea	D	76.931.853,46	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	130101099/ Invest. Rod. das Cataratas-ICPC-01	D	50.236.389,62	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	240101011 / Ecorodovias Concessões e Serviços	C	249.619.261,00	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	213007903 / Contrato de Mutuo	C	100.505.542,88	Doc. conta Lanç. em c
29/12/2010	130170904 / Amortiz Invest. Rodovia das Cataratas	C	76.931.853,41	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	130170999 / Amortiz Invest. Ecocataratas - ICPC-01 -Trafé	C	75.720.047,01	Incorporação Ecocataratas
29/12/2010	311102001 / Bancárias	C	0,11	Incorporação Ecocataratas

73. Resta claro, portanto, que a operação teve como principal objetivo a transferência do ágio aqui discutido para a ECOCATARATAS. Com isso, seu patrimônio líquido aumentou de cerca de R\$ 23,1 milhões para R\$ 265,2 milhões (arquivo “8 -Ecocataratas - Razão Patrimônio Líquido - 2010”, anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830).

74. Portanto, mesmo após inúmeras intervenções societárias e contábeis, pode-se perceber claramente que o investimento na ECOCATARATAS, naquele momento, pertencente a ECOINFRAESTRUTURA, é composto pelo seu patrimônio líquido inicial, ajustado por equivalência patrimonial e distribuição de dividendos, porém, de valor final inferior a R\$ 90 milhões, somado à substância econômica do ágio, essa parte perfazendo cerca de R\$ 200 milhões.

75. Desse modo, ao ser mantida a possibilidade de utilização da substância econômica do ágio na realização do investimento pelo investidor e ao passarem a ser deduzidas as despesas com amortização do ágio para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, restou configurada a dupla utilização e, assim, restou frustrado o objetivo da Lei. Desse modo, há que se concluir ser imperativa a glosa dos valores deduzidos, para fins fiscais, a título de despesas com a amortização do ágio em tela.

Correta, assim, a glosa promovida.

Estas as razões, portanto, para a maioria qualificada deste Colegiado NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Como muito bem destacada pela decisão supra transcrita, não houve, no caso em julgamento, confusão patrimonial entre a investidora (aqui denominada de ECOINFRAESTRUTURA) e a investida (Recorrente), posto que o investimento original foi transferido para a

ECOCONCESSÕES, que por sua vez foi submetida a cisão parcial e incorporada pela Contribuinte, investida.

A operação de incorporação envolveu, portanto, a ECOCONCESSÕES e a Recorrente, sem a participação da investidora ECOINFRAESTRUTURA, de modo que o comando legal que autoriza a dedução de despesas com amortização do ágio não foi atendido, posto não ter ocorrido confusão patrimonial entre a investidora a e investida.

Registre-se ainda que o motivo descrito como “Descabimento da exclusão, quando da determinação das bases tributáveis, das parcelas do ágio amortizadas contabilmente pela investidora antes da incorporação” não tem o condão de alterar a decisão do presente processo já que, como assentado, o ágio apurado pela investidora e transferido para terceira pessoa jurídica, não pode ser objeto de dedução da base de cálculo posto não restar caracterizada a indispensável confusão patrimonial entre investidora e investida.

Portanto, ainda que o ágio não houvesse sido previamente amortizado pela investidora, sua transferência para outra pessoa jurídica não concretiza a hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.532/1997 para fins de sua amortização pela incorporadora.

Por estes fundamentos, não há como prover o recurso voluntário nesta matéria.

DA MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSIS DE IRPJ E DE CSLL

A Turma Julgadora decidiu, por voto de qualidade, pro manter a exigência de multa isolada por recolhimentos insuficientes de IRPJ e de CSLL decorrentes das estimativas mensais.

Embora o tema não seja pacífico no âmbito deste Conselho, filio-me à corrente que admite a concomitância da multa isolada com a multa de ofício. Peço vênica para adotar como fundamento para decidir o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado no acórdão nº 9101-005.695, de 13/08/2021:

Inexiste qualquer conflito legal para aplicação da multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo em conjunto com a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas.

Desde logo afasto a aplicação da súmula CARF nº 105, porquanto o lançamento da multa isolada, sobre os períodos abrangidos no recurso especial, foi fundamentado no Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.

Com efeito, o alcance da referida súmula é limitado às exigências formalizadas anteriormente às alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 11/488/2007. O enquadramento legal citado expressamente no texto da súmula (*art.44, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996*) deixou de existir a partir de 22/01/2007.

Na mesma data, foi publicada no DOU (edição extra) e entrou em vigor a Medida Provisória nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007. Foram

alterados o percentual aplicável (de 75% para 50%) e também a base de incidência da multa (antes, a *totalidade ou diferença de imposto ou contribuição*, após, o *valor do pagamento mensal que deixar de ser efetuado*).

Assim, se, além das estimativas mensais que deixaram de ser recolhidas, a fiscalização constata que também o saldo de imposto anual devido em face da apuração do resultado do exercício não foi declarado/recolhido, ou o foi à menor, impõe-se a cobrança das diferenças de tributos devidas acrescidas da respectiva multa de ofício (75%), aplicada sobre o saldo de tributo devido.

Ora, é princípio basilar de hermenêutica que "a lei não contém palavras inúteis".

Ao estabelecer que é devida a multa isolada ainda que a pessoa jurídica tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da contribuição social, o legislador deixou muito claro que a penalidade isolada não se confunde e não pode se fundir com a multa de ofício eventualmente devida pelo saldo de tributo devido no ano. Interpretação nesse sentido implica em negar validade ao citado dispositivo.

A imposição da multa isolada visa prestigiar o contribuinte que cumpre com suas obrigações e observa um dos princípios essenciais da atividade econômica, previsto na Constituição Federal de 1988: o princípio da livre concorrência (vide Art. 170, inc IV, Art. 146-A e Art. 173, § 4º).

Ao impor ao infrator a penalidade isolada a lei visa desestimular comportamentos que levem a condições desiguais, pois enquanto os contribuintes que honram com suas obrigações sacrificam parte de seus fluxos de caixa para contribuir com a coisa pública, muitas vezes tendo que recorrer ao pagamento de juros a terceiros, o infrator (que deixa de recolher o tributo estimado) preserva o seu "Caixa" e se coloca em situação vantajosa economicamente perante os seus concorrentes.

É cediço os efeitos que a sonegação tem sobre o equilíbrio concorrencial. Portanto, ao se desonerar da multa isolada o contribuinte que deixa de efetuar o recolhimento por estimativa ferir-se-ia, além da legalidade, o princípio da isonomia.

Rejeito, também, o argumento, que tem sido reiteradamente utilizado pelos que defendem a impossibilidade de coexistência das duas penalidades, quanto a possibilidade de estarmos diante da ocorrência de um "*bis in idem*": aplicação da multa isolada e da multa de ofício sobre um mesmo fato.

Não vejo como se possa defender a existência de um mesmo fato a ensejar a aplicação das penalidades.

A lei é cristalina ao estabelecer cada uma das hipóteses em que as penalidades são aplicáveis, sendo certo que as infrações ocorrem em momentos absolutamente distintos, embora possam ser detectadas num mesmo momento pela fiscalização.

Enquanto a infração pelo não recolhimento dos tributos devidos com base na estimativa mensal ocorre durante o ano-calendário de sua apuração, a infração pelo não recolhimento do tributo anual devido só pode ocorrer depois de encerrado o período de apuração respectivo. São fatos diversos que ocorrem em momentos distintos e a existência de um deles não pressupõe necessariamente a existência do outro.

O percentual da multa isolada que antes coincidia com o mesmo percentual da multa de ofício também era comumente utilizado para justificar o alegado "*bis in idem!*". Porém, também não existe mais essa coincidência, em face de sua redução para 50% pela Lei nº 11.488/2007, e que passou a ser aplicada aos casos pretéritos (inclusive neste) em face da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, alínea "c" do CTN.

Os prazos para cumprimento das obrigações em questão também são distintos em cada caso.

A definição da infração, da base de cálculo e do percentual da multa aplicável é matéria exclusiva de lei, nos termos do art. 97, inc.V do CTN, não cabendo ao intérprete questionar se a penalidade aplicada em tal e qual caso é adequada ou se é excessiva, a não ser que adentre a seara da sua constitucionalidade, o que é vedado no âmbito deste colegiado.

Por fim quanto à alegação da recorrida sobre a aplicação do princípio penal da consunção, valho-me da precisa fundamentação trazida pelo d. conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no acórdão nº 1302-001.080, apontado como um dos paradigmas pela recorrente, para afastá-la, *verbis*:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal *stricto sensu*. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena

fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Em conclusão, se a lei não prevê a possibilidade de aplicação de uma penalidade em detrimento da outra não cabe ao intérprete afastá-la ou modular sua aplicação.

Por estes fundamentos, não há como acolher a pretensão da Recorrente, impondo-se a manutenção da multa isolada aplicada pela autoridade fiscal.

Assinado digitalmente

Maurício Novaes Ferreira