



Processo nº	10980.724544/2016-01
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1201-003.144 – 1^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de	18 de setembro de 2019
Recorrente	RODOVIA DAS CATARATAS S.A. - ECOCATARATAS
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO. ANÁLISE DE FATOS PASSADOS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

A obrigação tributária e, consequentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário através do lançamento surgem apenas com a ocorrência do fato gerador, ou seja, no caso em tela, a cada dedução indevida das despesas de amortização de ágio. Antes das amortizações, não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio ou a sua transferência para a contribuinte, pois tais fatos não tinham, até então, reflexos fiscais (não representavam fatos geradores de obrigações tributárias).

DECADÊNCIA. FRAUDE. INÍCIO DO PRAZO.

Não havendo comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados da data do fato gerador, devendo ser exonerada a parte da exigência que alcança os fatos geradores atingidos pela decadência.

ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. MULTA OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA.

A antecipação do tributo é uma obrigação acessória, exigível mesmo quando não há tributo a recolher na data do fato gerador. Assim, a antecipação não se confunde com a obrigação de pagar o tributo, sendo incomparáveis as suas bases de cálculo e, daí, não havendo impedimento para a exigência concomitante das duas sanções.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Não havendo comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a multa isolada deve ser exigida no seu patamar ordinário de 75%.

EMPRESAS DO GRUPO PARTICIPANTES DAS OPERAÇÕES. INTERESSE COMUM. RESPONSABILIDADE.

A participação no conjunto de operações societárias pelo qual teria surgido o direito de deduzir o ágio não leva, por si só, à responsabilidade tributária pela exigência imposta a quem deduziu indevidamente o ágio.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da ilegalidade ou constitucionalidade de normas jurídicas.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: a) Por maioria, em afastar a alegação de nulidade do Acórdão da DRJ. Vencidos os conselheiros Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa e Alexandre Evaristo Pinto (Relator). b) Por qualidade, em manter as glosas de ágio. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto (Relator) e André Severo Chaves (Suplente Convocado). c) Por maioria, diminuir a multa de ofício do patamar de 150% para 75% (em consequência declarar decaído o lançamento quanto ao ano calendário 2010) e afastar a responsabilidade das empresas Ecoinfraestrutura e Ecoconcessões. Vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa. d) Por qualidade, manter a multa isolada referente aos anos para os quais não se declarou a decadência. Vencidos os conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Alexandre Evaristo Pinto (Relator) e André Severo Chaves (Suplente Convocado). e) Por unanimidade, manter a cobrança de juros Selic. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque (itens "a"; "b" e "d" acima).

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

(Assinado Digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: os conselheiros Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Junior, Alexandre Evaristo Pinto, André Severo Chaves (Suplente convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração em que se exige valores de principal do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSL”) nos anos de 2010 a 2015, acrescidos de multa de ofício agravada de 150%, multa isolada de 50% pela falta de recolhimento de estimativas mensais e juros calculados pela taxa SELIC, em decorrência da glosa de despesas de ágio amortizadas pela Recorrente.

Transcrevo o relatório anexado ao r. acórdão recorrido, complementando-o ao final com o necessário.

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 1474/1514, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, relativa aos anos-calendário de 2010 a 2015, constatou-se o seguinte:

INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica fiscalizada, doravante denominada simplesmente ECOCATARATAS, é a empresa responsável pela administração de 387,1 quilômetros da rodovia BR-277, no trecho compreendido entre os municípios paranaenses de Guarapuava e Foz do Iguaçu, correspondente ao Lote 3 do Programa de Concessão de Rodovias no Estado do Paraná. A concessão desse trecho se deu em 14/11/97, pelo prazo de 24 anos, impondo à concessionária direitos e obrigações relativos a recuperação, melhoramento, manutenção, conservação, operação e exploração da rodovia.

Em 2008, a ECOCATARATAS, até então denominada apenas Rodovia das Cataratas, foi adquirida pelo Grupo Ecorodovias. No "site" do grupo econômico na internet, mais precisamente no endereço www.ecorodovias.com.br, pode-se encontrar o histórico da empresa, aqui parcialmente reproduzimos:

"A história da EcoRodovias foi iniciada em 1997 pela Primav Construções e Comércio Ltda., do Grupo CR Almeida, empresa com 50 anos de atuação no setor de construção pesada e responsável por importantes projetos de infraestrutura no Brasil. (...)

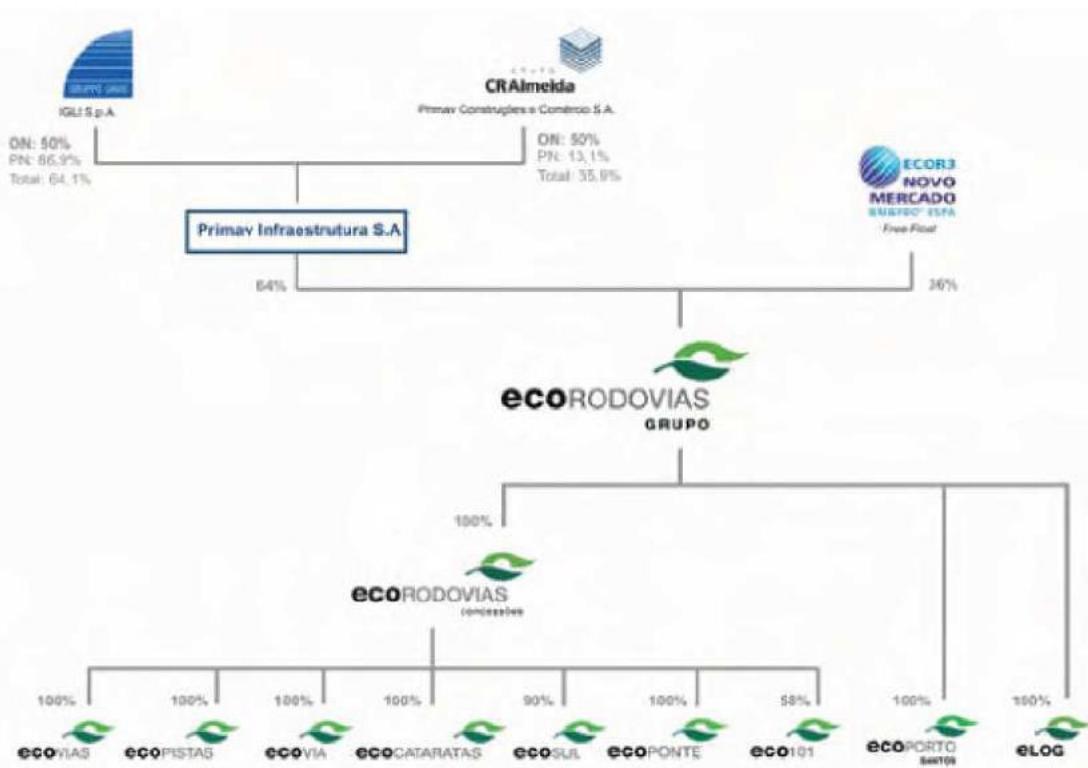
(...)

A experiência desenvolvida com as primeiras concessões foi decisiva para a aquisição, em 2007, da Ecocataratas, empresa que administra a BR 277, de Guarapuava a Foz do Iguaçu, acesso ao Mercosul e à região turística de Foz do Iguaçu; e para vencer a licitação que deu direito à operação do Corredor Ayrton Senna/Carvalho Pinto, em 2009, pela Ecopistas, que liga a capital paulista ao Vale do Paraíba, às praias do litoral norte e ao Porto de São Sebastião.

(...)

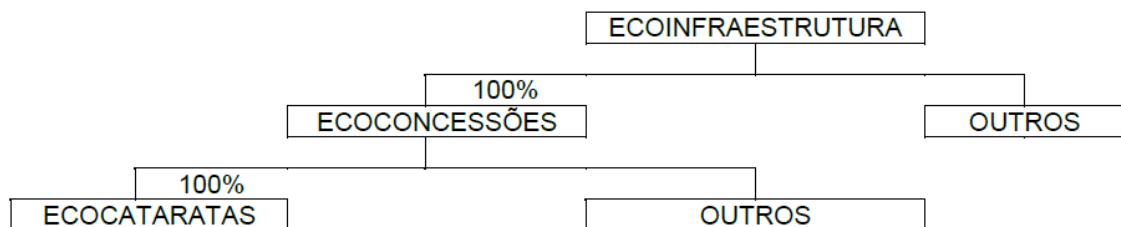
A admissão do Grupo no Novo Mercado aconteceu em abril de 2010, com sua Oferta Pública de Ações (IPO)".

O organograma a seguir reproduzido, também extraído do "site" do Grupo Ecorodovias na internet, sintetiza a composição do grupo e esclarece a posição da empresa fiscalizada na estrutura organizacional da sua controladora.



No organograma acima, o símbolo da holding do Grupo Ecorodovias representa a empresa Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. (CNPJ n.º 04.149.454/0001-80), anteriormente denominada Primav Ecorodovias S.A., a qual, para melhor e mais fácil identificação, será aqui referida apenas como ECOINFRAESTRUTURA. Por sua vez, a pessoa jurídica que pode ser chamada de sub-holding do grupo, representada pelo símbolo denominado Ecorodovias Concessões e que concentra as concessões rodoviárias, consiste na empresa Ecorodovias Concessões e Serviços S.A. (CNPJ n.º 08.873.873/0001-10), doravante referida apenas como ECOCONCESSÕES.

Sintetizando esse organograma temos:



HISTÓRICO DA AÇÃO FISCAL

O início da fiscalização se deu com a ciência do Termo de Início de Ação Fiscal, e durante o procedimento foram emitidos 10 Termos de Intimação Fiscal - TIFs, porém, apenas os que interessam à autuação, ou seja, aqueles que guardam relação com as infrações

apuradas, foram juntados ao presente processo (TIFs n.ºs 3 a 7 e 9, com as respectivas respostas, às fls. 20/254).

De posse dos documentos, planilhas, informações e arquivos digitais apresentados, além dos arquivos relativos à Escrituração Contábil Digital - ECD extraídos do Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, constatou-se que a contribuinte reduziu tanto o seu lucro real quanto a sua base de cálculo da CSLL, por meio da utilização de despesas com amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária.

Embora o histórico extraído do "site" do Grupo Ecorodovias informe que a aquisição da ECOCATARATAS ocorreu em 2007, a documentação apresentada durante a ação fiscal revelou que a empresa foi adquirida pela ECOINFRAESTRUTURA apenas em 07/02/2008. Até então denominada Rodovia das Cataratas, a ECOCATARATAS teve como alienantes partes não relacionadas com o Grupo Ecorodovias, tendo sido a operação concretizada pelo valor de R\$ 426,5 milhões. 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 (arquivo "doc. 01 - Estudo Aquisição Ecocataratas - Finenge - 2007.xls", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 60).

Os valores aqui trazidos foram apresentados pela contribuinte em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal, a seguir transcritos (valores em reais):

1.	426.514.438,10
1.1 Momento Engenharia e Const Civil	3.744.958,26
1.2 Sideco Americana	322.683.217,58
1.3 Sideco Americana (IOF - Câmbio)	1.226.196,23
1.4 Sideco Americana (DARF – IR)	35.606.578,69
1.5 Edmundo Rossi Cuppolini	31.151.243,67
1.6 João Rossi Cuppolini	31.151.243,67
1.7 Pagamento Complementar	951.000,00
2. Valor de Patrimônio Líquido com base em Balancete de 06/02/2008	68.647.472,45
3 . Valor de Patrimônio Líquido levado em consideração para fins de ágio (com ajustes decorrentes de diversidade de critérios entre investida e investidora / estorno da reserva de reavaliação / pagamento de dividendos / resultado do exercício)	50.905.976,70
4. Valor do Ágio (1 – 3)	375.608.462

Em 26/08/2009, a adquirente ECOINFRAESTRUTURA transferiu o controle acionário da ECOCATARATAS para a ECOCONCESSÕES. Nessa operação, o ágio gerado na aquisição da ECOCATARATAS, com fundamento em rentabilidade futura, foi transferido, tendo sido o montante original registrado na conta 130170004 - AGIO INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS, enquanto o valor já amortizado foi registrado na conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS, pelo montante de R\$ 40,7 milhões. Assim, o ágio total transferido nessa operação foi de R\$ 334,9 milhões, conforme demonstra o lançamento a seguir transscrito, o qual foi extraído da contabilidade da ECOCONCESSÕES.

Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Histórico
28/08/2009	130170004 / Ágio Investim. Rodovia da Cataratas	D	375.608.461,33	Ágio invest. Catara ref: reestruturação
28/08/2009	130101013 / Investimento Rodovia das Cataratas S.A.	D	46.567.743,32	Invest. Cataratas ref: reestruturação
28/08/2009	311102002 / Comissões Bancárias	D	8.775,56	Comissões banc. ref: reestruturação
28/08/2009	110230001 / Outros Créditos	C	381.456.351,92	Outros créditos ref: reestruturação
28/08/2009	130170904 / Amortiz Invest. Rodovia das Cataratas	C	40.728.628,29	Amortiz. ágio Catar ref: reestruturação

A partir dessa operação, a ECOCONCESSÕES passou a amortizar esse ágio em parcelas mensais de R\$ 2.262.701,57. Entretanto, por entender ainda não ser possível a dedução dessa despesa para fins de IRPJ e CSLL, a empresa adicionou esses valores na apuração do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL dos anos-calendário de 2009 e 2010, relativamente aos meses de agosto de 2009 a novembro de 2010, registrando tal adição na parte A do seu Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR e do seu Livro da Apuração da CSLL - LACS e mantendo tais valores controlados na parte B desses livros.

Por fim, em 29/12/2010, 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, tendo sido registrado pelo seu valor original também na conta 130170004 - ÁGIO INVESTIM. RODOVIA DAS CATARATAS. Nessa data, o valor já amortizado somava R\$ 76,9 milhões, o qual, da mesma forma, foi registrado na conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS; portanto, o ágio transferido, nesse momento, foi de R\$ 298,7 milhões, o qual continuou a ser amortizado pelo valor mensal de R\$ 2.262.701,57, restando ainda, após essa operação, 132 parcelas a deduzir (arquivo "6 - Ecocataratas - Razão conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2015", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830).

O lançamento contábil a seguir, extraído da escrituração da ECOCATARATAS, demonstra os registros contábeis realizados por decorrência da incorporação da parte cindida da ECOCONCESSÕES.

Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Histórico
29/08/2009	130170004 / Ágio Investim. Rodovia da Cataratas	D	375.608.461,33	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	130170998 / Amortiz. Invest. Ecocataratas - ICPC-01 - Linea	D	76.931.853,46	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	130170099 / Ágio Invest. Rodovia das Cataratas-ICPC-01	D	50.236.389,62	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	240101011 / Ecorodovias Concessões e Serviços	C	249.619.261,00	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	213007903 / Contrato de Mútuo	C	100.505.542,88	Doc. conta Razão / Lanç. em crédito
29/08/2009	130170904 / Amortiz Invest. Rodovia das Cataratas	C	76.931.853,41	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	130170999 / Amortiz Invest. Ecocataratas - ICPC-01 -Traf	C	75.720.047,01	Incorporação ágio Cataratas
29/08/2009	311102001 / Bancárias	C	0,11	Incorporação ágio Cataratas

Nessa mesma operação, o saldo da conta AGIO S/AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS - ECOCATARATAS EM FEV/2008, controlado na parte B do LALUR e do LACS da

ECOCONCESSÕES, foi também transferido para a ECOCATARATAS (fls. 268 e 320). Referida conta apresentava saldo no valor de R\$ 36.203.225,12, sendo R\$ 11.313.507,85 relativos a 2009 (= 5 x R\$ 2.262.701,57, valor relativo a amortização de agosto a dezembro de 2009) e R\$ 24.889.717,27 referentes a 2010 (= 11 x R\$ 2.262.701,57, montante decorrente da amortização de janeiro a novembro de 2010).

Assim, a partir de 31/12/2010, a contribuinte passou a deduzir da apuração de seu lucro líquido, mensalmente, o valor de R\$ 2.262.701,57 a título de amortização de ágio, ou seja, a amortização do ágio transferido por cisão da ECOCONCESSÕES para a ECOCATARATAS passou a ser amortizado em 132 parcelas mensais (arquivo "6 - Ecocataratas - Razão conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2015", abas "2010", "2011" e "2012", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830).

Por sua vez, o saldo da conta AGIO S/AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTOS - ECOCATARATAS EM FEV/2008, controlado na parte B do LALUR, passou a ser excluído pela fiscalizada da apuração do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL no valor de R\$ 274.266,86 ao mês, ou seja, também em 132 parcelas mensais (LALUR e LACS de fls. 216/357, 532/559 e 633/666).

A partir de janeiro de 2013 até dezembro de 2015, o valor mensal deduzido contabilmente para fins de apuração do lucro líquido passou a ser de R\$ 1.493.383,04, o que corresponde a 66% do valor até então utilizado, ou seja, 1/132 avos do valor do ágio transferido reduzido da parcela de 34% correspondente ao IRPJ e à CSLL (arquivo "6 - Ecocataratas - Razão conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2015", abas "2013", "2014" e "2015", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830). Tal diferença, qual seja, os 34% relativos ao IRPJ e à CSLL, passou a ser controlada na parte B do LALUR e, da mesma forma que o restante, passou a ser excluída do lucro líquido para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na parte A do LALUR, no montante de R\$ 769.319,53 por mês (LALUR e LACS de fls. 216/254, 532/559 e 633/666).

Desse modo, o valor total anual deduzido contabilmente pela contribuinte na sua apuração do lucro líquido passou, a partir de 2013, ao montante de R\$ 17.920.596,48, enquanto a exclusão para apuração do lucro real e da base de cálculo de CSLL aumentou para R\$ 12.523.024,71. Entretanto, o valor total do impacto no lucro real e na base de cálculo da CSLL permaneceu o mesmo, conforme demonstrado na tabela a seguir (valores em reais):

Ano-calendário	Deduções na apuração LL	Exclusões do LR	Total
2010	2.262.701,57	274.266,86	2.536.968,43
2011	27.152.418,84	3.291.202,28	30.443.621,12
2012	27.152.418,84	3.291.202,28	30.443.621,12
2013	17.920.596,48	12.523.024,72	30.443.621,20
2014	17.920.596,48	12.523.024,71	30.443.621,19
2015	17.920.596,48	12.523.024,71	30.443.621,19

Portanto, as verificações efetuadas durante a ação fiscal demonstraram que a ECOCATARATAS, entre os anos de 2010 e 2015, utilizou-se de deduções na apuração do seu lucro líquido e de exclusões na apuração do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL. Em ambos os casos, esses valores foram decorrentes de amortização de ágio gerado na sua própria aquisição, nos valores acima descritos.

LEGISLAÇÃO, CONCEITOS E JURISPRUDÊNCIA RELATIVOS A ÁGIO SOBRE INVESTIMENTOS

Trata-se o procedimento adotado pela contribuinte de polêmica que gera longas discussões na esfera tributária. Por essa razão, antes de avaliá-lo, cabe aqui uma minuciosa análise

sobre o assunto, trazendo à lume desde a forma de registro do ágio até a possibilidade de aproveitamento, para fins fiscais, da dedução de despesas com a sua amortização.

Inicialmente, o ágio, conceituado como a diferença entre o valor de aquisição do investimento e o valor de seu patrimônio líquido por ocasião da aquisição da participação, teve a sua forma de contabilização definida pelo artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Uma vez contabilizado o ágio, o contribuinte deve indicar seu fundamento econômico com base em demonstração que deverá ser arquivada como comprovante da escrituração, o que se encontra definido no parágrafo segundo do referido artigo.

Embora fosse necessária a indicação do fundamento econômico do ágio, a sua amortização, para fins fiscais, anteriormente à alienação ou extinção do ativo, ainda não era possível. Até o advento da Lei nº 9.532/97, o ágio na aquisição de investimentos apenas produzia efeitos fiscais na apuração do ganho ou perda de capital, quando da alienação do investimento, sua liquidação, baixa por perecimento ou extinção. Isso era o que previam os artigos 31 e 33 do já citado Decreto-Lei nº 1.598/77.

A Lei nº 9.532/97, artigos 7º e 8º, trouxe, então, a possibilidade de dedução, para fins fiscais, das despesas com amortização de ágio anteriormente à alienação ou extinção do investimento. Tal lei, editada no âmbito do Programa Nacional de Desestatização com o nítido objetivo de tornar mais atrativos os leilões de empresas estatais, apresenta lógica que pode passar despercebida ao leitor desatento ou numa rápida leitura.

Com a edição desses dispositivos, foram definidos os procedimentos para cada um dos casos de ágio sobre investimentos previstos artigo 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, quais sejam:

a) ágio com fundamento em valor de mercado de bens do ativo - o valor do bem, somado ao ágio, continua a sofrer depreciação, amortização ou exaustão. Quando da alienação do bem, o ganho de capital será o valor da alienação subtraído do valor contábil do bem, somado ao valor do ágio ainda não depreciado, amortizado ou exaurido;

b) ágio com fundamento em previsão de resultados de exercícios futuros – nesse caso, uma vez que o investimento foi incorporado ou fundido e, portanto, deixou de existir na contabilidade, o ágio não ficará vinculado a nenhum ativo. Assim, esse ágio jamais poderia ser utilizado para fins fiscais, posto que, por não mais existir o investimento, não poderia ocorrer a sua alienação, extinção ou perecimento e, consequentemente, a utilização do ágio para apuração de ganho ou perda de capital jamais ocorreria. Por essa razão, a Lei nº 9.532/97, estabeleceu a possibilidade de amortização desse ágio para fins fiscais após o evento de incorporação, fusão ou cisão entre investidor e investimento;

c) ágio com fundamento em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas - nesses casos, prevê a Lei nº 9.532/97, que o ágio será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou, não sendo alienado o direito, 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.

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, entendendo, nesse momento, ter ocorrido a operação de incorporação exigida pela legislação. Por essa razão, o presente trabalho se focará nessa situação específica, cuja previsão de amortização encontra-se no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97.

Exemplo de amortização de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura

Suponhamos que, num primeiro momento, a empresa A adquire participação na empresa B por \$100; entretanto, o patrimônio líquido da empresa B encontrava-se avaliado em \$10. Portanto, o ágio gerado na aquisição foi de \$90, para o qual foi elaborado o competente laudo que demonstrou se fundamentar esse ágio em previsão de rentabilidade em exercícios futuros. Posteriormente, a empresa A incorpora a empresa B.

Por esse exemplo, percebe-se que o ágio restante na contabilidade de A não mais poderia ser utilizado para eventual cálculo de ganho ou perda de capital, uma vez que, por investidor e investimento terem se transformado em uma única empresa, o investimento em B deixou de existir na contabilidade. Nesse caso, reputa-se perfeitamente ocorrida a situação prevista na lei, passando a ser possível, a partir dessa incorporação, a amortização do ágio na apuração do lucro real.

Caso a empresa B incorporasse a empresa A, o balanço patrimonial resultante da operação seria o mesmo e, também nesse caso, poderia a empresa B começar a amortizar o ágio, visto que a condição necessária estaria implementada, ou seja, investidor e investimento teriam se transformado em uma única universalidade e, assim, o investimento inicial desapareceria da contabilidade.

Entretanto, podem ocorrer situações nas quais, embora tenha ocorrido incorporação do ágio, investidor e investimento continuam a existir separadamente e, assim, a substância econômica desse ágio ainda pode ser utilizada em eventual apuração de ganho de capital. Isso ocorre, essencialmente, nos casos em que uma empresa veículo é utilizada.

[Exemplo de impossibilidade de amortização de ágio fundamentado em expectativa de rentabilidade futura](#)

Nesse outro exemplo, a empresa A também adquire participação na empresa B por \$100, a qual tinha seu patrimônio líquido avaliado em \$10. Da mesma forma, o ágio gerado na aquisição foi de \$90, tendo sido fundamentado em previsão de rentabilidade em exercícios futuros.

Num segundo momento, a empresa A integraliza capital na empresa C mediante a cessão de sua participação na empresa B. A empresa C será a empresa veículo neste exemplo.

Finalmente, a empresa C é incorporada pela empresa B, ocorre o seguinte lançamento contábil em B:

Após essas operações, a empresa A, que detinha \$100 de investimento na empresa C, passa a deter \$100 de investimento na empresa B. Isso porque o capital social da empresa C, que pertencia à empresa A, foi totalmente incorporado pela empresa B, passando então a empresa A a deter investimento de mesmo valor em B.

Pelo exemplo formulado, pode-se perceber que, na empresa B, não há mais qualquer investimento vinculado ao ágio, o que poderia levar ao entendimento de que esse ágio poderia começar a ser amortizado para fins fiscais. No entanto, a análise do balanço patrimonial da empresa A revela que o investimento na empresa B, atualmente em \$100, carrega tanto o patrimônio líquido inicialmente adquirido (\$10) quanto a substância econômica do ágio pago (\$90). Assim, numa alienação do investimento por A, a substância econômica do ágio seria utilizada para apuração de ganho ou perda de capital, enquanto, por outro lado, o ágio também teria sido amortizado pela empresa B em sua apuração de lucro real e da base de cálculo de CSLL. Isso significaria permitir que o contribuinte utilizasse duas vezes, para fins de redução de IRPJ e CSLL, um eventual ágio pago.

Esse, certamente, não é o objetivo dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Referida lei decorre da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, a qual originou o PLV nº 14, de 1997, e que tratava do assunto em seu artigo 8º. No que se refere a esse dispositivo, a Exposição de Motivos do Projeto de Conversão da Medida Provisória assim dispunha:

"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 conhecidos "planejamentos tributários", vêm 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".

Desse texto, infere-se não objetivar a lei a concessão ou ampliação de "benefício"; pelo contrário, pode-se verificar que a lei buscou eliminar eventuais vantagens de natureza fiscal irregularmente utilizadas.

Portanto, verifica-se que uma melhor interpretação desses dispositivos, em conjunto com a legislação do IRPJ e da CSLL, demonstra que a exigência não se restringe unicamente à incorporação do ágio, mas contempla, ainda, a necessidade de incorporação do investimento pelo investidor original, ou vice-versa, de modo que o investimento não possa mais ser alienado ou extinto e, consequentemente, que a substância econômica desse ágio não possa mais ser utilizada. O que se exige, antes de mais nada, é que o ágio não possa mais ser utilizado para eventual cálculo de ganho ou perda de capital, o que somente se alcança quando investidor e investimento se transformam em uma única empresa, com um único acervo patrimonial. No caso de utilização de empresa veículo, como se viu no exemplo, essa condição não se implementa.

Da jurisprudência

Não por acaso, esse também é o entendimento manifestado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) nos últimos meses, conforme decisões às fls. 1488/1490.

DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AO CASO DA ECOCATARATAS

No caso do fiscalizada, 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.

Conforme já delineado anteriormente, 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.

Em 26/08/2009, 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.

Por fim, em 29/12/2010, 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.

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.

Deve-se apenas esclarecer que, neste caso, a empresa veículo não atende à 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.

Voltando ao caso concreto, tem-se, portanto, que a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCATARATAS continuaram a existir individualmente após a operação de cisão com incorporação da parte cindida ocorrida em 29/12/2010, 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 artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532/97. Tal fato, portanto, autoriza a glosa dos valores deduzidos, a esse título, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Além disso, a substância econômica desse ágio continua a existir na ECOINFRAESTRUTURA, conforme a seguir se demonstra.

Inicialmente, em 07/02/2008, 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 - Ecolnra - 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 30/11/2010, 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).

Em 29/12/2010, 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 - Ecolnra - 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

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.

Primeiramente, verifica-se, no histórico dos registros contábeis das empresas envolvidas na operação, a repetida utilização dos termos "INCOPORAÇÃO AGIO" e "INCOPORAÇÃO AGIO ECOCATARATAS" para referenciar os lançamentos decorrentes da operação societária em questão.

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.

Vejamos o lançamento citado:

Saldo inicial: 89.913.292,95 D		D/C	Valor (R\$)	Saldo (R\$)	Histórico
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	Ágio 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	Ágio Investm.Catara Ref: Incorp Agio
29/12/2010	311102001 / Bancárias	C	20,74	0,00	Bancarias Ref: Incorp Agio

O mesmo se percebe pelo lançamento registrado na contabilidade da ECOCATARATAS:

Data	Cód.Conta / Conta	D/C	Valor (R\$)	Histórico
29/12/2010	130170004 / Ágio Investim. Rodovia da Cataratas	D	375.608.461,33	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	130170998 / Amortiz. Invest. Ecocataratas – ICPC-01 - Linea	D	76.931.853,46	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	130101099/ Invest. Rod. das Cataratas-ICPC-01	D	50.236.389,62	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	240101011 / Ecorodovias Concessões e Serviços	C	249.619.261,00	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	213007903 / Contrato de Mutuo	C	100.505.542,88	Doc. conta Razão / Lanç. em crédito
29/12/2010	130170904 / Amortiz Invest. Rodovia das Cataratas	C	76.931.853,41	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	130170999 / Amortiz Invest. Ecocataratas - ICPC-01 -Trafé	C	75.720.047,01	Incorporação ágio Ecocataratas
29/12/2010	311102001 / Bancárias	C	0,11	Incorporação ágio Ecocataratas

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).

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.

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.

DA QUANTIFICAÇÃO DOS VALORES DEDUZIDOS INDEVIDAMENTE

Durante a ação fiscal, foram identificadas deduções de despesas com amortização de ágio para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL nos valores informados na tabela a seguir (valores em reais):

Ano-calendário	Deduções na apuração LL	Exclusões do LR	Total
2010	2.262.701,57	274.266,86	2.536.968,43
2011	27.152.418,84	3.291.202,28	30.443.621,12
2012	27.152.418,84	3.291.202,28	30.443.621,12
2013	17.920.596,48	12.523.024,72	30.443.621,20
2014	17.920.596,48	12.523.024,71	30.443.621,19
2015	17.920.596,48	12.523.024,71	30.443.621,19

Conforme se pode perceber, parte das deduções foi realizada ainda na apuração do lucro líquido e, uma vez que essa mesma parcela não foi posteriormente adicionada, acabou por surtir efeito na apuração do lucro real e da base de cálculo negativa da CSLL.

Por outro lado, uma segunda parte já havia sido deduzida contabilmente na apuração do lucro líquido da ECOCONCESSÕES em períodos anteriores e, assim, passou a ser controlada na parte B do LALUR e do LACS daquela empresa (fls. 790, 799, 809 e 819).

Quando da incorporação da parcela cindida da ECOCONCESSÕES pela ECOCATARATAS, o valor existente nessa conta do LALUR e do LACS da ECOCONCESSÕES foi transferido para a ECOCATARATAS, passando a ser excluído na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL (LALUR e LACS de fls. 216/357, 532/559 e 633/666).

Por essa razão, a parcela deduzida ainda na apuração do lucro líquido será abordada na Infração 1, enquanto a parcela excluída na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL será tratada na Infração 2.

Infração 1 - Adições não computadas na apuração do lucro real

Segundo se extrai da contabilidade da empresa, mais precisamente da conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS (arquivo "6 - Ecocataratas - Razão conta 130170904 - AMORTIZ. INVESTIMENTO RODOVIA DAS CATARATAS - 2010 a 2015", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 830), entre os meses de dezembro de 2010 e dezembro de 2012, a fiscalizada deduziu, na apuração de seu lucro líquido, o valor mensal de R\$ 2.262.701,57 a título de amortização do ágio aqui tratado. A partir de janeiro de 2013 até dezembro de 2015, o valor mensal deduzido foi de R\$ 1.493.383,04, correspondente a 66% do valor até então utilizado, ou seja, 1/132 avos do valor do ágio transferido (R\$ 2.262.701,57) reduzido da parcela relativa ao IRPJ e à CSLL (34%).

Dessa forma, considerando toda a legislação e jurisprudência até aqui abordadas, tem-se que a contribuinte deduziu, indevidamente, na apuração anual de seu lucro líquido, os valores descritos na tabela abaixo (valores em reais):

Ano-calendário	Deduções na apuração LL
2010	2.262.701,57
2011	27.152.418,84
2012	27.152.418,84
2013	17.920.596,48
2014	17.920.596,48
2015	17.920.596,48

Portanto, seguindo o que determinam o artigo 6º, § 2º, alínea "a", e o artigo 25 do Decreto-Lei nº 1.598/77, e o artigo 57 da Lei nº 8.981/95, com a redação dada pela Lei nº 9.065/95, os valores registrados na tabela acima devem ser adicionados ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL de cada ano.

Infração 2 - Exclusões não autorizadas na apuração do lucro real

Por sua vez, por meio de exclusões registradas no Livro A do LALUR e do LACS, a fiscalizada reduziu seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL, entre os meses de dezembro de 2010 a dezembro de 2012, no valor de R\$ 274.266,86 mensais (LALUR e LACS de fls. 255/357).

Entre os meses de janeiro de 2013 e dezembro de 2015, além de excluir o valor de R\$ 274.266,86 mensais, a contribuinte excluiu, também, o valor correspondente ao benefício tributário mensal decorrente da amortização do ágio, qual seja, R\$ 769.318,54, correspondente a 34% sobre R\$ 2.262.701,57. Referida parcela, a partir de 2013, passou a ser também controlada na parte B do LALUR e do LACS da ECOCATARATAS (fls. 216/254, 532/559 e 633/666).

Desse modo, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, os valores excluídos do lucro líquido a título de despesas com a amortização do ágio aqui tratado somaram, ano a ano, os valores registrados na tabela a seguir (valores em reais):

Ano-calendário	Exclusões do LR
2010	274.266,86
2011	3.291.202,28
2012	3.291.202,28
2013	12.523.024,72
2014	12.523.024,71
2015	12.523.024,71

Portanto, em vista de todo o até aqui exposto, há que se considerar indevida a exclusão desses valores, procedendo-se à sua glosa.

Não obstante toda a legislação e jurisprudência até aqui exploradas neste Termo, tem-se, ainda, casos específicos em que o CARF se manifestou sobre a exclusão de despesas com

amortização de ágio já deduzidas contabilmente antes da incorporação, fusão ou cisão. Esse é exatamente o caso do valor de R\$ 274.266,86 mensais aqui tratados, os quais se referem a despesas com amortização deduzidas contabilmente na ECOCONCESSÕES.

Nesse sentido, cabe observar a ementa transcrita à fl. 1497. Portanto, além de não ter cumprido os requisitos para a dedução, para fins fiscais, de despesas com amortização de ágio fundamentado em previsão de resultados de exercícios futuros, a ECOCATARATAS excluiu indevidamente valores já amortizados contabilmente em outra empresa, o que apenas reforça a necessidade da glosa desses valores.

MULTA POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício qualificada encontra previsão no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, combinada com os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (os quais definem, respectivamente, o que são sonegação, fraude e conluio).

Destaque-se que em todos os casos que ensejam a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% exige-se a presença do elemento dolo.

Na hipótese destes autos, não se discute que, caso configurado o dolo, estaríamos diante da figura da fraude. Isso porque, como se sabe, o fato gerador do IRPJ e da CSLL é, no caso das pessoas jurídicas, respectivamente, o lucro real e a base de cálculo da CSLL; portanto, ao utilizar deduções indevidas, a contribuinte nada mais fez do que reduzir esse lucro real e essa base de cálculo da CSLL e, consequentemente, reduzir o montante dos tributos devidos. Desse modo, a conduta se amoldaria perfeitamente à definição de fraude, que consiste em impedir a ocorrência do fato gerador mediante artifício doloso. Portanto, para que a ocorrência da hipótese fique devidamente configurada, deve-se demonstrar a existência do intuito doloso, comprovando-se a intenção deliberada do contribuinte em criar despesas para a redução de seu lucro real e de sua base de cálculo da CSLL.

Da adoção de conduta premeditada

Nesse sentido, há que se relembrar que a aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA, ocorrida em 07/02/2008, foi respaldada por estudo matemático apresentado em resposta ao TIF 4 (arquivo "doc. 01 - Estudo Aquisição Ecocataratas - Finenge - 2007.xls", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 60).

O estudo em questão faz minuciosa projeção dos fluxos de caixa da empresa, de modo a calcular detalhadamente a expectativa de rentabilidade futura da ECOCATARATAS para os anos de 2007 a 2021. Conforme afirma a fiscalizada em esclarecimento apresentado em 15/06/2015 (fls. 84/85), a aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA teve como base esse modelo matemático, o qual teve o condão de definir o valor da transação e, por consequência, o valor do ágio aqui discutido.

Portanto, verifica-se que, em 2007, por meio de trabalho realizado pela consultoria Finenge, a ECOCATARATAS foi avaliada em R\$ 426 milhões, valor muito próximo ao efetivamente pago pelo Grupo Ecorodovias ao alienante em 07/02/2008.

Considerando o aproveitamento do ágio gerado nessa operação a partir de 2011, o que foi feito no quadro "FREE CASH FLOW TO EQUITY - COM ÁGIO" o valor da empresa seria de R\$ 469,8 milhões, o que significaria ganho para o Grupo Ecorodovias. Dessa forma, percebe-se claramente que, quando da realização do estudo matemático em questão, o que ocorreu em 2007, já se previa a transferência do ágio à empresa que o gerou, no caso, a ECOCATARATAS, de modo a gerar despesas com a sua amortização e a redução de tributos pagos, a partir de 2011, no montante de R\$ 10,76 milhões por ano.

Da inexistência de propósito negocial

Por outro lado, é pacífico que o aproveitamento, para fins fiscais, de despesas com amortização de ágio deve decorrer de operações dotadas de propósito negocial, sendo rechaçada a reorganização que vise unicamente a economia de tributos.

Nesse sentido, veja-se, às fls. 1500/1501, jurisprudência da CSRF e do CARF.

No que se refere ao propósito da operação, 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 (também anexa ao Termo de Anexação de Arquivo Nãoapaginável de fl. 19, mediante arquivo de nome "Ofício DER de 25.2.11 – Organização Societária - Ecocataratas"), a fiscalizada informou que, em virtude da adoção dos padrões contábeis impostos pela legislação contábil em vigor a partir de 2008, o que foi necessário após a edição da Interpretação Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis n.º 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 fiscalizada, 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.

Nas justificativas apresentadas pela fiscalizada chama a atenção, primeiramente, a afirmação de que uma empresa com patrimônio líquido de R\$ 23,1 milhões e capital social de R\$ 41,8 milhões necessitaria fortalecer sua situação patrimonial.

Do Grupo Ecorodovias, além da ECOCATARATAS, fazem parte, entre outras, a empresa Ecovia Caminho do Mar (que administra a concessão de 136,7 Km também da rodovia BR-277, no trecho que liga Curitiba ao Porto de Paranaguá) e a empresa Ecosul (que administra a concessão de 457,3 Km de rodovias federais no trecho conhecido como Pólo Rodoviário de Pelotas), que necessitam de estrutura semelhante à da contribuinte.

Analizando-se a situação patrimonial dessas 2 empresas, sintetizada às fls. 1502/1503, constata-se empresas desse porte podem conviver, sem qualquer prejuízo ao contratante ou a seus acionistas, com patrimônio líquido e capital social em torno de R\$ 20 milhões.

Outra justificativa utilizada pela empresa e registrada na correspondência em análise se refere ao fato de o patrimônio líquido da empresa, em 30/11/2010, apresentar valor bem inferior ao capital social da concessionária. Nesse aspecto, deve-se frisar que a operação societária não corrigiu essa distorção, visto que, após sua efetivação, o patrimônio líquido da ECOCATARATAS passou a apresentar saldo de R\$ 265,2 milhões, enquanto o capital social saltou para R\$ 291,4 milhões. Portanto, o patrimônio líquido continuou a ser inferior ao capital social e a diferença, que era de R\$ 18,7 milhões, aumentou para R\$ 26,2 milhões.

Por fim, deve-se avaliar a afirmação, feita pela própria empresa, de 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 seu fluxo de caixa.

Nesse caso, percebe-se apenas uma melhora no fluxo de caixa da empresa pelo prazo remanescente da concessão: justamente, a economia de tributos atingida pela possibilidade de amortização do ágio transferido para o patrimônio da pessoa jurídica, a qual, como já citado, será de cerca de R\$ 10 milhões por ano até 2021. Não há outro benefício, aliás, porque toda a substância da operação encontra-se na transferência do ágio. Tal verificação reforça, sobremaneira, a conclusão de que a operação serviu apenas para possibilitar que a empresa reduzisse suas despesas com tributos.

Da conclusão

Por todo o até aqui exposto, não se pode aceitar que a justificativa apresentada pela contribuinte seja apta a embasar tão relevante operação societária. Nesse sentido, verifica-

se que o grupo econômico não foi levado pelas forças de mercado a tomar a decisão pela operação em questão, nem tampouco se trata de decisão técnico-administrativa. Enfim, o que se depreende é que, já em 2007, o grupo projetava que, de alguma forma, o ágio haveria de ser transferido à investida, de modo a aumentar suas despesas e reduzir os tributos pagos.

Caso a operação em questão não tivesse ocorrido, a alternativa seria utilizar o ágio no cálculo de ganho ou perda de capital na ocorrência de alienação ou extinção da pessoa jurídica. Para a segunda opção, o que ocorreria apenas em 2021 se a concessão não fosse renovada e a ECOCATARATAS fosse extinta, o valor do ágio seria baixado como perda de capital e, assim, seria apurado prejuízo fiscal da ordem de R\$ 300 milhões. Considerando que a investidora, neste caso, a ECOINFRAESTRUTURA, não costuma apresentar lucro real superior a R\$ 20 milhões, um prejuízo dessa magnitude levaria mais de 50 anos para ser totalmente utilizado. Por essa razão, a empresa buscou, ainda que sem justificativa plausível para tal, a utilização desse ágio em menor prazo, qual seja, 11 anos.

Infere-se, portanto, que todos os fatos narrados, principalmente no que se refere ao planejamento antecipado dos efeitos do aproveitamento das despesas com amortização do ágio para fins fiscais e à fragilidade dos motivos apresentados para a reorganização societária utilizada como razão para se iniciar esse aproveitamento, levam a uma única conclusão: todas os procedimentos tinham como objetivo primordial a criação de despesas e a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, para, a partir disso, aumentar o fluxo de caixa da empresa.

Sendo assim, os fatos explanados caracterizam a figura da fraude. As circunstâncias narradas evidenciam, de forma inequívoca, o intuito deliberado de reduzir o lucro real da empresa, impedindo a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL. A adoção dessas condutas fraudulentas, obviamente, não podendo ser fruto de equívoco ou mero erro contábil, evidencia o elemento dolo, no sentido de se ter a consciência e querer concretizar a conduta descrita no artigo 72 da Lei nº 4.502/64 (fraude).

Não resta dúvida, portanto, de que se deve aplicar ao caso a multa de ofício de 150%, prevista no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, alterada pela Lei nº 11.488/2007.

DA MULTA ISOLADA SOBRE A INSUFICIÊNCIA DE ESTIMATIVAS

Em vista das glosas retrocitadas, as bases de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL sofreram acréscimo, de modo que os valores calculados e recolhidos pelo sujeito passivo à época tornaram-se, em alguns meses, inferiores aos devidos (arquivo "Multa Isolada sobre Insufle Estimativas 2010 a 2015", anexo ao Termo de Anexação de Arquivo Não-paginável de fl. 880). Para tais períodos, no Auto de Infração foi lançada, sobre as diferenças encontradas, a multa isolada de 50%, prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Segundo prevê o artigo 124, inciso I, do CTN, "*São solidariamente obrigadas (...) as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*". Entretanto, constitui-se grave equívoco concluir-se pela responsabilidade solidária apenas pela composição societária da empresa ou pela relação de interdependência com outra. Na responsabilidade solidária de que trata o artigo 124, inciso I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, mas é indispensável a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal.

Quando se aborda a solidariedade entre empresas coligadas ou do mesmo grupo econômico é preciso tomar cuidado para não confundir o interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária com o interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador.

Obviamente, empresas coligadas têm interesse econômico comum na exploração da atividade, pois sempre almejarão o lucro. Porém, tal fato difere enormemente de empresas coligadas terem interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador da

obrigação tributária, isto é, de participarem entre si da mesma situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Em resumo, para que fique configurado o interesse comum aqui tratado, a empresa A, responsável solidária, deve participar da situação que constitua fato gerador para a empresa B, sujeito passivo principal.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência dos nossos tribunais. Às fls. 1506/1507 transcreve-se ementa que, embora não seja das mais recentes, é bastante didática com relação ao assunto.

Portanto, mostra-se fundamental distinguir o interesse comum no resultado da exploração da atividade econômica ensejadora do fato gerador do interesse jurídico comum na situação que constitua o fato gerador, sendo que, sem este último, não restará configurada a responsabilidade solidária.

Esse também é o entendimento do CARF, que dessa forma se manifestou sobre o assunto em recente julgado, conforme ementa à fl. 1507.

Da responsabilidade solidária das holdings do Grupo Ecorodovias

Aplicando-se todo o exposto ao caso tratado nestes autos, verifica-se que as infrações cometidas não podem ser imputadas unicamente à ECOCATARATAS. Em todo o planejamento da operação, passando pela sua execução e chegando, por fim, aos benefícios dos atos, percebe-se a participação das holdings do Grupo Ecorodovias, quais sejam, a ECOINFRAESTRUTURA, investidora original, e a ECOCONCESSÕES, empresa operacional utilizada como veículo.

Grande parte do que foi narrado nestes autos demonstra a efetiva participação da ECOINFRAESTRUTURA e da ECOCONCESSÕES nas operações que culminaram com a criação de despesas e a redução do lucro da ECOCATARATAS, impedindo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Assim, percebe-se que a estruturação das operações envolveu, desde 2007 até 2012, tanto a ECOCATARATAS quanto a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES.

Ademais, não se pode deixar de considerar que a utilização de despesas com ágio na ECOCATARATAS foi planejada, ainda em 2007, pela ECOINFRAESTRUTURA e não pela

fiscalizada. Após esse fato, a transferência do ágio mediante operação societária desprovida de propósito negocial não ocorreria sem a participação de ECOINFRAESTRUTURA e ECOCONCESSÕES, sendo impossível se falar da economia tributária aqui combatida sem a participação dessas duas empresas na fraude perpetrada.

Indo além, percebe-se que, de 2008 a 2012, período que envolveu as operações aqui descritas, tanto a ECOINFRAESTRUTURA quanto a ECOCONCESSÕES foram presididas por Marcelino Rafart de Serás (CPF n.º 42.8.355.429-49) e que Nadir Santos Castilho (CPF n.º 183.608.586-91), é o contador de todas as empresas do Grupo e o responsável pelo preenchimento das DIPJs de todas elas por todo o período em questão.

Por sua vez, Marcelino Rafart de Serás também participa do Conselho de Administração da ECOCATARATAS desde 2008, sendo figura assídua nos atos societários emitidos pela empresa. Já Federico Botto (CPF n.º 23.2.605.088-64), Diretor-Presidente da ECOCATARATAS no período em questão, consta da folha de pagamento da ECOINFRAESTRUTURA como diretor (fls. 1356/1379). Percebe-se, também, que vários dos membros do Conselho de Administração da ECOINFRAESTRUTURA são diretores de outras empresas do Grupo, ou seja, analisando-se os documentos emitidos pelas 3 (três) empresas percebe-se que grande parte dos nomes citados nas atividades de administração são comuns a todas.

Portanto, do ponto de vista administrativo, não se pode considerar que as empresas mantinham total independência, nem tampouco que as decisões tomadas por uma empresa não contavam com o interesse e o aval das demais envolvidas.

Com tudo que se expôs até o momento demonstra-se, de forma inequívoca, que a ECOCATARATAS, a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES praticaram, em conluio, o fato jurídico-tributário questionado nesta autuação.

Entretanto, há questão que revela interesse dessas empresas, talvez ainda maior, na situação narrada neste Termo.

A comparação entre as tabelas de fl. 1509 permite concluir que, a partir de 2008, ano em que a ECOCATARATAS foi adquirida pelo Grupo Ecorodovias, o modelo implantado pela adquirente passou a surtir efeitos positivos para o empreendimento, aumentando o lucro líquido da empresa a níveis superiores ao projetado em 1996.

Ocorre que, diferentemente de uma atividade privada, na qual os clientes da empresa pouco podem influenciar na formação dos preços praticados, numa concessão pública o equilíbrio entre receitas e despesas não deve desbordar dos limites inicialmente previstos no contrato, sob pena de revisão das tarifas pactuadas.

Para se chegar à modicidade das tarifas (justa correlação entre os encargos da arrendatária e a retribuição dos usuários), prescrita em lei, os postulantes à concessão, na etapa de concorrência, calculam as receitas decorrentes do pagamento das tarifas, os custos da concessão, as despesas operacionais que a manutenção do negócio exigirá e, assim, estabelecem a correlação entre futuras receitas e despesas. Essa relação é que constituirá o equilíbrio econômico-financeiro citado na legislação, o qual constitui a base do contrato de concessão. Caso tal equilíbrio seja rompido, mediante aumento ou redução de receitas ou de despesas, tal contrato poderá ser revisto, tanto para evitar que o concessionário opere com prejuízo ou abaixo do lucro projetado, quanto para evitar que as tarifas cobradas não atendam à exigência legal de modicidade.

Nesse diapasão, a inteligência da legislação é clara: não pode o empresário se beneficiar do lucro decorrente da exploração de bens públicos em detrimento da população em geral ou, em outras palavras, impede a lei que os usuários de bens públicos sejam os responsáveis pelo enriquecimento do empresário que presta serviços tipicamente estatais.

No caso da concessão em questão, a divulgação de lucros cada vez maiores quando comparados aos inicialmente projetados acarretaria, indubitavelmente, a revisão do Contrato de Concessão e, por conseguinte, o retorno desse lucro aos níveis inicialmente contratados.

Por essa razão, o Grupo Ecorodovias tratou de pôr em prática o planejamento realizado ainda em 2007, qual seja, utilizar-se do expediente de realizar uma operação societária, ainda que sem qualquer propósito negocial, para, assim, gerar despesas que reduziram os lucros divulgados, evitariam a revisão do Contrato de Concessão da ECOCATARATAS e ainda propiciariam a utilização em duplicidade da substância econômica do ágio existente na contabilidade da holding.

Após a operação que, frise-se, não seria possível sem que houvesse interesse e participação tanto da ECOINFRAESTRUTURA quanto da ECOCONCESSÕES, o lucro da ECOCATARATAS foi reduzido.

De acordo as tabelas de fl. 1512, percebe-se que, até 2010, o lucro líquido da ECOCATARATAS pouco foge do que foi projetado em 1996, passando, a partir de 2011, a ser mascarado para, assim, evitar a detecção de quebra de equilíbrio econômico-financeiro e a consequente revisão das tarifas definidas pelo Contrato de Concessão. Isso, entretanto, não seria em hipótese alguma alcançado sem a participação e o interesse de ECOINFRAESTRUTURA e de ECOCONCESSÕES na situação jurídica, principalmente por conta do planejamento da operação ainda em 2007 e da efetivação das operações societárias com a participação de ambas.

A respeito da participação de mais de uma pessoa jurídica em atos que configurem fraude, o artigo 73 da Lei nº 4.502/64 define a prática do conluio.

Portanto, considerando a intenção deliberada das empresas ECOCATARATAS, ECOINFRAESTRUTURA e ECOCONCESSÕES, conforme demonstrado nos itens

anteriores, de criar despesas indevidamente com o único intuito de reduzir o lucro líquido, o lucro real e a base de cálculo da CSLL, com a consequente manutenção da fonte produtiva, dos seus lucros e, ainda, a redução da tributação por IRPJ e CSLL, não há como se concluir pela inexistência do conluio definido no artigo 73 da Lei nº 4.502/64. Tal conclusão, além de colocar a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES no pólo passivo desta autuação, também corrobora a decisão de aplicação de multa qualificada aos tributos lançados neste procedimento fiscal, a qual, repise-se, exige a configuração de ao menos uma das situações previstas nos artigos 71, 72 e 73 da retrocitada Lei.

Por todas essas razões, com base no artigo 124, inciso I, do CTN, há que se incluir no pólo passivo desta autuação, na condição de responsáveis solidários pelos créditos tributários constituídos no Auto de Infração anexo, as empresas ECOINFRAESTRUTURA (Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A., CNPJ nº 04.149.454/0001-80), e ECOCONCESSÕES (Ecorodovias Concessões e Serviços S.A., CNPJ nº 08.873.873/0001-10), conforme Termos de Ciência de Lançamentos e Encerramento Total do Procedimento - Responsabilidade Tributária.

DOS LANÇAMENTOS

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos aos anos-calendário 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015 (valores em reais):

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)		
Crédito Tributário (em reais)	38.688.768,50	Imposto
	58.033.152,74	Multa proporcional (150%)
	12.253.303,77	Juros de mora (cálculo até 10/2016)
	108.975.225,01	Subtotal
	18.929.875,22	Multa exigida isoladamente
	127.905.100,23	TOTAL

Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)		
Crédito Tributário (em reais)	13.927.956,65	Imposto
	20.891.934,97	Multa proporcional (150%)
	4.411.189,34	Juros de mora (cálculo até 10/2016)
	39.231.080,96	Subtotal
	6.849.814,23	Multa exigida isoladamente
	46.080.895,19	TOTAL

Crédito Tributário Total (em reais)		
Consolidado	108.975.225,01	IRPJ
	18.929.875,22	Multa exigida isoladamente – IRPJ
	39.231.080,96	CSLL
	6.849.814,23	Multa exigida isoladamente – CSLL
	173.985.995,42	TOTAL

Obs:

- Fundamento legal constante dos respectivos Autos de Infração.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Em face do acima exposto, a fiscalização apresentou Representação Fiscal para Fins Penais (processo nº 10980.724689/2016-02, em apenso).

DA IMPUGNAÇÃO DA ECOCATARATAS (CONTRIBUINTE)

Cientificada dos lançamentos em 14/10/2016 (fl. 1522), a contribuinte, por meio de seus advogados, regularmente constituídos, apresentou, em 14/11/2016 (fl. 1560), a impugnação de fls. 1561/1617, alegando, em síntese, o seguinte:

DA DECADÊNCIA

O IRPJ e a CSLL são tributos lançados por homologação, de forma que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é de 5 anos, contado da ocorrência do fato gerador, conforme determina o artigo 150, §4º do CTN.

A exigência de IRPJ e CSLL decorre da glosa de despesas de amortização de ágio gerado na aquisição de participação societária da requerente em 07/02/2008.

Tendo em vista que os Autos de Infração foram lavrados em 14/10/2016, só poderiam ser abrangidos pela autuação os fatos geradores ocorridos a partir de 14/10/2011.

Como a operação que gerou o ágio foi levada a efeito em 2008, o direito de a fiscalização contestar sua regularidade encontra-se extinto pela decadência, seja à luz do artigo 150, §4º do CTN, ou do artigo 173, inciso I, do mesmo diploma.

DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

A fiscalização lavrou Autos de Infração em face da requerente para a exigência de valores supostamente devidos a título de IRPJ e CSLL sobre a glosa de despesas de amortização de ágio, deduzidas pela requerente nos anos-calendário de 2010 a 2015. Os valores supostamente devidos foram acrescidos de juros de mora, calculados à taxa SELIC, multa de ofício agravada de 150% e multa isolada de 50%.

No Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, a fiscalização aduziu as razões que, no seu entender, justificariam o lançamento pretendido. Em linhas gerais, há 3 argumentos principais que levariam à desconsideração das deduções realizadas:

- Argumento nº 1 - Inexistência de confusão patrimonial: não houve confusão patrimonial entre a suposta real adquirente (ECOINFRAESTRUTURA) e a requerente, o que levaria à inobservância dos requisitos legais para a amortização fiscal do ágio. A empresa ECOCONCESSÕES foi utilizada como veículo para a transferência do ágio, o que resultou na inexistência de confusão patrimonial;
- Argumento nº 2 - Duplicidade de utilização do ágio: a estrutura resulta em dupla utilização do ágio pelo grupo econômico, uma vez o ágio (1) é amortizado e deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pela requerente; e (2) compõe o custo do valor do investimento da requerente na ECOINFRAESTRUTURA, pela aplicação do método da equivalência patrimonial; e
- Argumento nº 3 - Amortização contábil do ágio impede seu aproveitamento fiscal: a amortização exclusivamente para fins contábeis do ágio (anteriores ao evento de incorporação) implicam a diminuição do ágio amortizável para fins fiscais. As parcelas de ágio amortizadas contabilmente antes do evento de incorporação não poderiam ser registrados como ágio dedutível fiscalmente.

Especificadamente quanto à majoração da multa de ofício, a fiscalização valeu-se de 3 argumentos principais:

- Argumento nº 1 - Inexistência de propósito econômico: o evento que culminou na incorporação do ágio pela requerente não se reveste de propósitos econômicos, o que levaria à desconsideração de seus efeitos para fins de dedução fiscal do ágio;
- Argumento nº 2 - Conduta fraudulenta do Grupo EcoRodovias: o fato de a projeção do fluxo de caixa da ECOCATARATAS considerar a amortização do ágio pela própria sociedade adquirida indica a ocorrência de conduta fraudulenta na operação; e
- Argumento nº 3 - Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão: a dedução das despesas de ágio tem o objetivo de ocultar o aumento de receitas de pedágio. O aumento do pedágio viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre a requerente e os poderes concedentes.

A fiscalização partiu de uma análise equivocada dos fatos e do direito aplicável ao caso, o que resultou na lavratura de Autos de Infração manifestamente improcedentes. Esta impugnação demonstrará que os fundamentos utilizados pela fiscalização não devem

prosperar, de forma que os Autos de Infração devem ser integralmente cancelados, com o consequente arquivamento deste processo administrativo.

DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA: PASSOS E RAZÕES ECONÔMICAS

As operações discutidas neste processo administrativo envolvem 3 passos principais, todos implementados em decorrência de legítimos e verdadeiros propósitos negociais, que vão muito além da mera economia tributária:

1. Compra e Venda das ações da requerente: Transação realizada entre partes independentes que permitiu a expansão da atuação do Grupo EcoRodovias no Brasil. O preço foi efetivamente pago em caixa, com o reconhecimento de ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura e amparado por laudo de avaliação elaborado especificamente para este fim;
2. Contribuição da participação na requerente em aumento de capital da ECOCONCESSÕES: Centralizar as sociedades operacionais sob uma mesma pessoa jurídica (ECOCONCESSÕES), o que permitiu: (a) o levantamento de balanço consolidado do segmento de exploração de rodovias; (b) uma maior transparência e confiabilidade ao intérprete das demonstrações contábeis; (c) a possibilidade de captar recursos na ECOCONCESSÕES, oferecendo como garantia as participações societárias de suas subsidiárias, com flexibilidade para alocar a estrutura de capital, financiamento e garantias; e (d) a redução dos seus custos de financiamento; e
3. Cisão parcial da ECOCONCESSÕES: Operação evitou o reconhecimento de perda contábil significativa, o que impactaria a sua capacidade de pagamento de dividendos e os seus índices de liquidez, com aumento significativo no custo de captação.

DO HISTÓRICO DO GRUPO ECORODOVIAS E DA REQUERENTE

O Grupo EcoRodovias foi constituído em 1997, com o propósito de investir em concessões rodoviárias.

Após a consolidação dos investimentos efetuados na segunda metade da década de 1990, o Grupo EcoRodovias decidiu expandir a sua atuação no segmento de concessões rodoviárias no Brasil, com o propósito de diversificar as suas atividades e melhorar a rentabilidade de suas operações. Foi nesse contexto que surgiu a oportunidade de aquisição da requerente (ECOCATARATAS).

Na data da operação de compra e venda da requerente, que gerou o ágio discutido nestes autos, a sociedade alvo (requerente) era empresa titular de importantes concessões de rodovias na região Sul do País, o que estava alinhado com o objetivo do Grupo EcoRodovias de expandir as suas atividades, com diversificação do portfólio e potencial aumento da rentabilidade.

PASSO 1: DA AQUISIÇÃO DA REQUERENTE PELA ECOINFRAESTRUTURA

Em 07/02/2008, a requerente passou a integrar o Grupo EcoRodovias através da aquisição de suas ações pela Primav Ecorodovias S.A. (antiga denominação da ECOINFRAESTRUTURA), formalizada através dos Contratos de Compra e Venda de Ações ("Contratos de Compra e Venda") celebrados com acionistas vendedores (doc. n.º 5) que não tinham nenhum vínculo societário com a adquirente.

Quando da celebração dos Contratos de Compra e Venda, a requerente era detida (a) 84,48% pela Sideco Brasil S.A. e Civilia Serviços e Participações S.A., subsidiárias da sociedade argentina Sideco Americana S.A.; (b) 14,64% pela Rossi Participações Ltda.; e (c) 0,88% pela Momento Engenharia de Construção Ltda., partes não-vinculadas societariamente e absolutamente independentes do Grupo EcoRodovias.

O investimento na requerente foi adquirido pelo preço total de R\$ 426.514.438,10 e pago em caixa pela ECOINFRAESTRUTURA (doc. n.º 6). Como o valor de patrimônio líquido da requerente era de R\$ 50.905.976,70, a ECOINFRAESTRUTURA reconheceu um ágio de R\$ 375.608,461,40 (diferença entre o preço de aquisição pago a terceiros não relacionados e o valor do patrimônio líquido da requerente).

Importante destacar que o efetivo pagamento do preço e o fato de a transação ter sido realizada entre partes independentes não foram contestados pela fiscalização quando da lavratura dos Autos de Infração, sendo fatos incontroversos. Como consequência da transação, a requerente passou a integrar o Grupo EcoRodovias no ano-calendário de 2008.

PASSO 2: DA CONTRIBUIÇÃO DO INVESTIMENTO NA REQUERENTE EM AUMENTO DE CAPITAL DA ECOCONCESSÕES

Do contexto da operação

O grupo econômico da requerente atua em segmento que necessita de investimento intensivo de capital e de linhas de financiamento de longo prazo. O negócio envolve a necessidade de aportes significativos de capital no início da concessão, que será recuperado ao longo do período de exploração dos pedágios (que, via de regra, dura ao menos 20 anos).

Em meio a um cenário de incertezas na economia mundial, o Grupo EcoRodovias iniciou tratativas junto a instituições financeiras de seu relacionamento, com o objetivo de renegociar e alongar as suas dívidas, que estavam todas centralizadas na ECOINFRAESTRUTURA, sociedade que não auferia nenhuma receita operacional.

Uma das exigências das instituições financeiras foi que o Grupo EcoRodovias centralizasse o endividamento e o investimento nas sociedades de concessões rodoviárias em uma sociedade holding operacional. A exigência das instituições financeiras se dava em razão dos seguintes motivos:

- Incerteza quanto à existência de caixa para adimplemento das obrigações; e
- Risco de contaminação da atividade de concessões rodoviárias com a atividade de logística.

Após discussões quanto à melhor forma de efetivar essas alterações, a diretoria da ECOINFRAESTRUTURA deliberou pela contribuição dos investimentos nas empresas de concessões rodoviárias e de parte de suas dívidas para uma sociedade operacional do Grupo EcoRodovias, a ECOCONCESSÕES, sociedade prestadora de serviços que gerava fluxo de caixa operacional positivo. Confiram-se, às fls. 1568/1569, as deliberações constantes na Ata de Reunião de Diretoria de 31/07/2009 (doc. n.º 7).

Por essas razões econômicas, em 26/08/2009, foi aprovado o aumento de capital da ECOCONCESSÕES (doc. n.º 8), integralizado pela versão do acervo líquido correspondente a/ao (a) ações de emissão da requerente; (b) ações de emissão da Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A.; (c) ações de emissão da Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A.; e (d) valor contábil de 180 notas promissórias emitidas pela ECOINFRAESTRUTURA em 19/12/2008, acrescidas de juros até a data-base de avaliação do laudo. Com isso, o Grupo EcoRodovias pôde renegociar suas dívidas e a requerente passou a ser detida pela ECOCONCESSÕES.

A transferência dos investimentos e da dívida para a ECOCONCESSÕES permitiu que o Grupo atendesse às restrições das instituições financeiras, com centralização do investimento nas concessionárias de rodovias e do endividamento em uma sociedade operacional.

O resultado positivo da reorganização societária adotada foi logo sentido quando a ECOCONCESSÕES realizou sua 1^a Emissão Pública de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações da Espécie, com Garantia Real de Alienação Fiduciária de Ações e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios Decorrentes de Dividendos e Juros sobre o Capital Próprio (doc. n.º 9), aprovada na Assembleia Geral Extraordinária de 26/10/2009.

Das consequências do aumento de capital

Entre a data da aquisição da requerente (07/02/2008) e a data do aumento de capital na ECOCONCESSÕES (26/08/2009), a ECOINFRAESTRUTURA amortizou contabilmente o ágio pago na aquisição. Como resultado dessa amortização contábil, o ágio originalmente pago no valor de R\$ 375.608.461,33 foi reduzido para o montante de R\$ 334.879.833,04.

Importante destacar que o aporte de capital efetuado pela ECOINFRAESTRUTURA foi efetuado conservadoramente pelo custo do investimento, deduzido da amortização contábil. Ou seja, o ágio que passou a ser reconhecido pela ECOCONCESSÕES com relação ao investimento na requerente era no montante de R\$ 334.879.833,04.

A amortização, para fins fiscais, apenas passou a ser realizada com a incorporação do ágio pela requerente, decorrente do evento de cisão parcial da ECOCONCESSÕES em 29/12/2010. Essa operação foi necessária em razão das interpretações trazidas pela ICPC 01, que causariam efeitos negativos na contabilidade de algumas concessionárias de rodovias integrantes do Grupo EcoRodovias.

PASSO 3: DA CISÃO PARCIAL DA ECOCONCESSÕES, COM INCORPORAÇÃO DA PARCELA CINDIDA NA REQUERENTE

Em 06/11/2009, a Coordenadoria Técnica do Comitê de Pronunciamentos Contábeis aprovou a ICPC 01, cujo alcance consistia na "[orientação dos] concessionários sobre a forma de contabilização de concessões de serviços públicos a entidades privadas". O ICPC 01 foi editado com o propósito de adequar as demonstrações contábeis das concessionárias de serviços públicos aos padrões internacionais (normas IFRS).

Foi assim que, em 29/12/2010, a ECOCONCESSÕES foi parcialmente cindida, com a incorporação do acervo líquido (investimento na própria requerente e dívida) dentro da própria requerente (doc. n.º 10). A incorporação do acervo líquido positivo assegurou o fortalecimento da situação patrimonial da requerente, permitindo a melhora de seu fluxo de caixa livre e de seus índices econômico-financeiros.

Os motivos que justificaram o evento acima descrito foram apresentados ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER/R (doc. n.º 11), e estão reproduzidos à fl. 1572. Pertinente destacar que não houve nenhuma manifestação contrária às justificadas apresentadas pela requerente por parte do órgão.

Os elementos ativos e passivos do patrimônio cedido da ECOCONCESSÕES, incorporados pela requerente, foram os seguintes: (i) ações - conjunto de ações da requerente detidas pela ECOCONCESSÕES, no valor de R\$ 23.167.715,00; (ii) ágio registrado na ECOCONCESSÕES em relação ao investimento na requerente; e (iii) dívida decorrente de contrato de mútuo - contrato de mútuo no valor bruto de R\$ 100.505.543 celebrado em 31/11/10 entre a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES.

Assim, demonstra-se que as operações foram realizadas com efetivas razões econômicas, que vão muito além da mera economia fiscal. As razões econômicas estão fundamentadas em documentação hábil e idônea e não foram em momento algum contestadas pelas autoridades fiscais.

Portanto, não cabe à fiscalização desconsiderar os efeitos tributários de uma operação de cisão, com incorporação do investimento na requerente dentro da própria requerente. A consequência dessa operação de cisão parcial (e nunca a sua causa) foi o início da amortização fiscal do ágio pela requerente.

DA SÍNTESE DO HISTÓRICO RELEVANTE DA REQUERENTE

De modo objetivo, as circunstâncias fáticas envolvidas na discussão destes autos de Infração podem ser sumarizada da seguinte maneira:

- 07/02/2008 - Aquisição da requerente pelo Grupo EcoRodovias: A aquisição foi realizada com o objetivo de ampliar a atuação do Grupo EcoRodovias;
- 26/08/2009 - Aumento de capital da ECOCONCESSÕES: O evento foi motivado por duas razões econômicas principais: (a) permitir o refinanciamento do endividamento do Grupo EcoRodovias; e (b) racionalizar e centralizar da titularidade das concessões rodoviárias em uma sociedade holding operacional; e
- 29/12/2010 - Cisão parcial da ECOCONCESSÕES: O evento foi motivado pela intenção de impedir que as orientações do ICPC 01 implicassem um efeito contábil negativo para a requerente.

Além dos motivos econômicos e operacionais acima descritos, a requerente destaca o lapso temporal superior a 1 ano entre cada evento. De fato, a aquisição ocorreu em 07/02/2008; o aumento de capital da ECOCONCESSÕES ocorreu em 26/08/2009; e a cisão parcial da ECOCONCESSÕES ocorreu em 29/12/2010.

O tempo transcorrido entre cada um dos passos demonstra que as operações não foram concatenadas com o objetivo de permitir a amortização fiscal do ágio. Pelo contrário, cada um dos passos estava revestido de efetivos propósitos negociais, que não podem ser desconsiderados pela fiscalização.

Com base nas considerações acima, não há outra possibilidade a não ser a de reconhecer que a amortização fiscal do ágio caracteriza-se como mera consequência das práticas adotadas pelo Grupo EcoRodovias para otimizar seus ganhos financeiros e operacionais.

DAS CONTRADIÇÕES DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DA DISCUSSÃO NESTES AUTOS

Nos termos das alegações trazidas pela fiscalização, o principal argumento para a glosa das despesas de amortização fiscal do ágio decorre da suposta inexistência de confusão patrimonial entre o investidor e a sociedade investida.

O entendimento das autoridades fiscais resume-se ao seguinte: como a grandeza econômica do ágio era reconhecido indiretamente por outra pessoa jurídica através do MEP, a condição de "real investidora" desloca-se da entidade que detém a titularidade das ações (ECOCONCESSÕES) para a entidade que reconhece indiretamente o valor do investimento pelo MEP.

As autoridades fiscais constroem um raciocínio complexo e repleto de equívocos para tentar desvirtuar a verdade incontestável e indiscutível: o ágio pago a terceiros com relação às ações da requerente foi incorporado na própria requerente. Houve o efetivo encontro entre o ágio e as receitas operacionais que lhe deram causa.

E mais: sem qualquer fundamento, as autoridades fiscais afirmam que a ECOCONCESSÕES teria figurado como empresa veículo para a transferência desse ágio.

Ou seja, apesar de toda a substância econômica da ECOCONCESSÕES (reconhecida de forma inquestionável nestes autos), a fiscalização entendeu que a sociedade teria sido usada como veículo para permitir o reconhecimento do ágio em duplicidade (indiretamente, nos livros da ECOINFRAESTRUTURA; e diretamente, nos livros da requerente):

Não poderia ser verificado maior absurdo: para que seja caracterizada como sociedade veículo (na acepção geralmente utilizada pelas próprias autoridades fiscais), a entidade deve ter o propósito de conferir um benefício fiscal que não seria verificado sem a sua utilização. Será demonstrado abaixo que a utilização da ECOCONCESSÕES não modificou em nada a essência da operação e a capacidade de utilização do ágio pelo Grupo EcoRodovias.

Por fim, as autoridades fiscais afirmam que em razão do reconhecimento da grandeza do ágio de forma indireta pela ECOINFRAESTRUTURA, existe uma dupla utilização do ágio: a primeira quando da amortização fiscal nos livros da requerente; e, a segunda, quando de uma futura (e improvável) realização do investimento detido na ECOCONCESSÕES.

Esses são os únicos e exclusivos argumentos utilizados pela fiscalização para glosa da amortização fiscal do ágio e é sob esse prisma que o caso deverá ser julgado. A requerente entende relevante apontar questões que não foram suscitadas em momento algum pelas Autoridades Fiscais, restando incontroversas neste processo administrativo:

- Não existe nenhum vício de vontade (dolo, fraude, simulação ou abuso de direito) que modifique a formalidade jurídica dos atos praticados: as operações ocorreram tal qual foram formalizadas. Alegações de dolo ou fraude apenas são utilizadas para fins de qualificação da multa de ofício, mas as alegações não estão relacionadas com as formalidades dos atos em si.

· O ágio decorre de operações realizadas com terceiros e está fundamentado em laudo de avaliação válido:

Como será visto abaixo, existem três argumentos que demonstram a completa improcedência dos argumentos suscitados pela fiscalização para glosa das despesas de amortização fiscal do ágio:

- Primeiro argumento: Todos os requisitos legais para a amortização fiscal do ágio foram observados, tanto sob uma perspectiva formal quanto sob uma perspectiva substancial;
- Segundo argumento: o conceito de "real adquirente" não possui fundamento jurídico, de forma que o argumento da inexistência de "confusão patrimonial" é manifestamente improcedente; e
- Terceiro argumento: a operação não resultou em dupla utilização fiscal do ágio.

Além das questões mencionadas acima, as autoridades fiscais entenderam como ilegítima a amortização fiscal do ágio que já havia sido amortizado contabilmente pela ECOCONCESSÕES. Como será demonstrado, esse argumento também carece de fundamentação jurídica.

PRIMEIRO ARGUMENTO: DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO

Todos os requisitos legais para a amortização do ágio foram preenchidos, visto que: (i) houve 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; e (iv) houve incorporação do ágio pela ECOCATARATAS.

A requerente pleiteia tão somente a aplicação da legislação fiscal ao caso concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei nº 9.532/97 que não tenha sido atendido pela requerente e não existe nenhum vício que descharacterize os eventos societários descritos ao longo desta impugnação.

E os requisitos não foram apenas atendidos de forma literal, uma vez que o preço de venda foi pago a terceiros e a transação possui efetivos propósitos econômicos. Assim, esta Delegacia de Julgamento tem o dever de afastar a pretensão da fiscalização de exigir o cumprimento de um requisito vago e não previsto em Lei (a suposta confusão patrimonial do "real adquirente").

SEGUNDO ARGUMENTO: O CONCEITO DE "REAL ADQUIRENTE" NÃO POSSUI FUNDAMENTO JURÍDICO, DE FORMA QUE O ARGUMENTO DA INEXISTÊNCIA DE "CONFUSÃO PATRIMONIAL" É MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE

O segundo argumento que impõe o imediato cancelamento do presente Auto de Infração é que a legislação não prevê o requisito de "confusão patrimonial" do "investidor originário" para fins de amortização fiscal do ágio. Para todos os fins de direito, a participação societária possui apenas um adquirente: a empresa que paga o preço de aquisição e que se torna titular das ações adquiridas.

Da condição de real adquirente

Do ponto de vista jurídico e para todos os fins legais, a ECOCONCESSÕES é a efetiva adquirente das ações da requerente. Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações da requerente pela ECOCONCESSÕES sejam desconsiderados, é necessário que exista algum vício que macule estes negócios jurídicos perfeitos e acabados.

Note-se que o presente caso não trata de situação simulada, dolosa ou fraudulenta, na qual uma pessoa jurídica é interposta com o propósito exclusivo de ocultar o real adquirente da participação societária. Inexistindo qualquer vício de vontade que impõe a desconsideração de determinado ato jurídico, os efeitos tributários que devem prevalecer são aqueles expressamente previstos na legislação.

As autoridades fiscais não podem mudar o conteúdo e o alcance do conceito de "adquirente" previsto no direito privado, com o intuito de exigir um tributo manifestamente improcedente. Dessa forma, o adquirente de determinada participação societária deve ser a entidade que figura como compradora da participação societária (frise-se, em um caso que não tem nenhuma alegação de dolo, fraude, simulação ou abuso de direito).

A condição de adquirente da ECOCONCESSÕES se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: (a) a ECOCONCESSÕES emitiu ações em benefício da ECOINFRAESTRUTURA, com pagamento do preço de aquisição; (b) a ECOCONCESSÕES figurava no contrato social da requerente como proprietária da participação societária; e (c) a ECOCONCESSÕES era titular de direitos de sócio que lhe asseguravam, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da requerente e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, figurando como acionista controlador nos termos do artigo 116 da Lei das S.A..

Portanto, a ECOCONCESSÕES comprou o investimento na requerente, sendo considerada a adquirente da participação societária sob qualquer perspectiva que se examine. E com a compra da participação societária, a ECOCONCESSÕES passou a avaliar um investimento na requerente com ágio - grandeza econômica que tinha origem e fundamento em operação realizada com terceiros não relacionados.

Não faz nenhum sentido e não existe nenhum fundamento jurídico em afirmar que o ágio estava "substancialmente" registrado nos livros da ECOINFRAESTRUTURA. Sob qualquer perspectiva, o ágio foi pago e registrado pela ECOCONCESSÕES. O que a ECOINFRAESTRUTURA detinha na data da operação de cisão parcial era um investimento na ECOCONCESSÕES, devidamente avaliado pelo MEP (e não um "ágio indireto" com relação ao investimento na requerente).

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 ECOINFRAESTRUTURA 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.

Sendo assim, quando da cisão parcial da ECOCONCESSÕES, com incorporação da parcela cindida (investimento na requerente) dentro da própria requerente (passo 3), ocorreu a perfeita subsunção da norma prevista no artigo 7º da Lei nº 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 [a ECOCONCESSÕES era a efetiva adquirente] com ágio [a melhor prática contábil obriga o reconhecimento do ágio] (...) poderá amortizar o ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura".*

Mesmo que se queira sustentar que seria necessária a alegada "confusão patrimonial", certo é que, juridicamente, houve sim confusão patrimonial, considerando que houve a absorção de patrimônio (ativos e passivos, deveres e obrigações) por parte da requerente.

O fato de a empresa continuar a existir não muda essa conclusão. De fato, é a própria Lei nº 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.

Da improcedência do conceito de "empresa veículo" no caso em análise

As autoridades fiscais afirmam que a ECOCONCESSÕES teria sido uma "empresa veículo" para a transferência do ágio.

Esse argumento é ainda mais absurdo, uma vez que o conceito de empresa veículo, além de não estar previsto em lei, não possui nenhuma aplicabilidade no presente caso. Isso porque

o conceito de empresa veículo pressupõe a interposição de uma sociedade que faz surgir um novo benefício tributário - que não seria obtido caso ela não tivesse sido interposta. Por evidente que esse não é o caso desses autos.

A operação de aquisição da requerente de terceiros não relacionados foi inicialmente realizada por uma companhia aberta brasileira (ECOINFRAESTRUTURA), que poderia ter incorporado a requerente (ou ter sido diretamente cindida para absorção do patrimônio na requerente). A transferência do investimento na requerente para a ECOCONCESSÕES não teve o objetivo de servir de passagem para a criação de um ágio que não seria amortizado pela ECOINFRAESTRUTURA.

Em sua essência, tanto a ECOINFRAESTRUTURA quanto a ECOCONCESSÕES são empresas brasileiras com real substância econômica, empregados e atividades. Ambas poderiam efetuar as aquisições diretamente, com o reconhecimento de ágio e aproveitamento fiscal. A utilização da ECOCONCESSÕES na estrutura em nada modifica o ágio reconhecido no Brasil, passível de amortização para fins fiscais.

Da jurisprudência administrativa

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já teve a oportunidade de analisar a possibilidade de dedução do ágio em situações semelhantes à analisada nesses autos.

Nesses casos, como não poderia deixar de ser, o CARF concluiu que se os requisitos para a amortização do ágio foram preenchidos (i.e., aquisição de participação societária com pagamento do ágio; avaliação do investimento com base no MEP; fundamentação do ágio na expectativa de rentabilidade futura; e, incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida), não haveria fundamento que justificasse a glosa das despesas, admitindo-se, inclusive, a utilização de "empresa veículo".

Confiram-se, nesse sentido, recente decisão do CARF (fls. 1587/1590), além de outras (citadas às fls. 1590/1591).

TERCEIRO ARGUMENTO: DA INEXISTÊNCIA DE DUPLO APROVEITAMENTO DO ÁGIO

A fiscalização aduz que haveria dupla utilização do ágio, na medida em que o ágio, concomitantemente, (1) é amortizado como despesa dedutível da requerente; e (2) compõe o valor do investimento da requerente na ECOINFRAESTRUTURA, em razão da equivalência patrimonial.

As alegações da fiscalização não se sustentam, uma vez que não há duplicação do uso tributário do ágio, mas mera transferência do investimento pelo custo originalmente incorrido para aquisição da participação na requerente pela ECOINFRAESTRUTURA. Os valores estão intrinsecamente relacionados e não resultam - em nenhuma hipótese - em duplo benefício para o adquirente. A questão pode ser explicada da seguinte forma:

- O investimento da ECOINFRAESTRUTURA na ECOCONCESSÕES era avaliado pelo MEP, de forma que o custo do investimento varia conforme as movimentações patrimoniais da ECOCONCESSÕES.
- A amortização do ágio levava ao reconhecimento de uma despesa contábil, que diminui o patrimônio líquido da entidade investida.
- Sempre que o ágio é amortizado, o investimento avaliado pelo MEP é reduzido, de forma que o investidor nunca terá uma dupla utilização do benefício (a amortização do ágio reduz automaticamente o custo de aquisição).
- Ainda que o investimento seja alienado a terceiros não relacionados (com a utilização do custo apropriado via MEP relativo ao ágio não amortizado), não haverá dupla utilização do benefício, uma vez que o saldo do ágio ainda não foi amortizado.
- O saldo do ágio ainda não amortizado compõe o patrimônio líquido da empresa, de forma que um potencial novo comprador teria um ágio menor na aquisição. De fato, o saldo não amortizado aumenta o patrimônio líquido da empresa adquirida, diminuindo o ágio do novo comprador.

· Portanto, o ágio amortizado pela requerente e o custo de aquisição são grandezas que afetam uma a outra, sendo impossível a dupla utilização do benefício pelo mesmo investidor. Sob uma perspectiva global, também não haverá dupla utilização, uma vez que o custo utilizado pela ECOINFRAESTRUTURA em uma potencial operação de venda reduziria o ágio reconhecido pelo comprador.

Portanto, não há que se falar em dupla utilização do benefício do ágio, devendo a autuação ser cancelada com base em mais este argumento.

Ainda que houvesse a dupla utilização do benefício, o que se admite apenas para argumentar, as autoridades fiscais somente poderiam glosar o duplo benefício quando da sua efetiva utilização. Se o custo reconhecido pela ECOINFRAESTRUTURA não é legítimo e tem origem em grandeza já apropriada fiscalmente, as autoridades fiscais devem contestar o cálculo do ganho de capital em uma futura (e improvável) venda da participação societária.

A AMORTIZAÇÃO CONTÁBIL DO ÁGIO NÃO IMPEDE SEU APROVEITAMENTO FISCAL

No entender da fiscalização, os valores de ágio amortizados na contabilidade da ECOCONCESSÕES não poderiam ser aproveitados como despesas dedutíveis para fins fiscais.

Ocorre que esta acusação não procede, pois a legislação tributária, por meio do artigo 325 do RIR/99, facilita a dedução da amortização do ativo diferido. Tanto isso é verdade que o referido dispositivo, em seu caput, se utiliza da expressão "*poderão ser amortizados*", indicando uma faculdade do contribuinte, que poderá ou não utilizar o direito.

Adicionalmente, veja-se que o artigo 7º da Lei nº 9.532/97 trata do "ágio na aquisição" e não do "saldo remanescente".

Destaca-se que a Receita Federal do Brasil, por meio da Superintendência Regional da Receita Federal da 10^a Região Fiscal, partilha desse entendimento, conforme Solução de Consulta nº 97, de 29/06/2001.

Ora, ainda que se admita a obrigatoriedade da amortização do ágio e a sua indedutibilidade com base no mencionado artigo, tal indedutibilidade é de caráter meramente temporal; ou seja, tivesse a amortização do ágio sido contabilizada como despesa e acrescida ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real, este montante seria suscetível de controle na parte "B" do LALUR para fins de dedução em períodos posteriores.

Isso porque o ágio, como tal, é parte integrante e fruto de desdobramento do custo de aquisição do investimento, custo de aquisição este dedutível por ocasião da liquidação do investimento. No caso aqui discutido a liquidação se deu por incorporação, hipótese em que o custo do investimento, na medida do excedente em relação ao patrimônio líquido da investida (ágio), é dedutível. Em suma, indiferente a amortização contábil prévia para fins de determinação do montante do ágio a ser deduzido após a incorporação.

Além disso, para construir seu argumento, a fiscalização expõe de maneira detalhada as práticas adotadas pela ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES para a contabilização do ágio. Ocorre que os métodos aplicados por estas sociedades são totalmente estranhos à discussão desses autos e não poderiam ser tratados neste processo administrativo. De fato, apenas as práticas adotadas pela requerente poderiam ser examinadas nesses autos.

Desse modo, devem ser desconsideradas quaisquer descrições referentes à contabilidade da ECOINFRAESTRUTURA e da ECOCONCESSÕES, por extrapolarem o objeto de discussão deste processo administrativo.

DO DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA

A severa multa de 150% aplicada pela fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito

de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir.

Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio.

Ainda que se entenda que as operações praticadas não davam o direito de proceder como procedeu, não se pode falar em qualquer tipo de fraude.

A ECOINFRAESTRUTURA, a ECOCONCESSÕES e a ECOCATARATAS jamais falsificaram documentos ou "maquiaram" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registraram às claras, todas as operações em sua contabilidade.

A ECOCATARATAS registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão.

As alegações de que não houve propósito negocial na cisão da ECOCONCESSÕES e de que a projeção de fluxo de caixa considerando a amortização do ágio na própria ECOCATARATAS revelariam a intenção fraudulenta do Grupo EcoRodovias são totalmente descabidas e não possuem a menor chance de prosperar.

A alegação de que as despesas de ágio teriam sido alocados na ECOCATARATAS para ocultar a cobrança de pedágio exorbitante é totalmente descabida e não compete à RFB.

Além disso, a própria fiscalização reconheceu que o tema aqui tratado "*gera longas discussões na esfera tributária*", de modo que, na pior das hipóteses, portanto, a fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa-fé das empresas e acusá-las de terem incorrido em fraude.

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

A fiscalização aplicou também uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura dos Autos de Infração. Trata-se de mais um excesso que deve ser imediatamente cancelado.

A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ e CSLL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do tributo, daí a sua denominação.

Porém, quando o Fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ e CSLL 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 que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada.

DA IMPROCEDÊNCIA DOS JUROS DE MORA

A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária.

DA CSLL

Os argumentos de fato e de direito apresentados anteriormente, que justificam a legalidade do procedimento adotado pela requerente, também são válidos para efeitos de recolhimento da CSLL. Dessa forma, tendo demonstrado na presente impugnação a improcedência da autuação de IRPJ, torna-se, também, improcedente a exigência relativa à CSLL.

DO PEDIDO

Assim sendo, a requerente pleiteia o imediato cancelamento integral dos Autos de Infração em tela, com o consequente arquivamento do processo administrativo e recomposição dos prejuízos fiscais e bases negativas compensadas quando da apuração do crédito tributário em discussão.

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

DAS IMPUGNAÇÕES DA ECOINFRAESTRUTURA E DA ECOCONCESSÕES (RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS)

Cientificadas dos lançamentos em 17/10/2016 (fls. 1551 e 1555), as empresas consideradas responsáveis solidários (ECOINFRAESTRUTURA E ECOCONCESSÕES), por meio de seus advogados, regularmente constituídos, apresentaram, em 14/11/2016 (fls. 2019 e 2411), as impugnações de fls. 2021/2035 e 2413/2427, respectivamente, com o mesmo teor (*mutatis mutandis*), alegando, em síntese, o seguinte:

DOS FATOS: O AUTO DE INFRAÇÃO E O TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA

Nestas impugnações, as requerentes manifestarão as razões de fato e de direito que determinam o imediato cancelamento do Termo de Sujeição Passiva, de forma que a discussão prossiga apenas com relação ao efetivo contribuinte da obrigação tributária (ECOCATARATAS).

Caso se entenda que as requerentes são solidariamente responsável pelo débito fiscal cobrado nos Autos de Infração, cumpre esclarecer que: (i) a fiscalização também se equivocou na análise dos fatos e do direito a eles aplicável; e, assim, (ii) a integralidade dos fatos e argumentos que determinam o cancelamento da exigência fiscal, incluídos na impugnação apresentada pela ECOCATARATAS, devem ser também aplicados à presente exigência fiscal contra as requerentes.

DA INEXISTÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Da legitimidade para a apresentação de impugnação

Tendo em vista que as requerentes foram indicadas como responsáveis solidárias por meio de Termos de Sujeição Passiva, elas têm legitimidade para apresentar impugnação, com o propósito de contestar a sua inclusão como responsável solidária e o próprio lançamento tributário efetuado pela fiscalização, conforme o entendimento do CARF, atualmente sumulado:

"Súmula CARF n.º 71: Todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são parte legítima para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade".

Das alegações da fiscalização

De acordo com fiscalização, a responsabilidade das requerentes estaria fundamentada no artigo 124, inciso I, do CTN, que determina a responsabilidade solidária entre as pessoas que tenham *"interesse comum na obrigação que constitua o fato gerador"*.

A existência de interesse comum foi fundamentada nos seguintes argumentos:

1) Laudo para aquisição do investimento - O estudo que amparou a aquisição da ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA foi contratado pela própria ECOINFRAESTRUTURA, de modo que *"não se pode deixar de considerar que a utilização de despesas com ágio na ECOCATARATAS foi planejada, ainda em 2007, pela ECOINFRAESTRUTURA"*;

2) Diretores e Administradores - A diretoria, o conselho e o contador, das sociedades envolvidas nas operações analisadas era a mesma no período discutido (*"Percebe-se, também, que vários dos membros do Conselho de Administração da ECOINFRAESTRUTURA são diretores de outras empresas do Grupo, ou seja, analisando-*

se os documentos emitidos pelas 3 (três) empresas percebe-se que grande parte dos nomes citados nas atividades de administração são comuns a todas"; e

3) Desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão – A ECOCATARATAS cobraria pedágios que não atendem ao princípio da modicidade da tarifa, o que, consequentemente, aumentou o seu lucro real.

Como forma de mascarar o aumento de seu lucro dos poderes concedentes, a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES teriam alocado a despesa de ágio para a ECOCATARATAS.

Da inaplicabilidade do artigo 124. inciso I, do CTN

Conforme aponta Misabel Abreu Machado Derzi, em atualização da obra de Aliomar Baleeiro, "a solidariedade não é forma de eleição de responsável tributário", já que esse dispositivo é uma mera cláusula para graduação de responsabilidade, e não um mecanismo de inclusão de terceiros na relação jurídico-tributária, razão pela qual o artigo 124 do CTN sequer encontra-se inserido no Capítulo V (Responsabilidade Tributária).

Do mesmo modo, Luiz Antonio Caldeira Miretti conclui que o artigo 124, inciso I, do CTN não pode ser aplicado como uma norma atribuidora de responsabilidade a terceiros, em razão de seu alcance amplo e genérico, acarretando imprecisão no lançamento e insegurança jurídica.

À mesma conclusão chega Paulo De Barros Carvalho.

Na jurisprudência do CARF, o entendimento é idêntico ao da doutrina: não é dado às Autoridades Fiscais atribuir responsabilidade tributária solidária a terceiros com base no disposto no artigo 124, inciso I, do CTN (vide julgados às fls. 2026/2028 e 2418/2420).

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) também já pacificou o entendimento de que o artigo 124, inciso I, do CTN não é hábil para responsabilização de sócios e mesmo de terceiros em relação a débitos fiscais, por não se tratar de norma atribuidora de responsabilidade. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, o Embargo de Divergência n.º 446.955/SC, de 09/04/2008, e o Recurso Especial n.º 717.717/SP (ambos da Primeira Seção); a Medida Cautelar n.º 15.410/RJ, de 03/09/2009 (Primeira Turma); e o Recurso Especial n.º 884.845/SC, de 05/02/2009 (Primeira Turma); dentre outros.

Ressalta-se que a jurisprudência também pacificada pelo CARF vai no sentido de que as Autoridades Fiscais devem comprovar com documentação hábil e idônea a concorrência dos elementos que podem levar à imputação de responsabilização com base no artigo 124, inciso I, do CTN (atuação vinculada à prática do fato jurídico e possibilidade de benefício com os resultados do ato).

Nesse contexto, o primeiro argumento trazido pela fiscalização, no sentido de que o fato de a ECOINFRAESTRUTURA ter contratado o estudo da rentabilidade da ECOCATARATAS demonstraria interesse comum no fato gerador, é totalmente descabido.

Ora, como se demonstrou na impugnação apresentada pela ECOCATARATAS, a participação societária com ágio foi inicialmente adquirida pela ECOINFRAESTRUTURA de terceiros não relacionados, de tal modo que não há nenhuma anormalidade no fato de o estudo da expectativa de rentabilidade futura ter sido contratado justamente pela própria ECOINFRAESTRUTURA. Este fato não torna a ECOINFRAESTRUTURA responsável solidária por interesse comum no fato gerador da obrigação tributária.

O segundo argumento evocado pela fiscalização diz respeito ao fato de membros da Diretoria e do Conselho de Administração terem assumido cargos, concomitantemente, na ECOINFRAESTRUTURA, na ECOCATARATAS e na ECOCONCESSÕES. Como se sabe, as sociedades mencionadas são integrantes do mesmo grupo econômico, sendo prática usual (e até esperada) que os responsáveis pela tomada de decisão assumam posições similares nos quadros das sociedades, possibilitando que o grupo adote posturas coerentes e homogêneas na persecução dos objetivos do grupo.

Mais, esse fato, por si só, não implica a aplicação do artigo 124, inciso I do CTN. A fiscalização não demonstrou a infração supostamente cometida pelas requerentes; ou seja, não restou demonstrado nexo de causalidade ou relação entre os atos praticados pelas pessoas físicas e a alegada falta de recolhimento de IRPJ e CSLL pela ECOCATARATAS.

O terceiro argumento aduzido pela fiscalização, quanto à afronta ao princípio da modicidade das tarifas, também não merece prosperar.

A alegação de que o objetivo por trás das deduções de ágio reside na intenção de ocultar a cobrança de pedágios exorbitantes não deve ser considerada, tendo em vista que (a) não compete aos servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) a análise quanto ao descumprimento de contratos de concessão realizados pela Administração Pública com particulares; e (b) ainda que houvesse infração por parte das requerentes, a amortização fiscal do ágio em nada interfere na discussão sobre o valor da tarifa cobrada pela ECOCATARATAS.

A autoridade competente para fiscalizar a execução de contratos administrativos firmados com particulares (o qual, repita-se, não é a RFB) possui diversos outros elementos para verificar se houve desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência dos preços praticados.

A RFB não tem competência para avaliar se as tarifas estão sendo praticadas por um valor acima do esperado. Na realidade, a RFB sequer possui capacitação técnica para realizar tão juízo, de modo que essa alegação deve ser, de imediato, desconsiderada.

Não fosse isso, ainda que competisse à RFB a análise quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e que se restasse demonstrado que houve infração por parte da ECOCATARATAS, isso em nada afetaria a discussão quanto à dedutibilidade do ágio e não se caracteriza como infração pela qual as requerentes tenham de responder solidariamente.

De fato, eventual irregularidade praticada pela ECOCATARATAS no âmbito dos contratos de concessão não poderia ser estendida de modo a incluir as requerentes no pôlo passivo da obrigação tributária.

Assim, resta demonstrada, de forma clara e inequívoca, a não aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN, às requerentes.

DO MÉRITO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Não obstante o acima demonstrado, caso se entenda que as requerentes podem ser incluídas como sujeitos passivos solidários da obrigação consubstanciada nos Autos de Infração, requer-se que todos os argumentos de mérito trazidos na impugnação apresentada pela ECOCATARATAS sejam estendidos às impugnações apresentadas pelas requerentes.

As questões específicas de mérito do Auto de Infração encontram-se sumarizadas abaixo e devem ser interpretadas sempre em conjunto com os fatos, argumentos e documentos apresentados na impugnação protocolada pela ECOCATARATAS:

a) Decadência total - Deve ser reconhecida a decadência total do direito de a fiscalização questionar apenas em 2016 valores de ágio relacionado a operação efetuada em 2008, nos termos do artigo 150, §4º do CTN;

b) Preenchimento dos requisitos para a dedução do ágio – Os Autos de Infração devem ser cancelados, tendo em vista que todos os requisitos legais para a amortização do ágio foram preenchidos. De fato, na transação discutida: (i) houve 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; e (iv) houve incorporação do ágio pela ECOCATARATAS;

c) Inexistência de previsão legal quanto à "confusão patrimonial" do "investidor originário" - A fiscalização alega que o ágio não seria passível de dedução, por inexistência de confusão patrimonial entre a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCATARATAS. Essa

alegação deve ser afastada na medida em que não há nenhuma disposição legal no sentido de que a sociedade que (a) incorrer no custo da aquisição da participação societária, e (b) de início, registrar o investimento na sociedade adquirida, deverá incorporá-la. Adotar o posicionamento da fiscalização implicaria condicionar a amortização fiscal do ágio a requisito absolutamente vago e abstrato, que não está previsto em lei, causando absoluta insegurança jurídica. No caso analisado, houve o evento societário que implicou a confusão do investidor com a investida, ou seja, a cisão parcial da ECOCONCESSÕES seguida da incorporação da parcela cindida pela ECOCATARATAS. Não há nenhum vício que justifique a desconsideração do evento de cisão da ECOCONCESSÕES, não subsistindo a alegação da fiscalização de que a ECOCONCESSÕES é uma "empresa veículo" (conforme reconhecido pela própria fiscalização, a ECOCONCESSÕES é uma sociedade operacional, com empregados, receitas e despesas próprios). Os recentes julgamentos do CARF envolvendo os mesmos elementos do caso discutido nesses autos (alegação de inexistência de confusão patrimonial) foram julgados a favor do contribuinte;

d) Inexistência de duplo aproveitamento do ágio - A fiscalização alega que há duplo aproveitamento do ágio, na medida em que o ágio (1) é amortizado como despesa dedutível da ECOCATARATAS; e (2) compõe o valor do investimento da ECOCATARATAS na ECOINFRAESTRUTURA, em razão da equivalência patrimonial. Uma análise conjunta dos efeitos tributários decorrentes da contribuição da ECOCATARATAS em aumento de capital da ECOCONCESSÕES e da posterior incorporação revelam que não há duplicação do uso tributário do ágio, mas mera transferência do investimento pelo custo originalmente incorrido para aquisição da participação na ECOCATARATAS pela ECOINFRAESTRUTURA. Deve-se considerar também que, à medida em que a ECOCATARATAS amortiza fiscalmente o ágio, o seu patrimônio líquido sofre redução, com o consequente reflexo na equivalência patrimonial.

e) A amortização contábil do ágio não interfere em sua amortização fiscal – A fiscalização alega que o ágio amortizado contabilmente antes da incorporação não poderia ser aproveitado para fins fiscais. Como foi demonstrado, o ágio é parte integrante do desdobramento do custo de aquisição do investimento, custo de aquisição este dedutível por ocasião da liquidação do investimento. No caso aqui discutido, a liquidação se deu por incorporação, hipótese em que o custo do investimento, na medida do excedente em relação ao patrimônio líquido da investida (ágio), é dedutível. A amortização contábil prévia é indiferente do ponto de vista tributário;

f) Multa agravada de 150% - A severa multa de 150% aplicada pela fiscalização também deve ser prontamente afastada, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, quando restar provada pelo Fisco a inequívoca intenção do contribuinte de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que este não é um caso de fraude, sonegação ou conluio. Ainda que se entenda que as operações praticadas não davam o direito de proceder como procedeu, não se pode falar em qualquer tipo de fraude. A ECOINFRAESTRUTURA, a ECOCONCESSÕES e a ECOCATARATAS jamais falsificaram documentos ou "maquiaram" livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registraram às claras, todas as operações em sua contabilidade. A ECOCATARATAS registrou todos os seus atos nas Juntas Comerciais e demais órgãos públicos cabíveis e sempre recebeu a fiscalização com total transparência e atendeu a todas as suas solicitações com clareza e prontidão. As alegações de que não houve propósito negocial na cisão da ECOCONCESSÕES e de que a projeção de fluxo de caixa considerando a amortização do ágio na própria ECOCATARATAS revelariam a intenção fraudulenta do Grupo EcoRodovias são totalmente descabidas e não possuem a menor chance de prosperar. A alegação de que as despesas de ágio teriam sido alocados na ECOCATARATAS para ocultar a cobrança de pedágio exorbitante é totalmente descabida e não compete à RFB. Além disso, a própria fiscalização reconheceu que o tema aqui tratado *"gera longas discussões na esfera tributária"*, de modo que, na pior das hipóteses, portanto, a fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa-fé das empresas e acusá-las de terem incorrido em fraude;

g) Multa isolada de 50% - A fiscalização aplicou também uma multa isolada de 50% sobre os mesmos supostos fatos geradores que motivaram a lavratura dos Autos de Infração. Trata-se de mais um excesso que deve ser imediatamente cancelado. A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ e CSLL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do tributo, daí a sua denominação. Porém, quando o Fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ e CSLL 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 que a multa isolada não pode ser exigida cumulativamente com a penalidade imposta de ofício, de modo que a multa isolada também deve ser integralmente cancelada;

h) Juros de mora - A taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários e, se admitida a sua aplicação, só poderá incidir sobre o crédito tributário principal, não podendo recair sobre o valor da multa de ofício, que é penalidade e não tem natureza tributária.

DO PEDIDO

Assim, as requerentes pleiteiam: (i) o imediato cancelamento integral dos Termos de Sujeição Passiva; e (ii) o julgamento conjunto destas impugnações com a impugnação protocolada pela ECOCATARATAS.

Subsidiariamente, requer-se o imediato cancelamento dos Autos de Infração em tela.

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

DA PETIÇÃO REQUERENDO CANCELAMENTO DE AVERBAÇÃO DE VEÍCULO

Consta, à fl. 2567, petição da ECOCATARATAS, recebida em 06/07/2017, requerendo cancelamento de averbação de veículo, *in verbis*:

"Em atenção ao disposto no §3º do art. 64 da Lei n.º 9.532/97 e art. 8º da IN RFB n.º 1.565/15; por meio do presente, comunica-se a alienação de bem integrante da Relação de Bens e Direitos Arrolados, conforme formulário anexo, para cobertura do crédito tributário sob responsabilidade desta Concessionária, em decorrência do Auto de Infração n.º 10980-724.544/2016-01 lavrado.

No formulário anexo constam- os dados do bem alienado (placas AUE-2180, RENAVAN 00332453774) e do comprador, bem como o Contrato de Compra e Venda firmado pela contribuinte, de acordo com o estabelecido no §1º do art. 8º da IN RFB 1.565/15.

Por fim, requer seja providenciado o cancelamento da averbação do veículo supracitado perante o DETRAN/PR, conforme preconiza o inc. II do art. 10 da IN RFB 1.565/15".

O r. acórdão recorrido restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

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

ÁGIO. AMORTIZAÇÃO.

ANÁLISE DE FATOS PASSADOS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

A obrigação tributária e, conseqüentemente, o início do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário através do lançamento surgem apenas com a ocorrência do fato gerador, ou seja, no caso em tela, a cada dedução indevida das despesas de amortização de ágio. Antes das amortizações, não poderia a fiscalização questionar a formação do ágio ou a sua transferência para a contribuinte, pois tais fatos não tinham, até então, reflexos fiscais (não representavam fatos geradores de obrigações tributárias). Alegação de preclusão rejeitada.

DECADÊNCIA. FRAUDE. INÍCIO DO PRAZO.

Se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Alegação de decadência rejeitada.

CONFUSÃO PATRIMONIAL. “TRANSFERÊNCIA” DE ÁGIO EM NOVA TRANSAÇÃO. IRREGULARIDADE NÃO OBSERVADA.

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.

Mas, não há que se falar em mera “transferência” irregular de ágio pago em uma primeira transação quando, na realidade, houve uma nova transação, com ágio, no mesmo valor do ágio na transação anterior, ágio este passível de amortização, nos termos da legislação vigente.

DUPLICIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ÁGIO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste dupla utilização do ágio, pois, à medida em que a contribuinte amortiza fiscalmente o ágio, o seu patrimônio líquido sofre redução, com o consequente reflexo na equivalência patrimonial, reduzindo automaticamente o custo de aquisição. Ainda que o investimento seja alienado a terceiros não relacionados (com a utilização do custo apropriado via MEP relativo ao ágio não amortizado), não haverá dupla utilização do benefício, uma vez que o saldo do ágio ainda não foi amortizado.

CONTRATO DE CONCESSÃO, DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO FISCAL DO ÁGIO.

Para a revisão dos contratos de concessão analisam-se apenas as operações objeto dessa concessão, e não o resultado geral da concessionária. Além disso, a manipulação do resultado da concessionária não é, por si só, obstáculo à dedução fiscal do ágio, servindo apenas forçar uma eventual revisão do contrato de concessão.

PROpósito NEGOCIAL. INEXISTÊNCIA.

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, sem nenhum outro propósito negocial.

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).

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. CONLUIO.

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.

EMPRESAS DO GRUPO PARTICIPANTES DAS OPERAÇÕES. INTERESSE COMUM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Restando caracterizado o interesse comum de empresas do grupo que participou, juntamente com a contribuinte, das operações que motivaram a autuação, mantém-se a responsabilização (solidária) das referidas empresas.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da ilegalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas.

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

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

CSLL. DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação decorrente dos mesmos fatos e elementos de prova.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

RECURSO VOLUNTÁRIO - RODOVIA DAS CATARATAS S.A. - ECOCATARATAS

A recorrente apresentou Recurso Voluntário em que aduz preliminarmente (i) a decadência do direito de as autoridades fiscais questionarem o ágio; (ii) nulidade parcial do acórdão recorrido por inovação a motivação do auto de infração – na medida em que a operação de integralização de ações ocorrida em 30.3.2012 não é utilizada como fundamento para a exigência do IRPJ e da CSL em nenhum momento. A existência dessa operação não é sequer citada pela Fiscalização no descritivo dos fatos discutidos neste processo administrativo.

Alega ainda a aplicação do art. 146 do CTN, haja vista a alteração de critério jurídico, o que implicaria em violação a seus direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à imparcialidade das autoridades julgadoras, o que teria sido positivado no art. 10 do CPC/15, aplicável subsidiariamente por força do art. 15 da mesma Lei.

Alega ainda a impossibilidade de correção de erro de direito em conformidade com precedente vinculante do STJ - REsp 1.130.545/RJ.

No mérito afirma que o Acórdão Recorrido entendeu que glosa das despesas de ágio seria válida com base no único fundamento de que a cisão parcial prescindiria de propósito negocial, em razão da integralização de capital ocorrida em 2012. No que diz respeito aos fundamentos do Auto de Infração, a Decisão Recorrida entendeu expressamente que 100% dos argumentos adotados pela Fiscalização eram improcedentes:

- ALEGAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO -	- ACÓRDÃO Nº 16-83.283 -
<p>ALEGAÇÃO Nº 1: Ausência de "confusão patrimonial" entre a suposta "real adquirente" (EcoRodovias Holdings) e a Recorrente. Essa alegação fica clara no seguinte trecho do TVF:</p> <p><i>"[...] tem-se, portanto, que a 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 jurisprudência analisadas, constitui-se em condição que inibe o aproveitamento do ágio na forma prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 9.532, de 1997. Tal fato, portanto, autoriz a glosa dos valores deduzidos, a esse título, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL."</i></p>	<p><u>Entendimento da DRJ:</u> o requisito contido no artigo 7º, inciso III, da Lei 9.532/97 teria sido atendido, isto porque a EcoConcessões teria adquirido, de forma lícita, a participação societária na Requerente, sendo válido o registro do investimento e do ágio em seus livros contábeis. Essa conclusão fica clara no seguinte trecho do Acórdão nº 16-83.283:</p> <p><i>"Quando a fiscalização exige a "confusão patrimonial", está, na realidade, exigindo que a beneficiária da amortização do ágio seja quem suportou originalmente esse ônus, ou seja, a adquirente da participação societária. Em suma, a fiscalização não admite a "transferência" do ágio. [...]</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>Assim, há que se considerar como adquirente da ECOCATARATAS a ECOCONCESSÕES, havendo, portanto, a "confusão patrimonial" exigida pela fiscalização."</i></p>

<u>ALEGAÇÃO Nº 2:</u> a EcoConcessões teria exercido papel de empresa-veículo no conjunto de operações realizadas pelo Grupo EcoRodovias. Veja-se no trecho do TVF a referida alegação:	<u>Entendimento da DRJ:</u> a EcoConcessões não teria exercido o papel de empresa veículo para viabilizar, apenas, a amortização do ágio. A operação de contribuição da
---	---

<p><i>"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.</i></p> <p><i>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.</i></p>	<p>Recorrente em aumento de capital da EcoConcessões foi válida. Veja-se o trecho do Acórdão:</p> <p><i>"[...]a ECOCONCESSÕES não pode ser considerada mero veículo para a "transferência" do ágio.</i></p> <p>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 negocial, "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 dispêndio, para suposto aumento de capital da adquirente, antes delas próprias serem incorporadas.</p> <p>[...]</p> <p><i>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, descritos acima. Aliás, conforme reconhecido pela própria fiscalização, a ECOCONCESSÕES é uma sociedade operacional, com empregados, receitas e despesas próprias.</i></p> <p><i>Dessa forma, por todo exposto, não subsiste esse argumento da fiscalização."</i></p>
<p><u>ALEGAÇÃO Nº 3:</u> ao permitir que o ágio seja deduzido nas bases de apuração da Recorrente e ao mesmo tempo componha o custo do investimento</p>	<p><u>Entendimento da DRJ:</u> o argumento da Fiscalização não poderia prosperar porque houve, de fato, a amortização contábil do ágio, o que reduziu o valor</p>

<p>avaliado por MEP na EcoRodovias Holdings (ou EIL) haveria a possibilidade jurídica de se aproveitar do ágio de forma "dupla", o que afrontaria o objetivo da Lei 9.532/97 e não poderia ser admitido. Veja-se trecho do TVF:</p> <p><i>"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 imperativa a glosa dos valores deduzidos, para fins fiscais, a título de despesas com a amortização do ágio em tela."</i></p>	<p>contábil do investimento.</p> <p>Além disso, o suposto benefício em "dobro" só poderia ser arguido para questionar eventual "segunda" utilização do ágio. Veja-se trecho do Acórdão:</p> <p><i>"Alega a fiscalização que há uma dupla utilização do ágio pelo grupo econômico, uma vez o ágio (1) é amortizado e deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSL apurados pela ECOCATARATAS; e (2) compõe o custo do valor do investimento da requerente na ECOINFRAESTRUTURA, pela aplicação do método de equivalência patrimonial.</i></p> <p><i>Não procede tal alegação, pois, como bem argumenta a contribuinte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• A mortização do ágio leva ao reconhecimento de uma despesa contábil, que diminui o patrimônio líquido da entidade investida.</i><i>• Sempre que o ágio é amortizado, o investimento avaliado pelo MEP é reduzido, de forma que o investidor nunca terá uma dupla utilização do benefício, pois a amortização do ágio reduz automaticamente o custo de aquisição.</i><i>• Ainda que o investimento seja alienado a terceiros não relacionados (com a utilização do custo apropriado via MEP relativo ao ágio não amortizado), não haverá dupla utilização do benefício, uma vez que o saldo do ágio ainda não foi amortizado.</i><i>• O ágio amortizado pela contribuinte eo o custo de aquisição são grandezas que afetam um a</i>
--	--

	<p><i>outra, sendo impossível a dupla utilização do benefício pelo mesmo investidor.</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>• Ainda que houvesse a dupla utilização do benefício, a fiscalização somente poderia glosar o duplo benefício quando da sua efetiva utilização, ou seja, no cálculo do ganho de capital em uma futura venda de participação societária."</i>
--	--

Alega ainda que a cisão parcial da EcoConcessões tinha propósitos negociais muito claros: (i) não permitir que a adoção inicial do ICPC 01 implicasse reconhecimento de despesa relevante no resultado de tal forma que o patrimônio líquido da Recorrente ficasse negativo; e (ii) viabilizar a transferência de dívida (mútuo) em face da EIL.

Afirma que as Autoridades Julgadoras de primeira instância nem se propuseram a analisar os propósitos econômicos apresentados pela Recorrente em sua Impugnação. Após constatarem que os argumentos apresentados pela Recorrente, bem como as alegações das Autoridades Fiscais seriam “discutíveis”, a DRJ/SPO apegou-se ao fato de que, em momento posterior, o Grupo EcoRodovias decidiu, novamente, contribuir a Recorrente em aumento de capital da EcoConcessões. Por conta desse fato (e exclusivamente por ele), a DRJ/SPO entendeu que a cisão seguida de incorporação do acervo líquido prescindiria de propósitos econômicos.

A referida alegação mostra-se absurda. Ora, a posterior contribuição da Recorrente em aumento de capital da EcoConcessões não restaura o status quo ante da cisão parcial empreendida em 29.12.2010 porque (i) não há a transferência da dívida da Recorrente para a EcoConcessões; e (ii) o capital social da Recorrente continua o mesmo, fato que evitaria impactos negativos em seu fluxo de caixa livre.

Reitera os fundamentos de sua impugnação ressaltando o cumprimento de todos os requisitos previstos na legislação de regência para aproveitamento do ágio:

Requisito	Lei 9.532/97	Atos Praticados	TVF
Aquisição de investimento com o pagamento de ágio, entre partes independentes	"Artigo 7º. A pessoa jurídica [...] que detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio"	Aquisição da participação societária na Recorrente pela EcoRodovias Holding, mediante Contratos de Compra e Venda e pagamento do preço aos Vendedores.	"Até então denominada Rodovia das Cataratas, a ECOCATARATAS teve como alienantes partes não relacionadas com o grupo Ecorodovias, tendo sido a operação concretizada pelo valor de R\$ 426,5 milhões" (fl. 4)
Registro do investimento pelo método da equivalência patrimonial	"Artigo 7º. A pessoa jurídica [...] que detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo 20 do DL 1.598/77"	O investimento foi avaliado pelo MEP, havendo o desdobramento do custo de aquisição entre PL e ágio fundamentado na expectativa de rentabilidade futura	"[...] esse investimento sofreu alterações significativas de valor apenas a título de resultado de equivalência patrimonial e pagamento de dividendos" (fl. 19)
O ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura	"Artigo 7º. [...] III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do artigo 20 do DL 1.598/77, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real [...]"	O ágio foi fundamentado na expectativa de rentabilidade futura e amparado por laudo de avaliação elaborado para este fim	"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" (fl. 4)
Deve ocorrer a incorporação entre a sociedade adquirida e adquirente, ou vice versa	"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"	Houve a efetiva incorporação da adquirida (Reorrente) na adquirente (EcoConcessões)	"[...] 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 ele transferido, tendo sido registrado pelo seu valor original" (fl. 5)

O que teria sido confirmado pela decisão recorrida às fls. 3063.

Reitera os fundamentos quanto a inadequação das multas aplicadas e a impossibilidade de utilização da Selic como juros de mora principalmente em relação à correção da multa de ofício.

**RECURSO VOLUNTÁRIO - ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGISTICA S.A. e
ECORODOVIAS CONCESSÕES E SERVIÇOS S.A.,**

As responsáveis no mérito aduzem os mesmos fundamentos que a contribuinte. Especificamente em relação à responsabilidade, alegam a inaplicabilidade do art. 124, I do CTN, por não ser uma norma atribuidora de responsabilidade, mas de mera graduação.

Reitera os fundamentos aduzidos na Impugnação para descharacterizar a responsabilidade.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

O Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Preliminar de Nulidade

O Recorrente requer a nulidade do acórdão recorrido na parte em que este inova nos fundamentos da autuação, modificando os critérios do lançamento.

Compulsando o TVF, verifico que entre as razões do auto de infração não se encontra qualquer palavra acerca da suposta simulação ou do suposto retorno ao *status quo*, que fundamentou a r. decisão recorrida, conforme se depreende das fls. 1490-1505 do TVF.

Ao analisar as razões do auto de infração, a própria DRJ assim o reconhece:

DA INFRAÇÃO 1

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 (ECINFRAESTRUTURA) 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 ECINFRAESTRUTURA.

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.

Passemos, então, à análise desses argumentos e da contestação apresentada pela contribuinte.

Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a r. DRJ afastou cada um dos fundamentos acima apontados, conforme bem demonstra a Recorrente em seu quadro comparativo aposto ao relatório:

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 terceiro independentes, com ágio, a ECOCATARATAS.

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.

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 negocial, "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 deles 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.

Alega a fiscalização que há uma dupla utilização do ágio pelo grupo econômico, uma vez o ágio (1) é amortizado e deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pela ECOCATARATAS; e (2) compõe o custo do valor do investimento da requerente na ECOINFRAESTRUTURA, pela aplicação do método da equivalência patrimonial.

Não procede tal alegação, pois, como bem argumenta a contribuinte:

- A amortização do ágio leva ao reconhecimento de uma despesa contábil, que diminui o patrimônio líquido da entidade investida.
- Sempre que o ágio é amortizado, o investimento avaliado pelo MEP é reduzido, de forma que o investidor nunca terá uma dupla utilização do benefício, pois a amortização do ágio reduz automaticamente o custo de aquisição.
- Ainda que o investimento seja alienado a terceiros não relacionados (com a utilização do custo apropriado via MEP relativo ao ágio não amortizado), não haverá dupla utilização do benefício, uma vez que o saldo do ágio ainda não foi amortizado.
- O ágio amortizado pela contribuinte e o custo de aquisição são grandezas que afetam uma a outra, sendo impossível a dupla utilização do benefício pelo mesmo investidor.
- Ainda que houvesse a dupla utilização do benefício, a fiscalização somente poderia glosar o duplo benefício quando da sua efetiva utilização, ou seja, no cálculo do ganho de capital em uma futura venda da participação societária.

Alega a fiscalização que 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.

Primeiramente, cumpre observar que a fiscalização serviu-se dessa alegação apenas para responsabilizar solidariamente a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES.

Além disso, há que se destacar que:

- para a revisão dos contratos de concessão analisam-se apenas as operações objeto dessa concessão, e não o resultado geral da concessionária; e
- mesmo se procedente essa afirmação, ela não seria, por si só, obstáculo à dedução fiscal do ágio pela contribuinte, servindo apenas para rever o resultado apresentado pela concessionária e forçar uma eventual revisão do contrato de concessão.

Assim, não procede essa alegação da fiscalização para impedir a dedução fiscal do ágio pela contribuinte.

Verifica-se que foi só ao analisar o quarto item – ausência de propósito negocial, utilizado exclusivamente para atribuir responsabilização e agravamento da multa é que a r. DRJ destacou às fls.3068:

Não há como negar que são discutíveis tanto os argumentos da contribuinte quanto os da fiscalização.

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.

Além da referidas Atas, é relevante observar que as DIPJs do ano-calendário de 2012 da ECOINFRAESTRUTURA e da ECOCONCESSÕES (ora anexadas aos autos) e da ECOCATARATAS (fls. 436/477), refletem essa nova condição.

E o que se reitera nas conclusões:

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).

Como se verifica, a própria DRJ declarou a improcedência dos fundamentos do auto de infração, restando tão somente a ausência de propósito negocial, que havia sido utilizada

para agravar a infração e atribuir responsabilidade tributária a outras empresas do grupo econômico.

Somente com relação a esse ponto, surge para justificar a manutenção da Decisão Recorrida que as ações da Recorrente foram transferidas para a Ecoconcessões em transação ocorrida mais de 15 meses após as transações contestadas pela Fiscalização, sendo que inexistia tal análise no TVF.

Nessa toada há evidente inovação na fundamentação do auto de infração o que é vedado pela legislação de regência, devendo ser declarada nula a decisão proferida pela DRJ naquilo que inova. Nesse sentido o acórdão 1401.002.822, de relatoria da i. Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, j. 14/08/2018:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002

NULIDADE. DECISÃO DA DRJ QUE INOVA NA FUNDAMENTAÇÃO.

É nula a decisão da DRJ que mantém a autuação com base em fundamento que não constou do auto de infração, por operar em cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

AUTO DE INFRAÇÃO. ALTERAÇÃO PELA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO CRITÉRIO JURÍDICO. ART. 146 DO CTN.

Não se afigura possível à autoridade julgadora de primeira instância alterar o fundamento do lançamento, adotando-se um novo critério, diverso daquele apontado pela autoridade fiscal no auto de infração.

Referida alteração configura mudança do critério jurídico, o que é vedado pelo artigo 146 do CTN, caracterizando inovação e aperfeiçoamento do lançamento.

Por mais que possa se dizer que há menção à ausência de propósito negocial no item relativo à qualificação da multa, vale ressaltar que tal argumento não constava no mérito do relatório de fiscalização.

Nesse sentido, há clara inovação no Acórdão da DRJ, o que implica a sua nulidade, de modo que o presente processo administrativo deve ser novamente julgado pela DRJ.

Do Mérito

Caso seja vencido, passo a analisar as questões de mérito.

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).

Nesse sentido, concluiu o Acórdão da DRJ que, 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.

Dessa forma, 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.

Logo, há que se considerar como adquirente da ECOCATARATAS a ECOCONCESSÕES, havendo, portanto, a “confusão patrimonial” exigida pela fiscalização.

Ainda, o Acórdão da DRJ pontua 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 terceiro independentes, com ágio, a ECOCATARATAS.

No Acórdão da DRJ ainda consta expressamente que “*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*”.

Diante de tal entendimento, cumpre salientar que a ECOCONCESSÕES não pode ser considerada mero veículo para a “transferência” do ágio.

Com relação ao potencial uso abusivo de “empresa-veículo”, o próprio Acórdão da DRJ reconhece que, no caso em tela, 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, de forma que conclui que não subsiste esse argumento da fiscalização.

No que toca à alegação da fiscalização de que há uma dupla utilização do ágio pelo grupo econômico, uma vez o ágio (1) é amortizado e deduzido das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pela ECOCATARATAS; e (2) compõe o custo do valor do investimento da requerente na ECOINFRAESTRUTURA, pela aplicação do método da equivalência patrimonial, o Acórdão da DRJ conclui que não procede tal alegação, pois, como bem argumenta a contribuinte: (i) a amortização do ágio leva ao reconhecimento de uma despesa contábil, que diminui o patrimônio líquido da entidade investida; (ii) sempre que o ágio é amortizado, o investimento avaliado pelo MEP é reduzido, de forma que o investidor nunca terá uma dupla utilização do benefício, pois a amortização do ágio reduz automaticamente o custo de aquisição; (iii) ainda que o investimento seja alienado a terceiros não relacionados (com a utilização do custo apropriado via MEP relativo ao ágio não amortizado), não haverá dupla utilização do benefício, uma vez que o saldo do ágio ainda não foi amortizado; (iv) o ágio amortizado pela contribuinte e o custo de aquisição são grandezas que afetam uma a outra, sendo impossível a dupla utilização do benefício pelo mesmo investidor; (v) ainda que houvesse a dupla utilização do benefício, a fiscalização somente poderia glosar o duplo benefício quando da sua efetiva utilização, ou seja, no cálculo do ganho de capital em uma futura venda da participação societária.

Por fim, no que tange à alegação da fiscalização de que 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, o Acórdão da DRJ aponta que tal alegação serviu apenas para responsabilizar solidariamente a ECOINFRAESTRUTURA e a ECOCONCESSÕES, no entanto, não merece prosperar, uma vez que: (i) para a revisão dos contratos de concessão analisam-se apenas as operações objeto dessa concessão, e não o resultado geral da concessionária; e (ii) mesmo se procedente essa afirmação, ela não seria, por si só, obstáculo à dedução fiscal do ágio pela contribuinte, servindo apenas para rever o resultado apresentado pela concessionária e forçar uma eventual revisão do contrato de concessão.

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 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 n.º 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.º 9.532/97 tenham sido seguidas.

Cumpre 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.

Caso vencido com relação ao mérito, passo a discutir a questão das multas.

No que tange à multa qualificada, entendo que não há subsunção às hipóteses de fraude ou conluio, que foram levantadas no relatório de fiscalização. Todavia, cumpre notar que o Acórdão da DRJ justifica a multa qualificada também com a figura do dolo, de modo que menciona que “as operações dolosamente (*tinha a intenção de praticar os atos, a fim de evitar a*

tributação) engendradas pela contribuinte, juntamente com asdemais empresas do grupo envolvidas (o que caracteriza conluio), visaram reduzir o montante de IRPJ e da CSL devidos (o que caracteriza fraude) ”.

A justificativa para a multa qualificada é a ausência de propósito negocial, sendo que o Acórdão da DRJ considera tal ausência a partir do fato de que a situação posterior é igual à situação anterior, conforme o seguinte trecho: “*importante reiterar que, 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*”.

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.

Como consequência da não existência de dolo, não há que se falar em atribuição de responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional.

Ainda como decorrência da não existência de dolo, a regra decadencial aplicável é a do artigo 150, §4º, do CTN, o que implica em reconhecer que estão decaídos os períodos de autuação anteriores a outubro de 2011, uma vez que o auto de infração foi lavrado em 14 de outubro de 2016.

Por mais que o ágio tenha se originado em operação de fevereiro de 2008, a repercussão dos efeitos de sua amortização ocorreu entre os anos da autuação, isto é, de 2010 a 2015, de modo que não há se falar em total decadência no que tange à análise da formação do ágio, nos termos da Súmula CARF nº 116, que estabelece 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*”.

Com relação à aplicação da SELIC sobre a multa de ofício, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 108, que assim dispõe: “*incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício*”.

Por fim, no que tange à concomitância entre a multa de ofício e a multa isolada, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 105, que assim dispõe: “*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

Com base no exposto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, acolher a preliminar de nulidade para anular o Acórdão recorrido e, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto

Voto Vencedor

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Redator designado.

O ilustre relator trouxe ao colegiado uma valiosa descrição do cenário fático e do cenário jurídico atinentes ao presente processo. Todavia, o entendimento majoritário no colegiado foi diferente daquele trazido no voto inicial em relação a três pontos: (i) nulidade do acórdão da DRJ; (ii) glosa da dedução do ágio e (iii) exigência da multa isolada. Diante desse fato, coube a mim redigir o correspondente voto vencedor, aqui apresentado.

1 Inovação do fundamento - nulidade

A exigência tributária tem como objeto a dedução da amortização do ágio contabilizado pelo contribuinte autuado, o que gerou exclusões na apuração do lucro real. A fiscalização entendeu que o ágio contabilizado não era dedutível e considerou indevidas as referidas exclusões, bem como considerou necessárias algumas adições na apuração do lucro real, não realizadas pelo contribuinte (fls. 1403). A fiscalização desenvolve a sua fundamentação no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (TVF) de fls. 1474.

A decisão recorrida afasta três fundamentos apontados pela fiscalização, quais sejam, a inexistência de confusão patrimonial, a duplicidade de utilização do ágio e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Todavia, mantém a exigência tributária com fundamento na inexistência de propósito negocial na operação que teria gerado o ágio, conforme o seguinte excerto (fls. 3070):

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).

O recorrente afirma que o fundamento adotado pela decisão recorrida não foi apontado no auto de infração, o que configuraria uma inovação no lançamento. Com isso, propugna pela anulação dessa decisão, conforme o seguinte excerto (fls. 3254):

24. Não obstante, o único fundamento da Decisão Recorrida para justificar a manutenção do lançamento fiscal foi a inexistência de propósito negocial da cisão parcial ocorrida em 29.12.2010, justificada exclusivamente em razão da integralização de capital ocorrida em 30.3.2012 (mais de 15 meses após os fatos discutidos neste processo administrativo).

25. Portanto, a Decisão Recorrida é parcialmente nula na parcela que inovou aos Autos de Infração, devendo ser integralmente desconsiderados os fundamentos que não encontram respaldo no lançamento fiscal.

Entendo que não assiste razão ao recorrente, pois a inexistência de propósito negocial está expressamente declinada no TVF, em tópico específico, onde a fiscalização faz longa demonstração das suas razões de entendimento, conforme o seguinte excerto (fls. 1500):

Da inexistência de propósito negocial

101. Por outro lado, é pacífico que o aproveitamento, para fins fiscais, de despesas com amortização de ágio deve decorrer de operações dotadas de propósito negocial, sendo rechaçada a reorganização que vise unicamente a economia de tributos.

102. Nesse sentido, vide-se jurisprudência da CSRF e do Carf.

[...]

103. Portanto, conclui-se que, apenas no caso de reorganização societária revestida de propósito negocial ocorrida até o fim de janeiro de 2011, que transformasse investidor e investida em uma única empresa e na qual a ECOCATARATAS passasse a deter ágio, as despesas com amortização desse ágio poderiam ser deduzidas para fins fiscais e, assim, a empresa poderia materializar o ganho calculado ainda em 2007 por meio do estudo matemático em tela.

A decisão recorrida deixa claro esse fato quando aponta resumidamente os fundamentos da fiscalização para lavrar o auto de infração, conforme a seguinte transcrição (fls. 3063):

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.

É certo que o tópico sobre a inexistência de propósito negocial está inserido no texto do TVF relativo à qualificação da multa de ofício. Todavia, a qualificação é acessória à multa e a multa é acessória à infração, ou seja, os elementos da infração e os elementos da sua qualificação fazem parte de um mesmo quadro fático, o que implica que a falta de propósito negocial faz parte do quadro fático que fundamenta a infração. Se a fiscalização apontou a falta de propósito negocial como elemento de convicção para qualificar a multa é porque essa ausência de propósito faz parte da infração. Tanto é assim que o rastreamento da substância econômica das operações societárias auditadas permeia toda a fundamentação da infração, conforme o seguinte excerto (fls. 1491):

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 n.º 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.

[...]

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. [Destaquei]

Embora a organização do texto exija, por questão de clareza, uma divisão em capítulos, essa divisão não autoriza uma interpretação estanque dos capítulos. O texto deve ser interpretado conforme os fatos e não o contrário, como pretende o recorrente.

Diante desses fatos, entendo que não deve prosperar a alegação de nulidade da decisão recorrida trazida no recurso voluntário.

2 Dedutibilidade do ágio

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 autuada (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 autuada, 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 autuada, o que deu ensejo para que a ECOCONCESSÕES contabilizasse o ágio ocorrido na aquisição da empresa autuada. Por fim, a ECOCONCESSÕES sofreu uma cisão

parcial e o patrimônio cindido foi absorvido pela empresa autuada, 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 autuada, 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 autuada, 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, mas o registro contábil do pagamento do ágio.

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

¹ 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.

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 a absorção do patrimônio da adquirida pela adquirente (artigo 7³ Lei nº 9.532/1997), ou o contrário (artigo 8⁴ 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 encriturado 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;

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;

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

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.

(b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados; e

(c) compensação futura de créditos fiscais não utilizados.

[...]

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.

Dante 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.

3 Multa isolada – multa de ofício - concomitância

A dedução das despesas com a amortização do ágio em tela também reduziu as bases estimadas utilizadas no pagamento das antecipações mensais do IRPJ e da CSLL (estimativas), uma vez que a empresa autuada fez o cálculo dessas antecipações por meio de balancetes de suspensão ou redução. Consequentemente, a glosa dessas despesas teve o efeito de aumentar o valor devido das correspondentes estimativas mensais, pelo que a fiscalização também exigiu a multa isolada em razão do pagamento a menor dessas estimativas.

Inicialmente, verifico que as referidas multas isoladas foram exigidas com fundamento nos artigos 2º, 43 e 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 (fls. 1405). Com isso, é forçoso concluir que a Súmula CARF nº 105⁵ não alcança essas multas, uma vez que a referida súmula está expressamente voltada para as multas exigidas com fundamento no artigo 44 §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, dispositivo legal diverso daquele utilizado na espécie.

O recorrente se insurge contra a exigências dessas multas isoladas por entender que constituem duplicidade de sanção sobre o mesmo fato, considerando que também estão sendo cobradas multas de ofício pelo recolhimento a menor dos tributos apurados no final do exercício tributário, conforme o seguinte excerto (fls. 3318):

274. Não obstante, se fosse admitida a possibilidade de cobrança da multa no caso em tela, o que se admite apenas para argumentar, tem-se que sua aplicação somente poderia ser exigida uma única vez e não duas, como pretendem as Autoridades Fiscais.

A exigência de multa isolada em concomitância com a exigência de multa de ofício tem sido realizada com muita frequência pela Administração Tributária e já deu ensejo a muitos debates no âmbito do CARF. Adoto o entendimento de que não há *bis in idem* na exigência concomitante dessas duas multas, uma vez que a obrigação de antecipar parcelas estimadas dos tributos tem natureza de obrigação acessória, enquanto a obrigação de pagar os tributos após a ocorrência do fato gerar é, seguramente, obrigação tributária principal. Ademais, comparando as duas sanções, verifica-se que os dispositivos legais sancionadores são distintos, as bases de cálculo são distintas, as condutas são distintas, as sanções são distintas também em seus índices e os momentos de exigência podem ser distintos.

O recorrente ainda argumenta que a administração tributária não pode exigir o pagamento de estimativas após o encerramento do exercício tributário, uma vez que, já ocorrido o fato gerador, não há que se exigir antecipações, apenas o tributo definitivamente apurado. Tal argumento não possui congruência com o presente processo, uma vez que não está sendo exigido do contribuinte o pagamento das estimativas não recolhidas, mas sim a multa pelo não pagamento. Na verdade, o auto de infração está aplicando uma sanção pelo descumprimento de uma obrigação, o que não deve ser confundido com a própria obrigação, ainda que ambas, obrigação e sanção, sejam expressadas em valores monetários.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais orienta o acolhimento da exigência simultânea das duas multas. Por exemplo, veja-se o recente Acórdão nº 9101-003.913, de 4 de dezembro de 2018, o qual adotou a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ posteriores à Lei nº 11.488/2007, quando não justificados em balanço de suspensão ou redução, é cabível a cobrança da multa isolada, que pode e deve ser exigida, de forma cumulativa, com a

⁵ Súmula CARF nº 105

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.

multa de ofício aplicável aos casos de falta de pagamento do mesmo tributo, apurado de forma incorreta, ao final do período-base de incidência.

Com isso, a turma julgadora manteve a exigência da multa isolada devida pelo pagamento a menor de estimativas.

Em conclusão, o colegiado afastou a arguição de nulidade da decisão recorrida, manteve a exigência do IRPJ e da CSLL e manteve a exigência da multa isolada, conforme o presente voto. No que diz respeito às demais questões apreciadas, a turma julgadora seguiu o voto do ilustre relator.

(documento assinado digitalmente)
Neudson Cavalcante Albuquerque