



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16561.720118/2018-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.292 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de novembro de 2022
Recorrente ECOPORTO SANTOS S.A. (CORRESPONSÁVEL ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S.A)
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

AUTOS DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

No caso, os autos de infração trazem todos os elementos de fato e de direito que sustentam a apuração de ofício feita pela autoridade fiscal. Também não houve interferência indevida na esfera privada, visto que compete às autoridades fiscais a apuração dos fatos jurídicos tributários.

Desta forma, não se configura hipótese de cerceamento do direito de defesa e, portanto, é de se afastar a alegação de nulidade do lançamento.

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. INTERPOSTA PESSOA. DESLOCAMENTO PARA AMORTIZAÇÃO NA PRÓPRIA INVESTIDA. FUSÃO COM O PATRIMÔNIO DA REAL INVESTIDORA. AUSENTE.

No caso vertente, a fiscalização logrou comprovar que, na formação de parte dos ágios deduzidos pela interessada, houve a utilização de interposta empresa veículo, que permitiu o deslocamento da despesa com amortização dos mencionados ágios para a própria investida.

Não houve, portanto, a necessária fusão entre os patrimônios da real investidora e da investida para que se caracterize a hipótese de dedutibilidade das amortizações de ágio.

Quanto à operação em que não houve abusividade ou fraude, a despesa com a amortização do ágio deve ser validada.

DEBÊNTURES. DESPESAS DE JUROS. INVESTIMENTO. DEDUTIBILIDADE NA INVESTIDA. POSSIBILIDADE.

A eleição da controladora do grupo econômico como garantidora e também principal pagadora na emissão de debêntures pela “empresa veículo” não desloca o passivo assumido pela controlada como emissora dos títulos de dívida. O objetivo da emissão de debêntures era angariar recursos pra a aquisição do controle de empresa operacional, e a assunção da condição de

principal pagadora pela garantidora, controladora do grupo econômico, não é vedada, sendo usual nos instrumentos de outorga de garantia, como se verifica no art. 828, II.

As relações estabelecidas para a emissão de debêntures seguiram a normalidade tratando-se de atos praticados entre empresas do mesmo grupo econômico que, como tal, promove uma rede de mútua proteção perfeitamente legítima quando todos os atos e negócios são formalizados de acordo com suas respectivas naturezas jurídicas e produzem os efeitos deles esperados.

A incorporação reversa, permitida pelo art. 8º da Lei nº 9.532/97, não tem o condão de desnaturar o atendimento do requisitos de dedutibilidade do passivo originalmente assumido pela incorporada. Nesse contexto, os requisitos para a dedutibilidade da correspondente despesa devem ser aferidos no momento da assunção do passivo considerando-se a pessoa jurídica então contratante, a aferição não deve ocorrer no momento da dedução da despesa por quem veio a receber o acervo patrimonial na qualidade de sucessora.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FRAUDE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INTERESSE JURÍDICO COMUM. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

As relações nas quais vislumbrou-se confusão patrimonial e fraude não permitem a conclusão alcançada pela fiscalização. Tratam-se de atos normais praticados entre empresas do mesmo grupo econômico que, como tal, promove uma rede de mútua proteção perfeitamente legítima quando todos os atos e negócios são formalizados de acordo com suas respectivas naturezas jurídicas e produziram os efeitos deles esperado (inclusive, no caso, com a participação de terceiros).

A atribuição da condição de principal pagador ao controlador do grupo garantidor, com maior capacidade econômica, costuma ser exigência até mesmo nos contratos de locação imobiliária, contando com amparo no art. 828, II do Código Civil, não merecendo causar espanto a verificação de situação similar na emissão de debêntures por empresa holding.

A falta de estrutura operacional da holding adquirente ao momento das negociações também não destoia do esperado tratando-se de uma holding que, como regra, demanda estrutura enxuta e até o momento da aquisição da investida, nenhuma participação societária possuía.

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO. GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA COMO REAL ADQUIRENTE. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com a prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevaleça a glosa, não sendo comprovada a prática de fraude, sonegação ou conluio nas transações que geraram o ágio, deve ser aplicada a multa ordinária de 75%.

O simples emprego de companhias holdings rotuladas pejorativamente de empresas-veículo, em estruturas de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de promover a compra de participações societárias de maneira viabilizar o aproveitamento fiscal do ágio gerado legitimamente, não basta para caracterizar simulação, fraude ou o seu intuito doloso, tampouco qualquer outro ilícito.

A figura de origem estrangeira da ausência de propósito negocial, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de simulação e de fraude, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Ademais, no caso concreto, a adoção de empresa veículo para concretizar a aquisição encontra justificativa suficiente na intenção de evitar a necessidade de incorrer em procedimentos burocráticos morosos e custosos que decorreriam da incorporação de empresa operacional que opera em setores regulados e/ou dependentes de concessões públicas, como os setores da investida e da controladora da investidora.

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. ANOS-CALENDÁRIO 2013 A 2017. IMPOSSIBILIDADE.

A alteração da redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 pela Lei nº 11.488/2007 não promoveu mudanças capazes de afastarem o racional da Súmula CARF nº 105, remanescendo impossível a concomitância entre a multa de ofício em razão da apuração de IRPJ e CSLL no ajuste anual e a multa isolada por falta de recolhimento/declaração de estimativas de IRPJ e CSLL.

MULTA DE OFÍCIO. JUROS. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar provimento ao recurso relativamente ao Ágio 1; por maioria de votos, negar provimento ao recurso em relação aos Ágios 2 e 3; vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, André Severo Chaves e Lucas Issa Halah; em decorrência de empate na votação e por força do disposto no art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, incluído pela Lei nº 13.988/2020, (i) afastar a glosa de despesas com juros; vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira (relator), Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e

Luiz Augusto de Souza Gonçalves; (ii) afastar a qualificação da multa de ofício incidente sobre as infrações Ágios 2 e 3; vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira (relator), Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves; (iii) afastar a multa isolada pela falta de pagamento das estimativas; vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira (relator), Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves; (iv) afastar a responsabilidade solidária de ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S/A; vencidos os Conselheiros Carlos André Soares Nogueira (relator), Claudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Luiz Augusto de Souza Gonçalves. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Lucas Issa Halah.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira – Relator

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, André Severo Chaves, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga, André Luis Ulrich Pinto, Lucas Issa Halah, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Tratam os presentes autos de lançamento de ofício de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL nos anos-calendário 2013 a 2017.

A autoridade fiscal apurou três infrações, a saber:

- exclusões indevidas na apuração das bases de cálculo de IRPJ e CSLL decorrentes do aproveitamento indevido de amortização de ágio para fins fiscais;
- despesas não necessárias que reduziram as bases de cálculo de IRPJ e CSLL em razão de encargos e amortizações de debêntures;

- multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL.

Conforme será visto ao longo deste relatório, as infrações apuradas pela autoridade fiscal ocorreram no contexto de aquisição integral da participação na TECONDI – TERMINAL DE CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA S/A pelo Grupo ECORODOVIAS, liderado pela ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S/A (ECORODOVIAS).

A TECONDI, junto com a TERMARES TERMINAIS MARÍTIMOS ESPECIALIZADOS LTDA e a TERMLOG TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA, integra o COMPLEXO TECONDI. Todas as três mudaram de controlador nas operações ora analisadas. Todavia, este voto irá se concentrar apenas nos fatos relativos à TECONDI porque, como será visto, ao final das operações, cada uma das investidas (TECONDI, TERMARES e TERMLOG) recebeu o respectivo ágio para amortização. O presente processo, portanto, trata exclusivamente dos efeitos tributários na TECONDI.

Originalmente, a TECONDI era controlada por dois grupos econômicos: BARBEITO e FORMITEX.

Ao final das operações, a TECONDI passou ao controle direto da ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S/A. Assim, passou a denominar-se ECOPORTO SANTOS S/A e começou a amortizar para fins fiscais o ágio gerado nas diversas operações societárias que integraram o processo de aquisição do controle por parte da ECORODOVIAS, bem como passou a lançar em despesa os encargos relativos às debêntures emitidas para obtenção de recursos para sua aquisição.

No lançamento de ofício, a autoridade fiscal atribuiu responsabilidade solidária pelos créditos tributário à ECORODOVIAS.

Traçadas essas primeiras linhas de cunho geral, peço licença para reproduzir parcialmente o detalhado relatório da autoridade julgadora *a quo*, que bem descreve as infrações apuradas pela fiscalização e as alegações lançadas pelos sujeitos passivos nas respectivas impugnações:

Relatório

Os autos de infração a folhas 4.496 a 4.553 exigem o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 181.416.334,82, assim discriminado:

	TRIBUTO	JUROS DE MORA	MULTA PROPORCIONAL	MULTA ISOLADA	TOTAL
Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ)	38.311.795,95	17.859.836,35	57.467.693,92	19.709.975,16	133.349.301,38
Contribuição Social s/ o Lucro Líquido (CSLL)	13.809.526,54	6.437.546,04	20.714.289,81	7.105.671,05	48.067.033,44

[...]

□ A presente fiscalização esteve amparada pelo TDPF nº 08.1.85.00-2015-00029-91, voltado à verificação da dedutibilidade da amortização do ágio pela empresa fiscalizada, no período de 2013 a 2017, decorrente, ao final, de reorganizações societárias, em 27/11/2012, compostas de incorporação da Ecoporto Holding pela Aba Porto e desta pela fiscalizada, Termares e Termlog,.

□ Com a incorporação da Ecoporto Holding, foi transferida a fiscalizada a obrigação decorrente de debêntures emitidas para a sua própria aquisição, da Termares e Termlog e os correspondentes encargos financeiros de juros.

□ Visando a coleta de elementos necessários para a plena caracterização não apenas da infração fiscal aqui exposta, mas também de todos os sujeitos passivos das obrigações tributárias dela decorrentes, foi instaurado procedimento fiscal de diligência em face de Ecorodovias, controladora da fiscalizada, a qual foi imputada responsabilidade tributária solidária pelos créditos tributários constituídos. O procedimento de diligência foi amparado no TDPF nº 08.1.85.00-2017- 00073-3.

□ Com o mesmo objetivo, foram reunidos documentos a partir das ações fiscais promovidas em relação aos sujeitos passivos Zardust (TDPF-F nº 08.1.85.00-2015-00028-0) e Aba Infra (TDPF-F nº 08.1.85.00-2015-00030-2), estes ligados as partes vendedoras das participações societárias que deram origem ao ágio de rentabilidade futura e despesas financeiras aqui analisados.

□ A presente auditoria fiscal recai apenas sobre a Tecondi, uma das 3 empresas integrantes do Complexo Tecondi, complexo este pertencente anteriormente aos Grupos Barbeito (Zardust) e Formitex (Aba Infra) e que foi adquirido pela Ecorodovias.

□ O objeto principal da presente autuação corresponde à glosa do aproveitamento fiscal de ágio de rentabilidade futura nas bases de cálculos do IRPJ e da CSLL dos anos-calendário de 2013 a 2017, em razão de a fiscalizada ter ilicitamente interposto sociedade veículo com o único desiderato de reduzir a carga tributária.

□ O mesmo se aplica a despesa financeira decorrente da dívida de debêntures. A conveniência ou não de contrair empréstimos para a aquisição do Complexo Tecondi foi uma decisão da Ecorodovias, mas não se pode afirmar que as despesas advindas do empréstimo em tela eram necessárias para que a fiscalizada operasse, pois o recurso foi utilizado integralmente para a aquisição da fiscalizada, ou seja, foi imediatamente repassado a terceiros (antigos donos do complexo).

□ Em resumo, como resultado de um processo de negociação iniciado em meados de 2011, as únicas acionistas em bases iguais da Tecondi, Zardust (pertencente ao Grupo Barbeito) e Aba Infra (pertencente ao Grupo Formitex), decidiram oferecer suas participações na Tecondi a terceiros investidores interessados. Segundo documentação obtida durante as ações fiscais, entre os diversos potenciais investidores contatados, a Ecorodovias foi procurada pelos assessores financeiros dos dois grupos. Afinal, era intenção da Ecorodovias o aumento da participação no setor de logística através de investimentos no setor portuário haja vista o noticiado no Relatório de Administração do ano de 2011.

□ Ao menos desde 05/08/2011, a Ecorodovias já demonstrava interesse na aquisição da Tecondi em vista de acordo confidencial e propostas formuladas à Zardust prevendo, inclusive, a aquisição das participações detidas pela Aba Infra.

□ No entanto, em 18/05/2012, quatro dias após a integralização de R\$ 10.000.000,00 no capital social da empresa inativa Ecoporto Holding, a Ecorodovias acabou se utilizando desta empresa interposta para a conclusão da aquisição em duas etapas, a saber: (i) subscrição e integralização de novas ações da Aba Porto (ocasião em que a Ecoporto Holding adquiriria indiretamente 41,29% da Tecondi) e (ii) aquisição de todas as quotas da CFF Participações (operação que daria o controle dos outros 58,71% do capital social da Aba Porto – e indireto da Tecondi).

□ Em 27/11/2012, após a conclusão dos aspectos regulatórios, legais e financeiros decorrentes da operação, tais como, autorização da Codesp, aprovação do Cade, emissão de debêntures e pagamento do contrato de compra e venda, em uma série de reorganizações societárias envolvendo algumas empresas criadas exclusivamente para o processo de compra da Ecorodovias, a empresa interposta Ecoporto Holding foi extinta por incorporação pela Aba Porto e esta, em cisão total, pela fiscalizada, Termares e Termlog, ocasião em que os benefícios fiscais dos ágios existentes na Aba Porto e Ecoporto Holding, foram transferidos para a Termares e Tecondi. Para esta última

também foi transferida a dívida contraída para efetivar a aquisição do Complexo Tecondi.

□ No presente caso, foi este suposto encontro, da investida com o o ágio pago na sua própria aquisição, que desencadeou a amortização fiscal do ágio na empresa operacional Tecondi, deduzindo o valor dessas amortizações na determinação do lucro real.

□ Apesar da sofisticação do esquema, trata-se do típico uso ilícito de empresa veículo, sem fins econômicos e negociais. Isso se demonstra claramente por vários fatos. Primeiro, a inexistência de atividade econômica da Ecoporto Holding até 29/05/2012, data da integralização dos 41,29% do capital social da Aba Porto; segundo, a intercalação da referida sociedade não se justifica por qualquer das finalidades negociais previstas na operação e no plano de negócios da Ecorodovias mencionado no Relatório da Administração de 2011; terceiro, os recursos financeiros utilizados na operação foram promovidos pela Ecorodovias, e quarto, o intervalo de tempo entre as transferências das participações da Tecondi para a Ecoporto Holding realizadas pelo Grupo Formitex, o que acarretou a entrada formal da interposta Ecoporto Holding no quadro societário da fiscalizada (29/05/2012 e 19/06/2012), e a sua incorporação (27/11/2012) foi sobremaneira diminuto.

□ O único propósito desta passagem momentânea de ações da Tecondi para a Ecoporto Holding foi transferir posteriormente para dentro da empresa adquirida o ágio originário de sua própria aquisição com a finalidade de criar uma aparente absorção ou extinção do investimento (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997), para na sequência operacionalizar o aproveitamento fiscal do ágio, buscando, assim, os benefícios de se pagar menos tributos.

□ Essa “substituição artificial e apenas formal” do falso proprietário das ações da Tecondi, por ocasião de sua extinção, não resultou em concentração das empresas envolvidas ou mesmo liquidação do investimento. Ao contrário, tudo continuou como o previsto e desejável, não deixaram de existir a real empresa investidora, a Ecorodovias, nem a empresa operacional adquirida – a Tecondi (ou Ecoporto Santos).

□ Esta prática de atos simulados e com evidente intenção de fraude nas operações realizadas em sequência revelaram-se meramente formais e desprovidas de finalidade econômica. Essa “economia tributária e privada”, de fato ilícita, teve como contrapartida grave lesão à Fazenda Nacional. Dessa forma, em razão da ação intencional da fiscalizada para evadir-se do pagamento dos tributos, a multa foi qualificada ao patamar de 150%. DA OPERAÇÃO ECONÔMICA ENGENDRADA PELA FISCALIZADA

□ A operação econômica se refere à aquisição, com ágio de rentabilidade futura, por parte da Ecorodovias, de participações societárias detidas pelo Grupo Formitex na Tecondi, atualmente denominada Ecoporto Santos, representativas de 100% do capital social da investida, com a interposição da empresa veículo Ecoporto Holding.

□ Para a consecução deste objetivo, foram efetuadas reorganizações societárias que consistiram em integralizações de capital em empresa veículo, compras de participações societárias através de empresas interpostas, incorporação da Ecoporto Holding pela Aba Porto, empresa criada pela parte vendedora unicamente no processo de venda e, ao final, cisão total da Aba Porto para as sociedades investidas Tecondi, Termares e Termlog, estas empresas operacionais que juntas formam o Complexo Tecondi. A presente fiscalização recai apenas sobre a Tecondi.

□ Em meados de 2011, as únicas acionistas em bases iguais da Tecondi (ou Ecoporto Santos), Zardust (pertencente ao Grupo Barbeito) e Aba Infra (pertencente ao Grupo Formitex), decidiram por alienar as suas participações na fiscalizada, para tanto, ofereceram-nas a terceiros investidores, dos quais, alguns, demonstraram interesse na aquisição.

□ Comuns nas transações deste tipo, normalmente conhecidas no mercado como “Mergers and Acquisitions” (abreviado, “M&A” e, em português, fusões e aquisições), cada uma das acionistas do Tecondi constituiu seu próprio assessor econômico. A Zardust contratou a Vergent Partners e a Aba Infra o Bradesco BBI, a quem couberam as tarefas de elaboração da estratégia de negociação da Tecondi, tais como, revisão do plano de negócios, elaboração de avaliação econômico-financeira, discussão, definição e execução da estratégia de abordagem, mapeamento dos potenciais investidores ou compradores interessados, preparação de material e elaboração do “data room”, suporte nas “due diligence” efetuadas pelos interessados e, em conjunto com as alienantes, selecioná-los em virtude das ofertas recebidas.

□ Em 05/08/2011, como resultado das tratativas preliminares mantidas com a Zardust para a aquisição do Complexo Tecondi, a Ecorodovias assinou um Acordo de Confidencialidade. Logo após, em 06/09/2011, dando continuidade ao processo, apresentou a primeira proposta para aquisição das participações societárias detidas pela Zardust bem como para aquelas pertencentes à Aba Infra.

□ Em novembro de 2011, paralelamente, e com a intermediação do Bradesco BBI, o Grupo Formitex iniciou as tratativas com a Ecorodovias para a alienação de sua participação na Tecondi ou compra conjunta das participações em poder da Zardust.

□ Conforme documentação obtida e acostada no TVF, a Ecorodovias foi contatada pelos dois assessores para participar do “leilão”, pela Vergent Partners, em 15/08/2011, através de carta convite, e, em 16/11/2011, com intermediação do Bradesco BBI, pelos sócios da Aba Infra.

□ Alguns dos documentos analisados remontam aos anos de 2011 e início de 2012, época em que as estruturas societárias da fiscalizada e dos grupos econômicos aqui mencionados eram diferentes das que se apresentaram no início, durante e ao final da operação sobre análise.

□ Daí que, alguns documentos fazem referências a empresas que, devido à reorganizações societárias ocorridas dentro dos seus grupos econômicos saíram por cisão parcial ou foram constituídas no decorrer da operação, como é o caso da Aba Infra, que manteve os primeiros contatos com a Ecorodovias mas que, ao final, foi substituída pela Aba Porto e CFF Participações, em virtude de reorganização societária ocorrida dentro do Grupo Formitex.

□ A Zardust, outro exemplo, antes de alienar suas participações para a Aba Infra, efetuou cisão parcial para a Zoroastro, que recebeu parte das participações na Tecondi detidas pela Zardust.

□ Com a extinção da Zoroastro, a Aba Infra adquiriria as participações na Tecondi detidas pelo Grupo Barbeito da Zardust e da Família Barbeito, porém, já no final das tratativas com a Ecorodovias, a Aba Infra, que já vinha negociando em paralelo, também em cisão parcial, transferiu a totalidade de sua participação na Tecondi, mais aquelas que estava adquirindo da Zardust e da Família Barbeito para a Aba Porto, empresa recém-constituída pelo Grupo Formitex. Por sua vez, as ações da Aba Porto foram integralizadas na recém-constituída CFF Participações, pertencentes a Carlos Floriano e Alípio Gusmão, sócios no Grupo Formitex.

□ Entretanto, apesar destas reorganizações societárias intragrupo, o que se verá sempre será a negociação de dois grupos econômicos querendo vender (Barbeito e Formitex) e um outro querendo comprar (Ecorodovias).

□ As reorganizações societárias ocorridas nos grupos Barbeito e Formitex foram objeto de ações fiscais distintas e não são objeto de análise na presente auditoria fiscal, embora parte dos documentos aqui acostados tenham sido obtidos naquelas ocasiões.

□ A Ecoporto Holding não integrava a negociação e possuía capital social de apenas R\$ 14.000,00. Conforme DIPJ apresentada para o ano-calendário de 2011, ocupava o mesmo endereço da controladora Ecorodovias, estava inativa e contava com apenas R\$ 1.249,99 em ativos totais (estes escriturados como dinheiro em bancos).

□ Apesar de se desenvolverem paralelamente, as negociações mantidas entre os três grupos avançavam para uma definição. Após proposta firme da Ecorodovias, o Grupo Formitex dispôs-se a adquirir as participações detidas pelo Grupo Barbeito e junto com as suas aliená-las a Ecorodovias.

□ Em resposta a intimação fiscal, a Ecoporto Santos assim se manifestou: “A Fiscalizada esclarece que as tratativas por ela realizadas, que foram “bem-sucedidas” (i.e., que levaram à aquisição das sociedades integrantes do Complexo Tecondi pela Ecoporto Holding tiveram início no mês de março de 2012”.

□ Como se vê, a fiscalizada não informou com precisão o dia de março de 2012. Apesar de novas intimações efetuadas para a Ecorodovias não foi obtido sucesso na determinação do dia. Entretanto, conforme informações prestadas pelo Bradesco BBI, assessor financeiro do Grupo Formitex, “O aceite da proposta foi efetuado pela Aba/Formitex através da assinatura de um Memorando de Entendimentos, em 08/03/2012 (...) O aceite foi concedido pelos Srs. Carlos Floriano e Alípio Gusmão pelo lado da Aba/Formitex e Sr. Marcelino Seras e Sr. Marcello Guidotti pelo lado da Ecorodovias”.

□ Em 09/03/2012, um dia após aceitar uma das propostas da Ecorodovias, a Aba Infra decidiu por exercer cláusula do acordo de acionistas da Tecondi que lhe garantia o direito de preferência na aquisição da participação detida pela Zardust, operação que lhe daria o controle de 100% do capital social da empresa operacional e, em 19/03/2012, celebrou contrato de compra e venda das ações Tecondi detidas pela Zardust. Nos mesmos passos caminhou as negociações entre a Retroporto e a Família Barbeito para a aquisição da Termare.

□ Em 29/03/2012, a Aba Infra protocolou no Cade o Ato de Concentração econômica nº 08012.002116/2012-06, denunciando a operação de aquisição dos outros 50% de participações na Tecondi. Neste processo encontra-se um resumo das operações de compra e venda firmadas com a Zardust e com a Família Barbeito, conforme abaixo:

“2. A Aba Infra é titular de 50% (cinquenta por cento) das ações emitidas pela empresa Tecondi, e, através da operação ora apresentada, objetiva adquirir de Zardust os outros 50% (cinquenta por cento), passando a Aba Infra a deter integralmente o Tecondi.

3. Após o exercício por Aba Infra, em 09 de março de 2012, de seu direito de preferência para aquisição das mencionadas ações (...), Aba Infra e Zardust firmaram em 19 de março p. passado o instrumento particular de Contrato de Compra e Venda delas.

4. Concomitantemente à presente notificação está sendo apresentado Ato de Concentração relativo a negócios firmados entre, de um lado e na qualidade de compradora, a Retroporto e, do outro lado e na qualidade de Vendedores, integrantes da Família Barbeito (Washington Barbeito, Agnes Barbeito e Yuri Barbeito). Referidos negócios objetivam a aquisição pela Retroporto de 50% das quotas representativas do capital social das empresas Termare e Termlog, valendo aqui ressaltar que: (i) Retroporto têm a mesma composição societária da Aba Infra (qual seja, 50% Formitex e 50% Carlos Floriano), (ii) a Retroporto já é titular das quotas representativas dos outros 50% do capital social da Termare e Termlog, de modo que passará a deter 100% do capital social de tais empresas; e (iii) os integrantes da Família Barbeito são os controladores da Zardust, que, lembre-se, está vendendo ações emitidas pelo Tecondi para a Aba Infra.

5. Portanto, como resultado das duas operações ora notificadas, Aba Infra e Retroporto passarão a deter 100% das empresas Termares, Termlog e Tecondi.

☐ Para celebrar os contratos de compra e venda acima, em 19/03/2012, a Aba Infra precisou fazer um depósito inicial de R\$ 23.000.000,00 e a Retroporto um depósito de R\$2.000.000,00. Para tanto, buscaram estes recursos em instituição bancária. Essas dívidas foram assumidas pela Ecorodovias, em 19/06/2012.

☐ Com o firme avanço das negociações mantidas com a Ecorodovias, o Grupo Formitex promoveu reorganizações societárias nas suas empresas. Aba Infra e Retroporto, em cisão parcial, ocorrida no dia 12/04/2012, venderam suas participações detidas no Complexo Tecondi, mais aquelas que estavam adquirindo do Grupo Barbeito, para a recém-criada Aba Porto.

☐ Em 10/05/2012, garantido pela alienação fiduciária das participações societárias do Complexo Tecondi, a Aba Porto obtém o montante de R\$ 513.761.843,00 oriundo de nota promissória emitida no dia anterior e com vencimento para o dia 06/11/2012.

☐ Ainda nesta data, ocorrem os fechamentos dos contratos de compra e venda celebrados, em 19/03/2012, entre o Grupo Formitex (Aba Infra e Retroporto), como comprador, e o Grupo Barbeito (Zardust e Família Barbeito), como vendedor, ocasião em que as ações e quotas da Tecondi, Termares e Termlog são transferidas à Aba Porto. Estas operações guardaram relação financeira com a aquisição do Complexo Tecondi efetuada pela Ecorodovias e tratada na presente ação fiscal.

☐ Em virtude da operação acima, a Aba Porto registrará em sua escrituração contábil o ágio de rentabilidade futura no valor de R\$ 409.407.153,16.

☐ Em 14/05/2012, Francisco Cassiani cede e transfere sua única quota na CFF Participações para Alípio Gusmão pelo valor de R\$ 1,00 (um real), e ato contínuo, Carlos Floriano vende por R\$ 4.999,00 (quatro mil, novecentos e noventa e nove reais) metade de suas quotas da CFF Participações para Alípio Gusmão. Desta feita, a sociedade fica dividida entre os dois na razão de 5.000 quotas para cada um.

☐ Na sequência, as ações da Aba Porto são integralizadas no patrimônio da CFF Participações. Em vista da operação, Carlos Floriano e Alípio Gusmão passam a deter o controle indireto do Complexo Tecondi via CFF Participações e Aba Porto.

☐ Em 18/05/2012, em virtude do Grupo Formitex aceitar a alienação do Complexo Tecondi (aqui incluída a Tecondi) para a Ecorodovias, esta se vê obrigada a buscar recursos financeiros no mercado onde captará R\$ 550.000.000,00. Estes recursos serão utilizados para capitalizar a Ecoporto Holding. Neste momento, para formalizar a transação, a Ecorodovias acaba se utilizando da empresa interposta Ecoporto Holding para a conclusão da aquisição em duas etapas.

☐ A partir daqui, verifica-se a entrada da Ecoporto Holding na operação.

☐ Em 18/05/2012, em decorrência de disposições da CVM, a Ecorodovias divulga Fato Relevante que informa ao mercado a captação destes recursos financeiros e que eles serão utilizados para a aquisição de empresas de infraestrutura e logística.

☐ Ainda em 18/05/2012, a Ecorodovias, através da Ecoporto Holding, aprova a subscrição de R\$ 540.369.046,09 no capital social da Aba Porto e noticia a celebração do Acordo de Subscrição de Ações e Outras Avenças na Aba Porto e do Contrato de Opção de Compra de Quotas⁴⁶ da CFF Participações, instrumentos que propiciarão a aquisição de 41,29% e 58,71%, respectivamente, do Complexo Tecondi. Desta feita, a Ecorodovias divulga novo comunicado ao mercado.

□ O valor total do Investimento, referente a esta participação, é de R\$ 540.369.046,09 e por ter como consequência o compartilhamento do controle da Aba Porto entre a Ecoporto Holding e a CFF Participações, através de um Acordo de Acionistas, a Operação está sujeita a determinadas condições precedentes.

□ Com base nos instrumentos acima, a Ecoporto Holding encaminhará correspondências solicitando a anuência dos credores bancários do Tecondi e Termares para a operação de “troca de mãos” das participações societárias sem que isto implique no vencimento antecipado ou quaisquer alterações das dívidas por elas contraídas.

□ No mesmo dia e seguinte, tais fatos são divulgados na imprensa especializada, inclusive mencionando os futuros investimentos que serão efetuados pela Ecorodovias na ordem de 130 milhões de reais.

□ Em 21/05/2012, Tecondi e Termares, então controladas diretamente pela Aba Porto e indiretamente pelos sócios do Grupo Formitex, solicitam autorizações dos credores e da Codesp para as operações de subscrição e integralização de novas ações da Aba Porto pela Ecoporto Holding e provável alienação das quotas da CFF Participações para a Ecoporto Holding.

□ Em 23/05/2012, ocorre a manifestação favorável e sem restrições do Cade referente ao Ato de Concentração econômica denunciado pela Aba Infra, em 29/03/2012. Igual desfecho tem o Ato de Concentração nº 08012.002115/2012-53 requerido pela Retroporto em relação a aquisição da Termares. Nesta data, estas participações já não pertenciam nem a Aba Infra nem a Retroporto pois já tinham sido transferidas para a Aba Porto. Este fato não foi comunicado ao Cade.

□ O dia 24/05/2012 é considerado pela Ecorodovias como a data em que a aquisição do Complexo Tecondi foi efetivada, embora sem nenhum desembolso financeiro até aquela data. É o que está no seu Relatório de Administração 2012, contido no Relatório Anual de Sustentabilidade para o ano de 2012, às fls. 147/148.

□ Em 28/05/2012, ocorre o cumprimento das condições precedentes para a conclusão da operação: a anuência dos credores e a apreciação favorável da Codesp, que deliberou autorizar a operação de transferência das participações societárias das empresas integrantes do Complexo Tecondi do Grupo Formitex para a Ecorodovias, conforme os atos celebrados em 18/05/2012.

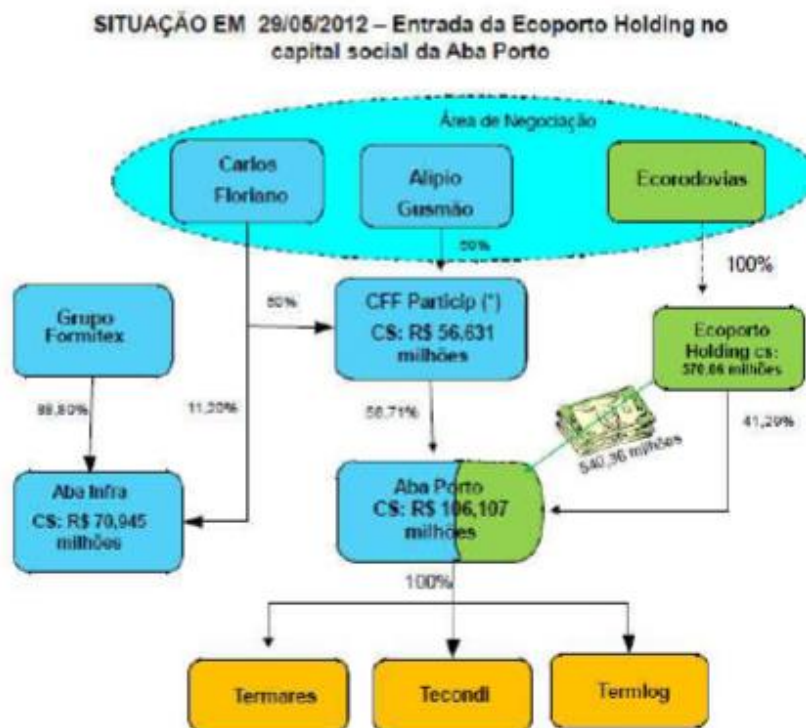
□ Na mesma data, a Ecorodovias integraliza em moeda corrente nacional R\$ 560.000.000,00 no capital social da Ecoporto Holding. Desta feita o seu capital passa para R\$ 570.064.000,00.

□ Ainda nesta data, a Ecoporto Holding, protocola novo Ato de Concentração econômica no Cade, o qual recebeu o nº 08012.006441/2012-30. Nele, o Grupo Ecorodovias reconhece que a transação de aquisição do Complexo Tecondi foi efetuada em duas etapas: a entrada no capital social da Aba Porto e a aquisição das quotas da CFF Participações. O Acordo de Subscrição de Ações e o Contrato de Opção de Compra de Quotas serão analisados no item: “ 4.4.6 D a alienação por venda da CFF Participações para a Ecoporto Holding”. □ Com as providências tomadas acima, aprovações dos credores, Codesp e CADE (este em relação ao processo nº 08012.002116/2012-06, protocolado pela Aba Infra), o desembolso inicial já pode ser efetuado pelo Grupo Ecorodovias.

□ Em 29/05/2012, a Ecoporto Holding integraliza em dinheiro, com ágio, aumento de capital da Aba Porto, no total de R\$ 540.369.046,09, nos mesmos moldes da previsão contida no acordo de subscrição de ações assinado em 18/05/2012. Nesta ocasião, ocorre a assinatura do Acordo de Acionistas da Aba Porto entre CFF Participações e Ecoporto Holding e a eleição de diretoria composta por integrantes das duas acionistas.

□ Ainda nesta data, a Ecorodovias e Ecoporto Holding encaminham carta de fiança ao grupo Formitex declarando-se fiadoras e principais pagadoras das obrigações assumidas pela Aba Infra, Aba Porto e Retroporto, em 10/05/2012, decorrentes da aquisição das participações societárias detidas pelo Grupo Barbeito (Zardust e Família Barbeito).

□ Assim ficou a estrutura organizacional dos grupos econômicos nesta ocasião:



□ Em 12/06/2012, autorizada pela Ecorodovias, a Ecoporto Holding emite seiscentas debêntures com valor total de R\$ 600.000.000,00. A Ecorodovias figura como garantidora e solidariamente responsável com a emissora. Além da prestação de fiança da Ecorodovias, as debêntures terão como garantia a alienação fiduciária da totalidade das ações e quotas das empresas do Complexo Tecondi.

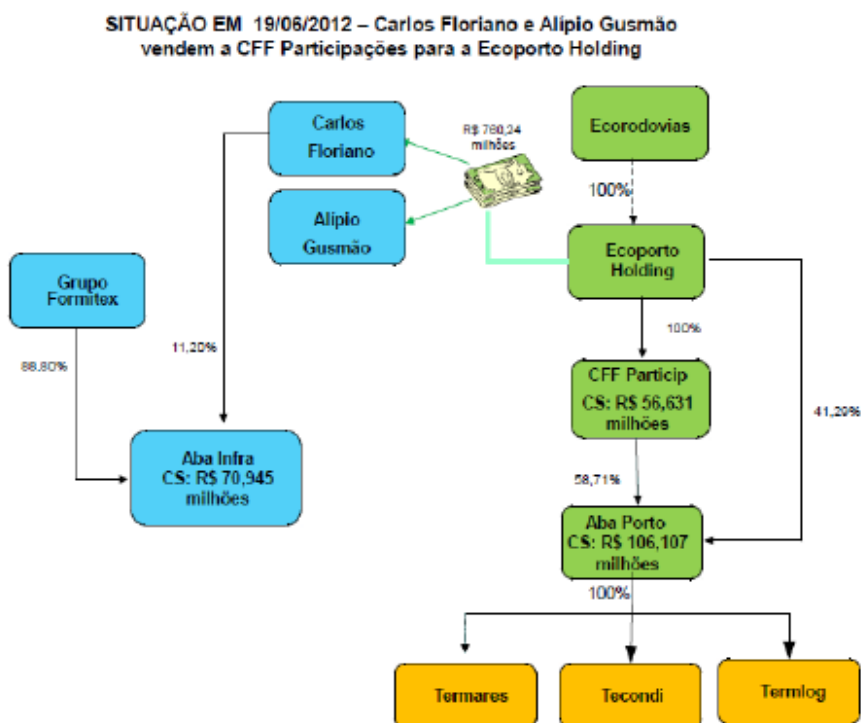
□ Em 19/06/2012, ocorre a disponibilização financeira das debêntures emitidas pela Ecoporto Holding no valor de R\$ 600.468.696,00 e é celebrado o 1º aditamento na escritura de debêntures.

□ Ainda em 19/06/2012, a Ecoporto Holding celebra com Carlos Floriano e Alípio Gusmão o contrato de compra e venda de quotas da CFF Participações, previsto no contrato de opção de compra de quotas assinado em 18/05/2012, ocasião em que se processa a liquidação financeira de R\$ 760.240.970,19.

□ Ainda nesta data, a Aba Porto, agora controlada totalmente pelo Grupo Ecorodovias, utiliza os recursos de sua capitalização efetuada pela Ecoporto Holding, em 29/05/2012, e liquida a nota promissória que emitira em 10/05/2012, para pagamento do Grupo Barbeito, no valor atualizado de R\$ 518.858.087,16.

□ A alienação de parte da Aba Porto para a Ecoporto Holding e, ao final, a aquisição da empresa CFF Participações pela Ecoporto Holding representou o momento em que a Ecorodovias, através das duas últimas empresas, passou a deter os controles direto da Aba Porto e indireto da Tecondi.

- ☐ Desta feita, a Ecorodovias publica fato relevante divulgando a aquisição indireta de 100% do Complexo Tecondi.
- ☐ Desta feita, os organogramas podem ser assim representados:



- ☐ Em virtude da operação acima, a Ecoporto Holding reconhecerá em sua escrituração contábil o ágio de rentabilidade futura no valor de R\$ 689.169.045,86.
- ☐ Assim, como resultado de uma negociação iniciada em 2011, acontece a conclusão da operação de aquisição do Complexo Tecondi, e no caso em exame, da Tecondi.
- ☐ Tanto no início das negociações (05/08/2011) como nas datas de encaminhamento das propostas da Ecorodovias (18/11/2011), das negociações bem-sucedidas em 03/2012 e da celebração dos dois instrumentos para a aquisição em duas etapas (18/05/2012), a empresa interposta Ecoporto Holding estava inativa.
- ☐ Os recursos para a aquisição das participações societárias advieram de fato da controladora Ecorodovias, seja por intermédio da subscrição e integralização de capital social na Ecoporto Holding, seja através de recursos captados junto a terceiros. Aliás, quando captados pela Ecoporto Holding contaram com a fiança e/ou garantia da Ecorodovias e com a alienação fiduciária das participações no Complexo Tecondi.
- ☐ Com a conclusão financeira da operação de aquisição do Complexo Tecondi ocorrida em 19/06/2012, a reorganização societária está prestes a chegar ao fim. Agora, Aba Porto e CFF Participações, a exemplo da Ecoporto Holding, são pertencentes ao grupo Ecorodovias.
- ☐ Em 25/06/2012, a Ecoporto Holding informa ao Cade a conclusão da 2ª etapa da aquisição do Complexo Tecondi.
- ☐ Em 10/07/2012, ocorre o 2º aditamento na escritura de debêntures para formalizar a convalidação das Debêntures para a espécie “com garantia real, com garantia adicional fidejussória”, em cumprimento ao disposto no item 4.4 da Escritura de Emissão. As

debêntures têm como garantia a alienação fiduciária em garantia da totalidade das ações da Ecoporto Holding e das participações societárias do Complexo Tecondi.

□ Em 25/07/2012, em razão da efetiva constituição da alienação fiduciária em garantia sobre as ações da Tecondi e sobre as quotas de emissão da Termare e da Termlog ocorrida em 21/06/2012, as ações da Ecoporto Holding são liberadas da garantia fiduciária à que estavam sujeitas na Escritura de Debêntures.

□ Em 11/10/2012, a Codesp aprova a futura incorporação da Ecoporto Holding pela Aba Porto. Em 29/10/2012, transita em julgado o Ato de Concentração nº 08012.006441/2012-30, protocolado pela Ecoporto Holding, que havia sido aprovado sem restrições pelo plenário do Cadê em 29/08/2012.

□ Em 27/11/2012, ocorre o 3º aditamento na escritura de debêntures com a Tecondi (ou Ecoporto Santos) sucedendo a Ecoporto Holding na qualidade de Emissora e responsável pelo seu pagamento.

□ Ainda em 27/11/2012, sem a existência de obstáculos financeiros e de órgãos reguladores, ocorre a conclusão das reorganizações societárias. De início, a CFF Participações e a Ecoporto Holding são incorporadas pela Aba Porto.

□ Na sequência, a Aba Porto é extinta em decorrência da cisão total de seu patrimônio para a Tecondi, Termare e Termlog concentrando diretamente nelas os ágios de si mesmas (incorporação às avessas ou reversa).

□ Em virtude das reorganizações societárias, os ágios escriturados contabilmente por Aba Porto e Ecoporto Holding, nos valores de R\$ 409.407.153,16 e R\$ 689.169.045,86, respectivamente, são as bases para a Tecondi registrar em contas do ativo (Realizáveis a Curto Prazo – CP e Longo Prazo – LP) de sua contabilidade, o benefício fiscal que advirá da amortização do ágio de rentabilidade futura dela mesma (R\$ 1.098.576.199,02 x 34%) em virtude da incorporação reversa.

Análise fiscal da Operação

□ A Ecorodovias tinha como plano de negócios, ao menos desde 2011, ampliar sua cadeia logística para a movimentação de cargas em portos. Por isso menciona em seu relatório de administração de 2011 que:

“O grupo EcoRodovias também continua atento às oportunidades em portos e aeroportos, sempre com foco na rentabilidade de seus negócios, preservando, principalmente, a disciplina de capital e uma estrutura econômico-financeira que possibilite o crescimento sustentável da Companhia”.

□ Da parte do Grupo Formitex era sua intenção, com a ajuda de um parceiro, negociar as participações no Complexo Tecondi, mas por um preço superior ao que estava sendo negociado pelo Grupo Barbeito. Daí o porquê dele, mesmo sem recursos próprios, utilizar-se de alternativas estratégicas que culminaram no exercício do seu direito de preferência sobre as participações restantes e a negociação da totalidade das participações do Complexo Tecondi para a Ecorodovias. Consta no TVF, para reforçar esta afirmação, um comparativo de preços entre o valor negociado entre os grupos Barbeito e Formitex para a aquisição de 50%, e o valor negociado entre a Ecorodovias e o Grupo Formitex para a aquisição de 100%.

□ Assim, a aquisição das participações no Complexo Tecondi detidas pela Zardust e Família Barbeito foi desenvolvida paralelamente à negociação mantida entre o Grupo Formitex e a Ecorodovias.

□ São vários os motivos para esta afirmação: (i) a Ecorodovias vinha negociando com as duas acionistas da Tecondi ao menos desde novembro de 2011, e como resultado da

auditoria prévia (*due diligence*) realizada na Tecondi e demais informações obtidas no data-room vislumbrou ótima oportunidade de negócio, para se posicionar a favor da operação; (ii) o acordo de subscrição de ações da Aba Porto, ainda no Grupo Formitex, contendo cláusula prevendo que a integralização de capital a ser efetuada pela Ecorodovias, via Ecoporto Holding, seria utilizada – e foi – para a liquidação das aquisições de participações societárias representativas de 50% do Complexo Tecondi, ou seja, liquidação dos contratos celebrados entre a Aba Infra e Zardust e Retroporto e Família Barbeito; (iii) o contrato de opção de compra de todas as quotas da CFF Participações, que até a realização financeira do acordo de subscrição de ações acima, era detentora indireta de 100% da Tecondi, celebrado na mesma data e vinculado à subscrição na Aba Porto; (iv) o contrato de compra de todas as quotas da CFF Participações prevendo que os ajustes do preço de aquisição seriam iguais àqueles constantes nos contratos firmados entre a Aba Infra e Zardust e Retroporto e Família Barbeito; (v) a previsão constante no mesmo contrato, em relação aos valores depositados em conta garantia, vinculando as datas de liberação⁸⁰ a Carlos Floriano e Alípio Gusmão às mesmas datas de liberação⁸¹ a Zardust e Família Barbeito; (vi) a utilização do mesmo balanço da Tecondi para definir o enterprise value (vi) a transferência para a Aba Porto das dívidas contraídas pela Aba Infra e Retroporto para efetuarem os depósitos iniciais ao Grupo Barbeito, em 19/03/2012, no mesmo dia em que esta passou para o controle total da Ecoporto Holding (19/06/2012)⁸²; (vii) a liquidação, em 19/06/2012, da NP emitida pela Aba Porto, em 10/05/2012 (viii) a demonstração das etapas de aquisição desde a constituição da Aba Porto, referida como 1º passo no relatório elaborado por avaliador terceirizado contratado pela fiscalizada para realizar estudos de mensuração do valor justo dos ativos adquiridos e passivos assumidos.

☐ O relatório informa que a Aba Porto e CFF Participações foram constituídas unicamente para o processo de venda.

☐ Enfim, tudo a sugerir que as operações de compra das participações detidas pelo Grupo Barbeito, a compra e venda do Complexo Tecondi pelo Grupo Formitex e as reorganizações societárias efetuadas pelo Grupo Ecorodovias foram operações casadas.

☐ Apesar de, no final das negociações ocorrer a intercalação da Ecoporto Holding entre a Ecorodovias e as partes vendedoras, esta intercalação não visa cumprir qualquer dos objetivos do modelo negocial.

☐ Em suma, o modelo negocial poderia ter sido alcançado exatamente da mesma forma sem a interveniência da Ecoporto Holding, o que obrigatoriamente leva à conclusão de que a razão para a referida intercalação societária foi ocultada do instrumento. Essa razão, pelo cêlere desenrolar dos fatos supervenientes, foi tributária.

☐ Ou seja, no presente caso, a Ecoporto Holding serviu apenas de veículo para que as quotas da Tecondi saíssem do Grupo Formitex e chegassem a Ecorodovias, onde estão até hoje. A movimentação financeira na Ecoporto Holding compreendeu os recursos advindos e/ou garantidos pela Ecorodovias e as saídas para o Grupo Formitex ou para fazer frente aos custos incorridos na operação.

☐ Com a incorporação da Ecoporto Holding na Aba Porto, seguida da cisão desta última, o único acréscimo patrimonial na Ecoporto Santos decorre exatamente da “economia tributária” que esta operação acarretou, e que corresponde ao valor de R\$ 373.515.907,67, classificado nas contas de IR e CSLL diferido – Ágio, pertencentes aos Ativos Circulante e Não Circulante, originários dos ágios advindos da Ecoporto Holding e da Aba Porto.

☐ Sendo assim, os ágios decorrentes da subscrição e integralização de capital na Aba Porto e da aquisição da CFF Participações “pagos” pela Ecoporto Holding, transferidos em 27/11/2012 para as empresas do Complexo Tecondi, não podem gerar nenhuma diminuição aceitável da carga tributária através do seu aproveitamento fiscal, isto

porque, o que houve foi a mera extinção de empresa veículo e não dos investimentos que continuaram sobre o controle da Ecorodovias, agora diretamente.

☐ A Tecondi e demais empresas do complexo, permaneceram sobre o controle direto da Ecorodovias em todo o período auditado, inclusive, recebendo as melhorias propagadas nos fatos relevantes de 2012, isto é, quando da informação de aquisição ao mercado, a Ecorodovias noticiou investimentos em melhorias da ordem de 130 milhões de reais.

☐ O investimentos em melhorias prometidos pela Ecorodovias em 2012 foram cumpridos de fato e, em valores superiores aos propalados.

☐ Portanto, a utilização de uma empresa interposta só visava a diminuição da carga tributária, daí o porquê da introdução da Ecoporto Holding na parte final das negociações e por curto espaço temporal. Sua entrada e saída no controle (direto e/ou indireto) da Tecondi não teve nenhuma aplicação prática ou necessária ao fim que era almejado – o investimento no setor portuário – a não ser o de transportar os ágios pagos pelo real investidor para a empresa operacional Tecondi.

☐ Dsde o início das tratativas e até o dia de sua entrada no capital social da Aba Porto, em 29/05/2012, a Ecoporto Holding estava inativa, com pequeno capital integralizado e todos os recursos por ela empregados na realização de um único negócio foram providenciados, direta ou indiretamente, pela Ecorodovias.

☐ Além disso, a Ecoporto Holding S.A. exerceu fundamental papel para viabilizar a obtenção de empréstimo dos recursos necessários para efetuar a aquisição do referido ativo portuário, conforme se verifica pelo Instrumento Particular de Escritura da 1ª Emissão de Debêntures Simples da Ecoporto Holding S.A. (doc. nº 2).

☐ As empresas a seguir foram constituídas pelo Grupo Formitex unicamente para o processo de venda. Esta, aliás, é a informação constante no relatório elaborado por avaliador terceirizado contratado pela Ecoporto Santos para fins de realizar estudos para mensuração do valor justo dos ativos adquiridos e passivos assumidos (alocação de preço preliminar) e utilizado para definir o montante do ágio pago.

☐ A documentação da Aba Porto e da CFF Participações foi obtida em consulta pública efetuada na Jucesp e junto a fiscalizada Ecoporto Santos. Verificamos, dentre outros documentos, os atos societários de constituição, as alterações societárias, as escriturações contábeis e, no caso da Aba Porto, os atos da cisão e os livros de registro e transferência das ações nominativas. Esta documentação propiciou as análises a seguir.

☐ A Aba Porto Participações S/A – CNPJ 15.255.561/0001-09, sociedade por ações constituída em 21/03/2012, foi registrada na Jucesp sob o NIRE 35300436474, de 21/03/2012158. De capital fechado, sua sede seria na Rua Gomes de Carvalho, 1.306, 10º andar, conjunto 101, sala 4, Vila Olímpia, São Paulo – SP, mesmo endereço ocupado pela Aba Infra. Conforme Ata de Assembleia Geral de Constituição realizada às 10:00h do dia 14/03/2012, o capital subscrito de R\$ 1.000,00, dividido em 1.000 ações ordinárias, nominativas, sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$ 1,00 cada foi integralizado pelos acionistas Carlos Floriano e Francisco Cassiani, na proporção percentual de 99,90/0,10, respectivamente.

☐ Tinha como objeto social “a participação em outras sociedades empresariais que atuem em qualquer atividade atrelada ao ramo portuário, como sócia ou acionista” e sua diretoria era composta por Carlos Floriano, presidente, e Francisco Cassiani, diretor sem designação específica.

☐ Em 29/03/2012, mesmo dia em que a Aba Infra protocolou o ato de concentração no CADE, a diretoria da Aba Porto aprova a realização da 1ª emissão de nota promissória comercial da Companhia, para distribuição pública com esforços restritos de colocação nos termos da Instrução CVM nº 476, de 16/01/2009, no valor de R\$ 522.600.000,00. A

data de emissão da nota promissória será a data de sua efetiva subscrição e integralização.

☐ Os recursos captados mediante a colocação da Nota Promissória serão destinados à realização da aquisição das participações societárias no Complexo Tecondi detidas pela Zardust e Família Barbeito já comprometidas com a Aba Infra, em 19/03/2012, conforme contratos de compra e venda (i) de 50% das ações emitidas pela Tecondi; (ii) 50% das quotas representativas do capital social da Termares; e (iii) 50% das quotas representativas do capital social da Termlog.

☐ Curiosamente, embora nesta data a Aba Porto não detivesse nenhuma participação acionária, houve a previsão de que a Nota Promissória contaria com as seguintes garantias: (i) alienação fiduciária em garantia das ações de emissão da Tecondi, (ii) alienação fiduciária em garantia das quotas de emissão da Termares, e (iii) alienação fiduciária em garantia das quotas de emissão da Termlog, detidas e a serem detidas pela Companhia.

☐ Em 30/03/2012, em face do estágio em que já se encontravam as negociações com a Ecorodovias, Francisco Cassiani vende sua única ação detida na “auspiciosa” Aba Porto para Alípio Gusmão pelo preço de R\$ 1,00 (um real)160. Estava pronto o caminho para a entrada desta empresa no capital social das integrantes do Complexo Tecondi.

☐ Em vista da formalização do interesse da Ecorodovias retratada no Memorando de Entendimentos, em 08/03/2012, observa-se o início das reorganizações societárias no Grupo Formitex.

☐ Em 12/04/2012, conforme Ata de AGE realizada às 10:00h e registrada na Jucesp sob nº 161.035/12-7, em 20/04/2012, aprovou-se o Protocolo e Justificação de Cisão Parcial da Aba Infra e da Cisão Parcial da Retroporto, de 09/04/2012, com versão das parcelas cindidas para a Aba Porto.

☐ Dos valores cindidos, avaliados a valor contábil em 31/12/2011162, além daqueles advindos da Retroporto, os únicos ativos transferidos da Aba Infra foram (i) a participação representativa de 50% do capital social votante e total da Tecondi, composta por 5.599.998 ações ordinárias e 8.400.000 ações preferenciais, avaliadas em R\$ 55.050.718,95 e (ii) R\$ 4.281,05 em moeda corrente nacional.

☐ Já o patrimônio líquido recebido é composto da seguinte forma: (i) R\$ 55.055.000,00 proveniente da conta “capital social” da Aba Infra, e que será utilizado para aumentar o capital social da Aba Porto no mesmo montante; (ii) R\$ 7.240.000,00 da Retroporto163, perfazendo o aumento R\$ 62.295.000,00.

☐ Com o aumento do capital social, ocorre a emissão de 62.295.000 novas ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, as quais foram subscritas e integralizadas pelo sócio Carlos Floriano.

☐ Transcreve-se com o item 2.4 do Protocolo de Justificação:

“Por força das cisões parciais objeto deste Protocolo, a Aba Porto ficará automaticamente sub-rogada em todos os direitos e obrigações relativos às ações emitidas pela Tecondi e quotas representativas do capital social da Termares que, conforme acima mencionado, serão a ela, Aba Porto, vertidas, aí contemplados, inclusive, os direitos e obrigações decorrentes dos contratos de compra e venda firmados em 19 de março p. passado tendo por objeto a aquisição das participações societárias representativas dos outros 50% do Tecondi e da Termares, contratos esses que foram celebrados, respectivamente, pela Aba infra e pela Retroporto em decorrência do exercício por elas dos direitos de preferência de que tratam o item 1.3 acima. Aba infra e Retroporto permanecerão solidariamente responsáveis por todas as

obrigações que serão assumidas pela Aba Porto por força dos contratos de compra e venda indicados neste item 2.4, acima”.

□ Ainda em 12/04/2012, Carlos Floriano e Alípio Gusmão celebram o contrato de opção de compra de ações da Aba Porto, por meio do qual o primeiro garante ao segundo o direito de adquirir 31.147.999 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal da Aba Porto.

□ Em 09/05/2012, às vésperas do fechamento do contrato de compra e venda celebrado entre a Aba Infra e a Zardust em 19/03/2012, a Aba Porto aliena fiduciariamente as participações recebidas, e aquelas constantes nos contratos de compra e venda, através da celebração com o Banco Bradesco S.A do contrato de alienação fiduciária em garantia¹⁶⁵ a fim de garantir os recursos que serão captados mediante a colocação da Nota Promissória cuja emissão havia sido autorizada pela AGE de 29/03/2012.

□ Os recursos obtidos serão destinados à realização da aquisição de 50% das ações da Tecondi detidas pela Zardust e Família Barbeito, e de 50% das quotas da Termare detidas pela Família Barbeito.

□ Em 10/05/2012, a Aba Porto obtém o montante de R\$ 513.761.843,00 oriundos da emissão da nota promissória acima e com vencimento para 06/11/2012.

□ Ainda nesta data, conforme previsão contida na cláusula 5.1 dos contratos de compra e venda firmados pela Aba Infra com a Zardust e Família Barbeito e Retroporto e Família Barbeito, em 19/03/2012, ocorrem as assinaturas dos Termos de Fechamento financeiro no valor de R\$ 437.418.702,60166 e R\$ 73.321.102,34167, ocasião em que as ações da Tecondi e as quotas da Termare são transferidas à Aba Porto.

□ Ainda em 10/05/2012, a Aba Porto adquire a Termlog de Yuri Barbeito pela importância de R\$ 50.000,00.

□ Em 18/05/2012, a Ecoporto Holding se prepara para integrar o capital social da Aba Porto por intermédio da celebração com a CFF Participações, do acordo de subscrição de ações equivalente a 41,29% do capital social da Aba Porto.

□ Em 29/05/2012, ocorre a entrada formal do Grupo Ecorodovias no capital social da Aba Porto.

□ Conforme ata de assembleia extraordinária realizada às 14:00h, registrada na Jucesp sob nº 302.159/12-5, em 13/07/2012, é aprovado aumento do capital social de R\$ 62.296.000,00 para R\$ 106.107.988,00, sendo realizado mediante a subscrição pela Ecoporto Holding de 43.811.988 novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, representativas de 41,29% do capital social da Aba Porto.

□ Com a aquisição primária de 41,29% do Complexo Tecondi, estava concluída a primeira etapa da operação.

□ O preço de emissão das ações subscritas é de R\$ 540.369.046,09, integralizado naquela data em moeda corrente nacional, sendo R\$ 43.811.988,00 destinados ao aumento de capital e o saldo de R\$ 496.557.058,09 destinado à conta reserva de capital – ágio.

□ Nesta assembleia também são aprovadas as seguintes ordens: a) alteração da Sede para a Rua Gomes de Carvalho, 1.510, 3º andar, conjunto 31/32, sala 02, endereço pertencente ao Grupo Ecorodovias; b) reforma do Estatuto Social; c) criação do Conselho de Administração com 4 (quatro) membros, divididos igualmente entre a Ecorodovias e a CFF Participações.

□ Assim, em curto espaço temporal, as participações no Complexo Tecondi que há anos pertenciam a Aba Infra e Zardust migraram para o patrimônio da recém-constituída Aba

Porto e, com a entrada da Ecoporto Holding no capital desta empresa, a passagem total do Complexo Tecondi para o Grupo Ecorodovias estava se completando.

□ Ainda em 29/05/2012, em vista da entrada do novo sócio, a dívida contraída pela Aba Infra, em 19/03/2012, e transferida para a Aba Porto em 12/04/2012, passa a contar com a fiança corporativa da Ecoporto Holding e da Ecorodovias. Esta dívida será paga, em 19/06/2012, pelo Grupo Ecorodovias.

□ Em 19/06/2012, já sobre o pleno controle indireto da Ecorodovias, ocorre a quitação, pelo valor de R\$ 518.858.087,16, da nota promissória emitida em 10/05/2012 e cujos recursos foram utilizados para o pagamento da Zardust e Família Barbeito.

Da cisão total da Aba Porto para a Tecondi, Termare e Termlog □ Em 27/11/2012, às 11h, após as incorporações da CFF Participações e Ecoporto Holding, conforme AGE registrada na Jucesp sob nº 16.326/13-1, de 04/01/2013, a Ecorodovias, aprecia as matérias constantes da Ordem do Dia.

Do papel da Aba Porto na operação analisada □ Às vésperas da alienação do Complexo Tecondi, em 18/05/2012, se dá a celebração concomitante do acordo de subscrição de ações da Aba Porto e do contrato de opção de compra de quotas da CFF Participações. A implementação dos acordados dará a Ecoporto Holding o controle indireto de 100% do Complexo Tecondi: 41,29% via Aba Porto e 58,71% via CFF Participações.

□ Em contrapartida, os vendedores apurarão o ganho de capital nas pessoas físicas e, com a cisão total da Aba Porto a favor das empresas operacionais, o ágio pago na aquisição das participações detidas pela Zardust e Família Barbeito, com os recursos aportados pelo Grupo Ecorodovias, poderá ser amortizado fiscalmente, trazendo vantagens tributárias para todas as partes.

□ Está-se diante do clássico “casa e separa” tão combatido, melhor elaborado no presente caso, onde, após a entrada da adquirente, Ecoporto Holding, no capital social da veículo Aba Porto, veremos a saída das alienantes, Aba Infra e Retroporto, transmudadas em CFF Participações, e objeto de análise no subitem seguinte.

□ O CARF, em muitos julgados que se assemelham ao presente caso, interpreta esta operação como uma simulação de alienação de participação acionária através de uma operação de aumento de capital e que os participantes dessa operação sonham impostos como o IRPJ e a CSLL, como se pode depreender do acórdão nº 1302-001.710, de 28 de abril de 2015, da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de julgamento.

□ A empresa Aba Porto, foi constituída pelo Grupo Formitex exclusivamente para o processo de venda, haja vista sua constituição apenas no final da operação de alienação do Complexo Tecondi para o Grupo Ecorodovias, servindo apenas para receber um patrimônio que seria alienado e levá-lo de encontro ao seu adquirente. Logo após, sem mais utilidade, foi extinta.

□ Já a CFF Participações Ltda. - CNPJ 15.224.502/0001-73, sociedade empresária limitada constituída em 15/03/2012, foi registrada na Jucesp sob o NIRE 35226429252, de 15/03/2012173. Seis dias após a Aba Infra exercer o direito de preferência na aquisição das participações na Tecondi e a Retroporto fazer o mesmo em relação as quotas da Termare, os representantes do Grupo Formitex Carlos Floriano e Francisco Cassiani constituíram a CFF Participações.

□ Sua sede seria na Rua Gomes de Carvalho, 1.306, 10º andar, conjunto 101, Vila Olímpia, São Paulo – SP, endereço pertencente ao Grupo Formitex e ocupado, à época, pela Aba Infra.

□ Conforme Instrumento Particular de Constituição do dia 23/02/2012, o capital subscrito de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), dividido em 10.000 (mil) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, foi integralizado pelos sócios Carlos Floriano e Francisco Cassiani, na proporção percentual de 99,99/0,01, respectivamente.

□ Tinha como objeto social “a participação em outras sociedades, como sócia ou acionista” e era administrada por Carlos Floriano.

□ Em 14/05/2012, Francisco Cassiani cede e transfere por R\$ 1,00 (um real) sua única quota para Alípio Gusmão. Estava pronto o caminho para esta empresa entrar na operação sob análise.

□ Na sequência, Carlos Floriano e Alípio Gusmão, integralizam as ações da Aba Porto na CFF Participações, que passa a deter indiretamente 100% do capital social da Tecondi e das demais integrantes do Complexo Tecondi.

□ Em 18/05/2012, a Ecoporto Holding celebra com Carlos Floriano e Alípio Gusmão Contrato de Opção de Compra de Quotas que lhe daria 100% da CFF Participações. Este instrumento particular, em conjunto com o contrato de subscrição de ações da Aba Porto daria ao Grupo Ecorodovias o controle de 100% do Complexo Tecondi.

□ Em 05/06/2012, amparados em balanço especial da Sociedade levantado em 31/05/2012, os sócios deliberam aumentar o capital social em R\$ 307.706.522,00 mediante a capitalização de parte da reserva de lucros (a origem é a equivalência patrimonial da Aba Porto) e a criação de 307.706.522 quotas no valor de R\$ 1,00 cada.

Da alienação por venda da CFF Participações para a Ecoporto Holding □ Em 18/05/2012, começa a ocorrer a parte final do processo de alienação do Complexo Tecondi. Isto se dá em virtude da celebração concomitante do acordo de subscrição de ações e do contrato de opção de compra de quotas.

□ Pelo acordo de subscrição de ações e outras avenças, de 18/05/2012, celebrado entre a CFF Participações e a Ecoporto Holding, esta última se obriga a subscrever e integralizar novas ações que serão emitidas pela Aba Porto e que representarão 41,29% do capital social votante e total. Aba Porto, Aba Infra e Retroporto participam na qualidade de intervenientes anuentes.

□ Como previsto no acordo de subscrição, o aumento de capital, a ser realizado pela Ecoporto Holding, subsidiária da Ecorodovias, será utilizado para o pagamento da nota promissória emitida em 10/05/2012 e que serviu de fonte de financiamento dos recursos utilizados nos Termos de Fechamento celebrados com a Zardust e Família Barbeito.

□ Ou seja, a compra efetuada pela Aba Infra da outra metade da Tecondi – participação detida pela Zardust e Família Barbeito – será liquidada com o dinheiro que virá da Ecorodovias, via subscrição de capital na Aba Porto pela Ecoporto Holding.

□ A realização desta subscrição permitirá a entrada do Grupo Ecorodovias no bloco de controle da Tecondi e demais empresas do complexo portuário através da detenção de 41,29% de participação. Conforme visto anteriormente, a integralização foi efetivada em 29/05/2012, nos exatos valores acima.

□ Esta aquisição primária de 41,29% do Complexo Tecondi, quando concluída, representou a primeira etapa da operação.

□ Em complemento ao acordo de subscrição acima, Carlos Floriano e Alípio Gusmão celebram com a Ecoporto Holding contrato de opção de compras de quotas que estabelece condições para que esta última adquira a totalidade das quotas da CFF Participações.

- ☐ Este novo aporte de recursos do Grupo Ecorodovias irá para os controladores da Aba Infra, em 19/06/2012, mediante o exercício da opção de compra efetivada através da celebração de contrato de compra e venda de quotas com Carlos Floriano e Alípio Gusmão.
- ☐ A conjugação das duas operações acima propiciará à Ecorodovias o controle total da Aba Porto, detentora integral do Complexo Tecondi: 41,29% via Ecoporto Holding e 58,71% via CFF Participações.
- ☐ Em 19/06/2012, a Ecoporto Holding efetua a aquisição secundária de 58,71% do Complexo Tecondi, mediante a aquisição integral da CFF Participações e por consequência das ações da Tecondi que estavam em poder dela.
- ☐ Através deste instrumento a Ecoporto Holding exerce a opção de compra da totalidade das quotas da CFF Participações, ocasião em que a Aba Porto passa a pertencer totalmente ao Grupo Ecorodovias, sendo 41,29% diretamente pela Ecoporto Holding e 58,71% via CFF Participações, que por sua vez será detida pela Ecoporto Holding. Este documento reproduz em grande parte o contrato de opção de compra.
- ☐ Com a assinatura e simultânea liquidação financeira do contrato de compra e venda acima, o Grupo Ecorodovias assume o controle total da Tecondi e demais empresas do complexo portuário.
- ☐ Com a aquisição secundária de 58,71% do Complexo Tecondi, estava concluída a segunda e última etapa da operação.
- ☐ Como resultado da cessão de quotas ora realizada, procede-se a alteração contratual registrada na Jucesp sob nº 278.830/12-2, de 03/07/2012, onde Carlos Floriano e Alípio Gusmão, cedem e transferem para a Ecoporto Holding, a título oneroso, a totalidade de suas quotas da CFF Participações.
- ☐ A sócia Ecoporto Holding declara que recomporá a pluralidade de sócios dentro de 180 dias nos termos do art. 1.033, inciso IV, do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

Da incorporação da CFF Participações pela sua controlada Aba Porto

- ☐ Em 27/11/2012, às 08h, conforme Ata de Reunião dos Sócios 180 registrada na Jucesp sob nº 16.327/13-5, de 04/01/2013, presente o único quotista, Ecoporto Holding, aprecia as matérias constantes da Ordem do Dia.
- ☐ A assembleia também ratifica a contratação da empresa avaliadora, autoriza os Administradores da Sociedade a praticarem todos os atos que se fizerem necessários, aprova o Laudo de Avaliação, o Protocolo de Incorporação e o Instrumento de Justificação da CFF Participações, celebrado em 27/10/2012, o qual prevê a sua incorporação pela Aba Porto e aprova de forma definitiva e sem quaisquer ressalvas, a incorporação da CFF Participações pela Aba Porto no valor total de \$ 1.980,10 negativos, conforme indicado no Laudo de Avaliação. A Aba Porto assumirá os ativos e passivos da CFF Participações, sucedendo-a em todos os direitos e obrigações.

Do papel da CFF Participações na operação analisada

- ☐ A conclusão do processo de aquisição do Complexo Tecondi se deu com a venda da recémconstituída CFF Participações, em 19/06/2012, e só pôde ser celebrado nesta data porque foi quando a Ecoporto Holding conseguiu a liberação financeira das debêntures emitidas em 12/06/2012. Com a sua alienação, seus sócios Carlos Floriano e Alípio Gusmão, reconheceram o ganho de capital nas pessoas físicas.
- ☐ A empresa CFF Participações, a exemplo da Aba Porto, foi constituída pelo Grupo Formitex exclusivamente para o processo de venda, haja vista sua constituição apenas

no final da operação de alienação do Complexo Tecondi para o Grupo Ecorodovias, servindo apenas para receber um patrimônio que seria alienado e levá-lo de encontro ao seu adquirente. Logo após, sem mais utilidade, foi extinta.

DA DILIGÊNCIA FISCAL EFETUADA NA ECORODOVIAS

☐ Esta empresa é a controladora da Ecoporto Santos, atual denominação da Tecondi, a quem foram endereçados os termos de intimações fiscais de diligências emitidos por ocasião da presente ação fiscal e daquela desenvolvida no contribuinte Aba Infra.

☐ Nesta ação, o procedimento de diligência foi formalizado no TDPF nº 08.1.85.00-2017-00073 e teve como objetivos (i) acessar a documentação produzida entre a diligenciada, os representantes dos Grupos Barbeito e Formitex e seus respectivos assessores financeiros e jurídicos (ii) entender por que a Ecoporto Holding foi a empresa escolhida para integrar a operação.

☐ Os seus administradores Marcelino Seras, Marcello Guidotti, Luis Opice, Federico Botto e Roberto Nakagome também integravam a administração da Ecoporto Holding.

DO RESULTADO DA AUDITORIA FISCAL

Da Falta de Propósito Negocial na utilização da Ecoporto Holding na Operação

☐ A presente ação fiscal recai apenas sobre a Tecondi, atual Ecoporto Santos, a maior integrante do Complexo Tecondi e que, pelas suas características operacionais, “herdou” praticamente todo o ágio de rentabilidade futura pago na operação de aquisição do complexo portuário.

☐ Sua aquisição pela Ecoporto Holding foi efetuada em duas etapas: a primeira consistiu em integralizar capital correspondente a 41,29% da Aba Porto, em 29/05/2012, obtendo-se assim semelhante participação indireta da Tecondi, e a segunda foi adquirir a CFF Participações, em 19/06/2012, que nesta ocasião detinha 58,71% da Aba Porto, seu único ativo.

☐ Após a aquisição plena destas duas últimas empresas, em 19/06/2012, criadas pela parte vendedora exclusivamente por ocasião da venda, Ecoporto Holding e CFF Participações foram incorporadas pela Aba Porto, em 27/11/2012, momento em que o ágio contabilizado pela Ecoporto Holding se somou ao ágio pago pela Aba Porto quando da aquisição da metade da Tecondi que era detida pela Zardust e Família Barbeito.

☐ Ainda em 27/11/2012, em questões de horas, a Aba Porto foi extinta por cisão total e seu patrimônio cindido foi distribuído para as empresas do Complexo Tecondi, momento em que a Tecondi recebeu os ágios da Ecoporto Holding e Aba Porto. A partir daí, a Tecondi ou Ecoporto Santos, passou a aproveitar apenas fiscalmente o ágio a ela transmitido na cisão.

☐ Procurou-se determinar a causa da operação realizada pela controladora da Ecoporto Santos, com reflexos na fiscalizada, como meio de alcançar o equilíbrio entre finalidade e funcionalidade, entre substância e forma negocial, para se interpretar o negócio jurídico.

☐ Não basta a vontade da Ecorodovias e da Ecoporto Holding de se submeterem à disciplina atinente ao ato formalizado. Deve estar presente a vontade evidenciada ao realizá-lo. O Código Civil prevê que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem (art.112).

☐ Está-se questionando a criação da empresa veículo Ecoporto Holding, a aquisição indireta da empresa operacional Tecondi por esta empresa interposta, em duas etapas, a incorporação da mesma por outra empresa veículo, e, ao final, o transporte dos ágios de

rentabilidade futura nelas registrados para a empresa investida, apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia o fim prático a que o negócio se destinava: A redução do pagamento de tributos através do aproveitamento fiscal de um ágio proveniente de um investimento que não foi extinto.

□ A apreciação dos documentos apresentados pelo contribuinte permitiu constatar a ausência de propósito negocial, bem como a incoerência entre a finalidade e a forma adotada.

□ A análise da operação em questão não há que ser feita para cada negócio isoladamente, mas em relação ao conjunto de negócios encadeados como um todo. Essa é a lição de Marco Aurélio Greco (in Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004, p. 345-346).

□ Analisando-se a situação existente antes da deflagração da sequência de etapas e a situação final resultante da última das etapas, podemos afirmar que as situações são correlatas, ou seja, antes da deflagração das etapas, a Ecorodovias, pretendia adquirir 100% do Complexo Tecondi, no caso em análise, da empresa operacional Tecondi. Com a utilização da Ecoporto Holding, antes do processo de incorporação, passou a deter indiretamente 41,29% na 1ª etapa da aquisição, em 29/05/2012, e 58,71% na seguinte, totalizando um controle de 100% na 2ª etapa da aquisição.

□ Se forem olhadas as situações em termos de participações societárias diretas e indiretas, teremos que antes e após a extinção da Ecoporto Holding, e das empresas criadas para o processo de venda pelos vendedores, a participação da Ecorodovias na Ecoporto Santos permaneceu inalterada.

□ O controle da Ecorodovias, não deixou de existir em nenhum momento e tampouco esta perdeu seu investimento na Ecoporto Santos.

□ A prática adotada na fiscalizada consistiu numa série de procedimentos com o objetivo de “construir” uma situação contábil que lhe permitisse o aproveitamento (indevido) fiscal do ágio previsto no art. 386 do RIR/99, isso sem que a sociedade que efetivamente adquiriu o investimento (Ecorodovias), com ágio, liquidasse esse investimento.

□ Assim, procedendo a "reestruturações societárias", dotadas apenas de atos formais desprovidos de racionalidade econômica, a Ecorodovias, conseguiu: i) permanecer com os seus investimentos na Ecoporto Santos intocados, apenas, agora, não mais apresentados contabilmente desdobrados em “Investimento Ecoporto Santos + Investimento Ecoporto Holding”, por exemplo, e ii) constituir, na contabilidade da Ecoporto Santos, contas de ativo circulante e não circulante em valores iguais ao benefício tributário dos ágios (34% sobre o valor dos ágios) oriundos da aquisição do controle sobre a Ecoporto Santos, de forma a poder aproveitar esses ativos, no prazo previsto na legislação tributária, forçando as condições para reduzir o lucro tributável.

□ O único fim visado era a utilização do tratamento fiscal de redução da carga tributária na Ecoporto Santos, cujo permissivo condicionava à incorporação/fusão/cisão da Ecorodovias e a sua investida (Ecoporto Santos), ou vice-versa.

□ Como não foi essa a situação ocorrida, nem era vontade da Ecorodovias, se desfazer de sua participação na Ecoporto Santos, engendrou-se o artifício jurídico de interpor empresas veículos, efêmeras (Ecoporto Holding, Aba Porto e CFF Participações), sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica, aportar recursos financeiros para aquisição de participações com ágio por expectativa de rentabilidade futura para logo em seguida, serem estas transportadas para a sua controlada (Ecoporto Santos), e devolver as ações do capital social da Ecoporto Santos à sua real investidora (Ecorodovias). Tudo isso ocorrendo no intervalo mínimo necessário para a obtenção da

aprovação dos órgãos reguladores. Logo após, as reorganizações societárias poderiam chegar ao final pretendido.

□ O caso em foco é composto de operações estruturadas em sequência, vale dizer, de uma sequência de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o intuito de obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

□ A primeira etapa foi a intenção da compra das participações na Ecoporto Santos, a qual tinha como detentores os Grupos Barbeito e Formitex. A segunda etapa foi a introdução da “empresa veículo” Ecoporto Holding, empresa inativa e que possuía um capital social de mil reais. Logo após, injetam-se recursos para capitalizá-la. Tudo isso se passando às vésperas e nos dias da efetivação das compras das ações do capital social da Ecoporto Santos que seriam alienadas, 29/05/2012 e 19/06/2012.

□ A terceira etapa foi a aquisição pela Ecoporto Holding, com ágios de rentabilidade futura, das ações/quotas dos capitais sociais da Aba Porto e CFF Participações, então “controladoras” da Ecoporto Santos.

□ A quarta etapa foi a incorporação, ao final, da Ecoporto Holding e da Aba Porto pela fiscalizada, empresa operacional, ocasião em que os investimentos na investida (Ecoporto Santos) ficaram diretamente ligados a real investidora (Ecorodovias). Ao final dela, os ágios começaram a ser amortizados tributariamente.

□ A primeira pergunta que se faz é por que a Ecorodovias, não adquiriu as quotas da Tecondi diretamente do Grupo Formitex e seus representantes. Para esta pergunta a fiscalizada respondeu que “Conforme já esclarecido pela Fiscalizada em algumas oportunidades neste procedimento de fiscalização, a aquisição do Complexo Tecondi foi realizada pela Ecoporto Holding, pois esta foi a sociedade constituída em 2009 com o objetivo específico de investir no ramo portuário. Essa intenção, inclusive, consta no Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da Ecorodovias, de 30.3.2010 (documento já apresentado, em resposta ao TIF nº 20)”.

□ A segunda pergunta é por que foi necessária a introdução de uma sociedade inativa (Ecoporto Holding) para que se efetivasse a aquisição das ações da Ecoporto Santos. Ao responder a intimação, a fiscalizada informou que “A Ecoporto Holding, sociedade constituída em 29.5.2009, tinha como objetivo centralizar os investimentos a serem realizados no setor portuário, permitindo a racionalização da estrutura societária do Grupo. A transação foi materializada nesse contexto, tendo por interlocutores as partes signatárias dos instrumentos contratuais relativos à operação”.

□ Questionada a Ecorodovias do porquê da utilização da Ecoporto Holding na operação deu como resposta, a exemplo da fiscalizada, que “A Ecoporto Holding atuava na análise de potenciais aquisições e participações em terminais portuários localizados nas regiões Sul e Sudeste do País, que pudessem agregar valor e conhecimento ao Grupo EcoRodovias. A Diligenciada entende pertinente ressaltar que o Grupo EcoRodovias constituiu a Ecoporto Holding S.A. em 2009 com o objetivo específico de investir no ramo portuário. Essa intenção, inclusive, consta no Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da EcoRodovias Infraestrutura e Logística S.A., de 30.3.2010”

□ Entretanto, fica claro que estes argumentos não se coadunam com a realidade dos fatos.

□ A negociação com o Grupo Formitex teve início, no mínimo, em 16/11/2011, através de contatos mantidos com o Bradesco BBI e a Ecorodovias. A entrada da Ecoporto Holding ocorreu apenas na formalização das negociações, em 18/05/2012.

□ E mais, se ela era a empresa constituída especificamente para investir no setor portuário, pergunta-se por que extingui-la logo após seus objetivos terem sido alcançados.

□ Estes fatos denotam que a interposição da Ecoporto Holding teve por propósito exclusivo permitir, após a sua incorporação pela fiscalizada, o aproveitamento fiscal do ágio, todavia de forma indevida. Note-se que a única intervenção da Ecoporto Holding foi para receber indiretamente as ações da atual Ecoporto Santos dos vendedores.

□ O emprego da Ecoporto Holding foi claramente um caminho mais longo, seguramente mais oneroso e, portanto, injustificável, do ponto de vista societário. Possivelmente, a fiscalizada continuará alegando o contrário, ou seja, que a utilização de mais uma “holding” (a Ecoporto Holding) simplificou o modelo negocial, vinha de encontro aos interesses dos investidores, era a empresa do grupo que analisava as potenciais aquisições do grupo ou que tinha o objetivo específico de investir no ramo portuário. Ora, claramente tais afirmativas, caso sejam feitas novamente, serão inverídicas. Afinal, o conjunto de operações societárias já havia sido engendrado desde o primeiro acordo – por isso, a participação da Ecoporto Holding apenas no final. Ademais, sem a interposição da Ecoporto Holding, as ações da Tecondi poderiam ter sido alienadas para a Ecorodovias, ao revés de se proceder a integralizações de capital na Ecoporto Holding para só então, ao final, se proceder a sua extinção. Claramente, a inclusão da Ecoporto Holding no modelo negocial não possui nenhum substrato societário. Seu propósito foi o de possibilitar a Tecondi posteriormente incorporá-la, junto com a Aba Porto, para, ilicitamente, amortizar o ágio pago pela real investidora (Ecorodovias).

□ Ademais, tanto a interposição da Ecoporto Holding era desnecessária que ao final da operação a mesma foi incorporada pela Aba Porto e esta pela fiscalizada. Nos dois casos, sob o argumento de que a incorporação “(...) permitirá a simplificação da estrutura societária do grupo econômico a que pertencem (...) pois possibilitará a diminuição de custos administrativos e operacionais, bem como simplificará a atual estrutura societária do grupo econômico a que pertencem às Sociedades”. □ A operação estruturada basicamente em quatro etapas indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. Nesta hipótese, cumpre examinar se há motivos autônomos ou não, pois, se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

□ No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos autos que venha a justificar a realização de cada uma das etapas da operação isoladamente. Isto é, não existia uma finalidade diferente para cada etapa das operações que as justificasse. A finalidade era uma única e somente seria obtida ao término de todas as etapas, ou seja, a redução indevida do pagamento de tributos em função da amortização de um ágio introduzido artificialmente na Tecondi, atual Ecoporto Santos, e a permanência dos investimentos intocados no patrimônio da Ecorodovias, já que esta não tinha nenhuma intenção de incorporar ou ser incorporada pela empresa operacional.

□ Um outro aspecto que chama a atenção é a breve existência operacional das empresas veículos Ecoporto Holding e Aba Porto.

□ Sociedades efêmeras ou de curta duração são aquelas que nascem para morrer ou para serem extintas tão logo cumpram seu papel em determinada operação. O simples fato de a sociedade ser efêmera não significa haver contaminação na operação. Podem existir razões suficientes que levem à extinção imediata da pessoa jurídica ou mesmo à sua constituição de manhã e à sua extinção à tarde, por exemplo, caso algum fato externo venha a justificar tal operação. Não é pelo simples fato de ser efêmera que a operação estará contaminada, mas ser efêmera gera uma interrogação quanto ao motivo pelo qual foi efêmera. Por que iniciou sua atividade operacional e posteriormente foi extinta em tão pouco tempo? Por vezes, dentro de um planejamento, a sociedade é criada para participar de determinado negócio ou receber determinado patrimônio ou recurso em

trânsito para uma outra pessoa jurídica, eventualmente ligada à figura do ágio. Feito isto, pode ser extinta.

☐ Este foi exatamente o caso da empresa Ecoporto Holding. Uma vez cumprido o seu papel predeterminado no conjunto das operações que compõem a operação maior, ou seja, propiciar o indevido aproveitamento fiscal do ágio nas apurações tributárias da Ecoporto Santos, a Ecoporto Holding, inativa e com pequeno capital integralizado até o dia 14/05/2012, foi extinta no dia 27/11/2012, sem que nenhum fato externo tivesse concorrido para tal fim.

☐ Tal destino sofreu a Aba Porto e a CFF Participações. Criadas pelos vendedores no final do processo de alienação, também foram extintas e transportadas para a fiscalizada em 27/11/2012.

☐ Em suma, o caráter efêmero da sociedade é outro ponto relevante a ser considerado.

☐ Outro elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Tão ou mais importante, em matéria tributária, que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição, é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional.

☐ Apesar de todos os atos de constituição da pessoa jurídica serem atos que requerem a adoção de formalidades específicas, o reconhecimento da autonomia pessoal e patrimonial da pessoa jurídica não se esgota na verificação da adoção das formalidades previstas em lei (registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes). Cumpre verificar se a pessoa jurídica foi de fato constituída para fins específicos (em regra, destinada à atividade empresarial especificamente definida no objeto do contrato social), ou se, ao contrário, apesar de contratualmente constituída para o desempenho de uma atividade empresarial, é utilizada apenas para abrigar determinadas operações e evitar a incidência de tributos.

☐ Conforme verificado, a Ecoporto Holding, foi utilizada apenas brevemente e para realizar uma única operação, com o objetivo de somente servir como anteparo formal e aparentemente legal para a obtenção de um benefício tributário. Existia apenas no papel, constituída que fora sem, contudo, nunca operar, com um capital subscrito de apenas R\$1.000,00. Não teve estrutura administrativa nenhuma e todos os recursos por ela empregados na realização de um único negócio foram providenciados, direta ou indiretamente, pela Ecorodovias. E mais importante ainda é que não se consegue divisar nenhuma função econômica ou negocial para a participação da Ecoporto Holding na sucessão de operações que culminaram na aquisição do complexo pela Ecorodovias. A não ser a tentativa de forjar as condições formais para o aproveitamento do benefício fiscal da dedução do ágio na apuração do resultado fiscal, a aquisição poderia ser levada a cabo com menos custos burocráticos e administrativos sem a sua breve e efêmera interposição.

☐ A incorporação da Ecoporto Holding pela sua controladora Aba Porto, dias após a aprovação da operação pelos órgãos reguladores, e desta pela fiscalizada, demonstra que não havia interesse por parte de sua controladora (Ecorodovias) que elas fizessem parte desta estrutura societária. No entanto, como empresas veículos que eram, serviram, por ocasião de suas incorporações, como pretexto para a Tecondi efetuar o aproveitamento fiscal do ágio negociado nas transações de compra e venda das participações societárias dela mesma, e nada mais.

☐ Em relação à Aba Porto, ela foi utilizada para praticar a operação casa-separa, desencadeada através de um conjunto articulado de contratos e atos societários que permitiram que Ecoporto Holding iniciasse a 1ª fase de aquisição da Ecoporto Santos subscrevendo capital com ágio na Aba Porto com imediata retirada dos antigos

acionistas vez que já existiam contratos prévios prevendo a subscrição de ações da Aba Porto e a compra das quotas da CFF Participações. Sua constituição ocorreu apenas no final da operação de alienação da Ecoporto Santos para a Ecoporto Holding e, após receber um patrimônio que seria alienado e levá-lo de encontro ao seu adquirente foi extinta.

□ A Aba Porto, a CFF Participações e a Ecoporto Holding eram empresas apenas “no papel” Esta última, criada pela Ecorodovias com o argumento de explorar investimento contido em seu planejamento estratégico traçado em 2010. Mas, cabe perguntar, se ela fazia parte deste planejamento, por que extingui-la logo quando o perseguido investimento se tornou efetivo; e por que não extinguir apenas as criadas pelo Grupo Formitex.

□ Portanto, as justificativas “simplificação da estrutura societária do grupo econômico a que pertencem” e “diminuição de custos administrativos e operacionais”, por exemplo, além de previsíveis sem a utilização das mesmas, simplesmente não ocorreriam numa negociação direta entre o real investidor e o real vendedor. Obviamente que, a negociação direta não ensejaria as condições pretendidas pelo contribuinte para o indevido aproveitamento fiscal do ágio.

□ Assim, após a aprovação dos órgãos reguladores, Codesp e Cade, as empresas interpostas foram extintas, a Ecorodovias realizou seu plano de negócios para a área de portos e o ágio de rentabilidade futura pago na operação passou a trazer resultados tributários favoráveis na fiscalizada.

Da não extinção do investimento na Ecorodovias □ O investimento em aquisições de outras empresas, com ágio ou deságio, tem o seu tratamento fiscal disciplinado nos artigos 385 e 386 do RIR/99. Regra geral, a legislação veda os efeitos fiscais da amortização desse ágio ou deságio, exigindo o seu controle em livro fiscal, para permitir o seu cômputo de ganho ou perda de capital quando da alienação ou liquidação do investimento.

□ No plano tributário, enquanto não houver a alienação ou liquidação do investimento adquirido, todo ágio ou deságio, se contabilmente amortizado, deve ter anulado seus efeitos fiscais perante o IRPJ e a CSLL, adicionando-se o ágio ou excluindo-se o deságio, mantendo-se o controle desses valores em livros fiscais próprios para o seu aproveitamento quando da alienação ou liquidação do investimento.

□ Antes do disciplinamento criado pelos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, esse tratamento fiscal ensejava um costumeiro “planejamento tributário” por parte de “alguns contribuintes” que consistia em 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, considerando-se o ágio como imediata perda de capital, uma vez que ocorrera a extinção do investimento.

□ A própria Exposição de Motivos nº 644/MF, que diz respeito à Medida Provisória nº 1.602 (posteriormente convertida na Lei nº 9.532/97), já bem evidenciava seu escopo (ressaltando que o artigo 8º da aludida Medida Provisória foi desmembrado nos artigos 7º e 8º da então convertida Lei nº 9.532/97)

□ É o que diz o artigo 386 do RIR/99, com base legal nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e com as alterações dadas pelos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.718/1997. A permissão legal para que a empresa resultante da reorganização societária de incorporação, fusão ou cisão, em que houver investimento de uma em outra, adquirido com ágio, possa efetuar o aproveitamento fiscal desse ágio impõe a absorção do patrimônio da incorporada, fusionada ou cindida; pois que, de outra forma (permanecendo a existir o investimento), não se caracteriza a situação prevista na norma, que é exatamente o de estabelecer uma regra de tributação para quando acontece

a “confusão patrimonial do investimento”, ou seja, o ágio pago na aquisição da sociedade controlada resta desacompanhado de sua origem (conta de investimento).

□ Desta feita, a dedução autorizada pelos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, decorre do encontro num mesmo patrimônio da investida com o investimento, pago com ágio por ocasião da aquisição da participação societária, visto que o legislador entendeu que nesta situação o investidor perdeu o seu capital investido com ágio e, assim, poderia deduzir como despesa a “expectativa de rentabilidade” que ele havia pago por ocasião da aquisição societária.

□ Todavia, para que haja esse encontro num mesmo patrimônio do ágio com o investimento que lhe deu origem, é imprescindível que o ágio pago tenha sido efetivamente suportado por alguma das pessoas que participa da “confusão patrimonial”. O investidor deve se confundir com o seu investimento.

□ Em outras palavras, no caso de uma incorporação, para que o ágio possa ser aproveitado tributariamente nos termos dos artigos 7º da Lei nº 9.532/97, e 386 do RIR/99, deve a pessoa jurídica que efetivamente suportou o ágio pago na aquisição de um investimento incorporar esse investimento, ou ser incorporada por ele. O ágio deve ser de fato pago por alguma das pessoas jurídicas que participam da incorporação, fusão ou cisão societária. Se assim não for, será impossível o ágio ir de encontro com o investimento que lhe deu causa.

□ Assim, para gozar da dedutibilidade preconizada no artigo 386 do RIR/99, não basta a simples incorporação da pessoa jurídica. Entre as condições e requisitos previstos, é necessário que haja a absorção do investimento.

□ A mera transferência ou colocação de uma empresa veículo com ágio entre investidora e investida, ao final, quando incorporada aquela veículo, demonstra que o que houve foi a extinção da veículo, não da participação adquirida com ágio.

□ Nas discussões sobre planejamento tributário, o foco não se situa na compreensão da hipótese de incidência da norma tributária, mas, sobretudo, na qualificação dos fatos jurídicos. Somente se pode saber qual é a norma jurídica aplicável ao caso depois que se classifica o negócio jurídico. Primeiro se qualifica o ato para depois se verificar a regra aplicável.

□ No caso aqui tratado, o fato jurídico ocorrido é que a Ecorodovias adquiriu de fato participação societária da Ecoporto Santos. Para tanto, dispôs-se a pagar ágio de rentabilidade futura aos antigos acionistas do Grupo Formitex que até então detinham 100% do capital social da Ecoporto Santos e que pretendiam se desfazer desta participação.

□ A Ecorodovias permaneceu com igual investimento na Ecoporto Santos mesmo após as extinções da Ecoporto Holding, CFF Participações e Aba Porto. Antes da referida incorporação, a Ecorodovias possuía parte do investimento na Ecoporto Santos através das empresas veículos Ecoporto Holding e aquelas intercaladas pela parte vendedora. Posteriormente à incorporação, a Ecorodovias continuou com o investimento na Ecoporto Santos, agora, todavia, de forma direta.

Da Conclusão □ Para o período fiscalizado, no comando do art. 386 do RIR/99, a legislação tributária, para permitir a dedutibilidade da amortização do ágio, tem sua inteligência fundamentada na efetiva extinção do investimento através dos institutos da fusão, cisão ou incorporação entre as empresas (investidora e investida); ou seja, a legislação tributária instituiu um disciplinamento para tributação do resultado (ganho/perda) de um negócio jurídico particular que culmina numa “confusão patrimonial” - o ágio de si mesmo.

□ No presente caso, não houve a requerida unificação patrimonial. Continua existindo a sociedade investidora Ecorodovias e o seu investimento na sociedade Ecoporto Santos. O que ocorreu foi que a primeira, detentora indireta de 100% das ações do capital social da Ecoporto Santos, antes da incorporação das empresas veículos, tentou se ajustar à letra da lei, sem atender à sua fundamentação, praticando uma série de “reestruturações societárias” sem qualquer motivação econômica para, ao final das operações, apresentar a mesma (e verdadeira) estruturação societária de antes. Tudo não passando de um estratagema para se tentar conseguir ganho tributário em prejuízo do Fisco Federal.

□ O que ocorre é que o ágio não pode ser tributariamente amortizado enquanto coexistirem a sociedade investidora (Ecorodovias) e a sociedade investida (Ecoporto Santos). Em resumo, enquanto não houver a unificação patrimonial da real investidora e da sua investida, o ágio pago na aquisição da investida não pode ocasionar reflexos para fins tributários.

□ De sorte que, se considerda a participação societária indireta que a Ecorodovias possuía na Ecoporto Santos em decorrência do exercício dos contratos de subscrição de capital na Aba Porto e de compra das quotas da CFF Participações, essa mesma participação continuou existindo ao final do processo de reestruturação, agora de forma direta.

□ Além disso, a transação de compra das ações da Ecoporto Santos formalmente realizada pela Ecoporto Holding não teve propósito negocial algum, uma vez que a aquisição das quotas e o seu respectivo pagamento foram de fato realizados pela própria Ecorodovias.

□ As interposições de Ecoporto Holding, Aba Porto e CFF Participação entre a Ecorodovias e a Ecoporto Santos, com o único desiderato de permitir o aproveitamento do ágio para a investidora, e a tributação nas pessoas físicas para os vendedores, faz com que a situação aqui versada não se enquadre nas condições preconizadas pela lei de forma a permitir a sua utilização, vez que se tratou de um artifício jurídico sem qualquer propósito negocial ou racionalidade econômica.

□ Essa operação, apesar de formalmente lícita, é desprovida de substância essencial ao negócio. Na verdade, trata-se de ato intrinsecamente vazio, cuja única intenção é contornar norma impositiva tributária, em prejuízo específico dos princípios tributários da capacidade contributiva e da isonomia e, em linhas gerais, dos direitos e garantias que norteiam a Carta Magna. Assim, atos ou negócios jurídicos formalmente praticados, mas carentes de elementos essenciais, que revelam ter por fim colimado exclusivamente o de esquivar-se ao Fisco, afrontando princípios sociais e tributários superiores, não são oponíveis ao Estado, sendo a eles aplicável o tratamento tributário que o verdadeiro ato produziria.

□ Mostra-se, com as premissas aqui expostas, que além da ocorrência de extinção do investimento ou investida existe a necessidade de que o ágio efetivamente suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária tenha como origem um propósito econômico real, um efetivo substrato econômico, assim como deve cumprir incondicionalmente todos os requisitos impostos pela legislação aplicável (arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997 e 385 e 386 do RIR/99). A presença concomitante de todos esses aspectos é imprescindível para a sua dedutibilidade na apuração do IRPJ e da CSLL.

□ No caso presente, pode-se afirmar que as operações realizadas e descritas anteriormente são ilícitas, uma vez que visaram, exclusivamente, o aproveitamento fiscal de um ágio que, nessas condições, é indedutível consoante as normas fiscais vigentes, não fazendo jus ao benefício fiscal previsto no art. 386 do RIR/99.

Das Despesas Desnecessárias. Encargos financeiros sobre empréstimo contraído para financiar a própria aquisição □ Como resultado das reorganizações societárias ocorridas em 27/11/2012, as obrigações decorrentes da escritura de debêntures emitida

pela Ecoporto Holding e que tinha como “Garantidora” a Ecorodovias, incluindo os custos incorridos para sua captação, foram transferidas do passivo da Ecoporto Holding para o da Ecoporto Santos.

☐ O empréstimo foi contraído para permitir que a Ecorodovias, por intermédio da Ecoporto Holding adquirisse a fiscalizada. A partir de então, juros e outros encargos passaram a ser contabilizados pela fiscalizada como despesas financeiras dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

☐ Estas debêntures foram emitidas para complementar a liquidação financeira de aquisição do Complexo Tecondi, haja vista que as integralizações de capital efetuadas pela Ecorodovias na Ecoporto Holding não foram suficientes para fazer frente a estes investimentos. Aliás, à época das negociações, a Ecorodovias já havia informado aos vendedores e ao mercado que parte dos recursos para essa aquisição viriam do mercado financeiro.

☐ A intervenção da Ecorodovias era ainda mais indispensável no momento da aquisição, pois a Ecoporto Holding era empresa inativa, sem patrimônio algum, de modo que lhe seria impossível, por conta própria, obter de fonte independente o empréstimo superior a 600 milhões de reais. Logo, faz sentido sustentar que quem de fato adquiriu a Ecoporto Holding foi a Ecorodovias, ao passo que a participação da Ecoporto Holding teve caráter apenas formal.

☐ Considera-se que a decisão de contrair empréstimos para investimentos possa ser uma conveniência dos contribuintes, mas não se pode afirmar que as despesas advindas da obrigação em tela eram necessárias para que a fiscalizada operasse, pois o recurso foi utilizado integralmente na sua aquisição, ou seja, foi imediatamente repassado aos antigos donos do complexo portuário, e laborou a favor da adquirente – a Ecorodovias.

☐ Estamos diante da prática conhecida no mercado como “compra alavancada” que consiste em adquirir o controle societário de determinada empresa e financiar uma parcela significativa do preço incorrido por meio de dívida tomada pelo comprador, ou seja, utilizar os resultados obtidos com o investimento para saldar a dívida com terceiros. Entretanto, o uso de empresa inativa específica que, com determinada parcela de capital próprio, toma dívida em valor relevante para realizar o investimento e, após a aquisição, o veículo e a empresa-alvo são fundidas em uma só empresa, de forma que a empresa adquirida acabe por assumir a dívida tomada pelo investidor não possibilita que as despesas financeiras decorrentes possam ser consideradas dedutíveis, visto que, para ser dedutível qualquer encargo incorrido pelo contribuinte deverá satisfazer todos os requisitos estipulados na norma que constitui a pedra angular na regulamentação da matéria, à época, o artigo 299 do RIR 1999 (cujo fundamento legal é o artigo 47 da Lei nº 4.506, de 1964).

☐ Os requisitos de dedutibilidade do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 são pressupostos do artigo 17 do Decreto-lei 1.598/77, base legal do artigo 374 do RIR/99, norma vigente no período fiscalizado. O art. 374 do RIR/99 traz as condições para que os juros pagos ou incorridos possam ser considerados como despesa dedutível na determinação do resultado tributável. Nele os juros e encargos contabilizados pela Ecoporto Santos pelo empréstimo com o Bradesco não se enquadram.

☐ Despesas operacionais dedutíveis na apuração do lucro real são aquelas que, pela previsão legal, enquadram-se na observância de que os gastos efetuados sejam estritamente necessários à atividade da pessoa jurídica, sendo, portanto, usuais, normais e compatíveis com o tipo de transação, operação, ou atividade produtora e geradora de receita. Para as despesas financeiras serem consideradas dedutíveis, devem ser necessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

☐ A Ecoporto Santos é uma empresa que tem como objeto social:

“I – a exploração da área objeto do arrendamento contratado com a Codesp em decorrência e com fundamento da Concorrência nº 06/97 – PROAPS nº 13;

II – a prestação de serviços de operações portuárias e de estiva e desestiva de navios, de terminal de carga, de movimentação de cargas acondicionadas ou não em contêineres, de estufagem, consolidação, desconsolidação de cargas acondicionadas em contêineres e de quaisquer serviços correlatos, tudo relativo à exploração da área descrita no inciso anterior”. □ Não há relação entre a motivação do empréstimo e as atividades desenvolvidas pela fiscalizada e muito menos o que aconteceu no presente caso, financiamento de sua própria aquisição. Para a Ecoporto Santos esse empréstimo não tem necessidade alguma, é um passivo que não representou a entrada de qualquer ativo ou benefício em troca.

□ A lógica que informa a dedutibilidade de despesas está em que a busca por receitas e lucros requer esforços que se traduzem em dispêndios. Dado que o IRPJ e a CSLL incidem basicamente sobre a diferença entre receitas e despesas, só faz sentido admitir as despesas que contribuem para o aumento das receitas. No caso em tela, as despesas financeiras vinculadas ao passivo recebido na reorganização societária em nada contribuem para aumentar as receitas da Ecoporto Santos. Pelo contrário, os seus resultados seriam melhores sem essas despesas. Assim, operam contra ela, não em seu favor.

□ De acordo com a norma supra, que se aplica a toda e qualquer custo ou despesa, somente são dedutíveis as despesas necessárias à manutenção da atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. A norma ainda define despesas necessárias como aquelas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. A norma acrescenta que as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. Portanto, ususalidade e normalidade são atributos que uma despesa dedutível deve apresentar, mas não são os únicos.

□ Antes de mais nada, ela deve mostrar-se necessária. Sem que essa última característica esteja configurada, a despesa não será dedutível, por mais normal ou habitual que seja. Além disso, nos termos da própria lei, a característica de ususalidade ou normalidade é aferida levando-se em conta as atividades, transações e operações a que se dedica a empresa que incorreu no encargo, e não levando-se em conta o que ocorre no meio empresarial como um todo. Ora, a fiscalizada é uma Sociedade de Propósito Específico – SPE constituída para a exploração da área objeto do arrendamento contratado com a Codesp em decorrência e com fundamento da Concorrência nº 06/97 – PROAPS nº 13. Nesse ramo de atividade, por óbvio, não é usual a obtenção de empréstimo para adquirir quer seja outras empresas, quer seja para financiar sua própria aquisição por grupo empresarial ou acionistas diferentes dos que até então eram os detentores de seu capital.

Da Conclusão □ Verificou-se que empresa veículo Ecoporto Holding foi utilizada para transportar, para os livros da fiscalizada, tanto o benefício fiscal do ágio pago em sua própria aquisição quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. O transporte se fez pela incorporação da empresa veículo pela fiscalizada. A partir de então, esta passou a reduzir suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização do ágio e pelos juros e outros encargos incidentes sobre o passivo.

□ Esses encargos passaram a gerar despesas financeiras a serem deduzidas da base tributária pela fiscalizada desde a incorporação reversa da Ecoporto Holding (além da dedução da despesa de amortização de ágio), reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento realizado.

□ Além do aproveitamento fiscal do ágio, fica claro o real motivo para a existência da empresa veículo Ecoporto Holding que não estava explicitado ainda totalmente:

transferir a dívida da aquisição da Ecorodovias para a própria sociedade operacional adquirida, de forma que a dívida fosse paga pelas próprias atividades econômicas da fiscalizada e ainda se aproveitar tributariamente das despesas financeiras incorridas.

□ Em conclusão, as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela Ecoporto Santos após a reorganização societária da Ecoporto Holding operam exclusivamente em favor da Ecorodovias, não da fiscalizada, não sendo necessárias para ela. Assim, não configuram despesas dedutíveis nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e 299 do RIR/99.

□ Em virtude de não ser necessário para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, nem contribuir para a manutenção de sua fonte produtora, os encargos financeiros decorrentes de empréstimo contraído pela sua nova controladora para financiar sua própria aquisição não constituem despesa dedutível na determinação do resultado tributável.

□ Portanto, os valores das despesas financeiras devem ser adicionados na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL por ser o empréstimo que lhe deu origem e as despesas financeiras decorrentes desnecessárias às atividades da empresa, nos termos dos artigos 299 e 374 do RIR 1999.

DA INFRAÇÃO

Exclusões indevidas na apuração do Lucro Real e Base de Cálculo da CSLL

□ Por ocasião das incorporações da Ecoporto Holding e Aba Porto, os ágios de rentabilidade futura nos valores de R\$ 409.407.153,16 e R\$ 689.169.045,86, respectivamente, propiciaram a contabilização do benefício fiscal na fiscalizada de R\$ 373.515.907,67, classificado nas contas de “IR e CSLL diferido – Ágio”, pertencentes aos Ativos Circulante e Não Circulantes.

□ Quanto às deduções do ágio, estas foram apenas fiscais. O contribuinte deduziu das bases de cálculos do Lucro Real e da CSLL, no período de 01 a 08/2013, o valor mensal de R\$ 7.584.319,75. Em 09/2013, o valor de R\$ 17.177.298,65. A partir de 10/2013, o valor mensal de R\$ 8.650.209,29.

□ O procedimento acima adotado não influenciou o resultado contábil do período, entretanto, nos Livros de Apuração do Lucro Real – LALUR e nos Livros de Apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – LACS dos anos de 2013 a 2017, o contribuinte efetuou mensalmente as exclusões escrituradas como “Ágio Amortizado Anteriormente à Alienação ou Baixa de Investimentos”, na parte “A”. Este procedimento exerceu influência nos resultados fiscais anuais de 2013 a 2017 e no cálculo mensal das estimativas do IRPJ e CSLL de 01/2013 a 10/2014, 12/2014 a 03/2015 e 01/2017.

□ Como consequência, efetuar-se-á a glosa dos valores deduzidos fiscalmente a título de “Ágio Amortizado Anteriormente à Alienação ou Baixa de Investimentos.

Despesas não Necessárias □ Percorrendo os registros da escrituração contábil da fiscalizada nos anos-calendário de 2013 a 2017, encontra-se uma série de lançamentos de despesas vinculadas a debêntures, conforme lançamentos nas contas contábeis “311102012 – ENCARGOS S/ DEBENTURES” e “311102025 –AMORTIZACAO DESP.ANTECIP.DEBENTURES”, os valores encontram-se demonstrados nas planilhas “Calculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa” e “DESPESAS COM DEBÊNTURES”. Como consequência, efetuar-se-á a glosa das despesas lançadas nas contas contábeis acima.

Da Multa Qualificada □ Não restam dúvidas acerca da intenção do contribuinte de utilizar a Ecoporto Holding exclusivamente para produzir resultados tributários mais favoráveis na Ecoporto Santos, o que de fato acabou se concretizando.

□ A intenção das operações realizadas foi, claramente, o aproveitamento fiscal do ágio nos resultados tributáveis da Ecoporto Santos, através de atos elaborados em curto espaço de tempo, os quais tiveram a função de distorcer o resultado final que se daria naturalmente caso as partes não engendrassem elaborado planejamento.

□ O que se verificou na prática acima exposta é que o contribuinte, de forma elaborada, buscou uma construção artificial e que teve como intuito único e exclusivo dificultar a análise por parte da fiscalização do real motivo da reorganização societária.

□ A fundamentação legal da multa qualificada encontra-se no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que menciona intuito de fraude em sua redação original e que, na atual, limita-se a remeter aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Nesses termos, o que qualifica o agir do sujeito passivo como sonegação ou fraude é o dolo. Significa, portanto, que basta evidenciar o dolo para que se justifique a qualificação da multa de ofício.

□ Essa figura também é tratada no art. 145 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), como um dos defeitos do negócio jurídico. Genericamente, o dolo se presta a provocar o erro na formação da vontade. Portanto, pode-se concluir que a definição de fraude, que é o dolo em sentido mais restrito, que dá suporte à qualificação da multa, no caso em exame, implicou num conjunto de ações tendentes a provocar a emissão de um juízo errôneo por parte da autoridade fiscal quando diante da análise do aproveitamento fiscal do ágio realizado pela Ecoporto Santos, cujo objetivo foi obter uma indevida diminuição da carga tributária.

□ A princípio, ao se deparar com o aproveitamento fiscal do ágio, a fiscalização está diante de um valor dedutível por força da previsão legal, já que, tanto o surgimento do ágio quanto a reestruturação societária são aceitos pelo ordenamento. No entanto, existem circunstâncias que, como visto, permitem a glosa da amortização fiscal do ágio. Nesse sentido, o contribuinte, ao formalizar seus registros fiscais e societários de forma a dar uma aparência de correção ao ágio amortizado tributariamente e à reestruturação societária sem propósito negocial, pretende induzir a fiscalização a avaliar uma operação que, nessas circunstâncias, é inoponível à Fazenda.

□ Ao agir desta maneira, portanto, não pode a Ecoporto Santos invocar desconhecimento ou prática de erro escusável: nem quando foram interpostas as empresas Ecoporto Holding e Aba Porto para justificar as transferências das ações da Tecondi e dos ágios, nem quando estas empresas veículos foram incorporadas e transportaram o investimento para a Ecorodovias e o passivo oriundo de sua aquisição e o benefício fiscal do aproveitamento do ágio para a Ecoporto Santos e nem quando o ágio e as despesas desnecessárias começaram a ser aproveitados fiscalmente pela empresa operacional.

□ A contribuinte estava perfeitamente consciente da falta de propósito negocial ou societário na incorporação realizada, à luz do art. 966 do Código Civil, ficando caracterizada a utilização da incorporada como mera “empresa veículo”, interposta, para propiciar a indevida amortização fiscal do ágio a partir de sua incorporação, apenas com o fim almejado de redução do valor tributável do IRPJ e CSLL.

□ No Direito Brasileiro, o conceito de simulação, em que pese inserir-se na Teoria Geral do Direito, encontra-se positivado no artigo 167, § 1º, inciso I, do Código Civil em vigor.

□ Para permitir a incorporação de pessoa jurídica e procurar se enquadrar no disposto nos artigos 7º da Lei 9.532/97, e 386 do RIR/99, foi utilizada a Ecoporto Holding, sem

qualquer outro propósito que não a redução do valor dos tributos devidos. Empresa que, em seu curto período de existência – inclusive operacional – apenas “adquiriu” a Tecondi e transportou-a para a real investidora, deixando na investida o passivo de sua própria aquisição, os encargos financeiros incidentes e um valor considerável de ágio a ser aproveitado tributariamente.

□ A utilização de empresa veículo com a finalidade específica de produzir vantagens fiscais, através da aparente adequação ao campo das hipóteses beneficiadas pela legislação tributária, constitui-se em evidente fraude ao Fisco, ação consciente e dolosa, que visa modificar características essenciais do fato gerador do IRPJ e da CSLL, mediante a criação indevida de exclusões fiscais e/ou despesas não necessárias, a fim de reduzir o montante de tributos devidos.

□ Além da sonegação praticada pela empresa, houve fraude pela simulação de registros fiscais e societários, visando induzir a Fiscalização a acatar o aproveitamento tributário do ágio e a dedutibilidade das despesas com debêntures, produzindo os efeitos referidos nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, ou seja, a sonegação e a fraude.

□ O CARF em muitos julgados têm mantido a qualificação da multa em operações de amortização de ágio, que se assemelham ao presente caso.

□ Não foi apresentado sequer um único motivo plausível, fundado em razões extra tributárias, que justificasse a transferência das ações da Tecondi, hoje Ecoporto Santos – já em fase avançada do processo de aquisição por parte da Ecorodovias – para a Ecoporto Holding. O injustificável e fugaz “passeio” das ações da Tecondi pelo patrimônio desta última, além de tornar a operação como um todo desnecessariamente mais complexa e onerosa, teve como único propósito reduzir a carga fiscal na fiscalizada.

□ O processo de M&A, iniciado em 2011, torna ainda mais cristalino o intuito unicamente tributário da transferência de ações da Tecondi, já que as transações comprovam que, ao tempo em que tais ações ainda pertenciam à Zardust e à Aba Infra, seus sócios já haviam iniciado as tratativas para sua alienação à Ecorodovias: “Em atenção à solicitação do item 1, apresentamos (i) Acordo de Confidencialidade de 5.8.2011 (doc. 1); (ii) Proposta de Aquisição não Vinculante, de 6.9.2011 (doc. 2); e, (iii) Carta de Exclusividade, de 30.9.2011 (doc. 3). Esses documentos marcaram o início das negociações para aquisição de participação no Complexo Tecondi” ou “A Fiscalizada esclarece que as tratativas por ela realizadas, que foram “bem-sucedidas” (i.e., que levaram à aquisição das sociedades integrantes do Complexo Tecondi pela Ecoporto Holding, tiveram início no mês de março de 2012”. □ Não se pode também esquecer que a ardilosa manobra contou com a participação da controladora Ecorodovias. Note-se que a transferência de ações da Tecondi, foi aprovada pelos seus administradores e da fiscalizada. Todos eles concorreram, de maneira dolosa e em clara “harmonia”, para a implementação da ilícita redução da carga fiscal. Essa “harmonia” também se mostrou patente no curso da diligência fiscal instaurada na Ecorodovias, tendo ela apresentado à fiscalização as mesmíssimas alegações acerca da operação.

□ O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitiva – do querer praticá-la –, aspecto volitivo do ilícito exaustiva e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente Termo.

□ Pelo exposto, conclui-se que os atos praticados pela contribuinte e a Ecorodovias evidenciam a conduta dolosa de ocultar, mediante fraude, a menor apuração do fato gerador de tributos, modificando ilicitamente as suas características essenciais de modo a reduzir o montante do imposto devido, o que enseja a qualificação da multa de ofício aplicada sobre os créditos tributários de IRPJ e de CSSL ora constituídos, nos termos da própria Lei nº 9.430, de 1996.

Da Multa Isolada □ A fiscalizada, no período de 01/01/2013 a 31/12/2017, optou como forma de tributação do lucro e apuração do IRPJ e da CSLL pelo Lucro Real Anual. Utilizou-se também para o cálculo do Imposto de Renda Mensal por Estimativa e para o cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por Estimativa do Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução, previsto nos art. 35 e 57 da Lei nº 8.981/95.

□ Analisando-se a contabilidade da Ecoporto Santos nos anos-calendário de 2013 a 2017, verificou-se que a sua escrituração contábil não registra despesa de ágio amortizado, entretanto, ao verificarmos sua escrituração fiscal, constatamos os lançamentos do aproveitamento tributário do ágio de rentabilidade futura a saber: no período de 01 a 08/2013, o valor mensal de R\$ 7.584.319,75. Em 09/2013, o valor de R\$ 17.177.298,65. A partir de 10/2013, o valor mensal de R\$ 8.650.209,29.

□ Estes lançamentos foram consignados no campo “(-)Ágio Amortizado Anteriormente à Alienação ou Baixa de Investimentos”¹⁹⁶, como exclusão da apuração do lucro real (e da Base de Cálculo da CSLL), com o histórico “REALIZAÇÃO ÁGIO INCORPORAÇÃO ECOPORTO/ABA PORTO 27/11/12 A SER REALIZADO EM 127 PARCELAS”, os quais não poderiam ter sido registrados pelos motivos anteriormente expostos e, conseqüentemente, devem ser glosados.

□ Portanto, o Lucro Real e a Base de Cálculo da CSLL levantados com Base em Balanço ou Balancete de Suspensão ou Redução foram minorados pela fiscalizada em virtude do relatado e, conseqüentemente, houve uma redução do pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido mensal por estimativa, nas competências 01/2013 a 10/2014, 12/2014 a 03/2015 e 01/2017, conforme demonstrado na planilha “Cálculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa”, anexa.

□ A falta de recolhimento da estimativa mensal do IRPJ e da estimativa mensal da CSLL constitui conduta ilícita sancionada pelo ordenamento jurídico conforme preceitua o art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

□ Em face da clareza dos argumentos ali utilizados, apresenta-se ilustrativo transcrever excerto de decisão do 1º Conselho de Contribuintes, na qual restou decidida a incidência da DA RETIFICAÇÃO DO LALUR E DO LIVRO DE APURAÇÃO DA CSLL □ As infrações mencionadas alteraram os resultados fiscais dos períodos de apuração abrangidos por esta fiscalização acarretando a diminuição dos Prejuízos Fiscais e das Bases de Cálculo Negativa da CSLL dos anos-calendário de 2015 a 2017 e aumento dos Lucros Reais e das Bases de Cálculo da CSLL dos anos-calendário de 2013 e 2014.

□ De tal sorte, foram utilizados em 01/2017, limitados à 30% do IRPJ e CSLL apurados nesta competência, os saldos acumulados de Prejuízo Fiscal e Base de Cálculo Negativa da CSLL quantificados por esta auditoria fiscal e que importavam em 12/2015 e 12/2016, os valores de R\$ 52.503.839,87 e R\$ 59.114.066,42, respectivamente, constantes na planilha “Cálculo do IRPJ e da CSLL por Estimativa”. □ As alterações efetuadas nos resultados fiscais apurados pelo contribuinte (Lucro Real e Base de Cálculo da CSLL) após a apropriação das infrações apuradas nesta auditoria fiscal, estão detalhadas nos demonstrativos “Planilha de Compensação de Prejuízos Fiscais do IRPJ” e “Planilha de Compensação de Base Negativa da CSLL”, anexas.

□ Em face das infrações tributárias aqui apontadas, fica o contribuinte intimado a empreender as devidas retificações nos Livros de Apuração do Lucro Real – LALUR e nos Livros de Apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – LACS referentes aos anos-calendário de 2013 e subsequentes.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA □ Em 19/06/2012, a Ecorodovias, por intermédio da Ecoporto Holding, concluiu a operação e a liquidação financeira de aquisição do Complexo Tecondi iniciada em 2011.

- ☐ Aham-se no item “6. DO RESULTADO DA AUDITORIA FISCAL”, os motivos pelos quais a auditoria fiscal considerou ativa a participação da controladora da fiscalizada em todas as fases da operação e das reorganizações societárias.
- ☐ Em consequência, a Ecorodovias passa a ser responsável solidária pelos créditos tributários lançados nestes autos de infração, conforme previsto no Código Tributário Nacional, artigos 124 e 129.
- ☐ O dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define solidariedade como o compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas. É o laço ou ligação mútua entre duas ou muitas coisas ou pessoas, dependentes umas das outras.
- ☐ Os conceitos “ligação mútua”, “todas por uma ou uma por todas”, “mutualidade de interesses”, “comunhão de atitudes” se aplicam perfeitamente ao caso examinado. É a caracterização do interesse comum entre Ecoporto Santos e Ecorodovias.
- ☐ A operação engendrada para a aquisição do Complexo Tecondi e posterior transferência dos ágios e das obrigações financeiras assumidas na aquisição para a fiscalizada somente foi possível com a aquiescência e participação direta da controladora Ecorodovias. O ganho tributário obtido com o esquema arquitetado beneficiou diretamente os dois contribuintes envolvidos.
- ☐ O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible.
- ☐ Rubens Gomes de Souza (Compêndio de Legislação Tributária, Edições Financeiras, 3ª Edição) ensina que é solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras pessoas, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação. É a pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributário.
- ☐ Na obra de Leandro Paulsen, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Editora Livraria do Advogado, 11ª Edição, 2009, o jurista faz menção a um artigo de Carlos Jorge Sampaio Costa (RDT nº 4, p.300ss) sobre solidariedade passiva e o interesse comum no fato gerador. Carlos Jorge ensina que solidariedade está condicionada à comprovação do interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador, e/ou da fraude ou conluio entre os componentes do grupo. Segundo ele, há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficia diretamente com sua ocorrência. Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, almejando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica.
- ☐ No mesmo sentido, Luiz Antonio Caldeira Miretti, em Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. 2, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Editora Saraiva, 1998, revela que não há necessidade de previsão específica, na lei que regular determinado tributo, para apontar os devedores solidários, pois a disposição do CTN é de caráter geral, aplicando-se aos tributos existentes no sistema tributário nacional.
- ☐ Hugo de Brito Machado, em seu Curso de Direito Tributário, Editora Malheiros, 1997, ensina que haverá responsabilidade solidária “mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga”. ☐ Além disso, há de se ressaltar que esta norma é aplicável a todos os tributos.
- ☐ Com base nessas considerações, pode-se afirmar que a Ecorodovias praticou atos jurídicos que resultaram na obtenção de benefícios tributários indevidos para ela e para

a Ecoporto Santos. Não há dúvidas da existência de relação econômica delas com o fato que deu origem à ocorrência do fato gerador.

☐ No curso dos trabalhos de auditoria fiscal verificou-se que a Ecorodovias praticou diversos atos que comprovam o interesse no transporte do benefício tributário do ágio e do passivo oriundos da operação para a empresa operacional Ecoporto Santos. Logo, soa óbvio que a Ecorodovias teve interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente Termo, sendo, portanto, solidariamente obrigada ao pagamento de tributo e demais consectários legais, de acordo com os artigos do CTN.

☐ No caso em questão, é indiscutível que a Ecorodovias tinha interesse comum na situação já discutida neste Termo e que constitui fato gerador dos tributos aqui lançados. Assim, a responsabilidade tributária solidária imputada a ela pelos créditos tributários ora constituídos, portanto, deve ser fundamentada no artigo 124, inciso I, do CTN.

☐ Dessume-se, desta forma, que, nos termos dos artigos 124 do CTN, a Ecorodovias responde solidariamente pelos tributos devidos pela Ecoporto Santos, no que concerne as obrigações tributárias ora lançadas.

☐ Em consequência, a Ecorodovias – além da própria atuada – será cientificada por via postal e com prova de recebimento (AR) em seu respectivo domicílio tributário, nos termos do art. 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, de todos os principais documentos produzidos pela autoridade fiscal no curso do procedimento, notadamente deste Termo e dos correspondentes e inseparáveis autos de infração de IRPJ e da CSLL.

DOS PROCESSOS FORMALIZADOS ☐ Em face das constatações expostas, foram lavrados os pertinentes Autos de Infração de IRPJ, de CSLL e Multa Isolada, abrangendo os anos-calendário de 2013 a 2017. Ademais, em face do disposto na Portaria RFB nº 1.750, de 12 de novembro de 2018, foi formalizada a Representação Fiscal para Fins.

Ciência e impugnação do lançamento

O sujeito passivo Ecoporto Santos S/A, atuado como contribuinte, recebeu ciência dos lançamentos, conforme termo a folhas 4.711, por meio eletrônico em 11/12/2018. Em 04/01/2019, conforme termo a folhas 4.800, apresentou a impugnação juntada a folhas 4.803 a 4.897.

O sujeito passivo Ecorodovias Infraestrutura e Logística S/A, atuado como responsável, recebeu ciência dos lançamentos, conforme aviso de recebimento a folhas 4.717, por meio eletrônico em 07/12/2018. Em 04/01/2019, conforme termo a folhas 4.727, apresentou a impugnação juntada a folhas 4.728 a 4.753.

Os enunciados seguintes resumem o conteúdo das impugnações apresentadas.

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA EM NOME DE ECOPORTO SANTOS S/A

TEMPESTIVIDADE

☐ O artigo 5.º do Decreto nº 70.235/72 e o artigo 210 do Código Tributário Nacional (“CTN”) estabelecem que os prazos são contínuos, excluindo-se de sua contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento. Além disso, nos termos do parágrafo único de ambos os dispositivos, os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal do órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

☐ Considerando que a Requerente tomou ciência dos Autos de Infração em 7.12.2018 (sexta-feira) (doc. nº 3), a contagem do prazo de 30 para apresentação desta Impugnação teve início em 10.12.2018 (segunda-feira) e se encerra em 8.1.2019 (terça-feira). Portanto, esta Impugnação é tempestiva.

NULIDADES DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

□ Há duas nulidades não passíveis de convalidação que devem ser reconhecidas, com o consequente cancelamento dos créditos tributários e arquivamento deste processo administrativo.

Fundamentação Legal | Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa

□ Além de indicar fatos incorretos, as Autoridades Fiscais não capitularam com a precisão necessária os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Fiscalização limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas.

□ Não basta que as Autoridades Fiscais copiem trechos de dispositivos legais, sendo necessário que seja demonstrado qual o fato concreto infringiu disposição prevista em norma. Essa demonstração não foi feita pela Fiscalização.

Ingerência das Autoridades Fiscais na Liberdade da Esfera Privada

□ Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para argumentar), ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Fiscalização de ingerir na liberdade da esfera privada. A aquisição da Requerente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada (leveraged buyout). Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Fiscalização questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma. Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida, visto que nenhuma sociedade do Grupo adquirente detinha recursos suficientes para fazerem frente ao pagamento), não compete às Autoridades Fiscais fazerem juízos de valor em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada à Requerente. A tentativa da Fiscalização de questionar a estrutura é contrária a todos os princípios que norteiam a atividade privada e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado.

Esclarecimentos Preliminares e Contexto da Autuação

□ No entender da Fiscalização (i) os requisitos para que as despesas de ágio sejam dedutíveis para fins tributários não foram atendidos, pois a Ecoporto Holding S.A. (“Ecoporto”) seria uma “empresa-veículo”, criada com o único propósito de viabilizar a “confusão patrimonial” sem que o “real adquirente” e o investimento adquirido unissem seus respectivos patrimônios; e (ii) os requisitos para que as despesas de juros sejam dedutíveis não foram atendidos, pois essas despesas não seriam necessárias para a Requerente.

□ Ocorre que as Autoridades Fiscais desconsideraram as circunstâncias fáticas efetivamente envolvidas na discussão desse processo administrativo e a realização de negócios jurídicos pela Aba Porto Participações S.A. (“Aba Porto”) e Ecoporto eram essenciais para que o investimento na Requerente pudesse ser realizado.

□ A realidade dos fatos é a seguinte: a Ecoporto adquiriu o controle indireto das sociedades do Complexo Tecondi (denominação das seguintes sociedades operacionais: Tecondi – Terminal de Contêineres da Margem Direita S/A (“Tecondi”), antiga denominação da Requerente; Termareis Terminais Marítimos Especializados Ltda

(“Termares”) e Termlog Transporte e Logística Ltda (“Termlog”)) por meio de uma aquisição alavancada perfeitamente válida e comum no mercado de fusões e aquisições, que não poderia ter sido realizada se a Ecoporto não existisse. Isso porque, em aquisições alavancadas, parte do preço é financiado por dívida, a ser liquidada com recursos gerados pelo próprio investimento adquirido.

☐ Para que a estrutura pudesse ser implementada, era indiscutivelmente necessária a tomada de dívida, a constituição de garantias a ela correlatadas e a contratação de assessores financeiros, contábeis e jurídicos.

☐ Essas condicionantes à realização do investimento apenas poderiam ser atendidas por uma pessoa jurídica com plena capacidade para contrair direitos e obrigações e que pudesse transferi-las às sociedades adquiridas quando da incorporação de seu acervo, inclusive, à Requerente.

☐ É precisamente nesse cenário que a Ecoporto desempenhou diversas atividades, realizou atos e negócios jurídicos com terceiros totalmente não relacionados e, para todos os fins de Direito, adquiriu ações e quotas que davam direito ao controle de 100% da Requerente. Caso a Ecoporto não existisse, a dívida não poderia ter sido tomada, as garantias não poderiam ter sido constituídas, os assessores não poderiam ter sido contratados e, com isso, a aquisição alavancada não teria se aperfeiçoado.

☐ Esse breve esclarecimento preliminar é necessário para que a DRJ analise esse processo administrativo diante de suas reais circunstâncias: uma aquisição de participação societária entre partes não relacionadas, por meio de uma estrutura de compra alavancada, protagonizada por uma sociedade com efetivas atividades que pagou preço superior ao valor do patrimônio líquido das empresas controladoras da Requerente (sociedades holdings) - com base na expectativa de rentabilidade futura da Requerente fundamentada em laudo de avaliação elaborado por assessor independente.

☐ Ora, as breves considerações acima já demonstram que o entendimento da Fiscalização é totalmente descabido: a Ecoporto existiu validamente para todos os fins de Direito e foi essencial para a realização do investimento. A dedução das despesas de ágio e juros é mera consequência de um negócio jurídico que não poderia ter sido realizado de outra forma.

☐ A Requerente pleiteia, desde já, o cancelamento dos Autos de Infração por (i) ausência de fundamentação legal; e (ii) ingerência da Fiscalização na liberdade privada, conforme analisado a seguir.

Fundamentação Legal | Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa:

☐ O Direito Tributário é norteado pelo princípio constitucional da legalidade estrita, pelo qual o contribuinte não será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo necessária a existência de lei para que o tributo seja exigível (artigo 5.º, inciso II e artigo 150, inciso I da Constituição Federal).

☐ Isso significa que o tributo apenas poderá ser lançado pelas Autoridades Fiscais caso a prática adotada pelo contribuinte confronte previsão legal. Caso contrário, a Fiscalização não tem competência para a constituição do crédito tributário, uma vez que a atividade de lançamento é plenamente vinculada – no sentido de que o lançamento deve guardar relação específica à determinada norma tributária que tiver sido violada (artigo 3.º e artigo 142 do CTN). Abona-se o argumento com a citação de ROQUE ANTONIO CARRAZZA.

☐ Como decorrência das imposições constitucionais e do CTN, o artigo 10, inciso IV do Decreto 70.235/72 e artigo 2.º e artigo 50, §1.º da Lei 9.784/99 estabelecem que os autos de infração devem ser motivados, indicando precisamente os dispositivos legais que foram alegadamente infringidos pelo contribuinte.

□ No caso, a Fiscalização não indicou de maneira precisa e objetiva quais são os dispositivos legais infringidos que dão causa ao lançamento. E há apenas uma razão para essa ausência de fundamentação pela Fiscalização: não há nenhuma violação a dispositivo legal que possa ser imputada à Requerente. Todos os atos e negócios jurídicos envolvidos na aquisição da Requerente pelas empresas Aba Porto e Ecoporto atendem aos requisitos legais aplicáveis, de modo que não podem ser desconsiderados pela valoração exclusivamente pessoal da Fiscalização, sem nenhuma indicação de dispositivo jurídico violado.

□ As Autoridades Fiscais limitaram-se a apresentar um apanhado de artigos sem correlacioná-los às reais circunstâncias fáticas envolvidas no caso e sem demonstrar que houve infração às previsões legais pela Requerente.

□ A inexistência de demonstração de subsunção dos fatos às normas também é evidenciada quando da análise dos dispositivos indicados pela Fiscalização (fls. 4.499/4.500 e fls. 4.529/4.530).

□ A análise dos dispositivos leva a duas conclusões: (i) a Fiscalização pretendeu retroagir os efeitos da Lei nº 12.973, de 13.5.2014 (“Lei 12.973/14”), inaplicável a operações realizadas em 2012; e (ii) nenhum dos dispositivos indicados pela Fiscalização veda a implementação da aquisição tal como realizada, tampouco impede a dedução das despesas de ágio e juros a ela relacionadas.

□ Para que os Autos de Infração pudessem subsistir, a Fiscalização deveria ter indicado de maneira clara e precisa: qual o dispositivo legal que impedia a realização do investimento por meio de uma aquisição alavancada; qual o dispositivo legal que permite a desconsideração de uma pessoa jurídica real, plenamente constituída para todos os fins de Direito, que estabelecia relações jurídicas com terceiros, adquirindo direitos e assumindo obrigações, exclusivamente para fins tributários. E, mais do que isso, qual a norma que permite desconsiderá-la apenas para tentar justificar a constituição de créditos tributários (uma vez que a Fiscalização não questiona a existência das sociedades holdings (Ecoporto e Aba Porto) em relação aos tributos por ela recolhidos).

□ O fato de a Fiscalização ter se furtado de seu dever de capitular os Autos de Infração de maneira precisa tem apenas uma justificativa: não há nenhum dispositivo legal que possa atender os questionamentos acima. A Aba Porto e Ecoporto foram sociedades validamente constituídas com o real propósito econômico de (i) segregar o investimento que seria alienado pelo Grupo Formitex, mantendo-se o direito de preferência; e (ii) permitir a realização de um investimento por meio de uma compra alavancada.

□ A ausência de indicação pela Fiscalização dos dispositivos legais infringidos torna os Autos de Infração nulos e leva à consequente extinção deste processo administrativo.

□ O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem reconhecido a nulidade de autos de infração que não foram devidamente fundamentados, conforme precedentes citados. Esse mesmo entendimento também foi adotado recentemente pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

□ Pelas razões acima, a Requerente requer o reconhecimento da nulidade dos Autos de Infração.

Ingerência da Fiscalização na Liberdade da Esfera Privada

□ A Fiscalização questiona a aquisição alavancada realizada pela Ecoporto. A Fiscalização alega que a aquisição poderia ter sido realizada de forma diversa, conforme atesta trecho do Termo de Verificação Fiscal (“TVF”) que revela a tentativa de ingerência da Fiscalização na liberdade privada.

□ Ocorre que não compete à Fiscalização realizar juízo de valor sobre operações que não são vedadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque, o artigo 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica brasileira é baseada, entre outros valores, na livre iniciativa.

□ O direito à livre iniciativa permite que os particulares se organizem como melhor entenderem, desde que não haja nenhuma norma em contrário. Transcrevem-se os comentários de CELSO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS a esse respeito.

□ Com isso, qualquer tentativa das Autoridades Fiscais de questionarem a atuação de particulares sem respaldo legal afronta diretamente o artigo 170 da Constituição Federal. Há muito a jurisprudência reconhece a inconstitucionalidade de ingerência da Administração Pública em atividades privadas que não estejam vedadas em lei.

□ A impossibilidade de a Fiscalização questionar (i) a segregação do investimento realizada pelo Grupo Formitex que seria alienado pela Aba Porto; e (ii) a realização de investimento por meio de uma aquisição alavancada, implica a nulidade dos Autos de Infração baseados no entendimento da Fiscalização de que a Requerente não poderia ter sido adquirida, inicialmente, pela Aba Porto e, posteriormente, pela Ecoporto.

□ Pelas razões acima, a Requerente requer o reconhecimento da nulidade dos Autos de Infração.

OS AUTOS DE INFRAÇÃO

□ A Fiscalização partiu de uma análise equivocada dos fatos e das normas aplicáveis ao caso, o que resultou na lavratura de Autos de Infração manifestamente improcedentes, que deverão ser imediata e integralmente cancelados.

OS FATOS

□ Em 1998, o Grupo Barbeito e o Grupo Formitex constituíram a sociedade Tecondi com o objetivo de explorar o terminal da margem direita do Porto de Santos. Os Grupos detinham, cada um, 50% das participações societárias, com participação direta na gestão da sociedade.

□ Em agosto de 2011, o Grupo Barbeito iniciou processo de venda de sua participação na Tecondi por meio de seus assessores financeiros, a Vergent Partners. A decisão de venda por parte do Grupo Barbeito não teve qualquer influência de qualquer sociedade vinculada ao Grupo Ecorodovias.

□ Por ser um Grupo Econômico que possuía interesse na aquisição da Tecondi, o Grupo Ecorodovias foi contatado pela Vergent Partners (fls. 4.291/4.294). Após um acordo de confidencialidade em 5.8.2011 (fls. 4.328/4.332), o Grupo Ecorodovias, na figura da EIL, apresentou ao Grupo Barbeito, em 6.9.2011, proposta não vinculante de aquisição das participações societárias que este detinha na Tecondi (fls. 2.410/2.413).

□ A análise da possibilidade de aquisição do Complexo Tecondi como um todo (sociedades operacionais cuja posição de destaque era exercida pela Tecondi) foi realizada no contexto de expansão e diversificação do ramo de atividades exploradas pelo Grupo Ecorodovias. De fato, o Grupo Ecorodovias tinha o real interesse de estender sua atuação, originalmente concentrada no setor de concessões rodoviárias, para outros ramos da área de infraestrutura relacionados ao comércio exterior, incluindo logística, terminais portuários e aeroportuários.

□ A visão estratégica do Grupo Ecorodovias nesse sentido pode ser verificada no Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Primária e Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da EIL, de 30.3.2010 (doc. nº 4). Assim, fazia parte da estratégia do Grupo Ecorodovias a sua expansão no setor portuário, fato que levou o Grupo, em

2009 (fls. 1.128/1.184), a constituir a Ecoporto e a análise de diversos ativos relevantes, como o Complexo Tecondi.

□ A estratégia de constituição de uma sociedade específica para atuar no segmento portuário é uma decisão que propicia melhor racionalização das atividades do Grupo Ecorodovias, ao garantir (i) levantamento de balanço consolidado do segmento portuário; (ii) maior transparência e confiabilidade ao intérprete das demonstrações contábeis; e (iii) possibilidade de captação de recursos específicos para o setor portuário; e (iv) maior sinergia nas atividades operacionais do Grupo como um todo, dentre outros.

□ Em 30.9.2011, o Grupo Ecorodovias, na figura da EIL, e o Grupo Barbeito assinaram uma carta de exclusividade, em que se obrigaram a não negociar com terceiros até 31.9.2011 (fls. 4.300/4.306). Além disso, o Grupo Barbeito aceitou uma das propostas realizadas pelo Grupo Ecorodovias (fls. 4.494/4.495), fato que fez com que o Grupo Ecorodovias solicitasse documentos para realizar *due diligence* das sociedades pertencentes ao Complexo Tecondi.

□ Apesar da negociação com o Grupo Ecorodovias, em 17.2.2012, sem que a EIL soubesse e em paralelo, o Grupo Barbeito realizou a venda de sua participação societária nas sociedades do Complexo Tecondi (inclusive, a Tecondi) para a Libra Holding S.A. (“Libra”), celebrando contratos com o referido grupo (doc. nº 5) em caráter irrevogável e irretroatável.

□ Ocorre que a venda da participação societária detida pelo Grupo Barbeito na Tecondi para a Libra era dotada de efeito suspensivo e somente poderia ser implementada se o Grupo Formitex não exercesse o direito de preferência previsto no acordo de acionistas celebrado em 1º de fevereiro de 2000 (doc. nº 6).

□ Simultaneamente às tratativas realizadas formalmente pelo Grupo Ecorodovias e o Grupo Barbeito, o Grupo Formitex manifestou interesse em discutir propostas para a alienação conjunta da participação societária detida na Recorrente. Nada mais normal em uma transação realizada entre terceiros independentes com interesses contrapostos em que uma parte busca obter o maior preço (vendedores) e outra busca adquirir o ativo pelo menor preço (compradores).

□ No dia seguinte à venda realizada à Libra, o Grupo Barbeito notificou o Grupo Formitex sobre a celebração dos contratos com a Libra, dando-se início ao período de 30 (trinta) dias para que a Aba Infraestrutura e Logística S.A. (“Aba Infra”), sociedade do Grupo Formitex detentora das ações representativas do capital da Tecondi, (i) exercesse o direito de preferência na aquisição; (ii) exercesse o direito de venda conjunta; ou (iii) aceitasse a Libra como novo sócio.

□ O Grupo Formitex possuía a chance de adquirir a integralidade das ações representativas do capital social da Tecondi e, em seguida, aliená-la para o Grupo Ecorodovias a um preço proporcionalmente superior àquele oferecido ao Grupo Barbeito, isto porque o Grupo Formitex poderia oferecer o controle do Complexo Tecondi ao Grupo Ecorodovias, ativo muito mais valioso que 50% de ações representativas do capital social da Tecondi que poderia, quando muito, vetar determinadas deliberações sociais que não fossem de comum acordo com o(s) outro(s) acionista(s).

□ Não há qualquer ilicitude na intenção de o Grupo Formitex exercer o direito de preferência e, em um segundo momento, alienar o controle da Tecondi à sociedade do Grupo Ecorodovias. As Autoridades Fiscais, no entanto, presumem que o conjunto de transações subsequentes ao exercício de direito de preferência pelo Grupo Formitex teriam sido engendradas, em sequência, para gerar ágio indevidos.

- Dessa forma, de acordo com o direito previsto no acordo de acionistas celebrado entre o Grupo Formitex e o Grupo Barbeito, o Grupo Formitex, na figura da Aba Infra, notificou em 9.3.2012 (fls. 2.538 a 2.539) a Zardust Empreendimentos Marítimos Ltda. (“Zardust”) para lhe informar que exerceria o direito de preferência para assumir a posição da Libra no contrato de alienação de 50% das ações representativas do capital social da Tecondi.
- Após a notificação, em 19.3.2012, a Aba Infra celebrou com o Grupo Barbeito (Zardust, Washington Barbeito de Vasconcellos – “WBV”, Agnes Dagmar Bulletini Barbeito de Vasconcellos – “ABV”, e Yuri Bulletini Barbeito de Vasconcellos – “YBV”) contrato de compra e venda de ações e outras avenças (fls. 2.540 a 2.579).
- O preço pactuado na transação, como é da natureza do direito de preferência, era o mesmo preço previsto no contrato de compra e venda de ações e outras avenças celebrado entre o Grupo Barbeito e a Libra (preço celebrado entre partes independentes para a aquisição de participação societária), levando-se em consideração o valor de mercado estipulado naquele momento para a Tecondi (R\$ 1,067 bilhão), cuja definição não contou com a participação ou interferência da EIL.
- Ocorre que, entre a data de assinatura e a data de fechamento da transação realizada entre o Grupo Barbeito e o Grupo Formitex (momento em que as ações representativas do capital social da Tecondi seriam efetivamente transferidas), os Grupos empreenderam reorganizações societárias.
- O Grupo Formitex, com o objetivo de segregar em uma única sociedade o investimento detido na Tecondi, bem como os direitos e as obrigações atreladas ao contrato de compra e venda de ações e outras avenças (fls. 2.540 a 2.579) celebrado com o Grupo Barbeito, realizou, em 12.4.2012, a cisão da Aba Infra com a versão de seu acervo à Aba Porto Participações S.A. (“Aba Porto”), sociedade detida pelo Grupo Formitex.
- A Aba Infra era sociedade que detinha uma série de ativos. Dessa forma, seria extremamente razoável segregar a atividade portuária em uma única sociedade, principalmente se o Grupo Formitex pensasse em alienar o controle da Tecondi. O fato de a Aba Infra deter diversos negócios foi reconhecido por notícia jornalística trazida pelas Autoridades Fiscais no TVF.
- Além disso, o Grupo Formitex estava em processo de captação dos recursos para realizar o pagamento do preço de aquisição de 50% das ações representativas do capital social da Tecondi na data de fechamento do contrato celebrado com o Grupo Barbeito e, como condição apresentada pela instituição financeira para conceder o empréstimo ao Grupo Formitex, havia a necessidade de segregar a participação societária na Tecondi, conforme o considerando (iv) do Instrumento Particular de Contrato de Opção de Compra e Ações (fls. 2.601 a 2.611).
- Apesar da clara intenção negocial em segregar os investimentos que seriam alienados posteriormente à sociedade do Grupo Ecorodovias, as Autoridades Fiscais buscaram construir no item 4.4.4 do TVF (Do papel da Aba Porto na operação analisada) o absurdo racional de que a utilização da Aba Porto na transação se deu “apenas para receber um patrimônio que seria alienado e levá-lo de encontro ao seu adquirente”, fato que faria com que a operação (cisão parcial da Aba Infra com a versão de seu acervo para a Aba Porto) fosse caracterizada como um “casa e separa”, sendo tida como um “planejamento tributário abusivo”.
- Nada mais absurdo. As Autoridades Fiscais confundem os conceitos em busca de atribuir alguma suposta ilegalidade a uma transação lícita, cujo único e legal objetivo seria o de segregar as atividades que seriam alienadas pelo Grupo Formitex à sociedade distinta da Aba Infra, ao mesmo tempo que preservaria o direito de preferência exercido

pela Abra Infra em razão da sucessão de direitos e obrigações previsto o § 1º do artigo 229 da Lei das S.A.

□ Além disso, a cisão parcial da Aba Infra com a versão do investimento na Requerente em aumento de capital da Aba Porto não implicou pagamento de preço aos vendedores (Grupo Barbeito). O referido pagamento foi feito pela Aba Porto em 10.5.2012, implicando recolhimento de imposto de renda incidente sobre o ganho de capital dos alienantes (Grupo Barbeito). Não é possível classificar a cisão parcial da Aba Infra com a versão do investimento detido na Requerente como uma operação “casa e separa”. □ Levando-se em consideração que o exercício do direito de preferência foi preponderantemente tomado por Carlos César Floriano (membro do Grupo Formitex – “Sr. Carlos”), a cisão realizada na Aba Infra com a versão do patrimônio cindido (participação na Tecondi) à Aba Porto foi atribuída somente ao Sr. Carlos, fato que implicou cancelamento proporcional de sua participação na proporção do acervo cindido da Aba Infra (sua participação na Aba Infra reduziu de 50% para 11,20%). □ Alípio José Gusmão dos Santos (outro membro do Grupo Formitex – “Sr. Alípio”), logo após a cisão da Aba Infra com a versão do acervo (participação na Tecondi) à Aba Porto, comprou 31.147.999 ações ordinárias, sem valor nominal, emitidas pela Aba Porto, valor correspondente a 50% das ações representativas do capital da Aba Porto.

□ Alípio José Gusmão dos Santos pagou o preço de R\$ 28.310.805,00 para adquirir 50% das ações representativas do capital social da Aba Porto, recolhendo o imposto de renda sobre o ganho de capital decorrente da referida transação. O Grupo Barbeito, nesse interim, também realizou reorganizações societárias, fato que fez com que a participação, antes detida integralmente pela Zardust, passasse a ser detida em conjunto com a Zoroastro Participações S.A. (“Zoroastro”). □ A Aba Porto é sucessora legal da Aba Infra, nos termos do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial de 6.4.2012, conforme reconhecido no termo de quitação entre a Aba Porto e o Grupo Barbeito (fls. 2.851/2.859), bem como nos termos do § 1º do artigo 229 da Lei das S.A. Portanto, a Aba Porto passaria a ser a sociedade que teria direitos e deveres relacionados ao exercício do direito de preferência realizado em 9.3.2018 pela Aba Infra.

□ Em 9.5.2012, para viabilizar a obtenção de recursos para fazer frente ao pagamento ao Grupo Barbeito, a Aba Porto, nova detentora de 50% das ações representativas do capital social da Tecondi e, portanto, detentora do direito de preferência e do dever de fazer valer o contrato celebrado pela Aba Infra em 19.3.2012, celebrou com o Banco Bradesco BBI S.A. (“Banco Bradesco”) contrato de distribuição pública com esforços restritos de colocação (fls. 2.612/2.642) para que fosse possível emitir uma nota promissória e obter recursos.

□ A nota promissória dava direito a quem a detivesse de receber juros remuneratórios correspondentes à variação acumulada de 100% (cem por cento) das taxas médias diárias dos Depósitos Interfinanceiros (“DIs”) de um dia, calculadas e divulgadas diariamente pela Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos (“CETIP”) (“Taxa DI”), acrescida de sobretaxa de 1% ao ano, com base em um ano de 252 dias úteis. Os juros remuneratórios decorrentes da nota promissória seriam calculados de forma exponencial e cumulativa, pro rata temporis, por dias úteis decorridos, incidentes sobre o Valor Nominal Unitário desde a Data de Emissão até a Data de Vencimento (180 dias).

□ Para garantir o adimplemento dos recursos oriundos da nota promissória, a Aba Porto celebrou, juntamente com o Banco Bradesco, contrato de alienação fiduciária em garantia de ações e outras avenças (fls. 2.643/2.686), conferindo a propriedade fiduciária resolúvel e a posse indireta das ações representativas do capital da Tecondi.

□ Conforme previsto na cláusula 1.6 do contrato de garantia, caso a Aba Porto não realizasse o pagamento da nota promissória a seu detentor no prazo estipulado, o detentor da nota promissória “fará jus ao recebimento dos valores decorrentes dos Rendimentos das Ações”. Portanto, o compromisso de quitar a nota promissória no

prazo acordado poderia, caso não fosse cumprido, implicar graves efeitos patrimoniais ao Grupo Formitex.

□ Portanto, seria extremamente razoável, do ponto de vista econômico, que o Grupo Ecorodovias, cuja proposta de aquisição do controle da Tecondi já tinha sido aceita pelo Grupo Formitex, buscasse evitar, de alguma maneira, que a Aba Porto perdesse as ações que acabara de adquirir do Grupo Barbeito. É normal e razoável que a Ecoporto, assim que passasse a ser investidora da Aba Porto, notificasse os credores da condição de garantidora da dívida detida pela Aba Porto, fato que, no equivocado entender da Fiscalização, demonstraria que seria o Grupo Ecorodovias que teria feito frente a esse pagamento.

□ Com os recursos oriundos da nota promissória, a Aba Porto realizou o pagamento de R\$ 437.418.702,60 (fls. 2.851/2.859) parcela remanescente do preço acordado com o Grupo Barbeito para adquirir 50% das ações representativas do capital social da Tecondi (totalizando um preço total pago de R\$ 454.156.221,49 - doc. nº 7). Por reconhecer a Tecondi por meio Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"), nos termos do artigo 248 da Lei das S.A., a Aba Porto foi obrigada a desdobrar seu custo de aquisição (total do preço pago) em (i) valor do patrimônio líquido adquirido na data da transferência (a Tecondi possuía Patrimônio Líquido (50% do Patrimônio Líquido total) no valor de R\$ 45.068.692,82 em 10.5.2012 – doc. nº 8); e (ii) ágio no valor de R\$ 409.407.453,16.

□ O ágio registrado na Aba Porto estava fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, conforme o *enterprise value* obtido no laudo de avaliação realizado pelo método do fluxo de caixa descontado ("DCF") (doc. nº 9).

□ Portanto, assim que houvesse a união patrimonial entre a Aba Porto e a Tecondi (por meio de uma incorporação, por exemplo), haveria o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 7º da Lei 9.532/97, fato que permitiria o aproveitamento do ágio no valor aproximado de R\$ 409 milhões nas bases de apuração do IRPJ e da CSL da empresa resultante da referida união patrimonial.

□ Antes de o Grupo Ecorodovias iniciar a implementação da aquisição do controle da Tecondi, como acordado com o Grupo Formitex, haveria, ainda, uma etapa da reorganização do referido grupo a ser implementada: a contribuição da Aba Porto em aumento de capital da CFF Participações S.A. ("CFF"). □ Para finalizar a reorganização societária empreendida por membros do Grupo Formitex, Sr. Carlos e Sr. Alípio contribuíram as ações representativas do capital social da Aba Porto em aumento de capital de outra sociedade holding, igualmente detida por eles, a CFF Participações S.A. ("CFF") (fls. 1.667 a 1.678).

□ A partir da reorganização da estrutura societária do Grupo Formitex que investia na Tecondi, foi possível dar continuidade às tratativas com o Grupo Ecorodovias para a alienação do controle na Tecondi (antiga denominação da Requerente).

□ No contexto de negociação que vinha sendo realizada pelo Grupo Ecorodovias e o Grupo Formitex, decidiu-se por implementar a aquisição do controle do Complexo Tecondi em duas etapas: (i) subscrição de recursos em aumento de capital da Aba Porto; e (ii) aquisição da integralidade de quotas representativas do capital da CFF.

□ Tais transações foram celebradas entre a Ecoporto, sociedade pertencente ao Grupo Ecorodovias voltada à realização de investimentos no setor portuário, e as empresas do Grupo Formitex, controladas por Sr. Carlos e Sr. Alípio.

□ Houve a segregação da aquisição do controle em duas etapas por razões muito simples: (i) a subscrição de recursos na Aba Porto era medida que se fazia necessária para realizar o pagamento da nota promissória, cautela que se não fosse feita implicaria o risco de a garantia concedida ao detentor da nota promissória ser executada e frustrar

todo o projeto de aquisição do controle do Complexo Tecondi; e (ii) a aquisição da integralidade de quotas da CFF se deu como opção dos vendedores, pessoas físicas que gostariam de alienar todas as pessoas jurídicas que controlavam o Complexo Tecondi (obviamente levando-se em consideração que a venda no nível das pessoas físicas implicaria menor tributação de imposto de renda).

□ Não há qualquer intuito fraudulento nessas finalidades econômicas. O Grupo Formitex, representado pelo Sr. Carlos e pelo Sr. Alípio, possuía o interesse de alienar o controle do Complexo Tecondi ao Grupo Ecorodovias que, por sua vez, tinha interesse (contraposto ao interesse dos vendedores) de controlar o Complexo Tecondi. Nada mais óbvio que os dois grupos realizassem a transação de transferência do controle da única forma factível do ponto de vista econômico que implicaria menores riscos ao objetivo final: adquirir o controle do Complexo Tecondi.

□ Nesse contexto, a Ecoporto celebrou juntamente com o Grupo Formitex (i) Acordo de Subscrição de Ações e Outras Avenças (fls. 2.716/2.741); e (ii) Contrato de Opção de Compra de Quotas (fls. 3.522/3.528).

□ A Aba Porto possuía uma dívida significativa com terceiro detentor da nota promissória por ela emitida que, caso não fosse adimplida, poderia implicar perda de 100% das ações representativas do capital social da Tecondi. Tal fato foi, inclusive, reconhecido pelas Autoridades Fiscais no TVF quando mencionaram que, para garantir a nota promissória, constituiu-se alienação fiduciária das ações da Requerente para adquirir o adimplemento do financiamento.

□ Por conta disso, fazia-se necessário que o novo investidor do Complexo Tecondi viabilizasse a quitação da referida dívida. Desde já um ponto precisa ficar claro: não há qualquer licitude nesta finalidade. O Grupo Formitex contraiu recursos com terceiros independentes para liquidar obrigação contratual decorrente do exercício do direito de preferência e, para liquidar esses valores, precisou de um novo investidor, fato que implicou diluição de sua participação societária na Requerente.

□ As Autoridades Fiscais fazem ilações para tentar construir a tese de que quem fez o pagamento pela aquisição de 50% das ações representativas do capital social da Requerente do Grupo Barbeito foi o Grupo Ecorodovias, isto porque a operação teria sido “casada”. As Autoridades Fiscais querem, com essas ilações, indicar que o Grupo Formitex não teve nenhum sacrifício patrimonial para adquirir as participações societárias do Grupo Barbeito. Porém, isso não é verdade sob qualquer perspectiva que se analise o fenômeno.

□ O Grupo Formitex contratou financiamento com terceiros e, para viabilizar o adimplemento desse empréstimo, sacrificou parcela da participação societária que passou a deter no Complexo Tecondi (41,29%). Em outras palavras, o Grupo Formitex, teve, sim, sacrifício patrimonial para adquirir a participação societária do Grupo Barbeito consubstanciada na diluição de seu controle quando da contribuição realizada pela Ecoporto.

□ De uma outra forma: dentre as formas lícitas para que uma entidade passe a participar de determinado empreendimento há a troca de recursos por participações societárias, valores que podem ser utilizados para (i) servir como capital de giro e fonte de investimento do empreendimento; ou (ii) quitar dívidas existentes. Isto é mais do que comum nas atividades cotidianas das empresas.

□ Sem nenhuma motivação escusa e atuando estritamente em linha com a legislação de regência e de sua livre iniciativa, a Ecoporto escolheu contribuir determinada quantidade de recursos na Aba Porto, passar a ser acionista desta sociedade e, a referida entidade, por saber dos riscos que corria se não adimplisse a nota promissória, realizou prontamente o seu pagamento com os recursos advindos da contribuição. Nada fora da normalidade.

□ A contribuição realizada pela Ecoporto na Aba Porto no valor de R\$ 540.369.046,09 (doc. nº 10) implicou o reconhecimento de ágio na referida sociedade (a subscrição foi realizada com ágio), isto porque o valor de emissão dos instrumentos patrimoniais da Aba Porto (preço de emissão) foi superior ao valor patrimonial que tais valores mobiliários representavam. Por conta disso e em vista da determinação legal insculpida no artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, a Ecoporto, que passaria a avaliar o investimento na Aba Porto pelo método de equivalência patrimonial, viu-se obrigada a desdobrar o custo de aquisição do investimento em (i) valor de patrimônio líquido proporcional à participação societária adquirida de R\$ 253.135.496,13 (o valor do patrimônio líquido da Aba Porto em 29.5.2012 era de R\$ 613.067.319,28 – doc. nº 11); e (ii) ágio no valor de R\$ 287.233.548,96.

□ O referido ágio foi reconhecido em uma transação que envolveu sociedades de dois grupos independentes (Grupo Formitex e Grupo Ecorodovias), que tinham interesses contrapostos. Não por outro motivo que o preço de alienação de 41,29% das ações representativas do capital social da Aba Porto foi superior ao preço pago por 41,29% das ações da Tecondi pela Aba Porto. Não há qualquer ilicitude nisso. Na realidade a diferença entre o preço pago pela Aba Porto quando da aquisição de 50% da Tecondi e pela Ecoporto fundamenta-se no fato de que o Grupo Formitex estava vendendo a integralidade do controle do Complexo Tecondi, fato que justifica, por si só, um maior preço pago pelas ações da Aba Porto.

□ As Autoridades Fiscais continuam a alegar, ao longo do TVF, que “a aquisição das participações no Complexo Tecondi detidas pela Zardust e Família Barbeito foi desenvolvida paralelamente à negociação mantida entre o Grupo Formitex e a Ecorodovias” como se isso pudesse implicar em algum efeito adverso ao reconhecimento do ágio, bem como ao seu aproveitamento para fins fiscais quando da implementação dos requisitos previstos na Lei 9.532/97.

□ Portanto, a contribuição realizada pela Ecoporto Holding teve um objetivo muito simples e lícito: adquirir a primeira parcela de participação no Complexo Tecondi e, simultaneamente, viabilizar o pagamento da nota promissória pela Aba Porto.

□ Em linha com esse objetivo, a Ecoporto (em 29.5.2012), nos termos das cláusulas 5.3, 5.3.1 e 5.3.2 do Acordo de Subscrição de Ações e Outras Avenças (fls. 2.716/2.741), declarou ao Grupo Barbeito (antigos detentores da parcela da Tecondi alienada ao Grupo Formitex) que seria “fiadora e principal pagadora das obrigações assumidas pelos destinatários nas cartas de fiança corporativa firmadas em 10 de maio de 2012 e apresentadas por força e no âmbito dos Contratos de Compra e Venda” (fls. 4.308/4.309).

□ Nada mais normal e comum que o novo acionista, em busca de redução dos riscos de seu novo ativo incorrer em perdas patrimoniais, se comprometer a assumir eventuais responsabilidades.

□ A Aba Porto utilizou os recursos decorrentes da contribuição para liquidar a nota promissória que emitira em 10.5.2012, para pagamento do Grupo Barbeito, no valor atualizado de R\$ 518.858.087,16 (fls. 4.586).

□ As entidades do Grupo Ecorodovias não possuíam recursos suficientes para adquirir a integralidade da participação societária no Complexo Tecondi, sendo necessário realizar o que convencionalmente denomina-se de “compra alavancada”. Foi por conta dessa simples razão que a Ecoporto foi ao mercado e emitiu debêntures: financiar a aquisição do controle do Complexo Tecondi. A respeito de aquisições alavancadas, cita-se texto atribuído a LAWRENCE J. GITMAN e ANTONIO BARBOSA LEMES JR.

□ A característica essencial à aquisição alavancada é que a compra da participação societária envolva a tomada de dívida, usualmente garantida pelos ativos da empresa investida, a ser liquidada com recursos gerados pelo próprio investimento. Essa

estrutura não foi criada no caso específico tratado nesse processo administrativo. Trata-se de prática comum do mercado de aquisição de participações societárias no Brasil e no mundo.

□ A esse respeito, a Requerente destaca estudo postado no Fórum de Governança Corporativa e Regulamentação Financeira da Faculdade de Direito de Harvard, elaborado pelos professores STEVEN N. KAPLAN e PER STRÖMBERG, no qual se analisou o histórico de aquisições alavancadas desde 1985 até 2006/2007. Essas considerações são necessárias para demonstrar que não há nenhuma atipicidade no caso. A aquisição foi praticada por meio de uma estrutura usual de mercado e adotada em larga escala.

□ Não por outro motivo que a Ecoporto emitiu debêntures: alavancar a compra da integralidade de participação societária no Complexo Tecondi. Transcreve-se o trecho da Escritura da 1ª Emissão de Debêntures Simples (fls. 3.174/3.220) para abonar a afirmação.

□ Em 19.6.2012, há a disponibilização dos recursos decorrentes da emissão das debêntures pela Ecoporto, fato que permite que, no mesmo dia, a referida sociedade exerça a opção de compra das quotas da CFF e celebre um contrato de compra e venda com Sr. Carlos e Sr. Alípio. Como contrapartida para a aquisição de 100% das quotas representativas da integralidade da participação societária da CFF que, por sua vez, representavam 58,71% das ações representativas do capital do Complexo Tecondi, a Ecoporto pagou R\$ 761.877.319,05, conforme demonstrativo de cálculo do ágio (doc. n. 12) e comprovantes de transferência bancárias (doc. n. 13).

□ Levando-se em consideração que o Patrimônio Líquido das sociedades do Complexo Tecondi refletidas na CFF que foi adquirido (parcela que representava 58,71% do Patrimônio Líquido total da Tecondi), no momento de registro desta participação na Ecoporto (19.6.2012), era de R\$ 359.941.823,15 (doc. n. 14), a Ecoporto Holding, por força da legislação brasileira vigente à época dos fatos, estava obrigada a desdobrar seu custo de aquisição e reconhecer novo ágio no valor de R\$ 401.935.495,90, fato que fez com que o ágio total reconhecido fosse de R\$ 689.169.045,86 (cerca de R\$ 287 milhões quando da aquisição de 41.29% da Aba Porto e cerca de R\$ 402 milhões quando da aquisição de 100% das quotas representativas do capital social da CFF, o que representaria 58,71% da Aba Porto). O fundamento da integralidade do ágio reconhecido na Ecoporto era expectativa de rentabilidade futura das sociedades adquiridas, nos termos da alínea “b”, do § 2º, do artigo 20 do Decreto-Lei 1.598, de 26.12.1977 (“Decreto-Lei 1.598/77”).

□ Ambas as transações que implicaram no reconhecimento de ágio, de forma reconhecida pelas Autoridades Fiscais no TVF, (i) foram celebradas entre partes independentes; (ii) implicaram pagamento efetivo de preço (em dinheiro) e, por consequência, de ganho de capital dos vendedores; e (iii) estavam fundamentadas em expectativa de rentabilidade futura, embasada em Laudo de terceiro independente elaborado para esse fim (doc. nº 9).

□ Após a Ecoporto (i) contribuir de recursos em aumento de capital da Aba Porto (e viabilizar a liquidação da nota promissória); e (ii) contrair um financiamento com o mercado (emissão de debêntures) e utilizar os recursos para adquirir a integralidade da participação da CFF (operação necessária para realização da aquisição da participação societária), deliberou-se e aprovou-se em 27.11.2017, a incorporação da CFF e da Ecoporto pela Aba Porto (fls. 1.533/1.561).

□ Por fim, para que o financiamento fosse definitivamente transferido à sociedade que detinha os fluxos de caixa necessários para fazer frente aos pagamentos, ainda em 27.11.2017, cindiu-se parcialmente a Aba Porto com a versão do seu acervo (proporcional a cada investimento que detinha nas sociedades do Complexo Tecondi) em aumento de capital das referidas sociedades.

☐ Com a finalização dessas incorporações, a dívida tomada poderia finalmente ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento, tal como ocorre tipicamente nas aquisições alavancadas.

☐ A respeito do confronto de receitas de despesas em aquisições alavancadas, citam-se as considerações de FRANK R. LICHTENBERG e DONALD SIEGEL em estudo realizado junto à National Bureau of Economic Research4 (Bureau Nacional de Pesquisa Econômica), uma das maiores organizações de pesquisas econômicas nos Estados Unidos.

☐ Com a incorporação do acervo da Aba Porto (incorporadora da Ecoporto Holding), a Requerente sucedeu essa sociedade em todos os seus direitos e obrigações, conforme previsto no § 1º do artigo 229 da Lei das S.A. Por força legal, portanto, a Requerente passou a ser obrigada a pagar o saldo da dívida remanescente, inclusive os juros sobre ela incidentes. Essas despesas de juros, normais, usuais e necessárias para qualquer sociedade que toma empréstimo, foram deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSL.

☐ Como mera decorrência da incorporação, as despesas de amortização de ágio tornaram-se dedutíveis das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, conforme estabelecem os artigos 7.º e 8.º da Lei nº 9.532/97. A dedução das despesas de ágio é uma decorrência da incorporação, e não a sua causa.

O DIREITO

Despesas de Ágio

☐ As Autoridades Fiscais em nenhum momento questionaram (i) a independência do estabelecimento do preço; e (ii) a fundamentação econômica do ágio registrado na Aba Porto e Ecoporto. Tais aspectos são tidos como incontroversos no presente Processo Administrativo, não tendo sido objeto de questionamento da Fiscalização. Portanto, é incontestável que (i) as transações que geraram os ágios discutidos nesse processo administrativo foram realizadas entre partes independentes; e (ii) seu registro estava regularmente fundamentado em expectativa de rentabilidade futura da Requerente.

☐ Ocorre que há oito razões de Direito que demonstram o descabimento das alegações da Fiscalização.

Primeira Razão: A Aba Porto e a Ecoporto possuíam razões econômicas válidas

☐ A primeira razão que demonstra a total improcedência das alegações das Autoridades Fiscais é o fato de a Aba Porto e a Ecoporto deterem razões empresariais válidas, que não podem ser simplesmente desconsideradas pela Fiscalização.

☐ A Aba Porto foi sociedade criada pelo Grupo Formitex para segregar a atividade portuária que seria alienada para terceiros interessados (sociedade do Grupo Ecorodovias).

☐ A Aba Infra, detentora de 50% das ações representativas do capital social da Requerente e do direito de preferência exercido detinha diversos investimentos. Tal fato foi, inclusive, reconhecido por notícia jornalística trazida pela própria Fiscalização no TVF.

☐ Portanto, a cisão da Aba Infra com a versão de seu acervo (investimentos) a uma nova sociedade era medida que se fazia necessária para alienar as referidas participações societárias (sociedades do Complexo Tecondi, inclusive a Requerente).

☐ Ademais, o referido acervo deveria ser vertido para uma nova sociedade, que não detivesse outros ativos, por duas outras razões importantes: (i) deveria haver uma sociedade sucessora que, por disposição legal, pudesse fazer valer o direito de

preferência anteriormente exercido pela Aba Infra; e (ii) o Bradesco, para conceder recursos atrelados à nota promissória, exigiu que a segregação do investimento na Requerente fosse previamente realizada.

☐ Ademais, para que não reste dúvidas a respeito da licitude da utilização da Aba Porto na transação perpetrada pelas sociedades do Grupo Ecorodovias e do Grupo Formitex, é preciso reconhecer que a suposta “interposição” da Aba Porto não implicou qualquer benefício fiscal.

☐ Caso (i) a Aba Infra tivesse adquirido 50% das ações representativas do capital da Requerente (por meio de financiamento bancário); (ii) a Ecoporto tivesse contribuído recursos na Aba Infra; (iii) a Ecoporto tivesse adquirido participação societária na Aba Infra; e (iv) a Aba Infra fosse cindida parcialmente com a versão do acervo para a Requerente, bem como cancelasse as ações do Grupo Formitex (fato que permitiria ao Grupo Formitex remanescer com os outros investimentos detidos pela Aba Infra), haveria exatamente o mesmo efeito tributário.

☐ A suposta interposição da Aba Porto não gerou benefício tributário adicional nenhum. A Aba Porto foi criada, apenas, para viabilizar a segregação da atividade e a manutenção do direito de preferência, exercido por sua sucedida (Aba Infra).

☐ Não há qualquer ilicitude ou irregularidade em buscar, simultaneamente, (i) segregar as atividades portuárias que seriam alienadas; (ii) manter o direito de preferência; e (iii) atender à solicitação da instituição financeira que disponibilizaria os recursos para financiar a aquisição.

☐ A segregação das atividades em nova pessoa jurídica era condição apresentada pela instituição financeira para conceder o empréstimo ao Grupo Formitex. Cita-se, a propósito, o considerando (iv) do Instrumento Particular de Contrato de Opção de Compra e Ações (fls. 2.601 a 2.611).

☐ Ademais, a alegação das Autoridades Fiscais de que a Aba Porto teria desempenhado papel de “empresa-veículo” no que se convencionou de “casa e separa” não se sustenta sob qualquer análise que se pretenda.

☐ A alegação das Autoridades Fiscais é até difícil de entender. A tentativa de classificação da utilização da Aba Porto como uma operação que comumente ficou conhecida como “casa e separa” seria uma infundada tentativa de atribuir alguma abusividade àquilo que foi feito nos estritos termos da Lei e da vontade das partes.

☐ As operações chamadas de “casa e separa” designam transações simuladas, mentirosas, em que o contribuinte formaliza uma transação e, na realidade dos fatos, realiza outra. O exemplo clássico desse tipo de operação é a subscrição de ações com ágio por novo acionista, seguida da redução de capital com a entrega de recursos ao acionista anterior. A referida operação é implementada de forma simulada, para esconder a real operação de compra e venda de participações societárias. Em abono do argumento, cita-se trecho do Acórdão nº 104-21.498, ainda do Conselho de Contribuintes.

☐ Ora, a Aba Porto realizou, de fato, o pagamento em dinheiro ao Grupo Barbeito, fato que implicou o recolhimento de imposto sobre a renda sobre a venda da participação societária por eles detida. Portanto, não se pode admitir que (i) a Aba Porto foi “sociedade-veículo” criada sem nenhum propósito negocial; (ii) a realização de cisão parcial da Aba Infra implicou benefício fiscal que, de outra forma, não seria auferido; e (iii) a cisão parcial da Aba Infra com a versão do acervo (investimento na Requerente) em aumento de capital da Aba Porto seria tida como operação “casa e separa”. ☐ O ágio registrado na Aba Porto no valor de R\$ 409 milhões não se relaciona a transação feita pela Ecoporto ou qualquer entidade do Grupo Ecorodovias. Dessa forma, qualquer suposta alegação de que a Ecoporto seria uma “empresa-veículo” jamais poderia ser

utilizada pelas Autoridades Fiscais para glosar a amortização do ágio gerado na Aba Porto quando da transferência das ações representativas de 50% do capital social da Requerente feita pelo Grupo Formitex.

□ A tentativa de atrelar o pagamento do preço acordado entre o Grupo Formitex e o Grupo Barbeito no contexto do exercício do direito de preferência à Ecoporto é um absurdo. O Grupo Formitex realizou o pagamento em nome próprio, como decorrência de um direito de preferência que pertencia somente a Aba Infra (transferido à Aba Porto por determinação legal – § 1º do artigo 229 da Lei das S.A.). A transação decorrente da compra e venda de 50% das ações representativas de capital social da Requerente pela Aba Porto pode ter tido como contexto de negociação a intenção do Grupo Formitex em alienar o controle da Requerente, mas jamais pode ser confundida com a compra realizada em 10.5.2012.

□ Ademais, a tentativa da Fiscalização de dispor que o Grupo Formitex não teve sacrifício patrimonial para adquirir 50% das ações representativas do capital social da Requerente do Grupo Barbeito não é verdade. O Grupo Formitex contraiu dívida, concedeu garantias e, por conta disso, viu sua participação societária ser diluída para viabilizar recursos para fazerem frente ao seu pagamento, aceitando-se um novo investidor.

□ Se a Aba Porto possui propósito negocial legítimo, é consequência lógica concluir que o ágio registrado em seus livros decorrente da aquisição de 50% das ações representativas do capital social da Requerente é válido para fins fiscais, isto porque (i) decorreu de uma transação legítima entre partes independentes; (ii) implicou o pagamento de preço aos vendedores (que, por consequência, auferiram ganho de capital tributável); (iii) estava fundamentado em expectativa de rentabilidade futura, conforme Laudo Técnico elaborado para identificar o valor econômico da Requerente à época da transação (doc. nº 9). Portanto, reconhecer a licitude das amortizações realizadas após a incorporação da Aba Porto pela Requerente é medida que se faz imperativa.

□ Em relação ao papel da Ecoporto na transação que implicou o reconhecimento do segundo ágio discutido no presente processo administrativo – isto é, os ágios gerados na (i) subscrição de capital na Aba Porto (fato que fez com que a Ecoporto passasse a deter 41,29% de ações representativas do capital social da Aba Porto); e (ii) aquisição de 100% das quotas representativas do capital social da CFF, o que representou a aquisição indireta de 58,71% da Requerente – também não é possível classificá-la como “empresa-veículo” criada com o único propósito de viabilizar a amortização do ágio.

□ A Ecoporto, para a realização da aquisição de 100% das quotas representativas de capital da CFF, desempenhou papel imprescindível, visto que a transação necessitou de financiamento cuja remuneração financeira seria quitada com os fluxos de caixa das próprias entidades adquiridas (inclusive, a Requerente).

□ O princípio básico para a realização de compras alavancadas é a possibilidade de transferir a dívida ao investimento adquirido, garantindo-se que sua quitação se dará com os fluxos de caixa do investimento adquirido. Esta operação é muito comum no mercado, não havendo nenhuma ilicitude.

□ As Autoridades Fiscais, no entanto, dispuseram equivocadamente que a “real adquirente” seria a EIL. Ora, se a EIL emitisse as debêntures e utilizasse os referidos recursos para adquirir as quotas representativas do capital da CFF seria impossível, sob uma perspectiva econômica e negocial, realizar a transferência do referido passivo à entidade operacional adquirida para fazer frente aos pagamentos com seus fluxos de caixa, isto porque, patrimonialmente: não existia interesse negocial de unir os credores da EIL e da Tecondi em uma única entidade; e (ii) concentrar a participação de diversos investimentos detidos pelo Grupo Ecorodovias na EIL em uma sociedade que explorasse atividades econômicas voltadas à área portuária. Ademais, cumpre mencionar que a EIL era sociedade de capital aberto, fato que invariavelmente

complicaria, de forma significativa, as aprovações para a união patrimonial entre ela e a Tecondi para transferir a dívida contraída para a sua aquisição.

□ Portanto, era essencial que a Ecoporto figurasse como adquirente. Contrair dívidas e transferi-las ao investimento por intermédio de uma incorporação é razão empresarial válida suficiente para afastar qualquer alegação de que a Ecoporto teria desempenhado papel de empresa veículo criada com o único objetivo de viabilizar o aproveitamento do ágio. Sua existência jurídica é válida, suas finalidades lícitas, devendo-se os efeitos dos negócios jurídicos por ela praticados serem respeitados pelas Autoridades Fiscais.

□ O entendimento de que a transferência da dívida às sociedades adquiridas em uma compra alavancada seria razão suficiente para conferir “propósito negocial” a determinada transação foi recentemente proferido pelo E. CARF no Acórdão nº 1301-003.469 (“Caso CVC”), de relatoria do I. Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto. O caso analisado tratou, também, de uma compra alavancada. Em dezembro de 2009, a CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S.A. (“CVC Brasil”) foi adquirida pela CBTC Participações S.A. (“CBTC”), sociedade também tida pelas Autoridades Fiscais como “empresa-veículo”.

□ No Caso CVC, o contribuinte alega que “a essencialidade da CBTC para a estrutura da aquisição se dava pela possibilidade de que parcela do endividamento tomado pelo grupo Carlyle pudesse ser transferido para a CVC do Brasil, para que o financiamento fosse amortizado diretamente pelas atividades operacionais da investida”. No voto do Conselheiro Relator Carlos Augusto Daniel Neto é possível identificar de forma cristalina que o contribuinte possui direito de (i) estruturar sua aquisição através de uma dívida; e (ii) transferir a dívida à sociedade operacional para que ela possa ser liquidada com seus fluxos de caixa.

□ Portanto, resta claro que a utilização da Ecoporto para realizar a aquisição do controle da Requerente, (i) tinha propósito negocial válido e eficaz perante a terceiros e perante ao Fisco (a transação foi uma “compra alavancada”, cuja dívida seria paga pelos fluxos de caixa da Requerente); e (ii) por conta disso, a Ecoporto não poderia ser tida como “empresa-veículo”.

□ Dessa forma, o ágio registrado na Ecoporto e discutido nestes Autos de Infração (valor total de R\$ 689 milhões) deve ser tido como passível de aproveitamento fiscal, isto porque a Ecoporto foi, sim, a “real adquirente” do controle da Requerente, não podendo ser tida como uma “mera” sociedade de passagem, desprovida de propósitos negociais.

□ Não bastasse a existência efetiva de finalidades extra tributárias para a existência de Aba Porto e Ecoporto nas transações analisadas, a Ecoporto foi sociedade que desempenhou uma série de negócios jurídicos essenciais à aquisição do investimento, não sendo possível, sequer, atribuir a ela a condição de “empresa-veículo”. Dentre tais transações, destacam-se as enumeradas nos itens seguintes.

□ Vínculo empregatício com o Diretor Ricardo Riuti Tanabe: a Ecoporto possuía empregado para exercer suas atividades (doc. nº 15), tais como celebrar regularmente contratos com terceiros (i.e., contratos de prestação de serviços, emissão de debêntures, etc.). Não por outro motivo, que a referida sociedade pagou guias de recolhimento (i) ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (“FGTS”) (doc. nº 16); (ii) de contribuição previdenciária incidente sobre sua folha de salários (doc. nº 17).

□ Contratação com Consultores Financeiros para auxiliar no processo de aquisição das sociedades envolvidas: a Ecoporto realizou pagamentos à Virtus Br Partners Assessoria Corporativa Ltda para que a referida sociedade prestasse serviços de assessoria financeira no processo de aquisição da Requerente (doc. nº 18).

- ☐ Contratação de serviços para a viabilização da emissão das Debêntures: a Ecoporto necessitou dos serviços da CETIP para viabilizar a emissão das debêntures (doc. nº 19), bem como da Pentágono S.A. DTVM como agente fiduciário das Debêntures emitidas ao mercado (doc. nº 20).
- ☐ Contratação com Advogados para a realização de serviços: a Ecoporto incorreu em despesas para a contratação de diversos advogados (Nasser Sociedade de Advogados, Ademir Esteves S.A. Advocacia e Assessoria Jurídica e Machado, Mayer, Sendacz e Opice Advogados), tendo realizado também à essas pessoas jurídicas reembolsos de despesas próprias (doc. nº 21).
- ☐ Investimentos financeiros: a Ecoporto realizou aplicações financeiras no Itaú BBA (doc. nº 22).
- ☐ Contratação de empresa para elaboração de laudo contábil segundo a metodologia do Purchase Price Allocation: a Ecoporto contratou a Mazars Cabrera Consultoria Contábil e Tributária para a elaboração de laudo contábil para fundamentar o desdobramento do custo de aquisição do investimento adquirido, segundo a metodologia do Purchase Price Allocation (doc. nº 23).
- ☐ Contratação de serviços de auditoria e serviços para a publicação em jornal diário oficial: a Ecoporto contratou a Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes para a elaboração de serviços de auditoria contábil (doc. nº 24), serviço que resultou na Demonstração Financeira da Ecoporto (doc. nº 25). Para que a Demonstração Financeira, bem como os atos societários da Ecoporto fossem públicos, a Ecoporto contratou serviços juntamente a F Lopes Publicidade Ltda. para publicar tais atos e demonstrações no Diário Oficial do Estado de São Paulo (doc. nº 26).
- ☐ Locação de veículos: a Ecoporto, na figura de seu empregado, celebrou contratos de locação de veículos em face da Fiorante Locação de Veículos Ltda., tendo realizado os pagamentos à essa sociedade ao longo do ano de 2012 (doc. nº 27).
- ☐ Celebração de Serviços em Geral: a Ecoporto contratou diversos prestadores de serviços para a consecução de suas atividades regulares (Ribeiro Assessoria e Prestação de Serviços de Escritório Ltda. ME; Preview Assessoria Empresarial e Burocrática Ltda-ME; Vértice Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.; Gesplan S.A.; Flying Assessoria em Eventos Comercial Ltda; Tantum Group Consultoria Empresarial Ltda.) (doc. nº 28).
- ☐ Aquisição de produtos: a Ecoporto adquiriu produtos alimentícios (doc. nº 29) e computador (doc. nº 30), bem como os serviços necessários para sua instalação (doc. nº 31).
- ☐ Aprovação do ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”): a Ecoporto atuou como pleiteante da autorização da aquisição da Requerente, fato comprovado pela (i) petição apresentada perante o órgão administrativo de defesa da concorrência em 28.5.2012 (fls. 4.623); e (ii) guia de recolhimento de custas, condição necessária ao início do processo administrativo de autorização do ato de concentração (doc. nº 32).
- ☐ Recolhimento de Contribuições e Tributos: a Ecoporto recolheu contribuição sindical urbana (doc. nº 33), bem como diversos outros tributos em nome de terceiros, na condição de responsável tributário, e em nome próprio (doc. nº 34), tendo preenchido a Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte correspondente (doc. nº 35).
- ☐ Ora, as reais circunstâncias fáticas envolvidas nesse processo administrativo fazem cair por terra as alegações da Fiscalização. Não há alternativa a não ser reconhecer que as afirmações das Autoridades Fiscais estão erradas.

□ Se a Aba Porto e a Ecoporto são sociedades válidas e possuíram propósitos negociais lícitos e válidos nas transações mencionadas, elas somente podem ser tidas como “adquirentes” das participações societárias, fato que implica o reconhecimento da possibilidade jurídica de se amortizar o ágio nas bases de apuração da empresa resultante da união patrimonial entre a Aba Porto, Ecoporto e a Requerente, por força do disposto no artigo 7º da Lei 9.532/97.

Segunda Razão: Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária

□ A segunda razão é que, ainda que Aba Porto e Ecoporto não tivessem toda a substância econômica e negocial já demonstrada, mesmo assim, os Autos de Infração não poderiam subsistir, pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais).

□ De fato, a legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2.º, § 3.º da Lei das S.A.

□ A esse respeito, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO esclarece que uma sociedade holding pode ser constituída meramente para deter participação societária, já que o seu propósito negocial típico é justamente esse. É importante ressaltar que essa definição não é uma construção doutrinária. A possibilidade de uma sociedade ter como único fim a participação em outra sociedade está contida expressamente no artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A. E, mais do que isso, o dispositivo expressamente indica que a participação é facultada para beneficiar-se de incentivos fiscais.

□ Resta claro que a existência de uma sociedade holding independe da existência de empregados ou geração de receitas próprias. A possibilidade de uma sociedade ter por função eminentemente participar de outras sociedades está expressamente amparada por lei o que, de pronto, já rebate o argumento de que a Aba Porto e a Ecoporto careceriam de propósito negocial, pois deter participação em outras empresas já é, per si, um propósito (objeto) social legalmente válido. Em abono do argumento, citam-se as considerações de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e ALFREDO AUGUSTO BECKER sobre a possibilidade de o contribuinte realizar atos e negócios jurídicos de forma a reduzir sua carga tributária.

□ O direito de os contribuintes valerem-se da alternativa que representar o menor ônus tributário para alcançar um objetivo fica ainda mais evidente quando se considera que o artigo 116, parágrafo único do CTN - que pretendeu estabelecer a hipótese de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a “finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária” - ainda não foi regulamentado.

□ Aliás, tentou-se a regulamentação do dispositivo, por meio da Medida Provisória nº 66, de 29.10.2002 (“MP 66/02”), que tratava dos procedimentos a serem adotados pelas autoridades fiscais para realizar a desconsideração dos negócios jurídicos realizados pelos contribuintes com a finalidade de reduzir o valor dos tributos. Ocorre que a MP 66/02 não foi convertida em lei, perdendo sua eficácia jurídica. Assim, essa é mais uma justificativa que o sistema jurídico-tributário nacional não permite a desconsideração dos negócios jurídicos que tenham sido realizados com o objetivo de reduzir a carga tributária do contribuinte. Sob esse sentido, citam-se as observações de HUGO DE BRITO MACHADO.

□ O Código Civil retira qualquer dúvida quanto à irrelevância da discussão referente à possibilidade de constituição de uma sociedade de propósito específico (“SPE”). Isso porque, de acordo com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil, a atividade de uma sociedade pode restringir-se à realização de um negócio jurídico determinado.

□ Também a própria legislação tributária reconhece a possibilidade e a legitimidade de sociedades existirem com o único objetivo de deterem participação societária em outras sociedades. A título exemplificativo, cita-se o artigo 31 da Lei nº 11.727, de 23.7.2008 (“Lei 11.727/08”), que autoriza o diferimento do reconhecimento de despesas com juros de empréstimos contraídos para financiamentos de investimentos em sociedades controladas.

□ Portanto, sob nenhuma perspectiva poderia a Fiscalização tentar construir uma hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica para deslegitimar os atos e negócios jurídicos praticados pela Aba Porto e pela Ecoporto, sociedades holding que atuaram nos limites de seu objeto social. O conceito de “empresa-veículo” não encontra nenhum respaldo legal e a tentativa da Fiscalização de desconsiderar uma SPE legítima não pode subsistir.

□ Adotar outro entendimento afronta as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e implica a adoção da teoria americana do *business purpose*, que não se adere ao regime tributário nacional. Ademais, ainda que fosse aplicável ao presente caso (o que se admite apenas para argumentar), restou plenamente demonstrada a importância negocial e comercial da existência da Aba Porto (segregar a atividade que seria alienada mantendo-se o direito de preferência por sucessão) e Ecoporto (contrair a dívida que seria, posteriormente, transferida à Requerente).

□ A verdade é que a possibilidade de constituir pessoas jurídicas está inevitavelmente associada com a manifestação da autonomia privada estabelecida pelo direito civil brasileiro. A constituição de pessoas jurídicas com o único propósito de deter participação em outras sociedades para realizar transações específicas, mais do que não ser vedada pela legislação brasileira, encontra expressa previsão nos dispositivos legais citados acima. Portanto, quando a criação da pessoa jurídica se faz de acordo com o direito positivo, não há dúvidas de que sua existência e validade deverá ser respeitada para todos os fins de direito.

Terceira Razão: Efetiva Absorção do Patrimônio das sociedades

□ A terceira razão é uma consequência prática das primeira e segunda razões, fato que infirma completamente o segundo argumento das Autoridades Fiscais de que não teria havido (i) a extinção do investimento; e (ii) união patrimonial entre a “real adquirente” (que seria supostamente a EIL) e a Requerente.

□ Conforme os esclarecimentos acima apresentados e a documentação juntada aos presentes autos, não há nenhuma dúvida de que as efetivas adquirentes das ações da Requerente (seja de forma direta, seja indiretamente) foram a Aba Porto e a Ecoporto. Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações da Requerente (direta ou indiretamente) por ambas sociedades possam ser eventualmente desconsideados, é necessário que exista algum vício que macule esses negócios jurídicos perfeitos e acabados o que, conforme amplamente demonstrado, não existe.

□ 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 vício de vontade que imponha a desconsideação de determinado ato jurídico, os efeitos tributários que devem prevalecer são aqueles expressamente previstos na legislação.

□ O artigo 109 do CTN estabelece exatamente que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”. □ Ora, se a lei tributária não pode alterar a definição, conteúdo e alcance das formas de direito privado, é evidente que as Autoridades Fiscais também não possuem essa prerrogativa. Se o direito privado

determina que o adquirente de determinada participação societária é a Aba Porto e a Ecoporto (com base em todas as considerações acima expostas), não pode a Fiscalização arbitrariamente deslocar a condição de adquirente à sociedade controladora do Grupo Ecorodovias.

□ Dessa forma, via de regra, o adquirente de determinada participação societária deve ser a entidade que figura como compradora da participação societária. No presente caso, as reais adquirentes da participação societária na Requerente (seja direta ou indireta) para todos os fins de direito foram a Aba Porto e a Ecoporto, que passaram a reconhecer ágios originalmente pagos em transações entre partes não relacionadas.

□ A condição de adquirentes da Aba Porto e da Ecoporto se verifica sob qualquer perspectiva que se examine: a) as ações da Requerente detidas pelo Grupo Barbeito foram adquirida pela Aba Porto nos termos do exercício do direito de preferência previsto no acordo de acionistas, tendo sido regularmente transferidas à Aba Porto que passou a deter o controle da Requerente, nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.; b) a Ecoporto adquiriu o controle da Requerente (subscrição de capital na Aba Porto e aquisição de 100% das quotas representativas do capital da CFF), isto é, houve efetiva emissão de novas ações da Aba Porto e a transferência efetiva das quotas da CFF com os correspondentes pagamento de preço pela Ecoporto, fato que perfez juridicamente a compra e venda.

□ Portanto, a Aba Porto e Ecoporto efetivamente compraram o investimento na Requerente, sendo consideradas adquirentes das participações societária sob qualquer perspectiva que se examine. E, com a aquisição da participação societária, as referidas sociedades passaram a avaliar o investimento (direto ou indireto) 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 a EIL que detinha o controle da Ecoporto seria a “real adquirente”, sendo necessário que houvesse a união patrimonial entre a EIL e a Requerente para que o ágio pudesse ser amortizado. A absorção do patrimônio das sociedades investidoras pela sociedade investida ocorreu pela incorporação dos acervos da Ecoporto e da Aba Porto pela Requerente.

□ Desta forma, não existe nenhuma margem para questionar as seguintes afirmações: (i) as adquirentes da participação societária foram a Aba Porto e Ecoporto para todos os fins de Direito; (ii) não existe nenhuma ação dolosa, fraudulenta, simulação ou realizada com abuso de direito que desloque a condição de adquirente para uma outra pessoa; (iii) o ágio amparado em transações com terceiros não relacionados foi pago e reconhecido de acordo com a melhor técnica contábil.

□ Sendo assim, quando da incorporação da Aba Porto e Ecoporto pela Requerente, ocorreu a perfeita subsunção do fato à norma prevista no artigo 7.º da Lei 9.532/97. Portanto, a alegação de que não houve o encontro de patrimônios da sociedade investida é incorreta e não pode prosperar.

Quarta Razão: Decadência do Direito de a Fiscalização questionar a Constituição e Atuação da Aba Porto e Ecoporto e impossibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica regularmente constituída

□ A quarta razão que demonstra a impossibilidade de os Autos de Infração prosperarem é que o direito de a Fiscalização questionar a constituição da Aba Porto e Ecoporto para realizarem as aquisições diretas e indiretas da participação societária na Requerente decaiu em 2012 para a Ecoporto (sua constituição se deu em 2009), e em 2016 para a Aba Porto (sua constituição se deu em 2013).

□ Diferentemente das pessoas naturais, cuja personalidade jurídica se inicia com o nascimento, a personalidade jurídica das sociedades se inicia com a inscrição de seus atos constitutivos no respectivo registro, conforme previsto no artigo 45 do Código Civil. Citam-se, a esse respeito, as considerações de GUSTAVO TEPEDINO sobre ao artigo 45 do Código Civil.

□ Portanto, em se tratando de pessoa jurídica, a Lei - e somente a Lei - pode dispor sobre o início e extinção de sua personalidade jurídica. Nesse aspecto, a existência e validade da Aba Porto e Ecoporto é inquestionável, porquanto seus atos constitutivos foram regularmente inscritos no respectivo registro, sendo, inclusive, reconhecido pela Fiscalização no TVF. Ademais, conforme prevê o artigo 45, parágrafo único do Código Civil, o prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas decaiu em 3 anos, razão pela qual decaiu, em 2012 e 2016, o direito de as Autoridades Fiscais contestarem a constituição da Ecoporto e Aba Porto, respectivamente.

□ Depois de regularmente constituída, como no presente caso, a pessoa jurídica somente poderá ser desconsiderada se restar caracterizado “desvio de finalidade” ou vícios de “confusão patrimonial” entre a sociedade e seus sócios e administradores (artigo 50 do Código Civil). No caso em tela, a Fiscalização não aduziu a ocorrência de “desvio de finalidade” ou vícios de “confusão patrimonial” envolvendo a Aba Porto e a Ecoporto, simplesmente pois tais hipóteses não ocorreram.

□ De fato, não houve desvio de finalidade, na medida em que o objeto preponderante de Aba Porto e Ecoporto era a participação em outras sociedades, tratando-se, portanto, de sociedade holding. Tampouco houve confusão patrimonial da Aba Porto e da Ecoporto com quaisquer sócios ou administradores.

Quinta Razão: Tributação dos Ganhos de Capitais dos Vendedores □ A quinta razão que demonstra a improcedência das alegações da Fiscalização é o fato de os valores recebidos pelos vendedores em decorrência da venda da participação direta ou indireta na Requerente (alienação de 50% das ações representativas do capital social da Requerente à Aba Porto e, posteriormente, alienação de 100% das quotas representativas do capital da CFF à Ecoporto) terem sido devidamente sujeitos ao imposto sobre a renda a título de ganho de capital.

□ É certo que: (i) se na perspectiva do alienante do investimento ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, (ii) na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se tratam de “dois lados de uma mesma moeda”: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente.

□ O CARF reconhece a impossibilidade de adotar medidas contraditórias em relação ao ágio e aos ganhos de capital correspondentes, conforme atestam precedentes citados.

□ Assim, resta claro que a tributação dos ganhos de capital auferidos pelos vendedores na alienação das ações da Requerente e das quotas da CFF confere legitimidade à dedutibilidade das despesas de amortização dos respectivos ágios.

Sexta Razão: Impossibilidade de Invalidação de Atos e Contratos cuja Produção já tenha sido Plenamente Constituída

□ Não é possível invalidar atos e contratos cuja produção já se houver completado, com base em mudança posterior de orientação geral. Esta previsão está contida no artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), alterado pela Lei nº 13.655, de 25.04.2018.

□ Assim, quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado, deverão ser levadas em conta as

orientações gerais da época, sendo vedada a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de orientação geral. Consideram-se orientações gerais, por sua vez, as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

□ Essas alterações foram introduzidas por meio da aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015 (PLS 349/15), proposto para incluir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público” na LINDB.

□ Essas previsões, em verdade, encontram grande semelhança com o teor do artigo 146 e artigo 100, parágrafo único do CTN, os quais determinam que modificações trazidas nos critérios jurídicos não podem retroagir e que contribuintes que observaram práticas reiteradas das Autoridades Fiscais não podem ser penalizados.

□ À época dos fatos (de 2013 a 2017), a jurisprudência majoritária do CARF era favorável à amortização de despesas de ágio ainda que houvessem “sociedades-veículo” na estrutura (o que, repita-se, não é o caso desses autos). De fato, em pesquisa ao acervo de acórdãos do CARF, constam 103 acórdãos em consulta com os termos “ágio”, “empresa” e “veículo” publicados entre 1.1.2013 e 31.12.2017, conforme planilha exemplificativa (doc. nº 36).

□ Seria possível segregar o resultado da pesquisa (103 acórdão da seguinte forma): (i) 9 acórdãos sobre temas não relacionados à dedutibilidade do ágio para fins fiscais (i.e., contribuições previdenciárias, ganho de capital, contribuições ao programa de integração social e contribuições ao financiamento da seguridade social); (ii) 39 acórdãos que analisaram ágios internos, transferências de ágio e ausência de documentação (laudo) que comprovasse a fundamentação econômica do ágio (situações não contempladas no presente caso em concreto); e (iii) 55 acórdãos que analisaram a possibilidade jurídica de amortização do ágio para fins fiscais em operações com sociedades classificadas como “empresas-veículo”.

□ Portanto, para fins de aferir qual seria a jurisprudência administrativa majoritária entre 2013 e 2017, seria necessário analisar o espaço amostral compatível com os fatos narrados no presente processo administrativo, ou seja, os acórdãos mencionados no item (iii) do parágrafo anterior. Dentre tais acórdãos, identificou-se que 32 são favoráveis ao contribuinte, o que demonstra que a jurisprudência majoritária à época dos fatos legitima a prática do contribuinte.

□ Nos precedentes que foram desfavoráveis ao contribuinte, grande parte o foram porque não se identificou propósito comercial na utilização da sociedade holding, o que, repita-se, não ocorre no presente caso, isto porque a Aba Porto e a Ecoporto tiveram finalidade econômica na transação realizada.

□ Resta, portanto, comprovado que a jurisprudência administrativa vigente na época da amortização dos ágios nas bases de IRPJ e CSL da Requerente era majoritária em aceitar a licitude do ágio gerado por intermédio das ditas “empresas-veículo”. Sendo assim, por força do artigo 24 da LINDB, a DRJ não tem outra alternativa senão reconhecer que as condutas perpetradas pelas partes estavam respaldadas no entendimento da jurisprudência administrativa majoritária e, portanto, devem ser aceitas, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica e as disposições específicas da LINDB (artigo 24) e do CTN (artigo 100 e 146).

Sétima Razão: Recentes precedentes favoráveis em casos de alegação de veículo □ Ainda que a Aba Porto e a Ecoporto fossem uma sociedade veículo e fosse possível retroagir a aplicação da jurisprudência, há diversos precedentes recentes do CARF no sentido de que a utilização de uma sociedade veículo não é suficiente para justificar sua

desconsideração para fins do aproveitamento do benefício previsto na Lei 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis.

□ Invocam-se alguns acórdãos proferidos pelo CARF entre 2016 e 2018. Da análise de todos esses casos acima, nota-se que o posicionamento atual do CARF é admitir a amortização fiscal de ágio, na hipótese em que uma sociedade holding (investidora) é incorporada pela sociedade operacional.

Oitava Razão: Preenchimento de Todos os Requisitos Legais para a Dedução do Ágio

□ Todos os requisitos formais e substanciais exigidos pela legislação foram devidamente observados. Nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Lei nº 9.532/97, a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio está condicionada à observância exclusiva de quatro requisitos: aquisição de participação societária com pagamento de ágio; avaliação do investimento com base no MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.; fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa).

□ O primeiro requisito (aquisição de investimento com pagamento de ágio) foi preenchido por meio da aquisição de ações representativas de 50% capital da Requerente pela Aba Porto (ágio de R\$ 409 milhões); aquisição de ações representativas de 41,29% da Aba Porto quando da contribuição de recursos em aumento de capital da referida sociedade (ágio de R\$ 287 milhões); e aquisição das quotas representativas de 100% do capital social da CFF, o que representava 58,71% da participação societária da Requerente pela Ecoporto (ágio de R\$ 402 milhões).

□ Com relação ao segundo requisito (investimento avaliado conforme o MEP), nos termos do artigo 248 da Lei das S.A., a partir da aquisição das ações da Requerente pela Aba Porto e da Aba Porto e CFF pela Ecoporto, as participações societárias passaram a ser registradas por meio do MEP, sendo também fato incontroverso nesses autos.

□ Já no que diz respeito ao terceiro requisito (o ágio deve estar fundamentado na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida), o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77 determinava (à época dos fatos) que a pessoa jurídica que adquirisse investimento sujeito ao MEP deve desdobrar o custo de aquisição do investimento em: valor de patrimônio líquido na época da aquisição; e ágio (ou deságio) apurado na operação, com indicação de sua fundamentação econômica.

□ O registro do investimento foi realizado exatamente como determina o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, com desdobramento do custo de investimento e registro de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura da Requerente, devidamente fundamentada por estudos prévios e pelo Laudo de Avaliação.

□ Por fim, o quarto requisito (incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirida e adquirente) foi atendido por meio da incorporação do acervo da Ecoporto e da Aba Porto pela Requerente em 27.11.2012.

□ Portanto, nos termos da legislação aplicável ao caso, verifica-se que todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos.

□ 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 e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo desta Impugnação.

□ A DRJ tem o dever de afastar a pretensão da Fiscalização de exigir o cumprimento de requisitos vagos e não previstos em lei (a suposta existência de “sociedade-veículo”). A questão que deve ser respondida nestes autos é: qual o requisito previsto na Lei nº 9.532/97 que não foi atendido pela Requerente.

□ A resposta não comporta dúvidas: sob qualquer perspectiva que se examine e que se interprete a Lei nº 9.532/97, a Requerente atendeu a todos os requisitos para amortização fiscal do ágio, uma vez que o preço de venda foi pago a terceiros e a transação possui efetivos propósitos econômicos e negociais. Desse modo, os Autos de Infração carecem de fundamentação legal e deverão ser imediata e integralmente cancelados.

Das Despesas de Juros

□ Há três razões de Direito para afastar a alegação das Autoridades Fiscais.

Primeira razão: aplicação da regra específica em detrimento da Regra Geral □ Segundo os cânones da Teoria Geral do Direito, a regra da especialidade é uma das formas de resolução de antinomias no Direito. Nesse sentido, quando há duas regras regulando o mesmo comportamento, aplica-se aquela mais específica em detrimento da regra geral. Em abono do argumento, cita-se Maria Helena Diniz.

□ Dessa forma, será necessário investigar cada uma das normas contidas no art. 299 e 374 do RIR/99 vigentes à época dos fatos, para concluir se a última poderia ser tida como especial em relação a primeira.

□ O art. 299 do RIR/99 apresenta uma regra genérica, aplicável a todas as despesas da pessoa jurídica, salvo a existência de regra específica que regule a situação. Em outras palavras, se houver regra que apresente todos os requisitos para sua aplicação, não será necessário realizar o teste de usualidade e normalidade das despesas para aferir sua dedutibilidade, isto é, na existência de uma regra mais específica, o interprete terá que se voltar a sua própria regulamentação para fazê-la incidir, afastando-se normatização contida na regra geral.

□ Um exemplo dessa realidade é a própria regra jurídica que garante o direito à amortização das despesas de ágio: art. 7º e 8º da Lei 9.532/97. O referido regramento apresenta quatro requisitos para se permitir a dedutibilidade das despesas de amortização do ágio para fins fiscais: compra de participação societária avaliada pelo MEP; desdobramento do custo de aquisição em patrimônio líquido adquirido e ágio; deter demonstrativo que comprove que o ágio registrado estava baseado em expectativa de rentabilidade futura da empresa adquirida; e incorporação da sociedade adquirida pela sociedade adquirente (ou vice-versa). Uma vez atendidos esses requisitos (especiais), a regra jurídica que garante direito à amortização do ágio para fins fiscais teria imediata aplicabilidade, não sendo necessário avaliar se tal despesa de amortização seria normal, usual ou necessária ao aferimento dos lucros da sociedade adquirente ou da sociedade adquirida.

□ O mesmo acontece com a classificação da despesa financeira com juros como dedutível: há regra específica para tanto. Trata-se do art. 374 do RIR/99. Ora, o dispositivo dispõe que tais valores “são dedutíveis, como custo ou despesa operacional” desde que observados os incisos subsequentes. Portanto, desde que os encargos financeiros sejam apropriados pro rata temporis, a regra do artigo 374 os classifica como dedutíveis, independentemente de atendimento da regra de usualidade e normalidade. Há, aqui, um regramento específico que deverá ser aplicado em detrimento da regra geral.

□ Conforme as lições da Maria Helena Diniz, a norma contida no art. 374 contém todos os elementos necessários e suficientes para a classificação da despesa financeira como operacional. Portanto, a despesa financeira com juros decorrentes de empréstimos, desde que seja apropriada pro rata temporis sempre será dedutível (seja para a pessoa jurídica que o contratou, seja à pessoa jurídica que assumiu a dívida após a incorporação da contratante), visto que não é necessário fazer qualquer análise acerca de sua essencialidade, usualidade e normalidade para aferir se a despesa é ou não dedutível. Em abono do argumento, invoca-se trecho de parecer jurídico da lavra de Ricardo Mariz

de Oliveira juntado aos autos do Caso Atacadão (Acórdão nº 1402-002.119) – disponibilizado no próprio acórdão.

□ Portanto, conclui-se que a regra especial do art. 374 do RIR/99 deverá ser aplicada ao presente caso em concreto em detrimento da regra geral contida no art. 299 do RIR/99. Assim, a glosa das despesas financeiras incorridas pela Requerente sob alegação de que não seriam necessárias não merece prosperar.

Segunda razão: As despesas de Juros são Necessárias, Usuais e Normais em Aquisições Alavancadas

□ As despesas de juros são inerentes a aquisições alavancadas, de modo que os requisitos legais para que as despesas financeiras sejam dedutíveis foram integralmente atendidos.

□ O artigo 47 da Lei nº 4.506, de 30.11.1964, estabelece que serão admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica. Com isso, exceto em algumas situações específicas, toda a despesa incorrida pela pessoa jurídica para aquisição de bens, serviços ou utilidades deve ser considerada como dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSL, desde que incorrida com o propósito de manter em funcionamento a fonte produtora dos rendimentos.

□ O caso examinado consiste na aquisição alavancada da Requerente pela Ecoporto. É inerente às aquisições alavancadas a tomada de dívida e, consequentemente, o pagamento de juros a ela atrelados. Nesse contexto, não há alegar que os juros não são necessários, usuais e normais. Simplesmente não se trataria de aquisição alavancada se não houvesse dívida.

□ O artigo 17, parágrafo único do Decreto-Lei 1.598/77 estabelece que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte serão dedutíveis como custo ou despesa operacional.

□ O artigo 31 da Lei nº 11.727/08, que estabelece regime tributário específico para as despesas financeiras vinculadas à aquisição de investimentos por sociedades holdings. O dispositivo reforça que as despesas de juros incorridas pelas sociedades holdings, em decorrência de empréstimos tomados para financiamento de investimentos em outras sociedades, serão dedutíveis para fins fiscais. Ainda, referido dispositivo estabelece a possibilidade de a sociedade holding diferir a dedução dessas despesas de juros para o momento em que ocorrer a eventual alienação ou liquidação de investimentos adquiridos, a fim de evitar a formação de prejuízos fiscais cuja compensação é limitada pela trava de 30% estabelecida pela legislação tributária.

□ De imediato, já resta inequívoca a possibilidade de a Requerente deduzir as despesas financeiras assumidas após a incorporação do acervo advindo da Ecoporto (incorporado pela Requerente após a cisão parcial da Aba Porto com a versão do investimento detido na Requerente em aumento de seu capital), tendo em vista as disposições expressas da legislação tributária nesse sentido.

□ A opção pela realização do investimento por meio de uma aquisição alavancada é uma faculdade colocada à disposição das pessoas jurídicas pelo ordenamento jurídico brasileiro. O juízo quanto à necessidade de captação de financiamento cabe exclusivamente aos administradores da sociedade. Portanto, em nenhuma hipótese, a operação de empréstimo poderia ser considerada um ato de liberalidade da Ecoporto.

□ A dívida tomada teve como objetivo permitir a aquisição do controle da Requerente. A aquisição de participações societárias é, sem dúvida alguma, transação necessária ao desempenho da atividade empresarial.

□ Não se pode permitir o entendimento extremamente restritivo a respeito da análise sobre a necessidade das despesas para fins de aferição de sua dedutibilidade exposto pelas Autoridades Fiscais. Isto é, se fosse permitido o entendimento de que somente seriam dedutíveis as despesas intrinsecamente atreladas ao objeto social da Requerente (exploração da atividade portuária vinculada ao contrato de arrendamento com a Codesp), seria possível concluir que se a Requerente contraísse um empréstimo para adquirir investimento (qualquer que ele seja), a despesa com juros não seria para ela dedutíveis, o que seria um absurdo.

□ É inquestionável que as despesas financeiras decorrentes de empréstimos tomados para aquisição de participações societárias configuram despesas necessárias às atividades de todas as pessoas jurídicas. As aquisições de participações societárias, com o crescimento dos investimentos das empresas, visam à conservação e ao crescimento da fonte produtora. A possibilidade de a Requerente deduzir as despesas de juros decorre do próprio artigo 31 da Lei 11.727/08.

□ O CARF, por diversas vezes, já manifestou seu entendimento no sentido de que as despesas financeiras relacionadas a empréstimos tomados para adquirir participações societárias configuram despesas necessárias aos contribuintes.

□ Não há dúvidas de que as despesas de juros decorrentes do empréstimo tomado pela Ecoporto representam despesas necessárias e, portanto, são dedutíveis. Ora, se tais despesas financeiras seriam dedutíveis para a Ecoporto, não faz sentido considerar que essas mesmas despesas financeiras seriam indedutíveis quando incorridas pela Requerente.

□ As despesas financeiras em questão foram incorridas pela Requerente por simples decorrência da incorporação da Ecoporto pela Aba Porto, seguida de sua cisão total com a versão do acervo (investimento na Requerente e dívida contraída) à Requerente. Dessa forma, essas despesas financeiras devem manter a mesma natureza jurídica que apresentavam antes da incorporação societária.

□ Deve também ser considerado que a Requerente não incorreu nas despesas financeiras em questão por ato de liberalidade. Muito pelo contrário, as despesas financeiras foram incorridas pela Requerente por decorrência de obrigação legal. O artigo 1.116 do Código Civil, ao conceituar a operação de incorporação, é expresso e mandatário ao estabelecer que a empresa que absorveu a outra, em uma incorporação societária, lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Sendo assim, a Aba Porto sucedeu a Ecoporto em todos os seus direitos e obrigações.

□ O mesmo ocorreu quando a Aba Porto foi totalmente cindida com a versão do investimento na Requerente e da dívida contraída pela Ecoporto em seu aumento de capital, isto porque o § 1º do artigo 229 da Lei das S.A. dispõe que a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. Portanto, os efeitos relativos à transferência da dívida da Ecoporto para a Aba Porto e da Aba Porto para a Requerente decorrem da Lei.

□ A verdade é que a incorporação/cisão seguida de versão do acervo não têm o condão de alterar a natureza do passivo da empresa incorporada/cindida, tal como não alteram o seu tratamento fiscal de operacional (dedutível) em não necessária (indedutível). Na incorporação/cisão seguida de versão do acervo, há o mero transpasse de bens, direitos e obrigações de uma pessoa jurídica para a outra, de forma que o tratamento tributário que se aplicava na sociedade extinta é igualmente aplicável na sucessora. Essa manutenção da mesma natureza só não é aplicável nos casos em que há uma regra específica que estabelece um tratamento diverso, tal como é o caso da impossibilidade de aproveitamento de prejuízos fiscais e bases negativas de CSL acumulados pela sucedida na sucessora (evento que não ocorre no caso de despesas financeiras decorrentes de dívidas).

□ O CARF também já se manifestou no sentido de que as despesas apropriadas pelas sociedades incorporadoras devem seguir o mesmo tratamento tributário que seria aplicável na sociedade incorporada. 243. Além desses precedentes, invoca-se trecho do voto do Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto no Caso Atacadão que deixa claro o posicionamento do CARF sobre o momento de aferição da dedutibilidade da despesa (note-se que o precedente também trata de uma compra alavancada, cuja dívida foi transferida à sociedade adquirida por meio de incorporação). Esse entendimento coaduna-se com os comentários do Relator Caio Cesar Nades Quintella do Caso John Deere (Acórdão 1402-002.443).

□ Portanto, é possível concluir que, se as despesas financeiras eram necessárias à Ecoporto, também seriam à sociedade que incorporou seu acervo, Aba Porto, por força do caput do artigo 227 da Lei das S.A., e também seriam à sociedade que recebeu o acervo (investimento na Requerente e dívida) quando da cisão parcial da Aba Porto, por força do § 1º do artigo 229 da Lei das S.A. Dessa forma, não resta razão à alegação das Autoridades Fiscais de que a referida despesa financeira não seria necessária.

Terceira razão: as despesas financeiras incorridas pela Requerente trouxeram benefícios econômicos a ela própria □ As despesas financeiras incorridas pela Requerente também trouxeram benefícios a ela própria, porque, como a dívida foi imprescindível para a operação de compra do controle da Requerente pela Ecoporto, é consequência lógica que esta mesma dívida foi necessária para viabilizar a mudança do controle societário da Requerente. Ou seja, a contratação da dívida fez com que o capital da Requerente fosse transferido para o Grupo Ecorodovias e que fosse possível, à Requerente, ganhar sinergias decorrentes da mudança de seu controle, fato que otimizou sua operação, reduzindo seus custos e aumentando sua rentabilidade.

□ Com a transferência das ações representativas do capital social da Requerente, essa sociedade passou a ser detida por grupo com sólida reputação no mercado brasileiro de infraestrutura e logística. A Requerente passou a ter gestão completamente profissionalizada, que gerou ganhos indispensáveis ao crescimento dos seus resultados. Até por isso, é possível dizer haveria novas receitas em função da prospecção de novos negócios feitos pela Requerente por conta desse novo cenário.

□ E não foi só isso. Ao fazer parte do Grupo Ecorodovias, a marca da Requerente também se tornou mais conhecida. Isso sem contar que, após a aquisição da Requerente, o Grupo passou a consolidar, expandir e unir os ativos para alcançar eficiências produtivas.

□ Portanto, resta plenamente demonstrado que a transferência do controle da Requerente, que passou a ser detida pelo Grupo Ecorodovias, trouxe efetivos benefícios econômicos e operacionais para ela própria. Ao contrário do que pretende fazer crer a Fiscalização, a dívida contraída pela Ecoporto também trouxe benefícios sob a ótica da Requerente, na medida em que após a transação as atividades da Requerente foram expandidas e passaram por processo de profissionalização inerente à gestão adotada pelos grandes grupos empresariais.

□ Assim, os juros incorridos foram necessários e essenciais, também, à atividade da Requerente.

A INADEQUAÇÃO DAS MULTAS APLICADAS O descabimento da multa qualificada na amortização do ágio

□ Ainda que fosse admitida a exigência do IRPJ e da CSL, o que se considera apenas para argumentar, sob nenhuma hipótese, poderia ter sido aplicada a multa qualificada de 150%.

□ A Fiscalização analisou equivocadamente os fatos concretos desse processo administrativo e alegou, de modo genérico, que teria ocorrido fraude e conluio. Não

houve indicação específica de qual o vício, em cada ato e negócio jurídico, que deveria ser invalidado.

☐ Para que se possa cogitar a aplicação da multa de ofício em percentual qualificado, o artigo 44, § 1º, da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei 11.488/07, exige que o contribuinte tenha incorrido em uma das hipóteses descritas pelos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64, i.e., sonegação, fraude ou conluio.

☐ A fraude e o conluio têm uma definição precisa, sendo que apenas se ocorrida e comprovada da forma expressamente prevista na legislação, o que somente se dá em casos extremos, estaria autorizada a imposição de multa agravada de 150%. Os conceitos de fraude e conluio se baseiam essencialmente na prática de atos lesivos a interesses de terceiros. Os sujeitos que atuam em conluio, de forma fraudulenta, são aqueles que têm a clara intenção de frustrar regras e deveres legais.

☐ A caracterização da fraude e do conluio ainda depende da comprovação da intenção dolosa de mascarar ou disfarçar a ocorrência do fato gerador. Desse modo, a fraude e o conluio se constatarem nos casos em que o contribuinte se vale de meios ilícitos para evitar a tributação ou reduzir o montante devido, como ocorre nos casos de falsificação de documentos, declarações falsas, contabilização de notas fiscais em duplicidade etc.

☐ Ora, no caso analisado, não se verifica a ocorrência de fraude tributária, tampouco abuso de direito ou simulação. Em nenhum momento pretendeu-se realizar atos societários para “driblar” as normas tributárias em questão buscando a redução dos tributos devidos.

☐ Para que haja imputação de fraude, a Fiscalização deve demonstrar que o contribuinte tinha conhecimento do ilícito e tinha a vontade de enganar, o que a doutrina penalista chama de elemento intelectual e volitivo. Por elemento intelectual entende-se o conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do ilícito e, em consequência, do valor tutelado pela norma. O elemento volitivo significa a vontade de realizar a conduta contraposta pela norma penal. Em abono do argumento, cita-se decisão do CARF.

☐ No presente caso, não existe nenhum espaço para a aplicação de multa qualificada, isto porque todos os atos praticados pelos Grupos Barbeito, Grupo Formitex e Grupo Ecorodovias foram feitos nos estritos termos da lei e consoante a vontade das partes. Não há qualquer intenção de lesar terceiros nas operações praticadas pelas sociedades dos referidos grupos.

☐ As operações praticadas pelas sociedades dos Grupos Formitex e Ecorodovias para implementar a aquisição do controle (direto e indireto) na Requerente foram reais, devidamente registradas nos órgãos públicos competentes e contabilizadas nos livros fiscais e contábeis das sociedades envolvidas. Mais que tudo, a constituição da Aba Porto e Ecoporto e as atividades por elas desempenhadas tiveram razões negociais e empresariais legítimas, eventuais impactos tributários são mera consequência (e não causa) de sua existência.

☐ Portanto, ainda que existisse algum equívoco interpretativo (o que se admite apenas para argumentar), não há que se falar em infração à legislação tributária, muito menos uma infração dolosa à legislação tributária.

☐ Ainda que existisse um planejamento tributário julgado irregular para fins de aproveitamento fiscal do ágio (o que, reitera-se, não é o presente caso em concreto), a jurisprudência da CSRF reconhece, em recentíssimo precedente (Caso Johnson & Johnson – Acórdão 9101-003.365), que a multa qualificada não deve ser aplicada, em especial quando houver dúvida razoável acerca do dolo do sujeito passivo, sendo ônus da Fiscalização comprovar o comportamento doloso.

☐ O CSRF identificou que operações supostamente tidas como artificiais por ausência de propósito negociais, mesmo que inoponíveis ao fisco, não podem ser tidas, de forma automática, como sonegação, fraude ou conluio. Devendo-se, para tanto, ser demonstrado evidente intuito de fraude.

☐ Da mesma forma, a Fiscalização alega de forma totalmente genérica que teria ocorrido conluio no presente caso, sem apresentar documento, fato, ato ou qualquer prova que demonstre a conduta conjunta da Ecoporto, Aba Porto e EIL para praticar quaisquer crimes.

☐ Os elementos de prova aqui apresentados, analisados à luz das explicações acima fornecidas, não permitem que se cogite de uma suspeita minimamente racional de fraude ou de qualquer tipo de conduta dolosa por parte da Requerente, sendo inviável alegar-se que há “evidente intuito de fraude”. O antigo Conselho de Contribuintes chegou a editar a Súmula nº 14, no sentido de que a multa qualificada de 150% somente pode ser aplicada em caso de “evidente intuito de fraude”. ☐ Tem-se, no máximo, uma divergência no entendimento da legislação entre a Requerente e a Fiscalização - o que não pode, em nenhuma hipótese, gerar a aplicação de uma multa qualificada.

☐ Some-se a esses pontos que, além de registrar todos os seus atos nos estritos termos da legislação em vigor, a Requerente portou-se de forma exemplar durante a fase de fiscalização e disponibilizou todas as informações e documentos solicitados pela Fiscalização, sem jamais omitir ou ocultar qualquer informação.

☐ Adicionalmente, além dos precedentes do CARF já citados acima reconhecendo a legitimidade do ágio registrado por sociedades holdings (chamadas equivocadamente pela Fiscalização como “empresa veículo”), a Requerente esclarece que há diversos julgamentos favoráveis à dedução de valores registrados em relação a ágio interno (o que não é o caso ora tratado), casos em que o CARF também afastou a aplicação da multa qualificada de 150%.

☐ Ora, se nos casos envolvendo amortização fiscal de ágio interno (o que, repita-se, não é o caso em exame no presente processo administrativo) a multa qualificada de 150% foi afastada, ainda com mais razão a penalidade deve ser reduzida nos casos envolvendo ágios gerados em transações com real substância econômica.

☐ Ainda que a DRJ entenda que não houve excesso da Fiscalização, o que se admite apenas para argumentar, o artigo 112 do CTN dispõe expressamente que a norma tributária que comine penalidades deverá ser interpretada e aplicada da maneira mais favorável ao contribuinte em casos de dúvida a respeito da capitulação legal do fato e da natureza ou das circunstâncias materiais do fato.

☐ Na realidade, no pior cenário, o presente caso deveria ser tratado como um mero conflito entre interpretações dadas pelas Autoridades Fiscais e pela Requerente a um mesmo conjunto fático, de forma que a multa qualificada aplicada pela Fiscalização deve ser integralmente cancelada, ou, no mínimo, reduzida para 75%, dadas as disposições contidas no artigo 112, I e II do CTN.

☐ As operações autuadas no presente processo administrativo estão sendo reconhecidas e validadas pela atual jurisprudência administrativa.

☐ Assim, não se pode arguir simulação, fraude, dolo ou conluio. Quando muito, poder-se-ia falar em “erro de proibição”, pois, se é que havia qualquer ilicitude nas operações examinadas (o que se admite para argumentar), não havia ao menos conhecimento por parte da Requerente acerca dessa suposta ilicitude do negócio. É nesse sentido que tem decidido a jurisprudência administrativa.

☐ O artigo 76, II, alínea “a” da Lei 4.502/64 veda a aplicação de penalidades enquanto houver interpretação jurisprudencial administrativa irrecorrível dando determinada

interpretação a uma situação jurídica, mesmo que o interessado não tenha sido parte no caso.

☐ Ora, se as operações em exame, na forma como estruturadas, eram (e continuam a ser) acolhidas pela jurisprudência, fica patente que a Requerente agiu de boa-fé, sendo incabível a aplicação de penalidades, nos termos do artigo 76, II, alínea “a” da Lei 4.502/64.

☐ Dessa forma, também se considerada a interpretação que tradicionalmente vem sendo dada pela jurisprudência administrativa às operações praticadas pela Requerente, bem como o tratamento que se dá à figura do erro de proibição no Direito tributário, resta demonstrada a insubsistência da multa qualificada imposta pela Fiscalização no presente processo administrativo.

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

☐ No mesmo sentido, o artigo 142 do CTN dispõe que no ato do lançamento, a Autoridade Administrativa, sendo o caso, poderá propor a aplicação da penalidade cabível. Ora, o termo “propor” no artigo em referência deve ser entendido como a competência dada à autoridade fiscal para ponderar as situações objetivas e subjetivas da conduta praticada pelo contribuinte, de modo que possa ser feito um verdadeiro juízo de pertinência e de adequação da aplicação da penalidade, se for o caso.

☐ O STF, por unanimidade de votos, confirmou a redução do percentual de multa originalmente fixada em 60% do valor principal em discussão para 30%, corroborando a aplicação da teoria da proporcionalidade ao caso concreto.

☐ Por todas as razões acima expostas, resta demonstrado o total descabimento da aplicação da multa qualificada de 150% à Requerente no presente caso, razão pela qual se pleiteia seu imediato cancelamento.

A Inaplicabilidade da Multa Isolada

☐ Conforme demonstrado ao longo desta Impugnação, é totalmente improcedente a exigência de multa, seja ela punitiva ou isolada, pois os tributos ora questionados não são devidos pela Requerente. Ainda assim, os Autos de Infração que originaram o presente processo administrativo visam cobrar tanto valores a título de multa punitiva quanto de multa isolada.

☐ Não obstante, se fosse admitida a possibilidade de cobrança da multa no caso em tela, tem-se que ela somente poderia ser exigida uma única vez e não duas, como pretende as Autoridades Fiscais.

☐ Em artigo específico sobre esse assunto, MARCO AURÉLIO GRECO se posicionou de forma expressa quanto à impossibilidade de aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício, sobretudo quando o lançamento se dá após o encerramento do ano-calendário.

☐ O artigo 44, §1.º, da Lei 9.430/96 é claro ao estabelecer que a multa isolada somente pode ser exigida quando a pessoa jurídica que, sujeita ao pagamento do imposto por estimativa, deixar de fazê-lo e não houver valores de principal possivelmente exigíveis pela Fiscalização. Por outro lado, quando houver tributo a ser pago, a multa punitiva deverá ser cobrada juntamente com o valor do principal. Nesse caso, não teria cabimento a exigência da multa isolada.

☐ Se uma empresa é optante do regime de estimativa mensal na tributação pelo IRPJ e CSL, e acredita que a legislação aplicável lhe autoriza a excluir montantes mensais do

seu lucro tributável, é claro que essa exclusão terá efeito tanto nos montantes mensais como no montante anual. Ao se admitir a imposição de multa nesses casos, seria como admitir que a multa de ofício fosse de 125% ou mesmo de 200%, o que, em qualquer dos casos, não seria razoável.

□ Dizer ainda que a multa isolada é aplicada em infração distinta daquela da multa de ofício, revela um formalismo descabido e totalmente dissonante de qualquer razoabilidade jurídica e interpretativa. Por mais que o artigo 14 da Lei 11.488/07 tenha alterado a redação do artigo 44 da Lei 9.430/96, base legal para a aplicação de penalidades de ofício e isolada, não houve alteração material na sistemática de aplicação de ambas as penalidades.

□ A comparação entre a redação do artigo 44 da Lei 9.430/96 antes e depois da vigência da Lei 11.488/07 deixa cristalino o descabimento das alegações feitas pela Fiscalização. E foi justamente por tal razão que a Súmula CSRF 105, de 8.12.2014, em nenhum momento impôs limitações temporais à vedação para aplicação concomitante de multa isolada e multa de ofício.

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

□ Por essa razão, somente a multa de ofício pode ser aplicada ao final do ano-calendário, que é a segunda e principal conduta, não havendo que se falar na punição pela multa isolada da mera conduta-meio nesse caso, que é a falta de antecipações no regime de estimativa mensal, em função dos mesmos fatos geradores.

□ Há também precedentes do STJ nesse sentido (REsp nº 1.496.354 e Resp Nº 1.329.023 - doc. nº 37). Assim, resta também demonstrada a necessidade de cancelamento da multa isolada aplicada simultaneamente com a multa de ofício.

A impossibilidade de aplicação dos juros sobre a multa de ofício □ Por fim, mesmo na hipótese de serem mantidos quaisquer valores a título de multa, a atualização desses valores não poderá ser feita com a incidência de juros pela taxa SELIC, já que o CARF se manifestou diversas vezes⁷ no sentido de que tais multas não são atualizáveis. Do mesmo modo, a CSRF pacificou no julgamento do Recurso de Divergência nº 202-131.351 a questão acerca da ilegalidade da incidência dos juros moratórios (seja a taxa SELIC ou o percentual de 1% ao mês) sobre a multa.

□ Em sessão realizada em 8.12.2014, a CSRF rejeitou proposta de Súmula que autorizaria a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício (4ª Proposta de Enunciado de Súmula prevista pela Portaria nº 23, de 21.11.2014 – “Portaria 23/14”), o que deixa evidente a impossibilidade de cobrança de quaisquer multas com atualização por tal índice.

A INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

□ Sem prejuízo da Impugnação a ser apresentada pela EIL, indicada como responsável solidária, a Requerente requer o cancelamento do Termos de Sujeição Passiva lavrados pela Fiscalização pela inexistência de qualquer conduta que possa ser interpretada como conluio ou fraude.

□ Ademais, a Fiscalização não apresentou qualquer conduta que pudesse justificar a responsabilidade da EIL pelos créditos tributários lavrados nos presentes Autos de Infração, principalmente com base no artigo 124, inciso I, do CTN, isto porque a referida espécie de responsabilização solidária é muito específica e só se dá em

situações em que a Requerente e o suposto responsável estejam no mesmo polo da relação obrigacional (que implica na relação jurídico tributária constituída), o que não ocorre de forma nenhuma no presente caso em concreto.

AS CONCLUSÕES E PEDIDOS

☐ A Impugnação é tempestiva e deve ser integralmente apreciada e acolhida em suas razões de fato e de Direito, que demonstram a total improcedência da infundada exigência fiscal.

☐ Como preliminar, requer-se a declaração de nulidade dos Autos de Infração, com a consequente extinção da exigência tributária por duas razões. A Fiscalização não indicou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Fiscalização limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que as Autoridades Fiscais copiem trechos de dispositivos legais. É necessário que seja demonstrado qual o fato concreto contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita pela Fiscalização. Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação ao Direito, ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Fiscalização de ingerir na liberdade da esfera privada. A aquisição da Requerente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada. Nesse modelo, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Fiscalização questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma. Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida), não compete às Autoridades Fiscais fazerem juízos de valor em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Fiscalização de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado (i.e., aquisição alavancada).

☐ No que diz respeito às despesas de ágio, a Requerente requer o integral acolhimento de suas razões de Direito e consequente extinção da exigência tributária, alegando oito razões já resumidas nos itens precedentes deste relatório.

☐ No que diz respeito às despesas de juros, a Requerente requer o integral acolhimento de suas razões de Direito e consequente extinção da exigência tributária, alegando três razões já resumidas nos itens precedentes deste relatório.

☐ A severa multa de 150% aplicada pela Fiscalização também deve ser prontamente afastada, mesmo que o crédito tributário discutido nestes autos seja mantido, pois, como se sabe, essa penalidade somente poderia ser imposta a casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, isto é, 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 pela Requerente não lhe davam o direito de proceder como procedeu, o que se coloca apenas para argumentar, não se pode falar em qualquer tipo de fraude.

☐ A Requerente jamais falsificou documentos ou “maquiou” livros contábeis ou fiscais, ao contrário, sempre registrou, às claras, todas as operações em sua contabilidade. A Requerente 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. Na pior das hipóteses, portanto, a Fiscalização pode alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações

praticadas pela Requerente, mas isso jamais poderia servir de base para se pressupor a falta de boa-fé da Requerente e acusa-la de ter incorrido em fraude.

☐ 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 CSL, 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 CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento desses valores juntamente com uma penalidade aplicada de ofício, não há que se falar em multa isolada. Já está amplamente pacificado na jurisprudência 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.

☐ 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.

☐ Sem prejuízo de Impugnações específicas apresentadas pelos sujeitos indicados como responsáveis solidários, a Requerente demonstrou que não há nenhuma conduta que possa ser interpretada como conluio ou fraude para justificar a imputação de responsabilidade, muito menos por força do artigo 124, inciso I, do CTN. Além disso, a Fiscalização não apresentou de maneira específica quais seriam os supostos atos praticados pela EIL que lhe imputariam a responsabilidade. Observadas as razões peculiares a cada sujeito, a Requerente requer o cancelamento de todos os termos de sujeição passiva.

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

☐ Assim sendo, a Requerente pleiteia o acolhimento integral da presente Impugnação e o imediato cancelamento dos Autos de Infração (principal, multas e juros), com o consequente arquivamento do processo administrativo.

☐ Mesmo que o crédito principal seja mantido, o que se admite apenas para argumentar, a Requerente pleiteia a redução da multa de ofício de 150% para 75% por ausência de dolo, fraude, sonegação ou conluio nas operações analisadas nestes Autos de Infração.

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

IMPUGNAÇÃO APRESENTADA EM NOME DE ECORODOVIAS INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA S/A

TEMPESTIVIDADE

☐ O artigo 5.º do Decreto nº 70.235/72 e o artigo 210 do Código Tributário Nacional (“CTN”) estabelecem que os prazos são contínuos, excluindo-se de sua contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento. Além disso, nos termos do parágrafo único de ambos os dispositivos, os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal do órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

☐ Considerando que a Requerente tomou ciência do Termo de Sujeição Passiva e dos Autos de Infração em 7.12.2018 (sexta-feira) (doc. nº 3), a contagem do prazo de 30

para apresentação desta Impugnação teve início em 10.12.2018 (segunda-feira) e se encerra em 8.1.2019 (terça-feira). Portanto, esta Impugnação é tempestiva.

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

□ Não obstante a regularidade dos procedimentos adotados pelas sociedades envolvidas na aquisição do controle do Complexo Tecondi (denominação dada às seguintes sociedades operacionais: Tecondi - Tecondi – Terminal de Contêineres da Margem Direita S.A. (“Tecondi”), antiga denominação da Requerente; Termares Terminais Marítimos Especializados Ltda. (“Termares”) e Termlog Transporte e Logística Ltda. (“Termlog”)), bem como a ausência de dolo, fraude ou simulação, as Autoridades Fiscais lavraram Termo de Sujeição passiva contra a Requerente, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional (“CTN”).

□ A Fiscalização equivocou-se ao lavrar Termo de Sujeição Passiva contra a Requerente, na medida em que não há, sob qualquer perspectiva que se analise o caso em concreto, embasamento legal para imputar a referida solidariedade.

□ Caso as Autoridades Fiscais entendam que a Requerente é solidariamente responsável pelo débito fiscal cobrado nos referidos Autos de Infração, a Requerente esclarece que: (i) a Fiscalização também se equivocou na análise dos fatos e do Direito a eles aplicável, fato que cominou na equivocada lavratura de Autos de Infração; e, por conta disso, (ii) a integralidade dos fatos e argumentos que determinam o cancelamento da exigência tributária, apresentados pela Ecoporto Santos, também dever ser aplicados à presente exigência fiscal contra a Requerente.

A INEXISTÊNCIA DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

A legitimidade para a apresentação de Impugnação

□ Tendo em vista que a Requerente foi indicada como responsável solidária por meio de Termo de Sujeição Passiva, ela tem legitimidade para apresentar a presente Impugnação com o propósito de contestar a sua inclusão como responsável solidária e o próprio lançamento tributário efetuado pela Fiscalização, conforme o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Esse entendimento, aliás, encontra-se atualmente convertido na Súmula 71 editada pelo Pleno do CARF.

□ Como já mencionado acima: (i) os argumentos específicos que determinam a exclusão da Requerente como responsável solidária pela obrigação tributária encontram-se relacionados abaixo; e (ii) aplicam-se à presente Impugnação todos os fatos e argumentos apresentados pela Ecoporto Santos em sua Impugnação que determinam o cancelamento dos Autos de Infração.

As alegações da Fiscalização

□ Sob qualquer perspectiva que se analise os fatos relatados no Termo de Verificação Fiscal (“TVF”), parte integrante dos Autos de Infração, não se é possível chegar às mesmas conclusões da Fiscalização, porque: (i) o “interesse comum” previsto no inciso I do artigo 124 do CTN não é interesse econômico, e sim interesse jurídico, fato que não ocorre no presente caso em concreto entre a Requerente e a Ecoporto Santos, muito menos entre a Requerente, a Aba Porto Participações S.A. (“Aba Porto”) e a Ecoporto; (ii) a doutrina majoritária, inclusive todos doutrinadores citados pelas Autoridades Fiscais (isto é, trechos descontextualizados de suas obras), corrobora o entendimento da Requerente de que o “interesse comum” seria jurídico (a Requerente e a Ecoporto Santos deveriam estar no mesmo polo da relação jurídico tributária), fato que não ocorre no presente caso em concreto; (iii) a jurisprudência administrativa também vai ao encontro do entendimento da Requerente, o que não permite outra conclusão senão a de que o Termo de Sujeição Passiva Solidária deve ser imediatamente cancelado; e, por fim, as condutas realizadas pela Requerente nos anos de 2011 e 2012 foram lícitas (não

há qualquer dolo, fraude ou simulação comprovados) e razoáveis, sob uma perspectiva econômica de atuação de uma empresa controladora de um grupo econômico com diversas sociedades (“Grupo Ecorodovias”), fato que afasta qualquer possibilidade de responsabilização da Requerente.

A interpretação incorreta do Artigo 124, inciso I, do CTN pelas Autoridades Fiscais

□ O artigo 124, inciso I, do CTN, estabelece a responsabilidade solidária entre as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária. Ocorre que a regra contida no CTN foi aplicada de forma equivocada no presente caso.

□ A inaplicabilidade da referida norma ao presente caso em concreto decorre de dois fundamentos principais: (i) o dispositivo do CTN somente pode ser aplicado para entidades que estejam no mesmo polo da relação jurídica – e jamais para inclusão de terceiros na relação jurídico-tributária; e (ii) não existe fato gerador da obrigação tributária.

□ Em relação ao primeiro fundamento, as Autoridades Fiscais adotaram, de forma incorreta, uma interpretação extensiva do significado da expressão “interesse comum” para abranger situações em que as partes exercem suas atividades de modo independente. A doutrina e a jurisprudência há muito tempo reconhecem que a expressão “interesse comum” não confere um cheque em branco para a atribuição de responsabilidade sempre que existir a participação de outra pessoa jurídica em determinado negócio jurídico que esteja próxima à situação que constitua o suposto fato gerador da obrigação tributária.

□ Pelo contrário, o dispositivo deve ser sempre aplicado em situações muito específicas e delimitadas, sempre que duas pessoas estiverem no mesmo pólo da situação que constitui o fato jurídico tributário. Um exemplo clássico utilizado pela doutrina é a situação de condôminos que possuem o “interesse comum” em determinada propriedade, por exemplo, com responsabilidade solidária pelo recolhimento do Imposto Predial Territorial Urbano (“IPTU”). Os condôminos estão no mesmo polo jurídico (são proprietários do terreno), de forma que possuem “interesse comum” na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária (ser proprietário de imóvel urbano).

□ Portanto, a atribuição de responsabilidade solidária nos termos do Artigo 124, inciso I, do CTN apenas é admitida nas situações específicas em que as partes estão no mesmo polo da relação jurídica que dá origem ao suposto fato gerador.

□ No presente caso, as Autoridades Fiscais entenderam que o fato gerador da obrigação tributária ocorreu quando a Ecoporto Santos amortizou despesas decorrentes dos ágio registrados na aquisição de 50% das ações representativas do seu capital social pela Aba Porto e 100% das quotas representativas do capital social da CFF Participações S.A. (“CFF”), o que representava 58,71% das ações representativas do capital social da Ecoporto Santos; e deduziu as despesas financeiras atreladas às debêntures emitidas pela Ecoporto para financiar o pagamento relativo à aquisição.

□ Portanto, em nenhuma dessas situações (momento em que o suposto fato gerador da obrigação tributária ocorreu) a Requerente estava no mesmo polo da relação jurídico tributária que a Ecoporto Santos.

□ Ademais, caso fosse entendido que as aquisições em si é que deveriam ser consideradas como momento de ocorrência do fato gerador, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim a Requerente não teria desempenhado a mesma função jurídica (sob a perspectiva de aquisição das participações societárias que geraram os ágio e da emissão das debêntures que geraram as despesas financeiras) que a Aba Porto e a Ecoporto.

□ A Aba Porto, sequer, era sociedade pertencente ou controlada pelo Grupo Ecorodovias quando da aquisição de 50% das ações representativas do capital social da Ecoporto Santos (geração de no valor de R\$ 409 milhões) em 10.5.2012. Portanto, não faz sentido atribuir interesse econômico comum à referida sociedade (o que já serviria para afastar a alegação de responsabilidade solidária inclusive sob a perspectiva equivocada as Autoridades Fiscais).

□ Além disso, a Aba Porto e a Ecoporto desempenharam importantes funções econômicas nas transações realizadas, fato que foi explorado de forma detalhada na Impugnação da Ecoporto Santos e que será apresentado de forma sumarizada mais afrente nesta Impugnação.

□ Portanto, sob qualquer perspectiva que se analise o fenômeno, não é possível concluir que a Requerente, sociedade controladora da Ecoporto à época das transações realizadas no ano de 2012, figurou no mesmo polo da relação jurídica que as sociedades Aba Porto e Ecoporto, fato que, por si só, afasta a responsabilização solidária imputada pelas Autoridades Fiscais. 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). À mesma conclusão chega PAULO DE BARROS CARVALHO.

□ Por fim, ainda que a Requerente estivesse no mesmo polo da relação jurídico-tributária que constitui o fato gerador da obrigação tributária, o que se admite apenas para argumentar, é evidente que esse suposto interesse comum deveria ter sido demonstrado pela Fiscalização, para fins de atribuição da responsabilidade solidária. A alegação genérica de que “o ganho tributário obtido com o esquema arquitetado beneficiou diretamente os dois contribuintes envolvidos” não serve ao propósito de atribuir a gravosa responsabilidade tributária pretendida pela Fiscalização.

A doutrina utilizada pelas Autoridades Fiscais para corroborar seu entendimento, na realidade, ratificam o entendimento da Requerente

□ Para justificar a atribuição de responsabilidade solidária nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN, as Autoridades Fiscais apresentam, de forma equivocada, trechos descontextualizados das obras de diversos professores renomados (Rubens Gomes e Souza; Leandro Paulsen; Carlos Jorge Sampaio da Costa; Luiz Antônio Caldeira Miretti; e Hugo de Brito Machado) na tentativa de corroborar a tese de que bastaria interesse econômico comum para a caracterização da responsabilidade solidária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN.

□ Ocorre que a doutrina majoritária, inclusive todos os doutrinadores citados pelas Autoridades Fiscais, entendem que o “interesse comum” previsto no inciso I do artigo 124 do CTN é o “interesse jurídico” (condição de pertencimento ao mesmo polo da relação jurídico tributária) e não um mero interesse econômico (passível de interpretações amplas e subjetivas).

□ A Fiscalização colaciona trecho da obra Compêndio de Legislação Tributária de RUBENS GOMES DE SOUZA, para afirmar que existe responsabilidade solidária com a “pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributário”. A Requerente informa que não encontrou o trecho citado pela Fiscalização na obra de RUBENS GOMES DE SOUZA. Todavia, uma leitura atenta desta obra demonstra que o professor possui uma interpretação restritiva do conceito de responsabilidade solidária, que somente pode ser aplicada quando as partes seja simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação.

□ Portanto, a análise precisa da bibliografia citada pela Fiscalização leva à inexorável conclusão de que a responsabilidade tributária somente pode ser aplicada quando os contribuintes estiverem no mesmo polo da relação jurídicotributária que constitua o fato gerador da obrigação tributária, o que não é o presente caso em concreto.

□ A Fiscalização faz referência à obra de LEANDRO PAULSEN e a uma citação efetuada pelo doutrinador aos ensinamentos de CARLOS JORGE SAMPAIO COSTA. Tendo em vista a menção específica a LEANDRO PAULSEN, é pertinente destacar que o posicionamento apresentado na mesma edição da sua obra mencionada pela Fiscalização. Vale conferir, ainda, trechos incluídos na mais recente edição da obra de LEANDRO PAULSEN, de 2017.

□ Portanto, pela referência bibliográfica da própria Fiscalização, o artigo 124, inciso I do CTN é inaplicável ao caso, pois (i) o dispositivo não é forma de inclusão de terceiro, mas sim grau de responsabilidade dos coobrigados; (ii) o dispositivo vale para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado; (iii) o interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação que constitui o fato gerador; e (iv) os exemplos apresentados demonstram que a situação examinada nesses autos em nada se confunde com a correta abrangência “interesse comum” e alcance da norma utilizada pelas Autoridades Fiscais.

□ As Autoridades Fiscais citam o artigo Solidariedade Passiva e o Interesse Comum no Fato Gerador, de CARLOS JORGE SAMPAIO DA COSTA. De acordo com o trecho citado, haveria solidariedade se (i) hipótese 1: fosse comprovado que há interesse imediato e comum de seus membros; ou (ii) hipótese 2: houver fraude ou conluio entre os componentes do grupo.

□ Quanto à hipótese 1, é certo que no presente caso não foi comprovada a existência de interesse imediato e comum entre a Requerente e as sociedades Aba Porto e Ecoporto. A esse respeito, ainda, a Requerente entende pertinente destacar os ensinamentos do próprio CARLOS JORGE SAMPAIO DA COSTA no artigo mencionado pela Fiscalização. Portanto, o interesse comum deve ser direto e imediato – e não um interesse econômico indireto e não diretamente relacionado à situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

□ Quanto à hipótese 2, não há falar em fraude ou conluio por parte da Requerente em conjunto com a Ecoporto Santos, Aba Porto e Ecoporto. As transações realizadas no ano de 2012 pelas sociedades do Grupo Formitex, pela Ecoporto e pela Requerente não foram realizadas de forma dolosa com o único objetivo de aferir benefício tributário indevido, muito pelo contrário, o objetivo era realizar uma transação de compra e venda de participações societárias de forma lícita, o que é permitido pelo ordenamento jurídico nacional.

□ Portanto, a doutrina de CARLOS JORGE SAMPAIO DA COSTA também demonstra que as Autoridades Fiscais aplicaram de forma absolutamente equivocada a hipótese de responsabilidade solidária prevista no Artigo 124, inciso I, do CTN.

□ As Autoridades Fiscais citam o doutrinador Luiz Antônio Caldeira Miretti para sustentar que não há necessidade de previsão específica na lei de determinado tributo para apontar os devedores solidários.

□ De fato, como o CTN contempla as normas gerais de Direito Tributário, não é necessário que a lei ordinária discipline os casos de solidariedade. Entretanto, a Fiscalização não citou as considerações de LUIZ ANTÔNIO CALDEIRA MIRETTI referentes à necessidade de demonstração do interesse comum para imputação da responsabilidade solidária.

□ Como se vê, os comentários de LUIZ ANTÔNIO CALDEIRA MIRETTI demonstram que a hipótese de responsabilidade solidária somente se aplica quando

houver mais de um contribuinte para o fato gerador da obrigação tributária: “a disposição genérica (...) não é suficientemente adequada (...) já que existem hipóteses nas quais pessoas com interesse comum estão presentes (...) mas apenas uma delas é o sujeito passivo na obrigação”. Ou seja, ainda que possa existir um “interesse comum” indireto, a hipótese de responsabilidade solidária apenas pode ser aplicada quando existirem múltiplos sujeitos passivos da obrigação tributária.

□ Por fim, a Fiscalização cita HUGO DE BRITO MACHADO, segundo o qual não é necessário que a lei ordinária específica de cada tributo discipline a responsabilidade tributária decorrente do artigo 124, inciso I do CTN.

□ Não há dúvida que a lei ordinária não precisa disciplinar as situações de interesse comum. Entretanto, assim como nas referências anteriores, a Fiscalização selecionou trecho específico da doutrina para arguir a existência de solidariedade. A leitura completa da doutrina do professor HUGO DE BRITO demonstra que a responsabilidade solidária é inaplicável no presente caso.

□ Portanto, não resta dúvida que a doutrina é uníssona ao estabelecer que a responsabilidade solidária não pode surgir em situação como a presente nestes autos, em que as partes não estão no mesmo polo jurídico da situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

□ Por todo exposto, é possível concluir que, pelo entendimento majoritário da doutrina pátria, inclusive àqueles doutrinadores trazidos pelas Autoridades Fiscais na tentativa de corroborar seu infundado entendimento, a responsabilidade solidária prevista no artigo 124, inciso I, do CTN, é específica e pressupõe (i) que as partes estejam sob o mesmo polo da relação jurídicotributária; e (ii) que o suposto interesse comum seja comprovado, não alegado de forma genérica.

□ Dessa forma, resta demonstrado que, caso seja aplicado o entendimento majoritário da doutrina pátria, bem como dos doutrinadores citados no TVF, não restaria outra alternativa que não seja o imediato cancelamento do presente Termo de Responsabilidade Solidária.

Precedentes recentes do CARF sobre responsabilidade solidária que corroboram a improcedência da atribuição de responsabilidade solidária à Requerente

□ No mesmo sentido exarado pela doutrina especializada, o CARF vem afastando as tentativas de responsabilização solidária com base no artigo 124, inciso I, do CTN, conforme é possível extrair de diversos julgados recentes: 2201-004.498, de 10.12.2018; 1301-002.630, de 20.9.2017; 1401- 002.066, de 17.8.2017; 1402-002.679, de 25.7.2017; 1301-002.529, de 26.7.2017; 2401-004.858, de 5.6.2017; 1402-002.461, de 11.4.2017; 1402-002.459, de 11.4.2017; 1402-001.652, de 10.4.2014; 1402-001.481, de 9.10.2013; 1402-001.237, de 6.11.2012; 1302-00.490, de 22.2.2011; e 1201-00.217, de 28.1.2010.

□ Invoca-se trecho de decisão, datada de 17.8.2017, na qual o CARF, por unanimidade, deixou de aplicar a regra do artigo 124, I, uma vez que o dispositivo somente poderia ser aplicado caso as partes tivessem interesse comum e imediato. No entendimento dos Julgadores, o conjunto probatório trazido pela Fiscalização não foi suficiente para demonstrar o suposto vínculo entre as partes.

□ No presente caso as partes não agiram em conjunto da prática dos atos descritos na hipótese de incidência. Pelo contrário, as sociedades envolvidas nas transações de aquisição das participações societárias que geraram os ágios atuaram nos termos de suas vontades e de forma independente. As partes desempenharam, portanto, papéis distintos e desvinculados do fato gerador da obrigação tributária.

□ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já pacificou o entendimento de que o artigo 124, inciso I do CTN não se aplica às situações como aquelas tratadas nestes autos, por não tratar de norma atribuidora de responsabilidade. Confirmando esse posicionamento, destacam-se os seguintes julgados: Embargos de Divergência 446.955/SC, de 9.4.2008; Recurso Especial 717.717/SP; Medida Cautelar 15.410/RJ, de 3.9.2009; Recurso Especial 884.845/SC, de 5.2.2009; Agravo Regimental 1.240.335/RS, de 25.5.2011; e Recurso Especial 884.845/SC, de 18.2.2009. Os dois primeiros precedentes, inclusive, foram proferidos pela Primeira Seção do STJ. Interessante destacar trechos da ementa do acórdão do Recurso Especial 884.845/SC, de relatoria do MIN. LUIZ FUX.

□ Portanto, é cediço na jurisprudência administrativa e judicial que não basta existir interesse econômico no fato para que se caracterize a responsabilidade solidária entre as partes (ressalte-se que nem isso foi demonstrado pela Fiscalização no presente caso). A Fiscalização deve comprovar a atuação em conjunto visando um determinado interesse jurídico em comum, o que também não restou demonstrado ao longo do processo de fiscalização da Requerente.

□ Assim, resta demonstrada de forma clara e inequívoca que a aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN para fins de responsabilização da Requerente se deu de forma equivocada e não merece ser mantida.

O MÉRITO DO AUTO DE INFRAÇÃO

□ Caso as Autoridades Fiscais entendam que a Requerente pode ser incluída como sujeito passivo solidário da obrigação consubstanciada nos Autos de Infração, requer-se que todos os argumentos de mérito trazidos na Impugnação apresentada pela Ecoporto Santos sejam estendidos à Impugnação apresentada pela Requerente.

□ As questões específicas que implicam (i) nulidade dos Autos de Infração; e (ii) no mérito, cancelamento da exigência de IRPJ e CSL estão sumarizadas abaixo e devem ser interpretadas em conjunto com os fatos, argumentos e documentos apresentados na Impugnação protocolada pela Ecoporto Santos.

Nulidades do Auto de Infração Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa

□ A Fiscalização não indicou os dispositivos legais que teriam sido infringidos. A Fiscalização limitou-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restou demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Não basta que as Autoridades Fiscais copiem trechos de dispositivos legais. É necessário que seja demonstrado qual o fato concreto contrário à disposição prevista na norma. Essa demonstração não foi feita pela Fiscalização, fato que implica a nulidade dos presentes Autos de Infração

Ingerência da Autoridade Tributária na Liberdade da Esfera Privada

□ Ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação ao Direito, ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Fiscalização de ingerir na liberdade da esfera privada. A aquisição da Ecoporto Santos foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada. Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 80), a Fiscalização questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma. Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida), não compete às Autoridades Fiscais fazerem juízos de valor em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível,

regulatória ou penal que possa ser imputada. A tentativa da Fiscalização de questionar a estrutura é inconstitucional e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado.

Os oito argumentos de mérito que permitem a amortização dos ágios gerados nas transações realizadas em 2012

□ A Aba Porto e Ecoporto possuíam razões econômicas válidas, devendo-se serem consideradas como as “reais adquirentes”. A Aba Porto foi constituída pelo Grupo Formitex para segregar a atividade portuária que seria alienada para o Grupo Ecorodovias; permitir que o acervo fosse vertido a uma entidade que, por determinação legal, seria sucessora da Aba Infra, fato essencial para viabilizar o exercício do direito de preferência, nos termos do acordo de acionistas da Tecondi celebrado entre o Grupo Barbeito e o Grupo Formitex; e a instituição financeira que iria conceder o financiamento à Aba Porto para que fosse possível adquirir 50% das ações representativas do capital social da Ecoporto Santos, exigiu que a segregação do investimento na Ecoporto Santos fosse previamente realizada pelo Grupo Formitex. Portanto, restam-se comprovadas as razões econômicas e negociais de constituição da Aba Porto. O mesmo ocorre com a Ecoporto na transação. A referida entidade desempenhou um papel imprescindível para a aquisição do controle da Ecoporto Santos, isto porque era necessário financiamento e que tal dívida fosse adimplida pela sociedade que seria adquirida (transação extremamente comum no mercado denominada de “compra alavancada”). Segundo a mais recente jurisprudência do E. CARF, a compra alavancada com a transferência da dívida ao investimento adquirido é, por si só, objetivo econômico válido que deve ser respeitado pelas Autoridades Fiscais. Desta feita, há razões econômicas e propósitos negociais para que a Aba Porto e Ecoporto adquirissem as participações societárias que adquiriram, sendo o reconhecimento do ágio uma determinação legal e a possibilidade jurídica de aproveitá-lo para fins fiscais a simples aplicação do artigo 7º e 8º da Lei 9.532/97.

□ Ainda que Aba Porto e Ecoporto não tivessem toda a substância econômica e negocial já demonstrada, o que se admite para argumentar, mesmo assim os Autos de Infração não poderiam subsistir porque o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir pessoas jurídicas para realizarem um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais). A legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A. Ainda nesse sentido, é importante ressaltar que o Código Civil retira qualquer dúvida quanto à irrelevância da discussão referente à “empresa-veículo”. Isso porque, de acordo com o artigo 981, parágrafo único do Código Civil, a atividade de uma sociedade pode restringir-se à realização de um negócio jurídico determinado. Ademais, vale ressaltar que, caso não seja configurada dolo, fraude ou simulação, as Autoridades Fiscais jamais podem desconsiderar e reclassificar atos e negócios jurídicos perfeitamente acabados, isto porque o parágrafo único do artigo 116 do CTN, único dispositivo que permitiria esse itinerário, ainda não está eficaz.

□ Efetiva absorção patrimonial das sociedades investidoras (Aba Porto e Ecoporto) e sociedade investida (Ecoporto Santos). Como decorrência lógica do primeiro e segundo argumentos e a partir da documentação acostada nos autos, bem como do fato de as Autoridades Fiscais não poderem desconsiderar os efeitos regulares dos atos e negócios jurídicos celebrados sem dolo, fraude ou simulação (artigo 109 do CTN), houve a aquisição das ações representativas do capital social da Ecoporto Santos pela Aba Porto, que passou a ser a controladora da referida sociedade, nos termos do artigo 116 da Lei das S.A.; e a aquisição das quotas representativas do capital social da CFF (controladora indireta da Ecoporto Santos) com o correspondente pagamento de preço pela Ecoporto. Dessa forma, quando a Ecoporto Santos incorporou em 27.11.2012 o acervo da Aba

Porto (que já tinha incorporado a Ecoporto), houve a perfeita subsunção dos fatos narrados neste processo administrativo aos artigos 7º e 8º da Lei 9.532/97 o que permite, sem sombra de dúvidas, a amortização do ágio nas bases de apuração do IRPJ e da CSL da Ecoporto Santos.

□ O direito de as Autoridades Fiscais questionarem a regularidade quanto a personalidade jurídica da Ecoporto e Aba Porto extinguiu-se em 2012 e 2016, respectivamente, nos termos do artigo 45 do Código Civil. Além disso, a única forma de as Autoridades Fiscais desconsiderarem a personalidade jurídica da Aba Porto e da Ecoporto seria comprovando que sua utilização se deu com “desvio de finalidade”; e houve “confusão patrimonial” entre seus sócios e a entidade, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Portanto, levando-se em consideração que tais provas não foram feitas pelas Autoridades Fiscais, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica das referidas sociedades, itinerário que é incontestavelmente feito nos Autos de Infração.

□ Os valores recebidos pelos vendedores em decorrência da venda da participação direta ou indireta na Ecoporto Santos (alienação de 50% das ações representativas do capital social da Ecoporto Santos à Aba Porto e, posteriormente, alienação de 100% das quotas representativas do capital da CFF à Ecoporto) foram devidamente sujeitos ao imposto sobre a renda a título de ganho de capital. Por conta disso, o excedente de preço pago (ágio) deve ser considerado válido para fins de aproveitamento fiscal.

□ Impossibilidade de Invalidação de Atos e Contratos cuja Produção já tenham sido Plenamente Constituídas (artigo 24 da LINDB, artigo 146 e artigo 100 do CTN). Quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado, deverão ser levadas em conta as orientações gerais da época, sendo vedada a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de "orientação geral". Consideram-se orientações gerais, por sua vez, as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Em pesquisa ao acervo de acórdãos do CARF, constam 103 acórdãos em consulta com os termos “ágio” e “veículo” entre 1.1.2013 e 31.12.2017. Desses 103 acórdãos, 55 acórdãos analisaram a possibilidade de dedução de despesas de ágio em estruturas que envolvessem a utilização de “veículos” (sem que houvesse transferência do ágio e que sua geração se desse de forma interna no grupo econômico). Desses 55 casos, que seriam análogos ao presente caso em discussão, 32 decisões foram favoráveis ao contribuinte. Portanto, está demonstrado que a jurisprudência majoritária à época dos fatos legitima a prática do sujeito passivo, o que deve ser reconhecido pela DRJ.

□ Há diversos precedentes recentes no E. CARF no sentido de que a utilização de uma sociedade puramente holding não é suficiente para justificar sua desconsideração para fins do aproveitamento do benefício previsto na Lei nº 9.532/97 e não tem o condão de tornar as contrapartidas de amortização do ágio indedutíveis.

□ Preenchimento de Todos os Requisitos Legais para a Dedução do Ágio (Artigo 7.º e Artigo 8.º da Lei 9.532/97). Todos os requisitos para amortização do ágio foram atendidos. Dentro desse contexto fático e jurídico, somente é possível aplicar a legislação tributária ao caso em concreto. Não existe nenhum requisito previsto na Lei nº 9.532/97 que não tenha sido atendido e não existe nenhum vício que descaracterize os eventos societários descritos ao longo da Impugnação da Ecoporto Santos.

Os três argumentos de mérito que permitem a dedução das despesas financeiras transferidas à Ecoporto Santos após a incorporação do acervo da Aba Porto □ Aplicação da regra específica (art. 374 do RIR/99) em detrimento da Regra Geral (art. 299 do RIR/99). O artigo 374 do Decreto nº 3.000, de 26.3.1999 (“RIR/99”), vigente à época dos fatos, apresentava todos os requisitos para que uma despesa com juros fosse tida como despesa operacional e, portanto, dedutível. Dessa forma, não seria necessário realizar nenhum juízo de usualidade e necessidade da despesa, conforme preleciona o

artigo 299 do RIR/99, isto porque a norma específica possui aplicabilidade em detrimento da norma geral.

□ As despesas de juros são necessárias, usuais e normais em aquisições alavancadas (artigo 47 da Lei Nº 4.506/64 e artigo 31 da Lei 11.727/08). É inerente às aquisições alavancadas a tomada de dívida e, conseqüentemente, o pagamento de juros a ela atrelados. No contexto fático deste processo administrativo cujo sujeito passivo é a Ecoporto Santos, não há como alegar que os juros não são necessários, usuais e normais. Simplesmente não se trataria de aquisição alavancada se não houvesse dívida. O artigo 17, parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.598, de 26.12.1977 (“Decreto-Lei 1.598/77”), reproduzido no artigo 374 do Decreto nº RIR/99, estabelece que os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte serão dedutíveis como custo ou despesa operacional. As despesas financeiras em questão foram incorridas pela Ecoporto Santos por simples decorrência da incorporação do acervo da Aba Porto (que foi a ela atribuída pela incorporação da Ecoporto). Dessa forma, essas despesas financeiras devem manter a mesma natureza jurídica que apresentavam na Ecoporto, antes de terem sido incorporadas pela Aba Porto e pela Ecoporto Santos. Se tais despesas eram consideradas como despesas necessárias (e dedutíveis) à Ecoporto, não há dúvidas de que o requisito da necessidade continua inerente a esses dispêndios, ainda que incorridas pela sociedade incorporadora.

□ As despesas financeiras incorridas pela Requerente trouxeram benefícios econômicos para ela própria. A transferência do controle da Ecoporto Santos ao Grupo Ecorodovias trouxe efetivos benefícios econômicos e operacionais à própria Ecoporto Santos. Ao contrário do que pretende fazer crer a Fiscalização, a dívida contraída pela Ecoporto também trouxe benefícios sob a ótica da Ecoporto Santos, na medida que após a transação as atividades da Ecoporto Santos foram expandidas e passaram por processo de profissionalização inerente à gestão adotada por grandes grupos empresariais. Conclui-se, assim, que os juros incorridos foram necessários e essenciais, também, à atividade da Ecoporto Santos.

A improcedências do agravamento da multa de ofício e da aplicação da multa isolada

□ A multa de ofício agravada somente pode ser aplicada em casos de evidente intuito de fraude, sonegação ou conluio, isto é, quando restar comprovado pelo Fisco a inequívoca intenção dos partícipes da transação de enganar, esconder ou iludir. Porém, é claro que não há, nos autos, fraude, sonegação ou conluio, ainda que as operações realizadas não dassem o direito à Ecoporto Santos proceder da forma que procedeu. Não houve qualquer falsificação ou “maqueagem” de livros contábeis ou fiscais, ao contrário, todas as empresas registraram às claras as transações em suas respectivas contabilidades e apresentaram todos os documentos às Autoridades Fiscais. Na pior das hipóteses, portanto, a Fiscalização poderia alegar que discorda dos efeitos jurídicos e legais das operações praticadas, mas isso jamais poderia servir de base para pressupor falta de boa-fé das sociedades do Grupo Formitex e do Grupo Ecorodovias.

□ A multa isolada aplica-se somente aos casos em que, ao fim do período-base, o contribuinte paga regularmente os valores de IRPJ e CSL, mas deixa de fazer as antecipações mensais. Nesses casos, a multa pode ser aplicada isoladamente, sem a exigência do próprio tributo, daí a sua denominação. Porém, quando o Fisco entende que o contribuinte deixou de pagar valores de IRPJ e CSL ao fim do período-base e efetua o lançamento 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 deve ser integralmente cancelada.

A impossibilidade da exigência de juros SELIC sobre a multa

☐ 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.

Conclusão sobre os argumentos apresentados pela Ecoporto Santos em sua Impugnação

☐ Por todo exposto acima, os créditos de IRPJ e CSL constituídos em face da Ecoporto Santos e cobrados também da Requerente são manifestadamente improcedentes (principal, multa e juros), devendo-se os Autos de Infração serem cancelados e o presente processo administrativo arquivado.

☐ Mesmo na hipótese de o principal ser mantido, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim é imperioso (i) reduzir a multa de ofício de 150% para 75%, por manifesta ausência de dolo, fraude, simulação e conluio nas operações implementadas pelo Grupo Formitex e pelas sociedades do Grupo Ecorodovias em 2012; e (ii) cancelar a multa isolada, isto porque, pelo princípio da consunção, a punição meio (multa isolada) é absorvida pela punição fim (multa de ofício pela ausência de constituição do crédito tributário).

CONCLUSÃO E PEDIDO

☐ Do acima exposto, restou demonstrado que: o interesse comum previsto no inciso I do artigo 124 do CTN não é interesse econômico, e sim interesse jurídico, fato que não ocorre no presente caso em concreto entre a Requerente e a Ecoporto Santos, muito menos entre a Requerente e a Aba Porto e a Ecoporto; a doutrina majoritária, inclusive todos doutrinadores citados pelas Autoridades Fiscais (isto é, trechos descontextualizados de suas obras), corrobora o entendimento da Requerente de que o “interesse comum” seria jurídico (a Requerente e a Ecoporto Santos deveriam estar no mesmo polo da relação jurídico tributária), fato que não ocorre no presente caso em concreto; a jurisprudência administrativa também vai ao encontro do entendimento da Requerente, o que não permite outra conclusão à DRJ de que o presente Termo de Sujeição Passiva Solidária deve ser imediatamente cancelado; as condutas realizadas pela Requerente nos anos de 2011 e 2012 foram lícitas (não há qualquer dolo, fraude ou simulação comprovados) e razoáveis, sob uma perspectiva econômica de atuação de uma empresa controladora de um grupo econômico com diversas sociedades, fato que afasta qualquer possibilidade de responsabilização da Requerente.

☐ Por fim, mesmo que as Autoridades Fiscais entendam que a Requerente possa ser responsável pelos débitos discutidos nos autos de infração, ainda assim não se pode aceitar a procedência dos Autos de Infração pelas nulidades apresentadas pela Ecoporto Santos em sua Impugnação, bem como pelos argumentos de mérito também por ela apresentados.

☐ Pelo exposto, a Requerente tem por comprovada a exatidão dos procedimentos adotados e a total improcedência do Termo de Sujeição Passiva, bem como o equívoco cometido pela Fiscalização ao interpretar os fatos e o Direito a eles aplicável neste caso.

☐ Dessa forma, a Requerente pleiteia: o acolhimento integral da presente Impugnação e o imediato cancelamento integral do Termo de Sujeição Passiva; e o julgamento conjunto desta Impugnação com a Impugnação protocolada pela Ecoporto Santos. Subsidiariamente, caso assim não se entenda, requer-se o imediato cancelamento dos Autos de Infração em tela (principal, multas e juros), com o conseqüente arquivamento do processo administrativo.

☐ A Requerente protesta ainda pela juntada posterior de documentos que possam se fazer necessários, nos termos do artigo 16, §4.º, alínea “a” do Decreto nº 70.235/72, bem como do princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal.

Em primeira instância, as impugnações da contribuinte e da coobrigada foram julgadas improcedentes. O Acórdão nº 02-93.362 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

ÁGIO PAGO NA AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO EM RAZÃO DE RENTABILIDADE FUTURA - EMPREGO DE EMPRESA VEÍCULO

Para dedução fiscal da amortização de ágio fundamentado em rentabilidade futura é necessário que a absorção patrimonial exigida pela lei se verifique entre a investida e a pessoa jurídica que adquiriu a participação societária com ágio. Não é possível a dedução se o investimento subsiste no patrimônio da real adquirente, em virtude do emprego de empresa veículo, ainda mais sem substrato econômico próprio e sem propósito negocial.

DESPESA DESNECESSÁRIA - JUROS PAGOS EM RAZÃO DE DÍVIDA CONTRAÍDA NO INTERESSE DOS ACIONISTAS CONTROLADORES

As despesas financeiras somente são dedutíveis quando necessárias para a manutenção da fonte pagadora. Não se enquadram como tal os encargos de dívida que havia sido contraída no interesse exclusivo dos acionistas controladores do contribuinte e que só veio a se tornar responsabilidade deste em virtude de incorporação e cisão reversa.

MULTA QUALIFICADA EM VIRTUDE DE FRAUDE

Sujeita-se a multa qualificada a exigência tributária decorrente da prática de negócio jurídico fictício, que se presta, apenas, a construir um cenário semelhante à hipótese legal que autoriza a amortização do ágio pago na aquisição de investimentos.

MULTA ISOLADA-FALTA DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÕES MENSAIS

O contribuinte que adotar o lucro real como base de cálculo do IRPJ e CSLL optar pela apuração anual, se deixar de recolher as antecipações mensais com base de cálculo estimada, ficará sujeito à multa isolada de 50% do valor não recolhido, ainda que o lançamento de ofício se faça depois de encerrado o período anual de apuração, qualquer que seja o resultado tributável anual.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL

O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual e para os quais não há nenhuma razão de ordem jurídica que lhe recomende tratamento diverso.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA AUTUADA PARA CONTESTAR O VÍNCULO DE SOLIDARIEDADE DE TERCEIROS

A pessoa jurídica autuada na qualidade de contribuinte é parte ilegítima para, em nome próprio, impugnar a sujeição passiva dos seus sócios, acionistas ou titulares, ou de quaisquer terceiros, autuados na qualidade de responsáveis solidários, uma vez que a legislação processual veda que qualquer um venha a pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando expressamente autorizado por lei.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015, 2016, 2017

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - INTERESSE COMUM

As pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador são solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignadas com a decisão de piso, a contribuinte ECOPORTO SANTOS e a coobrigada Ecorodovias interpuseram os respectivos recursos voluntários. Nestes, dialogando com a decisão *a quo*, defenderam sua reforma, em essência, reiterando as alegações lançadas nas impugnações e já detalhadamente relatadas anteriormente.

Em especial, vale destacar, dentre as razões para a reforma da decisão de primeira instância esgrimidas no recurso voluntário da coobrigada Ecorodovias, os seguintes pontos, que referem-se diretamente à decisão da DRJ/BHE:

- Não haveria nos autos qualquer elemento de prova que demonstrasse a participação da Ecorodovias na operação de aquisição da participação do Grupo Barbeito na TECONDI com recursos oriundos de operação financeira firmada com o Banco Bradesco. Tal vinculação teria sido feita pela DRJ/BHE com base no Memorando de Entendimentos que teria sido firmado entre a Ecorodovias e o Grupo Formitex antes do exercício do direito de preferência em relação à participação do Grupo Barbeito na TECONDI. Sobre a matéria, assevera a recorrente:

43. Salta aos olhos o fato de que o suposto elemento de “prova” utilizado pelo V. Acórdão Recorrido para comprovar a participação direta do Grupo Ecorodovias no momento da celebração do instrumento financeiro pela Aba Porto junto ao Banco Bradesco nem mesmo consta aos autos. Tudo que se sabe é que o assessor financeiro da operação teria sido informado “que as partes envolvidas pretendiam formalizar um memorando de entendimentos” e que este “seria assinado em 08.03.2012”.

44. É evidente que o V. Acórdão Recorrido conclui fundamentado em meras presunções e que, neste ponto, não consegue demonstrar de forma clara que não houve sacrifício patrimonial por parte do Grupo Formitex quando da captação de recursos financeiros para o exercício de seu direito de preferência e fazer frente ao pagamento acordado junto ao Grupo Barbeito pela aquisição de sua participação societária na Tecondi.

- Em relação às debêntures emitidas pela Ecoporto Holding para angariar recursos para a capitalização na Aba Porto e, na sequência, consolidar o controle da TECONDI, a recorrente afirma que a DRJ/BHE partiu de premissa equivocada uma vez que a Ecoporto Holding seria a principal devedora e não a Ecorodovias. Destaco trecho da peça recursal:

51. Isso porque, a I. DRJ/BHE, de forma equivocada, presumiu que a Recorrente seria a principal devedora em relação às debêntures emitidas pela Ecoporto Holding para angariar recursos no mercado e, conseqüentemente, consolidar sua posição como acionista controladora da Tecondi. Sobre a posição da Recorrente na referida emissão de debêntures, é evidente que as condições de principal devedora e garantidor solidário são distintas e não devem ser confundidas.

52. É claro que, em caso de a Ecoporto Holding não adimplisse suas obrigações frente aos debenturistas, o patrimônio da Recorrente deveria ser acionado para garantir o pagamento da dívida, porém, essa relação não se estabelece de forma automática. No contexto da referida emissão de debêntures, a Ecoporto Holding deveria ser a primeira a ser responsabilizada frente aos interesses dos debenturistas, e não a Recorrente como quer fazer crer o V. Acórdão Recorrido.

53. Ainda sobre esse aspecto, o fato de a Recorrente ter figurado como fiadora solidária das debêntures emitidas em nada altera o propósito negocial da transação realizada, isto porque, como visto acima, garantidor solidário não é devedor principal. Neste tipo de emissão de títulos, nada mais comum e normal que sociedades do mesmo grupo figurem como fiadores solidários da dívida, fato que confere segurança ao mercado de que eventual default será assumido por outra entidade do Grupo.

- A decisão da DRJ/BHE teria incorrido em alteração do critério jurídico quanto à aplicação do disposto no artigo 124, I do CTN. Cito as palavras da recorrente:

80. A questão, neste ponto, é que mesmo caso seja considerada como verdadeira a premissa que foi adotada pelo V. Acórdão Recorrido, o que se admite para fins exclusivamente argumentativos, fato é que o Termo de Sujeição Passiva não sobreviveria ao mais simples teste de validação dos lançamentos fiscais: a análise sobre a adequação do fundamento legal ao fato descrito (i.e, subsunção do fato a norma).

81. Nesse contexto, a Recorrente apresenta abaixo trecho do V. Acórdão Recorrido em que a I. DRJ/BHE, apresenta os fundamentos que, em seu entender, implicaram a incidência o artigo 124, I do CTN:

“O termo de verificação fiscal, porém, deixa claro que os benefícios foram obtidos por meio ilícitos e fraudulentos, em prática intencionalmente, e foram essas circunstância que motivaram a responsabilização, e não a mera ou genérica obtenção de benefício. (...)

Como os atos e negócios de que resultaram essas infrações tributárias foram dolosamente promovidos e conduzidos pela EIL, e ainda lhe geraram benefícios econômicos ilícitos, configurou-se a hipótese de responsabilização prevista no artigo 124, I do CTN. Isso constitui o cerne da motivação da imputação de responsabilidade tributária.” (não destacado no original)

82. É evidenciado neste trecho o imenso descompasso entre a motivação do Termo de Sujeição Passiva e o fundamento legal utilizado. A Recorrente, nesse sentido, entende que a I. DRJ/BHE está alterando o critério jurídico do lançamento tributário de forma totalmente descabida. Caberá a este E. CARF, portanto, desconsiderar a alegação de comprovação de dolo da Recorrente nas operações, sob pena de validar lançamento fiscal cuja insubsistência é evidente.

83. Isso porque, segundo o artigo 145 do CTN, o fundamento jurídico do lançamento regularmente notificado somente pode ser alterado em virtude de: (i) elementos fáticos ou jurídicos apresentados pelo sujeito passivo por meio de impugnação; ou (ii) elementos fáticos ou jurídicos apresentados pelas Autoridades Fiscais (a) por meio de Recurso de Ofício ou (b) de ofício nas hipóteses previstas pelo artigo 149 do CTN. Ou seja, o lançamento contido no Auto de Infração – que compreende tanto o crédito tributário quanto a motivação para sua exigência – somente poderia ser alterado pelas partes litigantes no curso do Processo Administrativo, mas nunca por julgadores administrativos, como fez a I.DRJ/BHE.

Ao final, as recorrente pugnam pela declaração de nulidade dos autos de infração, pela reforma da decisão *a quo* para cancelar os autos de infração e, não sendo o caso de nulidade ou cancelamento, o afastamento das multas isoladas, da qualificação da multa de ofício, da

responsabilidade solidária. As recorrentes também pedem a juntada de novos elementos probatórios e a sustentação oral de suas razões.

Em síntese, era o que havia a relatar.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

Os recursos voluntários são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Uma vez que o recurso voluntário da coobrigada Ecorodovias reitera diversas alegações preliminares e de mérito expostas na peça recursal da contribuinte, tratarei das questões comuns em conjunto. Ao final, tratarei das alegações atinentes especificamente à atribuição de vínculo de responsabilidade solidária.

Nulidade dos autos de infração.

Conforme relatado, as recorrentes pugnaram preliminarmente pela nulidade dos autos de infração. Destaco o trecho abaixo, no qual as recorrentes sintetizam as duas razões que fundamentariam o pedido de declaração de nulidade:

(i) Fundamentação Legal | Ausência de Capitulação Legal Objetiva e Precisa: além de indicar fatos incorretos, as Autoridades Fiscais não capitularam com a precisão necessária os dispositivos legais que teriam sido infringidos. Os Autos de Infração limitaram-se a apresentar um apanhado de normas descontextualizadas, sem vincular a previsão descrita na norma e os fatos ocorridos – i.e., não restando demonstrada a subsunção dos fatos às normas. Ora, a nulidade se evidencia uma vez que não basta que as Autoridades Fiscais copiem trechos de dispositivos legais, sendo necessário que seja demonstrado qual o fato concreto infringiu disposição prevista em norma. Essa demonstração não foi feita pela Fiscalização;

(ii) Ingerência das Autoridades Fiscais na Liberdade da Esfera Privada: ainda que se entenda que os Autos de Infração estão devidamente fundamentados em relação aos fatos e ao Direito (o que se admite apenas para argumentar), ainda assim deverá ser reconhecida a nulidade do lançamento pela tentativa da Fiscalização de ingerir na liberdade da esfera privada. Como será analisado ao longo desta Recurso Voluntário, a aquisição da Recorrente foi aperfeiçoada por meio de uma aquisição alavancada (*leveraged buyout*). Nesse modelo de aquisição, a empresa é adquirida mediante a tomada de dívida, **a ser liquidada com o fluxo de caixa gerado pelo próprio investimento**. Apesar de as aquisições alavancadas representarem um modelo totalmente válido para que um investimento seja realizado (sendo prática amplamente presente no mercado de fusões e aquisições desde a década de 1980), a Fiscalização questiona a estrutura, alegando que ela poderia ter sido realizada de outra forma! Ora, além de isso não ser verdade (a única forma de viabilizar a estrutura era tomando uma dívida, visto que nenhuma sociedade do Grupo adquirente detinha recursos suficientes para fazerem frente ao pagamento), não compete às Autoridades Fiscais fazerem juízos de valor em relação a forma pela qual o particular optou por realizar um investimento. No caso, não há nenhuma infração a nenhuma norma tributária, societária, cível, regulatória ou penal que possa ser imputada à Recorrente. A tentativa da Fiscalização de

questionar a estrutura é contrária a todos os princípios que norteiam a atividade privada e implica a nulidade dos Autos de Infração que questionam o modelo de aquisição adotado.

Penso que o exame das alegações de nulidade deve partir do texto normativo. As hipóteses de nulidade do lançamento de ofício encontram-se relacionadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Do texto normativo citado, conclui-se que não se subsomem à hipótese de nulidade quaisquer eventuais falhas na descrição de fatos, na identificação da norma tributária infringida ou no próprio ato de versão dos fatos em linguagem jurídica adequada, procedendo-se à subsunção dos fatos à hipótese normativa e extraíndo a relação jurídica correspondente à norma individual e concreta. Tais questões dizem respeito à apreciação do mérito do lançamento do crédito tributário.

Para que as ditas falhas tenham o condão de configurar hipótese de nulidade do lançamento de ofício, é preciso que tenham relevância para configurar lesão ao exercício do direito de defesa.

Não é o caso dos autos.

De fato, a autoridade fiscal, para dar fundamento aos lançamentos de ofício de IRPJ e CSLL, elaborou detalhado e didático Termo de Verificação Fiscal no qual discorreu com clareza sobre os procedimentos adotados, os elementos de prova colhidos, os fatos que, em seu entendimento, haviam ocorrido, as infrações e normas infringidas e as consequências jurídico-tributárias.

O Termo de Verificação Fiscal integra os autos de infração conforme remissão expressa. Portanto, os fatos jurídicos, as hipóteses normativas adequadas e as normas individuais e concretas foram clara e suficientemente fundamentadas nos aspectos fáticos e jurídicos.

Da mesma forma, a atribuição do vínculo de responsabilidade está bem delineada, com os fatos motivadores e a norma que, no entendimento da autoridade fiscal, dá azo à responsabilidade solidária.

A fundamentação do ato administrativo de lançamento é suficiente para a clara compreensão dos fatos apurados, das infrações imputadas e dos respectivos lançamentos.

Quanto à segunda alegação, tenho que trata-se de matéria de mérito, que será tratada a frente.

Entretanto, é oportuno destacar que, em meu entendimento, os planejamentos tributários abusivos encontram-se para além dos limites iminentes da liberdade de gestão das sociedades empresárias. Sobre a matéria, já me pronunciei nos seguintes termos (NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos tributários: Limites e Restrições da Liberdade nos Planejamentos Abusivos e Agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 82 / 84):

Quando se pensa no aspecto material do âmbito de proteção da liberdade de gestão empresarial, impende, inicialmente, fazer distinção entre a pretensão econômica acima referida de reduzir os custos tributários e a legitimidade jurídica do planejamento tributário. Nem toda a pretensão econômica, mesmo em face da livre iniciativa, é legítima do ponto de vista jurídico.

À partida, no que diz respeito ao limite material, pode-se dizer que se encontra dentro do limite semântico da liberdade de iniciativa a busca de eficiência na atividade econômica, inclusive no que tange à redução do custo tributário das operações, nos termos explicitados por Nabais anteriormente. Em síntese, o sujeito passivo não está obrigado a ordenar sua atividade empresarial de forma a incorrer na maior carga tributária.

Contudo, mesmo em relação aos limites materiais, há que se levar em consideração aquelas ordens jurídicas nas quais extrai-se do texto constitucional uma regra (norma jurídica em sentido estrito) que imponha aos sujeitos passivos o dever de contribuir para o financiamento do Estado de acordo com a capacidade contributiva. Neste caso, pode-se considerar que esteja fora da parcela da realidade protegida pelo direito fundamental a pretensão exclusiva de reduzir a carga tributária incidente sobre a atividade econômica realizada. Será, então, abusivo o planejamento tributário que não tenha *substância econômica* ou *propósito negocial* e apresente como motivação tão-somente a economia de tributos e, com isso, rompa com a *fair share*, ou seja com o dever de contribuir para o financiamento do Estado com igualdade, de acordo com a capacidade contributiva.

Além dos limites materiais, os limites iminentes também dizem respeito à forma como o direito é exercido. São os limites jurídicos. Nos planejamentos tributários abusivos, em sentido mais estrito, ao utilizar formas artificiais com a finalidade única ou precípua de contornar a incidência tributária positivada pelo legislador, ou agir com abuso de formas, de direito ou fraude à lei, a depender do sistema, o sujeito passivo não está, juridicamente, a organizar sua atividade empresarial, seja na vertente econômica-operacional, seja na organizacional-societária. Está, de fato, a interferir indevidamente na esfera de domínio jurídico estatal, qual seja, nos efeitos jurídico-tributários dos atos realizados, pois estes efeitos devem ser *ex-lege* e não *ex voluntate*.

É precipuamente neste sentido que se pode dizer que os planejamentos tributários abusivos estão fora do âmbito de proteção da liberdade de gestão empresarial, pois podem ser caracterizados juridicamente pela pretensão de fazer os efeitos tributários decorrerem de atos de vontade e não da lei.

[...]

Também se pode dizer que o planejamento tributário abusivo está fora dos limites jurídicos da liberdade de gestão porque afronta a essência do princípio da neutralidade, ocasionando uma lesão à concorrência, o que, em última instância, significa uma lesão à própria livre iniciativa. Ora, se a sociedade, por meio dos seus representantes, autoriza o

Estado Democrático de Direito a cobrar determinado tributo, incidente sobre determinado fato jurídico, com igualdade e de acordo com a capacidade contributiva, para que a concorrência se dê sem desequilíbrios causados pela tributação, a utilização de formas abusivas para evitar a legítima tributação é uma forma de violação do equilíbrio inerente a esta autorização.

Em resumo, as questões postas neste segundo ponto não se subsomem às hipóteses de nulidade por cerceamento do direito de defesa, visto que tratam de matéria de mérito, que será apreciada posteriormente.

A confusão estabelecida pelas recorrentes entre as questões de mérito e de nulidade ficam evidentes no seguinte trecho da peça recursal:

39. Para que os Autos de Infração pudessem subsistir, a Fiscalização deveria ter indicado de maneira clara e precisa:

☐ Qual o dispositivo legal que impediria a realização do investimento por meio de uma aquisição alavancada;

☐ Qual o dispositivo legal que permitiria a desconsideração de uma pessoa jurídica plenamente constituída para todos os fins de Direito, que estabelecia relações jurídicas com terceiros, adquirindo direitos e assumindo obrigações, exclusivamente para fins tributários.

☐ Mais do que isso, qual a norma que permitiria desconsiderar tal pessoa jurídica apenas para tentar justificar a constituição de créditos tributários (uma vez que a Fiscalização não questiona a existência das sociedades holdings (Ecoporto Holding e Aba Porto) em relação aos tributos por ela recolhidos).

40. O fato de a Fiscalização ter se furtado de seu dever de capitular os Autos de Infração de maneira precisa tem apenas uma justificativa: não há nenhum dispositivo legal que possa atender os questionamentos acima. A Aba Porto e Ecoporto Holding foram sociedades validamente constituídas com o real propósito econômico de (i) segregar o investimento que seria alienado pelo Grupo Formitex, mantendo-se o direito de preferência; e (ii) permitir a realização de um investimento por meio de uma compra alavancada.

Ora, o ônus da fiscalização no processo é fundamentar os fatos jurídicos apurados no procedimento de ofício com os elementos probatórios colhidos e com a sua interpretação destes à luz da legislação. No que tange à hipótese de nulidade dos lançamentos por lesão ao direito de defesa, à autoridade fiscal basta fundamentar as conclusões a que ela chegou. No trecho acima, é de clareza solar que as recorrentes trazem parte de suas alegações de mérito para contrapor as conclusões a que chegou a fiscalização. Esse contraditório acerca do mérito do lançamento é insito ao processo, marcado pelo devido processo legal.

Como asseverado, o debate do mérito da autuação será realizado à frente.

Destarte, neste ponto, tenho que a decisão de piso deve ser mantida incólume. Reproduzo parte de sua fundamentação em adição aos argumentos expendidos:

Arguição de nulidades

Segundo a impugnante, os lançamentos seriam nulos por dois motivos, a saber: falta de capitulação legal objetiva e precisa e ingerência das autoridades fiscais na liberdade da esfera privada.

De acordo com artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, existem apenas duas hipóteses de nulidade: I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. O artigo 60 do mesmo ato normativo acrescenta que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Como se vê, as questões suscitadas pelo impugnante não se enquadram em nenhuma das hipóteses de nulidade previstas na legislação processual administrativa.

Tampouco cabe falar em cerceamento de defesa, pois, diferentemente do sustentado pela defesa, as autoridades fiscais expuseram com clareza os fundamentos legais dos lançamentos e igualmente forneceram o contexto factual e probatório que as levaram a imputar as infrações ao ordenamento e exigir o respectivo crédito tributário.

Obviamente, deve ser levar em conta não só o que consta dos autos de infração, mas também o conteúdo do termo de verificação fiscal a fls. 4.557 a 4.694, sendo este parte integrante daqueles, conforme expressamente neles declarados. Se nos autos de infração os fiscais autuantes apenas enumeram os artigos e disposições legais que consideram ter sido infringidas, por outro lado, no termo de verificação fiscal, especialmente nos seus capítulos 6 e 7, acha-se uma narrativa e uma argumentação extensas e minuciosas. Nelas as normas legais que foram apenas citadas no auto de infração são analisadas e interpretadas, e são confrontadas com os fatos e provas reunidas durante a ação fiscal, para que se construa a base jurídico-factual das imputações fiscais.

O raciocínio exposto pela fiscalização pode ser assim resumido: na hipótese de uma pessoa jurídica absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, permitem que a amortização desse ágio seja deduzida na determinação do lucro real; mas essas mesmas normas legais estabelecem critérios e condições, uma das quais, no entender da fiscalização, não foi inteiramente satisfeita pelo contribuinte autuado, a saber, a extinção do investimento adquirido com ágio, uma vez que o real adquirente do investimento teria usado uma empresa veículo para simular ou aparentar a extinção exigida em lei, e graças a esse artifício teria deixado sobreviver intacto o investimento em sua contabilidade.

Diferentemente do que procura sustentar a impugnante, a fiscalização não considera inválido o negócio porque teria sido adotado o modelo da aquisição alavancada, nem muito menos a participação de sociedades *holdings* nas sucessivas etapas da reestruturação societária, nem houve procedimento que culminou com a desconsideração de personalidades jurídicas de sociedades formalmente constituídas. A fiscalização apenas negou os efeitos tributários pretendidos, porque entendeu que não foram satisfeitos os requisitos da legislação tributária específica.

Pode-se não concordar com os fundamentos e com as conclusões das autoridades fiscais, e até demonstrar que elas são erradas, mas é infundada a alegação de que não houve indicação clara, precisa e objetiva das disposições legais. Tampouco tem cabimento a queixa de que não se forneceu o contexto factual e interpretativo para a sua aplicação. A maior prova de que não houve prejuízo algum para a defesa é que, no concernente ao mérito das exigências fiscais, a impugnante constrói sua argumentação rebatendo ponto por ponto, de modo extensivo, as alegações tanto factuais como legais do fisco, oferecendo sua própria interpretação das normas em questão, assim como sua apreciação dos mesmos fatos expostos no termo de verificação fiscal.

É ainda mais infundada a alegação de ingerência na liberdade da esfera privada. A fiscalização não pretendeu proibir nem anular nenhum negócio ou ato realizado pelas partes que foram objeto de escrutínio pela ação fiscal. Equivocadamente a impugnante sustenta que a fiscalização não teria aceitado o modelo de negócio que foi utilizado pelo

grupo Ecorodovias para a aquisição da Tecondi (posteriormente renomeada Ecoporto Santos), pois teria afirmado que ele poderia ser realizado de outro modo, sem recorrer à chamada aquisição alavancada, pela qual o adquirente lança mão de dívida para pagar o preço do investimento adquirido e quita a dívida com os recursos gerados futuramente pelo próprio investimento. Essa objeção do sujeito passivo decorre de um exame apressado da fundamentação do lançamento, sem levar em conta todo o seu contexto.

Em verdade, a leitura criteriosa do termo de verificação fiscal revela que o fisco afirma é que a aquisição da Tecondi poderia ter sido feita diretamente pela Ecorodovias, sem o emprego de empresas veículos, o que seria mais vantajoso do ponto de vista societário, pois implicaria menores custos administrativos e burocráticos. As empresas veículo, sustenta a fiscalização, foram empregadas, não obstante, para aparentar que foram cumpridas as disposições legais que estabelecem condições para a dedução fiscal da amortização do ágio. A compra alavancada é mencionada apenas incidentalmente.

Da mesma forma, na caracterização da segunda infração (dedução indevida de despesas financeiras incorridas pela emissão de debêntures pela Ecoporto Holding com o fito de adquirir a Tecondi) a fiscalização relata o emprego do modelo de aquisição alavancada, mas não para o condenar nem para o considerar inválido, mas apenas para argumentar que os juros pagos não são dedutíveis fiscalmente. Confira-se a passagem do termo de verificação fiscal que trata do assunto:

Considera-se que a decisão de contrair empréstimos para investimentos possa ser uma conveniência dos contribuintes, mas não se pode afirmar que as despesas advindas da obrigação em tela eram necessárias para que a fiscalizada operasse, pois o recurso foi utilizado integralmente na sua aquisição, ou seja, foi imediatamente repassado aos antigos donos do complexo portuário, e laborou a favor da adquirente – a Ecorodovias.

Considera-se que a decisão de contrair empréstimos para investimentos possa ser uma conveniência dos contribuintes, mas não se pode afirmar que as despesas advindas da obrigação em tela eram necessárias para que a fiscalizada imediatamente repassado aos antigos donos do complexo portuário, e laborou a favor da adquirente – a Ecorodovias.

Estamos diante da prática conhecida no mercado como “compra alavancada” que consiste em adquirir o controle societário de determinada empresa e financiar uma parcela significativa do preço incorrido por meio de dívida tomada pelo comprador, ou seja, utilizar os resultados obtidos com o investimento para saldar a dívida com terceiros. Entretanto, o uso de empresa inativa específica que, com determinada parcela de capital próprio, toma dívida em valor relevante para realizar o investimento e, após a aquisição, o veículo e a empresa-alvo são fundidas em uma só empresa, de forma que a empresa adquirida acabe por assumir a dívida tomada pelo investidor não possibilita que as despesas financeiras decorrentes possam ser consideradas dedutíveis, visto que, para ser dedutível qualquer encargo incorrido pelo contribuinte deverá satisfazer todos os requisitos estipulados na norma que constitui a pedra angular na regulamentação da matéria, à época, o artigo 299 do RIR 1999 (cujo fundamento legal é o artigo 47 da Lei nº 4.506, de 1964),

O texto acima demonstra que a fiscalização não pretendeu tolher a liberdade dos sujeitos passivos de realizar negócios considerados válidos pelo ordenamento jurídico. Apenas se reservou o direito de exercer suas prerrogativas de avaliar as consequências tributárias desses negócios, consequências essas que devem seguir o disposto na legislação tributária específica. Exigir tributo considerado incidente sobre determinada operação ou situação não importa em ingerência na esfera privada dos indivíduos ou pessoas jurídicas. Se assim fosse, nenhum tributo poderia ser cobrado, visto que todos incidem sobre fatos, situações ou negócios que em geral são praticados por agentes privados. A título de exemplo, se fosse aplicado o raciocínio da impugnante, o fisco não poderia exigir imposto de renda sobre os rendimentos do trabalho, afinal decidir se trabalha ou não faz parte da esfera privada dos indivíduos. Da mesma forma, cobrar

imposto sobre a propriedade de veículos ou imóveis também estaria vedado, pois cabe às pessoas físicas decidir se serão ou não proprietárias de tais bens.

Ademais, está claro que a fiscalização em nenhum momento se opôs à aquisição mediante o recurso a financiamentos sob qualquer modalidade. Apenas considerou inválida a dedução das despesas financeiras decorrentes da emissão de debêntures porque entendeu que, tendo a dívida originalmente sido contraída pela Ecoporto Holding, em decorrência das sucessivas reestruturações societárias, ela acabou tornando-se encargo da própria empresa que foi adquirida graças a ela. Em consequência, na avaliação do fisco, essas despesas tornaram-se desnecessárias para o seu pagador e indedutíveis na determinação das bases de cálculo da CSLL e do IRPJ.

Mais uma vez, pode-se não concordar com as conclusões a que o fisco chegou, e até demonstrar que elas estão erradas e contrárias à correta interpretação das leis que regem a matéria (como, aliás, esforça-se por fazer a defesa ao contestar o mérito da exigência), mas não cabe alegar que a imputação fiscal viole a liberdade de iniciativa garantida pelo artigo 170 da Constituição Federal, nem muito menos que isso implicaria nulidade do lançamento.

Em verdade, a discussão a respeito da procedência da glosa fiscal realizada com base no entendimento exposto no termo de verificação constitui matéria de mérito, e como tal é apreciada nas subseções subseqüentes deste voto.

Neste ponto, portanto, voto por afastar as preliminares de nulidade dos autos de infração.

Mérito.

Glosa das amortizações de ágio.

É oportuno relembrar o contexto no qual surgiram os ágios ora em debate. No início do relatório que compõe este voto, fiz a seguinte síntese:

Conforme será visto ao longo deste relatório, as infrações apuradas pela autoridade fiscal ocorreram no contexto de aquisição integral da participação na TECONDI – Terminal de Contêineres da Margem Direita S/A pelo Grupo ECORODOVIAS, liderado pela ECORODOVIAS Infraestrutura e Logística S/A (ECORODOVIAS).

A TECONDI, junto com a TERMARES Terminais Marítimos Especializados LTDA e a TERMLOG Transporte e Logística LTDA, integra o COMPLEXO TECONDI. Todas as três mudaram de controlador nas operações ora analisadas. Todavia, este voto irá se concentrar apenas nos fatos relativos à TECONDI porque, como será visto, ao final das operações, cada uma das investidas (TECONDI, TEMARES e TERMLOG) recebeu os respectivos ágios para amortização. O presente processo, portanto, trata exclusivamente dos efeitos tributários na TECONDI.

Originalmente, a TECONDI era controlada por dois grupos econômicos: BARBEITO e FORMITEX.

Ao final das operações, a TECONDI passou ao controle direto da ECORODOVIAS Infraestrutura e Logística S/A S/A. Passou a denominar-se ECOPORTO SANTOS S/A e começou a amortizar para fins fiscais o ágio gerado nas diversas operações societárias que integraram o processo de aquisição do controle por parte da ECORODOVIAS, bem como passou a lançar em despesa os encargos relativos às debêntures emitidas para obtenção de recursos para sua aquisição.

Como se trata de uma intrincada sequência de atos e negócios jurídicos, especialmente no que tange aos atos societários, parece-me útil tratar a matéria com vagar.

À partida, impende ressaltar que os ágios cujas amortizações para fins fiscais foram glosadas pela fiscalização originaram-se em três negócios jurídicos distintos. Assim, é preciso analisá-los de forma específica, mas sem perder a noção de como cada negócio jurídico se coordena com os demais na intrincada sequência realizada desde a situação inicial, em que a TECONDI era controlada pelos Grupos Barbeito e Formitex, até o quadro final, em que a TECONDI (agora denominada Ecoporto Santos) passou ao controle integral da Ecorodovias.

Os ágios originaram-se nos seguintes negócios jurídicos:

- **Ágio 1:** surgiu quando a Aba Porto (Grupo Formitex), que detinha 50% da participação na TECONDI, adquiriu os 50% que pertenciam ao Grupo Barbeito e passou a controlar inteiramente a TECONDI. O ágio no valor de R\$ 409.407.453,16 passou a integrar o patrimônio da Aba Porto. Posteriormente, a Aba Porto passou ao controle do Grupo Ecorodovias. Nas duas operações societárias que resultaram na transferência do controle integral da Aba Porto para o Grupo Ecorodovias surgiram os dois ágios seguintes.

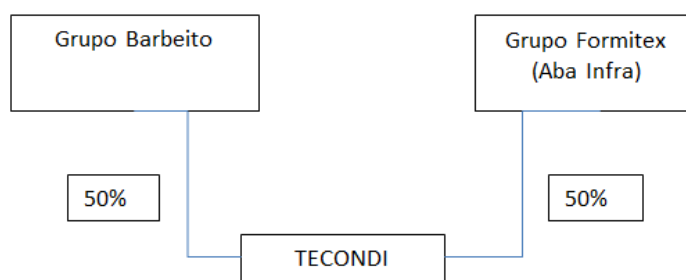
- **Ágio 2:** Em seguida à aquisição do controle da TECONDI, houve o primeiro ato para a transferência do controle da Aba Porto para o Grupo Ecorodovias. Foi feito um aumento de capital na Aba Porto com subscrição pela Ecoporto Holding (Grupo Ecorodovias) e a diluição da participação do Grupo Formitex. O ágio surgiu na integralização feita pelo Grupo Ecorodovias, que foi feita por valor superior ao patrimonial. Assim, foi escriturado no patrimônio da Ecoporto Holding o ágio no valor de R\$ 287.233.548,96.

- **Ágio 3:** A Aba Porto passou a ser controlada integralmente pelo Grupo Ecorodovias com a aquisição da participação que pertencia à CFF Participações (Grupo Formitex). Novamente, a aquisição da participação deu-se em valor superior ao patrimonial. Assim, a Ecoporto Holding (Grupo Ecorodovias) passou a ter em seu patrimônio um ágio no valor de R\$ 401.935.495,90.

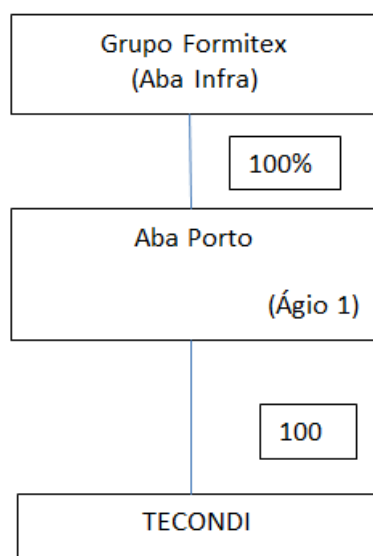
Essas operações duraram poucos meses no ano 2012. Ao final, a Aba Porto sofreu uma cisão total (para separar as participações em TECONDI, TERMARES E TERMLOG). A Aba Porto e a Ecoporto Holding foram incorporadas pela TECONDI, que passou a se denominar Ecoporto Santos e, a partir de 2013, passou a amortizar os ágios para fins fiscais.

Os seguintes organogramas facilitam a visualização dos fatos narrados:

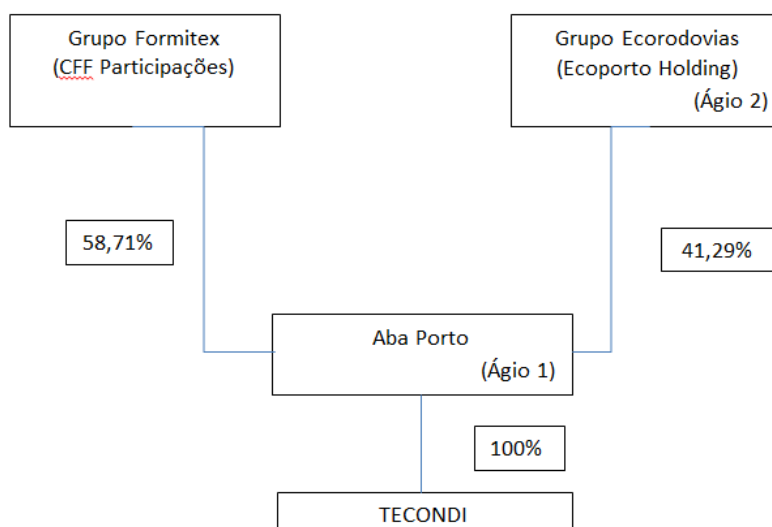
Situação inicial:



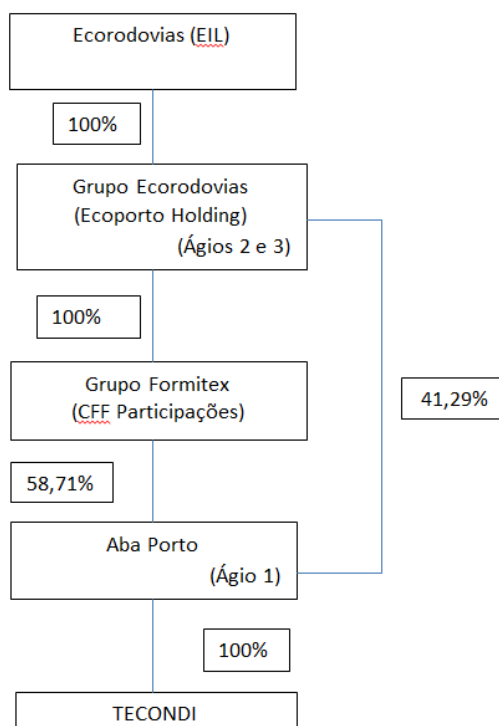
Após a aquisição da participação de 50% do Grupo Barbeito, surgiu o Ágio 1 no patrimônio da Aba Porto:



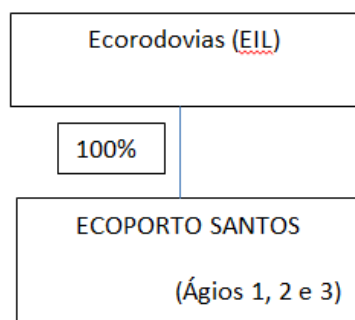
Após o Grupo Ecorodovias subscrever 41,29% do capital da Aba Porto, foi registrado no patrimônio da Ecoporto Holding o Ágio 2:



Após a aquisição do controle da CFF Participações, surgiu o Ágio 3 no patrimônio da Ecoporto Holding. A Ecorodovias passa a ter o controle indireto (100%) da TECONDI:



Na sequência, a Aba Porto incorporou a CFF Participações e a Ecoporto Holding. Na mesma data, houve a cisão total da Aba Porto e a incorporação do investimento e dos ágios na TECONDI. O controle da TECONDI pela Ecorodovias, que era indireto, passou a ser direto.



Como dito, cada uma dessas etapas foi composta por diversos atos jurídicos numa cadeia intrincada. Assim, a partir dos elementos de prova juntados aos autos, faço uma pequena resenha dos principais fatos ocorridos em cada etapa. Destaco que as negociações envolveram o Complexo Tecondi (TECONDI, TERMARES e TERMLOG), nas este voto estará concentrado somente na TECONDI, conforme já explicado anteriormente.

Fatos relevantes na origem do Ágio 1:

Da situação original até a aquisição da participação do Grupo Barbeito pelo Grupo Formitex, por intermédio da Aba Porto:

- Em meados de 2011, o Grupo Barbeito contratou a Vergent Partners para assessorá-la na venda de sua participação de 50% no TECONDI.

- O Grupo Ecorodovias, por meio da Ecorodovias Transporte e Logística S/A, ingressou na negociação, tendo formalizado um acordo de confidencialidade com o Grupo Barbeito em 05/08/2011 e apresentado uma proposta não vinculante em 06/09/2011.

- Em 30/09/2011, a Ecorodovias Transporte e Logística S/A firmou com o Grupo Barbeito uma carta de exclusividade com validade até 31/10/2011. Novas propostas foram apresentadas em 18/11/2011, 29/11/2011 e 08/01/2012.

- O Grupo Formitex começou a negociar com o Grupo Ecorodovias a partir de novembro de 2011 com intermediação do Banco Bradesco.

- Em 22/12/2011, o Grupo Ecorodovias apresentou as propostas A e B ao Grupo Formitex.

- Em 07/02/2012, o Grupo Barbeito formalizou contrato de compra e venda de sua participação na TECONDI com a Libra Holding S/A, entretanto, havia uma cláusula suspensiva em face do direito de preferência da Aba Infra (Grupo Formitex) para a aquisição da participação do Grupo Barbeito.

- Em 09/03/2012, a Aba Infra exerceu o seu direito de preferência e informou ao Grupo Barbeito que iria adquirir as ações correspondentes aos 50% da TECONDI. Em 19/03/2012, a Aba Infra formalizou o contrato de compra e venda das ações. Efetuou um depósito de R\$ 23 milhões e comprometeu-se a pagar o restante.

- Neste ínterim, em 14/03/2012, o Grupo Formitex constituiu a Aba Porto na forma de sociedade por ações de capital fechado (capital social de R\$ 1.000,00), cujos acionistas eram Carlos Cesar Floriano (99,9%) e Francisco Cassiani Filho (0,1%).

- Em 29/03/2012, a Aba Porto realizou AGE na qual aprovou a contratação de financiamento via Nota Promissória com valor de até R\$ 522.600.000,00 com a finalidade de adquirir as ações do Grupo Barbeito.

- Em 12/04/2012, houve a cisão parcial da Aba Infra e a participação de 50% na TECONDI que pertencia à Aba Infra foi incorporada no patrimônio da recém criada Aba Porto, junto com o direito de preferência para a aquisição dos 50% do Grupo Barbeito. Neste ato, o capital social da Aba Porto foi aumentado para R\$ 62.296.000,00

- O contrato da Aba Porto com o Bradesco para financiamento via emissão de Nota Promissória ocorreu em 09/05/2012. O financiamento foi no valor de R\$ 513.761.843,00 e a Aba Porto ofereceu em garantia as ações da TECONDI (detidas e a serem detidas) e seus frutos. No dia 10/05/2012, a Aba Porto recebeu os recursos do Banco Bradesco e liquidou a compra das ações do Grupo Barbeito.

- Como a aquisição das ações correspondentes aos 50% do Grupo Barbeito foi efetuada por valor superior ao patrimonial, a Aba Porto registrou na contabilidade um ágio de R\$ 409.407.453,16.

Análise do Ágio 1.

Como visto, a Aba Porto teve o início de sua efêmera vida em 03/2012, no contexto de transferência do controle da TECONDI dos grupos Barbeito e Formitex para o Grupo Ecorodovias.

Segundo a fiscalização, os atos societários e contratos realizados nesse curto espaço de tempo teriam o objetivo exclusivo de proporcionar aos diversos envolvidos uma economia tributária indevida. Destaco trecho do Termo de Verificação Fiscal que trata da matéria:

4.4.4 Do papel da Aba Porto na operação analisada

Às vésperas da alienação do Complexo Tecondi, em 18/05/2012, se dá a celebração concomitante do acordo de subscrição de ações da Aba Porto e do contrato de opção de compra de quotas da CFF Participações. A implementação dos acordados dará a Ecoporto Holding o controle indireto de 100% do Complexo Tecondi: 41,29% via Aba Porto e 58,71% via CFF Participações.

Em contrapartida, os vendedores apurarão o ganho de capital nas pessoas físicas e, com a cisão total da Aba Porto a favor das empresas operacionais, o ágio pago na aquisição das participações detidas pela Zardust e Família Barbeito, com os recursos aportados pelo Grupo Ecorodovias, poderá ser amortizado fiscalmente, trazendo vantagens tributárias para todas as partes.

Estamos diante do clássico “casa e separa” tão combatido, melhor elaborado no presente caso, onde, após a entrada da adquirente, Ecoporto Holding, no capital social da veículo Aba Porto, veremos a saída das alienantes, Aba Infra e Retroporto, transmutadas em CFF Participações, e objeto de análise no subitem seguinte.

O CARF, em muitos julgados que se assemelham ao presente caso, interpreta esta operação como uma simulação de alienação de participação acionária através de uma operação de aumento de capital e que os participantes dessa operação sonham impostos como o IRPJ e a CSLL, como se pode depreender do recente acórdão nº 1302-001.710, de 28 de abril de 2015, da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de julgamento:

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. OPERAÇÃO CASA-SEPARA. SIMULAÇÃO.

Deve ser mantida a exigência, ao restar comprovado que as complexas operações societárias levadas a efeito pela interessada nunca objetivaram a admissão de novo sócio ou investidor, mas sim a alienação de participações societárias. A existência de prévio contrato escrito entre as partes, em que são detalhados todos os passos e valores envolvidos nas operações, reforça tal conclusão. Irrelevante o lapso temporal entre o início e o final das operações ter sido superior a um ano, se todas as etapas estavam previamente acordadas entre as partes. O descompasso entre a vontade aparente e a vontade real conduz à conclusão de simulação. O ganho de capital na alienação foi artificialmente reduzido, com a igualmente artificial majoração do custo de aquisição. O lançamento deve, assim, ser mantido.

Diante do relatado, temos que a empresa Aba Porto, foi constituída pelo Grupo Formitex exclusivamente para o processo de venda, haja vista sua constituição apenas no final da operação de alienação do Complexo Tecondi para o Grupo Ecorodovias, servindo apenas para receber um patrimônio que seria alienado e levá-lo de encontro ao seu adquirente. Logo após, sem mais utilidade, foi extinta.

Em outras palavras, a autoridade fiscal entendeu que tratou-se de uma operação simulada (casa-e-separa) na qual a Aba Porto serviu como veículo para levar o Ágio 1 para o patrimônio da própria investida de forma a propiciar a amortização do que se convencionou chamar de “ágio de si mesmo”.

Nestes termos, a fiscalização efetuou a glosa das amortizações do Ágio 1 para fins fiscais.

Tenho que a tese da fiscalização não deva prosperar.

A primeira consideração a ser feita é que a autoridade fiscal não questionou diretamente o ágio produzido na aquisição da participação do Grupo Barbeito na TECONDI. As partes (Grupos Barbeito e Formitex) não eram dependentes e seus interesses eram contrapostos. Não houve qualquer reparo da autoridade lançadora acerca do valor pelo qual foi feita a operação e sobre o montante de ágio registrado no patrimônio da Aba Porto.

A segunda ponderação relevante é que Aba Infra era a detentora do direito de preferência, por força contratual, diante da compra-e-venda efetuada entre o Grupo Barbeito e a Libra. Desta forma, nesse contexto, não havia, portanto, possibilidade de o Grupo Ecorodovias adquirir diretamente a participação que pertencia ao Grupo Barbeito.

Em terceiro lugar, a operação destacada pela fiscalização como “casa e separa” ocorreu após a formação do Ágio 1, pois este decorreu, como descrito anteriormente, da aquisição da participação do Grupo Barbeito na TECONDI. A própria DRJ/BHE destacou o papel secundário da operação casa e separa, conforme se pode observar no seguinte trecho do acórdão de piso:

A impugnante, por sua vez, contesta o enquadramento dos negócios em questão como tal, alegando que suas características diferem do modelo clássico de operação “casa e separa”. Contudo, tal discussão é irrelevante no presente processo. Foi apenas como um comentário lateral e de passagem que a autoridade fiscal mencionou a semelhança entre aquelas famigeradas operações fraudulentas e os negócios realizados pelo grupo Formitex e o grupo Ecorodovias. Mas tal enquadramento não serviu de fundamento factual para as presentes exigências fiscais. Em verdade, no próprio termo de verificação fiscal consta a ressalva de que os efeitos tributários e eventuais irregularidades relacionadas ao emprego da CFF e da Aba Porto como empresas de passagens nas negociações com o grupo Ecorodovias seriam objeto de ação fiscal à parte, pois dizem respeito a outros sujeitos passivos. Com efeito, na hipótese de ter havido alguma evasão tributária decorrente de tais artifícios, os sujeitos passivos seriam outros, isto é, a Aba Porto, a CFF e os seus sócios ou acionistas controladores e administradores, de sorte que tal discussão é inteiramente alheia ao presente processo.

[...]

Em essência, o verdadeiro motivo pelo qual a fiscalização não considera legítima a dedução do ágio não está relacionado com nenhuma irregularidade na sua formação nem na sua natureza. Mas sim no fato de que o grupo Ecorodovias tenha empregado a Ecoporto Holding como empresa de fachada e de passagem em todo o processo. O verdadeiro adquirente foi a Ecorodovias Infraestrutura e Logística, pois foi esta quem conduziu todas as negociações e providenciou todos os recursos necessários. Durante todo o processo de negociação a Ecoporto Holding era empresa inativa, com capital apenas simbólico e sem recursos próprios. No entanto, a legislação exige que ocorra a absorção do patrimônio adquirido com ágio, mediante a reunião numa só entidade do investidor adquirente e do patrimônio adquirido, de modo que o investimento seja

extinto. A introdução da Ecoporto Holding perpetrada pela Ecorodovias frustrou essa determinação legal, visto que, o ágio acabou incorporado pela Ecoporto Santos e ela iniciou sua amortização sem que o investimento tenha sido de fato extinto, pois continuou a figurar no balanço patrimonial de sua verdadeira adquirente, agora como controladora direta, após a incorporação ou cisão total reversa das entidades artificialmente inseridas no processo. Assim, ainda que nenhuma irregularidade ou suspeita pudesse ser suscitada quanto às empresas participantes das operações e que pertenciam aos alienantes da participação na Tecondi (Zardust, Aba Infra, Aba Porto e CFF), mesmo assim a dedução fiscal da amortização do ágio estaria prejudicada.

Em quarto-lugar, é preciso ressaltar que a jurisprudência citada pela fiscalização trata da tributação do ganho de capital que seria contornada indevidamente pelo artifício do caso e separa. Não é o caso em tela. Aqui, não se trata da tributação do ganho de capital dos alienantes, mas da formação e dedutibilidade do ágio na aquisição da participação societária.

Nesse contexto, é preciso examinar se a constituição da Aba Porto e sua introdução em meio à aquisição da participação do Grupo Barbeito na TECONDI trouxe uma vantagem tributária ilícita, cujos efeitos poderiam ser afastados para apuração do devido crédito tributário.

Três são as questões que se impõem: (i) se a utilização da Aba Porto serviu como veículo para segregar o ágio de forma indevida da Aba Infra; (ii) se a utilização da Aba Porto teve como razão somente uma vantagem tributária ou se haveria uma razão extratributária a dar suporte aos atos jurídicos realizados. ; e (iii) se houve sacrifício patrimonial da Aba Porto para a aquisição da participação do Grupo Barbeito

Como dito, a Aba Infra era a titular do direito de preferência em relação à compra e venda das ações da TECONDI detidas pelo Grupo Barbeito. Neste contexto, a Aba Infra exerceu – em nome próprio – o direito de preferência. Poder-se-ia dizer que a Aba Infra era, então, a verdadeira adquirente da participação societária, para fins de apuração dos requisitos para a dedutibilidade corrente das amortizações do Ágio 1, a depender, evidentemente, da “confusão patrimonial” entre investida e investidora.

Evidentemente, ao segregar o investimento e o respectivo ágio (Ágio 1) no patrimônio da Aba Porto, o Grupo Formitex criou a possibilidade de deslocar o ágio para a própria investida sem a necessidade de promover uma fusão (ou incorporação) do patrimônio da Aba Infra com a TECONDI.

A razão extratributária apontada nos recursos voluntários seria a exigência por parte do Banco Bradesco de segregação do ativo para que este pudesse ser dado em garantia para a operação de financiamento com emissão de Nota Promissória.

Penso que esta alegação deveria estar provada pela fiscalizada. Não vejo como exigir da fiscalização a prova da não ocorrência desta exigência. Afinal, à fiscalizada incumbe comprovar a alegação de existência da razão extratributária. De fato, o único elemento indiciário trazido aos autos é a menção *en passant* desta exigência nos considerandos do *Instrumento Particular de Contrato de Opção de Compra de Ações* firmado entre a Aba Porto e o Grupo Barbeito:

(iv) a ABA e a RETROPORTO, em decorrência de direito de preferência a elas assegurado, respectivamente, em acordo de acionistas firmado com os demais acionistas da TECONDI e no contrato social da RETROPORTO, estão em vias de adquirir as participações societárias representativas dos outros 50% do capital social da TECONDI e da TERMARES, sendo que o processo de captação dos recursos para tanto necessários está em andamento, tendo a instituição financeira que irá financiar tais aquisições solicitado a segregação das participações societárias no TECONDI e na TERMARES em uma sociedade de propósito específico, para que o financiamento almejado possa ser concedido;

É oportuno lembrar, inclusive que a autoridade julgadora de primeira instância destacou de forma expressa a falta de provas da exigência de segregação do ativo em sociedade de propósito específico – SPE. Cito suas palavras:

Tampouco a segunda premissa tem fundamento. A impugnante menciona o documento a folhas 2.601 a 2.611 como comprovante de que o Banco Bradesco teria exigido a segregação do investimento na Tecondi em uma sociedade de propósito específico como condição para o fornecimento de recursos ao grupo Formitex para a quitação do valor da compra das ações da Tecondi (mediante emissão de uma nota promissória). O documento mencionado, porém, foi firmado apenas pelos sócios e administradores da ABA Infra e da ABA Porto, sem participação do Bradesco. Trata-se de um instrumento particular de contrato de compra de opção de compra de ações, datado de 12/04/2012, no qual as duas partes acertam entre si a redistribuição de suas participações em empresas do grupo Formitex. **É verdade que nos considerando desse contrato é afirmado que o Bradesco teria exigido a segregação em questão, mas não se apresenta nenhum documento em que tal segregação é efetivamente requerida pelo Banco.** Em verdade, o contrato de distribuição pública restrita que viria ser efetivamente firmado entre a ABA Porto e o Bradesco em 09/05/2012, cuja cópia se acha a folhas 2.612 a 2.642, tampouco contém tal exigência. Ademais, o mais significativo é que sua subcláusula 2.10, estipula que o Bradesco dispensará a prestação de aval e aceitará como garantia do crédito fornecido apenas a alienação fiduciária das ações do complexo Tecondi que já pertenciam ao emissor da nota promissória e mais as que viessem a adquirir. Ora, se as ações da Tecondi foram dadas como garantia real da concessão de crédito, tal procedimento poderia ser feito pela ABA Infra, sem que fosse necessária a intervenção ou a criação de uma nova sociedade. (grifei)

Ora, trata-se de uma negociação de mais de R\$ 500 milhões. É de se supor que haja registros de propostas, tratativas por escrito que confirmassem as exigências do Banco Bradesco. Mas, apesar da falta de elemento probatório apontada pela autoridade julgadora de primeira instância, a contribuinte não logrou trazer mais nenhum elemento de prova.

Diante do quadro traçado, é possível asseverar, ao contrário do que foi alegado pelas recorrentes, caso a ABA Porto não fosse alienada para o Grupo Ecorodovias e fosse incorporada (“às avessas”) na TECONDI, que o Ágio 1 seria indedutível, pois a verdadeira adquirente do investimento não teria tido seu patrimônio confundido com a investida. Seria o caso de utilização de empresa veículo para o deslocamento do ágio para a investida, separando-o da real investidora que já foi diversas vezes rechaçado pela jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF deste Conselho administrativo, como se pode observar nos seguintes julgados:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. IMPOSSIBILIDADE.

A subsunção aos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, assim como aos arts. 385 e 386 do RIR/99, exige a satisfação dos aspectos temporal, pessoal e material ali previstos. Inexiste norma que amplie os aspectos pessoal e material a outras pessoas jurídicas ou, ainda, que preveja a possibilidade de intermediação ou de interposição de outras pessoas jurídicas.

Não há previsão legal, no contexto da mencionada legislação, para transferência de ágio por meio de interposta pessoa jurídica, sendo indevida a amortização do ágio pelo sujeito passivo.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a incorporação de pessoa jurídica, em cujo patrimônio constava registro de ágio com fundamento em expectativa de rentabilidade futura, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da incorporada como mera empresa veículo para transferência do ágio à incorporadora. (Acórdão CARF nº 9101-003.740, de 12/09/2018)

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

Ano - calendário: 2009, 2010

TRANSFERÊNCIA DE ÁGIO. APROVEITAMENTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

A hipótese de incidência tributária da possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio, prevista no art. 386 do RIR/1999, requer que participe da "confusão patrimonial" a pessoa jurídica investidora real, ou seja, aquela que efetivamente acreditou na "mais valia" do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição.

Ainda que o ágio tenha sido criado em operação envolvendo terceiros independentes e com efetivo sacrifício patrimonial correspondente à participação societária adquirida, se houver a transferência do ágio pela investidora originária para outra empresa de seu grupo econômico, por meio de operações meramente contábeis e sem nova circulação de riquezas, não se torna possível o pretendido aproveitamento tributário do ágio em razão de a eventual "confusão patrimonial" advinda de posterior processo de incorporação entre empresas não envolver a real adquirente da participação societária com sobrepreço. (Acórdão CARF nº 9101-004.277, de 10/07/2019)

Todavia, é preciso examinar essa questão no contexto da negociação como um todo. Afinal toda a montagem da intrincada rede de atos e negócios jurídicos tinha como pano de fundo a venda do controle da TECONDI para o Grupo Ecorodovias.

Na sequência de atos societários, o que se verifica é que tanto Aba Porto, quanto CFF Participações sucessora de Aba Infra, foram incorporadas à TECONDI. Desta forma, embora tenha sido usada uma “empresa veículo”, neste caso, houve a necessária confusão patrimonial entre a real investidora e a investida.

Neste cenário, é preciso examinar se a utilização da Aba Porto trouxe uma vantagem tributária ilegítima, abusiva ou fraudulenta. É o que deflui da concepção de

planejamentos tributários ilegítimos que adoto (NOGUEIRA, Carlos André Soares. *Planejamentos Tributários: limites e restrições da liberdade nos planejamentos abusivos e agressivos*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 24/25):

Segundo Saldanha SANCHES, o planejamento tributário legítimo alcança uma redução de carga tributária proporcionada pelo sistema jurídico, seja por omissão ou por ação intencional do legislador, que possibilita ao sujeito passivo escolher a operação ou forma de apuração que seja acompanhada do menor encargo tributário.

Ainda de acordo com o conceito do autor, o planejamento ilegítimo é contrário ao direito, uma vez que implica a violação de regras ou princípios do sistema justtributário. Releva destacar que a fronteira não foi traçada por Saldanha SANCHES na observância formal da letra da lei.

Também é relevante para o tema deste estudo que o planejamento tributário consista precipuamente numa técnica de redução da carga fiscal. À evidência, o sujeito passivo pode eventualmente aproveitar-se da multiplicidade de sentidos do texto normativo para construir a norma de incidência conforme a interpretação que seja acompanhada da menor carga tributária³¹. Mas, para fins deste estudo, o planejamento tributário não consiste, fundamentalmente, na simples adoção de determinada interpretação da lei tributária, mas na conduta preordenada de organização da atividade empresarial, de maior ou menor sofisticação e complexidade, dentre as opções juridicamente legítimas, com impacto na redução do custo tributário inerente à atividade realizada.

[...]

De plano afirma-se, para fins deste estudo, que os planejamentos tributários stricto sensu, nos termos definidos acima, configuram condutas legítimas inerentes à autonomia privada que utilizam meios e alcançam resultados pretendidos ou não vedados pelo sistema jurídico.

Neste sentido, conforme será visto à frente, não é suficiente para configurar a legitimidade do planejamento tributário a mera observância formal ou literal da lei. Em outras palavras, não basta para configurar a legitimidade de um determinado planejamento tributário a utilização de atos cujos conceitos – individualmente considerados – remetam formalmente a classes permitidas ou não vedadas por determinado sistema jurídico.

Diante de tal premissa, pode-se afastar da matéria de planejamento tributário as condutas que utilizam, como meio, atos cujos conceitos remetam a classes vedadas pelo direito e, portanto, violem frontalmente o sistema jurídico, em especial as condutas fraudulentas sujeitas a sanções penais. Não há como se considerar planejamento tributário a decisão do particular de transgredir dolosamente as normas tributárias ou mesmo as normas extratributárias.

As recorrentes apontaram nas peças de defesa que não haveria nenhuma vantagem tributária em segregar o investimento na Aba Porto. Destaco excerto da peça recursal:

176. Ademais, para que não restem dúvidas a respeito da licitude da utilização da Aba Porto na transação perpetrada pelas sociedades do Grupo Ecorodovias e do Grupo Formitex, é preciso reconhecer que a suposta “interposição” da Aba Porto **não implicou qualquer benefício fiscal**.

177. Caso (i) a Aba Infra tivesse adquirido 50% das ações representativas do capital da Tecondi (por meio de financiamento bancário); (ii) a Ecoporto Holding tivesse contribuído recursos na Aba Infra; (iii) a Ecoporto Holding tivesse adquirido participação societária na Aba Infra; e (iv) a Aba Infra fosse cindida parcialmente com a versão do acervo para a Ecoporto Holding, bem como cancelasse as ações do Grupo

Formitex (fato que permitiria ao Grupo Formitex remanescer com os outros investimentos detidos pela Aba Infra), haveria **exatamente o mesmo efeito tributário**.

178. A suposta interposição da Aba Porto não gerou benefício tributário adicional nenhum! A Aba Porto foi criada, apenas, para viabilizar a segregação da atividade e a manutenção do direito de preferência, exercido por sua sucedida (Aba Infra). Não há qualquer ilicitude ou irregularidade em buscar, simultaneamente, **(i)** segregar as atividades portuárias que seriam alienadas; **(ii)** manter o direito de preferência; e **(iii)** atender à solicitação da instituição financeira que disponibilizaria os recursos para financiar a aquisição. (grifos do original)

Penso terem razão as recorrentes.

Considerando que a Aba Infra seja a real adquirente da participação do Grupo Barbeito (50%) e que a Ecorodovias seria a verdadeira adquirente na alienação do controle da TECONDI (100%), os controladores da Aba Infra poderiam simplesmente ter feito a cisão parcial desta após a aquisição da participação do Grupo Barbeito e alienado o controle da sociedade resultante para a Ecorodovias. Neste caso, a Ecorodovias passaria a controlar a real adquirente do controle da TECONDI e poderia promover a incorporação (ou fusão) dos patrimônios para dar azo à amortização do Ágio 1 para fins fiscais.

É prudente dizer, no entanto, que, nesta hipótese, os Ágios 2 e 3 teriam sido registrados no patrimônio da Ecorodovias e, como esta permanece com o investimento na TECONDI (agora Ecoporto Santos), estes somente poderiam ser aproveitados fiscalmente na composição do custo de aquisição em eventual apuração de ganho de capital na realização do investimento. Esta matéria será vista à frente.

Há também, a questão do sacrifício patrimonial para a aquisição da participação do Grupo Barbeito. Como visto, a aquisição foi possibilitada pelo financiamento do Banco Bradesco, com emissão de Nota Promissória e garantia das próprias ações da TECONDI.

A fiscalização e a DRJ/BHE entenderam que não teria havido o sacrifício patrimonial visto que:

(i) o financiamento foi concedido à Aba Porto pelo próprio Banco que assessorou o Grupo Formitex (Aba Infra) na estruturação da venda das ações da TECONDI e que operou a emissão das debêntures do Grupo Ecorodovias para a aquisição final dos 100% da participação da TECONDI.

(ii) o débito da Aba Porto para com o Banco Bradesco foi assumido pelo Grupo Ecorodovias e, finalmente, foi pago com os recursos da subscrição do capital da Aba Porto feito pelo Grupo Ecorodovias.

Pela sequência de atos jurídicos realizados, parece-me evidente que cada um desses passos havia sido negociado anteriormente. Entretanto, não me parece correto dizer que não tenha havido sacrifício patrimonial do Grupo Formitex. A aquisição deu-se em nome próprio. O financiamento foi assumido perante o Banco Bradesco e, mesmo que se diga que os próximos passos estavam negociados, ainda eram apenas promessa, pois os atos societários e negócios jurídicos necessários somente foram realizados posteriormente. Tudo isso num contexto, como já ressaltado, em que os dois Grupos Econômicos (Formitex e Ecorodovias) tinham controles distintos, independentes.

Em síntese, entendo que o Grupo Formitex adquiriu em nome próprio a participação do Grupo Barbeito (50%) na TECONDI, apesar de utilizar a Aba Porto para segregar o ativo e o correspondente Ágio 1 do patrimônio da Aba Infra. A aquisição foi feita no contexto de alienação do controle da TECONDI (100%) para o Grupo Ecorodovias, mas sem gerar, no caso do Ágio 1, uma vantagem tributária indevida, pois o mesmo aproveitamento de ágio poderia ter sido feito caso as duas reais adquirentes (Aba Infra e Ecorodovias) houvessem feito a operação de forma direta.

Assim, neste ponto, voto por dar provimento aos recursos voluntários para exonerar o lançamento de glosa de amortizações do Ágio 1 para fins fiscais.

Fatos relevantes na origem dos Ágios 2 e 3:

- A Ecoporto Holding foi constituída em 2009 sob o controle da Ecorodovias (99,9%). Seu domicílio era no mesmo endereço da Ecorodovias. Permaneceu inativa até o ano-calendário 2011 e tinha capital social de R\$ 1.000,00.

- Em 23/02/2012, o Grupo Formitex constituiu a CFF Participações.

- Em 30/03/2012, no contexto das operações anteriormente descritas que envolveram a aquisição da participação do Grupo Barbeito na TECONDI (50%) e a segregação do ativo na Aba Porto, a Ecorodovias promoveu aumento de capital na Ecoporto Holding, cujo capital foi elevado para R\$ 64.000,00 e passou a ser detido integralmente pela Ecorodovias.

- Em 14/05/2012, a Ecorodovias promoveu novo aumento do capital, que passou a ser de R\$ 10.064.000,00.

- Na mesma data, em 14/05/2012, o Grupo Formitex promoveu o aumento do capital da CFF Participações para R\$ 56.631.612,00. O aumento de capital foi subscrito pelos sócios com ações ordinárias nominativas da Aba Porto. Desta forma, a CFF Participações passou a deter 100% da Aba Porto. Em seguida, foram realizadas as duas operações societárias que passaram o controle da Aba Porto para o Grupo Ecorodovias, com a geração dos Ágios 2 e 3.

- Em 28/05/2012, a Ecorodovias promoveu o aumento do capital da Ecoporto Holding para R\$ 570.064.000,00.

- Em 29/05/2012, houve o aumento do capital da Aba Porto para R\$ 106.107.988,00. A Ecoporto Holding subscreveu e integralizou R\$ 43.811.988,00 e passou a deter 41,28% da Aba Porto. A CFF Participações permaneceu no controle com 58,72%. Nesta operação, foi gerado o Ágio 2 no valor de R\$ 287.233.548,96, que foi registrado no patrimônio da Ecoporto Holding.

- Em 30/05/2012, a Ecoporto Holding realizou AGE para autorizar a emissão de debêntures no valor total de R\$ 600 milhões para a aquisição das ações da TECONDI (também da TERMARES e TERMLOG). As garantias reais seriam as próprias ações da TECONDI dadas em alienação fiduciária.

- Em 12/06/2012 a Ecoporto Holding emitiu as debêntures no valor de R\$ 600 milhões, tendo como devedora solidária e principal pagadora a Ecorodovias.

- Em 19/06/2012, a Ecoporto Holding adquiriu a integralidade das ações da CFF Participações no valor de R\$ 364.338.134,00, gerando o Ágio 3 no valor de R\$ 401.935.495,90. Com esta operação, passou a ter o controle integral da TECONDI por meio da CFF Participações e da Aba Porto.

- Em 27/11/2012, a Aba Porto promoveu a incorporação de suas acionistas CFF Participações e Ecoporto Holding, resultando no controle direto da Ecorodovias Infraestrutura e Logística S/A (Ecorodovias). Com essa operação, os Ágios 2 e 3 passaram ao patrimônio da Aba Porto.

- Na mesma data, em 27/11/2012, a Aba Porto promoveu uma cisão total e verteu para o patrimônio da TECONDI o respectivo investimento e os Ágios 1, 2 e 3.

Análise dos Ágios 2 e 3.

A questão da formação e posterior amortização para fins fiscais dos Ágios 2 e 3 está intimamente ligada à utilização pelo Grupo Ecorodovias da Ecoporto Holding como empresa veículo para adquirir o controle da TECONDI e, em seguida, fazer a sua incorporação às avessas na investida.

À partida, é preciso destacar que já ficou demonstrado ao longo deste voto que toda a negociação para a aquisição das participações dos Grupos Barbeito e Formitex foi feita – desde o início, no ano-calendário 2011 – diretamente pela Ecorodovias Infraestrutura e Logística S/A (Ecorodovias).

Portanto, quem manifestou a vontade de adquirir o controle da TECONDI foi a Ecorodovias. No último momento, a Ecoporto Holding foi interposta nos atos societários e negócios jurídicos somente com o fito de obter uma vantagem tributária indevida.

A Ecoporto Holding funcionava no **mesmo endereço** da Ecorodovias. **Não tinha funcionários** (apenas um diretor). Esteve **inativa** até 2011. Possuía capital social de R\$ 1.000.000 até 29/03/2012 e seu capital foi elevado **em dois meses** (até 28/05/2012) para R\$ 570.064.000,00. A elevação do capital foi integralmente feita com recursos de sua única acionista, a Ecorodovias.

No dia seguinte ao aumento de capital no valor de R\$ 560 milhões, dia 29/05/2012, a Ecoporto Holding usou os recursos transferidos da Ecorodovias para subscrever o capital da Aba Porto e gerar o Ágio 2.

Da mesma forma, a emissão de debêntures, necessária para a aquisição da CFF Participações e o controle (100%) da TECONDI, tinha a Ecorodovias como devedora solidária e principal pagadora. Pelo relatado, não é crível que uma sociedade que estava inativa, que tinha, até 2 meses antes, capital social de R\$ 1.000,00, que não possuía nenhuma autonomia operacional, gerencial, financeira, administrativa, pudesse colocar no mercado R\$ 600.000.000,00 em debêntures. A colocação das debêntures foi feita por meio do Banco Bradesco, que assessorava o Grupo Formitex na venda da TECONDI para a Ecorodovias, e a garantia ofertada nas debêntures eram exatamente as ações da TECONDI. Tudo isso a indicar que – de fato – quem buscou os recursos no mercado foi a Ecorodovias.

O que se pode verificar de plano é que a Ecoporto Holding era uma estrutura vazia, fictícia, sem autonomia financeira, operacional, gerencial, de vontade, em relação à sua controladora, a Ecorodovias. Em resumo, era apenas um número de CNPJ guardado na gaveta do escritório da Ecorodovias que foi utilizado, na espécie, para uma interposição fraudulenta com fins exclusivamente tributários.

Em essência, a defesa das recorrentes para a utilização da Ecoporto Holding para a aquisição da Aba Porto e para a sua incorporação às avessas com a finalidade de amortizar os Ágios na TECONDI é a chamada “compra alavancada”.

Segundo a alegação, no modelo de compra alavancada (“*leveraged buyout*”), a interposição da Ecoporto Holding seria necessária para que o passivo decorrente do financiamento obtido por meio das debêntures fosse incorporado no patrimônio da TECONDI para que a geração de fluxo de caixa da atividade operacional fizesse frente aos correspondentes encargos e amortizações. As recorrentes mencionaram trechos de textos técnicos sobre o assunto.

Todavia, a leitura da própria literatura citada pelas recorrentes demonstra que o conceito de compra alavancada (“*leveraged buyout*”) não se aplica ao modelo utilizado pela Ecorodovias com interposição da Ecoporto Holding para deslocar o ágio para ser deduzido na investida. As operações de *leveraged buyout* são típicas do mercado de *private equity*, como destacam Steven Kaplan e Per Stromberg¹. Neste sentido, as *private equity firms* buscam recursos de terceiros em *private equity funds* para investir em empresas para que seus negócios sejam desenvolvidos e, posteriormente, estas sejam vendidas para outras investidoras (sociedades não financeiras, fundos) ou sejam objeto de oferta inicial pública de ações (IPO). É o que se observa nos seguintes trechos (p. 2 e 10/11), traduzidos livremente²:

Em uma aquisição alavancada, uma empresa é adquirida por uma empresa de investimento especializada, utilizando uma parcela relativamente pequena do patrimônio e uma parcela relativamente grande do financiamento por dívida externa. As empresas de investimento de compra alavancada hoje se referem a si mesmas (e geralmente são referidas) como empresas de *private equity*. Em uma transação típica de compra alavancada, a empresa de *private equity* compra o controle majoritário de uma empresa existente ou madura.

[...]

Forma e tempo de saída

¹ (<https://corpgov.law.harvard.edu/2008/08/14/leveraged-buyouts-and-private-equity/>).

² In a leveraged buyout, a company is acquired by a specialized investment firm using a relatively small portion of equity and a relatively large portion of outside debt financing. The leveraged buyout investment firms today refer to themselves (and are generally referred to) as private equity firms. In a typical leveraged buyout transaction, the private equity firm buys majority control of an existing or mature firm.

[...]

Manner and Timing of Exit

[...]

Conditional on having exited, the most common route is the sale of the company to a strategic (i.e. non-financial) buyer; this occurs in 38% of all exits. The second most common exit route is a sale to another private equity fund in a so-called “secondary leveraged buyout” (24%); this exit route has increased considerably over time. Initial public offerings, where the company is listed on a public stock exchange (and the private equity firm can subsequently sell its shares in the public market), account for 14% of exits; this exit route has decreased significantly in relative importance over time.

[...]

Dependendo da saída, a rota mais comum é a venda da empresa a um comprador estratégico (ou seja, não financeiro); isso ocorre em 38% de todas as saídas. A segunda rota de saída mais comum é a venda para outro fundo de *private equity* na chamada “compra alavancada secundária” (24%); essa rota de saída aumentou consideravelmente ao longo do tempo. As ofertas públicas iniciais, em que a empresa está listada em bolsa de valores pública (e a empresa de *private equity* pode posteriormente vender suas ações no mercado público), respondem por 14% das saídas; essa rota de saída diminuiu significativamente em importância relativa ao longo do tempo.

Ainda seguindo na literatura apresentada pelas recorrentes, vê-se que o objetivo das *private equity firms* é promover reengenharias financeira, de governança e operacional na investida³.

Vê-se que o modelo de *leveraged buyout* não se aplica à realidade dos fatos de acordo com as provas juntadas aos autos. Em nenhum momento a literatura citada defende a utilização de interposta pessoa para deslocar encargos e amortizações para a empresa operacional.

Ademais, já mencionei alhures, ao conceituar planejamentos tributários ilegítimos, que nem todas as pretensões econômicas são acolhidas pelo sistema jurídico. No caso, a pretensão do Grupo Ecorodovias de utilizar a Ecoporto Holding para separar a real adquirente do investimento do respectivo ágio, de forma que este seja amortizado na investida não é acolhido pela norma tributária veiculada pelo artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/97. Não há impedimento para a operação na esfera cível, mas a norma tributária não acolhe os efeitos justributários pretendidos pelas recorrentes. É o que se pode observar na jurisprudência administrativa anteriormente citada (no mesmo sentido: Acórdão CARF nº 9101-002.188, de 20/01/2016; Acórdão CARF nº 9101-002.960, de 04/07/2017; Acórdão CARF nº 9101-004.559, de 03/12/2019; Acórdão CARF nº 9101-003.495, de 03/04/2018).

Diante do quadro traçado, tenho que, no que toca aos Ágios 2 e 3, que foram inicialmente registrados no patrimônio da Ecoporto Holding e, em seguida, transferidos para amortização na investida (agora denominada Ecoporto Santos), a decisão da autoridade de primeira instância não merece reparos.

Passo a apreciar as oito razões de direito apontadas pelas recorrentes quanto à validade das amortizações de ágio. Considerando que, neste voto, estou dando provimento aos recursos voluntários no que tange ao Ágio 1, concentrar-me-ei nas alegações relativas aos Ágios 2 e 3, que dizem respeito à Ecoporto Holding.

Primeira Razão: A Aba Porto e a Ecoporto Holding possuíam razões econômicas válidas, devendo serem consideradas como as “reais adquirentes”

Neste tópico, as recorrentes reiteraram que a legítima razão para a utilização da Ecoporto Holding seria o modelo de aquisição alavancada. Cito trecho da peça recursal:

195. Como salientado anteriormente, a Ecoporto Holding, para a realização da aquisição de 100% das quotas representativas de capital da CFF, desempenhou papel **imprescindível**, visto que a transação **necessitou** de financiamento cuja remuneração

³ (ob. cit. p. 13)

financeira seria quitada com os fluxos de caixa das próprias entidades adquiridas (inclusive, a Recorrente).

196. O princípio básico para a realização de compras alavancadas é a possibilidade de transferir a dívida ao investimento adquirido, garantindo-se que sua quitação se dará com os fluxos de caixa do investimento adquirido. Esta operação é **muito comum** no mercado, não havendo nenhuma ilicitude.

197. As Autoridades Fiscais, no entanto, dispuseram equivocadamente que a “real adquirente” seria a EIL. Ora, se a EIL emitisse as debêntures e utilizasse os referidos recursos para adquirir as quotas representativas do capital da CFF seria **impossível** , sob uma perspectiva econômica e negocial, realizar a transferência do referido passivo à entidade operacional adquirida para fazer frente aos pagamentos com seus fluxos de caixa, isto porque, patrimonialmente, **não** existia interesse negocial de **(i)** unir os credores da EIL e da Tecondi em uma única entidade; e **(ii)** concentrar a participação de diversos investimentos detidos pelo Grupo Ecorodovias na EIL em uma sociedade que explorasse atividades econômicas voltadas à área portuária. Ademais, cumpre mencionar que a EIL era sociedade de capital aberto, fato que invariavelmente complicaria, de forma significativa, as aprovações para a união patrimonial entre ela e a Tecondi para transferir a dívida contraída para a sua aquisição.

198. Portanto, era essencial que a Ecoporto Holding figurasse como adquirente. Contrair dívidas e transferi-las ao investimento por intermédio de uma incorporação é **razão empresarial válida suficiente** para afastar qualquer alegação de que a Ecoporto Holding teria desempenhado papel de **empresa veículo** criada com o **único objetivo de viabilizar o aproveitamento do ágio** . Sua existência jurídica é válida, suas finalidades lícitas, devendo-se os efeitos dos negócios jurídicos por ela praticados serem respeitados pelas Autoridades Fiscais. (grifos do original)

Essa matéria já foi enfrentada acima. Em síntese, o modelo adotado pela Ecorodovias não corresponde à própria literatura sobre *leveraged buyout* apresentada pelas recorrentes. No modelo de *private equity* citado, a *private equity firm* busca recursos de terceiros num *private equity fund* para investir numa empresa operacional para melhorar sua gestão (reengenharia financeira, operacional e de governança) e incrementar seus resultados, com os quais faz frente aos seus compromissos financeiros decorrentes do uso de recursos de terceiros. Por fim, num prazo normalmente de até 10 anos, a investida é alienada para um outro investidor ou passa por um processo de abertura de capital (IPO).

Aliás, a própria explicação das recorrentes demonstra que, uma vez que não havia interesse em fundir a Ecorodovias com a TECONDI, a única forma de aproveitar na investida o ágio e as despesas de encargos de financiamento era utilizando a Ecoporto Holding. A meu juízo, essa é a descrição da utilização de empresa veículo com o fito de deslocar indevidamente o ágio, sem a necessária confusão patrimonial entre investidora e investida.

É preciso citar, também, que a própria Ecorodovias já previa, desde o início das negociações com o Grupo Formitex a utilização de uma empresa veículo para deslocar o ágio para a investida. É o que está explícito na Proposta “A”, que foi apresentada pela Ecorodovias ao Grupo Formitex. Destaco o trecho da proposta:

Cópia da Proposta “Ecorodovias (A)”

Evento A.1

- Aquisição de 10% de participação de AF no TT.
- Valor da aquisição = Parcela A + Parcela B
 - Parcela A: mesmo “*valuation*” (proporcional aos 10%) pago pela ER pelos 50%.
 - Parcela B: R\$90 milhões.
- Incorporação do TT no veículo usado para a aquisição, de forma a viabilizar o aproveitamento do ágio entre ER e AF.

É literal: **incorporação** do TT [refere-se às investidas] no **veículo usado** para a aquisição, de forma a **viabilizar o aproveitamento do ágio** entre ER [Ecorodovias] e AF [Alípio José Gusmão dos Santos e Carlos César Floriano].

Neste ponto, portanto, não vejo razão para acolher a alegação.

As recorrentes também alegam que a Ecorodovias não seria a devedora principal como fiadora das debêntures emitidas pela Ecoporto Holding. Cito suas palavras:

199. O V. Acórdão Recorrido assume a premissa que a EIL poderia ter sido a emissora das debêntures e, de fato, ela poderia ter adquirido 100% da participação da CFF. Ainda nesse sentido, a I. DRJ/BHE dispôs que, apesar de a Ecoporto Holding ter sido a emissora formal, quem seria a devedora principal seria a EIL.

200. A EIL **não** poderia ser a emissora na transação pretendida, isto porque, pelas razões **econômicas acima apontadas** (ausência de interesse de união da atividade portuária às atividades de concessão de rodovias e dos credores em uma única entidade), não seria possível unir o patrimônio da Recorrente ao da EIL. Portanto, fazia-se necessário que outra entidade fosse a emissora e adquirente da Recorrente.

Somente assim a compra alavancada seria operacionalizada.

201. Ademais, o fato de a EIL ser fiadora **solidária** das debêntures emitidas **em nada altera o propósito negocial da transação realizada**, isto porque **garantidor solidário não é devedor principal**. Neste tipo de emissão de títulos, nada mais comum e normal que sociedades do mesmo grupo figurem como fiadores solidários da dívida, fato que confere segurança ao mercado de que eventual *default* será assumido por outra entidade do Grupo. (grifos do original)

A afirmação de que a Ecorodovias era a devedora principal foi extraída da redação da própria escritura das debêntures no item 4.18.2:

4.18.2. A Garantidora declara-se neste ato, em caráter irrevogável e irretratável, solidariamente fiadora e principal pagadora do pagamento integral de todos e quaisquer valores, principais e/ou acessórios, incluindo os encargos moratórios previstos no item 4.13. acima, devidos pela Emissora nos termos desta Escritura de Emissão, bem como todo e qualquer custo ou despesa comprovadamente incorrido pelo Agente Fiduciário, inclusive a remuneração prevista na Cláusula Sexta abaixo, ou pelos Debenturistas, em decorrência de processos, procedimentos e/ou outras medidas judiciais ou extrajudiciais necessários à salvaguarda de seus direitos e prerrogativas decorrentes desta Escritura de Emissão ("Obrigações Garantidas"), enquanto não forem satisfeitas, de forma agregada, as seguintes condições: (a) a assunção da dívida derivada da Oferta Restrita pela Tecondi, Termares ou Termlog ("Empresas Operacionais"); (b) o controle, direto ou indireto (conforme definição de controle prevista no artigo 116 da Lei das Sociedades por Ações), das Empresas Operacionais pela Garantidora; e (c) a manutenção, por parte das Empresas Operacionais, de forma consolidada, de índice de alavancagem representado pela relação Dívida Líquida/EBITDA, conforme definidos no item 4.12.1. (r) acima, em patamar inferior ou igual a 2,5x (duas vezes e meio), ou até o integral cumprimento das Obrigações Garantidas, o que ocorrer primeiro. O índice de alavancagem será apurado em balanços levantados semestralmente e será considerado automaticamente cumprido caso as Empresas Operacionais mantenham, de forma consolidada, o índice de alavancagem inferior ou igual a 2,5x (duas vezes e meio), por dois semestres consecutivos. Após o atendimento cumulativo das condições "a", "b" e "c" descritas acima, a Fiança será automaticamente cancelada e a Garantidora estará livre e desobrigada de quaisquer obrigações relativas à Fiança, incluindo, mas sem limitação, o pagamento de quaisquer valores devidos pela Emissora nos termos dessa Escritura de Emissão.

Merece destaque que a Ecorodovias seria a **principal pagadora** até que a dívida fosse assumida pela TECONDI e esta passasse ao controle da Ecorodovias, a depender da saúde econômico-financeira da investida.

Ainda neste tópico, as recorrentes alegaram que a Ecoporto Holding realizou uma série de negócios jurídicos essenciais à aquisição do investimento. Dentre os atos jurídicos, mencionou o vínculo empregatício de um diretor, a contratação de consultores financeiros, contratação de serviços para a viabilização de emissão de debêntures, contratação de advogados e de empresa para elaboração de laudo contábil, auditoria e publicação em diário oficial, pleito junto ao CADE, recolhimentos de tributos.

Ora, já se demonstrou que a Ecoporto Holding não tinha nenhum funcionário. Somente um diretor para poder assinar os documentos. Seu domicílio era o mesmo endereço da Ecorodovias. Não tinha efetiva capacidade operacional, gerencial, administrativa, financeira.

Não é factível que uma complexa operação de aquisição do controle da TECONDI (mais TERMARES e TERMLOG), por meio de subscrição de ações da Aba Porto e de aquisição das ações da CFF Participações, no total de centenas de milhões de reais, financiados por instituição financeira por meio de emissão de debêntures, possa ser realizada por uma sociedade sem funcionários, sem autonomia em relação à sua controladora e cujos recursos lhe foram transferidos pela controladora na véspera.

A conclusão inescapável é que os negócios jurídicos mencionados na peça recursal foram de fato realizados pela Ecorodovias, que era quem desde o início havia entabulado negociação com os Grupos Barbeito e Formitex e havia manifestado vontade de adquirir o controle da TECONDI. Ela apenas o fez em nome da Ecoporto Holding (usando o

CNPJ que havia guardado inativo na gaveta desde 2009) para obter vantagens tributárias indevidas.

Segunda Razão: Aplicação da Legislação Societária, Cível e Tributária (Artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A., Artigo 116 do CTN, Artigo 981 do Código Civil e Artigo 31 da Lei 11.727, de 23.7.2008)

Sobre essa matéria, cito trecho do recurso voluntário que sintetiza as alegações das recorrentes:

220. A **segunda razão** que demonstra o descabimento da alegação das Autoridades Fiscais é que, ainda que Aba Porto e Ecoporto Holding não tivessem toda a substância econômica e negocial já demonstrada, mesmo assim, os Autos de Infração não poderiam subsistir, pois o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de se constituir uma pessoa jurídica para realizar um negócio jurídico determinado (ainda que para se beneficiar de incentivos fiscais).

221. De fato, a legislação societária prevê expressamente a possibilidade de uma sociedade ser constituída com o objetivo de deter participação em outras sociedades, tanto como um meio de realizar o seu objeto social, como para se beneficiar de incentivos fiscais, de acordo com o artigo 2.º, §3.º da Lei das S.A.

[...]

224. Resta claro que a existência de uma sociedade *holding* independe da existência de empregados ou geração de receitas próprias. A possibilidade de uma sociedade ter por função eminentemente participar de outras sociedades está expressamente amparada por lei o que, de pronto, já rebate o argumento de que a Aba Porto e a Ecoporto Holding careceriam de propósito negocial, **pois deter participação em outras empresas já é, per si, um propósito (objeto) social legalmente válido.** (grifos do original)

É oportuno lembrar que os fatos narrados não se caracterizam como uma planejamento tributário legítimo, conforme já conceituado neste voto.

Há uma insistência das recorrentes em ressaltar a aparente validade de cada ato jurídico realizado. Entretanto, hodiernamente, na linha defendida anteriormente neste voto, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que, em casos como o presente, os atos não devem ser observados tão-somente do ponto de vista individual e de observância formal da letra da lei, mas, sim, devem ser observados em seu conjunto. É preciso observar todo o quadro para verificar se as aparências correspondem à realidade das operações realizadas.

Nessa toada, quando se observa o conjunto das operações realizadas, vê-se que a forma adotada pelo Grupo Ecorodovias de utilizar a interposição da Ecoporto Holding para possibilitar a amortização dos Ágios 2 e 3 na TECONDI (agora, Ecoporto Santos) caracterizou, segundo a autoridade fiscalizadora, uma ação fraudulenta. Tanto é assim, que a fiscalização qualificou a multa de ofício por fraude e sonegação.

Tenho que a interpretação da fiscalização é correta.

Quem verdadeiramente realizou toda a negociação e manifestou a vontade de adquirir o controle da TECONDI foi a Ecorodovias. Ela tinha a capacidade financeira, operacional, expertise para analisar os aspectos econômicos e jurídicos e realizar as diligências

necessárias para aquisição da TECONDI, sem falar no crédito junto à instituição financeira para buscar os recursos necessários para uma operação de centenas de milhões de reais.

A utilização do CNPJ da Ecoporto Holding no último minuto, para segregar os Ágios 2 e 3 da real adquirente e desloca-los para a investida, caracteriza, a meu sentir, interposição fraudulenta.

A Ecoporto Holding não existia de fato. Era apenas uma casca vazia, um CNPJ guardado na gaveta.

Entretanto, em consideração ao princípio da colegialidade, levando em consideração que a maioria da Turma pode não acompanhar esta posição, penso que seja relevante mencionar que o sistema jurídico pátrio autoriza a requalificação de fatos jurídicos quando houver fraude à lei.

Na seara da doutrina justributária, vale mencionar a abalizada lição de Maria Rita Ferragut:

De acordo com o art. 166, VI, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa. A fraude é referida no direito positivo tanto no sentido penal quanto civil. Será penal quando houver dolo, como no art. 171 do Código Penal e nos arts. 149, III, e 150, § 4º, do CTN, introduzidos no sistema jurídico na época em que a tipicidade fechada e a legalidade estrita não eram relativizadas, por parte da doutrina e da jurisprudência, pelo abuso de direito, pela capacidade contributiva etc. Nessas situações, a conduta é sempre ilícita. E o sentido será civil (fraude civil ou fraude à lei) quando o objetivo for contornar norma imperativa de tributação, utilizando-se de outra norma jurídica ou da ausência de previsão expressa. A conduta é lícita perante a norma de contorno e ilícita perante a contornada. (FERRAGUT, Maria Rita. *As provas e o direito tributário: teoria e prática como instrumentos para a construção da verdade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 123)

No que tange à aplicação do instituto da fraude à lei no direito tributário, tenho que a vedação à atuação em fraude à lei é basilar do sistema jurídico. Não está limitada ao direito civil. Não se pode olvidar que o sistema jurídico é erigido como um sistema de normas, ou seja, de linguagem prescritiva, que se direciona a orientar as condutas interpessoais. Portanto, a atuação em fraude à lei é uma atuação que não é acolhida pelo sistema jurídico, pois contraria sua essência de sistema prescritivo, independentemente de se tratar de norma civil, trabalhista, administrativa ou tributária.

Destarte, a atuação por meio de atos artificiais para contornar normas imperativas, normas cogentes, é contrária ao direito em qualquer dos seus ramos. A fraude à lei é incompatível com o sistema jurídico como um todo.

No caso em tela, a norma imperativa é a que determina a indedutibilidade do ágio como regra geral, exceto na realização do investimento, conforme artigo 391 do Decreto nº 3000/99 – RIR/99 (em vigor na época dos fatos geradores):

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

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

A norma imperativa determina que o ágio deve acompanhar o investimento e será dedutível somente quando houver a alienação e a apuração de ganho de capital.

A norma de contorno (dispositiva) utilizada pelo Grupo Ecorodovias é a prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, verbis:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor de patrimônio líquido;
- b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Em síntese, caso não se acolha na Turma a tese da interposição fraudulenta, é de se acolher a fraude à lei, posto que a Ecorodovias criou uma situação artificial, com utilização de uma empresa sem existência de fato, para criar uma aparência de validade da aplicação dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, em detrimento da norma imperativa do artigo 25 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.730/1979.

Assim, tenho que a alegação das recorrentes neste ponto não deve ser acolhida.

Terceira Razão: Efetiva Absorção do Patrimônio das sociedades Investidoras (Aba Porto e Ecoporto Holding) e sociedade Investida (Recorrente) (Artigo 109 do CTN, Artigo 116 da Lei das S.A. e Artigo 7.º da Lei 9.532/97)

Neste tópico, alegam as recorrentes que a real adquirente do investimento seria a Ecoporto Holding e que seu patrimônio foi absorvido pela TECONDI por meio da incorporação. O excerto abaixo sintetiza a argumentação:

243. A **terceira razão** é uma consequência prática das duas primeiras razões, fato que infirma completamente o argumento das Autoridades Fiscais de que não teria havido **(i)** a extinção do investimento; e **(ii)** união patrimonial entre a “real adquirente” (que seria supostamente a EIL) e a Recorrente.

244. Conforme os esclarecimentos acima apresentados e a documentação juntada aos presentes autos, não há nenhuma dúvida de que as efetivas adquirentes das ações da Recorrente (seja de forma direta, seja indiretamente) foram a Aba Porto e a Ecoporto Holding. Para que os efeitos fiscais da aquisição das ações da Recorrente (direta ou indiretamente) por ambas sociedades possam ser eventualmente desconsiderados, é necessário que exista algum vício que macule esses negócios jurídicos perfeitos e acabados o que, conforme amplamente demonstrado, não existe. (grifos do original)

Neste voto, já deixei assente a visão de que a verdadeira adquirente do controle da TECONDI foi a Ecorodovias e não a Ecoporto Holding.

Ao final de todas as operações societárias realizadas, restaram, de um lado, os Ágios 2 e 3 na TECONDI (investida) e, de outro, o investimento no patrimônio da Ecorodovias. Portanto, não houve a necessária fusão entre os patrimônios da investida e da investidora.

Por consequência, também esta alegação deve ser afastada.

Quarta Razão: Decadência do Direito de a Fiscalização questionar a Constituição e Atuação da Aba Porto e Ecoporto Holding (Artigo 45 do Código Civil) e impossibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica regularmente constituída (Artigo 50 do Código Civil)

Neste tópico, as recorrentes aduziram que a fiscalização não poderia ter desconsiderado a personalidade jurídica da Ecoporto Holding. Trago à colação trecho da peça recursal:

260. Portanto, em se tratando de pessoa jurídica, a Lei - e somente a Lei - pode dispor sobre o início e extinção de sua personalidade jurídica. Nesse aspecto, a existência e validade da Aba Porto e Ecoporto Holding é inquestionável, porquanto seus atos constitutivos foram regularmente inscritos no respectivo registro, sendo, inclusive, reconhecido pela Fiscalização no TVF. Ademais, conforme prevê o artigo 45, parágrafo único do Código Civil, o prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas decaiu em 3 anos, razão pela qual decaiu, em 2012 e 2016, o direito de as Autoridades Fiscais contestarem a constituição da Ecoporto Holding e Aba Porto, respectivamente.

261. Depois de regularmente constituída, como no presente caso, a pessoa jurídica somente poderá ser desconsiderada se restar caracterizado “desvio de finalidade” ou vícios de “confusão patrimonial” entre a sociedade e seus sócios e administradores (artigo 50 do Código Civil). No caso em tela, a Fiscalização não aduziu a ocorrência de “desvio de finalidade” ou vícios de “confusão patrimonial” envolvendo a Aba Porto e a Ecoporto Holding, simplesmente pois tais hipóteses não ocorreram.

Acerca da matéria, a autoridade julgadora de primeira instância ressaltou que a fiscalização não desconsiderou a personalidade jurídica da Ecoporto Holding.

Em diálogo com a decisão de piso, as recorrentes argumentaram:

264. Ocorre que, se a legislação fiscal não apresenta requisitos específicos a serem cumpridos para que se dê os efeitos da norma tributária, ao ignorar os efeitos civis e societários dos atos e negócios jurídicos celebrados pela Aba Porto e Ecoporto Holding, as Autoridades Fiscais estariam, sim, **desconsiderando** a personalidade jurídica das referidas sociedades, isto porque estariam dispondo que tais sociedades não teriam aptidão jurídica para celebrar os negócios que elas celebraram, tendo sido seus sócios que, de fato, o fizeram. (grifos do original)

Penso que a tese das recorrentes não deve ser acolhida.

Parece-me que as recorrentes tentaram atribuir à autoridade fiscal uma fundamentação distinta daquela utilizada no auto de infração. Não houve desconsideração de personalidade jurídica, daí ser totalmente impertinente o questionamento baseado nos artigos 45 e 50 do Código Civil.

Como dito, a fiscalização entendeu – de modo correto, a meu juízo – que a Ecoporto Holding foi interposta fraudulentamente pela Ecorodovias para obter efeitos tributários indevidos. Tais efeitos foram afastados com o lançamento de ofício. O lançamento está alicerçado na autorização legal contida no artigo 149 do Código Tributário Nacional:

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

[...]

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

Também é preciso lembrar que, mesmo que não se concorde com a interpretação de que a interposição foi fraudulenta (no sentido atribuído pelo artigo 149, VII do CTN), o conjunto das operações configura fraude à lei, que é vedado no sistema jurídico pátrio e autoriza o afastamento dos efeitos justributários pretendidos, conforme exposto acima.

Assim, esta alegação não deve ser acolhida.

Quinta Razão: Tributação dos Ganhos de Capitais dos Vendedores

Neste ponto, as recorrentes alegaram que os ganhos de capital dos alienantes foram tributados e, portanto, como contrapartida, o ágio teria de ser dedutível. Vejamos suas palavras:

266. A **quinta razão** que demonstra a improcedência das alegações da Fiscalização é o fato de os valores recebidos pelos vendedores em decorrência da venda da participação direta ou indireta na Recorrente (alienação de 50% das ações representativas do capital social da Recorrente à Aba Porto e, posteriormente, alienação de 100% das quotas representativas do capital da CFF à Ecoporto Holding) terem sido devidamente sujeitos ao imposto sobre a renda a título de ganho de capital.

267. É certo que: **(i)** se na perspectiva do alienante do investimento ocorreu a tributação de ganhos de capital sobre o ágio, **(ii)** na perspectiva do adquirente está materializada a possibilidade de deduzir as contrapartidas da amortização desse ágio, pois se tratam de “dois lados de uma mesma moeda”: de um lado, tributa-se a mais-valia recebida pelo alienante, e, de outro, permite-se a dedução das contrapartidas de amortização do ágio pelo adquirente.

Com base no raciocínio acima, as recorrentes apontam uma pretensa contradição no lançamento e na decisão de piso.

Penso não terem razão.

De fato, são dois lados da mesma moeda. Se houve um investimento por parte do Grupo Ecorodovias pago por valor superior ao patrimonial, os alienantes auferiram um ganho de capital e este ganho é tributável. Por outro lado, o valor pago a mais será dedutível na apuração de ganho de capital quando o investimento for alienado pela Ecorodovias. Essa é a previsão legal conforme já citado anteriormente.

Não há, desta forma, nenhuma contradição. De um lado, ganho de capital, de outro, custo dedutível.

O valor do ágio deve ser ativado e acompanhar o investimento e, caso seja amortizado para fins contábeis, deve ser controlado no LALUR para futuro aproveitamento na alienação do investimento. Essa é a regra geral. A norma que permite a dedução da amortização do ágio como despesa operacional é a exceção. Ela incide somente quando há confusão entre o patrimônio da (real) investidora e o da investida. Isso, pelo simples fato de que some o investimento de uma na outra quando há essa confusão dos patrimônios.

No caso concreto, vê-se que o patrimônio da real investidora, Ecorodovias, não foi incorporado pela investida (TECONDI, agora Ecoporto Santos).

Destarte, na espécie, não há nenhuma relação direta entre a tributação do ganho de capital dos alienantes e a pretensão dedução das amortizações de ágio como despesa operacional.

Destarte, a alegação deve ser afastada.

Sexta Razão: Impossibilidade de Invalidação de Atos e Contratos cuja Produção já tenha sido Plenamente Constituída (Artigo 24 da LINDB, Artigo 146 e Artigo 100 do CTN)

Neste tópico, as recorrentes pugnam pela aplicação do disposto no artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Reproduzo parte da argumentação:

273. A **sexta razão** que demonstra a improcedência das alegações da Fiscalização é que não é possível invalidar atos e contratos cuja produção já se houver completado, com base em mudança posterior de orientação geral. Esta previsão está contida no artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - “LINDB”), alterado pela Lei nº 13.655, de 25.4.2018 (“Lei 13.65/18”); Confira-se:

“Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

274. Assim, quando a Administração Pública pretender a revisão da validade do ato ou contrato, cuja produção já se houver completado, deverão ser levadas em conta as orientações gerais da época, sendo vedada a declaração de invalidade de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de "orientação geral". Consideram-se orientações gerais, por sua vez, as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

[...]

276. Essas previsões, em verdade, encontram grande semelhança com o teor do artigo 146 e artigo 100, parágrafo único do CTN, os quais determinam que modificações trazidas nos critérios jurídicos não podem retroagir e que contribuintes que observaram práticas reiteradas das Autoridades Fiscais não podem ser penalizados. (grifos do original)

A aplicação do disposto no artigo 24 da LINDB no campo tributário, na forma pretendida pelas recorrentes, vinha sendo reiteradamente rechaçada por esta Turma. Por representar de forma fiel a fundamentação recorrente deste colegiado, peço licença para reproduzir as palavras da conselheira Lívia De Carli Germano no Acórdão CARF nº 1401-002.993, de 20/11/2018:

Preliminarmente, impõe-se a análise da aplicabilidade e do alcance do artigo 24 da LINDB ao/no caso concreto. O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Defende a Recorrente que tal dispositivo tem aplicação imediata ao caso, devendo ser cancelada a autuação fiscal, já que o procedimento por ela adotado se deu com base nas orientações da época, ou seja, foi pautado na jurisprudência majoritária deste CARF sobre a matéria.

Todavia, entendo que não é este o alcance da norma.

É que o campo tributário possui regramento próprio na Constituição Federal que não pode ser ignorado, em especial quando se analisa a hierarquia das fontes normativas.

De fato, o artigo 146 da Constituição Federal estabelece que a edição de normas gerais em matéria tributária é matéria reservada à lei complementar. E não é à toa. É que em um ambiente em que todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) têm competência e capacidade tributária ativa, a edição de normas gerais não pode emanar de um desses entes (lei federal), devendo advir de norma especial com caráter de legislação nacional, papel da lei complementar.

É esse o status do Código Tributário Nacional e de qualquer norma que pretenda veicular norma geral em matéria tributária.

Assim, já causa estranheza que o legislador tenha pretendido o alcance que defende a Recorrente por meio da edição de uma lei ordinária federal.

Vale lembrar, ademais, que o CTN possui regramento específico sobre a matéria, estabelecendo o artigo 100 que a observância das chamadas normas complementares (das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos) exclui tão somente a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Jamais o principal de tributo. Da mesma forma, o artigo 146 do CTN traz regramento próprio sobre o efeito intertemporal da introdução de novos critérios jurídicos – leia-se, nova interpretação – no processo de constituição do crédito tributário.

Diante disso, dar ao artigo 24 da LINDB o alcance que a Recorrente pretende é, ao fim e ao cabo, acreditar que lei ordinária federal poderia trazer uma espécie de exceção à norma do artigo 100 do CTN, o que vai de encontro a regras básicas de interpretação das normas em um sistema constitucional complexo como o brasileiro.

Na verdade, a análise mais detida do teor do artigo 24 da LINDB também leva à conclusão de que ele não tem o alcance que a Recorrente pretende.

A começar pelo contexto em que tal norma foi editada, eis que a exposição de motivos do projeto de lei indica que suas disposições tiveram como pano de fundo os processos de controle das contratações públicas, em especial aqueles das instâncias de controle dos gastos públicos, como o TCU e a CGU.

Ademais, a análise do texto indica que o dispositivo se dirigese à revisão de ato, processo ou norma emanados da própria Administração, bem como de contrato ou ajuste entabulados entre a Administração e o particular, não se aplicando ao lançamento fiscal, eis que lançamento não configura procedimento de “revisão”, uma vez que não cuida de “revisar” a validade de quaisquer atos ou contratos da Administração.

Assim, o lançamento tributário não se ocupa da revisão de atos administrativos e jamais declara a invalidade de ato ou de “situação plenamente constituída”. A entrega de declaração pelo contribuinte, pelo que se opera o “autolancamento” ou o “lançamento por homologação”, não gera situação plenamente constituída, já que por definição a apuração feita pelo contribuinte é sempre provisória e precária, sujeita a homologação da autoridade competente, não havendo que se falar em “situação plenamente constituída” antes da homologação (expressa ou tácita) pela autoridade fiscal.

Vale notar que dar ao artigo 24 da LINDB o alcance pretendido pela Recorrente em nome da “segurança jurídica” acabaria por “engessar” o contencioso administrativo, impossibilitando de evoluir com eficiência, retirando dos debates tributários a tecnicidade da especialização dos Tribunais/Conselhos de Recursos Fiscais, que diuturnamente lidam com casos que envolvem critérios contábeis, situações e documentos específicos que o Poder Judiciário não tem condição (e nem estrutura) para analisar, o que acabaria por aumentar a vulnerabilidade dos contribuintes trazendo, veja só, insegurança jurídica.

Ante o exposto, oriento meu voto por rejeitar a preliminar de aplicação do artigo 24 da LINDB ao caso em questão.

A matéria foi pacificada no seio deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais por meio da Súmula CARF nº 169:

Súmula CARF nº 169

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

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

Assim, esta alegação também deve ser afastada.

Sétima Razão: Recentes precedentes favoráveis ao Contribuinte em casos de alegação de veículo

Neste ponto, as recorrentes trazem diversos precedentes do CARF sobre a possibilidade de utilização de sociedades-veículo em operações que resultaram em ágio dedutível como despesa operacional.

Ora, a mera citação de precedentes, embora estes possam ajudar a orientar o intérprete da norma jurídica, não traz nenhuma vinculação aos julgadores, mormente em casos como o presente, em que a matéria central é de cunho essencialmente factual.

Na espécie, a matéria há de ser decidida de acordo com os fatos descritos a partir das provas produzidas no processo. É o que orienta o presente voto.

Assim, não vislumbro que a mera citação de precedentes de julgamentos administrativos possa fundamentar a insubsistência dos autos de infração.

Oitava Razão: Preenchimento de Todos os Requisitos Legais para a Dedução do Ágio (Artigo 7.º e Artigo 8.º da Lei 9.532/97)

Neste ponto, as recorrentes argumentaram que foram preenchidos todos os requisitos exigidos pela norma de regência para a dedutibilidade das amortizações do ágio como despesa operacional. Destaco suas palavras:

309. A **oitava razão** pela desconstituição dos Autos de Infração é que todos os requisitos formais e substanciais exigidos pela legislação foram devidamente observados. Nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Lei 9.532/97, a dedutibilidade das despesas de amortização de ágio está condicionada à observância **exclusiva** de quatro requisitos:

- ☐ Primeiro Requisito: Aquisição de participação societária com pagamento de ágio;
- ☐ Segundo Requisito: Avaliação do investimento com base no MEP, nos termos do artigo 248 da Lei das S.A.;
- ☐ Terceiro Requisito: Fundamentação do pagamento do ágio na expectativa de rentabilidade futura da sociedade adquirida; e
- ☐ Quarto Requisito: Incorporação, cisão ou fusão entre a sociedade adquirente e a sociedade adquirida (ou vice-versa). (grifos do original)

Pois bem, já ficou assente neste voto que não houve a necessária fusão dos patrimônios da real investidora (real adquirente) com a investida. Portanto, o quarto requisito elencado pelas recorrentes não foi preenchido.

Desta forma, não tendo sido preenchidos todos os requisitos necessários – conforme lista das próprias recorrentes – não se configura na espécie a hipótese de dedutibilidade dos Ágios 2 e 3 como despesa operacional para fins fiscais.

Conclusão em relação à infração de ágios indedutíveis.

Nesta infração, voto por dar provimento parcial aos recursos voluntários para exonerar a glosa relativa ao Ágio 1, mantendo-se a glosa em relação aos Ágios 2 e 3.

Glosa de despesas desnecessárias de juros.

A questão da glosa de despesas com encargos de juros decorre da emissão de debêntures pelo Grupo Ecorodovias, em nome da Ecoporto Holding, para financiar a aquisição do controle da TECONDI, conforme já descrito anteriormente.

Como a Ecoporto Holding foi incorporada pela Aba Porto e, na sequência, esta foi cindida e incorporada pela TECONDI, surgiu a estranha situação em que a investida está pagando os juros incorridos sobre o empréstimo contraído para pagar a aquisição do próprio controle.

A autoridade fiscal sintetizou a fundamentação nas seguintes palavras:

Verificou-se que empresa veículo **Ecoporto Holding** foi utilizada para transportar, para os livros da fiscalizada, tanto o benefício fiscal do ágio pago em sua própria aquisição quanto um passivo resultante de empréstimo obtido para quitar parte dessa mesma aquisição. O transporte se fez pela incorporação da empresa veículo pela fiscalizada. A

partir de então, esta passou a reduzir suas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL pela amortização do ágio e pelos juros e outros encargos incidentes sobre o passivo.

Esses encargos passaram a gerar despesas financeiras a serem deduzidas da base tributária pela fiscalizada desde a incorporação reversa da **Ecoporto Holding** (além da dedução da despesa de amortização de ágio), reduzindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento realizado.

Além do aproveitamento fiscal do ágio, fica claro o real motivo para a existência da empresa veículo **Ecoporto Holding** que não estava explicitado ainda totalmente: transferir a dívida da aquisição da **Ecorodovias** para a própria sociedade operacional adquirida, de forma que a dívida fosse paga pelas próprias atividades econômicas da fiscalizada e ainda se aproveitar tributariamente das despesas financeiras incorridas.

Em conclusão, as despesas financeiras vinculadas ao passivo assumido pela **Ecoporto Santos** após a reorganização societária da **Ecoporto Holding** operam exclusivamente em favor da **Ecorodovias**, não da fiscalizada, não sendo necessárias para ela. Assim, não configuram despesas dedutíveis nos termos dos artigos 47 da Lei nº 4.506/64 e 299 do RIR/99. (grifos do original)

Tenho como acertada a conclusão da fiscalização.

Ficou assente neste voto que a Ecoporto Holding foi interposta de forma fraudulenta pela Ecorodovias apenas com o fito de obter vantagem tributária indevida. Essa é a origem da inusitada situação dos juros incorridos na aquisição do investimento serem debitados no resultado da investida, enquanto a Ecorodovias permanece com o investimento em seu patrimônio.

Não desborda destacar que os ganhos advindos do investimento por meio da equivalência patrimonial são auferidos pela investidora. A despesa que se correlaciona com tais ganhos é a despesa de juros inerente à operação de financiamento que foi necessária para a aquisição do dito investimento. Portanto, apenas na investidora haveria a correspondência entre as receitas e as respectivas despesas necessárias. Sobre a matéria, recorremos à lição de Iudícibus (IUDÍCIBUS, Sérgio [et. al.]. *Manual de Contabilidade Societária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 46):

As despesas são reconhecidas na demonstração do resultado com base na associação direta entre elas e os correspondentes itens de receita. Esse processo, usualmente chamado de confrontação entre despesas e receitas (Regime de Competência), envolve o reconhecimento simultâneo ou combinado das receitas e despesas que resultem diretamente das mesmas transações ou outros eventos [...]

Por seu turno, as recorrentes apresentaram três razões pelas quais entendem que as despesas glosadas são dedutíveis. Passo a apreciá-las.

Primeira razão: aplicação da regra específica (art. 374 do RIR/99) em detrimento da Regra Geral (artigo 299 do RIR/99)

Neste tópico, as recorrentes aduziram que a regra veiculada pelo artigo 374 do RIR/99, por ser especial, deve ser aplicada ao caso concreto em detrimento da regra geral de dedutibilidade das despesas operacionais contida no artigo 299 do mesmo diploma. Reproduzo parte da peça recursal:

329. O artigo 299 do RIR/99 apresenta uma regra genérica, aplicável a todas as despesas da pessoa jurídica, salvo a existência de regra específica que regule a situação. Em outras palavras, se houver regra que apresente todos os requisitos para sua aplicação, **não será necessário realizar o teste de usualidade e normalidade das despesas para aferir sua dedutibilidade**, isto é, na existência de uma regra mais específica, o interprete terá que se voltar a sua própria regulamentação para fazê-la incidir, afastando-se normatização contida na regra geral.

[...]

336. Ocorre que o artigo 374 do RIR/99 **presume** que todas despesas financeiras com juros são necessárias, isto porque decorrem de empréstimos que são figuras totalmente normais em atividades empresariais. O artigo 374 do RIR/99, ao dispor que os juros são dedutíveis ao se observar as normas dos incisos, **afasta** o teste da **necessidade da despesa** prevista no artigo 299 do RIR/99.

337. Portanto, conclui-se que a regra especial do artigo 374 do RIR/99 deverá ser aplicada ao presente caso em concreto em detrimento da regra geral contida no artigo 299 do RIR/99, posto serem incompatíveis. Assim, a glosa das despesas financeiras incorridas pela Recorrente sob alegação de que não seriam necessárias não merece prosperar. (grifos do original)

Tenho que a interpretação das recorrentes sobre a matéria está equivocada. Não há antinomia entre as regras estabelecidas no artigo 299 do RIR/99 e aquelas veiculadas pelo artigo 374 do mesmo diploma normativo. Vejamos.

O artigo 299 do RIR/99 traz as regras para a dedutibilidade das despesas:

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

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

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

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

Art.300.Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, §2º).

Por sua vez, o artigo 374 encontra fundamento legal no artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, no texto original:

Art 17 - Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem.

Parágrafo único - Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:

a) os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, a correção monetária prefixada e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de

crédito deverão ser apropriados, *pro rata tempore*, nos exercícios sociais a que competirem;

b) os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

Vale destacar que o texto normativo do parágrafo único do artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 não veicula requisitos para a dedutibilidade, mas, sim, determinam o momento e a forma em que as despesas devem ser reconhecidas (*pro rata tempore* nos exercícios adequados conforme competência; e registrado no ativo diferido no caso de fase pré-operacional, para amortização futura).

Nesta esteira, tenho que a norma veiculada pelo artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 deve ser interpretada em conjunto com a norma do artigo 47 da Lei nº 4.506/1964, ou seja, agrega à regra geral de dedutibilidade das despesas regras especiais para o reconhecimento de despesas com juros.

Neste contexto, o legislador, ao positivar o artigo 17 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, reafirma simplesmente o princípio contábil anteriormente referido, ou seja, no *caput*, determina que as receitas sejam reconhecidas na apuração de resultado e, no parágrafo, admite a dedutibilidade das correspondentes despesas em estreita correlação entre receitas e despesas. Essa é a inteligência do dispositivo legal.

Não se pode extrair do texto normativo uma presunção absoluta de que toda e qualquer despesa de juros seja dedutível. E, certamente, não se pode admitir que a redação legal pudesse ter tal interpretação diante da utilização de uma interposição fraudulenta (ou com recurso de fraude à lei).

A interpretação mais adequada é que as despesas de juros, assim como em geral as demais despesas operacionais e não operacionais regularmente comprovadas e escrituradas, gozam de uma presunção inicial de legitimidade, a ser verificada de acordo com a necessidade – que engloba usualidade e normalidade – conforme as regras do artigo 299 do RIR/99. Nesta esteira, as despesas de juros são submetidas, como quaisquer outras, ao exame de necessidade.

A despesas operacionais são em princípio dedutíveis, a não ser que sejam objeto de norma específica de ineditibilidade, limitação ou exigência de requisitos para sua fruição, mas, em todos os casos, sempre se pode aplicar a norma geral de necessidade. É o que se depreende da lição de Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 686/687)

Pois bem, a regra da necessidade, embora direcionada às despesas em geral, principalmente àquelas que não se submetam a alguma norma especial, também pode ter aplicação subsidiária às que sejam abrangidas por norma própria, no seguinte sentido:

[...]

Resta dizer que há algumas normas esparsas que se limitam a tratar não de restrição à dedutibilidade, mas, sim, da própria dedutibilidade, surgindo no ordenamento para declarar a possibilidade da dedução, o que aparentemente representa uma contrariedade com a sistemática legal que, como visto, se limita a tratar das exceções, a partir da premissa de que todas as despesas (que sejam necessárias) são dedutíveis.

[...]

Também nesses casos, em princípio, a regra da necessidade é inaplicável, pois todos eles carregam consigo a presunção de que os dispêndios a que se referem são necessários, **mas isto não exclui a possibilidade de que, em casos concretos, se verifique absoluta contrariedade com a regra da necessidade, o que pode ocorrer quando os mesmos não tenham relação com as atividades da pessoa jurídica.** (grifei)

Portanto, deve ser afastada esta alegação.

Segunda razão: As despesas de Juros são Necessárias, Usuais e Normais em Aquisições Alavancadas (Artigo 47 da Lei 4.506/64 e Artigo 31 da Lei 11.727/08)

Neste tópico, as recorrentes trouxeram a alegação acerca da compra alavancada como fundamento para a necessidade da despesa de juros. Reproduzo suas palavras:

338. A **segunda razão** que implica a improcedência dos argumentos da Fiscalização é o fato de as despesas de juros serem **inerentes** a aquisições alavancadas, de modo que os requisitos legais para que as despesas financeiras sejam dedutíveis foram integralmente atendidos, mesmo que seja entendido que o requisito previsto no artigo 299 do RIR/99 seria aplicável ao caso em concreto, o que se admite apenas para fins de argumentação.

339. O artigo 47 da Lei nº 4.506, de 30.11.1964 (“Lei 4.506/64”) estabelece que serão admitidas como dedutíveis as despesas consideradas necessárias, usuais e normais à manutenção da atividade econômica da pessoa jurídica. Com isso, exceto em algumas situações específicas, toda a despesa incorrida pela pessoa jurídica para aquisição de bens, serviços ou utilidades deve ser considerada como dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSL, desde que incorrida com o propósito de manter em funcionamento a fonte produtora dos rendimentos.

340. O caso examinado nesses autos consiste na aquisição alavancada do controle na Recorrente pela Ecoporto Holding. Como já explicado, é inerente às aquisições alavancadas a tomada de dívida e, conseqüentemente, o pagamento de juros a ela atrelados. No contexto fático deste processo administrativo, não há como alegar que os juros não são necessários, usuais e normais. Simplesmente não se trataria de aquisição alavancada se não houvesse dívida. (grifos do original)

É de se convir que, caso o Grupo Ecorodovias houvesse efetivamente realizado uma compra alavancada conforme a literatura mencionada pelas próprias recorrentes, de fato, as despesas de juros seriam dedutíveis na real adquirente.

Contudo, não se debate neste caso *a dedutibilidade em tese dos juros decorrentes de compras alavancadas*.

O que se discute é a dedutibilidade no caso concreto, em que a Ecoporto Holding foi interposta fraudulentamente pelo Grupo Ecorodovias com o fito de deslocar para a investida (TECONDI, agora Ecoporto Santos) as despesas com amortização de ágios de si mesma e de juros das debêntures emitidas pelo Grupo para a sua própria aquisição.

Na espécie, portanto, as despesas são indedutíveis, visto que desnecessárias para a atividade desenvolvida pela recorrente.

Terceira razão: as despesas financeiras incorridas pela Recorrente trouxeram benefícios econômicos a ela própria

Neste ponto, as recorrentes alegaram que foi necessário que a Ecoporto Holding contraísse dívida por meio de emissão de debêntures para que o controle da TECONDI pudesse passar para o Grupo Ecorodovias. E esta passagem teria trazido diversos benefícios à própria TECONDI. Trago trecho do recurso:

363. Com a transferência das ações representativas do capital social da Recorrente, essa sociedade passou a ser detida por grupo com sólida reputação no mercado brasileiro de infraestrutura e logística. A Recorrente passou a ter gestão completamente profissionalizada, que gerou ganhos indispensáveis ao crescimento dos seus resultados. Até por isso, é possível dizer haveria novas receitas em função da prospecção de novos negócios feitos pela Recorrente por conta desse novo cenário.

364. E não foi só isso. Ao fazer parte do Grupo Ecorodovias, a marca da Recorrente também se tornou mais conhecida. Isso sem contar que, após a aquisição da Recorrente, o Grupo passou a consolidar, expandir e unir os ativos para alcançar eficiências produtivas.

[...]

367. Portanto, resta plenamente demonstrado que a transferência do controle da Recorrente, que passou a ser detida pelo Grupo Ecorodovias, trouxe efetivos benefícios econômicos e operacionais para ela própria. Ao contrário do que pretende fazer crer a Fiscalização, a dívida contraída pela Ecoporto Holding também trouxe benefícios sob a ótica da Recorrente, na medida em que após a transação as atividades da Recorrente foram expandidas e passaram por processo de profissionalização inerente à gestão adotada pelos grandes grupos empresariais. Conclui-se, assim, que os juros incorridos foram **necessários e essenciais**, também, à atividade da Recorrente. (grifos do original)

As recorrentes parecem partir de uma noção genérica de necessidade e essencialidade, que não se coaduna com a norma jurídica. Caso prevalecesse tal interpretação, qualquer despesa incorrida pela controladora que beneficie as demais empresas do grupo econômico poderia ser deslocada artificialmente para aquela que desse maior lucro tributável pois esta teria sido *genericamente* beneficiada por participar do grupo econômico.

A necessidade a que a norma faz referência é aquela que se encontra no cerne do conceito de *Renda*, que, em termos essenciais, quer dizer a variação da universalidade do patrimônio de determinada pessoa em determinado período de tempo. No sentido da norma jurídica, somente podem ser necessárias, e portanto dedutíveis, as despesas nas quais a própria pessoa incorre para gerar os respectivos fatores positivos de variação de seu patrimônio.

Neste caso, as despesas de juros são relevantes para o grupo econômico, mas são inerentes – e, desta forma, necessárias – ao investimento feito pela Ecorodovias e às receitas decorrentes de equivalência patrimonial que seu investimento produz. São necessárias para a real investidora e não para a investida, especialmente no contexto que se utilizou de interposta empresa veículo para deslocar esse passivo para a investida.

Assim, tenho que esta alegação deva ser afastada.

Conclusão acerca das despesas com juros.

Neste ponto, voto por negar provimento aos recursos voluntários.

Inadequação das multas aplicadas.

Este item dos recursos voluntários se desdobra em dois, a saber, *O descabimento da multa qualificada e A Inaplicabilidade da Multa Isolada por Suposta Falta de Antecipação das Estimativas Mensais*

O descabimento da multa qualificada:

As recorrentes aduziram, inicialmente, que não haveria fraude no caso concreto porque haveria “*justificativa econômica plausível para realizar a transação da forma que foi feita*”.

Reproduzo parte da peça recursal em que se desenvolve a alegação de inexistência de fraude:

377. Perceba-se que para que a conduta seja tida como **fraude** ela deverá atender aos **3 (três)** seguintes elementos: **(1)** a ação ou omissão deve ser imputada (e comprovada pelas Autoridades Fiscais) ao contribuinte (a Recorrente); **(2)** a referida ação ou omissão deverá **tender a impedir** ou **retardar** a ocorrência do **fato gerador**, isto é, deverá ser empreendida visando um benefício; **(3)** a ação ou omissão dolosa deve ter potencialidade de gerar uma **redução indevida** de tributo.

378. Em relação ao primeiro elemento, vale destacar que todas as condutas que foram supostamente identificadas pelas Autoridades Fiscais voltam-se às empresas que deixaram de existir (Aba Porto e Ecoporto Holding), e não à Recorrente, em si. Portanto, não é possível imputar a suposta ação ou omissão à própria Recorrente.

379. As infrações administrativas, como é o caso da sanção de agravamento da multa, são imputadas às sociedades quando se identifica que, de fato, as condutas perpetradas pelos seus dirigentes seriam puníveis. Tal punição não pode ser transferida a um terceiro que não cometeu nenhuma das condutas mencionadas no TVF.

380. Em relação ao **elemento (2)**, não há sua caracterização por dois motivos: (i) primeiro motivo: não há qualquer dolo por parte da Recorrente; e (ii) segundo motivo: mesmo que houvesse dolo, a conduta não afetou o **fato gerador**, e sim a **base de cálculo** do IRPJ e da CSL.

[...]

389. O **elemento (3)** é uma decorrência lógica da fraude, isto é, a conduta atribuída ao suposto fraudador deverá ter **potencialidade de reduzir indevidamente um tributo**.

O teste a ser feito deveria ser o seguinte: se fosse a EIL que tivesse adquirido o controle da Tecondi e, posteriormente, fosse cindida com a versão do investimento para a própria Tecondi e manutenção da dívida na própria EIL, ainda assim haveria redução do tributo? Se a resposta for sim, a conduta perpetrada pela Recorrente **não teria a potencialidade de reduzir o tributo indevidamente**. É exatamente isso que acontece no presente caso: se a operação fosse realizada como quisto pela Fiscalização, ainda assim não haveria alteração de resultado tributário, **fato que demonstra que não há potencialidade lesiva na conduta**. (grifos do original)

No que tange à qualificação da multa, penso que se deva partir da fundamentação da autoridade fiscal, que pode ser sintetizada no seguinte trecho:

A utilização de empresa veículo com a finalidade específica de produzir vantagens fiscais, através da aparente adequação ao campo das hipóteses beneficiadas pela legislação tributária, constitui-se em evidente fraude ao Fisco, ação consciente e dolosa, que visa modificar características essenciais do fato gerador do IRPJ e da CSLL,

mediante a criação indevida de exclusões fiscais e/ou despesas não necessárias, a fim de reduzir o montante de tributos devidos.

Como exaustivamente relatado neste Termo, além da sonegação praticada pela empresa, houve fraude pela simulação de registros fiscais e societários, visando induzir a Fiscalização a acatar o aproveitamento tributário do ágio e a dedutibilidade das despesas com debêntures, produzindo os efeitos referidos nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, ou seja, a sonegação e a fraude.

Os artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964 prevêm as hipóteses de fraude e sonegação:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

A meu sentir, a **caracterização da fraude** está bem delineada. A interposição de uma sociedade (Ecoporto Holding) sem existência de fato, sem qualquer capacidade operacional, financeira, com o fim de obter vantagem tributária indevida caracteriza a fraude e dá azo à qualificação da multa.

Quanto à **imputação da multa qualificada** à fiscalizada (Ecoporto Santos), tenho que as recorrentes se equivocam. A imputação de multa qualificada não é por causa das operações societárias anteriores, mas pela utilização indevida das amortizações dos Ágios 2 e 3 e dos encargos das debêntures na apuração das bases de cálculo de IRPJ e CSLL entre 2013 e 2017. Esses são os atos que têm repercussão tributária e foram realizados pela própria fiscalizada.

Quanto à alegação de **ausência de dolo**, tenho que não procede a alegação. Todos os fatos narrados, que demonstram a utilização fraudulenta da Ecoporto Holding estão bem determinados e apontam, no seu conjunto, para uma conduta dolosa. Um exemplo eloquente é que a utilização de empresa veículo para deslocamento do ágio para a investida já constava da Proposta “A” apresentada pela Ecorodovias ao Grupo Formitex.

Parece-me haver uma contradição entre a parte final do **elemento 2 e o elemento 3**. Num, as recorrentes argumentam que as condutas afetaram as bases de cálculo de IRPJ e CSLL (e não o *fato gerador*), noutro, argumentam que não teria ocorrido potencial lesivo, ou seja, redução indevida de tributo.

Estão bem caracterizadas nos autos de infração as reduções indevidas nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL devidos pela Ecoporto Santos, por conta dos deslocamentos ilícitos das amortizações dos Ágios 2 e 3 e dos encargos de juros da Ecorodovias para a empresa operacional.

Alegaram também as recorrentes que não teria havido **sonegação**:

405. Da mesma forma que não houve dolo para fins de caracterização de fraude, não há dolo para fins de caracterização de sonegação. Ademais, a Recorrente, no âmbito da fiscalização, apresentou todos os documentos requisitados, bem como respondeu todas as perguntas das Autoridades Fiscais, não sendo possível falar que houve atuação tendente a impedir ou retardar o conhecimento das Autoridades Fiscais.

Mas, não há como acolher essa argumentação

A uma porque a falta de atendimento de intimações da fiscalização pode dar azo ao agravamento da multa (artigo 44, § 2º da Lei nº 9.430/96) e não à qualificação da multa (artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96).

A duas, porque o conjunto de atos realizados teve o condão de tentar esconder da fiscalização justamente a condição da Ecorodovias de real adquirente, real investidora da TECONDI. Esta condição pessoal da Ecorodovias afeta diretamente os fatos geradores, uma vez que os ágios deveriam ter sido escriturados em seu patrimônio para compor o custo em eventual ganho de capital e os encargos de juros das debêntures deveriam integrar o seu resultado tributável e não o da TECONDI (Ecoporto Santos).

As recorrentes pugnaram, também, pela aplicação do disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Penso não ser o caso, pois os elementos de prova trazidos aos autos, bem como toda a fundamentação já apresentada não deixam, a juízo deste julgador, qualquer dúvida quanto à interpretação dos fatos descritos.

Quanto à questão do **erro de proibição e da dúvida relevante**, é de se dizer que a questão posta no caso concreto não trata de mera divergência de interpretação, mas do uso doloso de um CNPJ de gaveta, de uma sociedade sem existência de fato para burlar de forma dolosa a norma tributária cogente. O dolo e a compreensão dos efeitos tributários da conduta estão bastante evidenciados nos fatos narrados e nas provas acostadas aos autos.

Quanto ao **princípio da proporcionalidade**, não sendo o ato de imposição de multa de ofício um ato discricionário por força do disposto no artigo 142 do CTN, descabe deixar de aplicar, nos casos de fraude e sonegação, a multa qualificada de 150% prevista no artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/1996.

Assim, neste ponto, voto por negar provimento aos recursos voluntários.

A Inaplicabilidade da Multa Isolada por Suposta Falta de Antecipação das Estimativas Mensais

As recorrentes defenderam a impossibilidade de aplicação concomitante de multa de ofício e multa isolada nos seguintes termos:

427. O artigo 44, §1º da Lei 9.430/96 é claro ao estabelecer que a multa isolada somente pode ser exigida quando a pessoa jurídica que, sujeita ao pagamento do imposto por estimativa, deixar de fazê-lo e não houver valores de principal possivelmente exigíveis pela Fiscalização. Por outro lado, quando houver tributo a ser pago, a multa punitiva deverá ser cobrada juntamente com o valor do principal. É importante notar que, nesse caso, não teria cabimento a exigência da multa isolada.

428. É necessário que se reconheça que, se uma empresa é optante do regime de estimativa mensal na tributação pelo IRPJ e CSL, e acredita que a legislação aplicável lhe autoriza a excluir montantes mensais do seu lucro tributável, é claro que essa exclusão terá efeito tanto nos montantes mensais como no montante anual. Ao se admitir a imposição de multa nesses casos, seria como admitir que a multa de ofício fosse de 125% ou mesmo de 200%, o que, em qualquer dos casos, não seria razoável.

429. Dizer ainda que a multa isolada é aplicada em infração distinta daquela da multa de ofício, conforme dispõe o V. Acórdão Recorrido, revela um formalismo descabido e totalmente dissonante de qualquer razoabilidade jurídica e interpretativa. Por mais que o artigo 14 da Lei 11.488/07 tenha alterado a redação do artigo 44 da Lei 9.430/96, base legal para a aplicação de penalidades de ofício e isolada, **não** houve alteração material na sistemática de aplicação de ambas as penalidades.

De fato, a redação anterior do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, deu fundamento à aprovação da 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 CSL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Todavia, adoto as razões das reiteradas decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no que diz respeito aos fatos ocorridos após o ano calendário 2007 por força das alterações de redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 promovidas pela Lei nº 11.488/2007. Neste diapasão, trago à colação os seguintes julgados:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012

Ementa:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTO DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.

1 A multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro. Elas configuram penalidades distintas previstas para diferentes situações/fatos, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem. A multa normal de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano

de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.

2 A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA CSLL

Estende-se ao lançamento decorrente, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula. (Acórdão CARF nº 9101-004.067, de 13/03/2019)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano - calendário: 2011, 2012

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. COBRANÇA CONCOMITANTE. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007. NOVA REDAÇÃO. SÚMULA CARF Nº 105. INAPLICABILIDADE.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430 / 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se somente aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430 / 1996, que foi alterada pela MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.489/2007. (Acórdão CARF nº 9101-004.592, de 05/12/2019)

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

Ano - calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao afirmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano - calendário correspondente, não havendo falar em impossibilidade de imposição da multa após o encerramento do ano - calendário.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Acórdão CARF nº 9101-004.531, de 07/11/2019)

Diante da nova redação dada ao artigo 44 da Lei nº 9.430/96, penso que descabe o julgador administrativo deixar de aplicar as multas previstas na norma legal, sob pena de infringir a separação de poderes que caracteriza a ordem constitucional pátria.

Assim, neste ponto, voto por negar provimento aos recursos voluntários.

A impossibilidade de aplicação dos juros sobre a multa de ofício.

Neste ponto, as recorrentes insurgem-se contra a aplicação de juros Selic sobre as multas de ofício.

Esta matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo por meio da Súmula CARF nº 108:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Assim, neste ponto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Responsabilidade solidária da Ecorodovias.

No lançamento de ofício, a autoridade fiscal atribuiu vínculo de responsabilidade solidária à Ecorodovias com base no artigo 124, I do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (grifei)

Reproduzo trecho do Termo de Verificação Fiscal que sintetiza a fundamentação da fiscalização:

Conforme relatado, a operação engendrada para a aquisição do **Complexo Tecondi** e posterior transferência dos ágios e das obrigações financeiras assumidas na aquisição para a fiscalizada somente foi possível com a aquiescência e participação direta da controladora **Ecorodovias**. O ganho tributário obtido com o esquema arquitetado beneficiou diretamente os dois contribuintes envolvidos.

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato impositivo.

[...]

Com base nessas considerações, podemos afirmar que a **Ecorodovias** praticou atos jurídicos que resultaram na obtenção de benefícios tributários indevidos para ela e para a **Ecoporto Santos**. Não há dúvidas da existência de relação econômica delas com o fato que deu origem à ocorrência do fato gerador.

No curso dos trabalhos de auditoria fiscal verificamos que a **Ecorodovias** praticou diversos atos que comprovam o interesse no transporte do benefício tributário do ágio e do passivo oriundos da operação para a empresa operacional **Ecoporto Santos**. Logo, soa óbvio que a **Ecorodovias** teve interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores das obrigações tributárias tratadas no presente **Termo**, sendo, portanto, solidariamente obrigada ao pagamento de tributo e demais consectários legais, de acordo com os artigos do CTN.

No caso em questão, é indiscutível que a **Ecorodovias** tinha interesse comum na situação já discutida neste **Termo** e que constitui fato gerador dos tributos aqui lançados. Assim, a responsabilidade tributária solidária imputada a ela pelos créditos tributários ora constituídos, portanto, deve ser fundamentada no artigo 124, inciso I, do CTN.

Vale ressaltar o destaque feito pela fiscalização acerca dos administradores da Ecorodovias e da Ecoporto Holding:

Os administradores da controladora que “autorizaram” as reorganizações societárias são os mesmos administradores “autorizados” nas empresas interpostas **Ecoporto Holding**, **Aba Porto** e **CFF Participações** (grifos do original)

A meu juízo, estão bem caracterizados os elementos que comprovam a participação efetiva da Ecorodovias, como real adquirente do controle da TECONDI, bem como a confusão patrimonial entre a Ecorodovias e a Ecoporto Holding.

A fraude perpetrada por meio da interposição da Ecoporto Holding, sob controle e com participação ativa da Ecorodovias é causa de responsabilidade solidária, como tem sido reconhecido pela jurisprudência do CARF. A título exemplificativo, trago à colação alguns julgados:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano - calendário: 2000, 2001

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. ART. 124, I DO CTN. CABIMENTO.

Correta a imputação da responsabilidade tributária àquele que, mesmo sem vínculo formal com a pessoa jurídica, exerce o controle de fato de todas as operações por ela realizadas. (Acórdão CARF nº 9303-009.424, de 17/09/2019)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INTERESSE COMUM. CONFIGURAÇÃO.

Cabe a imposição de responsabilidade tributária em razão do interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN, quando demonstrado que os responsabilizados não apenas ostentavam a condição de sócios de fato da autuada, como foram os responsáveis pelas operações societárias que resultaram na autuação.

Comprovado nos autos que as pessoas física e jurídicas classificadas pela fiscalização como sujeitos passivos solidários atuaram de maneira ativa, individual e unida com a

fiscalizada, assumindo reciprocamente direitos e obrigações que circunscreveram os fatos jurídicos que dão essência à obrigação tributária, resta configurado o interesse comum na situação que constitui o fato gerador. (Acórdão CARF nº 9101-003.889, de 07/11/2018)

Da mesma forma, a completa ausência de autonomia operacional, administrativa, financeira da Ecoporto Holding em relação à sua controladora Ecorodovias, ou seja, uma mera separação formal entre as duas, configura a confusão patrimonial, que também dá azo à responsabilidade solidária conforme a jurisprudência deste Conselho Administrativo. Cito alguns precedentes:

EMPRESAS QUE MATERIALMENTE ATUAM COMO UMA ÚNICA PESSOA JURÍDICA. INTERESSE COMUM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Restando evidenciado que o contribuinte e a Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos materialmente constituíam uma só empresa, exsurge evidente o interesse comum desta última nos fatos jurídicos tributários realizados pela primeira, sendo tal situação suficiente para configurar a responsabilidade solidária da Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos pelos débitos tributários apurados no contribuinte, em decorrência da aplicação da norma veiculada no art. 124, I do CTN. (Acórdão CARF nº 1402-002.223, de 05/07/2016)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 124, I, DO CTN. O artigo 124, I, do CTN trata de solidariedade que pode atingir o contribuinte (pessoa que tem relação com o fato gerador) ou o responsável (pessoa assim indicada por lei), a depender da configuração do "interesse comum" (e, no caso do responsável, da pressuposta previsão legal que o indique como tal). Tal "interesse comum" deve ser jurídico e não meramente econômico. Para que se configure o interesse jurídico comum é necessária a presença de interesse direto, imediato, no fato gerador, que acontece quando as pessoas atuam em conjunto na situação que o constitui, isto é, quando participam em conjunto da prática da hipótese de incidência. Essa participação comum na realização da hipótese de incidência pode ocorrer tanto de forma direta, quando as pessoas efetivamente praticam em conjunto o fato gerador, quanto indireta, em caso de confusão patrimonial e/ou quando dele se beneficiam em razão de sonegação, fraude ou conluio. (Acórdão CARF nº 1401-001.786, de 14/02/2017)

Diante do quadro traçado, passo à apreciação das alegações expendidas pela Ecorodovias. Considerando que direcionei o voto para a exoneração do Ágio 1, que foi formado na aquisição da participação do Grupo Barbeito pela Aba Porto, concentrar-me-ei nas alegações acerca da Ecoporto Holding, que é o pivô dos Ágios 2 e 3 e das despesas com encargos de debêntures.

Razão nº 1: a suposta demonstração fática do "interesse comum"

Em relação à Ecoporto Holding, o primeiro ponto levantado pela recorrente é o equívoco da DRJ/BHE em considera-la como principal pagadora e emissora de fato das debêntures. Reproduzo excerto do recurso voluntário:

51. Isso porque, a I. DRJ/BHE, de forma equivocada, presumiu que a Recorrente seria a principal devedora em relação às debêntures emitidas pela Ecoporto Holding para angariar recursos no mercado e, conseqüentemente, consolidar sua posição como acionista controladora da Tecondi. Sobre a posição da Recorrente na referida emissão de debêntures, é evidente que as condições de principal devedora e garantidor solidário são distintas e não devem ser confundidas.

52. É claro que, em caso de a Ecoporto Holding não adimplisse suas obrigações frente aos debenturistas, o patrimônio da Recorrente deveria ser acionado para garantir o pagamento da dívida, porém, essa relação não se estabelece de forma automática. No contexto da referida emissão de debêntures, a Ecoporto Holding deveria ser a primeira a ser responsabilizada frente aos interesses dos debenturistas, e não a Recorrente como quer fazer crer o V. Acórdão Recorrido.

53. Ainda sobre esse aspecto, o fato de a Recorrente ter figurado como fiadora solidária das debêntures emitidas em nada altera o propósito negocial da transação realizada, isto porque, como visto acima, garantidor solidário não é devedor principal. Neste tipo de emissão de títulos, nada mais comum e normal que sociedades do mesmo grupo figurem como fiadores solidários da dívida, fato que confere segurança ao mercado de que eventual default será assumido por outra entidade do Grupo.

54. Como resta claro pelos argumentos apresentados pela Ecoporto Santos em sua Impugnação e respectivo Recurso Voluntário (cujo caráter complementar ao presente Recurso já foi destacado), a utilização da Ecoporto Holding para consolidar o investimento do Grupo Ecorodovias na Tecondi foi revestida de efetivas razões negociais porque não existia o interesse de (i) unir os credores da Recorrente e da Tecondi em uma única entidade; e (ii) concentrar a participação de diversos investimentos detidos pelo Grupo Ecorodovias na Recorrente em uma sociedade que explorasse atividades econômicas voltadas à área portuária.

Ademais, cumpre mencionar que a Recorrente era sociedade de capital aberto, fato que invariavelmente complicaria, de forma significativa, as aprovações para a união patrimonial entre ela e a Tecondi para transferir a dívida contraída para a sua aquisição.

Entretanto, já se demonstrou à exaustão neste voto que a Ecoporto Holding não reunia as condições objetivas para realizar as operações que em seu nome foram feitas. Não tinha capacidade operacional, gerencial, administrativa para realizar tal operação de emissão de debêntures no total de centenas de milhões de reais. Quem possuía essa capacidade operacional, administrativa, gerencial, financeira, expertise no negócio, crédito junto à instituição financeira, era a Ecorodovias.

Como dito, a separação entre Ecorodovias e Ecoporto Holding era meramente formal.

Quanto a ser a principal pagadora, a fiscalização, assim como a DRJ/BHE, extraiu a informação do próprio texto da escritura: a Ecorodovias seria a principal pagadora de acordo com o contrato.

Por fim, a recorrente reiterou as razões extratributárias que, em seu entendimento, conferem suporte de validade às operações realizadas. Em síntese, reafirmou que toda a operação envolvendo a Ecoporto Holding estava fundada na compra alavancada e que a atuação da fiscalização afrontaria a livre iniciativa.

Estas matérias já foram enfrentadas neste voto. Tenho que o modelo de compra alavancada não corresponde às operações realizadas na espécie e não justificam a interposição da Ecoporto Holding. Desta forma, sendo a conduta dos sujeitos passivos fraudulenta, ou marcada pela fraude à lei, conforme já esclarecido, a atuação da fiscalização em nada restringe a liberdade de gestão característica da livre iniciativa.

Razão nº 2: a suposta comprovação da conduta dolosa

Quanto à questão da conduta dolosa, a recorrente aduziu:

70. É preciso ressaltar que não há quaisquer elementos nos autos do presente Processo Administrativo que comprovem de forma evidente que houve intuito doloso nas condutas da Recorrente. Isso porque, como visto acima, a I. DRJ/BHE limitou-se a reproduzir as presunções criadas pela Fiscalização quando da lavratura do Auto de Infração no que se referia ao suposto papel fundamental da Recorrente nas operações em discussão.

71. A Recorrente, por sua vez, entende ter demonstrado com clareza no subtópico anterior que seu papel na negociação e estruturação da aquisição da Tecondi por parte do Grupo Ecorodovias foi meramente acessória e realizada nos estritos termos da Lei. Os atos societários, ainda, conforme exposto anteriormente, foram realmente revestidos de propósito negocial dentro do contexto de uma aquisição alavancada.

Embora o texto normativo não traga mais a exigência de demonstração do *evidente intuito doloso*, na espécie, tenho que os elementos de prova são mais do que suficientes a demonstrar além de qualquer dúvida razoável que houve dolo.

O conjunto probatório, a meu juízo, é robusto e harmônico a demonstrar que, desde o início da negociação, a Ecorodovias pretendia utilizar uma empresa veículo para deslocar os ágios e os encargos para a empresa operacional (TECONDI), de forma a reduzir drasticamente o IRPJ e a CSLL desta.

Quanto à aplicação do disposto no artigo 137 do Código Tributário Nacional, creio que equivoca-se a recorrente, uma vez que a responsabilidade solidária foi atribuída à Ecorodovias – pessoa jurídica – com fulcro no artigo 124, I do CTN. Não houve atribuição de responsabilidade a qualquer *agente*. Vale fazer referência ao magistério de Luciano Amaro (AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 443):

Se “agente” é o indivíduo que pratica determinada ação (omissiva ou comissiva), que configura uma infração à lei tributária, o “responsável”, à vista da alternativa (agente ou responsável), é alguém que não se confunde com o “agente”. Ou seja, é outra pessoa, que não o agente, em nome do qual este atua. Assim, por exemplo, o administrador, o mandatário, o gerente, o preposto são os agentes, em relação ao administrado, ao mandante, ao gerido, ao preponente, que seriam os “responsáveis”. Essa ideia do responsável como terceira pessoa, que não o agente, em nome da qual este atua é confirmada pelo artigo 137, que relaciona casos nos quais a responsabilidade é pessoal do agente; ora, esse artigo trata justamente de situações em que alguém (o “agente”) atua em nome de terceiros [...]

Assim, tenho que o enquadramento legal da responsabilidade no artigo 124, I do CTN está adequado.

Quanto à alegação de alteração do critério jurídico na decisão de primeira instância, também não vislumbro possibilidade de acolher a tese da recorrente.

O critério jurídico adotado pela fiscalização foi que havia o “interesse comum” de que trata o artigo 124, I do CTN entre a Fiscalizada (Ecoporto Santos, sucessora de Ecoporto Holding, CFF Participações e Aba Porto) e a Ecorodovias, que utilizou a Ecoporto Holding como interposta pessoa para obter vantagem tributária ilícita.

A DRJ/BHE simplesmente utilizou o mesmo critério jurídico, ou seja, atribuir à Ecorodovias o vínculo de responsabilidade por interesse comum com base no artigo 124, I do CTN. Quanto aos elementos de fato que, na formação de convicção da DRJ/BHE, seriam mais relevantes, isso é da natureza da livre convicção dos julgadores. É importante destacar que a autoridade julgadora de piso fundamentou sua decisão nos fatos narrados e elementos de prova juntados pelas partes aos autos.

Razão nº 3: a discussão doutrinária acerca do “interesse comum” e o posicionamento da I. DRJ/BHE

Neste tópico, a recorrente trouxe uma longa discussão doutrinária acerca do sentido da norma de responsabilidade veiculada pelo artigo 124, I do CTN.

Insiste que o interesse comum em questão não é meramente interesse econômico, mas jurídico.

Neste aspecto, já demonstrei que, no caso em tela, em meu juízo, a fraude (interposição de sociedade veículo com intenção de reduzir tributo indevidamente) e a confusão patrimonial (separação meramente formal entre Ecorodovias e Ecoporto Holding) dão azo ao interesse jurídico comum e configuram a hipótese de responsabilidade do artigo 124, I do CTN, conforme jurisprudência deste Conselho Administrativo.

Razão nº 4: a jurisprudência majoritária sobre o assunto

Neste ponto, a recorrente aduziu que a jurisprudência administrativa e judicial seria majoritariamente favorável ao seu entendimento e que, em nome da segurança jurídica e da eficiência, embora os precedentes não sejam vinculantes, deveriam ser observados pelo julgador administrativo.

Entretanto, como já ressaltado anteriormente, a matéria aqui é essencialmente fática. A questão a definir são os fatos jurídicos ocorridos de acordo com os elementos de prova juntados aos autos.

Sendo matéria essencialmente probatória, de fato, ao se pesquisar na jurisprudência, haverá decisões que apresentem entendimentos diversos. Portanto, é possível localizar precedentes favoráveis e contrários às teses da fiscalização e das recorrentes.

Não sendo os precedentes vinculantes para este julgador administrativo, guio-me pelos fatos e elementos de prova juntados aos autos e pela legislação segundo a interpretação que procurei deixar assente ao longo de todo o voto.

Conclusão em relação à responsabilidade solidária.

Voto, neste ponto por negar provimento ao recurso voluntário.

Conclusão.

Voto por afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, por dar provimento parcial aos recursos voluntários para afastar a exação em relação ao Ágio 1, relativo à aquisição da participação do Grupo Barbeito pelo Grupo Formitex.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira

Voto Vencedor

Conselheiro Lucas Issa Halah, Redator designado.

Peço vênia ao Relator para expor as razões pelas quais divirjo do entendimento consignado em seu bem fundamentado voto.

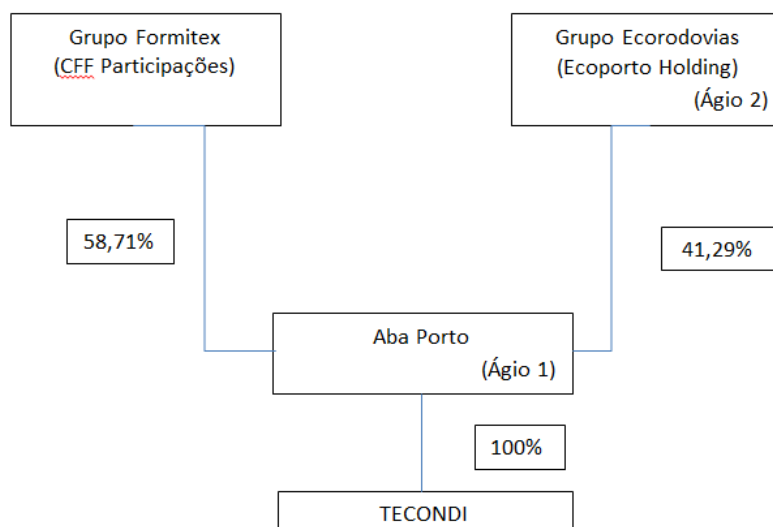
1 – Qualificação da Multa de Ofício

A qualificação da multa de ofício decorreu da premissa encampada pelo lançamento, de que a utilização indevida das amortizações dos Ágios 2 e 3 e dos encargos das debêntures na apuração das bases de cálculo de IRPJ e CSLL entre 2013 e 2017 teria sido arquitetada dolosamente, com o fito de causar prejuízo ao erário.

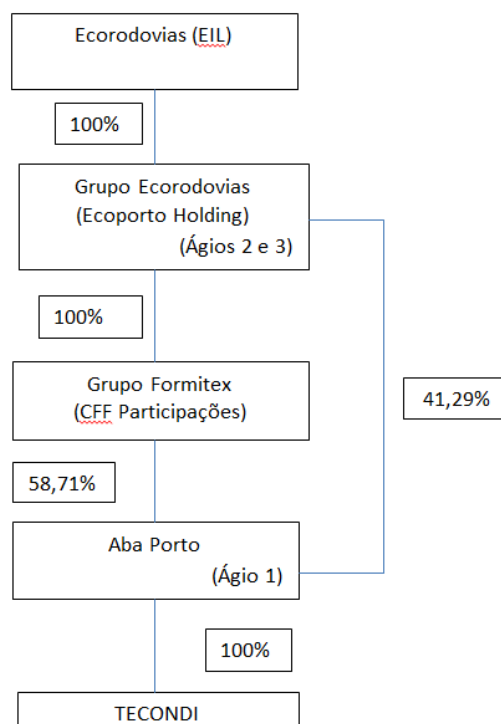
A dedutibilidade das despesas com os encargos decorrentes da emissão das debêntures foi assegurada por este colegiado, o que afasta por consequência lógica a multa de ofício correspondente. Trataremos desta matéria em tópico próprio.

Por outro lado, a maioria dos membros do colegiado manteve a glosa das despesas decorrentes de amortização de ágio apurado na aquisição de 41,29% das ações da Aba Porto pela Ecoporto Holding S.A (Ecoporto Holding) via aumento de capital integralizado por valor superior ao patrimonial (o chamado **Ágio 2**), e na aquisição pela Ecoporto Holding de 100% das quotas da CCF Participações LTDA (CCF — que por sua vez possuía o restante das participações na Aba Porto — o **Ágio 3**). Eis o cenário:

Nascimento do Ágio 2:

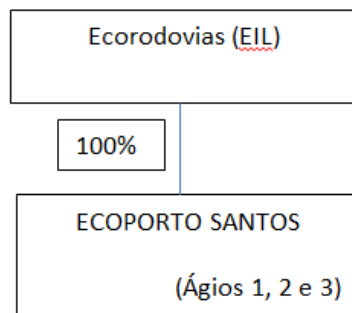


Com a aquisição do controle da CFF Participações pela Ecoporto Holding, surgiu o Ágio 3. A Ecoporto Holding, controlada pela Ecorodovias, passou a ter o controle indireto de 100% da TECONDI (via CFF e Aba Porto), que posteriormente passou a ser chamada de Ecoporto Santos S.A:



A CFF e a Ecoporto Holding (detentoras da Aba Porto) foram então Incorporadas (de maneira reversa) pela Aba Porto e esta, ao final, foi incorporada pela TECONDI (atualmente denominada de Ecoporto Santos) e a autuação considerou, em apertada síntese, que a Ecoporto Holding seria “empresa veículo” criada dolosamente para promover fraude e sonegação,

permitindo ilicitamente o aproveitamento do ágio pela estrutura controlada pela alegada “real adquirente”, a Ecorodovias Infraestrutura e Logística S.A. (“EIL”). A estrutura final, após os sucessivos movimentos de consolidação, foi a seguinte:



Essa é a síntese da atuação por glosa de despesas com Ágio, mantida pela maioria dos membros do Colegiado. Contudo, tomou destino diverso a qualificação da multa de ofício, sendo afastada em virtude do empate nas votações, conforme a sistemática prevista no art. 19-E da Lei 10.522/2002, incluído pela Lei 13.988/2020.

A situação não é de causar espanto, dado que a dedução de dispêndios com ágio considerada indevida não necessariamente decorre de prática imbuída do dolo específico que autorizaria a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Isso porque, mesmo que prevaleça a glosa, não sendo demonstrada e comprovada cabalmente a prática de *fraude* ou *sonegação* nas transações que geraram a despesa com o ágio, deve ser aplicada no patamar ordinário a multa de ofício, de 75%.

A multa qualificada no patamar de 150% é resultado da duplicação da multa regulamentar, na forma preconizada pelo art. 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A qualificação da multa, por sua vez, é fruto das condutas de sonegação ou de fraude praticadas dolosamente pelo sujeito passivo, na forma definida pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, a seguir transcritos:

“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Ao tratar do Ágio 1 (cuja glosa restou afastada), o Il. Relator consigna que,

“caso a Aba Porto não fosse alienada para o Grupo Ecorodovias e fosse incorporada (“às avessas”) na TECONDI, que o Ágio 1 seria indedutível, pois a verdadeira adquirente do investimento não teria tido seu patrimônio confundido com a investida”.

Entendeu, assim, que sendo a Ecoporto Holding destinada apenas à aquisição daquele investimento, não teria substância econômica consistindo em mero veículo para a celebração de negócios mantendo-se a segregação da controladora do grupo, que seria então a real adquirente.

Parte, portanto, da premissa de impossibilidade de aproveitamento do ágio quando se unem apenas a empresa chamada “veículo” e a empresa investida, sem a união da investida à dita “real adquirente”, na maioria das vezes a controladora do grupo. Essa foi a premissa que permeou o afastamento da glosa do Ágio 1 e a manutenção, por maioria de votos, das glosas dos ágios 2 e 3.

Como derivação dessa mesma premissa, acrescida de outros fundamentos pelos quais concluiu que a Ecoporto Holding seria uma empresa sem substância econômica e cujo único propósito negocial seria propiciar ao aproveitamento dos Ágios 2 e 3, entendeu o relator haver intento doloso na organização dos movimentos societários de maneira a propiciar artificialmente o aproveitamento fiscal do ágio sem a alegada união entre investida e real adquirente (Ecorodovias). Transcrevamos as seguintes colocações do Relator:

“O que se pode verificar de plano é que a Ecoporto Holding era uma estrutura vazia, fictícia, sem autonomia financeira, operacional, gerencial, de vontade, em relação à sua controladora, a Ecorodovias. Em resumo, era apenas um número de CNPJ guardado na gaveta do escritório da Ecorodovias que foi utilizado, na espécie, para uma interposição fraudulenta com fins exclusivamente tributários.”

Divirjo do Relator em premissas fundamentais, o que nos leva a conclusões distintas. Antes de expor as razões de minha discordância, vejo a necessidade de consignar que alcunhas como “empresa veículo” e “real adquirente” vêm sendo adotadas de maneira pejorativa. Neste voto, adotaremos tais termos por sua usualidade, mas evidentemente atribuindo-lhes conotação neutra como requer a análise técnica.

O Relator defende que *“a pretensão do Grupo Ecorodovias de utilizar a Ecoporto Holding para separar a real adquirente do investimento do respectivo ágio, de forma que este seja amortizado na investida não é acolhido pela norma tributária veiculada pelo artigos 7º e 8º da lei nº 9.532/97. Não há impedimento para a operação na esfera cível, mas a norma tributária não acolhe os efeitos justributários pretendidos pelas recorrentes.”*

Entendo, contudo, que o Direito Brasileiro não possui uma norma tributária antielisão ou figuras típicas (como exige a regra constitucional da legalidade) que permitam a adoção de categorias do Direito estrangeiro para desconsiderar estruturas societárias lícitas adotadas pelo contribuinte visando à economia fiscal. A requalificação jurídica dos fatos é possível, mas a legislação pátria elege a simulação como mote de superação de estruturas consideradas artificiais (art. 149, VIII, CTN), e o parágrafo único do art. 116 do CTN trata de evasão fiscal (não de elisão), além de depender de regulamentação específica para que seja aplicado, conforme bem decidiu o STF ao julgar a ADI nº 2.446.

Ainda que assim não fosse, a operacionalização da aquisição por meio da Ecoporto Holding me parece encontrar fundamentos extrafiscais suficientes para afastar o dolo do qual decorre a qualificação da penalidade. Não só a importância gerencial na segregação dos negócios de cada empresa (Tecondi e Ecorodovias — bastante disintos), como o objetivo e direito legítimos de evitar todos os entraves burocráticos que adviriam de uma incorporação da empresa investida pela Ecorodovias ou desta por aquela, parecem-me suficientes a afastar qualquer intento doloso em praticar Sonegação ou Fraude.

É fato público e notório que os setores de atuação da Ecorodovias e da Tecondi/Ecoporto Santos, além de distintos, são objeto de complexa regulamentação e são explorados mediante concessões públicas. Assim, a adoção do caminho preconizado pela autuação como natural ou mais harmônico com o sistema tributário nacional, além de não exigido pela legislação pátria, seria também o mais burocrático, oneroso, moroso e arriscado para o bom andamento das atividades das empresas, independentemente de qualquer consideração acerca da dedução do ágio.

A adoção de tal caminho, ou ainda a posterior incorporação operada entre Ecorodovias e Tecondi, só trariam prejuízo ao contribuinte, sem qualquer vantagem ao Fisco. Não me parece ter sido a intenção legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97) exigir do contribuinte o caminho mais oneroso possível para a fruição do direito à dedução do ágio. Parece-me mais

harmônico com a fórmula tributária do aproveitamento fiscal do ágio introduzida pela Lei nº 9.532/97 como forma de reger de maneira clara o tratamento do ágio e, assim, conferir segurança jurídica para fomento das desestatizações e operações de M&A, interpretá-la como mecanismo para permitir o confronto de despesas com receitas na apuração do resultado a partir da confusão patrimonial entre investidora e investida⁴ (ou suas respectivas sucessoras), atendendo ao *matching principle* e superando os efeitos da ausência, no sistema brasileiro, da apuração consolidada dos balanços das empresas subsidiárias e sua respectiva controladora (*push down accounting*). É o que nos ensina de maneira lapidar o voto do Conselheiro Luiz Flávio Neto, proferido nos autos do Acórdão 9101-003.468.

Não me parece ter sido a intenção manifesta no texto legal (artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97), que criou economia de opção sem demandar o respeito aos critérios demandados pela fiscalização no caso sob exame, o enfrentamento de tais entraves burocrático-regulatórios para o aproveitamento fiscal do ágio, mas apenas a união *não simulada* da investida e da investidora (ou sua sucessora) *em que registrado o ágio originado em legítima operação a mercado*, para que se emparelhem a despesa incorrida (o ágio, o valor pago pela expectativa de rentabilidade futura) e a própria rentabilidade futura pela qual se pagou o sobrepreço.

A seguir-se a vertente encampada pelo Relator, caso, ao final de todas as operações perpetradas, a Ecorodovias tivesse sido incorporada pela Tecondi, ou vice-versa, o aproveitamento do ágio seria legítimo (conforme se decidiu relativamente ao Ágio 1), mas demandaria verdadeiro calvário burocrático do contribuinte sem trazer qualquer benefício ao Fisco. Penso que essa vertente esbarra na livre iniciativa⁵ da qual decorre o direito de reorganização dos grupos empresariais, objeto de fomento também pela lei societária (art. 2º par. 3º da Lei nº 6.404/76), que faz menção específica à legitimidade da constituição de *holding companies* inclusive com o objetivo de buscar incentivos fiscais (caso se entenda tratar-se a dedução do ágio de incentivo fiscal, aspecto não pacificado na Doutrina).

Nesse sentido, vale mencionar o Acórdão de nº 9101-005.876, de 2021, cujo voto vencedor foi da lavra do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

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

Ano-calendário: 2007

ÁGIO. MULTA QUALIFICADA. ADOÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO NA ESTRUTURA DE AQUISIÇÃO DE INVESTIMENTO. ACUSAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA COMO REAL ADQUIRENTE. IMPROCEDÊNCIA DO FUNDAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO FRAUDE SONEGAÇÃO OU CONLUÍO. REDUÇÃO DA SANÇÃO DUPLICADA.

A dedução indevida de dispêndios com ágio não se confunde com prática dolosa ou ilícita que autoriza a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda que prevalecendo a glosa, não sendo

⁴ AMARO, Luciano. Amortização fiscal do ágio por rentabilidade futura, in Direito, Economia e Política: Ives Gandra, 80 anos do humanista. São Paulo : Ed. IASP, 2015, p. 719.

⁵ Constituição Federal, Art. 170.

demonstrada e comprovada a prática de *fraude*, *sonegação* ou *conluio* nas transações que geraram a despesa com o *sobrepreço*, deve ser aplicada a monta ordinária da multa de ofício de 75%.

O simples emprego de companhias *holdings* em estrutura de aquisição de investimentos, mesmo que com a finalidade específica de viabilizar e promover a compra de participações societárias, rotuladas de *empresas-veículo*, não basta para caracterizar *simulação*, *fraude* ou o seu intuito, tampouco qualquer outro ilícito.

A figura de origem estrangeira da *ausência de propósito negocial*, dentro da narrativa de que o contribuinte praticou determinado ato ou negócio jurídico visando exclusivamente obter vantagem tributária, não configura nenhuma das hipóteses legais de *simulação* e de *fraude*, conforme a devida conceituação de Direito Civil, e nem pode se amoldar às previsões dos arts. 71, 72 e 73da Lei nº 4.502/64.

Nesse cenário em que há diversas justificativas plausíveis para a estrutura adotada, embora consideradas insuficientes pela maioria do colegiado para fins de garantir a dedução do ágio *originado em legítima operação a mercado entre partes independentes*; sem falar no notório cenário de divergência jurisprudencial (vide Acórdão 9101-005.876 de 2021) sobre os casos em que se permite a dedução fiscal do ágio, e mais, tratando-se de aquisição feita às claras, com efetivo sacrifício econômico, com fundamento econômico amparado em laudo inquestionado, por empresa com objeto social compatível com a participação em outras sociedades; não vejo comprovação cabal do dolo específico necessário à exasperação da multa de ofício.

2 – Glosa de despesas com juros

O Ilustre Relator propôs a manutenção da glosa das despesas com juros decorrentes da emissão de debêntures pela Ecoporto Holding (para financiar a aquisição da Tecondi) por entender que as despesas incorridas para financiar a compra da Tecondi, atual Recorrente, não poderiam ser dedutíveis na apuração dos resultados da própria Recorrente, mas tão somente na apuração dos resultados da Ecorodovias, a real adquirente e real beneficiária dos encargos assumidos para a emissão de debêntures que financiou a aquisição da Tecondi pela Ecoporto Holding.

Em sua visão, a operação teria sido voltada a financiar a Ecorodovias (“real adquirente”), embora as debêntures tivessem sido emitidas pela Ecoporto Holding (a adquirente “direta”), mas o passivo correspondente à obrigação de pagar juros teria sido transportado para a Tecondi utilizando-se da Ecoporto Holding como veículo de maneira fraudulenta.

Assim, entendeu pela desnecessidade das despesas para a Recorrente Ecoporto Santos (antiga Tecondi), assumindo ser incompatível com suas atividades a assunção de despesa decorrente do financiamento para que outrem adquirisse seu próprio controle. Isso porque os ganhos relacionados ao investimento adquirido seriam auferidos pela investidora “real adquirente”, a Ecorodovias, e não pela adquirida (Tecondi/Ecoporto Santos).

Afastamos a ocorrência de fraude, dolo ou simulação na maneira como estruturados os movimentos societários analisados, conforme exposto no tópico acima. Consequentemente, a sucessão societária decorrente da incorporação às avessas da Ecoporto Holding pela Tecondi/Ecoporto Santos produziu todos os seus regulares efeitos como consequência necessária da assunção, pela Tecondi, de ativos e passivos da incorporada, procedimento de incorporação reversa permitido expressamente para efeitos fiscais pelos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97.

Entendo, portanto, que assumir a impossibilidade de dedução de despesas com juros decorrentes das debêntures emitidas pela Ecoporto Holding, incorporada, para angariar recursos com a própria aquisição do controle da incorporadora é interpretação que caminha na contramão da permissão expressa para a incorporação às avessas que produza todos os efeitos da sucessão empresarial.

Estressando a vertente encapada pela corrente vencida, chegaríamos ao cenário no qual, caso a Tecondi/Ecoporto Santos tivesse, após todos os movimentos societários em questão, incorporado a Ecorodovias, os juros seriam ainda assim considerados indedutíveis, pois a Ecoporto Santos não poderia considerar necessárias despesas com juros incorridos em sua própria aquisição. Mais, qualquer fenômeno sucessório poderia ensejar uma ampla gama de glosas de despesas, unicamente porque despesas necessárias à sucedida podem não ser consideradas necessárias para a sucessora.

Entendo que o desdobramento acima exposto revela razões para a improcedência da tese, notadamente em um cenário no qual restaram afastados o dolo, a fraude e a sonegação. Por isso, concluo que os requisitos para a dedutibilidade de despesas devem ser aferidos no momento da assunção do passivo por quem o contratou, e não no da momento da dedução por quem veio a receber o acervo patrimonial na qualidade de sucessora.

Além disso, as relações estabelecidas para a emissão de debêntures seguiram a normalidade, tratando-se de atos praticados entre empresas do mesmo grupo econômico que, como tal, promove uma rede de mútua proteção perfeitamente legítima quando todos os atos e negócios são formalizados de acordo com suas respectivas naturezas jurídicas e produzem os efeitos deles esperados (inclusive, no caso, com a participação de terceiros, como o Banco Bradesco na emissão das debêntures).

De fato a previsão contida na escritura de emissão de debêntures, de que a Ecorodovias seria a principal pagadora dos encargos correspondentes pode causar algum estranhamento, entretanto, o efeito jurídico e econômico ao fim e ao cabo atingido não diferiria substancialmente da outorga de aval ou fiança sem benefício de ordem pela Ecorodovias à Ecoporto Holding, que, como empresa recém criada, invariavelmente não teria receitas quanto menos crédito no mercado senão mediante a oferta de garantia, menos custosa se outorgada por outra empresa do mesmo grupo que possuía capacidade econômica para tanto.

Até mesmo nos mais mezinhas contratos de locação imobiliária exige-se a fiança sem benefício de ordem elegendo-se o fiador como principal pagador com respaldo no art. 828, II do Código Civil.

“Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o **benefício de ordem**, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

I - se ele o renunciou expressamente;

II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;

III - se o devedor for insolvente, ou falido.”

Se nestes corriqueiros casos a prática não causa espanto, contando com amparo legal, a eleição da Ecorodovias não só como garantidora, mas também como principal pagadora, tampouco deve causar qualquer espécie.

Diante dos fatos acima narrados, a despeito de concordar com a interpretação bem exposta pelo Relator acerca da interface dos artigos 374 e 299 do RIR/99, voto por reconhecer o preenchimento dos requisitos para a dedutibilidade das despesas com encargos de juros decorrentes da emissão de debêntures, previstos no artigo 47 da Lei nº 4.506/64.

3 - Concomitância da Multa Isolada com a Multa de Ofício

A matéria em questão é objeto de uma série de questionamentos perante este Conselho.

Debate-se, usualmente, se a multa isolada somente poderia ser exigida conjuntamente ao lançamento de ofício voltado à exigência das estimativas não quitadas, e, não sendo possível exigir o recolhimento das estimativas após o término do ano-calendário, tampouco poderia ser exigida a penalidade pelo não recolhimento.

Não partilho desse entendimento. A Súmula CARF nº 82 consolidou o entendimento deste Conselho, de que as estimativas de IRPJ e CSLL consistem em mera antecipação do tributo devido, o que as tornaria inexigíveis com o término do ano-calendário a partir do qual se apura o tributo efetivamente devido. Trata-se de técnica de arrecadação imposta aos optantes pelo regime do Lucro Real de apuração anual. Caso o contribuinte seja autuado sofrendo a exigência do recolhimento das estimativas no curso do ano-calendário ao qual correspondem, não se exige a multa isolada, mas a multa de ofício de 75%.

Em virtude da exigência de antecipação, impõe-se sobre o contribuinte a penalidade ora em questão, voltada a punir a conduta daquele que desatende à obrigação de antecipar recursos aos cofres públicos, independentemente de, ao final do ano-calendário, apurar ou não saldo de tributo a pagar.

Entendimento diverso implicaria não só o esvaziamento da sanção imposta àquele que desatende ao dever de antecipar, como também a instituição de prazo decadencial inferior a um ano, distinto do prescrito pelo Código Tributário Nacional.

A Conselheira Livia de Carli Germano no mesmo Acórdão 9101-005.080 muito bem expõe que a multa isolada, tanto na redação anterior como na posterior às alterações legislativas promovidas pela Lei 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/96, é exigível mesmo depois do encerramento do ano-calendário:

“Estas são as razões pelas quais considero também que, de maneira geral, a multa isolada sobre as estimativas não pagas é devida independentemente do resultado final da apuração do ajuste anual.

Nesse ponto, não ignoro a linha de raciocínio segundo a qual, após o término do ano-calendário, a exigência de recolhimentos por estimativa perderia sua eficácia, prevalecendo a exigência do tributo efetivamente devido e apurado com base no lucro. Segundo essa linha, haveria, entre as estimativas e o tributo devido no final do ano, uma relação de meio e fim, ou de parte e todo, de modo que a multa isolada cobrada em razão da ausência de recolhimento de estimativas apenas poderia ser aplicada durante o ano-calendário, ou seja, antes do ajuste anual.

Não discordo das *premissas* de tal raciocínio, isto é, concordo que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa. Não obstante, compreendo que a *conclusão* a que ele chega não é adequada, e isso essencialmente porque, aqui, não estamos tratando de incidência de principal de tributo, mas de norma que estabelece penalidade.

É dizer, embora se trate, essencialmente, do mesmo tributo (IRPJ/CSLL anual), as condutas exigidas do contribuinte são distintas: a primeira é o dever de antecipar parcelas do tributo calculadas sobre uma base provisória (estimativas mensais), e a segunda é o dever de pagar este mesmo tributo efetivamente apurado como devido ao final do ano-calendário (ajuste anual).

Uma conduta independe logicamente da outra, ou seja, o dever de recolher estimativas pode existir sem que venha a haver tributo devido no ajuste anual, e vice-versa. Além disso, tais condutas visam a atender bens jurídicos distintos, sendo uma destinada a manter o fluxo de caixa do governo durante o ano, e outra dirigida ao recolhimento do tributo efetivamente devido.

Daí porque tais condutas podem ser, como de fato são, penalizadas de forma específica – nos das atuais, a primeira à razão de 50% da estimativa não recolhida e a segunda à razão de 75% do valor do ajuste anual devido.

Vale notar que a conclusão acima não contradiz o disposto no enunciado da Súmula CARF 82 (vinculante, conforme Portaria MF 277/2018), que diz:

Súmula CARF 82: Após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas.

Isso porque, de novo, é essencial destacar que, nos presentes autos, não estamos tratando do principal de tributo, mas da pena prevista para a conduta consistente

em agir em desconformidade com o que prevê a legislação fiscal (dever de adiantar estimativas mensais).

Neste sentido, a análise dos acórdãos precedentes que orientaram a edição de tal enunciado sumular esclarece que o que não pode ser exigido é apenas o principal da estimativa, visto que este está contido no ajuste apurado ao final do ano-calendário. Não obstante, a pena prevista para o descumprimento do dever de recolher a estimativa permanece -- e, até por isso, é denominada “multa isolada”: porque cobrada independentemente da exigibilidade da sua base de cálculo (a própria estimativa devida).

De fato, parece que só faz sentido se falar em exigência isolada de multa quando a infração é constatada após o encerramento do ano de apuração do tributo. Isso porque, se fosse constatada a falta no curso do ano-calendário, caberia à fiscalização exigir a própria estimativa devida, acrescida de multa e dos respectivos juros moratórios. Ao estabelecer a cobrança apenas da multa (ou seja, a cobrança “isolada”) quando detectada a falta de recolhimento da estimativa mensal, a norma visa exatamente à adequação da exigência tributária à situação fática.

A título ilustrativo, destaco a argumentação constante de trecho do voto condutor do acórdão 101-96.353, de 17/10/2007, que é um dos que orientaram a edição do enunciado da Súmula CARF 82:

(...)

A ação do Fisco, após o encerramento do ano-calendário, não pode exigir estimativas não recolhidas, uma vez que o valor não pago durante o período-base está contido no saldo apurado no ajuste efetuado por ocasião do balanço.

Na prática, a aplicação da multa isolada desonera a empresa da obrigação de recolher as estimativas que serviram de base para o cálculo da multa. O imposto e a contribuição não recolhidos serão apurados na declaração de ajuste, se devidos.

(...)

Distinta é a situação em que, ao final do ano-calendário, o contribuinte apura tributo a pagar mas não o recolhe, tornando-se alvo do lançamento de ofício. Nesses casos, **a jurisprudência administrativa admite a absorção da multa imposta sobre a conduta-meio pela multa imposta sobre a conduta-fim**, levando à prevalência apenas da multa de ofício como consequência da aplicação do princípio da consunção, reconhecido pela súmula CARF nº 105.

“Súmula CARF nº 105

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014

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.

Acórdãos Precedentes:

9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00.748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012”

Ocorre, portanto, punição da conduta-meio e da conduta-fim, devendo esta absorver aquela (consunção).

Reconhecendo a aplicabilidade do princípio penal da consunção à seara tributária e muito bem delineando as **três vertentes existentes a seu respeito**, podemos mencionar o Acórdão nº 1401003.058, de relatoria do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto, o qual se vale de voto do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

“ESTIMATIVAS RECOLHIDAS A MENOR. MULTA ISOLADA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE.

Nos casos de lançamento com aplicação de multa de ofício, cumulado com lançamento de multa isolada por não recolhimento das estimativas, cabível a aplicação do princípio da consunção em razão de, decorrendo da aplicação do princípio, a multa aplicada em razão da infração maior (de ofício) absorver a multa relativa à menor infração (isolada) até o limite do valor da multa de ofício lançada.”

(...)

“Inicialmente já é de conhecimento dos membros desta Turma Julgadora que meu posicionamento é no sentido da impossibilidade da exigência da multa isolada quando há a aplicação, relativa ao mesmo exercício da multa de ofício em valor igual ou superior ao da multa agravada. Para tanto apresento posicionamento já muitas vezes apresentado neste CARF que contou o prestigioso auxílio do então Conselheiro do CARF Guilherme Adolfo Mendes. vejamos:

Com relação ao auto de infração relativo a aplicação de multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa, por diversas vezes este tema foi objeto de discussão nesta Câmara, existindo três diferentes vertentes de opinião:

- 1) A primeira segue no sentido de que a aplicação de multa de ofício relativo ao período de apuração anual do imposto impede a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento por estimativa em função de tratar-se, em essência do mesmo tributo exigido no exercício e, assim, o contribuinte estaria sendo penalizado em duplicidade.
- 2) A segunda corrente advoga no sentido de que as multas de ofício e isolada punem condutas distintas e assim, podem subsistir concomitantemente sem qualquer empecilho, visto que os fatos geradores são distintos e também distintas as bases de cálculo.

3) A terceira posição interpretativa segue no sentido de que os fatos geradores sendo complementares as sanções, visto que uma pune a falta de antecipação durante o exercício e a outra pune a falta do pagamento no ajuste anual, a maior penalidade deve prevalecer até o montante em que consuma integralmente a punição pela falta de antecipação, somente subsistindo esta se comportar montante maior do que a multa de ofício.

Pessoalmente sou adepto da terceira corrente e da adoção do princípio da consunção.

Por isso, transcrevo os valiosos fundamentos do Conselheiro Guilherme Adolfo Mendes no Acórdão 1201000.235:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário. Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos.

É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

No presente caso, percebe-se que a multa de ofício excede o valor da multa isolada pelo não recolhimento da estimativa, absorvendo-a integralmente. Desta forma entendo por negar provimento ao lançamento da multa isolada em razão desta ter sido integralmente abrangida pela multa de ofício.

Do exposto voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para excluir da autuação o lançamento de multa isolada por falta de pagamento de estimativa do IRPJ e CSSL.

(...)

Com relação ao princípio da Consunção que, reconheço, não é de sabença geral em sua completude, a estranheza decorre do fato de se afastar a aplicação de

uma norma legal (a de aplicação de multa isolada por falta de recolhimento por estimativa) em razão de um princípio não escrito.

Mas o princípio da Consunção funciona exatamente desta forma. Quando existem condutas praticadas pelos particulares que se amoldem a mais de uma infração, há de se aplicar a pena relativa à maior infração capitulada e deixar de aplicar a pena da menor infração até o limite daquela.”

Mais recentemente o Acórdão 9101-005.080, de relatoria do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, expressa o estado atual do debate no âmbito da **CSRF**, no qual se reconheceu a aplicação do princípio da consunção pela **1ª das vertentes acima mencionadas** no voto do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto com as contribuições do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e a manutenção da aplicabilidade da Súmula CARF nº 105, sendo extremamente oportuna a transcrição dos seguintes excertos de seu voto:

Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular *dano* ao Erário (do ponto de vista *material*), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o *princípio da absorção* ou da *consunção*, visando repelir esse *bis in idem*, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra⁶.

Frise-se que, *per si*, a coexistência jurídica das multas isoladas e de ofício não implica em qualquer ilegalidade, abuso ou violação de garantia. A patologia surge na sua efetiva *cumulação*, em Autuações que sancionam tanto a falta de pagamento dos tributos apurados no ano-calendário como também, por suposta e equivocada *consequência*, a situação de pagamento a menor (ou não recolhimento) de estimativas, antes devidas dentro daquele mesmo período de apuração, já encerrado.

Ainda sobre a permanência da aplicabilidade da Súmula CARF nº 105, as alterações promovidas pela Lei nº 11.488/2007 no art. 44 da Lei nº 9.430/96 não modificaram o aspecto material da regra matriz de incidência das prescrições punitivas em questão, tendo apenas alterando o percentual da multa isolada e afastado a sua possibilidade de agravamento, com alteração topográfica que retirou a previsão da exigência isolada da multa do parágrafo 1º, IV, alocando-a no inciso II do *caput*. Todo o raciocínio que ensejou a consolidação do entendimento do colegiado no verbete sumular de nº 105 remanesce aplicável diante da ausência de alteração de suas premissas fundantes.

No caso em questão, verifica-se a patologia apontada pelo Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, impondo-se óbice à aplicação da multa isolada segundo a 1ª vertente da qual acima se tratou, encampada por 4 dos 8 Conselheiros desta E. Turma Julgadora.

⁶ Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

4 – Solidariedade da Ecorodovias Infraestrutura e logística

No lançamento de ofício, a autoridade fiscal atribuiu vínculo de responsabilidade solidária à Ecorodovias com base no artigo 124, I do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (grifei)

Ressalto o destaque feito pela fiscalização acerca dos administradores da Ecorodovias e da Ecoporto Holding:

Os administradores da controladora que “autorizaram” as reorganizações societárias são os mesmos administradores “autorizados” nas empresas interpostas **Ecoporto Holding, Aba Porto e CFF Participações** (grifos do original)

Na visão do Relator, ficaram caracterizados os elementos que comprovam a participação efetiva da Ecorodovias, como real adquirente do controle da TECONDI, bem como a confusão patrimonial entre a Ecorodovias e a Ecoporto Holding.

Da mesma forma, entendeu haver completa ausência de autonomia operacional, administrativa, financeira da Ecoporto Holding em relação à sua controladora Ecorodovias, ou seja, uma mera separação formal entre as duas, configurando confusão patrimonial, que também daria azo à responsabilidade solidária.

Afastamos a presença do elemento doloso em promover fraude ou sonegação ao tratarmos da desqualificação da multa de ofício, o que deve nortear as considerações que aqui serão feitas e dispensará maiores comentários sobre a presença ou não do dolo específico.

Tais imputações foram confirmadas pelo Relator também em outros elementos.

Um deles foi o alegada falta de estrutura operacional para a emissão de debêntures, que, conforme a escritura de emissão, apontava a Ecorodovias como principal pagadora, e não só como garantidora, elemento que foi visto como fundamento adicional para se identificar confusão patrimonial entre ambas as empresas.

Outro foi a consideração de que não se exigiria a conduta dolosa para a atribuição de responsabilidade solidária pelo art. 124, I do CTN, mas que mesmo assim o dolo estaria presente.

Entendeu também que haveria, *in casu*, interesse jurídico em comum, dado que a fraude (interposição de sociedade veículo com intenção de reduzir tributo indevidamente) e a

confusão patrimonial (separação meramente formal entre Ecorodovias e Ecoporto Holding) que alegou ter verificado, configurariam a hipótese de responsabilidade do artigo 124, I do CTN.

Inicialmente, cabe consignar que a Ecorodovias, aqui responsabilizada com base no art. 124, I do CTN, foi a todo momento sócia da Ecoporto Holding, vindo a tornar-se sócia da Tecondi/Ecoporto Santos mais tarde, por ocasião da dedução das despesas com ágio.

Por isso, no meu sentir, a qualidade de sócia ensejaria a responsabilização com base no artigo 135, I do CTN, norma específica de responsabilização em caso de imputação, aos sócios, da responsabilidade pela violação de lei (interposição fraudulenta de pessoas para a obtenção de vantagem ilícita).

De todo modo, sou partidário do posicionamento defendido pelo Conselheiro do André Luis Ulrich Pinto no Processo nº 10950.729268/2019-60. Naquela oportunidade, o Conselheiro relator transcreveu a lição de Luís Eduardo Schoueri:

“Interesse comum só têm as pessoas que estão no mesmo polo na situação que constitui o fato jurídico tributário. Assim, por exemplo, os condôminos têm “interesse comum” na propriedade; se esta dá azo ao surgimento da obrigação de recolher o IPTU, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto todos os condôminos. Note-se que o débito é um só, mas todos os condôminos se revestem da condição de sujeitos passivos solidários.

É importante destacar aqui que o art. 124, I, do CTN não define sujeito passivo. Ele apenas fixa, a partir do interesse comum, a solidariedade entre sujeitos passivos, já definidos em outros dispositivos. De maneira mais clara, ainda com o exemplo do IPTU e dos condôminos: na inexistência de tal dispositivo, cada condômino de um mesmo apartamento pagaria o imposto relativo a sua quota. O art. 124, I, por sua vez, faz com que esses contribuintes sejam solidários. Ou seja: se inaplicável qualquer dispositivo legal que caracterize determinada pessoa como contribuinte ou responsável, não há como defini-la como sujeito passivo a partir do art. 124. O primeiro passo é verificar se é sujeito passivo para daí, num segundo passo, investigar se existe solidariedade entre os sujeitos passivos definidos pela lei.

O Supremo Tribunal Federal parece ter adotado essa interpretação, ao julgar a constitucionalidade de lei estadual que instituía a obrigação solidária de contadores por créditos tributários oriundos de infrações à legislação tributária, para as quais o contador, em alguma medida, houvesse concorrido. Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei estadual invadira a competência da lei complementar na matéria. Nesse sentido, o Relator observou que a lei estadual teria disposto diversamente do CTN sobre quem pode ser responsável tributário, na medida em que incluiu “hipóteses não contempladas pelos arts. 134 e 135 do CTN”. O Supremo Tribunal Federal, portanto, parece ter entendido que, em primeiro lugar, é preciso verificar se há sujeição passiva, nos termos dos artigos 134 e 135 do CTN; em segundo lugar, verifica-se se há interesse comum e, portanto, solidariedade passiva, nos termos do art. 124, I, do CTN. Afinal, na visão da Corte, a lei estadual não poderia ter criado nova hipótese de responsabilidade (solidária) de terceiro, autônoma em relação àquelas dos artigos 134 e 135 do CTN. Parece haver, então, no posicionamento do Tribunal, o pressuposto de que o art. 124, I, do CTN não se configura como hipótese autônoma de responsabilidade tributária; primeiro seria preciso apurar

a existência de sujeição passiva (o que, no caso da chamada “responsabilidade de terceiros”, dar-se-ia a partir dos artigos 134 e 135 do CTN).

A caracterização de solidariedade, nos termos do art. 124, I, do CTN exige a configuração do interesse comum. Já se afirmou que interesse comum clama por estarem as pessoas no mesmo polo, mas isso sob a perspectiva jurídica. Afinal, justamente porque cada sujeito passivo liga-se ao fato jurídico tributário (seja contribuinte, seja responsável) é que, nas palavras do Min. Luiz Fux, não cabe cogitar a existência de “interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal”.

É justamente, por isso, que não faz sentido imputar a responsabilidade solidária entre duas empresas do mesmo grupo econômico nas situações nas quais só uma delas ostenta a condição de sujeito passivo. Se a outra empresa não realiza o fato jurídico tributário – nem a ele se vincula por outras hipóteses de responsabilidade –, não pode ela se tornar solidária porque sequer é sujeito passivo.

Por outro lado, não constituem “interesse comum” as posições antagônicas em um contrato, mesmo quando em virtude deste surja um fato jurídico tributário. Assim, comprador e vendedor não têm “interesse comum” na compra e venda: se o vendedor é contribuinte do ICMS devido na saída da mercadoria objeto da compra e venda, o comprador não será solidário com tal obrigação. Daí a distinção entre interesses contrapostos, coincidentes e comuns, assim resumida:

Interesses contrapostos, coincidentes e comuns podem ser também evidenciados nos negócios jurídicos privados de compra e venda mercantil com pluralidade de pessoas. Afinal, vendedores e compradores têm interesse coincidente na realização do negócio (tarefa), mas interesses contrapostos na execução do contrato (necessidades opostas). Já os interesses comuns si-tuam-se apenas em cada um dos polos da relação: entre o conjunto de vendedores e, de outro lado, entre os compradores.

Mesmo que duas partes em um contrato fruam vantagens por conta do não recolhimento de um tributo, isso não será, por si, suficiente para que se aponte um “interesse comum”. Eles podem ter “interesse comum” em lesar o Fisco. Pode o comprador, até mesmo, ser conivente com o fato de o vendedor não ter recolhido o imposto que devia. Pode, ainda, ter tido um ganho financeiro por isso, já que a inadimplência do vendedor poderá ter sido refletida no preço. Ainda assim, comprador e vendedor não têm “interesse comum” no fato jurídico tributário.⁷

Também mencionou os ensinamentos de Caio Takano:

“Se da expressão “interesse comum” seria possível extrair diferentes significados, não é irrelevante a constatação de que o Superior Tribunal de Justiça, intérprete autêntico do enunciado prescritivo do art. 124, inc. I, do CTN, tem reiteradamente se posicionado no sentido de construir a norma de solidariedade tributária de forma mais restritiva, adotando o conceito estritamente jurídico de interesse comum, que alcança apenas as pessoas que se

⁷ SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.(p. 625)

encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação. Ainda que seja reconhecido existir diversas possibilidades interpretativas a partir do enunciado prescritivo, há, neste caso, um ato de decisão do intérprete autêntico do direito posto, no qual se escolheu apenas uma dessas possibilidades: o conceito jurídico.⁸

Adicionalmente, valho-me das lições de Luciano da Silva Amaro⁹, que encampa a mesma vertente pela qual o interesse comum de que trata o art. 124, I do CTN deve ser jurídico, merecendo ser distinguido do interesse meramente econômico.

“Por outro lado, o só fato de o Código Tributário Nacional dizer que, em determinada operação (por exemplo, a alienação de imóvel), a lei do tributo pode eleger qualquer das partes como contribuinte não significa que, tendo eleito *uma* delas, a *outra* seja solidariamente responsável. Poderá sê-lo, mas isso dependerá de expressa previsão da lei (já agora nos termos do item II do art. 124). Até porque nessa hipótese o *interesse* de cada uma das partes no negócio *não é comum*, não é o mesmo; o interesse do vendedor é na alienação, o interesse do comprador é na aquisição. Se, porém, houver dois vendedores ou dois compradores (copropriedade), aí sim teremos interesse comum (dos vendedores ou dos compradores, respectivamente), de modo que, se a lei definir como contribuinte a figura do comprador, ambos os compradores serão responsáveis solidários, não porque a lei tenha eventualmente vindo a proclamar essa solidariedade, mas sim porque ela decorre do interesse *comum* de ambos no fato da aquisição. O mesmo se diga em relação ao imposto predial. Havendo copropriedade, ambos os proprietários são devedores solidários⁵⁰².”

Não é demais consignar que julgados recentes deste Conselho encampam a vertente acima exposta, conforme se verifica do Acórdão nº 1402002.459, de 2017, de relatoria do Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, cujas razões de decidir merecem transcrição:

“No que se refere à imputação da responsabilidade importa preliminarmente definir o alcance dos dispositivos que regem a matéria.

Sob esse prisma, esclareça-se que **a solidariedade prevista no art. 124, do CTN, não é um mecanismo de eleição de responsável tributário.** Em outras palavras, **não tem o condão de incluir um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, mas apenas de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já o compõem.**¹⁰

Tanto é assim, que **o dispositivo em comento não integra o capítulo do CTN que trata da responsabilidade tributária.**

⁸ TAKANO, Caio Augusto. Em busca de um Interesse Comum: Considerações Acerca dos Limites da Solidariedade Tributária no art. 124, I, do CTN. in Revista Direito Tributário Atual. 41- 2019.

⁹ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 426/427.

¹⁰ Derzi, Misabel Abreu. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 729.

Assim, a definição da sujeição passiva deve ocorrer em momento anterior ao estabelecimento da solidariedade. Ainda que tal assertiva tenha características de obviedade, seu escopo dirige-se à ressalva da **fragilidade do inciso I, do mencionado art. 124, do CTN; muitas vezes utilizado de forma equivocada para estabelecer uma espécie de sujeição passiva de forma indireta.**

Em regra, deve-se buscar a responsabilidade tributária enquadrando-se o fato sob exame em alguma das situações previstas nos arts. 129 a 137, do CTN. Já a solidariedade obrigacional dos devedores prevista no inciso I, do art. 124 é definida pelo interesse comum ainda que a lei seja omissa, pois trata-se de norma geral.

Justamente por não ter sido definida pela lei, a expressão “interesse comum” é imprecisa, questionável, abstrata e mostra-se inadequada para expor com exatidão a condição em que se colocam aqueles que participam da realização do fator gerador.

Por outro lado, definida a responsabilidade com base no enquadramento em alguns dos dispositivos do art. 135, do CTN (normalmente o inciso III) é cabível a aplicação em conjunto com o art. 124, II do mesmo diploma legal, para definir que essa responsabilidade é solidária ainda que, reconheço, o tema não é pacífico na doutrina.” (g.n.)

Pois bem, o Relator entendeu haver, in casu, interesse jurídico comum, e não meramente econômico, mas derivou sua conclusão das mesmas premissas que justificaram sua conclusão, também afastada, de que Ecoporto Holding teria sido interposta intencionalmente com o fito de promover fraude, o que afastamos ao tatar da qualificação da penalidade.

Já as relações nas quais vislumbrou-se confusão patrimonial não permitem a conclusão alcançada. Conforme mencionamos no tópico 2 deste voto, nelas enxergo relações normais tratando-se de atos praticados entre empresas do mesmo grupo econômico que, como tal, promove uma rede de mútua proteção perfeitamente legítima quando todos os atos e negócios são formalizados de acordo com suas respectivas naturezas jurídicas e produzem os efeitos deles esperado (inclusive, no caso, com a participação de terceiros, como o Banco Bradesco na emissão das debêntures).

Mais, atribuição da condição de principal pagador àquele garantidor com maior capacidade econômica costuma ser exigência até mesmo nos contratos de locação imobiliária, contando com amparo no art. 828, II do Código Civil (tratando-se da fiança), não merecendo causar espanto a verificação de prática similar na emissão de debêntures pela Ecoporto Holding, que até aquele momento nenhuma receita possuía.

A falta de estrutura operacional da Ecoporto Holding ao momento das negociações também não destoia do esperado, tratando-se de uma Holding que, como regra demanda estrutura enxuta e, até o momento da aquisição da Recorrente, nenhuma participação societária possuía.

Pelo exposto, afasto também a responsabilização solidária da Ecorodovias.

5 – Dispositivo

Em síntese, voto por conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe parcial provimento.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah