



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16561.720127/2015-18
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-004.335 – 1ª Turma
Sessão de 07 de agosto de 2019
Matéria IRPJ - GANHO DE CAPITAL
Recorrente VIALCO CONTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

GANHO DE CAPITAL. CESSÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA A PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO EXTERIOR. REDUÇÃO DE CAPITAL PROMOVIDA DEPOIS DO RECEBIMENTO DE OFERTA VINCULANTE DE COMPRA DAS AÇÕES.

Não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito comercial, com o único intuito de reduzir a tributação incidente sobre o ganho de capital materializado a partir da estipulação do preço a ser pago pelas ações detidas pelo sujeito passivo.

IRRF SOBRE GANHO DE CAPITAL. DEDUÇÃO DO IRPJ DEVIDO NO PERÍODO.

Deve ser deduzido do imposto devido no período de apuração o imposto pago ou retido na fonte sobre as receitas que integraram a base de cálculo do tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, acordam em dar provimento parcial nos seguintes termos: (i) quanto ao ganho de capital, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Demetrius Nichele Macei (relator), Cristiane Silva Costa, Livia De Carli Germano e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, que lhe deram provimento e (ii) quanto ao IRRF, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Viviane Vidal Wagner e Adriana Gomes Rêgo, que lhe negaram provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, a qual manifestou intenção de apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa- Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Livia de Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo administrativo consubstanciado na lavratura de autos de infração de IRPJ (R\$ 58.316.312,71), CSLL (R\$ 21.006.706,01), COFINS (R\$167.413,45) e PIS/PASEP (R\$ 6.272,92), que se deu em 18/09/2015, referente ao ano-calendário 2010, resultando no crédito tributário total devido de R\$ 79.526.705,09 (e-fls. 460 a 487).

As infrações lançadas pelo auto de infração consistem em:

- a) omissão de receitas financeiras decorrentes do recebimento de juros contratualmente acordados, incidentes entre a data da assinatura do contrato de compra e venda em 03/08/2010 e o efetivo recebimento, em 22/10/2010 ; e
- b) omissão de ganho de capital.

Também houve a imputação de multa qualificada, com base no artigo 72 da Lei nº 4.502/64 (TVF – e-fls. 444 a 459).

A contribuinte apresentou Impugnação (e-fls. 493 a 534) em 22 de outubro de 2015, alegando, preliminarmente, a decadência total do lançamento com base no art. 150,§4º do CTN e, no mérito, trouxe argumentos para demonstrar os motivos extrafiscais que levaram a impugnante a uma reorganização societária, também tratou da legalidade da redução de capital a valor contábil, da impossibilidade de lançamento de PIS/COFINS sobre a suposta receita financeira, defendeu, ainda, o descabimento da multa qualificada e, por fim, requereu o abatimento/compensação do valor recolhido no passado a título de IR devido pela empresa Interban S.A. sobre o mesmo fato gerador ora autuado.

Em 16 de maio de 2016, a 10ª Turma da DRJ/BHE, sob o acórdão nº 02-68.471 (e-fls. 727 a 762), deu procedência parcial para a impugnação do contribuinte para:

- a) MANTER parcialmente a exigência do IRPJ, no valor de R\$ 9.626.056,14, já descontado o IRRF recolhido, acrescida da multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e dos juros de mora pertinentes;

b) MANTER integralmente a exigência de CSLL no valor de R\$ 7.041.959,46, acrescida da multa de ofício qualificada no percentual de 150%, e dos juros de mora pertinentes;

c) EXONERAR integralmente as exigências de PIS e COFINS

Veja-se a ementa de tal decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando aplicável a regra do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), o prazo decadencial é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, que se dá, no caso de apuração trimestral do lucro presumido, no último dia útil de cada trimestre do ano-calendário respectivo (IRPJ e CSLL). Ainda que fosse aplicado o citado dispositivo legal; não se configuraria a decadência dos lançamentos em questão.

LEI 9.718/98. RECEITAS FINANCEIRAS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS.

Declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 25 de maio de 2009, conclui-se que devem ser afastadas as exigências do PIS e da Cofins sobre receitas não incluídas no conceito de faturamento.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.

Não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito comercial, com o único intuito de reduzir a tributação incidente sobre a operação. A utilização de empresa veículo para a transferência de um ativo para empresa sujeita a tributação menos onerosa com a finalidade de aliená-lo em seguida permite sua desconsideração para efeitos tributários.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ILÍCITOS ATÍPICOS.

O abuso de direito e a fraude à lei configuram ilícitos atípicos, cuja ocorrência torna inválido o planejamento tributário, devendo ser aplicada a norma de tributação que a contribuinte pretendeu evitar.

IRRF SOBRE GANHO DE CAPITAL. DEDUÇÃO DO IRPJ DEVIDO NO PERÍODO.

Deve ser deduzido do imposto devido no período de apuração o imposto pago ou retido na fonte sobre as receitas que integraram a base de cálculo do tributo.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato

gerador da obrigação tributária principal, modificando as suas características essenciais. Fraude.

Com exceção dos pontos superados pela DRJ, a autuada interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 770 a 862) repisando seus argumentos e, em 17 de outubro de 2017 foi proferido o acórdão 1402-002.772. Acompanhe-se a ementa e resultado do julgamento:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010

DECADÊNCIA. LUCRO PRESUMIDO. CONTAGEM DO PRAZO. GANHO DE CAPITAL. ENCERRAMENTO DO TRIMESTRE.

Inicia-se a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários de IRPJ e CSLL apurados na sistemática do Lucro Presumido a partir do encerramento do trimestre em que verificou-se a ocorrência do fato gerador, inclusive quando trata-se de ganho de capital.

Tendo em vista que na dinâmica do Lucro Presumido o valor das variações positivas percebidas nas alienações de ativos, tributadas a título de ganho de capital, devem ser diretamente adicionadas à base de cálculo, cuja a apuração dá-se trimestralmente, não há de se falar em inércia do Fisco antes de seu vencimento.

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

Inaceitável quanto aos efeitos fiscais a cessão de quotas à empresa alienígena para posterior alienação com tributação favorecida, sem demonstração de razão comercial que não a mera redução tributária.

GANHO DE CAPITAL. IRF. RESTITUIÇÃO.

Ainda que sejam desconsiderados os efeitos da operação sujeita à tributação na fonte, não cabe a devolução do imposto para quem originalmente não sofreu o ônus.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2010

LEI 9.718/98. RECEITAS FINANCEIRAS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS.

Declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 25 de maio de 2009, concluiu-se que devem ser afastadas as exigências do PIS e da Cofins sobre receitas não incluídas no conceito de faturamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2010

LEI 9.718/98. RECEITAS FINANCEIRAS. NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS.

Declarada a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 25 de maio de 2009, concluiu-

se que devem ser afastadas as exigências do PIS e da Cofins sobre receitas não incluídas no conceito de faturamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2010

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.

Decorrendo a exigência de CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão, desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso do ofício para restabelecer a base de cálculo do IRPJ. Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei, que votaram por negar provimento integralmente ao recurso. Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Paulo Mateus Ciccone, Ailton Neves da Silva e Evandro Correa Dias que votaram por manter a multa qualificada.

Em primeira votação, por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei que votaram por dar-lhe provimento. Designado o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto para redigir o voto vencedor.

A contribuinte opôs embargos (e-fls. 916 a 922) que foram rejeitados pelo despacho de e-fls. 926 a 932.

Mais uma vez a contribuinte recorreu, interpondo, agora, Recurso Especial (e-fls. 944 a 973) e levantando dois pontos de divergência: a) descon sideração de negócios jurídicos válidos em razão da ausência de propósito negocial (extrafiscal) e; b) abatimento do IRRF do IRPJ ora exigido.

O Despacho de Admissibilidade (e-fls. 1.141 a 1.146) deu seguimento ao recurso ao analisar os seguintes acórdãos paradigmáticos:

“descon sideração de negócios jurídicos válidos em razão da ausência de propósito negocial (extrafiscal)”

Acórdão paradigma nº 1301-003.023, de 2018:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. PROCEDIMENTO LÍCITO. AUSÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembléia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa.

Acórdão paradigma nº 1401-002.347, de 2018:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2010

VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA RECEBIDA PELOS SÓCIOS APÓS OPERAÇÃO DE REDUÇÃO DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO. PLANEJAMENTO LEGÍTIMO.

Restando comprovado que a negociação da participação societária foi de fato e de direito realizada pelas pessoas físicas (ausência de simulação), bem como que a redução de capital com entrega de participação aos sócios produziu as consequências jurídicas normalmente esperadas para este tipo de operação (negócio dotado de "causa"), não há base para que o fisco desconsidere os efeitos tributários a pretexto de tributar os atos segundo o que, no seu entender, seria o seu desfecho previsível.

“abatimento do IRRF do IRPJ ora exigido”

Acórdão paradigma nº 1103-001.016, de 2014:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2008

CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. Não cabe alegação de cerceamento do direito de defesa, quando a análise do caso concreto demonstra que não restou caracterizado nenhum prejuízo para a impugnante, que mostrou ter compreendido perfeitamente a matéria tributada e conhecido as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, detalhadamente.

INEFICÁCIA PERANTE O FISCO. NEGÓCIO JURÍDICO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DESPROPOSITADA. FALTA DE SUBSTÂNCIA.

Negócios jurídicos celebrados, apesar de válidos entre as partes, não necessariamente mostram-se aptos a serem oponíveis ao Fisco. Tais atos encontram-se submetidos à análise de ordem preliminar, para se verificar sua eficácia, antes mesmo de se apreciar outras questões, como ocorrência de dolo, simulação ou mesmo a ocorrência de vícios. E, nos autos, restou demonstrado, de maneira exaustiva, que as reorganizações societárias empreendidas pelo grupo econômico não repercutem na esfera tributária. A utilização de empresa fictícia mostrou-se completamente descontextualizada, com o objetivo único de permitir a transferência da tributação do ganho de capital da pessoa jurídica para os sócios pessoa física, razão pela qual foi desconsiderada, de maneira acertada, pela autoridade tributária.

VALORES PAGOS DE GANHO DE CAPITAL PESSOA FÍSICA.
DEDUÇÃO NA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL PESSOA
JURÍDICA.

Valores pagos a título de imposto de renda pessoa física referente ao ganho de capital apurado pelos sócios da empresa devem ser considerados na apuração do ganho de capital do imposto de renda pessoa jurídica lançado de ofício.

CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTOS COM BASE NO MESMO FATO E
MATÉRIA TRIBUTÁVEL.

O decidido em relação ao IRPJ estende-se aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, vez que formalizado com base nos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.

Acórdão paradigma nº 9101-002.535, de 2017:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.
NORMALIDADE. USUALIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.

As despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica, e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, sendo, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

ABATIMENTO DO IRRF.

Afastando-se a natureza de remuneração de debêntures dedutíveis, deixa de ser pertinente IRRF sobre a operação, fazendo-se necessário o abatimento dos valores recolhidos pelo contribuinte a tal título da exigência fiscal. Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS DESNECESSÁRIAS. PREVISÃO
LEGAL ESPECÍFICA.

A partir de 1º de janeiro de 96, devem ser adicionadas ao lucro líquido do período, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição social, as despesas incorridas pela pessoa jurídica que não possuam os atributos de necessidade, anormalidade e usualidade, em virtude da previsão legal contida no art. 13 da Lei nº 9.249/1995.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões (e-fls. 1.148 a 1.156) sem questionar a admissibilidade do recurso especial. No mérito, defende que a única intenção da recorrente foi a economia tributária, pois furtou-se da tributação de ganho de capital que experimentaria na venda direta da Vialco SPE à CPC.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Relator

Conhecimento

Conforme o despacho de admissibilidade de e-fl. 1.141/1.146, o recurso especial do contribuinte Vialco Construções e Participações Ltda. de e-fl. 944/973 é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade em relação aos temas “desconsideração de negócios jurídicos válidos em razão da ausência de propósito negocial (extrafiscal)” e “abatimento do IRRF do IRPF exigido”, não havendo questionamento pela parte recorrida, em contrarrazões (1.148/1.156), no tocante à admissibilidade do recurso, motivo pelo qual concordo e adoto as razões do i. Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF para conhecimento do Recurso Especial do contribuinte, nos termos do permissivo do art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99.

Mérito

Em síntese, a insurgência trazida pelo contribuinte, em seu Recurso Especial, para fins de análise deste Colegiado, cinge-se à análise da existência de propósito negocial em operação de redução de capital social, com entrega de participação societária aos sócios que, posteriormente, venderam a terceiros referida participação, reduzindo-se, com essa operação prévia, a alíquota do IRPJ sobre ganho de capital de 34% (trinta e quatro por cento) para 15% (quinze por cento), uma vez que os sócios vendedores eram uma pessoa física e uma pessoa jurídica sediada no exterior. Subsidiariamente, acaso se entenda pela falta de propósito negocial e, portanto, mantenha-se a autuação, questiona o contribuinte recorrente a vedação, por parte do v. acórdão recorrido, do abatimento do IRRF pago sobre o ganho de capital auferido na operação de venda com o IRPJ constituído de ofício, o que será analisado mais abaixo.

Assim, em relação ao primeiro tema, o v. acórdão recorrido, de e-fl. 865/900, firmou entendimento no sentido de que é “inaceitável, quanto aos efeitos fiscais, a cessão de quotas à empresa alienígena para posterior alienação com tributação favorecida, sem demonstração de razão negocial que não a mera redução tributária”. Esclarece-se que a empresa sediada no exterior detinha 99,99% da participação societária alienada.

Já nos v. acórdãos paradigmas trazidos à colação, por sua vez, há entendimento de que “a redução de capital, com a entrega de bens e direitos do ativo aos sócios e acionistas pelo valor contábil é uma situação autorizada pelo art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995”, concluindo que o “procedimento é lícito por ausência de fraude ou simulação” (acórdão 1301-003.023) e de que a “venda de participação societária recebida pelos sócios após operação de redução de capital, com ausência de simulação, é planejamento legítimo” (acórdão 1401-002.347).

A questão da existência, ou não, de propósito negocial em realização de uma operação societária é, de fato, sempre controversa, pois não é possível ao Julgador perscrutar as intenções subjetivas das partes envolvidas em tal operação.

Neste caso específico, da forma como o TVF (e-fl. 444/459) expõe a sequência de fatos, verifica-se que a operação de negociação das ações da Rodovias Integradas

do Oeste S/A (SPVIAS) estava em andamento há muito tempo. Informa a fiscalização que a Companhia de Participação em Concessões S/A – CPC (empresa adquirente) vinha negociando com as quatro pessoas jurídicas sócias da SPVIAS desde 2006 e que, apenas em 2009, começaram as negociações definitivas para a aquisição da empresa.

Em relação à operação societária sob análise, esclarece a fiscalização que o contrato de compra e venda das participações societárias fixa o dia 18.03.2010 como termo *a quo* para a correção do preço fixado para a aquisição da companhia, sendo que tal valor deveria ser corrigido em 100% do CDI até a data da concretização da aquisição – *pro rata die*, o que ocorreu em 03.08.2010.

E, nesse meio tempo, a Recorrente (Vialco Construções e Participações Ltda.) teria cedido sua participação na Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda. - VIALCO SPE (que possuía em seu ativo as ações da SPVIAS) para a empresa ITERBAN Sociedad Anónima, sediada no Uruguai, graciosamente, com o único objetivo de, com a nova composição societária da VIALCO SPE (a ITERBAN cedeu 01 [uma] quota ao Sr. Luis Emilio Prassolo, cidadão argentino), realizar a operação de venda da SPVIAS, o que garantiu uma economia tributária da ordem de 19% sobre o ganho de capital (34% - 15%).

A fiscalização conclui que “referido planejamento foi realizado dentro do período de negociação de compra e venda, portanto, com tempo satisfatório para configurar todos os elementos necessários a induzir à correção dos procedimentos escondendo o verdadeiro propósito, a evasão de parte da tributação sobre o valor do negócio”.

Acrescenta a fiscalização, ainda, que a operação de redução de capital social realizada pela Recorrente foi precedida de comunicado ao BNDES, Caixa Econômica Federal e Banco Itaú BBA S/A, que autorizaram a operação.

E, por fim, aponta que a ITERBAN era sócia majoritária da VIALCO Construções e Participações Ltda (Recorrente) – 99,99%, que era sócia majoritária da VIALCO SPE – 99,99%, que detinha, em seu ativo, as ações da SPVIAS que eram almeçadas pela empresa adquirente Companhia de Participação em Concessões S/A – CPC, quais sejam, 6,19090% das ações totais da SPVIAS.

Em v. acórdão de e-fl. 727/762, a DRJ/BHE concluiu que “não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito negocial, com o único intuito de reduzir a tributação incidente sobre a operação” e que “a utilização de empresa veículo para a transferência de um ativo para empresa sujeita a tributação menos onerosa com a finalidade de aliená-lo em seguida permite sua desconsideração para efeitos tributários”, ressaltando, por fim, que “o abuso de direito e a fraude à lei configuram ilícitos atípicos, cuja ocorrência torna inválido o planejamento tributário, devendo ser aplicada a norma de tributação que a contribuinte pretendeu evitar”.

Como se vê, o v. acórdão recorrido manteve o entendimento de que a falta de demonstração de razão negocial, no caso, para fins tributários, era inaceitável, mantendo-se a autuação.

Fiz parte do Colegiado *a quo* por ocasião do julgamento do recurso voluntário do contribuinte na Turma Ordinária. Na ocasião, foi afastada a multa qualificada por maioria de votos, “tendo em vista que a acusação é apenas e expressamente de *abuso*, não

sendo provadas quaisquer ilegalidades por parte do contribuinte que justificariam a qualificação da multa” (voto vencido, e-fl. 892) e, no voto vencedor, restou consignado que “ainda que as operações sob exame tenham cumprido os requisitos formais e não possam ser tidas como fraudulentas – daí porque foi afastada a multa qualificada, não há como acatá-las em relação aos efeitos perante o Fisco, pela ausência de propósito negocial distinto da economia tributária”.

Feita essa digressão, fica consignado que a única motivação para a manutenção da autuação, no v. acórdão recorrido, foi a ausência de propósito negocial distinto da economia tributária, ou seja, o fato da Recorrente ter seu capital reduzido, com entrega de ativos à sua sócia ITERBAN, não foi uma operação abusiva ou fraudulenta, mas realizada exclusivamente com o intuito de reduzir a tributação pelo ganho de capital na venda das ações da SPVIAS pela venda da empresa de participação que as detinha.

De fato, a operação de redução de capital social não poderia ser considerada, por si só, abusiva ou fraudulenta, pois expressamente permitida na legislação – art. 1082, II do Código Civil c/c o art. 22, da Lei nº 9.249/95, abaixo transcritos:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembleia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução. (negritamos)

Lei 9.249/95

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista. a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro

real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Vejamos, agora, o disposto nos v. acórdãos paradigmas trazidos à colação pela Recorrente quanto à motivação de uma operação de redução de capital em relação aos seus efeitos fiscais.

Inicialmente, consigno que o v. acórdão 1401-002.347, de 10 de abril de 2018, relatado pela i. Conselheira Livia De Carli Germano (e-fl. 1.010/1.022), trata da mesma operação de aquisição da SPVIAS pela CPC, mas de um outro vendedor, no caso, a CCI Concessões Ltda.

A C. 1ª Turma da 4ª Câmara, de forma unânime, entendeu que (e-fl. 1.010):

“Restando comprovado que a negociação da participação societária foi de fato e de direito realizada pelas pessoas físicas (ausência de simulação), bem como que a redução de capital com entrega de participação aos sócios produziu as consequências jurídicas normalmente esperadas para este tipo de operação (negócio dotado de ‘causa’), não há base para que o fisco desconsidere os efeitos tributários a pretexto de tributar os atos segundo o que, no seu entender, seria o seu desfecho previsível”.

E, nos esclarecimentos feitos na fundamentação do voto, acrescenta a Conselheira Relatora (e-fl. 1.021):

“O mesmo se pode dizer da redução de capital. A legislação traz condições para que o capital social de uma pessoa jurídica possa ser reduzido e, uma vez que estas são preenchidas e efetivamente se atinge o resultado pretendido, a consequência da operação (que no caso foi a entrega da participação na Holding G4 aos sócios) deve ser considerada legítima independentemente dos ‘motivos não fiscais’ que levaram à decisão por tal forma de transferir a participação.

(...)

Em resumo, por entender que, de um lado, não houve simulação já que a negociação da participação societária não foi nem de fato nem de direito realizada pela Recorrente, e, de outro, que o planejamento não pode ser considerado ilegítimo eis que a redução de capital e entrega da participação na Holding G4 a seus sócios foi um ato dotado de ‘causa’ (entendida como função econômico-social ou, como alguns preferem, ‘propósito negocial’), não vejo como manter a autuação.

Não pode ser mantida a autuação no caso em que não há indícios convergentes de prática de simulação ou de ‘abuso’ (este último entendido como resultado ilegítimo dos atos praticados, a despeito de todos serem individualmente lícitos, conforme detalhado acima).”

Da mesma forma, consigno que o segundo acórdão paradigma - 1301-003.023, de 16 de maio de 2018, relatado pela i. Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto (e-fl. 1.070/1.113), também trata da mesma operação de aquisição da SPVIAS pela CPC, mas de um terceiro vendedor, no caso, a Construtora COVEG Ltda.

A 1ª Turma da 3ª Câmara, de forma unânime, entendeu que (e-fl. 1.070):

“REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. PROCEDIMENTO LÍCITO. AUSÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembleia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa”.

E, nos esclarecimentos feitos na fundamentação do voto, acrescenta a Conselheira Relatora (e-fl. 1.111/1.112):

“No que tange à redução do capital, há previsão legal no art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, que possibilitou que as pessoas jurídicas, ao entregarem bens ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, avaliassem esses bens pelo valor contábil ou de mercado:

(...)

Desta forma, a lei dá ao contribuinte a possibilidade de escolher quando da devolução de bens e direitos a sócios ou acionista, a título de devolução do capital social, entre devolver os ativos a valor de mercado, apurando, então, ganho de capital na operação (§ 1º do art. 22 da Lei nº 9.249/95), ou devolver os bens e direitos a valor contábil, sem ganho de capital.

De igual forma, o Código Civil, em seus arts. 1082 e 1084, permitem que as pessoas jurídicas devolvam aos seus sócios parte do capital investido, desde que seguidas as formalidades expressas nos casos de capital excessivo.

(...)

Ou seja, trata-se de opção do contribuinte. E o Fisco não pode nem deve impor ao contribuinte uma opção mais onerosa.

(...)

No caso concreto, a autoridade fiscal ao efetuar o lançamento quis impor ao contribuinte a opção mais onerosa. Entretanto, se o próprio legislador deixa à pessoa jurídica a opção, ao Fisco não cabe escolher a mais onerosa, a não ser que se verifique alguma fraude, simulação, o que não verifico no caso em questão.”

Voltando ao v. acórdão recorrido, ressalto, mais uma vez, que a redução de capital social da Recorrente não foi considerada uma operação abusiva ou fraudulenta. A autuação foi mantida, após a desqualificação da multa, em razão da operação de redução da capital social ter tido o intuito único de reduzir a tributação pelo ganho de capital na venda das ações da SPVIAS pela venda da empresa de participação que as detinha.

Como exposto de maneira clara e objetiva nos v. acórdãos paradigmas, não cabe ao Fisco impor ao contribuinte uma opção mais onerosa em situação que a legislação lhe faculta a opção de realizar um determinado ato jurídico que, ao final, tem o condão de permitir um ganho tributário pelo pagamento menor de tributos.

Não se discute que a venda das ações da SPVIAS pela Recorrente para a CPC poderia ter sido realizada através da VIALCO SPE, que as detinha diretamente. Também não se discute que a própria Recorrente poderia ter vendido suas quotas na VIALCO SPE à CPC, chegando-se ao resultado desejado pelas partes, qual seja, que a CPC passasse a ser proprietária das ações da SPVIAS através da VIALCO SPE.

Em ambos os casos, o ganho de capital seria experimentado por empresa nacional e, desta forma, estaria sujeito à tributação usual, ou seja, de 25% de IR e 9% de CSLL. No entanto, havia uma terceira alternativa: reduzir o capital social da Recorrente e, no pagamento aos seus sócios, entregar, como de fato entregue foi, as quotas da VIALCO SPE para, posteriormente, a sócia ITERBAN, sediada no Uruguai, fazer a venda das quotas da VIALCO SPE para a CPC, com tributação reduzida a 15% em razão de se tratar de pessoa jurídica sediada fora do território nacional.

Ou seja, a Recorrente tinha opções diferentes para a realização da venda de ativos com ganho de capital. Optou pela menos onerosa tributariamente e isso, na linha do que vem decidindo o CARF relativamente a possibilidade de redução de capital para posterior venda na pessoa física dos sócios, por exemplo, não há planejamento abusivo.

Ademais, frise-se que, em última instância, a ITERBAN era a real detentora das ações da SPVIAS, uma vez que tinha 99,99% de participação no capital social da Recorrente, que detinha 99,99% de participação no capital social da VIALCO SPE, que tinha em seu ativo as ações da SPVIAS que foram vendidas para a CPC.

Não há qualquer simulação. O real proprietário fez a venda de seu ativo a terceiro, a preço de mercado e, pelo ganho de capital, sujeitou-o à tributação conforme determina a legislação.

Desta forma, entendo deva ser reformada a r. decisão recorrida, prevalecendo o entendimento exarado nos v. acórdãos paradigmas, reputando-se idônea a operação de redução de capital da Recorrente, inclusive para fins fiscais.

A decisão acima, se confirmada pelo Colegiado, prejudica a análise do segundo tema trazido para apreciação por este Colegiado, pois afastada a autuação, o IRRF devidamente recolhido não teria com o que ser abatido.

Contudo, por precaução, caso não prevaleça o entendimento pelo cancelamento da autuação, passa-se à análise do segundo tema trazido pelo contribuinte em seu Recurso Especial e admitido para julgamento pela demonstração da divergência com os acórdãos paradigmas, qual seja, a possibilidade de “abatimento do IRRF do IRPJ exigido” em razão da autuação.

Assim, em relação ao segundo tema, o v. acórdão recorrido, de e-fl. 865/900, firmou entendimento no sentido de que “ainda que sejam desconsiderados os efeitos da operação sujeita à tributação na fonte, não cabe a devolução do imposto para quem originalmente não sofreu o ônus”, uma vez que “a autuada não sofreu o ônus do tributo, mas sim a empresa alienígena”, dando provimento ao recurso de ofício e, conseqüentemente, reformando o v. acórdão da DRJ/BHE, que tinha admitido o abatimento.

Já nos v. acórdãos paradigmas trazidos à colação, por sua vez, há entendimento de que “valores pagos a título de imposto de renda pessoa física referente ao ganho de capital apurado pelos sócios da empresa devem ser considerados na apuração do ganho de capital do imposto de renda pessoa jurídica lançado de ofício” (acórdão 1103-001.016) e que “afastando-se a natureza de remuneração de debêntures dedutíveis, deixa de ser pertinente IRRF sobre a operação, fazendo-se necessário o abatimento dos valores recolhidos pelo contribuinte, a tal título, da exigência fiscal” (acórdão 9101-002.535).

Analisando-se o v. acórdão recorrido, especificamente o voto vencido em relação ao tema ora em discussão, observa-se que o Relator adotou as razões de decidir da DRJ/BHE para negar provimento ao recurso de ofício. Pela pertinência, transcreve-se abaixo as considerações pelo abatimento do IRRF do valor constituído a título de IRPJ (e-fl. 896, parte final):

“Considerando, portanto, que o valor do IRRF já foi recolhido ao Tesouro Nacional referente a mesma operação comercial; que o IRRF não foi aproveitado pela ITERBAN na dedução da apuração do seu IRPJ, por tratar-se de empresa domiciliada no exterior; que não se trata de valor recolhido indevidamente passível de restituição; e, ainda, que a administração tributária deve obediência aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativas, voto na dedução do valor de R\$ 9.922.942,36 na apuração do lançamento de IRPJ do 3º trimestre de 2010 da impugnante.”

No voto vencedor, por sua vez, ficou consignado que (e-fl. 899):

“(…) a autuada não sofreu o ônus do tributo, mas sim a empresa alienígena. Se ocorreu a prescrição do direito de pedir a restituição/compensação é circunstância que não pode ser imputada à Administração tributária”.

Analisando o primeiro paradigma, exarado por este Colegiado (9101-002.535), observa-se que, em situação semelhante à acima descrita, o entendimento final foi diverso. Verifica-se que no voto vencedor quanto ao mérito, mas vencido em relação ao aproveitamento do IRRF, de lavra do i. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo (e-fl. 1.041/1.069), ficou consignado que (e-fl. 1.066):

“No que se refere à possibilidade de se deduzir do IRPJ lançado o IRRF recolhido sobre os rendimentos pagos aos debenturistas, entendo que não há fundamento legal para a compensação pretendida. Isto porque não houve a desconsideração da despesa, como se inexistente fosse, mas simplesmente a negação dos efeitos tributários pretendidos pela contribuinte (dedutibilidade das despesas associadas aos pagamentos).

(...)

Aliás, mesmo que se chegasse à conclusão de que não era cabível a cobrança de imposto de renda sobre os valores pagos (o que se admite apenas como hipótese argumentativa), seriam as pessoas físicas debenturistas as únicas possíveis beneficiárias de eventual restituição. As retenções incidiram sobre rendimentos das pessoas físicas investidoras, e não da pessoa jurídica investida. Logo, não podem beneficiar a pessoa jurídica.”

No voto vencedor, em relação ao uso do IRRF, de lavra do i. Conselheiro Luís Flávio Neto, ficou consignado, por sua vez, que (e-fl. 1.039/1.040):

“Destaco a parte final do voto que orientou o acórdão nº 101-94.986, indicado pela recorrente como paradigma de divergência para a interposição do recurso especial ora sob julgamento:

‘Entendo, todavia, que por uma questão de razoabilidade, deve ser deduzida da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte. É que, ao se considerar como dedutíveis as despesas correspondentes aos rendimentos de debêntures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debêntures como lucros distribuídos. Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência.’

Do mesmo modo, compreendo assistir razão à NATURA quando pleiteia, de forma subsidiária, seja aproveitado o IRRF por ela recolhido na operação, para a compensação dos correspondentes valores exigidos nestes autos. Não há falar-se em ausência de expressa disposição legal para tanto, pois se trata de decorrência lógica e necessária da desconsideração das operações de remuneração de debêntures.”

No segundo paradigma (1103-001.016), de lavra do i. Conselheiro André Mendes de Moura, ficou consignado que (e-fl. 1.135):

“Entendo que, neste caso, os valores pagos a título de imposto de renda pessoa física devem ser considerados, na apuração do crédito tributário em debate. Ainda que por um caminho tortuoso, parcela do crédito tributário constituído por meio de lançamento de ofício de IRPJ foi paga, e por isso deve ser levada em conta. Por outro lado, o crédito tributário referente à CSSL permanece intacto.”

A única razão para o v. acórdão recorrido ter desconsiderado o abatimento do IRRF do IRPJ constituído foi que o ônus da tributação não tinha sido suportado pela

Recorrente. Nos paradigmas, por sua vez, ainda que terceiros tivessem sofrido a retenção do IR na Fonte, tais valores foram admitidos para fins de abatimento do IRPJ constituído de ofício.

Entendo que, no caso concreto, quando a fiscalização altera, de ofício, o vendedor dos ativos que geraram o ganho de capital objeto da retenção do IRRF pelo comprador, não pode ser desconsiderado que qualquer que fosse o vendedor, o IRRF seria retido e recolhido pelo comprador em favor da União, pois se trata da mesma operação.

Assim, o fato do IRRF ter sido recolhido no CNPJ da ITERBAN, por ter sido a vendedora na operação realizada pelas partes, o deslocamento do polo vendedor para a Recorrente, de ofício, não pode ser motivo para a negativa do abatimento do IRRF recolhido na operação. É, de fato, como já decidi nesse Colegiado, “decorrência lógica e necessária”, justificando, também nesse tema, a reforma do v. acórdão recorrido.

Reconheço, então, na eventualidade de ser mantida a autuação, que o IRRF retido em nome da ITERBAN sobre o ganho de capital pela venda de sua participação na empresa VIALCO SPE deve ser abatido do IRPJ constituído de ofício, uma vez que o deslocamento da condição de vendedor da ITERBAN para a Recorrente decorreu do lançamento de ofício e, sendo uma ou outra a empresa vendedora, o IRRF recolhido pela CPC decorreu da operação de compra e venda realizada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte para reconhecer idônea a operação de redução de capital da Recorrente.

É o voto

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Voto Vencedor

Conselheira Edeli Pereira Bessa, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido em seu entendimento contrário à tributação do ganho de capital.

Como bem observado no voto vencido, a redução de capital social está prevista em lei e consiste em uma opção dos sócios da pessoa jurídica. Todavia, não se pode admitir que, acordada a venda de ativo da pessoa jurídica, a redução de capital social se preste, apenas, a alterar a incidência tributária sobre o ganho de capital daí decorrente.

Por certo, a venda das ações da SPVIAS poderia ter sido promovida pela Contribuinte, por seus sócios ou por outra pessoa jurídica constituída apenas para este fim. Porém, fato é que a venda foi promovida pela Contribuinte e a transferência das ações da SPVIAS para a ITERBAN se deu apenas para alcançar menor tributação sobre o ganho capital, reduzindo-a de 34% (25% de IRPJ e 9% de CSLL) para 15% (IRRF).

Isto porque, como relatado pela autoridade lançadora, apesar de apenas em 03/08/2010 ter sido assinado o *Contrato de Compra e Venda de Ações e Quotas e outras Avenças e respectivos anexos*, entre os sócios da SPVIAS, um deles a Contribuinte, e a adquirente Companhia de Participações em Concessões (CPC), as negociações com a futura

adquirente já transcorriam desde antes de dezembro de 2009, quando apresentada oferta de compra vinculante por CPC com estipulação de preço, o qual tomou contornos definitivos em 18/03/2010, naquele intervalo verificando-se outras providências para concretização do negócio especialmente em razão do Contrato de Concessão detido por SPVIAS.

Inferre-se que a Contribuinte entende ser seu direito alterar a incidência do ganho de capital quando argumenta somente ter procedido à redução de capital após a última autorização para a transferência do investimento da SPVIAS. Contudo, esta postergação da transferência das ações da SPVIAS para a ITERBAN apenas evidencia que tal operação societária não teve outra razão distinta da busca da menor incidência tributária sobre o ganho de capital que já se evidenciava desde a oferta vinculante de compra em dezembro/2009.

O voto condutor do acórdão recorrido sintetiza a inadmissibilidade desta pretensão e a regularidade da acusação fiscal:

Apresento minhas homenagens ao fundamentado voto do I. Conselheiro Relator mas dele, respeitosamente, ousou divergir no que se refere à legitimidade, para efeitos tributários, das operações analisadas no âmbito do procedimento fiscal.

O Relator menciona no início de seu voto o que para ele seriam as três acusações concretas que motivaram a autuação:

1) ser a VIALCO SPE empresa veículo, com o único propósito de proporcionar uma economia tributária, não possuindo outra motivação para sua criação; 2) a cessão de quotas da VIALCO SPE pela VIALCO Construções e Participações Ltda. (Recorrente) à sua sócia ITERBAN teria sido a título gratuito; e 3) o uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com *animus* de auferir economia tributária indevida.

A questão mencionada no item 3 foi utilizada fundamentalmente como justificativa para a qualificação da multa que foi afastada neste julgamento.

Quanto aos itens 1 e 2, importa transcrever o trecho do Termo de Verificação que define a infração:

[...]

15. Diante dos fatos narrados até aqui, e embasados pelos documentos obtidos pelas diversas intimações junto a adquirente CPC, anexos a este processo, chegamos à conclusão que a cessão de quotas que a VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA fez em favor da INTERBAN SOCIEDAD ANÓNIMA faz parte de um planejamento tributário abusivo que almejou, como único objetivo, reduzir a tributação sobre o ganho de capital, significando uma economia tributária indevida na ordem de 19%. Esta economia tributária se dá pela aplicação da alíquota de 15%, pelo qual é tributado o ganho de capital auferido por pessoa jurídica domiciliada no exterior (IRRF), em detrimento das alíquotas de IRPJ e da CSLL a que estão sujeitas as pessoas jurídicas domiciliadas no país e que totalizam 34%.

[...]

Vê-se portanto que, em sentido diverso ao entendimento do relator, o fato da Vialco SPE ser tida como empresa veículo é questão subsidiária, pois a irregularidade que gerou a infração foi a cessão de quotas da VIALCO

CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA (Vialco CP) para a INTERBAN SOCIEDADE ANONIMA PARTICIPAÇÕES LTDA (Interban).

Mais ainda, a infração não foi representada pelo fato da cessão ter sido gratuita *de per si* mas em função dessa operação ter permitido que a Interban negociasse com a CPC as ações da SP Vias em condições de favorecimento tributário, conforme transcrição supra.

Daí porque, em primeiro lugar, entendo que as considerações do voto condutor para anuir com o sujeito passivo nas razões que justificaram a criação da Vialco SPE, ainda que irretocáveis nos aspectos técnicos, não elidem a infração.

Poder-se-ia em tese considerar regular a criação da Vialco SPE. Nessa linha, a princípio soaria razoável o posicionamento do voto vencido ao defender a inexistência do abuso de direito na criação da Vialco SPE (destaques acrescidos):

[...]

Posto isso, criação da VIALCO SPE para receber as quotas da SP Vias da Recorrente, para ser posteriormente vendida à CPC, em nada se confunde com abuso de direito, ficando claro a motivação empresarial da sua criação, não procedendo a sua desconsideração pelo Fisco sob a acusação de existir unicamente por economia tributária.

[...]

Entretanto, a pergunta que não foi devidamente respondida é: Porque a Vialco SPE não efetuou a alienação das cotas e arcou com os efeitos tributários daí decorrentes se foi essa a motivação empresarial para sua criação?

A resposta é clara: Se assim o fizesse, seria tributada à alíquota de IRPJ e CSLL no total de 34% (trinta e quatro por cento) e não 15% a título de IRF com a utilização da empresa Interban, como efetivamente ocorreu.

Não posso concordar com o voto vencido quando afirma não ter havido questionamento em relação ao contexto da empresa uruguaia no grupo como instrumento de planejamento fiscal. Ora, a acusação fiscal foi exatamente nesse sentido.

O item 15 do TVF supra transcrito deixa clara tal circunstância com a menção à tributação de 15% (quinze por cento) sobre a empresa domiciliada no exterior em detrimento às alíquotas incidentes sobre as empresas brasileiras.

A cessão de cotas pela qual a Interban assumiu o controle da Vialco SPE não teve outra motivação comprovada que não a negociação das cotas da SP Vias. Ainda que as operações sob exame tenham cumprido os requisitos formais e não possam ser tidas como fraudulentas daí porque foi afastada a multa qualificada não há como acatá-las em relação aos efeitos perante o Fisco, pela ausência de propósito negocial distinto da economia tributária.

Mas o voto vencedor da decisão de 1ª instância expõe largamente as razões pelas quais o planejamento tributário em questão não pode ser admitido:

Com a devida vênia, **não trata** o procedimento fiscal da **legalidade estrita** dos negócios jurídicos efetuados pelo impugnante, dentre eles a cessão de quotas efetuada pela VIALCO Construções e Participações para a ITERBAN SOCIEDAD ANÓNIMA. O critério jurídico do lançamento foi o **planejamento tributário com abuso de direito**, por meio de várias ações desencadeadas com o único objetivo de excluir-se da sujeição passiva tributária e não sofrer o ônus fiscal na apuração do IRPJ e reflexos.

A descrição dos fatos está consubstanciada no Termo de Verificação Fiscal, fls. 444 a 459, bem resumida no Relatório deste, donde se destacam os seguintes registros e cronologia, somados a dados adicionais de documentos acostados, da Impugnação e do próprio Voto Vencido:

1. A Companhia de Participações em Concessões – CPC **desde 2006** negociava a aquisição da sociedade Rodovias Integradas do Oeste S/A – SPVIAS, com ofertas não vinculantes em 09/2006 e 08/2008, e oferta vinculativa em 12/2009;
2. A impugnante, VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA - VIALCO, possuía até então 6,1909% das ações da SPVIAS, em exatas 4.951.763 ações ordinárias nominativas;
3. **Em 29/10/2009** a SPVIAS enviou correspondência ao BNDES solicitando consentimento para a reorganização societária, qual seja, a transferência de 100% das ações da VIALCO e dos demais sócios;
4. **Em 16/11/2009** a CPC recebeu proposta de assessoria financeira do Banco PACTUAL para representá-la na negociação de aquisição da SPVIAS;
5. **Em 17/11/2009** foi firmado Contrato Social constitutivo da Sociedade de propósito específico VIALCO CONCESSÕES RODOVIÁRIAS SPE – VIALCO SPE, inscrita no CNPJ em **02/12/2009**, tendo como sócios a Impugnante, VIALCO (4.951.763 quotas) e a companhia Uruguiaia ITERBAN S/A (01 quota) a serem integralizadas posteriormente.

Nota¹: A VIALCO SPE é a empresa “veículo” criada somente com o propósito de transferência da participação da VIALCO na SPVIAS por meio de integralização de capital com as ações desta última, o que está previsto no próprio Contrato Social (fls.667/674), o que só foi se concretizar em 11/06/2010.

Nota²: O número de quotas da VIALCO quando da criação da VIALCO SPE (4.951.763 quotas) é **exatamente o mesmo número de ações nominativas ordinárias que a VIALCO possuía na SPVIAS** (fl.376), ou seja, nesta data (17/11) há fortes indícios de que toda a transação já estaria acertada e estava configurada toda a forma de transferência futura das quotas para a empresa estrangeira ITERBAN S/A, **que sequer era sócia** quotista da VIALCO CONSTRUÇÕES.

Nota³: A VIALCO SPE foi baixada por incorporação a SPVIAS em 22/12/2010, pouco mais de um ano depois, tão logo concluída a transação de alienação da participação societária, caracterizando-a como empresa veículo de toda a operação.

6. **Em 04/12/2009** a CPC faz uma **OFERTA VINCULANTE** de compra das ações da SPVIAS aos acionistas destas (fls.366/370), considerando terem participado do processo organizado por estes para venda das ações (Transação), tendo inclusive feito ofertas não vinculativas anteriores em 08/2008 e 09/2006 (fls.357/365).

Nota¹: a Oferta formal produzida por este documento indica a existência de procedimento anterior de oferecimento das ações pela própria SPVIAS, ou seja, havia interesse dos próprios acionistas na venda das ações que foi efetivamente concluído ao final de 2009;

Nota²: Apesar da oferta formal ser datada de 04/12/2009, dando ares de concretude a transação, os eventos dos meses de Outubro e Novembro de 2009, acima descritos, indicam que a transação já estaria pactuada anteriormente.

7. **Em 09/12/2009** é inscrita a ITERBAN S/A no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, constituindo-se formalmente como empresa domiciliada no exterior junto a RFB;

Nota¹: Atesta-se que a ITERBAN S/A sequer fazia parte do quadro societário da VIALCO CONSTRUÇÕES, sequer era inscrita no CNPJ por ocasião da criação da empresa veículo VIALCO SPE, da qual fez parte, para 3 meses depois receber as quotas da VIALCO CONSTRUÇÕES.

8. **Em 16/12/2009** a ITERBAN S/A passa a fazer parte do quadro societário da VIALCO CONSTRUÇÕES, impugnante, por meio da transferência de 18,42% das quotas oriundas de outra empresa uruguaia, VANZELL CORP. S/A.

9. **Em 25/02/2010** a VIALCO CONSTRUÇÕES delibera pela redução do capital em R\$ 4.955.553,00 por excessivo em relação ao objeto social, conforme art. 1.082, II, Código Civil; ato contínuo, decide pela restituição aos sócios quotistas do valor do capital integralizado ora reduzido, na proporção de suas participações, com investimentos que a Sociedade possua em outras sociedades / companhias (fl.23).

Nota¹: Observa-se que a redução do capital é em valor praticamente idêntico ao valor da participação da VIALCO na SPVIAS (R\$ 4.951.763,00), bem como equivalente ao valor das quotas da VIALCO na VIALCO SPE (R\$ 4.951.763,00), cuja engrenagem já foi planejada em 17/11/2009 juntamente com a criação da ITERBAN.

Nota²: O Capital social foi reduzido de R\$ 16.634.040,00 para R\$ 11.678.487,00 com a pretensa justificativa de “excesso em relação ao objeto social”.

10. **18/03/2010** foi escolhida como a data base para correção do valor da SPVIAS, “pro rata die” em 100% do CDI, até a data do fechamento da compra.

Nota: Este dado também corrobora fortemente o entendimento de que a transação já havia sido pactuada antes da sua efetividade em 03/08/2010, aguardando somente a reestruturação societária para minorar o ônus tributário.

11. **Em 25/03/2010** o BNDES aprovou a reorganização societária da SPVIAS;

12. **Em 29/03/2010** a ITERBAN S/A adquire mais 81,49% das quotas da impugnante, VIALCO CONSTRUÇÕES, por transferência do proprietário anterior VIAL Investimentos e Participações Ltda, passando a ser sócia majoritária com 99,99% das quotas da VIALCO.

13. **Em 11/06/2010** a VIALCO CONSTRUÇÕES, impugnante, promoveu a efetiva integralização do capital social da VIALCO SPE com suas ações ordinárias integralizadas na SPVIAS pela **Alteração contratual às folhas 218/227**.

14. Ainda **em 11/06/2010**, na mesma Alteração contratual onde houve a integralização, a sócia VIALCO retira-se da sociedade, cede e transfere todas as suas 4.951.763 quotas do capital social para a sócia ITERBAN S/A; esta, por sua vez, cede uma quota ao sócio Luis Emilio Prassolo.

Nota: Com a cessão e transferência de quotas da VIALCO, a ITERBAN passou a ser detentora de 99,99% das quotas da VIALCO SPE, integralizadas com a totalidade das quotas que a VIALCO detinha junto a SPVIAS (4.951.763 quotas representativas de 6,1909% da SPVIAS).

15. **Em 03/08/2010**, a CPC compra as quotas da empresa VIALCO SPE, tendo como alienante a ITERBAN S/A, passando a ser detentora integral dos 6,1909% das quotas da SPVIAS (Contrato às folhas 73 a 178), que foi o objetivo de toda a reorganização societária.

16. **Em 22/10/2010** celebram a CPC e os vendedores da SPVIAS contrato de Ajuste do valor pactuado em 03/08/2010 (fls.424/426);

17. **Em 21/01/2011**, três meses após concluída a transação, a VIALCO CONSTRUÇÕES promove o primeiro aumento de capital, com o fito de restabelecer em parte a redução de capital social inicialmente anterior, de R\$ 11.678.487,00 para R\$ 13.678.487,00, restabelecendo o capital em R\$ 2 milhões de reais. (Fonte: arquivo JUCESP, alterações societárias, Num.Doc 033.576/11-7, Sessão de 21/01/2011, fls.686/688).

18. **Já em 22/03/2011**, após apenas 5 meses da conclusão da transação, o capital pretensamente reduzido por excessivo ao objetivo social foi restabelecido em aproximadamente mais R\$ 5 milhões, passando a R\$ 19.215.247,00. (Fonte: arquivo JUCESP, alterações societárias, Num.Doc 033.576/11-7, Sessão de 21/01/2011, fls. 686/688).

Nota: o valor dos aumentos do capital social pela ITERBAN, como principal quotista da VIALCO, superam a redução anterior efetuada com o fito de se vender as quotas da SPVIAS, sob a alegação de “capital excessivo em relação ao objeto social”.

Considerada toda a cronologia acima, passemos às considerações quanto as alegações do contribuinte acatadas pelo Voto Vencido e as razões de fato e de direito que sustentam este Voto vencedor.

As razões de defesa quanto a operação debruçam-se sobre dois pilares: existência de motivos extrafiscais para a reorganização societária (fls.500/506) e a Legalidade da redução de capital a valor contábil com devolução aos sócios da sua participação (fls.506/514).

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS EXTRAFISCAIS NA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

No Voto Vencido o relator afasta de forma sucinta as alegações do contribuinte da motivação extrafiscal na reorganização societária, entendimento acatado por todos os demais julgadores.

Entretanto, como a inexistência de propósito negocial da reorganização compõe uma das variáveis do planejamento tributário abusivo, critério jurídico deste lançamento e razão maior da sua manutenção, fazem-se necessárias rápidas considerações neste voto vencedor.

Alega o contribuinte a necessidade de se isolar a participação na SPVIAS, transferindo-a para a VIALCO SPE, em decorrência do risco do seu investimento e garantias a financiamentos da Bioenergéticas Vale do Paracatu Ltda (BEPAV), juntando Contrato ilustrativo desta junto ao BNDES, da qual é uma das fiadoras.

Os argumentos de proteção societária como fundamento do negócio jurídico, frente aos riscos inerentes ao investimento na BEPAV, não se coadunam com o curto prazo em que foi realizada a redução de capital e a sua venda. A alienação direta pela própria VIALCO CONSTRUÇÕES, por si só, alcançaria tal objetivo, prescindindo a engenharia da reorganização societária que visou apenas fins tributários.

Da análise temporal dos fatos acima descritos, depreende-se que num mesmo momento, exatamente em 11/06/2010, a VIALCO CONSTRUÇÕES integralizou o Capital Social da “empresa veículo” VIALCO SPE com a sua participação societária na SPVIAS e, ato contínuo, retirou-se da sociedade, transferindo suas quotas para a ITERBAN para imediata alienação com tributação minorada.

Outro fator indiciário da motivação estritamente fiscal é que a criação da VIALCO SPE foi efetuada ainda em Novembro de 2009, com o mesmo número de quotas da sua participação na SPVIAS, e ainda, em sociedade única com a ITERBAN, futura destinatária das quotas para alienação a CPC. Tudo isso em 2009, quando toda a operação de venda já estava informalmente acertada, mas precisava aguardar as demais ações seqüenciais para gerar o efeito esperado da economia tributária.

Patente, portanto, que o objetivo não seria “blindar” o ativo da SPVIAS colocando-o em uma sociedade sem contingências, porquanto o real interesse era a VENDA deste ativo para a CPC, cuja concretização do negócio foi acertada ao término de 2009, contemporaneamente ao início da reorganização societária.

Outrossim, apenas a título ilustrativo, o contrato de financiamento da BEPAV junto ao BNDES, onde a VIALCO consta como uma das fiadoras, apresentada como indicadora do “risco” a que submetida a sociedade, cumpre papel ao revés: indica forte aporte de capital para investimento (não para custeio) em novo parque industrial, sendo grande parte com **recursos próprios** da BEPAV da ordem de 260 milhões (R\$), de um investimento total de 654 milhões (R\$), crédito esse a ser utilizado em **21 meses contados de Maio de 2009**, data do contrato de financiamento às folhas 604/654. A reorganização societária **iniciada em Novembro de 2009**, apenas 6 meses depois, não se mostra, razoavelmente, relacionada a proteção patrimonial de um investimento de grande porte em pleno curso. Ademais, a redução de

capital social de uma empresa garantidora de um financiamento “supostamente de grande risco” poderia configurar até mesmo fraude contra credores, e seria prontamente obstada por estes quando cientificados da decisão societária que autorizou a redução pela publicação da Ata da Assembléia de 25/02/2010, o que não ocorreu.

Não se nota, portanto, a presença de motivos não predominantemente tributários congruentes entre si, ou, noutros dizeres, compatíveis com a finalidade pretendida com a realização do negócio jurídico.

Dúvidas não há, portanto, quanto a motivação estritamente tributária da reorganização societária, considerada pela fiscalização como “abuso de direito”, afastado qualquer propósito negocial alegado.

2. DA LEGALIDADE DA REDUÇÃO DE CAPITAL A VALOR CONTÁBIL, DA DEVOLUÇÃO AO SÓCIO E DA POSTERIOR VENDA DOS ATIVOS

No Voto Vencido, o relator acatou a tese da defesa, consubstanciada, em resumo, no argumento de que a redução de capital com entrega da participação da Impugnante na SPVIAS aos seus sócios, a valor contábil, “*foi um procedimento absolutamente regular e legítimo que está expressamente previsto na legislação*”, fundado no artigo 22 da Lei nº 9.249/95.

Pertinente trazê-lo novamente à tona:

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

....

Foram carreados aos autos vários Acórdãos do CARF afastando a distribuição disfarçada de lucros pelas reduções de capital com posterior entrega de bens e direitos aos sócios, ao amparo daquele artigo 22.

Pois bem, dúvidas não existem quanto a legitimidade do procedimento de devolução da participação no capital social aos sócios, como literalmente depreende-se do texto legal acima. Não estamos a tratar da legalidade deste ato ou das demais ações empreendidas pelo contribuinte, mas tão somente do abuso de direito decorrente destas ações sequenciais oponíveis à administração tributária.

Para ilustrar, trago **excertos** da melhor doutrina acerca de **abuso de direito**, na condução sempre coerente de Marco Aurélio Greco, que passeia de forma brilhante nesta seara de planejamento em sua notável obra **Planejamento Tributário**, edição 2004, pág.113, onde já, sabiamente, alertava:

Se o Fisco quiser atacar o tipo de conduta do contribuinte alegando sua ilicitude não terá razão se o que for feito tiver previsão na lei; o flanco não é a ilicitude. A pergunta é outra: seria aquela conduta eficaz perante o Fisco? Esta é a pergunta. Aliás, num sem número de planejamentos que já vi, excepcionalmente há alguma ilicitude; a imensa maioria dos casos que se apresentam como de planejamento e em relação aos quais se pede a proteção dos respectivos efeitos, se dá mediante atos lícitos.

Em suma, não basta ser lícito, a licitude é a preliminar. Além de ser lícito precisam ser atendidos outros requisitos para a operação ser aceitável da perspectiva da produção dos efeitos perante o Fisco. O grande debate não é sobre a legalidade ou ilegalidade, é sobre eficácia ou ineficácia.

Aí está outra grande mudança de paradigma de análise das operações realizadas pelos contribuintes.

Não é possível, no plano abstrato, dar uma resposta conclusiva e categórica quanto à oponibilidade ou não das operações ao Fisco. Não é possível responder em abstrato que determinada conduta está ou não protegida. A resposta dependerá das circunstâncias do caso concreto. [GRIFEI]

Entretanto, pertinente também o olhar atento para cada qual das ações componentes do planejamento tributário como forma de qualificá-lo como abusivo no seu fim último.

Neste ponto cumpre um importante senão: o artigo 22 da Lei 9.249/95 apenas dispõe quanto a possibilidade e a forma da devolução dos ativos aos sócios, entretanto a ação matriz a partir da qual foi efetuada a devolução destes ativos a ITERBAN foi a redução de capital social da VIALCO CONSTRUÇÕES.

E em que circunstâncias a redução de capital é legítima? A resposta está no artigo 1082 do Novo Código Civil, considerando tratar-se de Sociedade empresária Ltda:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Portanto, a redução do capital, por **excessivo**, e a devolução (em bens/direitos) de participação (do acionista) no capital são, a meu ver, coisas totalmente distintas, oriundas de pressupostos diferentes, podendo a segunda ser decorrente da primeira.

Desta feita, a legitimidade da redução de capital deve preceder qualquer questionamento quanto a devolução de capital aos sócios. Como visto, a VIALCO CONSTRUÇÕES reduziu seu Capital social no **exato montante** de suas ações na SPVIAS, quotas estas que já estavam “preparadas” na empresa “veículo” – VIALCO SPE – constituída **ainda em 2009** pela VIALCO CONSTRUÇÕES e pela ITERBAN.

Frise-se, a criação da VIALCO SPE em 17/11/2009 foi com o mesmo número de quotas e valor (4.951.763) que posteriormente, em 25/02/2010, 11/06/2010 e 03/08/2010, compuseram os montantes da redução do capital social da VIALCO CONSTRUÇÕES, a integralização do capital social da VIALCO SPE e a venda da participação na SPVIAS da ITERBAN a CPC, respectivamente. Noutro raciocínio, em 17/11/2009 a transação comercial já estava completamente pactuada, sendo a redução de capital apenas mais uma etapa do planejamento tributário abusivo!

Outrossim, a motivação da redução de capital expressa pela VIALCO CONSTRUÇÕES foi o excesso em relação ao objeto social, conforme publicação da Ata da Reunião de sócios que assim deliberou em 25/02/2010:

Vialco Construções e Participações Ltda.

CNPJ/MF: 04.064.759/0001-99 - NIRE: 35.216.421.453

Extrato da Ata de Reunião de Sócios Realizada em 25.02.2010

Data, Hora, Local: 25.02.2010, às 10hs., sede, R. Prof. Artur Ramos, 350, 24º andar, Par, conj. 2402, SP/SP. Presença: 100% do capital social. Convocação: Dispensada (Art. 1.072, § 2º, Código Civil). Mesa: Presidente: Hector Jorge Lafage, Secretário: Luis Emilio Prassolo. Deliberações: Aprobadas por unanimidade: (i) redução do capital em R\$ 4.955.553,00 (excessivo em relação ao objeto social, art. 1.082, II, Código Civil); (ii) restituição, aos sócios quotistas, do valor do capital integralizado ora reduzido, na proporção de suas participações, com investimentos que a Sociedade possui em outras sociedades/companhias; (iii) face a redução, o capital de R\$ 16.634.040,00, passa a R\$ 11.678.487,00, dividido em 11.678.487 quotas no valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente nacional, distribuídas conforme nova redação da cláusula 5ª do Contrato Social: "Cláusula 5ª: O capital social é R\$ 11.678.487,00, dividido em 11.678.487 quotas no valor nominal de R\$1,00 cada uma, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente nacional e assim distribuídas entre os sócios: Quotistas - Quantidade de Quotas - Valor em Reais: Iterban Sociedad Anónima - 11.669.556 - R\$ 11.669.556; Hector Jorge Lafage - 4.466 - R\$ 4.466; Luis Emilio Prassolo - 4.465 - R\$ 4.465; TOTAL - 11.678.487 - R\$ 11.678.487, § 1º. O capital social

Transparente está que a motivação da redução de capital em 4.955.553 quotas, correspondente a R\$ 4.955.553,00, não seria o excesso deste frente ao objeto social, mas tão somente que este seria exatamente o valor da participação da VIALCO na SPVIAS a ser transferido pela primeira para a ITERBAN, para que esta última a vendesse a CPC. A motivação, portanto, **não seria o excesso de capital, mas sim a venda de parte deste capital**, sendo por esta razão a **coincidência de valores das quotas**, previamente acordados desde Novembro de 2009, para formalizar a transação em Agosto de 2010, tão logo acertadas as condições de redução tributária planejadas.

A motivação exclusiva da **venda e repasse de quotas** é flagrante pela análise temporal dos fatos e pelo valor coincidente das quotas desde o nascedouro da empresa veículo VIALCO SPE.

Ademais, acrescente-se que o **pretense "excesso" de capital** alegado pelo contribuinte quando da sua redução, **foi prontamente "afastado" tão logo concluída a venda** da participação da SPVIAS pela ITERBAN para a CPC (ajuste de valores último em 22/10/2010). Em consulta aos arquivamentos da sociedade na Junta Comercial do Estado de São Paulo, atesta-se que em 21/01/2011 e em 22/03/2011, apenas 03 e 05 meses após a conclusão da venda, foram promovidos aumentos do capital social da ordem de R\$2 milhões e R\$ 5 milhões respectivamente!! O excesso de capital que causou a sua redução em aproximados R\$ 5 milhões, passou a ser indevido tão logo seu objetivo foi alcançado, gerando uma recomposição imediata da ordem de R\$ 7 milhões!!

Corroboram os fatos, portanto, que o "excesso de capital frente ao objeto social" não foi um fato, mas tão somente um **"argumento" falacioso para conceder ares de legalidade e correção a redução do capital social**, cujo único objetivo era transferir a **"sócia- recém admitida"** ITERBAN S/A a

sua participação na SPVIAS, excluindo-se do pólo passivo do ganho de capital da venda daquelas quotas para a CPC.

Nota-se, por conseguinte, que a própria Redução de Capital é parte do planejamento tributário abusivo construído pela VIALCO CONSTRUÇÕES. Neste sentido, torna-se irrelevante a estrita legalidade da transação subsequente, qual seja, a devolução a sócia ITERBAN S/A de parte do ativo representado pela participação na SPVIAS, amparada pelo art. 22 da Lei 9249/95, considerado o vício de motivação da redução de capital, parte do planejamento tributário abusivo perpetrado pelo contribuinte.

Por que a Impugnante não alienou ela mesma as ações que detinha da SPVIAS para a CPC? Qual razão a impedia? A resposta está nos valores cobrados nos Autos de Infração deste processo.

E quais ações sucessivas foram tomadas para que a VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES se excluísse do pólo passivo da obrigação tributária?

A resposta está nos atos e fatos descritos no preâmbulo desse Voto, donde se destaca ainda fato de extrema relevância para caracterizar o abuso de direito: **a empresa estrangeira, ITERBAN S/A, sequer era sócia da VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES quando a transação da venda da participação na SPVIAS já estava pactuada.**

Não precisamos recorrer sequer aos fatos indiciários ocorridos em 2009, relacionados ao pedido de autorização ao BNDES, a oferta de intermediação financeira do BANCO PACTUAL e até mesmo a criação da VIALCO SPE com a participação da ITERBAN ainda em Novembro de 2009, já debatida acima.

A despeito de já haver fortes indícios de fechamento da transação entre as partes (tácita ou expressamente) antes de Dezembro de 2009, conforme demonstram os fatos, a OFERTA VINCULATIVA da CPC para a compra da participação da VIALCO na SPVIAS em **04/12/2009** concedeu ares formais à transação comercial.

Repisa-se que **ANTES desta data, ainda em 17/11/2009**, a empresa veículo, VIALCO SPE foi criada, como sociedade entre a própria VIALCO CONSTRUÇÕES e a ITERBAN S/A, que doravante passa a integrar o planejamento tributário como sócia destinatária das ações da SPVIAS, e que, por ter domicílio no exterior, sujeitar-se-á apenas ao ganho de capital na transação (15%), não sofrendo o encargo tributário do IRPJ, CSLL e reflexos. Este dado reflete que **a transação já havia sido acordada antes mesmo da oferta vinculativa em 04/12/2009.**

Pois bem, após a oferta vinculativa da CPC, a VIALCO CONSTRUÇÕES deu andamento na sua reorganização societária para que pudesse efetuar a venda sem sofrer o ônus tributário. **Em 09/12/2009 a companhia uruguaia ITERBAN inscreveu-se no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, CNPJ**, para, logo em seguida, em 16/12/2009 inserir-se como sócia quotista da VIALCO CONSTRUÇÕES. Em 29/03/2010 alcançou a participação de 99,92% das quotas da VIALCO CONSTRUÇÕES.

Estava assim configurada a condição para redução de capital e devolução de ativos a sócia ITERBAN – recém-ingressada, recém-majoritária – para que ela, como proprietária das ações da SPVIAS, as alienasse apenas com ganho

de capital, na condição de empresa domiciliada no exterior, por meio da “já pronta” empresa “veículo” VIALCO SPE.

E assim ocorreu: em 11/06/2010 houve a integralização de capital na VIALCO SPE pela VIALCO CONSTRUÇÕES com a participação que esta teria junto a SPVIAS, objeto da transação comercial pactuada. Ato contínuo, a VIALCO CONSTRUÇÕES cedeu todas as quotas, ou seja, toda a participação da SPVIAS a ITERBAN, para que esta, 2 meses depois, formalizasse o Contrato de Compra e Venda com a CPC.

Nas palavras do próprio contribuinte: “a participação na VIALCO SPE, quando de sua venda em 03.08.10, não pertencia à Impugnante, mas sim aos seus sócios (ITERBAN – 99,9999% e Luis Emilio Prassolo – 0,00001%)”. E acrescenta: “A venda das quotas da VIALCO SPE para a CPC foi feita pelos sócios da Impugnante e não pela Impugnante, conforme demonstra o contrato de compra e venda em questão já de posse da fiscalização.”

Aos olhos da administração tributária federal e do bom Direito, entretanto, não foi isso o que ocorreu. A despeito da licitude dos atos isolados, ressalvada a legitimidade da motivação da redução de capital, nenhum deles carregava propósito negocial próprio, que não a redução tributária futura por meio de empresa estrangeira que sequer compunha o pólo passivo em momento imediatamente anterior a reorganização societária.

Em relação ao uso de sociedades no planejamento tributário, Marco Aurélio Greco relaciona algumas situações que merecem especial atenção, a saber (*op. cit.*, pp. 350 – 356):

- a) *“conduit companies” (empresas de passagem), situação em que uma pessoa jurídica é criada apenas para servir como canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto;*
- b) *sociedades fictícias, que não materializam nenhum empreendimento econômico, ou seja, são meras sociedades de papel;*
- c) *sociedades efêmeras – são aquelas sociedades que nascem para serem extintas depois de alguns dias ou algumas horas, tão logo compareçam em determinada operação;*
- d) *interposta pessoa – utilização de uma pessoa jurídica para realizar negócio que se fosse realizado por outra pessoa teria efeito tributário relevante. O autor cita como exemplo o caso de pessoa jurídica proprietária de um bem que, ao invés de vendê-lo, transfere a outra pessoa jurídica (eventualmente integrante do mesmo grupo e que possua prejuízo fiscal a compensar) que, em seguida, o aliena ao comprador.*

Nota-se que a VIALCO SPE enquadra-se na condição de “empresa veículo” ou “empresa de passagem”, porquanto criada somente para que a participação da VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES na SPVIAS fosse transferida a CPC por meio da ITERBAN; por sua vez, a condição da ITERBAN revela-se como interposição, considerando ter sido utilizada para realização do negócio jurídico quando em verdade este estava sendo concluído pela VIALCO CONSTRUÇÕES com menor tributação.

Claro está, portanto, que a VIALCO CONSTRUÇÕES empreendeu uma série de ações seqüenciais com o único fim de contornar uma norma tributária a que estaria sujeita se não o fizesse.

Estas operações seqüenciais após a transação comercial pactuada estão claramente descritas neste Relatório e cronologicamente identificadas, não tendo qualquer motivação extrafiscal, sendo preponderantemente voltadas para a economia tributária de forma abusiva.

A respeito das operações estruturadas em seqüência, cabe citar novamente a lição de Marco Aurélio Greco (“Planejamento Tributário”, S. Paulo, Ed. Dialética, 2004, pp. 345-347):

“XVI.2. Operações Estruturadas em Seqüência Sob esta denominação estão as step transactions, vale dizer, aquelas seqüências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negocial encadeado com o subsequente para 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.

*Uma operação estruturada indica a **existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto**. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Nestes casos, 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.*

Daí uma questão de caráter metodológico. Qual o objeto a ser analisado e enquadrado na legislação tributária?

Diante de reorganizações societárias que tenham o efeito de reduzir o impacto da carga tributária incidente sobre as atividades ou os resultados de determinada pessoa jurídica, é freqüente encontrarmos estudos que procuram examinar separadamente cada um dos aspectos envolvidos ou – quando se trata de uma reorganização que envolva um conjunto de etapas sucessivas – cada um dos passos adotados no âmbito de uma operação mais ampla.

Esta não me parece ser a postura mais adequada.

Diante de uma situação complexa, é essencial considerar a figura como um todo, examinando ao mesmo tempo os vários aspectos que a cercam, pois o conhecimento e o enquadramento de determinada realidade será a resultante das diversas circunstâncias reunidas no caso concreto.

Assim, a postura metodológica mais adequada é aquela que – sem perder de vista as peculiaridades de cada etapa ou dos segmentos de que a operação se compõe– visualiza o conjunto assim formado e busca determinar o enquadramento que este, globalmente considerado, deve ter perante o ordenamento tributário brasileiro.

*Vale dizer, ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). **Mais do que um evento (etapa) é importante interpretar a estória (conjunto).***

XVI.2.1. O antes e o depois Na medida em que o conjunto de operações corresponde apenas a uma pluralidade de meios para atingir um único fim, a verificação das alterações relevantes deve ser feita não apenas considerando os momentos anterior e posterior a cada etapa mas, principalmente, os momentos anterior e posterior ao conjunto de etapas.

Ou seja, é preciso indagar qual a situação existente antes da deflagração da seqüência de etapas, de quem era determinado patrimônio, qual a composição societária, quem era o titular de certos poderes sobre determinado empreendimento etc., e qual a situação final resultante da última das etapas.

Só assim será assegurado um exame abrangente de uma operação complexa subdividida em múltiplas etapas que são meros segmentos de uma operação maior, de modo a verificar qual, na realidade, a operação que se está pretendendo opor ao Fisco (o complexo ou cada parte).

(...)”

Deste modo, transportando as lições do Douto tributarista ao caso em comento, concluímos que as operações em seqüência produzidas pela VIALCO CONSTRUÇÕES não possuíam propósito comercial próprio, porquanto seu objetivo era uno, a redução tributária na transação comercial.

Quando analisamos o “antes” e o “depois”, acima pontuado, fica ainda mais preciso o ardid adotado por meio de operações aparentemente lícitas que buscavam um fim ilícito, a fraude a lei tributária. Pois vejamos:

Por ocasião da pactuação da transação comercial, ao final de 2009, a VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA tinha como sócios majoritários a sociedade empresária limitada nacional, VIAL INVESTIMENTOS e PARTICIPAÇÕES LTDA (81,49%) e a companhia uruguaia VANZELL S/A (18,42%).

Nota-se que neste momento imediatamente anterior a reorganização societária que se iniciou, a ITERBAN sequer era sócia da VIALCO CONSTRUÇÕES. Como já se sabe, ambas se juntaram, então, na criação da VIALCO SPE para iniciar todas as operações seqüenciais, culminando com o controle total da ITERBAN das quotas da VIALCO CONSTRUÇÕES a partir da aquisição da participação da VANZELL e da VIAL INVESTIMENTOS.

Noutras palavras, a VIALCO CONSTRUÇÕES que deveria sofrer o ônus tributário na venda da participação da SPVIAS passou ao controle total (99,9999%) da ITERBAN S/A como uma das etapas do planejamento tributário. Ao término da operação, portanto, **a economia tributária estava de volta a VIALCO por meio da sua acionista majoritária, que sequer era sócia da empresa quando iniciadas as operações sequenciais.**

Destarte, pelo exame dos fatos, correta a imputação fiscal sob a ótica do abuso de direito, porquanto este implicou, no seu resultado, inibir a eficácia de uma lei imperativa a que se sujeitava a VIALCO CONSTRUÇÕES, gerando desequilíbrio entre deveres e princípios constitucionais a que se sujeitam todos os demais contribuintes.

Nesse sentido, cabe trazer à colação trechos constantes da obra já citada neste voto, de autoria de Marco Aurélio Greco, que bem retrata a moderna concepção em termos de planejamento tributário, à luz da Constituição Federal:

"Esta digressão é particularmente importante em se tratando do planejamento tributário, pois na medida em que o perfil da figura da elisão fiscal encontra apoio constitucional e tem sido formulado a partir de uma determinada concepção de Estado, tendo havido, pela CF/88, uma transformação em tal concepção, cumpre identificar os reflexos trazidos ao tema.

Neste passo, a análise da temática do 'planejamento fiscal' deverá agregar, ao lado dos valores propriedade e segurança, também os valores igualdade (art. 5º, caput), solidariedade (artigo 3º, I) e justiça (artigo 3º, I), vista esta não apenas como justiça formal, mas como justiça substancial.

(...)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos igualdade, solidariedade social e justiça.

Nesse contexto é que vejo a inserção da temática do abuso do direito de auto-organização no âmbito tributário. Ou seja, a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal." (op. cit., pp. 179, 180, 187 e 203)

A corroborar o entendimento acima exposto, citam-se decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQÜÊNCIA - O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA - O princípio da liberdade de auto organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário.”(1º Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, acórdão 104-21675, sessão de 22/06/2006)

“OPERAÇÃO ÁGIO - SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO - VERDADEIRA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO - Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.” (1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, acórdão 108-09037, sessão de 18/10/2006)

Ante o exposto, conclui-se que a reorganização societária realizada com abuso de direito não pode ser oposta ao Fisco, devendo ser mantida a tributação do ganho de capital pela VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES na alienação da participação societária detida na SPVIAS por meio da VIALCO SPE.

Em seu recurso especial, a Contribuinte resume o planejamento tributário às operações de redução de capital, ocorrida em junho/2010, e de venda da participação societária na SPVIAS em agosto/2010. Afirma efetiva a redução de capital deliberada em 25/02/2010 e formalizada em 11/06/2010, com arquivamento em 18/06/2010, e defende que se trata, então, de *um ato jurídico perfeito e acabado realizado antes da venda daquela participação.*

Observa, ainda, ser a regularidade das operações questão superada nos autos e destaca inexistir demonstração de a redução de capital foi um ato fraudulento ou simulado. Reporta-se à existência de motivos extrafiscais deduzidos em recurso voluntário (dentre outros, *o risco inerente ao investimento na BEVAP do qual a Recorrente era fiadora*), e acrescenta estar o procedimento em questão expressamente previsto na legislação tributária. Acentua inexistir previsão legal para a desconsideração de atos ilícitos, perfeitos e acabados, sob o simples argumento de se tratar de um (presumido) planejamento tributário, mormente se este sequer é abusivo e, por ausência de imputação de fraude ou simulação, teve a qualificação da penalidade afastada. Em seu entendimento, o Fisco teria se pautado em presunções absolutamente ilegais e sem nenhum respaldo documental, inexistindo qualquer evidência de a Contribuinte ter participado da venda em questão. E, ainda que ela tivesse conhecimento, não poderia prosperar o argumento fiscal de que a Contribuinte deveria sempre seguir o caminho mais oneroso, principalmente frente a norma fiscal indutora, como é o art. 22 da Lei nº 9.249/95.

Admite-se, aqui, que, como destacado na ementa do Acórdão nº 1401-002.307, citado pela Contribuinte, os acionistas planejem a redução do capital social, visando a subsequente alienação de suas ações a terceiros, tributando o ganho de capital de forma menos onerosa. Contudo, esta escolha deve ser efetivada antes da alienação do ativo, pois a partir do momento em que o preço do negócio está delimitado, projetando-se o ganho de capital, as operações passam a ter contornos exclusivamente fiscais e evidenciam ausência de propósito negocial suficiente para autorizar a desconsideração de seus efeitos no âmbito tributário.

De fato, como bem demonstrado no voto condutor da decisão de 1ª instância, os argumentos ora reiterados, antes já deduzidos em impugnação, não merece crédito. As razões negociais que justificariam a transferência de ações como promovida depois de materializada a transação apenas reforçam a conclusão de ser a Contribuinte a real alienante da participação societária. Observa-se, também, que por envolver concessão rodoviária e financiamentos junto ao BNDES, a assinatura do contrato de venda foi precedida de diversas providências específicas mas, para se resguardar no negócio, a CPC fez oferta vinculante de compra das ações em 04/12/2009 aos acionistas na SPVIAS, dentre eles a Contribuinte, na qual o preço de aquisição foi estimado em R\$ 1.200.000.000,00 (data base 31/12/2009), conforme consta às e-fls. 366/370. Este preço foi reafirmado em 18/03/2010, por valor próximo (R\$ 1.289.548.372,00), e pago, sem alteração, apenas com correção monetária previamente pactuada, em 03/08/2010, no montante de R\$ 1.334.415.090,58. Contudo, como apenas em 25/03/2010 o BNDES aprovou a reorganização societária na SPVIAS, a transferência das ações da SPVIAS à ITERBAN tem início em 29/03/2010 e efetiva-se em 11/06/2010, de modo que a Contribuinte tem em seu favor, somente, o fato de a assinatura do contrato de alienação,

em 03/08/2010, ser promovida com a recém-titularizada nas ações, ITERBAN. Logo, há evidências suficientes da participação da Contribuinte na venda em questão.

Para efetivar opção fiscal válida, a Contribuinte deveria ter promovido a transferências das ações à ITERBAN antes de receber oferta vinculante de compra das ações em 04/12/2009, até porque já presentes interesse de alienar e oferta não vinculante antes apresentada. Em tais condições, a faculdade prevista no art. 22 da Lei nº 9.249/95 poderia ser exercida sem objeção fiscal à reorganização societária que constituísse outra pessoa como titular das participações societárias a serem negociadas. Inadmissível, porém, que, frente a uma oferta vinculante de compra estipulando o preço a ser pago pelas ações pretendidas e materializando o ganho de capital a ser auferido, a Contribuinte invoque aquele permissivo legal para ser substituída na figura de alienante com vistas, apenas, a reduzir a incidência tributária.

Acrescente-se, por fim, que embora estas razões já sejam suficientes para demonstrar a inadmissibilidade, para fins fiscais, da alteração na titularidade da participação societária detida na SPVIAS, cabe aqui reiterar a ilegitimidade da redução de capital na forma exposta na decisão de 1ª instância, vez que a justificativa de ser ele excessivo restou infirmada meses depois da alienação, quando promovidos aumentos de capital por ITERBAN de valor superior à redução anterior, como pode ser verificado na Ficha Cadastral da Contribuinte na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Estas as razões, portanto, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada.

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

Acompanhei o Colegiado para dar provimento ao recurso voluntário relativamente à dedução do IRRF, muito embora já tenha me posicionado, em outros casos, segundo a diretriz assim exteriorizada no voto condutor do acórdão recorrido:

Quanto ao recurso de ofício, divirjo respeitosamente em parte do I. Relator e da decisão recorrida no que se refere à compensação do IRF incidente sobre a operação nos moldes como registrada. Isso porque a autuada não sofreu o ônus do tributo, mas sim a empresa alienígena. Se ocorreu a prescrição do direito de pedir a restituição/compensação é circunstância que não pode ser imputada à Administração tributária.

Aqui, porém, constatei que os posteriores aumentos de capital em favor da Contribuinte por ITERBAN, de valor superior à redução anterior, apontados na Ficha Cadastral da Contribuinte na Junta Comercial do Estado de São Paulo, tem por efeito prático anular a redução de capital que buscou minimizar os tributos devidos sobre o ganho de capital auferido

Processo nº 16561.720127/2015-18
Acórdão n.º **9101-004.335**

CSRF-T1
Fl. 1.179

pela Contribuinte, reafirmam esta como real alienante dos investimentos e permitem infirmar a incidência do IRRF antes recolhido.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte neste ponto.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Conselheira