



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10120.723067/2016-89
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 1302-003.229 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2018
Matéria IRPJ - DESPESA DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EMSA EMPRESA SUL AMERICANA DE MONTAGENS SA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2011, 30/09/2011

REDUÇÃO DE CAPITAL. DEVOLUÇÃO DE BENS A ACIONISTAS. POSTERIOR ALIENAÇÃO. SIMULAÇÃO. NECESSIDADE DE PROVAS.

A redução de capital social da pessoa jurídica operada por meio da devolução de bens aos seus acionistas não encontra óbice na legislação. A acusação de que a redução com posterior alienação do investimento restituído ao acionista não passa de mera simulação para ocultar a alienação realizada pela pessoa jurídica e obter economia tributária necessita ser comprovada pela autoridade fiscal.

ABUSO DE DIREITO. REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA.

Enquanto não editada a lei ordinária exigida pelo parágrafo único do art. 116 do CTN, não pode a Autoridade Fiscal desconsiderar atos lícitos praticados pelo contribuinte sob a alegação de abuso de direito de auto-organização.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, *mutatis mutandis*, ao lançamento da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, vencidos os conselheiros Maria Lúcia Miceli e Luiz Tadeu Matosinho Machado. O conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa votou pelas conclusões do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício em relação ao Acórdão nº 03-75.752, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF), de 30 de junho de 2017 (fls. 2.420 a 2.448), que julgou procedente a impugnação do sujeito passivo, conforme ementa a seguir:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/09/2011, 26/12/2011

SIMULAÇÃO RELATIVA. NÃO DEMONSTRADA.

Não se deve confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois, nessa, as partes querem verdadeiramente os negócios-meios com os efeitos que lhes são próprios; enquanto, naquela, os efeitos realmente visados não são os próprios dos atos simulados formalizados.

ABUSO DE DIREITO. REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA.

Enquanto não editada a lei ordinária exigida pelo parágrafo único do art. 116 do CTN, não pode a Autoridade Fiscal desconsiderar atos lícitos praticados pelo contribuinte sob a alegação de abuso de direito de auto-organização.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL."

O presente processo é fruto de procedimento fiscal realizado junto à Recorrente, resultando na lavratura de autos de infração relativos ao IRPJ e CSLL, nos 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2011, nos quais foi apontada a infração de omissão de receitas não-operacionais provenientes de ganho de capital (fls. 1.232 a 1.263).

Consoante descrição constante do Relatório Fiscal de fls. 1.265 a 1.282, a EMSA EMPRESA SUL AMERICANA DE MONTAGENS S A (doravante denominada EMSA) teria, em conluio com seus sócios controladores, praticado atos em série com o objetivo de fazer parecer que uma venda de participação societária na pessoa jurídica COMPANHIA DE SANEAMENTO DO TOCANTINS (doravante denominada SANEATINS), *"efetuada pela pessoa jurídica teria sido feita por pessoas físicas, com o único objetivo de obter a tributação mais favorável nas pessoas físicas, do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), em detrimento da tributação na pessoa jurídica mais gravosa, do IRPJ e da CSLL"*.

Segundo a autoridade fiscal,

"A operação se deu por meio de um conjunto de atos preparatórios contínuos que propiciaram a celebração do contrato entre a FOZ CENTRO NORTE S/A (compradora) e as quatro pessoas físicas (supostas vendedoras) integrantes do quadro societário da AMC (controladora da EMSA), cujo objeto foi a alienação da participação societária na SANEATINS."

Conclui, então, que as operações seriam artificiais e não oponíveis ao Fisco, por não possuírem substância econômica, e que o verdadeiro vendedor seria a pessoa jurídica fiscalizada (EMSA).

O referido Relatório Fiscal assim descreve as operações realizadas no caso sob análise:

"Preliminarmente devemos evidenciar o fato de a pessoa jurídica fiscalizada é que detinha até a data de 30/05/2011, a título de investimentos em outras empresas, as ações da SANEATINS num percentual de 76,52% do capital desta sociedade, que foram vendidas para a Foz Centro Norte S/A."

Deve ser registrado que o referido investimento teve início em 31/12/1998, mediante assinatura do contrato de nº416/98 entre o o Governo do Estado de Tocantins e a EMSA e consequente transferência de 35.000 ações representando 35% do capital votante da SANEATINS.

Quanto aos atos preparatórios do planejamento tributário abusivo, o primeiro deles foi a decisão de aumentar o capital social da EMSA, sem emissão de novas ações, mediante transferência/capitalização do saldo contábil da Reserva de Capital, no valor de R\$ 76.222.563,00, constante da Ata de Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 30/05/2011 (fls. 23 a 26).

Em seguida, a mesma Assembleia decidiu reduzir o Capital Social em R\$ 126.467.516,00, com a extinção de 1.680.541 ações ordinárias nominativas.

Por consequência decidiu-se ainda devolver parte do capital subscrito e integralizado ao acionista majoritário AMC CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A, no mesmo valor da redução do capital, mediante a transferência da totalidade da

participação societária detida pela EMSA junto a sociedade investida SANEATINS, avaliada pelo valor de R\$ 126.467.516,00, conforme Balanço Patrimonial de 30/04/2011 e laudo de avaliação elaborado pela empresa Contana Auditoria e Consultoria Contábil S/S Ltda. Assinaram essa AGE os acionistas Annibal Crosara (Presidente), Annibal Crosara Júnior e, representando a acionista AMC, o seu Diretor Financeiro e Administrativo, Adriano José Correa Crosara.

Quanto às decisões desta ATA devemos primeiro questionar o propósito de o mesmo ato decidir pelo aumento e redução do Capital Sociedade proporcionando devolução do montante reduzido a somente um dos acionistas.

Outra constatação refere-se a falta de equivalência entre o capital restituído e o remanescente. Pois a valoração/representação das ações ordinárias nominativas objeto da redução não foi proporcional à valoração das ações que remanescentes do Capital Social.

Verifica-se que a redução do capital social em R\$126.467.516,00 foi decorrente da extinção de 1.680.541 ações ordinárias, o que representa um valor de R\$75,00 por ação. Por outro lado, o Capital remanescente da EMSA no valor de R\$ 145.854.535,00 dividido em 5.969.513 ações ordinárias representa apenas um valor de R\$ 24,43 por ação. Esse tipo de divergência demonstra a artificialidade das operações engendradas.

No dia seguinte, em 31/05/2011, a sociedade AMC, controladora da EMSA, mediante Assembleia Geral Extraordinária dos acionistas, decidiu, primeiro, aumentar o Capital Social em R\$ 112.041.984,00, sem emissão de novas ações, mediante capitalização do saldo da conta Reserva de Lucros apurado em Balanço Patrimonial de 30/04/2011, de acordo com o Laudo de Avaliação que teria sido elaborado pela empresa COTANA Auditoria e Consultoria Contábil S/S Ltda.

Nesta mesma assembleia da Sociedade AMC, os acionistas decidiram, logo após o aumento do capital social, reduzi-lo em R\$126.467.516,00, sem alteração na quantidade de ações da Companhia.

Consequentemente, houve redução na participação de cada um dos acionistas no capital social da AMC em R\$31.616.879,00. A restituição deste valor aos acionistas ocorreu mediante a transferência da participação societária junto à sociedade investida SANEATINS. Assim coube a cada um dos quatro acionistas da AMC uma participação equivalente a 19,13% no capital social da investida.

As decisões desta Assembleia Extraordinária constam em ATA lavrada no dia 31/05/2011 assinada pelos acionistas Annibal Crosara Júnior, Adriano José Correa Crosara, Maria Inez Crosara e Maria Elvira Crosara (fls. 260 a 263).

Em 29/09/2011, foi assinado o contrato de compra e venda celebrado entre as pessoas físicas supramencionadas, sócias da AMC, e a Companhia Foz Centro Norte S/A, CNPJ 14.311.324/0001-55, cujo objeto foram as ações representativas da participação societária no capital social da SANEATINS. No dia 30/09/2011, foi assinado pelas partes envolvidas na transação o 1º Aditivo ao Contrato, pelo qual, juntamente com o Contrato assinado no dia anterior, estabeleceram-se as resoluções e condições da operação comercial.

Pela análise dos documentos supracitados, em conjunto com outros documentos trazidos pelos supostos vendedores (pessoas físicas) e pela sociedade Odebrecht Ambiental S/A (sucessora da Compradora Foz Centro Norte S/A) (fls. 43/84 e 795/900), verificamos o que se segue.

Os acionistas Adriano José Correia Crosara e Maria Inez receberam, cada um, em moeda corrente nacional, o montante de R\$ 86.077.500,00 pela alienação da respectiva participação societária do capital da SANEATINS que, individualmente, detinham o equivalente a 19,13% do Capital Votante da SANEATINS. Assim, os dois acionistas apuraram individualmente, um ganho de capital equivalente a R\$ 54.460,621,01 em decorrência dessa transação comercial, considerando o custo de aquisição declarado no valor de R\$ 31.616.878,99, custo correspondente à quarta parte do valor dado à participação de 76,52% no capital votante da SANEATINS.

Os acionistas Annibal Crosara Júnior e Maria Elvira Crosara, em razão da participação societária individual junto à SANEATINS no percentual de 19,13% do capital votante, receberam, cada um, o equivalente a R\$ 86.422.500,00, mediante a transferência de 86.422.500 ações da recém-criada Saneamento Tocantins S/A (STO). Portanto, estes acionistas apuraram um ganho de capital equivalente a R\$ 54.805.621,01, também considerando um custo de aquisição declarado no valor de R\$ 31.616.878,99.

Conforme fatos acima descritos, os acionistas Annibal Crosara Júnior e Maria Elvira Crosara receberam ações da STO, como forma de pagamento pela alienação da participação societária junto a SANEATINS. Desta forma, eles, em conjunto passaram a controlar 99,99 % do capital social da STO, permanecendo o percentual de 0,01% do capital social com a sua antiga controladora e adquirente das ações da SANEATINS, a FOZ CENTRO NORTE S/A.

Esta situação proporcionou, menos de três meses depois, outra transação comercial, com nova apuração de ganho de capital pelos contribuintes Annibal Crosara Júnior e Maria Elvira Crosara, desta vez, em razão da transferência das ações da STO para a Foz Centro Norte S/A prevista em Contrato de Opção de Venda e Opção de Compra de Ações celebrado em 30/09/2011, conforme descreve o recibo de quitação do preço de opção de

compra apresentado pelas pessoas físicas citadas em resposta aos Termos de Intimação 10 e 11 de 2015.

Portanto, foi em 26/12/2011, que os acionistas Annibal Crosara Júnior e Maria Elvira Crosara transferiram suas ações da STO para a sua antiga controladora, Foz Centro Norte S/A, recebendo cada um, em moeda corrente, o montante de R\$88.845.308,47.

Com este ato, fechou-se o processo de transferência do controle acionário junto a SANEATINS para a sociedade Foz Centro Norte S/A, que até 31/05/2011 esteve em poder da pessoa jurídica fiscalizada e que após algumas manobras contábeis e comerciais de forma artificial, sem substância econômica possibilitou a transferência para pessoas físicas sócias, com o único objetivo de recolhimento a menor de tributos.

Da análise dos fatos acima descritos, percebe-se claramente que desde o início buscou-se viabilizar uma situação que pudesse proporcionar um recolhimento de tributos em valor muito inferior ao que deveria ter sido apurado. No entanto, esta série de atos executados demonstra um tipo de planejamento tributário realizado com excessos, mediante simulação e prática de atos sem propósito econômico e/ou comercial, evidenciando atos aparentemente legais e perfeitos do ponto de vista formal, mas quando contextualizados e analisados em conjunto confirma-se a existência de um objetivo inicialmente oculto. No presente caso constata-se e que esta sequência de atos teve por finalidade dissimular a real transação comercial, ocorrida entre a EMSA e o Grupo Odebrecht.

Deve ser registrado ainda o fato de que a EMSA participou e teve atuação importante no processo de alienação das ações da SANEATINS, mesmo após a transferência da participação societária aos sócios pessoas físicas da AMC, atuando como procuradora e fiadora destes, e desta forma constando como parte interessada no contrato de compra e venda das ações da SANEATINS, (Vide item 7 na definição das partes e cláusulas 8 e 11 do Contrato, (fls. 43 a 78).

A assinatura de um contrato de compra e venda envolvendo cifra superior a trezentos milhões de reais, como foi a transação comercial para transferência do controle acionário da SANEATINS não é uma operação comum, e, portanto, demanda tempo para avaliação, elaboração de laudos técnicos e pareceres jurídicos, análise de propostas para enfim chegar a celebração de um contrato formal estabelecendo as mais variadas condições e cláusulas comerciais e jurídicas.

Consequentemente, não é razoável acreditar que esta operação comercial finalizada com o contrato de compra e venda de 29/09/2011, não tenha sido iniciado antes de 30/05/2011, data em que houve a transferência da propriedade das ações da SANEATINS para as pessoas físicas decorrentes de atos sucessivos de aumento e redução de capital nas Companhias EMSA e AMC.

Outro fato que evidencia tanto o planejamento tributário abusivo quanto a intenção de dissimular a real transação comercial é que tão logo as pessoas físicas receberam os valores decorrentes da alienação das ações das empresas SANEATINS e STO, estes foram repassados primeiro para a AMC a título de adiantamento de capital social para futura subscrição de novas ações e outros pactos e, logo após, valores substanciais foram transferidos para a pessoa jurídica fiscalizada a título de investimento, conforme consta nos esclarecimentos fornecidos pelo representante da AMC e documentos bancários e contábeis que acompanharam tais esclarecimentos (fls. 905 a 973). Verifica-se nas Declarações da Pessoa Jurídica e Pessoas Físicas, assim como, na Escrituração Contábil o registro e confirmação desta situação.

Ora, não bastasse todos os atos anteriores sem propósito econômico ou comercial (como por exemplo, aumento e redução de capital social na mesma data e valoração divergente de ações nestas operações de aumento/redução do capital) o fato de os recursos financeiros retornarem para a pessoa jurídica fiscalizada comprova claramente que a transação comercial de venda da participação societária junto a SANEATINS foi negociada e realizada desde o início pela EMSA."

Deste modo, foram lavrados os autos de infração referente ao IRPJ e à CSLL, considerando os resultados positivos obtidos na alienação dos bens do ativo não circulante, como ganhos de capital, e adicionados às bases de cálculo já calculadas pelo sujeito passivo com base no Lucro Presumido.

Foi imposta a multa qualificada de 150%, na medida em que se entendeu presentes as hipóteses dos arts. 72 (fraude) e 73 (conluio) da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Por fim, foi atribuída responsabilidade solidária, com base no art. 124, inciso I, do CTN, aos contribuintes ANNIBAL CROSARA JUNIOR, ADRIANO JOSE CORREA CROSARA e AMC - CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A.

Regularmente intimada, a EMSA apresentou a Impugnação de fls. 1.609 a 1.696, na qual sustentam:

(i) preliminarmente, a ausência de fundamento jurídico para a lavratura do auto de infração, uma vez que não teria sido indicado qualquer dispositivo da legislação que teria sido infringido;

(ii) ainda em caráter preliminar, a nulidade do lançamento por vício de fundamentação legal na apuração do custo, posto que esta teria sido realizada em desacordo com o art. 426 do RIR/99, que seria o regramento aplicável;

(iii) por fim, o equívoco na apuração do custo levaria também à nulidade do lançamento por iliquidez e incerteza do crédito tributário;

(iv) a legalidade e legitimidade das operações realizadas e a ausência de planejamento tributário abusivo, descrevendo como a operação de venda de parte da

SANEATINS teria se dado e justificando que a decisão dos sócios Adriano e Maria Inez de não manter o investimento na SANEATINS seria a razão para a forma de realização do negócio;

(v) que *"só havia uma solução para o impasse existente entre os controladores indiretos da Impugnante, que era a redução do seu capital com a entrega das ações da Saneatins para a AMC e, posteriormente, a redução do capital social da AMC com a entrega da participação acionária detida na Saneatins para seus controladores"*;

(vi) a neutralidade do aumento de capital realizado na EMSA antes da redução de capital para entrega da SANEATINS à AMC, já que o capital social da EMSA já era de R\$ 196.099.488,00, portanto, suficiente para a redução no montante do calor contábil do investimento detido na SANEATINS (R\$ 126.467.516,00);

(vii) o erro da autoridade fiscal na avaliação da suposta divergência no valor das ações da EMSA extintas e remanescentes, uma vez que *"não usou o valor patrimonial das ações para aferir o valor das que permaneceram no capital social da Impugnante, mas sim dividiu o capital social remanescente (R\$ 145.854,535,00) pelo número de ações que permaneceram na sociedade (5.969.513), chegando ao valor de R\$ 24,43 por ação"*;

(viii) a existência de propósito extrafiscal para a realização das operações, qual seja *"o fato dos Srs. Annibal Jr. e Maria Elvira pretenderem se associar ao grupo Odebrecht, enquanto os Srs. Adriano e Maria Inez queriam aliená-la"*;

(ix) a impossibilidade de se atribuir à EMSA o Ganho de Capital auferido em dezembro de 2011, pelo fato de que as ações da Saneamento Tocantins S/A jamais pertenceram a esta pessoa jurídica;

(x) a inexistência de provas de que os montantes transferidos da AMC para a EMSA, em setembro de 2011 e janeiro de 2012, decorreriam da operação de venda da SANEATINS, já que a EMSA deteria outros investimentos, sendo constante o fluxo de recursos;

(xi) a ausência de retorno à situação prévia à alienação, uma vez que a EMSA, ou quaisquer de suas subsidiárias, não possuem mais qualquer investimento em empresas de saneamento básico;

(xii) a impossibilidade de ingerência do Fisco na operação por ela realizada, posto se tratar de uma opção legal, dentro de sua liberdade de auto-organização;

(xiii) a indevida desconsideração pela Autoridade Fiscal do Imposto de Renda recolhido pelos sócios pessoas físicas;

(xiv) a impossibilidade de imputação da multa qualificada, devido à inexistência de sonegação, fraude ou conluio;

(xv) a impossibilidade de exigência da multa, caso a decisão pela manutenção do lançamento se dê por voto de qualidade, uma vez que se estaria diante de razoável dúvida quanto à ocorrência da infração;

(xvi) a violação à vedação constitucional ao confisco, na aplicação da multa de 150%; e

(xvii) a ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

Em Impugnações de mesmo teor (respectivamente, às fls. 1.315/1.336, 1.429/1.450 e 1.518/1.539) os responsáveis solidários AMC - CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A, ADRIANO JOSE CORREA CROSARA e ANNIBAL CROSARA JUNIOR sustentam, preliminarmente, a falta de motivação para a atribuição de responsabilidade tributária. Aduzem que a autoridade fiscal indicou genericamente o art. 124, inciso I, do CTN como suposto fundamento legal da responsabilidade tributária. Segundo eles, porém, *"o Sr. Agente Fiscal em nenhum momento procurou motivar em que medida a Impugnante teria interesse comum nos fatos geradores objeto dos autos de infração lavrados, limitando-se a alegar que a Impugnante teria participação ativa em 'toda a engenharia planejada, mediante manobras contábeis e comerciais, realização de atos meramente formais sem propósito (...) visando apenas a redução na apuração dos tributos devidos"*.

Acrescentam que não haveria, no Relatório Fiscal ou no Termo de Responsabilidade Tributária, nenhuma palavra que justificasse a sua imputação de responsabilidade, nem ainda qualquer estabelecimento de vínculo entre eles e a alienação das ações da Saneamento Tocantins S/A.

Assim, haveria a nulidade da atribuição de responsabilidade, por ausência de motivação.

Em seguida, ratificam as razões de defesa apresentadas pela EMSA, em sua Impugnação.

Subsidiariamente, defendem a inaplicabilidade do art. 124, inciso I, do CTN, posto que não existiria interesse comum no fato gerador da obrigação tributária que fundamentou a lavratura dos autos de infração; que o referido dispositivo se refere a uma responsabilidade tributária no campo da licitude, não sendo aplicável às hipóteses em que teriam sido praticados atos dolosos, culposos ou fraude; e que os interesses econômico ou financeiros não poderiam ensejar a referida responsabilização.

Alegam, ainda, a impossibilidade de aplicação da multa qualificada de 150%, uma vez que inexistiria a caracterização de sonegação, fraude ou conluio de sua parte.

Por fim, invocam o princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal), para defender que a multa qualificada não poderia se estender ao responsável solidário.

A DRJ/Brasília proferiu, então, o Acórdão ora recorrido (fls. 2.420 a 2.448), no qual:

a) rejeitou a alegação de nulidade por ausência de fundamentação legal dos autos de infração, uma vez que a autoridade fiscal imputou aos Recorrentes uma conduta simulada (ainda que sem apontar dispositivo legal referente à simulação), em relação à qual foi apresentada a defesa, tratando a discussão de questões fáticas e não de direito;

b) rejeitou, igualmente, a preliminar de nulidade em decorrência de vício na fundamentação legal da apuração do custo, posto que eventual equívoco na referida apuração seria matéria que implicaria a redução da base tributável e não a nulidade da autuação;

c) apontando a distinção entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, afastou a acusação de simulação, por considerar que *"os atos praticados tanto pela contribuinte como pelos responsáveis tributários surtiram os efeitos que lhes eram próprios e não se verifica das provas coligidas que tenham servido para dissimular outros negócios jurídicos"*;

d) considerou, ainda, que os atos praticados pelos Recorrentes não contrariaram qualquer norma legal, não foram praticados em fraude à lei e nada teria sido dissimulado;

e) registrou que a autoridade fiscal alegou, mas não demonstrou que a tributação que incidiria sobre a alienação realizada pela pessoa jurídica seria mais onerosa que aquela realizada pelos sócios pessoas físicas;

f) rejeitou a possibilidade de fundamentar o lançamento na acusação de abuso de direito, por considerar que o Parágrafo único do art. 116 do CTN, que seria o instrumento para desconsiderar, sob tal alegação, atos praticados pelos contribuintes não é aplicável, por se encontrar pendente de regulamentação;

g) considerou, ainda, inaplicável, no âmbito do Direito Tributário, o art. 187 do Código Civil;

h) por fim, concluiu que o Relatório Fiscal não traz qualquer elemento de prova que desconstitua a alegação dos sujeitos passivos de que a razão para que as ações fossem transferidas para as pessoas físicas dos sócios controladores seria a divergência entre eles quanto à manutenção ou não do investimento na SANEATINS;

Isto posto, foi julgada procedente a Impugnação, cancelando integralmente o lançamento tributário.

Em razão do valor exonerado, a matéria foi submetida ao CARF, por meio de Recurso de Ofício, na forma do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, e da Portaria MF nº 63, de 2017.

O sujeito passivo principal e os responsáveis solidários apresentaram petições dirigidas ao Presidente da Primeira Seção de Julgamento do CARF, pugnando pela manutenção da decisão de primeira instância e, subsidiariamente, caso seja dado provimento ao Recurso de Ofício, pelo retorno dos autos à DRJ, para julgamento das demais matérias não enfrentadas na decisão recorrida, ou pelo enfrentamento pelo CARF de tais matérias (fls. 2.460/2.462, 2.499/2.503, 2.543/2.545 e 2.581/2.583).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou, às fls. 2.657 a 2.695, Razões ao Recurso de Ofício, em que concorda com a decisão *a quo* quanto à rejeição das preliminares de nulidade, mas, quanto ao mérito, protesta pelo restabelecimento integral do lançamento fiscal, pelos seguintes fundamentos:

(i) *"é perfeitamente possível a ocorrência, concomitante, de simulação e abuso de direito dentro do planejamento tributário ilícito"*, sendo parte dos atos praticados afetados por um desses ilícitos, parte pelo outro;

(ii) o voto condutor do acórdão recorrido, para afastar a simulação, teria analisado o negócio jurídico praticado apenas quanto ao seu elemento objetivo (compra e venda), quando a autuação se concentrou no elemento subjetivo, apontando que o real vendedor teria sido a EMSA, e não os sócios acionistas;

(iii) teria havido, sim, simulação no caso concreto, em relação ao sujeito do negócio jurídico;

(iv) a vantagem tributária obtida por meio da simulação seria questão de simples matemática: a alíquota total na tributação da pessoa jurídica seria de 34%, enquanto na pessoa física seria de 15%;

(v) a referida vantagem se constataria pela mera comparação entre os valores totais dos tributos devidos pela pessoa jurídica, conforme os autos de infração (sem as multas e juros), e aqueles recolhidos pelos acionistas pessoas físicas;

(vi) finalmente, a referida vantagem se constataria pelo requerimento da EMSA referente ao aproveitamento dos valores já recolhidos pelas pessoas físicas para diminuir o valor devido pela pessoa jurídica;

(vii) a teoria do abuso do direito seria aplicável no âmbito tributário, sendo que, no caso concreto, o abuso residiria na ausência de propósito negocial da operação realizada, que visou exclusivamente uma economia fiscal;

(viii) *"em matéria de planejamento tributário, a interpretação literal da lei e a consideração meramente formal dos negócios jurídicos significa maximizar a liberdade do contribuinte em detrimento dos demais valores consagrados pela CF/88"*, sendo indispensável o uso da interpretação sistemática e teleológica da lei e dos fatos;

(ix) o Fisco pode desconsiderar os efeitos jurídico-tributários de negócio isento de vícios formais realizado com simulação, fraude, abuso de forma ou direito, se comprovado que a pretensão das partes ao celebrá-lo foi exclusivamente fugir da tributação;

(x) a argumentação do contribuinte para justificar a forma de realização do negócio estaria dissociada da realidade dos acontecimentos, pois, *"após a alienação das ações representativas do controle acionário da SANEATINS para a FOZ CENTRO NORTE S/A, em 29.09.2011, houve a transferência, em 30.09.2011, de R\$ 136.000.000,00 para a AMC a título de adiantamento de capital social para futura subscrição de novas ações e/ou outros pactos e, em seguida, a transferência de 130.000.000,00 da AMC para a EMSA, no mesmo dia 30.09.2011"*;

(xi) menos de três meses após o negócio, os sócios acionistas havia recebido as ações da STO as alienaram; houve aumento do capital social da EMSA, mediante subscrição e integralização de ações exclusivamente pelo acionista AMC; e houve a transferência para a AMC, a título de adiantamento de capital social para futuras subscrições de novas ações e, da AMC para a EMSA;

(xii) os fatos apurados pela autoridade fiscal mostram que os valores recebidos em decorrência da alienação das ações da SANEATINS retornaram à própria EMSA, em brevíssimo lapso temporal;

(xiii) a justificativa apresentada pela autuada *"não encontra guarida nos fatos, considerando que, na realidade, os sócios que alegadamente desejavam manter tal investimento, de fato eles não o mantiveram"*;

(xiv) o sócio ADRIANO, que teria se desentendido com o Grupo AMC, teria se retirado desta apenas quatro anos após os fatos em tela;

(xv) as divergências entre os sócios não foi provada nos autos;

(xvi) a forma de apuração do custo de aquisição pela autoridade fiscal estaria correta;

(xvii) o art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, não concedeu opção aos contribuintes na venda de bens do ativo de uma pessoa jurídica. *"A norma apenas visa a garantir a tributação dos rendimentos de forma integrada, ou seja, quando a avaliação dos bens é tributada na pessoa jurídica, os acionistas podem receber esses bens sem qualquer tributação a título de devolução de capital"*;

(xviii) na inexistência de redução de capital, com o objetivo de absorver perdas ou em face de capital excessivo (conforme previsto no art. 173 da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.082, da Lei nº 10.406, de 2002), não há se falar na aplicação do referido art. 22, como seria o caso dos autos, em que a redução é realizada com o fim exclusivo de viabilizar um planejamento tributário;

(xix) a justificativa de excesso de capital não se reflete nos fatos relativos à operação sob exame, primeiro porque, na mesma data, houve o aumento do capital; depois, porque a razão da redução foi, explicitamente, permitir que os sócios Adriano e Maria Inez deixassem de participar, ainda que indiretamente, do capital social da SANEATINS, enquanto os sócios Annibal e Maria Elvira se associassem ao Grupo Odebrecht no controle desta empresa; e, finalmente, porque, meses depois, houve novo aumento de capital da EMSA;

(xx) a alegação de impossibilidade de se atribuir à EMSA ganho de capital referente à alienação da STO, já que esta nunca lhe pertenceu é infundada, pois a acusação fiscal é exatamente de simulação, quando a entre das ações da STO seria pagamento pela alienação da SANEATINS, pertencente à EMSA;

(xxi) os valores recolhidos pelos sócios pessoas físicas não podem ser aproveitados pela EMSA, dada a impossibilidade de compensação com créditos de terceiros constante do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996;

(xxii) a impossibilidade de compensação não implica *bis in idem*, pois os sujeitos passivos são diversos;

(xxiii) a fundamentação da autoridade fiscal para a qualificação da multa de ofício seria irretorquível, não cabendo também a aplicação do art. 112 do CTN;

(xxiv) apesar de não constar do TVF, a motivação e a fundamentação para a atribuição da responsabilidade tributária solidária se encontram adequadamente expostos nos autos de infração;

(xxv) a multa de ofício é, indubitavelmente, obrigação principal e integra o crédito tributário, devendo sofrer a incidência dos juros de mora, como determinado pelo art. 161, §1º, do CTN.

Visando garantir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e em simetria ao disposto no art. 48, §2º, do RI/CARF, foi oferecida oportunidade para que os sujeitos passivos se manifestassem sobre as razões ao Recurso de Ofício apresentadas pela PGFN (fl. 2.730).

Neste sentido, a EMSA apresentou o documento de fls. 2.747 a 2.768, no qual caso seja renovou o pedido para que, caso seja dado provimento ao Recurso de Ofício, retornem os autos à DRJ, para julgamento das demais matérias não enfrentadas na decisão recorrida, destacando que as demais matérias trazidas nas razões da PGFN não poderia ser enfrentadas pelo CARF, sem prévia análise por parte da DRF, sob pena de supressão de instância e cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Após isso, defende a inexistência de simulação, já que não há inconsistência entre a vontade real e aquela manifestada perante terceiros, e de abuso de direito, já que a redução de capital e a alienação pelas pessoas físicas não podem ser qualificadas como atos abusivos; a ausência de fundamentação da autuação no art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil, como invocado nas razões da PGFN; a ausência de demonstração de que o ato dissimulado seria tributariamente mais oneroso; e repete argumentos trazidos na Impugnação, inclusive sobre as matérias não enfrentadas pela DRJ.

Os responsáveis solidários, por sua vez, também apresentaram manifestações, de igual teor (fls. 2.817/2.819, 2.875/2.877 e 2.932/2.934), entendendo não haver interesse recursal dada a procedência da Impugnação e, subsidiariamente, caso seja dado provimento ao Recurso de Ofício, pelo retorno dos autos à DRJ, para julgamento das demais matérias não enfrentadas na decisão recorrida, ou pelo enfrentamento pelo CARF de tais matérias.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

1. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Como relatado, por meio do Acórdão Recorrido, houve a exoneração total do crédito tributário, pelo entendimento de inexistência de comprovação de que as operações realizadas pelo sujeito passivo constituíam planejamento tributário ilícito.

Nos termos Súmula CARF nº 103, *"Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância"*.

Neste sentido, o recurso de ofício deve ser conhecido, pois o valor exonerado extrapola em muito o limite fixado pelo Ministro da Fazenda, por meio da Portaria nº 63, de 09 de fevereiro de 2017 (créditos de tributos e encargos de multa superior a R\$ 2.500.000,00).

Assim passo a apreciar a matéria devolvida a este colegiado por meio do citado Recurso.

2. DA CONTROVÉRSIA POSTA NOS AUTOS

A decisão acerca da procedência (ou não) do lançamento tributário de que tratam os presentes autos se restringe, essencialmente, à análise das operações realizadas pelo sujeito passivo relacionadas com a alienação do controle societário da pessoa jurídica SANEATINS para o Grupo Odebrecht.

Segundo a acusação fiscal, houve por parte do sujeito passivo, em conluio com os responsáveis solidários, a criação de operações artificiais para fazer parecer que a referida alienação foi realizada pelos controladores pessoas físicas, quando, na verdade, teria sido realizada pela EMSA. O objetivo do artificialismo seria, exclusivamente, a economia tributária.

Os sujeitos passivos, de outra parte, sustentam que inexistente qualquer simulação ou abuso de direito nas operações realizadas, sendo que a forma pela qual elas se deram decorreu de divergências entre os seus controladores indiretos, uma vez que os sócios Adriano Crosara e Maria Inez Crosara teriam decidido não manter o investimento na SANEATINS, enquanto que os sócios Annibal Crosara Jr. e Maria Elvira Crosara desejavam se associar ao Grupo Odebrecht no controle da SANEATINS, visando ao desenvolvimento do investimento, na expectativa de uma futura abertura de capital.

A decisão, portanto, ancora-se primordialmente na análise dos fatos ocorridos, consoante as provas carreadas pelas partes aos autos.

3. DAS PREMISSAS JURÍDICAS

O Relator do Acórdão recorrido aponta que a acusação fiscal padece de certa imprecisão quanto discorre sobre os vícios do negócio realizado pelo sujeito passivo:

"Inicialmente, há que se ressaltar que o Relatório Fiscal incorre em certa imprecisão conceitual quando fala em "planejamento tributário abusivo quanto à intenção de dissimular" (a fls. 1275). Por exemplo, a fls. 1271, o Relatório Fiscal sustenta que estamos a tratar de "planejamento tributário abusivo", como também, a fls. 1275, sustenta falta de propósito negocial de atos praticados pelo sujeito passivo, o que conduz a um entendimento de que houve abuso de direito, ou seja, aquilo que alguns defendem decorrer de uma reorganização societária com o único fim de reduzir carga tributária. Por sua vez, ao tratar da multa qualificada no último parágrafo da fl. 1280, o Relatório Fiscal sustenta que: "os atos tiveram como propósito dissimular o real vendedor na transação entre a Foz Centro Norte e o Grupo empresarial de que o sujeito passivo faz parte", o que levaria a concluir que há uma acusação de simulação, ou seja, os atos foram simulados para dissimular o impugnante (EMSA) como verdadeiro vendedor das ações da Saneatins para o grupo Odebrecht. Ora, não há como os atos serem ao mesmo tempo qualificados como abuso de direito e simulação relativa, mas, de qualquer sorte, analisemo-los sob as duas perspectivas."

Sem adentrar no mérito das conclusões acima, a leitura do Relatório Fiscal de fls. 1.265 a 1.282, de fato, revela a referida imprecisão quanto aos conceitos jurídicos, sem que isso implique nulidade da autuação (como bem decidido, em caráter preliminar, na decisão recorrida) e sem prejudicar, mesmo, a clareza da acusação, que é, sim, de Simulação, por meio da criação de negócios artificiais, ainda que referências sejam feitas também a outras figuras, conforme se extrai das seguintes passagens:

"No curso da auditoria fiscal, verificamos que a EMSA, em conluio com seus sócios controladores, praticaram atos em série com o objetivo de fazer parecer que uma venda de participação societária, na SANEATINS, efetuada pela pessoa jurídica teria sido feita por pessoas físicas, com o único objetivo de obter a tributação mais favorável nas pessoas físicas, do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), em detrimento da tributação na pessoa jurídica mais gravosa, do IRPJ e da CSLL.

(...)

A seguir, neste relatório fiscal, demonstraremos a artificialidade dessas operações, as quais não poderão ser oponíveis ao fisco, por não ter substância econômica. A análise dos fatos, acompanhado das provas, faz-nos concluir que o verdadeiro vendedor foi a empresa fiscalizada.

Importante registrar que os atos formais praticados, se analisados isoladamente, não apresentariam indícios de infração à legislação tributária, mas, se inseridos no contexto dos fatos que precederam e sucederam a transação comercial, torna-se inequívoca a prática de planejamento tributário abusivo, com o único propósito de recolhimento a menor de tributos federais."
(grifos não-originais)

Na verdade, a imprecisão no Relatório decorre da própria indefinição na doutrina acerca dos vários conceitos de Teoria Geral do Direito e da Teoria do Direito Tributário envolvidos na abordagem do planejamento tributário, que, não raro, ganham significados diversos, conforme reconhece Hugo de Brito Machado (*Planejamento Tributário* in: *Planejamento Tributário*, São Paulo: Malheiros, 2016. p. 22-24):

"No estudo desse importante tema que é o planejamento tributário, vários conceitos jurídicos, próprios da Teoria Geral do Direito, estão envolvidos. Entre eles merece destaque: abuso de direito, abuso de forma, dissimulação e simulação.

As palavras e expressões geralmente são plurissignificativas. Assim, dizermos o que significa abuso de direito, ou abuso de forma, depende do contexto no qual tais expressões sejam utilizadas. (...)

São também muito utilizados nos estudos do planejamento tributário os conceitos, próprios da Teoria Geral do Direito, "dissimulação" e "simulação". Na linguagem comum, a palavra "dissimulação" tem mais de um significado, e o mesmo acontece com a palavra "simulação". Quando empregadas no sentido de ocultação de fatos, de elementos, da realidade fenomênica, implicam ilicitude. E, a depender do significado com o qual

sejam utilizadas, que resultará do contexto, podem ser sinônimas.

(...)

As expressões 'elisão fiscal', 'elusão fiscal' e 'evasão fiscal' geralmente são utilizadas na doutrina especializada com significados diferentes, o que dificulta o estudo do assunto."

Decorre, ainda, da própria ausência de consenso, seja entre a doutrina, seja por parte da jurisprudência administrativa acerca do instrumental jurídico existente para a abordagem dos casos concretos de planejamento tributário.

Parte dos operadores se mantém inarredável no seu posicionamento de defesa da legalidade estrita e da tipicidade cerrada. Outra corrente, ante a constatação da impossibilidade de a norma positivar todas as possibilidades jurídicas, em uma sociedade globalizada e em constante mutação, fundada na defesa de princípios e valores que permeiam o nosso sistema constitucional, defende o emprego de institutos herdados do Direito Alemão ou Americano (análise econômica, abuso de forma, propósito negocial). Por fim, há aqueles que se estabelecem em posições intermediárias entre as duas fileiras. O certo é que a temática é desafiadora e a apontada menção no Relatório Fiscal a mais de um fundamento para a autuação reflete isso, repito, sem qualquer vício que macule a autuação.

Deste modo, antes de adentrar à análise dos fatos ocorridos, cabe breve apanhado sobre conceitos jurídicos relevantes para o seu desenrolar.

Neste sentido, valho-me de preciosa lição da Professora Maria Rita Ferragut (*As provas e o Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2016. p. 115), que, no meu julgar, estabelece as bases sobre as quais deverá ser realizada a apreciação dos autos:

"Como identificar se as partes celebraram, negócio jurídico válido, que implicou redução, eliminação ou postergação da carga tributária, ou se incorreram em ilícito, mediante a realização de atos dissimulados praticados com os fins de ocultar a ocorrência do fato jurídico tributário?"

O direito brasileiro protege o direito individual de se auto-organizar. Ao tratarmos de elisão e evasão fiscal, não poderíamos deixar de reconhecer que a essência do negócio celebrado - aqui empregada como natureza e dinâmica da realização do ato, tais como contexto, conteúdo do ato, finalidades, etc - sobrepõe-se à espécie formal de operação (compra e venda, importação por conta e ordem etc). Senão for assim, não teríamos como lidar com a simulação, pois a licitude formal encontra-se presente em grande parte dos atos.

Com isso, queremos dizer que não basta a aparência de licitude, pautada em contratos particulares e livros fiscais e contábeis. Deve ser demonstrada a compatibilidade entre o previsto nos documentos societários e fiscais, e os atos comprovadamente realizados pelos interessados. Estamos convencidos de que este ponto é crucial."

Para aquela autora, e no que concordo, o foco da análise dos ilícitos atípicos não pode ser meramente a economia tributária produzida, nem se pode considerar inoponíveis ao Fisco negócios lícitos praticados exclusivamente visando a tal economia. O cerne da questão deve ser averiguar se o ato praticado, com a única finalidade de reduzir ou eliminar a carga tributária, oculta "*o verdadeiro ato ou a real situação jurídica do contribuinte*" (op. cit, p.116), quando se estará diante de ilicitude.

Como já tive oportunidade de manifestar, na análise de outros casos de planejamento tributário, a referência a existência ou não de "*propósito negocial*" (teoria importada do direito estadunidense, pela qual não devem produzir efeitos contra o Fisco os negócios jurídicos que visando à redução dos tributos não guardem coerência com as atividades usuais praticadas no ramo) ou a rejeição à ausência de motivação extra-tributária deve ser realizada com extrema cautela, já que, no meu entender, o que deve ser combatido não é o planejamento tributário empreendido por meio de operação realizada sem propósito negocial ou sem motivação extra-tributária (o que pode ser plenamente lícito), mas aquele realizado por meio da dissociação entre a vontade expressa formalmente nos atos praticados e a real motivação para a sua prática.

Na acusação fiscal, de fato, há certa imprecisão e mesmo a junção de argumentos. A leitura do Relatório Fiscal, porém, revela que, a despeito de mencionar conceitos próprios da chamada análise econômica do Direito, o norte da autoridade fiscal se refere à existência da simulação:

"Da análise dos fatos acima descritos, percebe-se claramente que desde o início buscou-se viabilizar uma situação que pudesse proporcionar um recolhimento de tributos em valor muito inferior ao que deveria ter sido apurado. No entanto, essa série de atos executados demonstra um tipo de planejamento tributário realizado com excessos, mediante simulação e prática de atos sem propósito econômico e/ou comercial, evidenciando atos aparentemente legais e perfeitos do ponto de vista formal, mas quando contextualizados e analisados em conjunto confirma-se a existência de um objetivo inicialmente oculto. No presente caso constata-se e que esta sequência de atos teve por finalidade dissimular a real transação comercial, ocorrida entre a EMSA e o Grupo Odebrecht." (grifos não-originais)

O Acórdão recorrido analisa a operação, também, sob a ótica do abuso de direito. Sem a extensão da abordagem realizada pelo relator, sob a conceituação de tal instituto segundo a doutrina civilista, entendo necessário tratar do tema, pelo que retorno à lição da Professora Maria Rita (Op. cit, p. 121):

"Muitos doutrinadores brasileiros e aplicadores do direito defendem a ideia de que os negócios jurídicos necessitam ter uma causa além da economia fiscal, sob pena de desconsideração do ato. Os motivos que normalmente motivam tal posição são: (i) o art. 187 do Código Civil; (ii) a capacidade contributiva, a isonomia e a solidariedade social; e (iii) a tendência internacional de proibir o abuso de direito em prol de uma justiça fiscal e do equilíbrio entre interesses públicos e privados.

Esses argumentos pautam-se, sobretudo, no fato de que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode compactuar com comportamentos considerados abusivos. Esse é, sem dúvida alguma, um aspecto inegável, mas a primeira dificuldade reside em confrontá-lo com a segurança jurídica e a legalidade.

Somos do entendimento de que não há, no direito positivo brasileiro, enunciado que determine ao contribuinte a busca pela via comercial mais onerosa em termos tributários, nem a proibição pela menos onerosa. Não há na legislação tributária, tampouco, qualquer menção ao abuso de direito, de formas jurídicas, causa econômica ou propósito comercial, efeitos jurídicos relevantes além da economia fiscal, objetivo único ou principal de reduzir ou eliminar impostos, ato anormal de gestão. Estes institutos não foram positivados pelo direito tributário."

De fato, a Comissão Especial encarregada de elaborar o Código Tributário Nacional chegou a propor dispositivo (art. 86) visando "*cercear a evasão tributária procurada através do que a doutrina alemã chama 'o abuso de formas do direito privado'*". A proposta não prevaleceu no texto final.

Posteriormente a isso, o Parágrafo único do art. 116 do CTN surge, por meio da Lei Complementar nº 104, de 2001, como um "*instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticado com o abuso de forma ou de direito*", conforme Exposição de Motivos anexa ao projeto original.

Daí, porque, alinho-me à doutrinadora e ao Relator da decisão vergastada no sentido de que tão-somente após a regulamentação do Parágrafo único do art. 116 do CTN é que se poderá ter, no âmbito do Direito Tributário, os mecanismos necessários ao combate do abuso de direito.

Finalizo tal tópico remetendo ao roteiro traçado pela citada autora, para a apreciação das provas em relação aos planejamentos tributários (Op. cit., pp. 136-137):

"Por isso, a prova da licitude ou ilicitude que permeia o planejamento tributário deve ser feita a partir das características que o envolvem e que muitas vezes são dotadas de elevado grau de subjetividade, contrariamente ao que ocorre com o "mero" descumprimento de deveres instrumentais ou, no outro extremo, em casos latentes de crime contra a ordem tributária. A comprovação do dolo deverá recair, nesse sentido, sobre a sucessão de atos que levam a crer ter ocorrido o ilícito, e não sobre o fato típico tributário.

Nessa medida, quatro são os pontos relevantes a serem investigados e provados, a partir de todo o contexto que envolve o contribuinte e os atos e negócios jurídicos por ele realizados:

- 1. o escrito e o não escrito;*
- 2. o ocorrido (o que ocorreu foi compatível com o descrito nos documentos coletados?);*

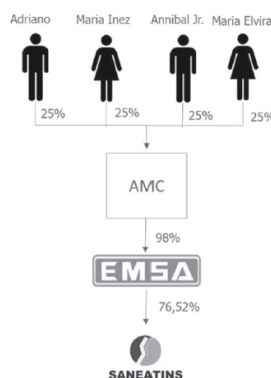
3. a conduta das partes (como subsídio na identificação da provável manifestação de vontade); e

4. o contexto temporal da conduta (o antes e o depois da realização do fato em análise)."

4. DA ANÁLISE DOS FATOS

4.1 - Da estrutura inicial

Não há divergência quanto ao quadro inicial, em maio de 2011, quando a EMSA, empresa do ramo de construção civil, detinha investimento na SANEATINS (76,52% do capital, 35% do capital votante). A EMSA, por sua vez, possuía como controladora direta (98,10% do capital) a AMC, holding do Grupo, pessoa jurídica constituída em 26/08/1988, e cuja totalidade do capital era dividido igualmente entre as pessoas físicas Adriano José Correa Crosara, Maria Inez Crosara, Annibal Crosara Jr. e Maria Elvira Crosara.

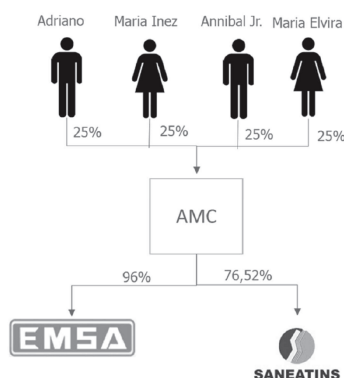


4.2 - Da passagem da SANEATINS para a AMC

Em 30/05/2011, quando a EMSA possuía um capital social de R\$ 196.099.488,00, dividido em 7.650.054 ações ordinárias nominativas, houve a utilização do saldo contábil da Reserva de Capital da EMSA, para o aumento do seu capital social em R\$ 76.222.563,00, sem emissões de novas ações, conforme ata de fls. 23/26, passando o capital social a R\$ 272.322.051,00.

Na mesma assembleia, porém, houve a decisão de promover a redução do capital social da EMSA, "*por achá-lo excessivo*", no valor equivalente à participação da AMC no capital social da companhia, com a extinção de 1.680.541 ações ordinárias de titularidade desta última pessoa jurídica. O valor foi pago por meio da transferência para a AMC de todo o investimento detido pela EMSA na SANEATINS, avaliado em R\$ 126.467.516,00, conforme Laudo de fls. 1.841 a 1.844.

Deste modo, a configuração passou a ser a seguinte:



A autoridade fiscal registrou a incoerência de, na mesma data, promover-se o aumento do capital social e a subsequente redução, sob a justificativa de excesso de capital.

O esclarecimento apresentado pela EMSA não ajudou a elidir a incoerência:

"Uma vez que a Impugnante não tinha interesse em continuar com a atividade de saneamento no Estado de Tocantins, o capital social da Impugnante se tornou excessivo, justificando-se a redução com a entrega da referida participação societária para a AMC.

Não obstante, os acionistas da Impugnante aproveitaram para, em um mesmo ato, capitalizarem reservas patrimoniais, o que poderia também ter sido feito antes ou depois da redução de seu capital, simplificando procedimentos e reduzindo custos."

Melhor sorte teve, porém, ao apontar a neutralidade da referida operação de redução do capital social:

"Vale mencionar que o aumento de capital não era necessário, uma vez que o capital social da Impugnante, no montante de R\$ 196.099.488,00, era mais do que suficiente para que sofresse a redução no montante do valor contábil do investimento detido na Saneatins (i.e., R\$ 126.467.516,00) em razão da decisão de que a Impugnante não mais investiria em saneamento básico no Estado de Tocantins.

Se a Impugnante não tivesse aumentado seu capital antes da redução, o valor patrimonial das ações também permaneceria o mesmo, uma vez que a conta de reservas também compõe o patrimônio líquido, assim como o capital social, de modo que o efeito fiscal da não realização do aumento seria neutro."

Cabe destacar que, a aparente contradição entre aumento de capital com reservas seguido ou antecedido por redução do capital com restituição aos acionistas pode até mesmo ser impositivo, na hipótese em que, considerada a redução do capital social, este passe a superar as reservas de lucros cujo limite máximo é exatamente o capital.

"A hipótese que interessa, para os fins deste trabalho, é a da aplicação do excesso na integralização ou no aumento do capital social, uma vez que as reservas de lucros podem tornar-se excessivas diante do capital social "passivamente", ou seja, não

porque se lhes destinou recursos que excedem o montante do capital social, mas, sim, porque este foi reduzido, fazendo com que as reservas, assim, ultrapassassem-no. No caso da redução do capital por excesso, a hipótese tem relevância, pois em decorrência da deliberação dos acionistas que determina o excesso de capital e a sua redução, poderá ser determinado o seu aumento por meio da capitalização de parcela da reserva de lucros." (GARCIA, Alexandre Hildebrand . A redução do capital social (em companhias abertas e fechadas). 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. pp. 125-126)

Ademais, o mesmo autor chama atenção para a distinção da fonte dos recursos:

"O aumento do capital social por capitalização de reservas de lucros sucessivos à deliberação de redução do capital social por excesso nada possui de contraditório, porque nota-se claramente que se restitui aos acionistas parcelas de recursos, em princípio, de origem externa - os aportes por eles realizados - para substituí-los por recursos de origem interna - os lucros gerados na atividade produtiva da companhia."

Assim, apesar da referida incoerência, considero que não fica afastada, de pronto, a justificativa apresentada pela EMSA para a redução do capital, que seria, na verdade (como registrado na pauta da referida assembleia), a redução da participação da acionista AMC. A operação, segundo a EMSA, visaria possibilitar desdobramentos posteriores com a retirada dos investimentos dos Sócios Adriano e Maria Inez na SANEATINS, e o ingresso do Grupo Odebrecht.

4.3 - Do valor atribuído às ações extintas

Neste ponto surge a primeira acusação fiscal, em relação ao valor pago à AMC, posto que, considerando o capital social da EMSA, as 1.680.541 ações representariam apenas o valor de R\$ 59.822.894,31, diferindo bastante do valor da transferência realizada.

A justificativa apresentada, contudo, no meu julgar, esclarece tal ponto. É que, para os cálculos registrados em ata, foi utilizado o valor patrimonial de cada ação, conforme levantado no já referido Laudo de fls. 1.841/1.844:

"Considerando o Patrimônio Líquido de R\$ 575.697.485,63 (quinhentos e setenta e cinco milhões, seiscentos e noventa e sete mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e três centavos), demonstrado no Balanço Patrimonial, especialmente levantado em 30 de abril de 2011, apresentado no item "2" e a quantidade de ações, segundo o art. 5º do Estatuto Social, de 7.650.054 (sete milhões, seiscentos e cinquenta mil e cinquenta e quatro) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, depreendemos que o valor patrimonial da ação, calculado pela divisão do patrimônio líquido (R\$ 575.697.485,63) pela quantidade de ações (7.650.054) é de R\$ 75,25 (setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos)."

Assim, o valor pago foi exatamente o valor do investimento detido pela EMSA na SANEATINS, o qual dividido pelo valor patrimonial de cada ação, correspondeu ao número de ações extintas (1.680.541 ações ordinárias).

De fato, há distinção entre o valor nominal das ações e o valor patrimonial destas, e há, ainda, a possibilidade de o Capital Social da Companhia estar dividido em ações sem valor nominal, como seria o caso da EMSA, segundo consta da ata de fls. 23/26.

Conforme o ensino de Fábio Ulhoa Canto (*Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 13a ed., Vol. 2, pp. 83-86):

"Dependendo do contexto em que é necessário atribuir valor à participação societária, isto é, em função dos objetivos da avaliação, a ação poderá ter, e normalmente tem, valores diferentes. Ela valerá mais ou menos, de acordo com a finalidade da valoração. De fato, podem-se-lhe atribuir, pelo menos, cinco valores: nominal, patrimonial, de negociação, econômico e de emissão.

(...)

*O primeiro **valor** da ação a se examinar é o **nominal**. Resulta da divisão do capital social da sociedade anônima pelo número de ações que ela tem emitidas (o valor-quociente). Trata-se de simples operação matemática, em que o montante em reais do capital social é dividido pelo número de todas as ações de emissão da sociedade (independentemente de espécie ou classe).*

(...)

*O direito brasileiro, em 1976, passou a admitir as **ações sem valor nominal**. A matéria apresenta contornos exclusivamente formais, isto é, cabe ao estatuto da sociedade anônima estabelecer se as ações terão, ou não, valor nominal.*

(...)

*Outra função que pode ser indicada para o valor nominal diz respeito à redução do capital social, motivada por sua excessividade. Quando a companhia considera o capital social superior às necessidades do negócio, ela pode reduzi-lo, mediante restituição aos acionistas dos recursos correspondentes à redução e retirada de circulação de parte das ações. Nesse caso específico de redução do capital social, o valor recebido pelo acionista por ação cancelada é o nominal. (...) **Se a sociedade emitiu ações sem valor nominal, na redução operada com restituição, o acionista terá o seu direito calculado a partir da divisão do capital social pelo número de ações (valor-quociente), ou seja, receberá exatamente a mesma importância que lhe seria paga caso os estatutos tivessem atribuído valor nominal a elas.***

(...)

*O **valor patrimonial** é a parcela do patrimônio líquido da sociedade anônima correspondente a cada ação. É obtido pela*

divisão do valor em reais do patrimônio líquido pelo número de ações." (grifos não-originais)

Constata-se, portanto, que procede a crítica da autoridade fiscal quanto ao valor atribuído às ações extintas por ocasião da redução do capital da EMSA, que deveria ter levado em conta o valor-quociente das ações, em lugar do valor patrimonial, como realizado. A sistemática adotada pela EMSA promoveu a disparidade entre o valor das ações extintas e daquelas que permaneceram, conforme se vê a seguir:

	QUANTID. AÇÕES	VALOR CAPITAL	VALOR P/ AÇÃO-
Situação inicial	7.650.054	196.099.488,00	25,634
Aumento de capital		76.222.563,00	
Situação após aumento	7.650.054	272.322.051,00	35,597
Redução de capital (conforme ata)	1.680.541	126.467.516,00	75,254
Situação final (conforme ata)	5.969.513	145.854.535,00	24,433

Caso houvesse sido levado em consideração o valor-quociente, ter-se-ia a igualdade entre o valor das ações, mas a quantidade de ações extintas seria maior que a registrada na ata:

	QUANTID. AÇÕES	VALOR CAPITAL	VALOR P/ AÇÃO-
Redução de capital (considerando valor-quociente)	3.552.718	126.467.516,00	35,597
Situação final (considerando valor-quociente)	4.097.336	145.854.535,00	35,597

Por outro lado, caso utilizado o valor patrimonial para as ações extintas, como defendido pela EMSA, seria necessário reduzir o número de ações da Companhia, para compatibiliza o valor do conjunto de ações com o Capital Social:

	QUANTID. AÇÕES	VALOR CAPITAL	VALOR P/ AÇÃO-
Redução de capital (considerando valor patrimonial)	1.680.541	126.467.516,00	75,254
Situação final (considerando valor patrimonial)	1.938.162	145.854.535,00	75,254

Adiante, caso necessário, analisaremos as consequências do ato praticado pela EMSA e os valores empregados pela autoridade fiscal, na constituição do crédito tributário.

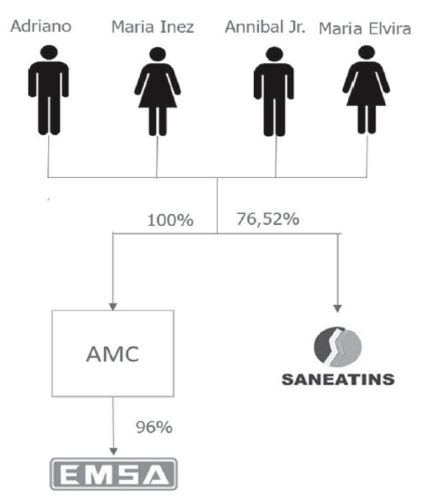
4.4 - Da passagem da SANEATINS para os acionistas da AMC

O ato seguinte foi a passagem da SANEATINS para o controle direto dos seus acionistas, de modo a, segundo a justificativa da EMSA, permitir a saída dos Sócios Adriano e Maria Inez, e o ingresso do Grupo Odebrecht.

Tal fato foi realizado em assembleia da AMC (ata às fls. 260/263), realizada em 31 de maio de 2011, na qual se deliberou pelo aumento do seu capital social (que era de R\$ 18.425.532,00), sem a emissão de ações, por meio da capitalização do saldo da conta Reserva

de Lucros, no valor de R\$ 112.041.984,00 e a sua posterior redução, "*por achá-lo excessivo*", em R\$ 126.467.516,00, igualmente sem a alteração na quantidade de ações da Companhia.

A referida redução se deu pela transferência aos acionistas da totalidade do investimento detido pela AMC na SANEATINS, de modo que cada um dos acionistas recebesse, na mesma proporção, R\$ 31.676.897,00 ou 25% do valor investido, configurando o seguinte arranjo:

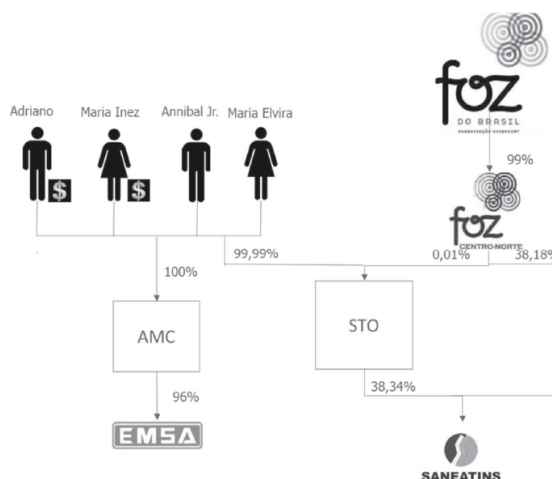


4.5 - Da alienação da SANEATINS ao Grupo Odebrecht

Em 29 de setembro de 2011, foi celebrado o negócio visado desde o princípio, segundo a EMSA, qual seja a venda da SANEATINS para a FOZ Centro-Norte S.A., pessoa jurídica integrante do Grupo Odebrecht, conforme contrato de fls. 269 a 304.

Segundo o referido ajuste, e o aditivo de fls. 250 a 255, o preço total do negócio foi de R\$ 345.000.000,00, sendo que os acionistas Adriano e Maria Inez receberam, cada um, o valor de R\$ 86.077.500,00, em moeda corrente nacional, pela suas respectivas participações, enquanto os acionistas Annibal Jr. e Maria Elvira receberam, cada um, 86.422.500 ações da Saneamento Tocantins S/A, em valor equivalente ao recebido pelos demais acionistas.

A configuração final das operações, então, foi a seguinte:



Os quatro acionistas apuraram, individualmente, o ganho de capital auferido com a alienação de suas participações na SANEATINS.

A operação permitiu, ainda, que os ex-acionistas da SANEATINS, Aníbal Júnior e Maria Elvira, continuassem a participar indiretamente desta sociedade, agora em parceria com a Foz Centro Norte, integrante do Grupo Odebrecht e que passou a ser a controladora direta da Companhia.

4.6 - Da alienação da STO ao Grupo Odebrecht

Finalmente, em 29 de dezembro de 2011, segundo a EMSA, por divergências entre os irmãos Annibal Jr. / Maria Elvira e o Grupo Odebrecht, as ações detidas por esses acionistas na STO foram transferidas para a Foz Centro Norte, por R\$ 88.845.308,47, para cada um, com o afastamento definitivo da família Crosara dos negócios da SANEATINS.

Segundo a acusação, tal fato encerraria o ciclo de operações engendradas para fazer parecer que a alienação da SANEATINS teria sido realizada pelos seus originais controladores indiretos e não pela EMSA, de modo a gerar economia tributária. Por essa razão, considerou que a alienação da STO foi realizada pela própria EMSA.

A EMSA, por outro lado, reforça a sua argumentação com o fato de que os Srs. Annibal Jr. e Maria Elvira apuraram novo ganho de capital com a venda de suas participações na STO.

4.7 - Do retorno do capital para a EMSA

O Relatório Fiscal registra, ainda, na defesa da tese do Fisco, que o fato de a EMSA ser a real vendedora da SANEATINS é robustecido por adiantamentos de capital social para futura subscrição de novas ações na AMC e posteriores transferências de valores para a EMSA, a título de investimento, realizadas pelos seus ex-acionistas, tão logo receberam o resultado da alienação das participações na SANEATINS e na STO (conforme fls. 905 a 973).

Assim, registra:

30/09/2011	Transferência de R\$136.000.000,00 (Cento e trinta e seis milhões de reais) para a AMC a título de Adiantamento de Capital Social para futura subscrição de novas ações e/ou outros pactos, conforme extratos bancários. <i>Nota: Os valores foram efetivamente transferidos apenas pelos sócios Maria Inez Crosara e Adriano José Correa Crosara, mediante dois depósitos bancários no valor de R\$68.000.000,00 (Sessenta e oito milhões de reais) cada, conforme extrato bancário. No entanto, os contratos de adiantamento de capital social apresentados indicam que além de Adriano e Maria Inez, os outros dois sócios, Annibal Crosara Júnior e Maria Elvira Crosara, teriam individualmente efetuado adiantamentos no valor de R\$34.000.000,00 (trinta e quatro milhões de reais).</i>
30/09/2011	Transferência de R\$130.000.000,00 (Cento de trinta milhões de reais) da AMC para a EMSA, conforme extrato bancário e outros documentos.

30/12/2011	Aumento do Capital Social da EMSA no valor de R\$85.696.645,00 (Oitenta e cinco milhões seiscentos e noventa e seis mil e seiscentos e quarenta e cinco reais), mediante emissão de 1.228.273 novas ações subscritas e integralizadas exclusivamente pela acionista AMC a partir do saldo da conta contábil Empréstimos com Acionistas constante no Balanço Patrimonial de 30/12/2011, conforme ATA da AGE em 30/12/2011
04/01/2012	Transferência de R\$49.491.080,00 (Quarenta e nove milhões quatrocentos e noventa e um mil e oitenta reais) para a AMC a título de Adiantamento de Capital Social para futura subscrição de novas ações e/ou outros pactos, conforme extrato bancário. <i>Nota: Os valores foram efetivamente transferidos apenas pelos sócios Maria Elvira Crosara e Annibal Crosara Junior, mediante dois depósitos bancários no valor de R\$24.745.540,00 (Vinte e quatro milhões setecentos e quarenta e cinco mil e quinhentos e quarenta reais) cada, conforme extrato bancário. No entanto, os contratos de adiantamento de capital social apresentados indicam que além de Annibal e Maria Elvira, os outros dois sócios, Adriano Crosara e Maria Inez Crosara, teriam individualmente efetuado adiantamentos no valor de R\$12.372.770,00 (Doze milhões trezentos e setenta e dois mil e setecentos e setenta reais).</i>
04/01/2012	Transferência de R\$50.000.000,00 (Cinquenta milhões de reais) da AMC para a EMSA, conforme extrato bancário e outros documentos. <i>Nota: Estas operações de transferências de recursos das pessoas físicas para a AMC seguidas de repasses equivalentes para a EMSA continuaram a ocorrer nos anos de 2012 e 2013, conforme extratos bancários e outros documentos apresentados em resposta as intimações endereçadas à AMC.</i>

4.8 - Da valoração das provas

É sabido que planejamentos tributários por meio de operações similares às tratadas nestes autos não tem sido raras. A solução, como já dito, passa pela análise de todos os detalhes que envolvem as situações fáticas, em cotejo com as provas reunidas pelas partes, de modo a tentar aferir se existe dissociação entre a vontade expressa formalmente nos atos praticados e a real motivação para a sua prática.

No caso, a questão posta é: de fato, foi criada toda uma simulação de reduções de capital e rearranjos societários apenas para ocultar que a venda estava sendo realizada pela EMSA, ou houve, realmente, uma divergência de propósitos inicial entre os acionistas da família Crosara em relação à participação na SANEATINS e um posterior desentendimento entre os dois acionistas que permaneceram no negócio e o Grupo Odebrecht?

Vê-se que a tarefa não é das mais simples.

Ouso discordar do respeitado Relator da decisão recorrida, que afasta a existência da simulação, por inexistir fraude à lei e por não terem sido comprovados requisitos essenciais ao seu reconhecimento no campo tributário. *In verbis*:

"Frise-se que os resultados ulteriores buscados ao se transferir a titularidade das ações da Saneatins para as pessoas físicas e a venda de tais ações para o Grupo Odebrecht não são atos proibidos, pois não contrariou qualquer norma legal, muito pelo contrário visou os efeitos que eram próprios dos atos praticados, logo, não se pode falar que o negócio jurídico em tela tenha sido in fraudem legis. Nada ficou dissimulado, tudo foi feito às claras e visando os efeitos que tais atos deveriam, por lei, produzir, tanto que os autuantes não trazem, aos autos, qualquer fato ou ato omitido pelos impugnantes dos registros normais sejam contábeis ou cartoriais. Ou seja, resta claro que houve a intenção de transferir as ações para que elas fossem alienadas pelos sócios pessoas físicas, qual o ilícito de tal conduta? Não há norma legal que vede os sócios de pessoa jurídica de adotar tal procedimento para vender ativos da sociedade. Aliás, talvez seja essa a queixa da impugnante quando alega que o Fiscal não

indicou qualquer dispositivo da legislação que teria sido infringido por ela.

Ademais, três são os requisitos da simulação relativa no campo cível: primeiro, a divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada; segundo, um acordo simulatório; e terceiro, o negócio simulado ter por objetivo enganar terceiros estranhos a ele. Ocorre, que a simulação fiscal, assim entendida aquela que tem efeitos no campo tributário, requer um quarto elemento, qual seja, que o ato dissimulado seja tributariamente mais oneroso do que o ato simulado, pois, se assim não for, pode até ser simulação, mas não terá qualquer efeito nas relações tributárias.

Ora, os autuantes alegam, mas não demonstram que haveria uma tributação mais onerosa do que aquela verificada nas pessoas físicas se a venda das ações fosse feita diretamente pela EMSA ao Grupo Odebrecht. Tal demonstração deveria constar do Relatório Fiscal, sob pena de ser uma mera alegação. Ademais, não basta alegar que as alíquotas nominais são maiores na tributação da pessoa jurídica do que na pessoa física, pois haveria que ser analisadas as condições subjetivas da impugnante, inclusive se, em uma eventual opção pelo lucro real, o ganho de capital não seria absorvido por perdas nas demais atividades. Veja, nada disso foi verificado ou demonstrado, logo, ainda que estivéssemos diante de uma simulação, não se pode sequer sustentar que o ato dissimulado seria tributariamente mais oneroso do que o ato simulado."

Entendo que a economia tributária alcançada por meio das operações perpetradas é evidente em relação à forma pela qual a autoridade fiscal entende que foi o verdadeiro negócio entabulado. Não há falha na acusação fiscal, por não discrimina-la.

Também concordo com as razões da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que contesta o afastamento da simulação com a alegação de se estar diante de negócio jurídico indireto:

"No caso, o voto condutor examinou o negócio jurídico como se essa espécie de ato jurídico se limitasse apenas ao seu elemento objetivo. Vejamos o próprio exemplo fornecido pela decisão recorrida, acima já mencionado: haveria simulação caso encenado um negócio jurídico de compra e venda para dissimular uma doação. No exemplo citado, tanto a compra e venda como a doação apresentam elementos objetivos: prestação de dar o bem e prestação de dar os valores pactuados, no primeiro caso; e prestação de dar o bem gratuitamente, no segundo caso. Mas e o elemento subjetivo de cada um deles, ou seja, o vendedor que transmite o bem e o comprador que paga o preço, no primeiro caso; e o doador que transmite o bem, a título gratuito, e o donatário, que o recebe?

Ora, a autuação se concentrou exatamente no elemento subjetivo do negócio jurídico: o real vendedor foi a EMSA, e não os sócios acionistas. Nisso consiste a simulação: fingiu-se a venda das ações por meio dos acionistas, sendo que, materialmente, o

vendedor é a empresa autuada. É falsa, portanto, a ideia que subjaz o entendimento da decisão recorrida, no sentido de que a simulação só existe no objeto do negócio jurídico."

A despeito disso, contudo, também chego à conclusão de que as provas reunidas nos autos não são suficientes para a configuração cabal de simulação ou fraude, por parte da EMSA e dos demais responsáveis solidários, porém, por motivações diversas.

Em primeiro lugar, os elementos de fls. 2.128 a 2.150 são prova de tratativas engendradas pela EMSA no sentido de se associar a outras pessoas jurídicas de maior capacidade de investimento, para a exploração da atividade de saneamento, por meio da SANEATINS. Fazem prova, portanto, contra a tese do Fisco de que a intenção inicial da Companhia era vender a sua controlada. Contra elas, não se manifesta a autoridade fiscal.

Após isso, a discordância entre os irmãos Crosara quanto à permanência da participação da EMSA na SANEATINS, e a decisão de dois dos acionistas de manterem o plano original de associação na atividade de saneamento, são verossímeis e usuais no mundo empresarial (em especial quanto relacionadas a grupos familiares) e não são afastadas por provas em contrário pelo Fisco.

Até mesmo a posterior aplicação de recursos dos acionistas na EMSA não comprova, no meu sentir, a tese da fiscalização, na medida em que, uma vez os referidos investidores tendo se desfeito da SANEATINS, nada mais natural do que a aplicação de tais recursos nos seus investimentos restantes. Mais uma vez, não há prova de conduta evasiva.

Assim, todas as operações societárias realizadas são perfeitamente lícitas e compatíveis com essa intenção declarada, de modo que não podem ser afastadas tão somente porque a tributação delas decorrente é menos onerosa que se a alienação houvesse sido realizada diretamente pela EMSA. Até porque isso implicaria rearranjos societários diversos (como a transferência de participação da Foz para a EMSA e posteriores reduções de capital desta e da AMC, para fazer com que esta participação chegasse diretamente aos irmãos Annibal Jr. e Maria Elvira), que poderiam sequer ser aceitos pelo Grupo Odebrecht.

Mesmo as inconsistências detectadas em relação à operação de redução de capital da EMSA não são, ao meu ver, prova de ilicitude, na medida em que atendem a previsão existente na legislação e, no limite, somente poderiam ser desconsideradas com base em conceitos ainda não amparados na legislação tributária vigente (abuso de direito ou abuso de forma), conforme já explanado.

A jurisprudência do CARF tem majoritariamente referendado operações semelhantes de redução de capital com devolução de participação em controladas aos acionistas pessoas físicas e posterior alienação de tal participação (inclusive em situações, que no meu julgar, a acusação de simulação é mais consistente), conforme demonstram os seguintes julgados:

"REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL.

PROCEDIMENTO LÍCITO.

É vedado à autoridade administrativa alterar o regime de tributação adotado para, desconsiderando, tributar o ganho de capital na pessoa jurídica que promoveu a devolução de capital aos acionistas, alegando que a carga tributária aplicável seria mais elevada. A própria lei autoriza ao contribuinte optar pela tributação na pessoa física, sujeita a carga tributária inferior, conforme dispõe os artigos 22 e 23, da Lei nº 9.249/1995. Trata-se de norma indutora de comportamento.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. INOCORRÊNCIA.

São legítimos os atos praticados pelo contribuinte quando estes são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados e sua dinâmica operacional/negocial. Não há dúvidas de que as operações em análise observaram as disposições do artigo 22, da Lei nº 9.249/95 e, para superação questões operacionais e de imagem da Neogama (governança e transparência corporativa), a redução de capital veio como alternativa legítima e eficiente." (Acórdão nº 1201-002.584 - 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 21 de setembro de 2018, Redatora designada Conselheira Gisele Barra Bossa)

"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 nº 1301-003.023 - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 16 de maio de 2018, Relatora Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto)

"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." (Acórdão nº 1401-002.347 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 10 de abril de 2018, Relatora Conselheira Lívia de Carli Germano)

Finalmente, não consta do Relatório Fiscal qualquer referência ao art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995, de modo que não é possível adentrar nas razões trazidas pela PGFN em relação a tal matéria, posto que isto implicaria acatar o acréscimo de novo fundamento para a autuação fiscal, com todas as consequências em termos de contraditório e ampla defesa.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo, integralmente, a exoneração do crédito tributário, em relação ao sujeito passivo principal e aos responsáveis solidários.

(assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo