



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

Processo nº	11080.731774/2011-11
Recurso nº	Embargos
Acórdão nº	1302-001.838 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	06 de abril de 2016
Matéria	IRPJ/CSLL - Ganho de capital
Embargante	BGPAR S/A
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

OBSCURIDADE. São acolhidos sem efeitos infringentes os embargos para esclarecer aspectos que, embora abordados no voto condutor do julgado, demandavam melhor estruturação argumentativa em face das razões de defesa apresentadas em recurso voluntário.

OMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO EM DECISÃO POR VOTO DE QUALIDADE. São rejeitados os embargos que veiculam questionamento não deduzido em recurso voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em: 1) relativamente aos temas 1, 2 e 3, por unanimidade de votos, CONHECER os embargos e, por voto de qualidade, ACOLHÊ-LOS sem efeitos infringentes, divergindo os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado, Ana de Barros Fernandes Wipprich e Talita Pimenta Félix que rejeitavam os embargos; e 2) relativamente ao temas 4, por unanimidade de votos, CONHECER e REJEITAR os embargos, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente e Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa (presidente da turma), Alberto Pinto Souza Júnior, Ana de Barros Fernandes Wipprich, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Na sessão plenária de 11 de março de 2014, a 2^a Turma da 3^a Câmara da 1^a Seção de Julgamento deste Conselho julgou recurso voluntário interposto nestes autos, assim relatado no Acórdão nº 1302-01.331:

Contra o Contribuinte foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL, exigindo um total de crédito tributário de R\$ 652.468,37, aí incluídos multa de 150% e juros.

Segundo o Relatório fiscal, a autuação decorre da falta de recolhimento do ganho de capital obtido na alienação de participação societária que o contribuinte detinha junto a Univias Participações S/A, utilizando-se de operações simuladas em conluio com outros interessados.

Segundo o fiscal autuante a posição final do quadro societário das concessionárias demonstra a saída dos grupos Sultepa, Brasília Guaíba e Castilho, substituídos pela CIBE. Os dois primeiros utilizaram a CP e a Univias para reduzir indevidamente o ganho de capital auferido na operação.

A operação, embora revestida de aparente legalidade formal, se trata de uma simulação. A sequência de atos praticados, por si só evidencia um descompasso entre a real intenção do negócio e o aspecto formal conferido à operação.

Para o autuante, a simulação tornou-se irrefutável diante do documento “Acordo de Investimentos e Outros Pactos” de 27/09/2006 (fls. 492/536), firmado previamente entre os adquirentes e os alienantes da participação societária objeto da negociação. Em tal documento fica evidente que nunca houve, por parte dos alienantes, a intenção de admitir um novo sócio, mas sim se retirar da Univias e, indiretamente, alienar a participação societária detida nas concessionárias.

No “Acordo de Investimentos” a operação foi previamente detalhada, garantindo às partes o efeito final desejado, qual seja, a alienação das ações sem ganho de capital para os alienantes e com ágio para o adquirente.

Os fatos descritos no TVF revelam que a verdadeira intenção da BGPAR sempre foi alienar para a Robina sua participação direta na Univias, e, por consequência, sua participação indireta nas concessionárias. A vontade formalmente externada não é verdadeira, oculta, de forma deliberada, a real intenção das partes, caracterizada por simulação no art. 167 do Código Civil, cujo efeitos tributários não devem prevalecer, mas sim os efeitos tributários dos atos que se buscou dissimulou, qual seja, a alienação da participação societária com ganho de capital sujeito à tributação na forma dos arts. 418 e 426 do RIR/99.

Intimado o contribuinte apresentou impugnação, alegando em síntese que:

- preliminarmente, que os autos de infração são nulos por incompetência das autoridades fiscais autuantes de Porto Alegre.

- que a fiscalização mergulha em uma teoria conspiratória, da qual fazem parte, também, os demais subscritores do Acordo de Investimentos e as entidades da Administração Pública, como o BNDES, o DAER/RS, o CADE, a AGERGS, todos atuando em conluio com o único objetivo de lesar o Fisco.

- que existiu propósito negocial para a realização da operação, já que era necessário o ingresso de novo investidor para exploração do Consórcio Univias.

- que a fiscalização desconsiderou que todos os atos listados no Acordo de Investimentos foram realmente praticados e que as empresas envolvidas submeteram-se aos efeitos desses atos (inclusive fiscais).*
- que houve adequado intervalo temporal entre as operações, independência entre as partes, existência de condições suspensivas que pendiam para o ingresso do novo sócio e o que a operação não era mera alienação de investimento, mas sim de captação de recursos condicionada ao cumprimento de requisitos.*
- que em 2004 foi constituída a CP Construções e Participações Ltda., com vistas à exploração do Complexo Rodoviário Metropolitano.*
- que depois de inúmeras tentativas frustradas de acordo, as concessionárias continuavam a pleitear a execução do Termo Aditivo para reequilíbrio econômico financeiro, sob pena de inviabilização da continuidade da execução dos contratos.*
- que em janeiro de 2006 foram rerratificadas as cláusulas do Termo Aditivo, que demandaria, necessariamente, a captação de recursos no mercado para atendimento às novas exigências dele constantes.*
- que a continuidade da execução dos contratos estava condicionada a aportes substanciais de capital.*
- que o contexto político das concessões de rodovias, ao longo de 2005, dava indícios do lançamento da 2ª etapa do Programa Federal de Concessões, que poderia alavancar, novamente, os negócios da companhia.*
- que em 07 de junho de 2005 foi aprovado o lançamento das licitações relativas à 2ª etapa do Programa de Licitações, tornado-se mais necessária uma associação para que fossem injetados recursos na Univias.*
- que em setembro de 2006, foi feito Acordo de Investimentos, que previu o ingresso da Robina como investidora e a emissão de bônus de subscrição como forma de captação dos recursos necessários para a continuidade dos contratos de concessão.*
- que em 2007, foi lançada a 2ª etapa do Programa de Concessões e outro grupo ganhou a disputa de 5 dos 9 lotes disputados, mudando totalmente a estrutura de capitais dos negócios, tornando inviável a participação da UNIVIAS em outras concorrências.*
- que isso resultou no desinteresse pelo negócio de concessões, culminando na saída da CP e da própria impugnante do Consórcio Univias.*
- que a reestruturação societária empreendida, levou quase um ano, o que demonstra que os atos praticados não eram meros atos formais, desprovidos de motivação.*
- que em cada uma das três etapas do Acordo de Investimentos existiam condições suspensivas para o ingresso do novo sócio com possibilidade de rescisão do Acordo.*
- que inexistiu fraude e conluio na operação, o que torna impossível a qualificação da multa.*
- que todas as operações foram lícitas e escrituradas, o Acordo foi divulgado em Comunicado ao Mercado e registrado no CADE.*
- que o objetivo da operação era receber um novo investidor e não houve qualquer prejuízo ao fisco.*
- que não há como se cogitar de conluio na operação e para provar suas alegações junta os documentos de folhas 1693 à 2079.*

A 1ª Turma da DRJ/POA, por unanimidade de votos julgou improcedente a impugnação, conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

IRPJ/CSLL NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO AUDITORFISCAL. AUTUANTE. INOCORRÊNCIA.

A competência territorial do AuditorFiscal da Receita Federal do Brasil é nacional. Informações colhidas em procedimentos fiscais podem ser compartilhadas entre as diversas unidades administrativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente da sua jurisdição territorial. No caso dos autos, os fatos que deram origem ao lançamento foram identificados em jurisdição diversa da jurisdição do contribuinte, entretanto, foi a autoridade administrativa de sua jurisdição que primeiro tomou conhecimento da infração (não tributação do ganho de capital) e efetuou o lançamento.

IRPJ/CSLL SIMULAÇÃO

As declarações de vontade de mera aparência, reveladoras da prática de ato simulado, uma vez afastadas, fazem emergir os atos que se buscava dissimular. A alienação de participação societária utilizando-se de artifícios que, ao final, resultaram em redução do ganho de capital obtido na operação, deve ser desconsiderada, recompondo-se as bases de cálculo desconsiderando-se os fatos dissimulados.

IRPJ/CSLL MULTA AGRAVADA

É cabível o agravamento da multa de lançamento de ofício nos casos em que ficar demonstrada a conduta dolosa do sujeito passivo visando o escamoteamento da base de cálculo tributável.

Intimado em 13/03/12, apresentou recurso voluntário em 11/04/12, alegando basicamente o seguinte:

- que a simulação alegada é baseada em meras suposições e presunções, não comprovadas.
- que os contribuintes devem ter a liberdade de organizar seus negócios, da maneira mais econômica.
- que este vem sendo o entendimento adotado por este Conselho, conforme ementas abaixo transcritas:

Acórdão 102-47521

DESCARACTERIZAÇÃO DE TRANSAÇÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE NECESSIDADE DE PROVA Para que sejam tidas como ilícitas as transações regularmente descritas pelo Contribuinte, a Fiscalização deve comprovar os fatos que alega como motivo para a respectiva descaracterização.

Acórdão 104-20364

SIMULAÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA. DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS.

A acusação fiscal de prática de negócios jurídicos simulados deve estar **amparada em provas inequívocas da ocorrência do vício**, sem o quê não poderá prevalecer a pretendida desconsideração de tais negócios.

Acórdão 101-94340

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO Não basta a simples suspeita de fraude, conluio ou simulação para que o negócio jurídico seja desconsiderado pela autoridade administrativa, mister se faz provar que o ato negocial praticado deu-se em direção contrária à norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador do tributo.

- dos citados acórdãos vê-se que a fiscalização deve estar munida de elementos suficientes para, com precisão, afirmar que a conduta do contribuinte encontra-se envada em vícios.

- CÓPIA
- que foi ainda imposta multa qualificada de 150%, em razão da existência de "fraude" e "conluio" nas operações realizadas, sem levar em consideração que as operações envolveram a aprovação de entidades Públicas, como o BNDES, DAER/RS, CADE e AGERGS e foram amplamente divulgadas ao mercado, por exigência da CVM, o que evidencia a legitimidade da operação.
 - que após passar pelo crivo de todos esses órgãos, a operação jamais seria implementada caso fosse eivada de vício como afirma a fiscalização.
 - que o Fisco tenta "desmoralizar" a Univias, uma das maiores e mais sérias empresas do setor de concessão rodoviária do Brasil.
 - que o fiscal autuante, validou esta mesma operação em relação à Metrovias (sucessora da Robina), também signatária do Acordo, encerrando a fiscalização sem apuração de crédito tributário.
 - que todos os atos societários e contratuais do Acordo foram executados e arquivados nas Juntas Comerciais competentes.
 - que o bônus de subscrição, para captação de recursos foi emitido e o preço pago pela Robina.
 - que antes do fechamento da operação, foi rescindido o Contrato de Empreitada entre as concessionárias e o Consórcio Construtor Sul, por exigência da nova investidora, o que comprova que a Recorrente e demais controladores da Univias estavam dispostos a correr o risco de rescindir o contrato em vigor, para dar seguimento às operações praticadas.
 - que restou demonstrado que no caso havia motivação extratributária, dado o contexto político e econômico da exploração de concessões rodoviárias no Brasil.
 - que Olivio Dutra impôs uma redução nas tarifas entre 10% e 20% para automóveis e entre 20% e 28% para caminhões, ocasionando desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos.

É o relatório.

O Colegiado embargado acordou, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Redator Designado. Vencidos os Conselheiros Guilherme Pollastri, Márcio Frizzo e Hélio Araújo. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Waldir Veiga Rocha. O acórdão em tela foi assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2007, 2008

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. OPERAÇÃO “CASA-SEPARA”. SIMULAÇÃO.

Deve ser mantida a exigência, ao restar comprovado que as complexas operações societárias levadas a efeito pelos interessados nunca objetivaram a admissão de novo sócio ou investidor, mas sim a alienação de participações societárias. A existência de prévio contrato escrito entre as partes, em que são detalhados todos os passos e valores envolvidos nas operações, reforça tal conclusão. Irrelevante o lapso temporal entre o início e o final das operações ter sido superior a um ano, se todas as etapas estavam previamente acordadas entre as partes. O descompasso entre a vontade aparente e a vontade real conduz à conclusão de simulação. O ganho de capital na alienação foi artificialmente reduzido, com a igualmente artificial majoração do custo de aquisição. O lançamento deve, assim, ser mantido.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.

É cabível a qualificação da multa de lançamento de ofício nos casos em que ficar demonstrada a conduta dolosa do sujeito passivo ao praticar atos simulados, com o objetivo de ocultar da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador tributário.

BGPAR S/A apresentou embargos admitidos nos termos de despacho de fls. 2355/2356, a seguir transrito:

Cientificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional devolveu os autos sem manifestação (fl. 2274). Os autos seguiram para a Unidade de origem, mas antes de ser cientificada a contribuinte opôs embargos em 13/10/2014 (fls. 2278/2338), que assim devem ser considerados tempestivos.

Afirma a embargante que o acórdão embargado padeceria de omissões e obscuridades, a saber:

- (i) obscuridade quanto às motivações extrafiscais das operações em virtude das dificuldades financeiras agravadas pelo desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão;*
- (ii) omissão quanto à licitude do bônus de subscrição diante da impossibilidade de alienação direta das participações;*
- (iii) omissão e obscuridade ao definir a operação como "casa e separa";*
- (iv) omissão quanto à impossibilidade de manutenção da multa na decisão por voto de qualidade; e*

A exigência em debate recaiu sobre o ganho de capital obtido na alienação de participação societária que a contribuinte detinha junto a Univias Participações S/A.

Observa-se no recurso voluntário referências às motivações extrafiscais das operações e à licitude do bônus de subscrição, aspectos que, embora possam ter sido suplantados pelas razões determinantes para a manutenção da exigência, apresentadas no voto condutor do julgado, não foram expressamente assim considerados. Também não se identifica, no voto condutor do julgado, referências às condições suspensivas, alegadas em recurso voluntário, e que, no entender da embargante, poderiam prejudicar a caracterização da operação como "casa e separa".

Por fim, com referência à manutenção da multa de ofício em decisão por voto de qualidade, é certo que este tema não integrava o recurso voluntário, e não demandaria maiores esclarecimentos. Todavia, como os demais temas demanda esclarecimentos, não há qualquer prejuízo em também admitir os embargos neste ponto.

Frente ao exposto, neste juízo de cognição sumária, restam caracterizadas as omissões e obscuridades apontadas pela embargante, razão pela qual, com fundamento no art. 65, §2º, e no art. 49, §5º, ambos do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, são ADMITIDOS os embargos de declaração opostos pela recorrente, com sua consequente inclusão em lotes para sorteio, na medida em que o Conselheiro Redator não mais integra o Colegiado embargado.

Observe-se, ainda, que nesta mesma data estão sendo admitidos embargos de declaração opostos por CP Construções e Participações Ltda e Pedrasul Construtora S/A, nos autos dos processos administrativos nº 11080.730002/2011-61 e 11080.732210/2011-03, os quais, por decorrerem das mesmas operações aqui

tratadas, revelam conexão na forma do art. 6º, §1º, inciso I, do Anexo II do RICARF, autorizando a distribuição conjunta ao mesmo Conselheiro Relator.

Esclareça-se que, como o Conselheiro Relator não mais integra o Colegiado embargado, os autos foram atribuídos por meio de sorteio a esta Conselheira, na forma do art. 49, §5º do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

CÓPIA

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Os embargos foram opostos tempestivamente, e a embargante demonstrou aspectos que revelavam omissões e obscuridades que demandavam saneamento, nos termos expostos no despacho de admissibilidade. Por tais razões, os embargos são CONHECIDOS.

Passa-se, assim, ao exame das alegações da embargante.

Obscuridade quanto às motivações extrafiscais das operações em virtude das dificuldades financeiras agravadas pelo desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (Tema 1)
e

Omissão quanto à licitude do bônus de subscrição diante da impossibilidade de alienação direta das participações (Tema 2)

A embargante aduz que o voto vencedor do acórdão embargado, ao afirmar que os ditos atos simulados *teriam majorado indevidamente o custo de aquisição do investimento, findando por "ocultar" o suposto ganho de capital ocorrido*, desconsidera circunstâncias de extrema relevância para o deslinde do feito e o correto entendimento das operações realizadas, quais sejam, as dificuldades financeiras agravadas pelo desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Relatando as ocorrências que evidenciariam a *instabilidade política no Estado do Rio Grande do Sul* acerca da concessão de serviços públicos, especificamente rodovias, a demandar maciços investimentos das concessionárias, a embargante assevera que ela e suas sócias não tinham mais capacidade financeira para, sozinhas, realizar estes novos investimentos, e destaca ser sua a obrigação de preservar a qualificação econômico-financeira apresentada por ocasião do certame público, sob pena de caducidade da concessão, na forma da legislação de regência. Como tal caducidade causaria prejuízos ainda maiores à Embargante, constitui motivo que explica a necessidade da reestruturação ocorrida.

Assim, ante a decisão da embargante e das demais empresas que compunham a UNIVIAS de sair do ramo de concessões públicas rodoviárias, promoveu-se estudo para decidir qual a melhor estrutura societária para alienar os investimentos realizados, ou trazer um novo investidor à UNIVIAS, com o intuito de fazer frente aos novos investimentos demandados e avaliar o endividamento das empresas. Considerando que a transferência da concessão ou mesmo do controle acionário da concessionária sem a autorização do Poder Concedente é causa de caducidade da própria concessão, necessária seria autorização expressa do Poder Concedente (DAER) bem como de demais órgãos públicos, tais como BNDES (credor) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a inviabilizar a simples e pura alienação de sua participação nas concessões públicas, sendo que, de outro lado, a UNIVIAS e a Embargante necessitavam urgentemente de novos recursos para a manutenção de sua qualificação econômico financeira.

Daí a contratação do Banco Pactual S/A e do escritório de advocacia Barbosa, Mussnich & Aragão Advogados, para estudo das hipóteses viáveis, sendo certo que tais pareceres, em momento algum, foram confrontados pelo voto vencedor do acórdão embargado. Concluindo pela inviabilidade da contratação de empréstimos bancários e da abertura de capital em Bolsa de Valores, restou como única alternativa a imediata entrada de um novo investidor, que para ser promovida sem a alienação das ações antes da anuência do BNDES e do DAER, foi promovida por meio do bônus de subscrição.

A embargante acrescenta que:

Nesse modelo, por um lado garante-se o ingresso imediato de investimentos necessários à consecução do objeto dos contratos administrativos sem qualquer aumento do passivo da UNIVIAS e seus acionistas, assegurando, assim, a qualificação econômico-financeira exigida. Por outro, concede a segurança ao novo investidor, durante o período necessário à obtenção das autorizações exigidas para alienar parte das concessionárias. Com base nisso, o novo investidor interessado no negócio desenvolvido pela UNIVIAS firmou, em setembro de 2006, com a própria UNIVIAS e as empresas que dela participavam, o Acordo de Investimentos devidamente registrado no CADE.

Volvendo os olhos para o recurso voluntário, observa-se no tópico "IV.I.I - Propósito Negocial" a abordagem acerca das ocorrências que evidenciariam a instabilidade política no Estado do Rio Grande do Sul acerca da concessão de serviços públicos, especificamente rodovias. Já com referência às alternativas consideradas para superar o fato de que a embargante e suas sócias não tinham mais capacidade financeira para, sozinhas, realizar os novos investimentos demandados pela concessão por elas detida, outra foi a abordagem em recurso voluntário.

De fato, a recorrente firmou, apenas, a necessidade do ingresso de novo investidor para exploração do Consórcio Univias, que aportasse os recursos necessários para a continuidade da execução dos projetos, bem como compartilhasse os riscos atrelados ao empreendimento, e isso para justificar a previsão contratual de retirada dos demais sócios da UNIVIAS, apesar de acrescentar que o ingresso de novo sócio alavancaria as companhias em outros negócios a serem desenvolvidos, especialmente frente ao possível lançamento da 2ª Etapa do Programa Federal de Concessões, dado que a associação com um grupo economicamente forte injetaria recursos na Companhia e viabilizaria o desenvolvimento de novos negócios. Neste momento, a recorrente não abordou a necessidade de prévia autorização dos órgãos reguladores para transferência da concessão. Há apenas uma menção ao fato de que a reorganização empresarial dependia da aprovação de terceiros, sendo que as justificativas de propósito negocial são finalizadas com a observação de que as vitórias do Grupo Espanho OHL no referido programa de concessões decorreu do baixo custo de obtenção de recursos pelo lançamento de papéis ou Bolsa de Valores, gerando perda de escala para o Grupo UNIVIAS e motivando a saída da contribuinte do referido consórcio. Somente mais à frente, ao tratar das condições suspensivas do negócio, a recorrente fez referência à necessidade de aprovação dos órgãos reguladores. Já com referência à escolha do bônus de subscrição como meio para imediata injeção de capital no empreendimento, a recorrente apenas o descreveu como instrumento previsto na legislação societária para captação de recursos por companhias, e afirmou que ele foi efetivamente emitido e o preço pela sua emissão e exercício foi devidamente pago pela Robina, sem enfrentar a acusação fiscal, reproduzida pela própria recorrente, de que tais recursos foram pagos diretamente aos sócios, sob a forma de um mútuo simulado, cuja liquidação, através de resgate de ações, já estava previamente acordada.

Feitos tais esclarecimentos, vê-se que o voto condutor do acórdão embargado, embora em abordagem que se prestava a demonstrar que o caso presente se alinhava àqueles que este Conselho classificou como "casa-separa", acabou por demonstrar que tais justificativas não alteravam a conclusão de haver simulação para evitar a tributação sobre ganho de capital, evidenciando a partir da análise do Acordo de Investimentos que: 1) a intenção das autuadas sempre foi alienar a participação societária; 2) a autorização dos órgãos reguladores seria indispensável em qualquer forma negocial; 3) o bônus de subscrição não se prestou ao incremento do empreendimento porque repassado diretamente aos sócios da UNIVIAS por conta de mútuo; e 4) a rescisão do contrato somente foi prevista em caso de não autorização dos órgãos reguladores, vinculando-se os pactuantes irrevogavelmente nas demais hipóteses.

Para maior clareza, transcreve-se as razões assim expostas no voto condutor do julgado:

No caso sob análise, o Acordo de Investimentos e Outros Pactos (fls. 492/536) evidencia exatamente isso. A intenção de admitir um novo sócio ou investidor (supostamente a Robina) nunca esteve presente, e a intenção desde o início era alienar a participação societária que os envolvidos detinham junto às concessionárias. O acórdão recorrido bem enfatizou aspectos do negócio que evidenciam seus efeitos financeiros, com a imediata transferência dos recursos aportados pela Robina aos alienantes, confira-se o seguinte excerto (fls. 2099):

Esse aspecto fica mais claro quando se verifica que na mesma assembléia em que se aprovou a emissão de bônus de subscrição também houve a renúncia do direito de subscrição pelos acionistas e a aprovação da subscrição do bônus pela Robina. E, também, quando se verifica que os valores recebidos pela Univas, referentes à subscrição do bônus, foram repassados imediatamente aos sócios CP, BGPAR, Castilho e Pedrasul, por conta de mútuo, que posteriormente foi quitado mediante resgate de ações, com lançamento contábil à débito de mútuo e à crédito de investimentos.

Outro aspecto de profunda relevância a demonstrar que nunca houve, de fato, um “novo investidor” é a constatação de que, quando a Robina subscreveu as ações, já havia ocorrido redução de ações na Univas, de tal forma que o número de ações ficou quase inalterado (100 milhões contra 103 milhões, vide descrição detalhada à fl. 1610/1611).

Alegam as recorrentes que, ao contrário de outras situações caracterizadas como “casa-separa”, neste caso teria havido o transcurso de um lapso temporal significativo, superior a um ano. No entanto, tal lapso temporal, aqui, se torna irrelevante, visto que todos os passos estavam previamente pactuados entre as partes, até mesmo quanto a valores.

Também deve ser refutada a afirmação de que não seria possível a alienação direta, mediante compra e venda, pela necessidade de autorização expressa dos órgãos concedentes. É verdade que tal autorização era indispensável para a alienação das participações societárias, mas não é menos verdade que também o foi dentro da complexa operação engendrada pelas alienantes, aqui discutida. Confira-se, por exemplo, no Acordo de Investimentos e Outros Pactos (fls. 492/536), os itens 5.2 (b); 5.2.1 (f); e 5.3 (b). Acrescente-se a essa observação que a hipotética ausência das indispensáveis autorizações dos órgãos reguladores seria a única situação capaz de desobrigar os pactuantes e levar à rescisão do contrato (item 5.2.2). De outra sorte, os pactuantes estavam irevogavel e irretratavelmente obrigados (item 5.1) a prosseguir nas etapas contratadas.

Resta, pois, demonstrada que a autorização dos órgãos reguladores seria indispensável, como o foi, qualquer que fosse a forma negocial adotada. Assim, afastada qualquer motivação extra-fiscal, remanesce tão somente a motivação de redução ou supressão dos tributos devidos na alienação da participação societária. (negrejou-se)

Frente a tal abordagem, o presente voto é no sentido de ACOLHER os embargos sem efeitos infringentes, apenas para sanar a obscuridade vislumbrada na abordagem acima, a qual, apesar de centrada na caracterização da operação como "casa-separa", demonstrou que as dificuldades financeiras destacadas pela embargante e o aporte de capital mediante bônus de subscrição não alteram a conclusão de que houve simulação e a recorrente pretendia, apenas, alienar seu investimento, sendo os recursos aportados pela adquirente destinados aos sócios da UNIVIAS, e não aplicados no empreendimento.

Omissão e obscuridade ao definir a operação como "casa e separa" (**Tema 3**)

A embargante aduz que, ao definir a operação in casu como operação de *Casa e Separa*, o voto vencedor foi omisso quanto ao fato de que as condições no presente caso eram suspensivas, e não resolutivas como os típicos casos de "*Casa e Separa*". Acrescenta que o voto vencedor do acórdão também foi obscuro quanto à alternativa jurídica mais simples e direta, uma vez que, como já afirmado acima, não levou em consideração a impossibilidade imposta pelo Contrato Administrativo ao qual a Embargante estava vinculada, que impossibilitava absolutamente a venda direta, hipótese esta totalmente peculiar e diversa de todos os casos de "*Casa e Separa*".

A embargante estrutura seus questionamentos a partir das premissas de que os planejamentos denominados "casa e separa" se valem de empresa veículo com vida efêmera, com a fixação de cláusulas resolutivas que não levariam a quaisquer penalidades se não implementadas, sempre presente a possibilidade de ser adotada uma alternativa mais simples por não envolver órgãos públicos, nem agentes financeiros. Confrontando estas circunstâncias com as características do presente caso, conclui que inexiste qualquer semelhança com os demais casos analisados por este Conselho. Defende, assim, que deveria constar do *voto condutor* em detalhes porque reputou a operação realizada nos autos como uma operação de "*Casa e Separa*", abordando cada um dos critérios apontados pela Embargante (apontados acima), e não deixando de analisar as condições em que as operações ocorreram e a alternativa jurídica mais simples e direta.

Inicialmente cumpre observar que o voto condutor do acórdão embargado claramente expõe as premissas que caracterizariam a dita operação "casa-separa":

Ao analisar as operações como um todo, o Colegiado concluiu estar diante de situação que a doutrina e outros julgamentos deste CARF têm denominado "casa-separa". Tal é o contexto, quando o possuidor de determinado ativo (no caso concreto, participações societárias) resolve dele se desfazer. No entanto, em vez de aliená-lo em simples operação de compra e venda, com a apuração de ganho de capital, engendra complexas alterações societárias com entrada de novo sócio com recursos financeiros e posterior retirada de sócio, de tal forma que o resultado final é que o "novo sócio", que havia ingressado na sociedade com recursos financeiros, nela permanece com o ativo (objeto da alienação) e o "antigo sócio", até então dono do ativo, se retira da sociedade com recursos financeiros. O ativo muda de mãos, também os recursos financeiros, tal e qual se daria em operação de compra e

venda, mas aqui sem a apuração de ganho de capital. O apelido "casa-separa" vem da constatação de que nunca houve qualquer intenção de constituir uma sociedade, sendo certo que os "sócios" já sabiam de antemão que nunca haveriam de explorar um negócio de forma conjunta e que à entrada de um sucederia inevitavelmente a saída do outro.

Logo, se a embargante entende que as demais premissas aventadas são determinantes para a conclusão de que houve ganho de capital tributável, cumpre-lhe demonstrar a divergência mediante veículo próprio, qual seja, recurso especial dirigido à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

De outro lado, constata-se que, em recurso voluntário, a interessada destacou que a validade das operações que geram economia fiscal seria evidenciada, dentre outros aspectos, pela *existência de várias condições suspensivas que pendiam para ingresso do novo sócio*. Relatou tais condições, reconhecidas pela Fiscalização (aprovação pelo DAER/RS, comunicação ao BNDES sobre a transferência do controle das concessionárias, encaminhamento ao BNDES e agentes financeiros de pedido de aprovação para tal transferência de controle, obtenção da autorização do BNDES e dos agentes financeiros para a transferência do controle), e ressaltou a possibilidade de rescisão do acordo caso não obtida a autorização ou não implementadas as demais condições. Discordou, assim, da caracterização de uma alienação frente à possibilidade de rescisão do acordo, e reafirmou sua função: permitir o *ingresso de novo investidor para exploração do Consórcio Univias, que aportasse os recursos necessários para a continuidade da execução dos projetos, bem como compartilhasse os riscos atrelados ao empreendimento*.

Tais argumentos foram assim enfrentados no voto condutor do julgado:

Também deve ser refutada a afirmação de que não seria possível a alienação direta, mediante compra e venda, pela necessidade de autorização expressa dos órgãos concedentes. É verdade que tal autorização era indispensável para a alienação das participações societárias, mas não é menos verdade que também o foi dentro da complexa operação engendrada pelas alienantes, aqui discutida. Confira-se, por exemplo, no Acordo de Investimentos e Outros Pactos (fls. 492/536), os itens 5.2 (b); 5.2.1 (f); e 5.3 (b). Acrescente-se a essa observação que a hipotética ausência das indispensáveis autorizações dos órgãos reguladores seria a única situação capaz de desobrigar os pactuantes e levar à rescisão do contrato (item 5.2.2). De outra sorte, os pactuantes estavam irrevogável e irretratavelmente obrigados (item 5.1) a prosseguir nas etapas contratadas.

Nestes termos, embora não se referindo expressamente às condições suspensivas aventadas pela recorrente, o Conselheiro Redator teve em conta seus efeitos e não os considerou suficientes para afastar a existência, na hipótese, de uma operação "casa-separa". Em verdade, tais condições suspensivas apresentam-se como diferencial nesta operação em comparação com outras já apreciadas neste Conselho, mas apenas porque a alienação do investimento dependia das prévias autorizações antes referidas para que o adquirente. Consequência deste diferencial, porém, foi apenas a distribuição da apuração do ganho de capital nos anos-calendário 2006 e 2007, em conformidade com a entrega de recursos pela adquirente, dependente do implemento das condições antes referidas, apesar de no presente caso não ter sido apurada diferença a tributar em 2007, em razão dos demais valores reconhecidos pela autuada. Até porque, ainda que pendentes condições suspensivas, os valores recebidos pela Univias, referentes à subscrição do bônus, foram repassados imediatamente aos sócios CP, BGPAR, Castilho e Pedrasul, por conta de mútuo, que posteriormente foi

quitado mediante resgate de ações, com lançamento contábil à débito de mútuo e à crédito de investimentos, como bem destacado no voto condutor do julgado.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de ACOLHER os embargos sem efeitos infringentes, apenas para sanar a obscuridade vislumbrada na abordagem acima, evidenciado que o voto condutor do julgado teve em conta os efeitos das condições suspensivas, mas não os considerou suficiente para afastar a existência, na hipótese, de uma operação "casa-separa".

Omissão quanto à impossibilidade de manutenção da multa na decisão por voto de qualidade (Tema 4)

A embargante entende que o Colegiado embargado se omitiu ao deixar de observar o *disposto no artigo 112 do CTN vis-à-vis o resultado do julgamento em sede de voto de qualidade*. Defende que *em caso de dívida, a decisão deve ser favorável ao réu, ou, no caso ao contribuinte, não podendo ser-lhe imputada qualquer penalidade, ainda que o tributo seja considerado devido*. Discorre sobre o princípio do *in dubio pro reo* e sobre sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, pleiteando o cancelamento da multa de ofício.

Como já adiantado no despacho de admissibilidade, tal argumento não integrava o recurso voluntário, de modo que a ausência de sua abordagem no voto condutor do julgado não representa omissão de ponto sobre o qual a Turma deveria se pronunciar.

Assim, os embargos devem ser REJEITADOS neste ponto.

Estas as razões para, ao final, CONHECER dos embargos, mas ACOLHÉ-LOS PARCIALMENTE, e sem efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora