



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

Processo nº 11080.732210/2011-03
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1302-001.839 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de abril de 2016
Matéria IRPJ/CSLL - Ganho de capital
Embargante PEDRASUL CONSTRUTORA 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em 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, 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, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Na sessão plenária de 25 de março de 2015, a 2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste Conselho julgou recurso voluntário interposto nestes autos, assim relatado no Acórdão nº 1302-01.710:

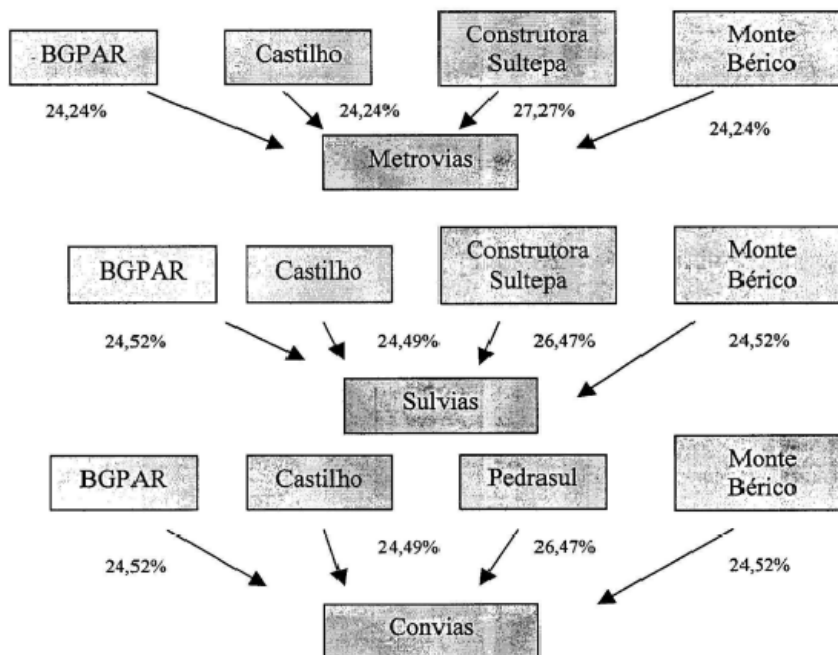
PEDRASUL CONSTRUTORA S/A, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 10-38.159, de 26/04/2012, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Os fundamentos da autuação e as razões de impugnação foram minuciosamente descritos no relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, que reproduzo a seguir:

Contra o contribuinte foram lavrados autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1609/1616) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 1617/1623), exigindo um total de crédito tributário de R\$ 325.445,84.

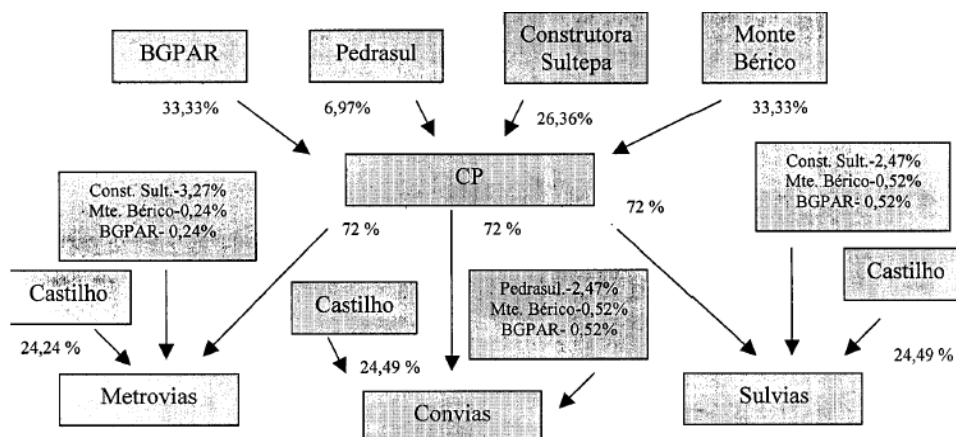
Segundo o Relatório da Ação fiscal (fls. 1624/1654), a autuação decorre de ganho de capital obtido na alienação de participação societária que o contribuinte detinha junto a Univias Participações S/A, utilizando-se de operações simuladas em conluio com outros interessados.

Em janeiro de 1998, foram constituídas as pessoas jurídicas Metrovias, Convias e Sulvias, tendo como objeto social a exploração, sob o regime de concessão, dos complexos rodoviários denominados pólos Metropolitano, Caxias do Sul e Lajeado, conforme o seguinte quadro societário:



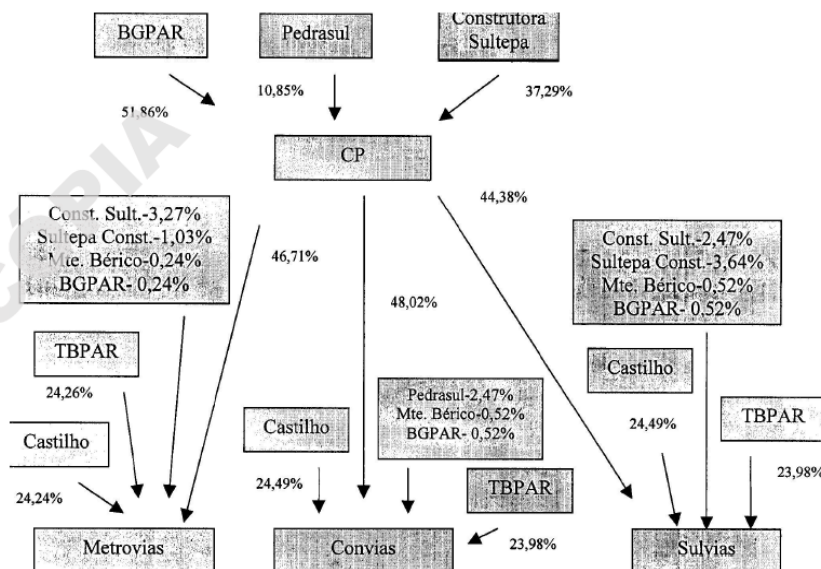
Em 29/12/2004, a Pedrasul, a Construtora Sultepa e a BGPARG, transferiram para CP Construções e Participações Ltda., em aumento de capital, parte das ações que detinham na Metrovias, na Convias e na Sulvias. Dos sócios originais das concessionárias, apenas a Castilho não transferiu ações para a CP, mantendo inalterada sua participação direta nas referidas concessionárias.

Até setembro de 2006, a estrutura de controle das concessionárias permaneceu da seguinte forma:



Observa-se que a Pedrasul transferiu para a CP 24% das ações da Convias e manteve uma participação direta de 2,47% naquela concessionária. A autuação trata da alienação desta participação na Convias, que se deu através da Univias, conforme procedimento que será descrito na sequência.

Em 15/09/2006, foi efetuada uma cisão parcial da CP, que resultou na saída da sócia Monte Bérico e na redução da participação da Construtora Sultepa. A Monte Bérico se retirou da CP recebendo ações da Metrovias, da Convias e da Sulvias, que foram transferidas diretamente para a TBPAR, controlada pela Monte Bérico (99,99%). A Construtora Sultepa reduziu a participação na CP (apesar de ter aumentado em termos percentuais, pela saída da Monte Bérico), recebendo ações da Sulvias e da Metrovias, que foram transferidas diretamente para a Sultepa Construções e Comércio. Em consequência, a estrutura de controle das concessionárias ficou a seguinte:



A cisão da CP Construções e Participações Ltda. foi a primeira etapa de uma sequência de atos objetivando a alienação do controle das concessionárias para a Robina Empreendimentos e Participações Ltda.

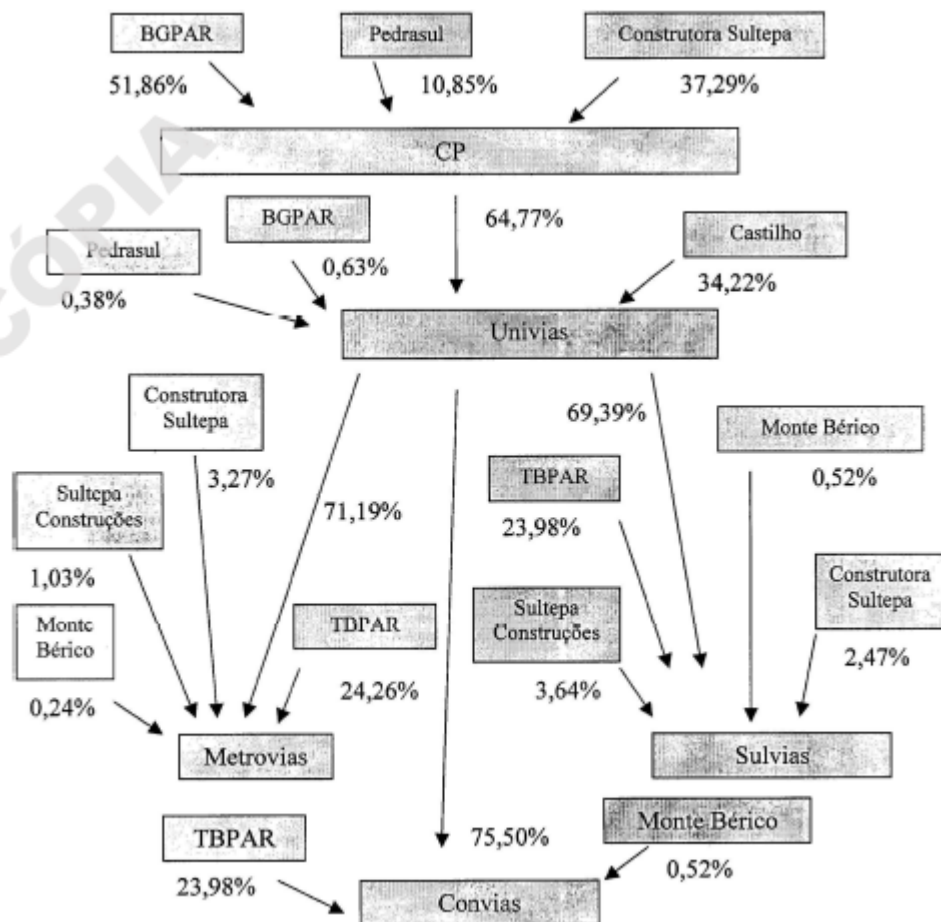
A saída da Monte Bérico do quadro societário da CP ocorreu porque o grupo Toniolo Busnello não tinha a intenção de se desfazer de sua participação nas concessionárias. Assim, saiu da CP e voltou a ter participação direta nas três concessionárias, através da TBPARG, permitindo que os sócios remanescentes (grupo Sultepa e Brasília Gualba) alienassem para a Robina suas participações nas concessionárias.

A Castilho Engenharia também alienou sua participação nas concessionárias para a Robina, mas não o fez através da CP.

A etapa seguinte foi a utilização da Univias Participações S/A, que havia sido constituída em 11/04/2006 sob a denominação de EDSR19 Participações e Empreendimentos Imobiliários S/A, com capital de R\$ 1.000,00. A EDSR19 era uma típica empresa de gaveta, criada por Eduardo Duarte, atualmente responsável por mais de duzentas empresas perante a Receita Federal, muitas denominadas com números e já envolvidas em outras fraudes.

A EDSR19 teve sua denominação alterada para Univias Participações S/A em 18/09/2006, quando ingressaram na sociedade a Pedrasul, a BGPARG, a Castilho e a CP. A Pedrasul recebeu 4 ações com valor total de R\$ 4,00.

Em 10/06/2006 ocorreu um aumento de capital na Univias, integralizado pelos quatro sócios através da conferência pelo valor contábil de ações das concessionárias, resultando na seguinte estrutura:



Em 10/10/2006 foram realizadas quatro assembléias da Univias, em cada uma delas subscreveram capital a Pedrasul, BGPARG, Castilho e CP, no valor de R\$ 1.000,00 e reserva de capital (ágio na emissão de ações) de R\$ 66.689.036,74 (fls. 938/940).

Na contabilidade da Pedrasul os investimentos nas concessionárias foram substituídos pelo investimento na Univias (fls. 06 e 108).

Em 11/10/2006 a Univias emitiu bônus de subscrição (fls. 876), conferindo ao titular desses bônus o direito de subscrever 80.000.800 ações ao preço total de R\$ 20.618.627,53. O prêmio a ser pago à Univias pela subscrição do bônus foi estabelecido em R\$ 118.322.660,47. Na mesma assembléia, os acionistas renunciaram ao direito de preferência para subscrição do bônus e aprovaram que a subscrição fosse efetuada pela Robina.

De acordo com o Boletim de Subscrição de 11/10/2006, o bônus foi pago pela Robina da seguinte forma: R\$ 17.400.391,24 no ato, em moeda corrente nacional, e R\$ 100.922.269,22 por duas notas promissórias de R\$ 50.461.134,61, com vencimento em 26/02/2007, emitidas por Empate Engenharia e Comércio Ltda. e Heber Participações Ltda., controladores da Robina. As notas promissórias foram resgatadas antecipadamente, em 16/11/2006.

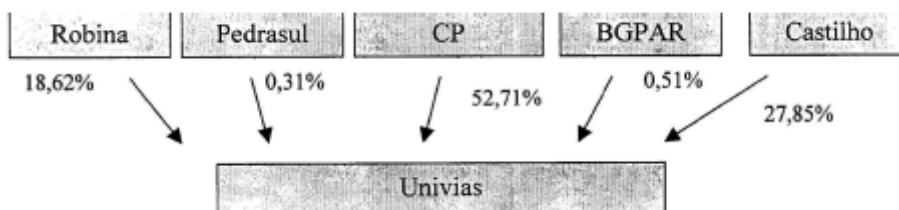
Os valores recebidos pela Univias referentes à subscrição do bônus foram repassados aos sócios CP, BGPARG, Castilho e Pedrasul, por conta de mútuo. A Pedrasul recebeu R\$ 450.412,32, em 11/10, 16/10 e 17/10/2006.

Esse procedimento todo foi a primeira etapa da venda, apesar de não ter sido formalmente tratada pelos alienantes como venda de ações, mas sim dissimulada sob suposta reorganização societária (emissão de bônus, pagamento de bônus pela Robina e repasse dos valores recebidos pela Univias aos sócios, através de mútuo, para quitação com futuro resgate de ações).

Em 16/11/2006 foi celebrado um contrato de compra e venda entre Robina e os sócios da Univias, relativo a 18,622% das ações da Univias, divididos proporcionalmente à participação de cada um dos sócios (BGPARG 0,63%), pelo valor total de R\$ 35.212.734,80. À Pedrasul coube uma parcela de R\$ 133.104,14, transferidos pela Robina em 16/11/2006. A Pedrasul contabilizou a operação a crédito de investimentos (Univias) e a débito Baixas de Investimentos, ou seja, baixou o custo total registrado na conta investimentos na Univias, quando na verdade estava alienando 18,62% da participação.

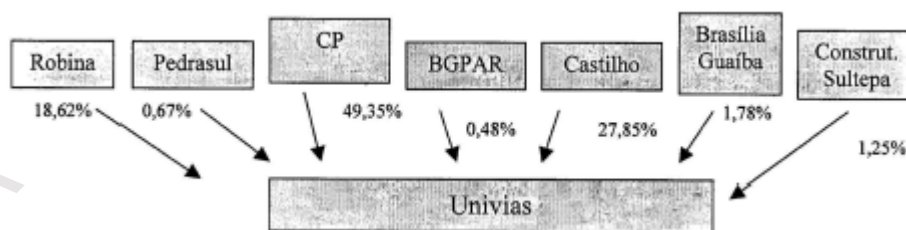
Essa foi a segunda etapa da venda que resultou nos autos de infração.

Depois dessa venda, o quadro societário da Univias ficou da seguinte forma:



Em 28/12/2006 foi efetuada uma redução de capital na CP, com o cancelamento de 6.895.914 ações dos sócios BGPARG, Pedrasul e Construtora Sultepa, que receberam em troca 3.362.020 ações da Univias. A Pedrasul recebeu 364.703 ações preferenciais da Univias.

Com redução de capital na CP o quadro societário da Univias ficou o seguinte:

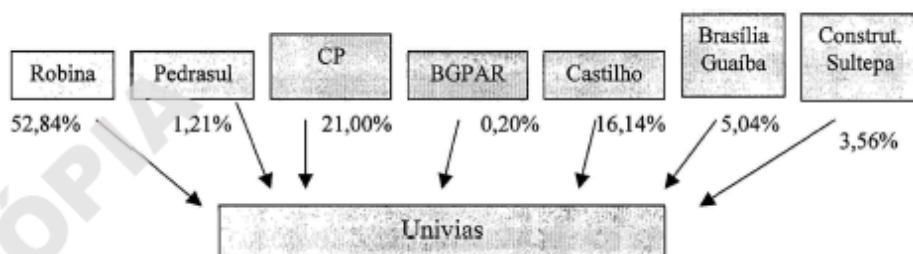


Em 28/03/2007 foi efetuado um resgate parcial de 64.759.233 ações da Univias, quando as sócias CP, Castilho, BGPARG e Pedrasul receberam um total de R\$ 119.064.979,27, proporcionalmente ao número de ações resgatadas. Na Univias o resgate foi efetuado à conta reserva de capital e a contrapartida foi a baixa do mútuo que havia sido concedido aos acionistas anteriormente (fls. 989).

À Pedrasul coube o valor de R\$ 450.412,32, contabilizado a débito de mútuo com partes relacionadas no passivo exigível à longo prazo e a crédito de investimentos na Univias (fls. 07 e 121). Esse valor foi tratado indevidamente como mútuo, quitado com resgate posterior de ações em março de 2007. recebeu, ainda, em novembro de 2006, R\$ 133.104,14 pela venda direta à Robina de 18,62%, através de verdadeiro contrato de compra e venda. O custo total de aquisição do investimento na Univias era apenas R\$ 14.386,72, e somente uma parcela desse custo deveria ter sido atribuído à venda, proporcionalmente à quantidade de ações alienadas.

Mas não foi isso que a Pedrasul fez, baixou todo o custo na venda de 18,62% das ações e depois lançou a equivalência patrimonial para dar suporte à baixa no resgate de ações em março de 2007.

Depois dessa operação, o quadro societário da Univias ficou da seguinte forma:



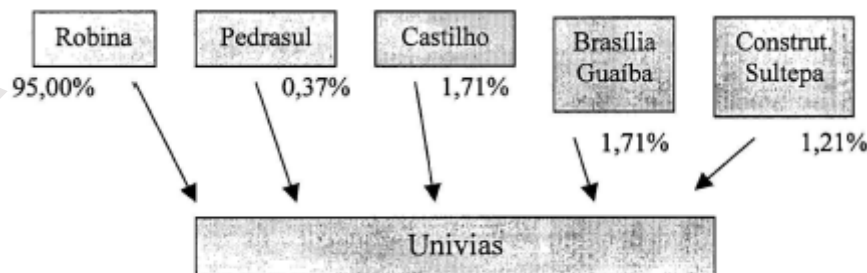
Na mesma data, 28/03/07, foi realizada uma assembléia na CP para aprovar a distribuição de dividendos, no valor de R\$ 65.920.611,00, e a redução de capital no montante de R\$ 34.414.602,00 (fls. 460). Na Pedrasul a contabilização do recebimento dos dividendos e da redução do capital se deu contra o mútuo com a CP no passivo (fls. 122/123), no total de R\$ 10.876.550,87.

Em 05/06/2007 ocorreu nova redução de capital na Univias, acarretando a saída da BGPARG e da CP, e a redução da participação da Castilho e da Pedrasul (fls. 890). Na mesma data a Robina subscreveu 80.800.800 ações por R\$ 22.565.618,44, exercendo o direito de subscrição pelo qual havia pagado anteriormente o bônus. Os recursos provenientes da subscrição das ações pela Robina foram utilizados para o resgate de ações. À BGPARG coube uma parcela de R\$ 85.295,00 (0,3779%).

Juntamente com esse valor, a Pedrasul recebeu a parcela que lhe cabia pela participação indireta na Univias através da CP, contabilizados parte a crédito de mútuo da CP e o restante, R\$ 80.718,73, a crédito de receita (fls. 08 e 124). Não houve baixa na conta de investimento da Univias.

Essa foi a terceira etapa da venda.

Depois dessa operação a Robina passou a deter 95% do capital da Univias, conforme abaixo:



Nessa data (05/06/2007) a Robina segregou um ágio de R\$ 114.020.009,66, que, somado ao ágio de R\$ 494.448,54 contabilizado anteriormente quando da aquisição de 18,62% das ações, resultou num total de R\$ 114.514.458,20 (fls. 1307).

Esse ágio foi transferido para a Univias em 01/12/2008 (fls. 1089), quando da incorporação da Robina, e repassado para as concessionárias Metrovias, Sulvias e Convias em 02/12/2008, pela cisão total da Univias (fls. 1090). Nas concessionárias passou a ser dedutível por força do art. 7º da Lei nº 9.532, de 1997. Com isso, concluiu-se que o suposto planejamento, na verdade tratou-se de uma simulação, cuidou de evitar o ganho de capital para os alienantes, mas preservou o ágio dedutível para os adquirentes.

Posteriormente, outros atos complementaram a operação de aquisição do controle das concessionárias pela Robina. Ainda, em 05/06/2007, a Robina adquiriu as ações que a Construtora Sultepa e a Sultepa Construções detinham diretamente na Sulvias e na Metrovias (fls. 1558).

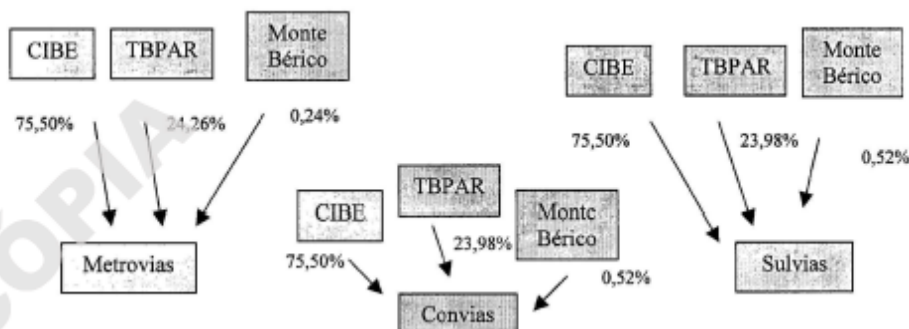
Em 01/12/2008 a Univias incorporou a Robina, e a CIBE, que detinha 100% da Robina, recebeu as ações da Univias que eram de titularidade da Robina.

Em 02/12/2008 a Univias foi extinta por cisão total, sendo seu acervo vertido para as concessionárias Sulvias, Convias e Metrovias. Em troca de sua participação na sociedade extinta, os sócios da Univias receberam ações das concessionárias, que passaram a ser controladas diretamente pela CIBE (71,94% da Metrovias; 71,72% da Convias e 72,03% da Sulvias).

O grupo Toniolo Busnello, através da TBPARG e da Monte Bérico, manteve a participação direta de 24,50% em cada uma das concessionárias. O restante das ações das concessionárias ficou com pessoas físicas e jurídicas vinculadas aos antigos sócios minoritários da Univias.

Em abril de 2009 ocorreu a transferência das ações desses minoritários para a CIBE.

O quadro societário ficou da seguinte forma:



Em razão dos fatos acima descritos, o autuante afirma que 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, que não pode produzir os efeitos tributários desejados pelos contribuintes. A sequência de atos praticados, por si só evidencia um descompasso entre a real intenção do negócio e o aspecto formal conferido à operação. A utilização do bônus de subscrição como mero recurso para a majoração do custo do investimento detido pela Pedrasul na Univias, seguido da imediata alienação da participação, parte através de verdadeiro contrato de compra e venda de ações e parte através de resgate de ações, caracteriza uma distorção daquele instrumento do direito societário.

Para o autuante, a simulação torna-se irrefutável diante do documento “Acordo de Investimentos e Outros Pactos” de 27/09/2006 (fls. 528/572), 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 (ou “investidor”, como foi denominada a Robina no acordo), mas sim se retirar da Univias e, indiretamente, alienar a participação societária detida nas concessionárias.

O Acordo de Investimentos expõe de tal forma a simulação, que o documento foi sonogado da Receita Federal por todos os envolvidos na operação, que, intimados, informaram não ter localizado o documento em seus arquivos. Somente depois de tomarem conhecimento de que a Receita Federal poderia obter o documento diretamente no CADE, a Metrovias entregou o referido documento, ainda que sem os diversos anexos nele referidos, alegando não dispor dos documentos e que os mesmos não constavam no processo do CADE.

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.

O detalhamento da operação, que foi dividida em três etapas, denominadas “primeiro pré-fechamento”, “segundo pré-fechamento” e “fechamento”, descreve as condições do negócio, desde os procedimentos junto à Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, DAER/RS, BNDES, a realização das assembleias, a emissão de bônus de subscrição e o repasse dos recursos como mútuo, acompanhamento pela Robina dos negócios das concessionárias, possibilidade de rescisão do contrato caso a operação não fosse aprovada pelo DAER, contratos de compra de ações, enfim, todos os passos que culminaram com a extinção da Univias e com o controle acionário das concessionárias pela CIBE.

A capitalização inexistiu de fato. Basta comparar o patrimônio da Univias em 10/10/2006, imediatamente anterior à subscrição do bônus, representado unicamente pelos investimentos junto às concessionárias, e o patrimônio depois da conclusão da operação, em 30/06/2007, representado pelos mesmos investimentos. A Univias emitiu o bônus, mas os recursos foram pagos diretamente aos sócios, sob a forma de um mútuo simulado, cuja liquidação, através de resgate de ações, já estava previamente acordada. O ganho foi dos sócios e não da Univias. A classificação como reserva de capital do valor recebido a título de alienação do bônus de subscrição e, ato contínuo, resgatar ações a débito dessa mesma conta, mostra que a intenção não era receber aquele valor como verdadeiro prêmio de emissão e mantê-lo como recurso à disposição da Univias, mas sim repassá-lo de imediato aos sócios, por se tratar de produto de alienação das ações.

A distorção da utilização da figura do bônus fica evidente também diante da redução de capital que já estava previamente definida no acordo de investimentos.

Foi emitido um bônus vinculado à emissão de ações para uma suposta capitalização, quando, na verdade, o resultado final previsto era a manutenção aproximada do número de ações e a entrega do produto da pseudo-capitalização para os sócios.

No momento da emissão do bônus, o capital da Univas era representado por 100.001.000 de ações, com previsão de emissão de mais 80.000.800 ações, a serem subscritas pela Robina, o que totalizaria 180.001.800 ações. Isso nunca ocorreu, porque quando a Robina subscreveu as 80.000.800 ações em 05/06/2007, já haviam sido resgatadas pelos antigos sócios 76.187.332 ações (parte em 28/03/2007 e parte na própria assembléia de 05/06/07). Ao final, o capital da Univas restou representado por 103.814.468 ações, muito próximo das 100.001.000 ações originais, ainda que distribuído de forma diversa entre ações ordinárias e preferenciais.

O investimento da Pedrasul na Univas deveria, a princípio, estar avaliado pelo custo de aquisição, por não se enquadrar nos conceitos de coligada ou controlada, definidos no art. 384 do RIR/99, pois a Pedrasul em momento algum deteve 10% ou mais do capital da Univas, ainda que fosse considerada sua participação indireta através da CP. Mesmo que se enquadrasse nas hipóteses de avaliação baseada no patrimônio líquido, a equivalência realizada em 31/12/2006 seria indevida, por se fundamentar em operação simulada ocorrida na Univas, que utilizou de forma distorcida o bônus de subscrição, previsto nos arts. 75 a 79 da Lei nº 6.404, de 1976.

Os fatos acima descritos revelam que a verdadeira intenção da Pedrasul sempre foi alienar para a Robina sua participação direta na Univas, 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 dissimular, qual seja, a alienação da participação societária com ganho de capital sujeito à tributação na forma dos arts. 418 e 426 do RIR/99.

O crédito tributário foi lançado com a multa de 150%, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

O contribuinte apresentou a impugnação de folhas 1660 a 1697, alegando, preliminarmente, que os autos de infração são nulos por incompetência das autoridades fiscais autuantes, adstritos à DRF Porto Alegre, pois o primeiro Termo de Intimação Fiscal que deu início à fiscalização (na oportunidade, em face da Convias), acarretando na formalização da exigência, foi lavrado em Caxias do Sul.

E, segundo o art. 38, § 4º, do Decreto nº 7.574, de 2011, a formalização da exigência previne a jurisdição e prorroga a competência da autoridade que dela primeiro conhecer.

Além disso, o evento que trouxe o suposto fato gerador do tributo ocorreu perante a Univas, que, por sua vez, foi submetida à fiscalização da DEFIS, em São Paulo, por ser este o local do seu domicílio fiscal.

Assim, sob qualquer ângulo, é inquestionável a incompetência das autoridades fiscais de Porto Alegre para efetuar o lançamento; seja porque não foram os primeiros que obtiveram conhecimento da operação societária; seja porque não pertencem ao domicílio fiscal onde ocorreu o fato desconsiderado para fins de tributação.

No mérito, alega que a fiscalização parece mergulhar 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.

Entretanto, esqueceu a fiscalização de investigar a fundo o contexto político e econômico que permeava a admissão da Robina como nova investidora do Consórcio Univas é esse contexto que comprova, de forma inequívoca, a existência de propósito negocial para a realização da operação, que na época o contexto político e econômico, relacionado à exploração de concessões rodoviárias no Brasil e, em especial, no Estado do Rio Grande do Sul, era necessário o ingresso de novo investidor para exploração do Consórcio Univas, que aportasse os recursos necessários para a continuidade da execução dos projetos, bem como partilhasse os riscos atrelados ao empreendimento.

Mais. 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), com efetiva vivência das operações praticadas e a assunção dos riscos e efeitos típicos desses negócios.

Desconsiderou ainda todos os elementos (adotados pelo próprio Conselho de Contribuintes e pela doutrina) que indicam a validade das operações que geram economia fiscal, quais sejam: (a) adequado intervalo temporal entre as operações; (b) a independência das partes envolvidas; (c) existência de várias condições suspensivas que pendiam para o ingresso do novo sócio, o que demonstra que a operação não se qualificava como alienação de investimento, mas sim de verdadeira captação de recursos condicionada ao cumprimento de certos requisitos.

Não tendo sido a operação de captação de recursos simulada, improcedente é o argumento da fiscalização no sentido de que o investimento da Pedrasul na Univias deveria estar avaliado pelo custo de aquisição, pois na época, a Construtora Sultepa S/A, companhia aberta, era proprietária de ações da Pedrasul representativas de mais de 99% do seu capital. As companhias, portanto, detinham, direta e indiretamente, mais de 30% do capital social da Univias Participações S/A, o que justifica a avaliação do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

No ano de 2004 foi constituída a CP Construções e Participações Ltda., com vistas a atuar em um importante projeto licitado em 1997, relacionado à exploração do Complexo Rodoviário Metropolitano que, devido a problemas judiciais entre os participantes da licitação, teve retardada a homologação, adjudicação e o início da execução dos contratos. 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. Em janeiro de 2006 foram rratificadas as cláusulas do Termo Aditivo celebrado entre as partes, op que demandaria, necessariamente, a captação de recursos no mercado para atendimento às novas exigências dele constantes.

Paralelamente, depois de um ano de extensos debates, o Governo Federal decidiu realizar investimentos com recursos públicos, não levando adiante a contratação com o Consórcio Metropolo.

Para as concessionárias, a continuidade da execução dos contratos, mediante a celebração do Termo Aditivo, estava condicionada a aportes substanciais de capita, pois não dispunham de todos os recursos.

Por outro lado, 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. Em 07 de junho de 2005 foi aprovado o lançamento das licitações relativas à 2ª etapa do Programa Federal de Licitações, mostrando-se ainda mais necessária a associação com um grupo economicamente forte, que injetaria recursos na Univias e viabilizaria o desenvolvimento de novos negócios.

Assim, em setembro de 2006, ocorreu a formalização do Acordo de Investimentos, que previa o ingresso na Robina como investidora e a emissão de bônus de subscrição como forma de captação dos recursos necessários para a continuidade dos contratos de concessão.

Em 2007, a 2ª etapa do Programa Federal de Concessões foi lançado, mas mostrou-se de grande frustração para as concessionárias, pois outro grupo ganhou a disputa de 5 dos 9 lotes disputados. Isso mudou totalmente a estrutura de capitais desses negócios, que exigia agora ter o capital aberto. O grupo Univias perdeu escala, pois a estrutura de capitais mudou radicalmente, tornando inviável a sua participação em outras concorrências – ficaram pequenas demais para o negócio.

Isso resultou no desinteresse pelo negócio de concessões, culminando na saída da CP e da própria impugnante do Consórcio Univias.

A realização completa da reestruturação societária empreendida, de cunho de reorganização empresarial, levou quase um ano, o que demonstra que os atos

praticados não eram meros atos formais, desprovidos de qualquer substrato econômico ou motivação negocial. O lapso temporal do procedimento é elemento que indica a validade da reestruturação executada como um instrumento legítimo para os fins almejados, a captação de novo investidor para a exploração do Consórcio univias.

Outro elemento que indica a validade da reestruturação executada é a desvinculação existente, não apenas entre as partes que subscreveram o Acordo de Investimento, como também as entidades pertencentes à Administração Pública (como o BNDES, DAER/RS, CADE e AGERGS).

Em cada uma das três etapas do Acordo de Investimentos existiam condições suspensivas que pendiam para o ingresso do novo sócio, conforme a própria fiscalização relacionou. Além disso, havia a possibilidade de rescisão do Acordo, caso não fosse autorizada pelo DAER a transferência do controle das concessionárias para a Univias e, posteriormente, a transferência do controle da Univias e das concessionárias para a Robina, conforme itens 5.2.2 e 5.3.2 do acordo.

Quanto à multa, alega que inexistente fraude e conluio na operação, o que torna impossível a sua qualificação, pois o elemento essencial da conduta, que enseja a aplicação de multa qualificada, a tentativa dolosa de ocultar o fato gerador ou seus elementos, de enganar o Fisco, não se faz presente no caso.

Quanto o contribuinte pratica o negócio lícito e feito às claras, não poderá ser aplicada multa qualificada prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que é reservada às situações em que o sujeito passivo, mediante a prática de fraude ou sonegação, condutas ilícitas, busca ocultar o Fisco a ocorrência do fato gerador ou de algum de seus elementos, de modo a impedir que a Administração Tributária tome conhecimento dos mesmos.

Todas as operações das quais tomou parte eram lícitas e foram devidamente escrituradas; o Acordo de Investimentos foi divulgado em Comunicado ao Mercado pela Construtora Sultepa S/A; além disso, o Acordo de Investimentos encontrava-se registrado no CADE; o Acordo de Investimentos, ao contrário do entendimento do Fisco, revela verdadeiramente que o objetivo da operação era receber um novo investidor; embora o Acordo de Investimentos não tenha sido localizado, todos os documentos societários e contratuais nele mencionados, solicitados pela fiscalização foram devidamente apresentados; não houve qualquer prejuízo à fiscalização, uma vez que a mesma teve acesso ao Acordo de Investimentos através da Metrovias.

Por fim, não há como se cogitar de conluio na operação para execução da fraude alegada pela fiscalização, tendo em vista que a outra parte signatária do Acordo de Investimentos (a Metrovias, na qualidade de sucessora da Robina),

também estava sujeita à ação fiscal, tendo a fiscalização sido encerrada sem o questionamento de qualquer aspecto atinente à legitimidade da operação, conforme documentos em anexo, que, ressalte-se, é a mesma para ambas as partes.

Por fim, requer que seja acolhida a preliminar de nulidade e, no mérito, sejam julgados improcedentes os lançamentos, ou, ao menos, seja excluída das autuações a multa qualificada.

O contribuinte apresentou para provar suas alegações os documentos de folhas 1723 a 2131.

A 1ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 1038.159, de 26/04/2012 (fls. 2139/2158), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006

IRPJ/CSLL NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL AUTUANTE. INOCORRÊNCIA

A competência territorial do Auditor-Fiscal 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 buscou 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.

Ciente da decisão de primeira instância por meio eletrônico em 29/05/2012, conforme Termo de Ciência por Decurso de Prazo à fl. 2164, a contribuinte apresentou voluntário em 21/06/2012 conforme carimbo de recepção à folha 2165. A peça recursal se encontra às fls. 2165/2205. Após sintetizar os fatos, sob sua ótica, a recorrente discorre contra o procedimento fiscal e reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória. Acrescenta que:

A argumentação da fiscalização, baseada em meras suposições e presunções, tem por objetivo desconsiderar a sequência de atos – ressalte-se, revestidos de legalidade e condizentes com a real intenção das partes envolvidas – por meio da alegação de simulação, não obstante a reorganização societária empreendida:

- Apresentasse notável propósito negocial, conforme restará cabalmente demonstrado a seguir, o que se depreende ainda pela verificação (a) de adequado intervalo temporal entre as operações realizadas; (b) da independência das partes envolvidas na operação; (c) da existência de várias condições suspensivas que pendiam para ingresso do novo sócio, o que demonstra que a operação não se qualificava como alienação de investimento, mas sim de verdadeira captação de recursos condicionada ao cumprimento de certos requisitos para admissão do novo investidor;

- Tenha ocorrido tal como descrita pela Recorrente, que, agindo de boa-fé, reportou em seus livros contábeis e fiscais todos os atos executados, bem como autorizou a divulgação pública das bases para realização do negócio, por meio da comunicação ao mercado feita pela Construtora Sultepa S/A (sócia da Univias), acerca da realização do Acordo de Investimentos para admissão de novo investidor e arquivamento desse documento no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). [...]

A simulação ora alegada é baseada em meras suposições e presunções, não comprovadas. [...]

Com isso, muitas das vezes o Fisco acaba por violar o comando inserto no art. 110 do CTN, o que, definitivamente, não deixou de ocorrer no caso concreto, na medida em que admite a legalidade da operação sob a égide do direito societário e administrativo, mas, ao mesmo tempo, a repudia sob o ponto de vista fiscal [...] [ou seja] a validade da operação sob o aspecto tributário [...].

Nunca é demais repetir que se o Fisco não atender ao seu duplo ônus de prova, se não demonstrar a qualificação jurídica pertinente ou se houver um insuperável empate (...), o critério de decisão do caso deve ser o de prestigiar a liberdade de o contribuinte organizar seus negócios [...].

Ora, a fiscalização deve estar munida de elementos suficientes para, com precisão, afirmar que a conduta do contribuinte encontrase eivada em vícios [fraude e conluio]. Nesse contexto, partindo da premissa de ser ônus da Administração a precisa demonstração das circunstâncias fáticas que circulam o objeto da autuação, vale

ressaltar que não há, no caso em tela, elementos suficientes para manutenção do presente Auto de Infração.[...]

Cumpra ressaltar que as consequências decorrentes do agravamento da penalidade não se limitam ao seu caráter financeiro, já que, nesses casos, exige-se da autoridade fazendária a elaboração de representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, com a consequente abertura de processo criminal contra o contribuinte.

Logo, é mandatório que a imposição de multa qualificada pelo Fisco decorra de uma análise minuciosa dos elementos caracterizadores da sonegação, fraude ou conluio (fatos que ensejam tal qualificação) o que não ocorreu no caso em tela [...].

Apesar de todo o exposto, a 1ª Turma da DRJ/POA entendeu por bem manter o lançamento operado nos autos, e assim, julgar improcedente a Impugnação, com base nos mesmos argumentos utilizados no Relatório Fiscal do Auto de Infração Assim, resta incontestado a robusta prova documental carreada à Impugnação, assim como incontroversos os fatos notórios que traduzem, por exemplo, o contexto histórico e político da exploração das concessões no Rio Grande do Sul à época dos fatos, de modo a evidenciar o real propósito negocial da operação societária tratada nos autos. [...]

Considerações Preliminares [...]

A relação Fisco e contribuinte é norteadada pelo princípio da boa-fé, o que impede a presunção, a priori, de que a atuação do contribuinte que resulte em economia fiscal é ilegítima, desleal e tem por propósito lesar o Fisco [...]

Além da infundada alegação de simulação, associada à tentativa de qualificação da multa mediante a caracterização de fraude e conluio na operação, a autoridade fiscal tenta "demonizar" as partes envolvidas na reestruturação societária analisada, ao insinuar que a Univias Participações S/A estaria inserida em operações de fraudes e lesões ao Erário [...].

Diante do exposto, resta inequívoca a tentativa da autoridade fiscal de desmoralizar as empresas que participaram da reestruturação societária analisada inclusive a Recorrente, ao vincular a Univias a empresas de fachada, comprovadamente utilizadas como veículos para lesão ao Erário, com o objetivo de deslegitimar a reestruturação societária executada.

Direito – Razões de Improcedência do Lançamento

Inexistência de Simulação no Caso em Tela [...]

O Auto de Infração ora guerreado foi lavrado para cobrança do IRPJ e CSLL incidentes sobre ganho de capital supostamente auferido na alienação de ações da Univias. De acordo com o entendimento da fiscalização, o suposto ganho não foi tributado em razão de majoração indevida do custo de aquisição do investimento, pela contabilização de equivalência patrimonial que teria decorrido da sequência de atos, no entendimento do Fisco, "simulados, que buscaram conferir à operação uma aparência (falsa) de reorganização societária".

A alegação de simulação pela fiscalização está fundamentada aos seguintes argumentos:

- "A utilização do bônus de subscrição como recurso para a majoração do custo do investimento detido pela Pedrasul na Univias, por equivalência registrada em 31/12/06, seguido de resgate de ações em 28/03/07, caracteriza uma distorção daquele instrumento de direito societário".

- "A simulação se torna irrefutável diante do Acordo de Investimentos e Outros Pactos, firmado previamente entre os adquirentes e os alienantes da participação societária objeto da negociação. Nunca houve, por parte dos alienantes, a intenção de admitir um novo sócio (ou investidor, como foi denominada a Robina no acordo), mas sim de se retirar da Univias e, indiretamente, alienar sua participação nas concessionárias".

- "A Univias emitiu o bônus, mas os recursos foram pagos diretamente aos sócios, sob a forma de um mútuo simulado, cuja liquidação, através de resgate de ações, já estava previamente acordada. (...) A distorção na utilização da figura do bônus fica evidente

também diante da redução de capital que já estava previamente definida no acordo de investimentos".

Em síntese, nos dizeres do próprio Fisco, "trata-se, portanto, de uma sequência de atos simulados, envolvendo a distorção da figura do bônus de subscrição (instrumento que deveria estar associado a uma verdadeira capitalização), seguida da utilização indevida de equivalência patrimonial e de mútuo fictício, tudo previamente descrito em pseudo acordo de investimentos". [...]

A fiscalização desconsidera que os atos listados no Acordo de Investimentos foram realmente praticados e que as empresas envolvidas submeteram-se aos efeitos destes atos (inclusive fiscais), com efetiva vivência das operações praticadas e a assunção dos riscos e efeitos típicos destes negócios. Nessa linha de raciocínio, cabe ressaltar que:

- Todos os atos societários e contratuais mencionados no Acordo foram efetivamente executados e arquivados perante as Juntas Comerciais competentes; O bônus de subscrição, que é um instrumento previsto na legislação societária para captação de recursos por companhias, foi efetivamente emitido e o preço pela sua emissão e exercício foi devidamente pago pela Robina.

- A operação apresentava riscos inerentes e usuais ao tipo de negócio executado a admissão de um novo investidor. Por exemplo, antes do fechamento da operação, foi rescindido o Contrato de Empreitada entre as concessionárias e o Consórcio Construtor Sul, por exigência da nova investidora (primeiro pré-fechamento). Isso comprova que os controladores da Univas inclusive a Recorrente estavam dispostos a correr o risco de rescindir um contrato em vigor, por exigência da investidora, com o objetivo de dar seguimento à operação o que demonstra a efetiva vivência das operações praticadas.

Logo, não se verifica, no caso em tela, os elementos que caracterizam a simulação prevista no art. 167 do Código Civil. De acordo com essa norma, haverá simulação nos negócios jurídicos quando (i) aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; (ii) contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira ou (iii) os instrumentos particulares forem ante-datados ou pós-datados.

Nenhuma dessas hipóteses foi verificada na operação analisada como um todo, tampouco no que diz respeito ao mútuo concedido aos sócios, pois estes, diferentemente do que dispõe a norma do citado art. 167, foram de fato quem receberam o valor do empréstimo, na data em que registrado, e diante de uma necessidade momentânea, já que haviam investido muito naquela empresa, e, posteriormente, o quitaram quando de suas retiradas da sociedade. O que nos leva à única conclusão plausível: de que a alegação de simulação que fundamenta a autuação não merece prosperar. [...]

Não tendo sido a operação de captação de recursos simulada, improcedente é o argumento da fiscalização no sentido de que o investimento da Pedrasul na Univas deveria estar avaliado pelo custo de aquisição, ao mencionar que "a Pedrasul em momento algum deteve 10% ou mais do capital da Univas, ainda que considerada sua participação indireta através da CP" [...].

Vale mencionar que, ao contrário do que alega a fiscalização, a Recorrente respondeu, em 07/12/2011, [...] o questionamento acerca da utilização do Método de Equivalência Patrimonial para registro do investimento na Univas, nos seguintes termos: "na época, a Construtora Sultepa S/A, companhia aberta, era proprietária de ações da Pedrasul Construtora S/A representativas de mais de 99% do seu capital social. As companhias, portanto, detinham, direta e indiretamente, mais de 30% do capital social da Univas Participações S/A, o que justifica a avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial."

Logo, resta inequívoca a obrigatoriedade de registro do investimento, pela Recorrente, das ações que detinha na Univas, pelo método de equivalência patrimonial.

A fiscalização desconsidera ainda a presença, no caso vertente, de todos os elementos [...] que indicam a validade das operações que geram economia fiscal, quais sejam: (a) o adequado intervalo temporal entre as operações realizadas; (b) a independência das

partes envolvidas na operação; (c) a existência de várias condições suspensivas que pendiam para ingresso do novo sócio, o que demonstra que a operação não se qualificava como alienação de investimento, mas sim de verdadeira captação de recursos condicionada ao cumprimento de certos requisitos para admissão do novo investidor. [...]

Propósito Negocial [...]

Ocorre que, no caso em tela, havia motivação extratributária para realização da operação. Dado o contexto político e econômico da época, relacionado à exploração de concessões rodoviárias no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul, era necessário 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. [...]

Contexto Histórico e Político Relacionado à Exploração de Concessões no Brasil e Rio Grande do Sul [...]

Com a promulgação da Lei nº 9.277, em maio de 1996 [...], criou-se a possibilidade de Estados, Municípios e Distrito Federal solicitarem a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus Programas de Concessão de Rodovias, mediante a celebração de Convênios com a União. [...]

O modelo gaúcho baseou-se na licitação de polos, que consistiam em pontos centrais para os quais convergiam pelo menos três rodovias com cobrança de pedágio, consolidando um subsídio cruzado, em que as rodovias com menor volume de tráfego eram mantidas, também, por aquelas que apresentam volumes maiores. A tarifa foi determinada pelo poder público, e o vencedor da licitação foi quem ofereceu a maior rede de rodovias a ser atendida no polo.

Assim, conforme mencionado anteriormente, em 1998 foram licitados 08 (oito) polos pelo Estado do Rio Grande do Sul, cabendo a Convias, Sulvias e Metrovias aqueles listados a seguir:

Concessionária	Polo	Duração do Contrato
Convias	Caxias do Sul	15 anos
Sulvias	Lajeado	15 anos
Metrovias	Metropolitano	15 anos

[Esclarece que] parte das rodovias eram federais e tiveram sua administração delegada ao Estado do Rio Grande do Sul em decorrência de convênio firmado com a União, que poderia ser denunciado a qualquer tempo.

No ano de 2004 foi constituída a CP Construções e Participações Ltda. (doravante "CP") pela Recorrente, BGPARG S/A e Construtora Sultepa, com vistas a atuar em um importante projeto licitado em 1997, relacionado à exploração do Complexo Rodoviário Metropolitano vencido pelo Consórcio Metropolo (composto pela CCR Companhia de Concessões e Rodovias e as empresas gaúchas Brasília Guaíba, Sultepa e Toniolo Busnello), mas que, devido a problemas judiciais entre os participantes da licitação, teve retardada a sua homologação, adjudicação e o início da execução dos contratos. [...]

Assim, em setembro de 2006, ocorreu a formalização do Acordo de Investimentos, que previa o ingresso da Robina como investidora e a emissão de bônus de subscrição como forma de captação dos recursos necessários para continuidade dos contratos de concessão. [...]

Em 2007, a 2ª etapa do referido Programa Federal de Concessões foi lançado, [...] e a OHL – Grupo Espanhol ganhou 05 dos 09 lotes disputados [...]. Isso mudou totalmente a estrutura de capitais para realização desses negócios. [...] O Grupo Univias perdeu escala [...] tornando inviável a sua participação em outras concorrências [...]. Isso

resultou no desinteresse pelo negócio de concessões, culminando na saída da CP e da própria Recorrente do Consórcio Univias.

Lapso Temporal Razoável entre as Operações Realizadas

O elemento temporal costuma definir-se, na prática, como uma das circunstâncias que confirmam o propósito negociai de uma transação. [...]

A reestruturação societária empreendida tinha verdadeiro cunho de reorganização empresarial, com o objetivo de captação de recursos no mercado, que dependiam da aprovação de terceiros.

Nesse contexto, percebe-se que a realização completa da operação levou quase um ano, o que demonstra que os atos praticados não eram meros atos formais, desprovidos de qualquer substrato econômico ou motivação negocial.

Assim, a existência de lapso temporal razoável entre as operações realizadas denota a substância econômica dos atos executados, que não se realizaram meramente sob o aspecto formal. Trata-se, por conseguinte, de elemento que indica a validade da reestruturação executada como um instrumento legítimo para os fins almejados (captação de novo investidor para a exploração do Consórcio Univias).

Independência das Partes Envolvidas na Operação

A independência das partes, como requisito que indica a validade das operações que resultam em economia fiscal, está relacionada à investigação das operações ditas "em casa": que não geram quaisquer efeitos econômicos perante terceiros e têm por único objetivo gerar algum benefício fiscal.

No caso em tela, resta inequívoco que, não apenas as partes que subscreveram o Acordo de Investimentos eram independentes, como também as entidades pertencentes à Administração Pública [...].

Assim, a independência das partes envolvidas na operação denota a substância econômica dos atos executados, que não se realizaram meramente sob o aspecto formal. Mais um elemento a qualificar a reestruturação executada como um instrumento legítimo para os fins almejados (captação de novo investidor para a exploração do Consórcio Univias).

Condições Suspensivas para Realização da Operação

Conforme se depreende da análise do Acordo de Investimentos, a operação foi dividida em três etapas, denominadas: "primeiro pré-fechamento", "segundo pré-fechamento" e "fechamento".

Em cada uma dessas etapas, existiam condições suspensivas que pendiam para ingresso do novo sócio, relacionadas pela própria fiscalização [...].

Tudo isso demonstra que a operação não pode ser qualificada como alienação de investimento, como pretendem as autoridades fazendárias. Observe que, na linha de raciocínio desenvolvida pela fiscalização, a subscrição da totalidade do bônus pela Robina, parte em moeda corrente (R\$17.182.189,61), parte em nota promissória (R\$99.656.699,74), corresponderia, na verdade, à aquisição de participação societária e pagamento do preço, o que vai de encontro à possibilidade de rescisão do Acordo [...].

Assim, a existência de condições suspensivas para realização da operação e previsão de rescisão contratual, caso não observadas as condições precedentes, revela a verdadeira natureza jurídica do Acordo de Investimentos: um instrumento que permitia, mediante o cumprimento de certos requisitos, 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.

Inexistência de Fraude e Conluio na Operação: Impossibilidade de Qualificação da Multa [...]

A essência comum à fraude, sonegação e conluio, que ensejam a aplicação de multa qualificada, é a tentativa dolosa de ocultar o fato gerador ou seus elementos, de enganar o Fisco. [...]

Pode-se dizer que quando o contribuinte praticar negócio lícito e feito às claras poderá ser aplicada multa qualificada prevista no parágrafo primeiro do art. 44 da Lei 9.430/96, que é reservada às situações em que o sujeito passivo, mediante a prática de fraude ou sonegação, condutas ilícitas, busca ocultar do Fisco a ocorrência do fato gerador ou de algum de seus elementos, de modo a impedir que a Administração Tributária tome conhecimento dos mesmos.

Diante de todos os argumentos aduzidos acima, ao contrário do que alega a fiscalização, não há como se cogitar de fraude na operação:

- A uma, pois, de fato, todas as operações das quais a Recorrente tomou parte eram lícitas e foram devidamente escrituradas nos documentos, livros e declarações fiscais obrigatórios. Logo, não houve qualquer intenção dolosa da Recorrente em ocultar os efeitos fiscais decorrentes das operações executadas, uma vez que tais efeitos foram reconhecidos em sua contabilidade e reportados ao Fisco nas Declarações pertinentes;

- A duas, pois além de terem sido devidamente contabilizadas e reportadas nas Declarações Fiscais, o Acordo de Investimentos foi divulgado em Comunicado ao Mercado pela Construtora Sultepa S/A (companhia de capital aberto), em 28 de setembro de 2006, por exigência regulamentar da CVM. Tal Comunicado, além de ter sido publicado em jornais de grande circulação à época, encontra-se disponível no site da BOVESPA [...].

- A três, pois, além de ter se tornado público através do Comunicado ao Mercado feito pela Sultepa, o Acordo de Investimentos encontrava-se registrado no CADE, bastando um simples requerimento por parte da fiscalização para disponibilização desse documento por aquele órgão.

- A quatro, pois, ao contrário do que entende o Fisco, o Acordo de Investimentos supostamente "sonegado" revela verdadeiramente que o objetivo da operação consistia em receber um novo "investidor" (como foi denominada a Robina no Acordo) e não alienar as ações. Isso se comprova (i) pela existência de diversas condições suspensivas que pendiam para ingresso do novo sócio, o que demonstra que a operação não se qualificava como alienação de investimento, mas sim de verdadeira captação de recursos condicionada ao cumprimento de certos requisitos para admissão do novo investidor, conforme demonstrado anteriormente; (ii) pela participação de entidades da Administração Pública, tais como o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Departamento Autônomo de Estradas e Rodagens do Rio Grande do Sul (DAER/RS), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), que deveriam concordar com a admissão do novo investidor, sob pena do desfazimento do negócio o que, por si só, já serviria como indício de legitimidade da operação. Assim, o Acordo de Investimentos não expõe a simulação como quer fazer crer o Fisco, mas corrobora que a reestruturação societária engendrada para admissão do novo sócio era legítima e válida;

- A cinco, pois, embora o Acordo de Investimentos não tenha sido localizado pela Recorrente, todos os documentos societários e contratuais nele mencionados, solicitados pela fiscalização, foram devidamente apresentados o que afasta qualquer insinuação da fiscalização no sentido de que houve a tentativa de ocultação dos fatos por parte da Recorrente. Ademais, vale lembrar que o Acordo de Investimentos não é um documento de guarda obrigatória por parte das suas signatárias, ao contrário dos documentos societários e contratuais que dão forma aos atos nele descritos os quais servem como base para os lançamentos contábeis e reportes nas Declarações fiscais pertinentes, e que foram devidamente apresentados à fiscalização. Nessa linha de raciocínio, não se pode perder de vista que a obrigatoriedade de prestar informações à fiscalização se limita à apresentação dos livros fiscais e documentos previstos em normas legais o que impede o Fisco de aplicar qualquer sanção ao contribuinte por não ter prestado as informações que lhe foram requeridas e que extrapolaram a legalidade. Em última análise, os pedidos de esclarecimentos que extrapolam a

legalidade, exigindo informações e documentos que não aqueles exigidos por lei, são claras tentativas de inverter o ônus da prova no processo administrativo fiscal o que é repudiado [...].

- A seis, pois não houve qualquer prejuízo à fiscalização, uma vez que a mesma teve acesso ao Acordo de Investimentos através da Metrovias, conforme mencionado em seu próprio Relatório Fiscal, [...].

Por fim, não há como se cogitar de conluio na operação, para execução da fraude alegada pela fiscalização. Essa é a única conclusão possível para o caso em tela, tendo em vista que a outra parte signatária do Acordo de Investimentos Metrovias (na qualidade de sucessora da Robina), também estava sujeita à ação fiscal, tendo sido a fiscalização encerrada sem o questionamento de qualquer aspecto atinente à legitimidade da operação (que, ressalte-se, é a mesma, para ambas as partes) [...].

Assim, não há como se entender que uma mesma operação é válida e legítima para uma parte (no caso, a Metrovias, na qualidade de sucessora da Robina e Univias), mas inválida e fraudulenta, celebrada em conluio para a outra parte (no caso, a Recorrente).

A acolhida dessa alegação representaria violação frontal ao princípio da confiança legítima que rege as relações entre Fisco e contribuinte, por frustrar a legítima expectativa da Recorrente de ver reconhecida a legitimidade da operação ora analisada, já reconhecida pelo Fisco em oportunidade anterior, ao encerrar a fiscalização da Metrovias sem questionar esse aspecto da operação.

Conclusão

Diante de tais considerações, tem-se que a autuação guerreada pautou-se, única e exclusivamente, em um suposto abuso de direito, eis que toda a operação societária tida como "simulada" encontra-se em absoluta conformidade com os ditames legais.

Nesse aspecto, aduz o acórdão recorrido que "o direito ao planejamento tributário não pode ser absoluto, há que haver uma conformação entre a existência do direito e o modo como se exerceu esse direito, sob pena de incorrer-se em abuso de direito" (fl. 2155).

E, exatamente sobre o mesmo tema, expôs com precisão esse E. Conselho administrativo: "Não há base no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão do Fisco utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício, ao menos até os dias atuais. O lançamento é vinculado à lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

A recorrente apresenta sua interpretação da legislação pertinente, indica princípios constitucionais que teriam sido violados e colaciona doutrina e jurisprudência em favor de seu entendimento. E conclui como segue:

Por todo o exposto, [...] requer a Recorrente:

(i) [...];

ii) seja integralmente acolhido e provido o presente Recurso Voluntário, para que o lançamento em questão seja definitivamente cancelado em razão da sua evidente improcedência, com o consequente arquivamento do feito;

(iii) ou, caso assim não entenda esse E. CARF, ao menos, seja excluída da autuação a multa qualificada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento), em razão de a Recorrente não ter concorrido em qualquer das hipóteses para sua imposição.

Caso ainda remanesçam dúvidas acerca do direito evidenciado nos autos pela Recorrente, requer a conversão do julgamento em diligência para produção da competente prova pericial.

[...]

É o Relatório.

O Colegiado embargado acordou, *por maioria, em conhecer do recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Alberto Pinto e Hélio Araújo, para, no mérito, por maioria, negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Hélio Araújo e Márcio Frizzo.* O acórdão em tela foi assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2007

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. OPERAÇÃO "CASA-SEPARA". SIMULAÇÃO.

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

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.

Pedrasul Construtora S/A apresentou embargos admitidos nos termos de despacho de fls. 2422/2423, a seguir transcrito:

Os autos seguiram para a Unidade de origem que lavrou a intimação de fls. 2385/2388, cientificada à contribuinte em 18/05/2015 (fl. 2390/2391). Em 25/05/2015 a contribuinte opôs embargos, tempestivamente, nos quais afirma 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";

A exigência em debate recaiu sobre o ganho de capital obtido na alienação de participação societária que a contribuinte detinha junto a Univas 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". 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 Relator não mais integra o Colegiado embargado.

Observe-se, ainda, que nesta mesma data estão sendo admitidos embargos de declaração opostos por BGPar S/A e CP Construções e Participações Ltda, nos autos dos processos administrativos nº 11080.731774/2011-11 e 11080.730002/2011-61, 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.

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.

Depois de discorrer sobre a licitude do bônus de subscrição, a embargante destaca a necessidade de o Colegiado fundamentar *(i) os motivos pelos quais entende que poderia ter sido realizada a operação de alienação da participação societária de forma direta; (ii) os motivos pelos quais entende que as operações seriam simuladas dado que a operação realizada foi a maneira de evitar a caducidade das concessões.*

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

imediate 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 comercial; 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 Univias, referentes à subscrição do bônus, foram repassados imediatamente aos sócios CP, BGPARG, 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 Univias, 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. Confirma-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.

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)

Acrescente-se que, nestes termos, a menção ao fato de a redução de ações ter ocorrido previamente à subscrição de ações é apenas um complemento ao destaque, anterior, de que o valor correspondente à subscrição do bônus foi repassado imediatamente às sócias da UNIVIAS, hábil a infirmar a alegação, reiterada pela embargante, de que esta operação permitiu a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

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 omissivo 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 inexistente 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, BGPARG, 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".

Estas as razões para, ao final, CONHECER e ACOLHER os embargos, mas sem efeitos infringentes.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora