



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

Processo nº 16561.720127/2015-18
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-002.772 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2017
Matéria GANHO DE CAPITAL
Recorrentes VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

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

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

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

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.

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

GANHO DE CAPITAL. IRF. RESTITUIÇÃO.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2010

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

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: **2010**

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

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: **2010**

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso do ofício para restabelecer a base de cálculo do IRPJ. Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei, que votaram por negar provimento integralmente ao recurso. Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Vencidos os Conselheiros Paulo Mateus Ciccone, Ailton Neves da Silva e Evandro Correa Dias que votaram por manter a multa qualificada. Em primeira votação, por voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso voluntário quanto ao mérito da exigência. Vencidos os Conselheiros Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei que votaram por dar-lhe provimento. Designado o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente e Redator Designado.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

Processo nº 16561.720127/2015-18
Acórdão n.º **1402-002.772**

S1-C4T2
Fl. 867

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Ailton Neves da Silva, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto. Ausente o Conselheiro Marco Rogério Borges.

Relatório

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário (fls. 771 a 862), interpostos contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte/MG (fls. 727 a 762) que manteve parcialmente as Autuações sofridas pelo Contribuinte (fls. 460 a 485), cancelando integralmente os lançamentos de PIS e COFINS e reduzindo o valor da exação de IRPJ, dando provimento a parte da Impugnação apresentada (fls. 493 a 678).

O processo versa sobre exações de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS acompanhadas de multa qualificada (150%), do ano-calendário de 2010, lavradas contra a empresa VIALCO Construções e Participações Ltda., referentes a ganho de capital percebido em operação de alienação de participações de empresa do Grupo empresarial.

As Autuações de PIS e COFINS referem-se à *receita financeira* percebida com juros contratuais, calculados em razão do espaço de tempo entre a celebração do pacto de venda das participações e seu efetivo pagamento.

A acusação fiscal que sustenta as Autuações se resume à constatação de planejamento tributário *abusivo*, mediante reorganização societária, visando exclusivamente à redução da tributação que seria percebida sobre o ganho de capital na alienação de participação societária (6,19%) da empresa Rodovias Integradas do Oeste S.A. (SP Vias), para o adquirente Companhia de Participações em Concessões (CPC), em 03/08/2010.

Para melhor esclarecer e ser fidedigno ao relato dos fatos colhidos e à infração apurada, confira-se trechos do breve TFV (fls. 444 a 459) sobre a descrição completa da operação societária questionada e do suposto ilícito tributário ocorrido:

4. *O presente feito se refere a lançamento do IRPJ e da CSLL sobre o ganho de capital pela alienação da participação societária na sociedade Rodovias Integradas do Oeste SA., CNPJ 03.497.792/0001-40 (SP Vias) pela Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda., CNPJ 11.669.028/0001-32 (Vialco SPE) para a Companhia de Participações em Concessões, CNPJ 09.367.702/0001-82 (CPC), no ano-calendário de 2010.*

5. *Essa operação está vinculada às ações empreendidas pela CPC e iniciadas em dezembro de 2009, para adquirir o controle da SP Vias.*

6. *Naquela época, a CPC, por intermédio da CCR, sua acionista majoritária, enviou aos acionistas da SP Vias, uma “oferta para aquisição das ações da Rodovias Integradas do Oeste S/A (“SPVias Concessionária” ou “Companhia”) e sub-rogação do objeto dos contratos de seus consórcios.”*

7. *Com o aceite dos respectivos acionistas, após meses de negociação, em 03 de agosto de 2010, foi assinado o Contrato de Compra e Venda de Ações e Quotas e outras Avenças e*

respectivos anexos, cuja cópia foi fornecida a esta fiscalização pela CPC em resposta ao Termo de Intimação, datada de 18 de junho de 2014 (DOC 01).

8. Nada obstante, nesse interregno, mais precisamente em 11 de junho de 2010, menos de dois meses antes da assinatura do contrato retro mencionado, a Vialco Construções e Participações Ltda (fiscalizada), que até então detinha 4.951.763 (quatro milhões novecentos e cinquenta e um mil setecentos e sessenta e tres) quotas da Vialco SPE contra apenas uma quota da outra sócia Interban Sociedad Anónima (Uruguai), sai da sociedade e cede graciosamente, a totalidade de suas quotas a remanescente Interban. Esta, por conseguinte, cedeu uma quota ao Sr. Luis Emilio Prassolo, cidadão argentino (CPF 060.638.837-03) (DOC 02).

9. A alienação para a CPC foi supostamente feita através desta nova composição societária.

10. Com tal estratégia, sobre o ganho na operação (que também se alterou em razão da tributação ter sido realizada sobre uma pessoa jurídica domiciliada no exterior e não no país, (conforme descreveremos mais adiante), ao revés de ter sido recolhida uma tributação de 34% (25% de IRPJ e 9% da CSLL) pela PJ domiciliada no país, foi apurada uma tributação significadamente menor de 15% a título de IRF. A evasão tributária foi, portanto, de aproximadamente 19% sobre o ganho.

Da Alienação

11. O contrato de compra e venda de ações e outras avenças celebrado em 03/08/2010 apresentava como comprador a COMPANHIA DE PARTICIPAÇÃO EM CONCESSOES S/A (CPC) e dentre os vendedores, os novos sócios “INTERBAN”, representada pela Sra. Silvina Dana Selva e “Luis Emilio Prassolo”, que compareceram na AGO de 03/08/2010 (DOC 03), deixando como intervenientes anuentes as empresas RODOVIAS INTEGRADAS DO OESTE S/A (SPVIAS), ... e VIALCO CONCESSÕES RODOVIÁRIAS S.P.E LTDA.

12. O contrato estipula o preço fixado de R\$ 1.289.548.372,00, que se refere a aquisição de 100% da SPVIAS e isto faz parte do acordo de acionistas da SP Vias, onde o fechamento somente de dará quando 100% das ações da SPVIAS for adquirida pela CPC e dentre as cláusulas destaca-se as seguintes:

13. Na clausula 3.1.1 do contrato de compra e venda determina que o valor da SP vias será corrigido “pro rata die” em 100% do CDI, a partir de 18/03/2010.

14. Consta dentre as cláusulas de fechamento do contrato, o item 6.2.d que os vendedores se comprometem a assinar a alteração do contrato social da VIALCO até a data de seu efetivo pagamento.

Da Infração

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

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

Esta afirmação é comprovada pelas seguintes documentações:

17. A CPC vinha negociando com as quatro pessoas jurídicas sócias da SPVIAS desde 2006. Em 2009 já começaram as negociações definitivas para aquisição das empresas (DOC 04).

18. O próprio contrato determina a correção do valor acordado a partir de 18/03/2010 até o dia 03/08/2010 quando foi efetivamente concretizada a aquisição. Assim, como em junho foi feita a alteração contratual com a retirada da VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA da sociedade, claramente a alteração se processou entre o acordo firmado (18/03/2010) e a concretização do negócio (03/08/2010).

19. Conforme previsão no Contrato de Concessão e visando a concretização do negócio, a Rodovias tomou diversas providências no curso da negociação, conforme discriminado a seguir (Anexo III da Ata da AGE da Rodovias de 22/04/2010 - DOC 05).

20. Em 29/10/2009, enviou correspondência ao BNDES, solicitando o consentimento para a reorganização societária, qual seja, a transferência de 100% das ações da SP Vias detidas pela Vialco Concessões e Participações SPE Ltda., além das demais sócias;

Em 23/11/2009, enviou correspondência de igual teor à Caixa Econômica Federal;

Em 22/01/2010, enviou correspondência de igual teor ao Banco Itaú BBA S.A.;

Em 04/02/2010, o Banco Itaú autorizou a reorganização societária da Rodovias;

Em 25/03/2010, o BNDES aprovou a reorganização societária da Rodovias;

Em 08/04/2010, a CAIXA concedeu anuência para a reorganização societária proposta.

21. Vale aqui, mencionar resposta de intimação da CPC onde está claramente registrado que a negociação vinha de anos atrás e somente começou a ficar mais concreto a partir de 04/12/2009, logo, houve tempo suficiente para dar caráter de uma transação normal, para qualificar o ilícito e abusivo planejamento tributário realizado (DOC 04).

Para a conclusão de preparação prévia de documentação apropriada ao planejamento, basta analisarmos a sucessão dos fatos.

22. A CPC informou que o intermediário contratado para a representar na negociação da aquisição da SP Vias foi o Banco BTG Pactual S/A. Para comprovar, encaminhou a proposta de assessoria financeira recebida do Banco BTG Pactual em 16/09/2009, com os termos do serviço a ser prestado (DOC 06).

23. A notícia de que havia negociação em andamento é confirmada na afirmação da CPC de que foram efetuadas duas ofertas anteriores a 2009 (DOC 04). Já no final do ano de 2009 as negociações ganharam contornos de sucesso.

24. A DIPJ da VIALCO SPE do ano-calendário de 2009 foi entregue com status de “inativa”, o que comprova que a mesma foi criada como empresa veículo com o único propósito de proporcionar uma economia tributária em relação a uma futura venda (DOC 07).

25. A sócia majoritária da VIALCO SPE (VIALCO CONSTR E PART LTDA) só promoveu a efetiva integralização do capital social em 11.06.2010, por ocasião de sua retirada da sociedade, quando a venda para a CPC já estava em fase adiantada (DOC 02).

26. A INTERBAN, pessoa jurídica domiciliada no Uruguai, é sócia majoritária da VIALCO CONSTR E PART LTDA e passou a ser a sócia majoritária na nova composição societária da VIALCO SPE e o Sr. Luis Prassolo é sócio e administrador da VIALCO CONSTR E PART LTDA e sócio da VIALCO SPE e

a Sra. Silvina Dana Selva é administradora e representante legal da INTERBAN SOCIEDAD ANÓNIMA.

Mais adiante, no TVF, quando do tópico da *multa qualificada*, afirma a Fiscalização que parte da operação do Contribuinte se revestiu fraude:

45. Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal – como detalhadamente antes expostas –

resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício.

46. A fraude está materializada no uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida.

47. O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitiva – do querer praticá-la – aspecto volitivo do ilícito exasustivo e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente termo. (fls. 457 - destacamos)

Cientificado das Autuações o Contribuinte ofereceu Impugnação, (fls. 493 a 678), trazendo as seguintes alegações:

PRELIMINARMENTE: DA DECADÊNCIA TOTAL DO LANÇAMENTO

Inicialmente, cabe reconhecer, já em âmbito preliminar, a decadência total do presente lançamento, posto que os autos de infração foram lavrados em 24/09/2015, porém recaem sobre suposto fato gerador ocorrido em 03/08/2010 (data da assinatura da compra e venda de quotas da VIALCO SPE), portanto, há mais de cinco anos da data do lançamento.

Cita alguns julgados do CARF que reconhecem a aplicação do prazo previsto no art. 150, §4º do CTN para os tributos ora autuados, sujeitos ao lançamento por homologação.

Cabe desde já deixar registrado que, no presente caso, conforme será demonstrado adiante, não houve nenhuma fraude, dolo ou simulação por parte da Impugnante que embasaria supostamente a aplicação da regra de decadência prevista no art. 173, I, do CTN.

Conforme será demonstrado em tópico específico da presente defesa, a Impugnante não praticou nenhum ato tendente a encobrir ou mascarar ou mesmo dissimular os fatos efetivamente ocorridos na época discutida.

DO DIREITO: MOTIVOS EXTRAFISCAIS PARA A REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

Conforme constou no primeiro contrato social da Impugnante (doc. 05), esta foi criada em julho de 2000 por uma empresa situada na Argentina (Vialco Sociedad Anônima), que existia desde 1930 e que era uma das maiores empresas daquele país na área de construção de estradas, rodovias, pontes e outras obras de infra-estrutura.

Pouco tempo depois da constituição da Impugnante no Brasil, esta Juntamente com um grupo de empresas, formaram um

consórcio que se sagrou vencedor do leilão da Rodovias Integradas do Oeste ("SPVIAS").

Do ponto de vista societário, a morte do Sr. Daniel Wuhl, principal acionista da Vialco Sociedad Anônima, gerou a necessidade de uma profunda reforma societária na empresa Argentina e, posteriormente, tal reforma ocasionou um processo de reorganização societária também no Brasil.

Tal reorganização societária utilizou uma estrutura de sociedades uruguaias e, acima delas, uma estrutura fiduciária que é atualmente administrada por trustees profissionais de reconhecido nome no mercado e cuja beneficiária é a Srta. Lisa Wuhl (filha do Sr. Daniel e da Sra. Silvina Dana Selva).

No contexto dos negócios, em 2007, a Impugnante, após analisar o potencial dos projetos de infraestrutura, decidiu ampliar o foco de suas atividades e associou-se a um grupo de empresas para constituir a "Bioenergéticas Vale do Paracatu LTDA" ("BEVAP") para atuar no ramo sucro-alcooleiro brasileiro.

Ocorre que, já em 2008, tal negócio exigiu altos investimentos na BEVAP com elevados aportes de capital por seus respectivos sócios, além daqueles previstos em contrato social, revelando-se um negócio de altíssimo risco e deficitário, que estava ainda em fase de desenvolvimento.

Dessa forma, a partir do diagnóstico dos riscos inerentes ao investimento na BEVAP, os sócios da Impugnante decidiram isolar a participação na SP Vias, com a transferência, para uma nova SPE (Vialco SPE), mediante integralização de capital desse investimento na SPE, e posterior redução de capital da Impugnante mediante entrega aos seus sócios de quotas dessa SPE.

Portanto, já se pretendia, logo após a transferência do investimento na SP Vias para a Vialco SPE, retirar da Impugnante a participação na Vialco SPE, para que aquele investimento não fosse "contaminado" pelos riscos da BEVAP. Tal reorganização, portanto, não foi implementada por uma razão fiscal, mas sim em razão dos riscos do negócio envolvendo a BEVAP e a preocupação da Sra. Silvina em "blindar" os negócios deixados por seu companheiro e pai de sua única filha, ainda menor.

A necessidade de autorização do órgão regulador da concessão, bem como dos Bancos credores da SP Vias (condição prevista nos respectivos contratos de empréstimos), acabou prejudicando a celeridade da conclusão de todo o processo que ensejou a estrutura societária ora questionada pela fiscalização.

Dessa forma, apenas após a última autorização para a transferência do investimento da SP Vias, a Impugnante integralizou o capital da Vialco SPE com ações daquela companhia e procedeu a sua redução de capital para transferência da participação que ela detinha na Vialco SPE aos

seus respectivos sócios estrangeiros (99,9999% pertencia à Iterban Sociedad Anônima, empresa uruguaia).

Nesse contexto, a afirmação da fiscalização, contida no item 8 do termo de verificação fiscal, de que tal transferência pela Impugnante da sua participação na Vialco SPE para a sua quotista ITERBAN (empresa uruguaia) foi feita "graciosamente", está absolutamente equivocada, posto que tal transferência foi feita a título de devolução do capital investido - redução de capital (conforme atas de redução de capital anexas e RDE/Extrato Consolidado do Investimento no Bacen - docs. 10 e 11).

Ademais, a venda pelo sócio estrangeiro (ITERBAN) das quotas da Vialco SPE que detinha a participação de 6,1909% das ações da SP Vias, foi absolutamente normal. Não se trata de um artifício considerando que o investimento sempre foi, desde a sua origem, um investimento estrangeiro sendo assim absolutamente natural que os frutos dessa venda retornem ao exterior.

Além disso, a alegação fiscal de que tudo foi feito em apenas 2 meses entre a data da venda e a data da transferência da participação é totalmente descabida e simplista.

DA REDUÇÃO DE CAPITAL A VALOR CONTÁBIL – LEGALIDADE

Sem prejuízo das razões já apresentadas no tópico anterior, que evidenciaram haver motivos extrafiscais para a reorganização societária implementada, importa ressaltar, ad argumentandum, que ainda que se considere que houve uma motivação exclusivamente fiscal nessa reestruturação societária, o que se cogita apenas por hipótese, a redução de capital com entrega da participação que a Impugnante detinha na Vialco SPE aos seus sócios, a valor contábil, foi um procedimento absolutamente regular e legítimo, previsto no art. 22 da Lei 9.249/95.

Da análise desse dispositivo legal facilmente se verifica que a redução de capital implementada pela Impugnante a valor contábil teve um perfeito embasamento legal, sendo, portanto, um procedimento comum, embasado em norma fiscal indutora de comportamento, e que não pode, por óbvio, ser totalmente ignorada pela fiscalização com o único intuito de tributação.

Fato é que os efeitos jurídicos dessa redução de capital têm que ser reconhecidos no caso. Dessa forma, a participação na Vialco SPE, quando de sua venda em 03/08/10, não pertencia à Impugnante, mas sim aos seus sócios (ITERBAN - 99,9999% e Luis Emilio Prassolo - 0,0001%).

Cita diversos julgados do CARF sobre a legitimidade da redução de capital.

DA IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DE PIS/COFINS SOBRE SUPOSTA RECEITA FINANCEIRA

Ainda que se admita, apenas por hipótese, que a venda das quotas da Vialco SPE tenha sido feita pela Impugnante e não pelos seus sócios, a tributação pretendida de PIS e de COFINS não poderia recair sobre receitas financeiras!

Isso porque a Impugnante, em 2010, exerceu a opção pelo lucro presumido, estando, portanto, sujeita ao regime cumulativo dessas contribuições nos termos do art. 8º, II, da Lei nº 10.637/02 e art.10, II, da Lei nº 10.833/03.

Uma vez que estava sujeita ao regime cumulativo, a Impugnante se submetia à apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS segundo a regra prevista no art. 3º da Lei nº 9.718/97 que determinava que a tributação dessas contribuições deveria recair sobre o faturamento e não sobre todas as receitas da empresa (inclusive as não operacionais), como é o caso da receita financeira.

AD ARGUMENTANDUM: DO TOTAL DESCABIMENTO DA MULTA QUALIFICADA

Segundo a fiscalização, teria havido fraude no uso do instituto da redução de capital com animus de auferir uma economia tributária.

O caso, evidentemente, não trata de hipótese de fraude, nem de dolo.

Trata-se de uma divergência de entendimento quanto à tributação de uma venda que foi totalmente informada e exposta ao fisco.

Aliás, toda a reorganização societária foi absolutamente transparente à fiscalização que teve acesso a todos os documentos, ao investimento estrangeiro via BACEN, e aos dados da venda questionada. Não houve, em nenhum momento, uma tentativa de encobrir o fato gerador nem pela Impugnante, nem pelos sócios. Muito pelo contrário!

A sócia ITERBAN, que efetivamente vendeu 99,9999% da participação na VIALCO SPE, recolheu quase R\$ 10.000.000,00 de Imposto de Renda o que, absurdamente, foi ignorado pela fiscalização.

Cita julgados do CARF relacionados ao descabimento da multa qualificada quando há transparência dos fatos e atendimento adequado à fiscalização.

AD ARGUMENTANDUM: DO IR JÁ RECOLHIDO SOBRE O MESMO FATO GERADOR - NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO

Por fim, cabe consignar que a sócia uruguaia da Impugnante - ITERBAN Sociedad Anónima, teve retido e recolhido pelo comprador - CPC (na condição de responsável tributário) o valor de R\$ 9.922.942,36 a título de IRRF sobre o ganho de capital apurado na venda (cópia da carta enviada pela CPC à

vendedora e cópia do DARF recolhido - doc. 12), fato ignorado pela fiscalização na presente autuação.

Assim, na remotíssima hipótese de as razões ora trazidas que levam ao cancelamento da autuação não serem aceitas, a Impugnante requer, ao menos, que a autuação do principal de IR seja reduzida no mesmo valor, e os encargos também sejam reduzidos de forma proporcional, considerando que houve o efetivo recolhimento desse valor a título de IR sobre o mesmo fato gerador (venda de quotas da VIALCO SPE).

Se tal desconto não for reconhecido, cabe desde já deixar consignado, para fins de prevenir eventual decadência de seu direito, o pleno interesse da sócia da Impugnante (ITERBAN S.A.) em requerer a restituição desse valor de IR já recolhido.

(Relatório Acórdão DRJ - fls. 731 a 734)

Ato contínuo, o processo foi encaminhado à Turma de Julgamento da DRJ/BHE, que julgou parcialmente procedente o lançamento, cancelando as exações de PIS e COFINS, e reduzindo da exigência de IRPJ a parcela de IRRF já pago pelo mesmo *fato gerador*.

A decisão foi por maioria de votos. O Relator e outro N. Julgador votaram pelo cancelamento integral do lançamento, por entenderem ter sido plenamente lícita a postura do Contribuinte, não havendo de se falar em abuso e fraude.

Confira-se a ementa daquele julgado *a quo*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA

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

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

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

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. UTILIZAÇÃO DE EMPRESA

VEÍCULO.

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

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ILÍCITOS ATÍPICOS.

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

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

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

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício quando restar comprovado nos autos que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, modificando as suas características essenciais. Fraude.

Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte**

Diante de tal revés parcial, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 771 a 862), repisando os argumentos de sua Impugnação e fazendo alusão específica aos termos do v. Acórdão recorrido, apontando as razões da necessidade de sua reforma.

Foi interposto Recurso de Ofício pela DRJ *a quo*, em face da monta do crédito tributário exonerado.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella - Relator

O Recurso Voluntário é manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

O Recurso de Ofício atende às hipóteses de cabimento trazida na Portaria MF nº 63/2017.

Recurso Voluntário

Preliminarmente, alega a Recorrente a ocorrência de *decadência total* de todos os créditos fiscais lançados. Nesse sentido, defende que aos tributos sujeitos a lançamento por homologação deve ser aplicado o disposto no art. 150 § 4º do CTN.

Nos seus argumentos, em suma, afirma que a contagem do prazo decadencial deve ter início 03/08/2010 (data da assinatura da compra e venda de quotas da VIALCO SPE) e, tendo sido o Contribuinte cientificado das Autuações apenas em 24/09/2015, teria então se consumado o prazo quinquenal, implicando na caducidade dos débitos (verificando os autos, existe AR referente ao Termo de Ciência de Lançamento, data do de 23/09/2015 - fls. 489).

Não assiste razão à Recorrente nesse ponto.

Primeiro deve se considerar que no TVF existe acusação de ocorrência de *fraude*, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, que implica na aplicação do art. 173, inciso I, do CTN para a contagem do prazo decadencial.

Naturalmente, como em demais julgados, ficaria a verificação da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN sujeita à análise meritória da acusação de conduta fraudenta por parte do Contribuinte.

Porém, no presente feito, deve se consignar que a Recorrente é optante pelo regime do Lucro Presumido. Tal modalidade de apuração tributária adota períodos trimestrais de vencimento.

Deve-se também ter em vista que, na dinâmica Lucro Presumido, o valor de ganhos de capital deve ser diretamente adicionado à base tributável, calculada ao final de cada trimestre.

O contrato que deu margem a tal acréscimo patrimonial fora assinado em 03/08/2010, ao final do terceiro trimestre, o qual findou em 30/09/2010. Apenas a partir de tal data poderá ser computado contra a Fazenda o prazo decadencial, posto que não há de se falar em inércia fiscal antes disso.

Dentro de tal lógica, o prazo quinquenal de decadência, ainda que computado pelo art. 150 § 4º do CTN, apenas terminou em 30/09/2015, após a ciência do lançamento de ofício em tela.

Desse modo, fica afastada a ocorrência da decadência do crédito tributário sob exame.

No que tange ao mérito, temos que a infração que fundamenta as Autuações é baseada na *conclusão que a cessão de quotas que a VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA fez em favor da INTERBAN SOCIEDAD ANÓNIMA faz parte de um planejamento tributário abusivo que almejou, como único objetivo, reduzir a tributação sobre o ganho de capital, significando uma economia tributária indevida na ordem de 19%. Esta economia tributária se dá pela aplicação da alíquota de 15%, pelo qual é tributado o ganho de capital auferido por pessoa jurídica domiciliada no exterior (IRRF), em detrimento das alíquotas de IRPJ e da CSLL a que estão sujeitas as pessoas jurídicas domiciliadas no país e que totalizam 34% (TVF destacamos - fls. 448).*

Em relação a tal operação, no trecho do TVF referente à "Multa Qualificada", afirma-se que a *VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES agiu de maneira dolosa, ao praticar atos societários com objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador, excluindo-se do polo passivo da obrigação tributária e atribuindo a terceiros a obrigação de recolher os tributos devidos sobre o ganho de capital obtido, com alíquotas indevidamente favorecidas, constatando a ocorrência de fraude, que estaria materializada no uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida (TVF - fls. 456 e 457).*

Ainda aponta a Fiscalização que a empresa VIALCO SPE *foi criada como empresa veículo com o único propósito de proporcionar uma economia tributária em relação a uma futura venda.*

Nesse contexto, o *abuso* residiria na obtenção das quotas da SP Vias, objeto *real* da transação de gerou o ganho de capital, pela efetiva vendedora, ITERBAN Sociedad Anónima (Uruguai), a qual teria ocorrido *graciosamente* (leia-se gratuitamente) através de cessão pela Recorrente (VIALCO Construções e Participações Ltda) de 99,9% das quotas da VIALCO SPE, no sentido de não haver onerosidade nessa transação. Com a cessão da integralidade das quotas que detinha na VIALCO SPE, a Recorrida retirou-se da sociedade.

Após tal cessão de quotas, a ITERBAN tornou-se, instantaneamente, a detentora de todas as quotas da VIALCO SPE e, no mesmo ato, cedeu e transferiu uma única quota para o Sr. Luis Emilio Prassolo, ficando este com 0,01% da participação societária da empresa (fls. 218 a 227).

Depois de tal câmbio, os sócios, ITERBAN e Sr. Luis Emilio Prassolo, figuraram como vendedores das quotas SP Vias (6,19%) à empresa adquirente, CPC.

Como a INTERBAN é residente no Uruguai, tributou-se o ganho de capital por ela percebido pela alíquota de 15%.

Posto isso, a Fiscalização desconsiderou as operações referentes à VIALCO SPE e a cessão de quotas promovida que tornou a INTERBAN a sócia integral desta empresa,

e entendeu ser a VIALCO Construções e Participações Ltda. *a real beneficiária do ganho de capital apurado na alienação da VIALCO SPE e, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária.*

Dito isso, o breve TVF lavrado pela Fiscalização traz três acusações efetivamente concretas que comporiam a infração *planejamento tributário abusivo*:

- 1) ser a VIALCO SPE empresa veículo, *com o único propósito de proporcionar uma economia tributária*, não possuindo outra motivação para sua criação;
- 2) a cessão de quotas da VIALCO SPE pela VIALCO Construções e Participações Ltda. (Recorrente) à sua sócia ITERBAN teria sido a título gratuito; e
- 3) o *uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida* (somente mencionado no tópico da qualificação da multa).

Cabe aqui a apontar que o TFV carrega falhas e incoerências na descrição dos fatos e infrações.

Primeiramente, não há a invocação ou simples menção de nenhum dispositivo, seja da Lei Tributária, da Lei Civil ou da Lei Comercial para justificar o *desfazimento* de todas as operações efetuadas pela Recorrente. Sequer doutrina jurídica foi citada.

Apenas menciona-se no texto do TVF ter ocorrido *planejamento tributário abusivo*, tema bastante polêmico e controverso, principalmente em relação a qual seria a base legal para a Fazenda Pública promover a *desconsideração* dos atos praticados sob esta específica justificativa.

Mais importante, no item "Fatos", afirma que *o presente feito se refere a lançamento do IRPJ e da CSLL sobre o ganho de capital pela alienação da participação societária na sociedade Rodovias Integradas do Oeste SA., CNPJ 03.497.792/0001-40 (SP Vias) pela Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda., CNPJ 11.669.028/0001-32 (Vialco SPE) para a Companhia de Participações em Concessões, CNPJ 09.367.702/0001-82 (CPC), no ano-calendário de 2010* (destacamos - fls. 445 e 446).

Contudo, na descrição das operações, da própria "Infração" e nos documentos da transação juntados pelo Fisco, está claro e inquestionável que a empresa ITERBAN e o Sr. Luis Emilio Prassolo foram os alienantes na operação, vendendo à Companhia de Participações em Concessões (CPC) quotas da VIALCO SPE (a qual tinha em seu capital social 6,19% da participação societária da SP Vias).

Lembre-se também que a própria Fiscalização aponta como *real* alienante a VIALCO Construções e Participações Ltda. (que após cessão de quotas à ITERBAN, retirou-se da VIALCO SPE).

Além disso, mais delicado é o fato de não de não ser descrita ou documentada nenhuma operação de redução de capital na descrição dos "Fatos" ou mesmo da "Infração". Porém, tal manobra de forma abstrata aparece como *fraude*, na fundamentação da "Multa

Qualificada", logo após a Fiscalizada descrever a saída da VIALCO Construções e Participações Ltda da VIALCO SPE:

44. A fiscalizada VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES agiu de maneira dolosa, ao praticar atos societários com objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador, excluindo-se do polo passivo da obrigação tributária e atribuindo a terceiros a obrigação de recolher os tributos devidos sobre o ganho de capital obtido, com alíquotas indevidamente favorecidas, em detrimento ao erário.

45. Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal – como detalhadamente antes expostas – resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício.

46. A fraude está materializada no uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida.

A própria Autoridade Fiscal descreveu e documentou no Auto de Infração a exclusão da VIALCO Construções e Participações Ltda. do *polo passivo* deu-se pela cessão, supostamente gratuita, das quotas da VIALCO SPE à INTERBAN e não por *redução de capital*.

Frise-se que a palavra *redução* apenas é mencionada essa única vez em todo o TVF, nessa expressão *redução de capital* acima colacionada.

Tal ocorrência será oportunamente abordada mais adiante.

Apenas a título de comentário preliminar, ainda que tenha sido gerado Mandado de Procedimento Fiscal contra a Recorrente (MPF nº 08.1.85.00-2015-00086-8) e emitidos 3 Termos de Intimação Fiscal, a grande maioria dos *documentos comprobatórios* acostados aos autos foram obtidos no MPF nº 08.1.85.00-2014-00119-4, lavrado contra a Companhia de Participações em Concessões (CPC).

Esclarecendo, no Termo de Ciência de Início de Fiscalização e Intimação (fls. 03 a 05) a Autoridade Fiscal solicitou:

explicar detalhadamente a operação de alienação por parte da intimada (Vialco Constuições e Participações Ltda) da participação societária que detinha na Vialco Consseções Rodoviárias SPE Ltda, CNPJ nº 11.669.028/0001-32, apresentando toda documentação (hábil, idônea e legível) relativa ao evento como Atas de Reuniões de Diretoria, Lançamentos contábeis, documentos de transferências bancárias de valores, etc..

Diante da Intimação, a Recorrente apresentou Manifestação (fls. 07 a 24) afirmando que tal participação societária (da VIALCO SPE Ltda) foi na verdade *devolvida aos*

seus investidores (sócios quotistas) em razão de uma redução de seu capital social (na própria VIALCO Construções e Participações Ltda.) e juntou documentação referente a tal operação societária e sua publicação.

No 2º Termo de Intimação, a Fiscalização replicou o seguinte:

Ademais, fica o contribuinte, intimado a, no prazo úteis contados a partir do recebimento do presente Tdeerm 005, a(c pinrceos)t adr ioass seguintes esclarecimentos:

- O documento apresentado, 29ª Alteração do Contrato Social da Vialco Construções e Participações Ltda, nada tem a ver com a operação questionada!

- Segue anexa, cópia da Alteração Contratual referente à operação questionada. - Assim, reiteramos a intimação anterior, no sentido de explicar detalhadamente a operação de alienação por parte da intimada (Vialco Constuições e Participações Ltda) da participação societária que detinha na Vialco Consesções Rodoviárias SPE Ltda, CNPJ nº 11.669.028/0001-32, apresentando toda documentação (hábil, idônea e legível) relativa ao evento como Atas de Reuniões de Diretoria, Lançamentos contábeis, documentos de transferências bancárias de valores, etc.. (destacamos)

A Alteração Contratual juntada pelo Fisco, referente à operação questionada, **não consta dos autos**. Mas, na Resposta fornecida pelo Contribuinte (fls. 29 e 30) ficou consignado ter sido apresentado pela Fiscalização a *Primeira Alteração de Contrato Social da Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda.* (VIALCO SPE), na qual - como já descrito e relatado - houve a cessão de quotas para a ITERBAN.

Além de informar que tal operação societária, de integralização e posterior cessão, foi autorizada pela ARTESP (Agência Reguladora) e pelo BNDES, a Recorrente esclarece:

Importa esclarecer que tal cessão de quotas da Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda. foi feita pela Intimada a seu investidor (Iterban Sociedad Anónima) em razão da redução de seu capital social cuja Ata de Reunião de Sócios que assim a deliberou já foi apresentada no Doc. 02 anexo à resposta à Intimação anterior.

Assim, por força da mencionada redução do capital, foi feita tal transferência das quotas que a Intimada detinha na Vialco Concessões Rodoviárias SPE Ltda ao seu respectivo sócio-investidor (Iterban Sociedad Anónima) a título de devolução de sua participação na Intimada.

Após tal resposta, foi emitido o 3º Termo de Intimação Fiscal (fls. 31 e 32), apenas e exclusivamente afirmando:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, com base nos artigos 904, 905, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), dou CIÊNCIA ao sujeito passivo da **continuidade da ação fiscal** instaurada em face do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) em referência.

Após tal ato, foi juntado AR do Contribuinte. Na sequência a Fiscalização juntou apenas *documentos comprobatórios* referente ao MPF nº 08.1.85.00-2014-00119-4, lavrado contra a Companhia de Participações em Concessões (CPC).

E todos os documentos mencionados no TFV são referentes a esta outra Ação Fiscal, procedida em face de outro contribuinte.

Feitos tais comentários sobre os termos e conteúdo do lançamento de ofício, retorna-se à análise do mérito.

Em relação à *materialidade* e o propósito da VIALCO SPE, o principal argumento em relação à sua insubsistência *real* é o fato da sua *DIPJ do ano-calendário de 2009 foi entregue com status de “inativa”, o que comprova que a mesma foi criada como empresa veículo com o único propósito de proporcionar uma economia tributária em relação a uma futura venda.*

O Recorrente em suas *defesas* chega a apresentar duas principais motivações para a criação de tal empresa. A primeira seria de razão sucessória, motivada pelo falecimento do Sr. Daniel Wuhl, sócio da empresa argentina Vialco Sociedad Anonima (que era sócia da Recorrente, VIALCO Construções e Participações Ltda, desde sua constituição em 2008), promovendo a reestruturação de seus negócios no Brasil e na América Latina, em favor da sua companheira, Sra. Silvina Dana Selva, através de *estrutura de sociedades uruguaias e, acima delas, uma estrutura fiduciária que é atualmente administrada por trustes cuja beneficiária é a Srta. Lisa Wuhl (filha do Sr. Daniel e da Sra. Silvina).*

O Contribuinte para provar tais alegações junta apenas documento estrangeiro que atestaria o falecimento do Sr. Daniel Whul e a titularidade, por ser *guardiã* da filha do *de cujus*, da Sra. Silvina Selva das participações societárias deixadas (tais documentos são cópias simples e não estão traduzidos, sendo, então, seu valor probante muito relativo, se não nulo).

Contudo, a Recorrente apresenta em cumulação outra justificativa, de cunho mais comercial e técnico, qual seja: *como forma de implementar a reestruturação societária proposta pelo investidor estrangeiro, com vistas a colocar o investimento na SPVIAS em uma outra empresa, sem máculas de uma empresa pré-existente, com grau de risco elevado, foi criada a VIALCO SPE em 2009 com o único propósito específico de receber o investimento da SPVIAS mediante integralização de capital de seus sócios.*

Acrescenta-se ainda, como exemplo de um dos elementos de risco, um investimento feito na empresa "Bioenergéticas Vale do Paracatu LTDA", sendo a Recorrente fiadora de empréstimo milionário junto ao BNDES, devidamente comprovado nos autos (fls. 604 a 666).

Independentemente do *risco* trazido como exemplo, a manobra de se isolar e encapsular em outra pessoa jurídica do grupo, um direito, bens ou mesmo *parte* do seu *negócio macro*, objeto de intenção de venda, principalmente quando há confirmações e altas probabilidades de ocorrência de tal alienação, é notória e corriqueiramente adotado pelos mercados brasileiro e internacional, denominado *drop down*.

O drop down pode ser definido como *uma operação de transferência de ativos, no plano vertical, neles incluídos bens tangíveis e intangíveis, utilizando-se do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora*¹.

Tal operação interna dos grupos empresariais visa *proteger* aquele ativo de contaminações de riscos e danos que a pessoa jurídica operacional, originalmente detentora, está sujeita nas suas demais atividades. Uma vez sendo muito provável a sua alienação, por razões de profilaxia e garantia, isola-se tal bem.

Confira-se o comentário de Ettore Boteselli² sobre a *motivação e propósito do drop down*:

Destarte tal fato, o escopo do “Drop Down” é distinto do trespasse, pois o “Drop Down” busca uma transferência de ativos determinados, visando uma proteção patrimonial ou a criação de uma nova atividade econômica com os bens transferidos.

O próprio Parecer PGFN/CAT nº 21/2015³, que versa sobre *drawback*, menciona em seu teor a prática do *drop down* como operação corriqueira, que não possui qualquer ilegalidade ou irregularidade, consignando apenas não possuir regulamentação específica na legislação nacional.

Como acima consignado, a integralização de ativos em empresa constituída unicamente para deter um ativo a ser vendido não pode ser rotulado de ardil ou *abuso*, vez que seu legítimo propósito era exatamente isolar do acervo patrimonial da sua sócia e proteger tais participações, cuja a venda já encontrava-se a em avançada negociação.

Eis aí o seu propósito negocial e motivação, que não só é totalmente legal, como também corriqueiro, compondo as prerrogativas da plena liberdade organizacional de qualquer empresa ou grupo empresarial.

Inclusive, tal companhia foi constituída sob a rubrica de SPE (Sociedade de Propósito Específico), possuindo objeto único e função de possuir tais participações societárias da SP Vias, denotando plena transparência na conduta do Recorrente em relação à sua constituição e motivação:

OBJETO

Cláusula 3ª. – A sociedade é uma sociedade de propósito específico e, tem por objeto social a participação no capital social da Rodovias Integradas do Oeste S.A., sociedade por ações com sede na Cidade de Tatui, no Estado de São Paulo, na Rodovia Antonio Romano Schincariol (SP-127), km 112,4, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (“CNPJ/MF”) sob o nº 03.497.792/0001-40 (“SPVIAS”). A Sociedade não poderá deter quaisquer outras participações em outras sociedades ou empreendimentos.

¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc e BARROS, Zanon de Paula. A Recepção do Drop Down no Direito Brasileiro. In Revista de Direito Mercantil-Industrial, Econômico e Financeiro. v.41, n.125, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

² Drop down de ativos. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3360, 12 set. 2012
<https://jus.com.br/artigos/22599/drop-down-de-ativos>. Acesso em 9/08/2017.

³ O drop down é uma operação societária atípica no direito brasileiro, eis que não há, até o momento, disposição legal a respeito, utilizada especialmente (e não exclusivamente) como uma técnica de reestruturação da sociedade empresária que visa uma melhoria na sua gestão.

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

Frise-se que nesse caso, a procedência ou não da efetiva existência concreta de um risco ou uma dano econômico ou financeiro não pode ser razão determinante para a desconsideração da criação dessa companhia, como fez-se no voto vencedor do v. Acórdão da DRJ, que entendeu que a figura de fiador da Vialco Construções e Participações Ltda. em contrato de empréstimo de R\$ 300.000.00,00 *não se mostra razoavelmente, relacionada a proteção patrimonial de um investimento de grande porte em pleno curso*.

A proteção que as companhias buscam com o *drop down* é abstrata e geral, como garantia de não contaminação com quaisquer ocorrências relacionadas às demais atividades da empresa. É uma decisão técnica, estratégica, comum e dentro da *praxis* do mercado, e não uma medida *casuística*.

Quanto está se debatendo a *motivação* e a *razão* dos negócios, naturalmente, deve ser verificada a relação lógica, a coesão e as práticas de mercados, mas não cabe ao Julgador valer-se de *discordância* da estratégia e conclusões técnicas, econômicas e empresariais, adotadas pelos gestores das pessoas jurídicas (principalmente quando trata-se de manobra corriqueira) para convalidar uma exação tributária.

Posto isso, afasta-se a acusação da empresa VIALCO SPE ser desprovida de qualquer motivação extratributária.

E por fim, acrescente-se que a economia tributária percebida não deu-se pela operação de drop down, vez que a empresa criada para tal fim estava sujeita a mesma tributação sobre o ganho de capital que a sua original detentora.

Em relação à afirmação de ter sido a cessão de quotas da VIALCO SPE, pela VIALCO Construções e Participações à sócia ITERBAN gratuita (*graciosamente* SIC), temos primeiro que foi uma acusação *objetiva*.

Nesse sentido, não houve no TFFV qualquer investigação, aprofundamento ou comprovação de tal gratuidade, sendo uma simples afirmação na descrição de seu texto. Tampouco houve qualquer outro questionamento de regularidade ou vício em tal alienação entre sócios.

Dito isso, como previamente esclarecido neste voto, ainda em resposta de Termo de Intimação Fiscal, a Recorrente esclareceu e juntou documentos afirmando que tal *cessão*, feita correta e regularmente por contrato social, tinha fundamento *econômico* e negocial na relação que esta (VIALCO Construções e Participações Ltda.) tinha com seus *investidores (sócios quotistas)*.

Como comprovado, a ITERBAN era originalmente sócia da Recorrente (fls. 13 a 22). E nos termos esclarecidos também nas suas *defesas*, a Recorrente promoveu a redução do seu capital, devidamente publicado no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, gerando um *crédito* da ITERBAN na condição de sócia.

Confira-se a publicação da Ata de Redução de Capital no Diário Oficial:

Vialco Construções e Participações Ltda.

CNPJ/MF: 04.064.758/0001-99 - NIRE: 35.216.421.453

Extrato da Ata de Reunião de Sócios Realizada em 25.02.2010

Data, Hora, Local: 25.02.2010, às 10hs., sede, R. Prof. Artur Ramos, 350, 24º andar, Par. conj. 2402. SP/SP. **Presença:** 100% do capital social. **Convocação:** Dispensada (Art. 1.072, § 2º, Código Civil). **Mesa:** Presidente: Hector Jorge Lafage. **Secretário:** Luis Emilio Prassolo. **Deliberações:** Aprovadas por unanimidade: (I) redução do capital em R\$ 4.955.553,00 (excessivo em relação ao objeto social, art. 1.082, II, Código Civil); (II) restituição, aos sócios quotistas, do valor do capital integralizado ora reduzido, na proporção de suas participações, com investimentos que a Sociedade possuía em outras sociedades/companhias; (III) face a redução, o capital de R\$ 16.634.040,00, passa a R\$ 11.678.487,00, dividido em 11.678.487 quotas no valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente nacional, distribuídas conforme nova redação da cláusula 5ª do Contrato Social: **"Cláusula 5ª: O capital social é R\$ 11.678.487,00, dividido em 11.678.487 quotas no valor nominal de R\$1,00 cada uma, totalmente subscritas e integralizadas em moeda corrente nacional e assim distribuídas entre os sócios: Quotistas - Quantidade de Quotas - Valor em Reais: Iberban Sociedad Anónima - 11.669.556 - R\$ 11.669.556; Hector Jorge Lafage - 4.466 - R\$ 4.466; Luis Emilio Prassolo - 4.465 - R\$ 4.465; TOTAL - 11.678.487 - R\$ 11.678.487. § 1º: O capital social foi totalmente integralizado pelos quotistas. § 2º: De acordo com o previsto no art. 1.052, Lei 10.406/02, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital. § 3º: As quotas são indivisíveis em relação à sociedade e a cada uma delas corresponde o direito a um voto nas deliberações dos quotistas, que serão sempre tomadas por quotistas representando a maioria absoluta do capital social."** Nada mais, lavrou-se a ata. **Sócios:** Iberban Sociedad Anónima, por Silvina Dana Selva; Hector Jorge Lafage e Luis Emilio Prassolo. **Hector Jorge Lafage:** Presidente; **Luis Emilio Prassolo:** Secretário.

Como sempre foi esclarecido pelo Contribuinte, a devolução de capital foi procedida efetiva e concretamente por meio da entrega (*cessão*) de quotas que Recorrente (a sociedade que sofreu redução - VIALCO Construções e Participações Ltda.) possuía na VIALCO SPE.

Tal operação é comum e legalmente justificada, tendo sido atendidos todos os requisitos e procedimentos para sua realização. Além disso, o que ocorreu e se registrou, não foi uma *cessão* a título gratuito.

A Recorrente também traz autos tela de RDE/IED, que controla o *investimento externo direito* de cada pessoa jurídica estrangeira, demonstrando oficialização dessa devolução e posterior detenção de capital procedida entre as companhias.

Frise-se que no voto vencido do Relator da DRJ ficou consignado a ausência de comprovação pela Fiscalização de infração por parte do Contribuinte tal transação (fls 743):

A Autoridade Autuante não comprovou a existência de qualquer irregularidade na integralização do capital da Vialco SPE pela Vialco com as ações da SP Vias. Também não demonstrou haver irregularidade nem na devolução das ações da Vialco SPE aos Sócios da Vialco, nem na posterior venda das cotas da Vialco SPE à CPC.

Tendo em vista que a acusação fiscal nesse ponto resume-se a simplesmente afirmar que tal operação foi simplesmente de doação, a título gratuito, os esclarecimentos e a documentação bastam para ilidir tal *posição* trazida no lançamento.

A outro ponto a ser analisado, é a afirmação do TFV, trazida somente no item "Multa Qualificada" de que houve *uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida*.

Anteriormente nesse voto já foi esclarecido que a operação (ou mesmo a expressão) de *redução de capital* não foi mencionada em qualquer outro ponto do TVF, nem no relato dos *atos* colhidos ou mesmo da *infração*.

A operação de *redução de capital* foi originalmente trazida aos Autos nos esclarecimentos prestados pelo Contribuinte, quando instado expressamente no primeiro Termo de Intimação Fiscal, a *explicar detalhadamente a operação de alienação por parte da intimada (Vialco Construções e Participações Ltda) da participação societária que detinha na Vialco Consesções Rodoviárias SPE Ltda*.

Como já mencionado, a Recorrente esclareceu a *cessão* ocorrida, justificada por sua própria *redução de capital* e juntou a Alteração do Contrato Social e a Ata correspondente publicada no diário oficial.

Em resposta, a Autoridade Fiscal se posicionou dizendo *o documento apresentado, 29ª Alteração do Contrato Social da Vialco Construções e Participações Ltda, nada tem a ver com a operação questionada!* (pontuação como original).

Tal clara e expressa resposta, antes mesmo da lavratura das Autuações, em comunhão com a completa ausência da descrição ou relato dessa operação anterior de *redução de capital* ou mesmo a indicação dos documento a ela relativos, **evidenciam que essa manobra não faz parte regular da infração tributária que dá respaldo ao lançamento.**

Ainda que este Conselheiro não tenha considerado válido o sofrível lançamento de ofício, as falhas e incongruências da Fiscalização em colher os fatos envolvidos e determinar a infração cometida, prejudicam irreparavelmente a fundamentação dessa última *acusação fiscal*, que não pode ser aceita diante de sua precariedade, obscuridade e incerteza.

Mais uma vez, confira-se a posição do relator do v. Acórdão recorrido sobre tal acusação (fls. 743):

Muito menos logrou êxito em comprovar a existência de fraude. Apenas afirmou, de forma subjetiva, que “a fraude está materializada no uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida”.

Posto isso, pela ausência de sua descrição e a ausência de fundamentação, fica também afastada tal acusação, em relação à *fraude* cometida por *uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital*.

Caso assim não se entenda, no sentido de se compreender ser necessário enfrentar a acusação de *fraude* por meio de *redução de capital*, é obrigado se presumir que trata-se daquela procedida pela VIALCO Construções e Participação Ltda. **(ainda que não mencionada no relato dos fatos e infrações do TVF, repita-se).**

Muito importante ressaltar que não foram apontados quaisquer irregularidades, defeito jurídico ou falsidade nesse ato de redução, valendo-se a Fiscalização da

intenção no resultado tributário percebido em toda operação (redução de 19% do imposto supostamente devido), como a fundamentação da infração de *fraude*.

Primeiro, em relação à redução de capital, temos que, assim como o aumento de capital com a integralização de bens e direitos, é ato comum e natural a todas as pessoas jurídicas, regulado nos arts. 1.081 a 1.084 do Código Civil de 2002.

A redução pode ser motivada por diversos motivos, como a existência de capital excessivo em relação ao objeto social, absorção de prejuízos ou o cancelamento de ações em tesouraria.

Para sua legalidade, basta a motivação correspondente às hipóteses legais e a intenção dos sócios, atendendo aos procedimentos de praxe e respeitando a necessidade do montante do capital social necessário ao objeto da sociedade em interesse aos eventuais credores, devendo, para tanto, em algumas hipóteses, (como na redução de por capital social considerado pelos sócios excessivo), ser publicada no diário oficial e em jornal de grande circulação a ata societária de tal redução.

No voto vencedor do v. Acórdão recorrido, no qual se analisou a redução de capital, entendeu-se que a *coincidência* do valor da reduzido em favor da ITERBAN com o valor das quotas do capital social da VIALCO SPE deixaria claro que tal negócio era *falacioso*, sendo verdadeira *venda*. Confira-se (fls 754/755):

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

(...)

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

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

Ainda que possa não ser uma mera coincidência (e não aparenta) e talvez o grupo empresarial tenha decidido efetuar a redução desse montante de capital nessa sociedade

para que na outra fosse cedida a titularidade de suas quotas, não há qualquer defeito jurídico, falsidade ou mesmo simulação nessa operação efetuada dentro do próprio Grupo.

Pelo que se depreende do entendimento vencedor do v. Acórdão, pergunta-se: se as empresas do mesmo grupo vendessem entre si as participações, não haveria, então, vício?

Em primeiro lugar, a porcentagem de redução de capital social em relação ao seu objeto é ato promovido mediante deliberação dos sócios. A Lei Civil apenas determina que seja publicado tal ato, com fins exclusivos de resguardar eventuais credores. Não há irregularidade nesse ajuste interno de valores dos créditos entre sócios do Grupo.

A simples constatação de que tal ato mostrou-se responsável pela transferência do objeto a ser vendido a pessoa jurídica que, nos termos da própria Lei Tributária vigente, tem ônus fiscal mais brando do que seu titular original, por si só, não basta para configurar fraude.

A linha argumentativa defendida no r. *decisum* recorrido sobre a tese do *abuso de direito* (único fundamento para o desfazimento das operações do contribuinte e manutenção da cobrança) pode acabar dando margem à obrigatoriedade, mediante autuação fiscal com aplicação de multas, de que o Contribuinte, mesmo dentro de total legalidade, faça as opções negociais e comerciais mais onerosas do ponto de vista tributário.

É certo que a adoção de conceitos como a *materialidade econômica* das operações é ferramenta útil e válida para a investigação da presença de ilícitos, defeitos, falsidade ou qualquer outra irregularidade, mas, simplesmente desconsiderar operações mediante a conclusão que houve, finalisticamente, uma *economia tributária*, não pode ser aceito ou tolerado.

Muito importante ressalvar que em momento algum do TVF foi questionado o contexto da presença da empresa uruguaia ITERBAN no Grupo e a sua origem, no sentido dessa ter sido criada ou inserida no Grupo com o propósito exclusivo de economia fiscal. Tal Companhia foi tratada no TVF como mais um *membro* da cadeia societária, de forma natural, apontando-se apenas sua situação de tributação menos onerosa do ganho de capital. Os questionamentos voltaram-se à VIALCO SPE (essa, sim, rotulada de *empresa veículo*) e aos atos societários procedidos, como se *inválidos* fossem.

Se tivesse sido demonstrado e provado que tal empresa estrangeira fora artificialmente colocada no Grupo, com exclusiva função de reduzir a apuração de ganho de capital, as ponderações e análises a serem feitas aqui seriam outras. Contudo, não é este o caso, sendo vedada, em qualquer instância do contencioso administrativo, a modificação dos critérios jurídicos do lançamento de ofício e a inovação aos seus fundamentos de fato.

Retornando ao mérito, a situação aqui apresentada é exatamente a mesma da redução de capital a sócios *pessoa física*, que, até pouco tempo atrás, tributavam o ganho de capital sob a alíquota fixa de 15% (nascendo a exata mesma diferença apurada no presente caso).

E a redução de capital aos sócios, procedida por valor *contábil* do bem entregue em devolução, com a sua posterior revenda, ainda que resulte em menor tributação, já foi considerado válida por este E. CARF diversas vezes.

Confira-se o Acórdão nº 1301.001.302, proferido pela C. 1ª Turma da 3ª Câmara desta mesma 1ª Seção, de votação unânime e relatoria do I. Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas, publicado em 28/03/2014:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/08/2007

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.430 DE 1996. PROCEDIMENTO LÍCITO.

Os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.249, de 1995, adotam o mesmo critério tanto para integralização de capital social, quanto para devolução deste aos sócios ou acionistas, conferindo coerência ao sistema jurídico.

O artigo 23 prevê a possibilidade das pessoas físicas transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital social, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado.

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

Ademais, o fato dos acionistas planejarem a redução do capital social, celebrando contratos preliminares de que tratam os artigos 462 e 463 do Código Civil, visando a subsequente alienação de suas ações a terceiros, tributando o ganho de capital na pessoa física, se constitui em procedimento expressamente previsto no direito brasileiro. (destacamos)

Esta mesma C. 2ª Turma Ordinária, no passado, também já se posicionou da mesma forma, em votação unânime e relatoria do I. Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, publicado em 14/11/2013:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

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

Os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.249, de 1995, adotam o mesmo critério tanto para integralização de capital social, quanto para devolução deste aos sócios ou acionistas, conferindo coerência ao sistema jurídico.

O artigo 23 prevê a possibilidade das pessoas físicas transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital social, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado.

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

Quando os bens, tanto na integralização quanto na devolução de participação no capital social, forem entregues/avaliados por montante superior ao que consta da declaração da pessoa física ou valor contábil da pessoa jurídica, a diferença a maior será tributada como ganho de capital (Inteligência dos artigos 22, § 4º e 23, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995).

Não seria lógico exigir ganho de capital quando os bens e direitos fossem entregues pelo valor de mercado na integralização de capital social e não se admitir a devolução destes, aos acionistas, pelo valor contábil.

INTERESSE PROTEGIDO E NORMA INDUTORA DE COMPORTAMENTO.

É juridicamente protegido o procedimento levado a efeito pelas Companhias e seus acionistas por meio do qual se devolve a estes, pelo valor contábil, bens e direitos do ativo da pessoa jurídica (art. 22, caput, da Lei nº 9.249, de 1995).

Diante do fato de que o acesso a recursos junto ao mercado financeiro, de que necessitam as empresas, está ligado, em parte, ao capital social das Companhias, a regra que permite a devolução da participação acionária pelo valor contábil, sem que isto implique em custo tributário ao titular dos recursos, se constitui em norma indutora de comportamento que tem por finalidade aumentar o capital social das empresas, garantindo a devolução destes aos sócios acionistas, pelo valor contábil, sem exigência de tributação neste ato.

Ademais, o fato de os acionistas planejarem a redução do capital social, celebrando contratos preliminares de que tratam os artigos 462 e 463 do Código Civil, com cláusulas suspensivas, visando a subsequente alienação de suas ações a terceiros, tributando o ganho de capital na pessoa física, se constitui em procedimento expressamente previsto no direito brasileiro.

No caso concreto, não se pode confundir os contratos preliminares feitos entre os titulares das ações e o contrato definitivo que foi o instrumento que materializou e conferiu

validade e eficácia na transação feita entre os titulares das ações e a empresa adquirente.

Por fim, em que pese a autuação invocar o contrato preliminar datado de 3/8/2007 para imputar responsabilidade à empresa POLPAR, esta sequer figurou como parte ou anuente no referido instrumento e tampouco recebeu o produto da venda que foi entregue, mediante crédito em conta, aos titulares das ações.

Recurso Voluntário Provido.

Posto isso, fica claro que não há fundamento válido para o desfazimento e a rotulação da redução de capital perpetrada como *fraude*, devendo ser afastada tal acusação fiscal.

Tendo em vista que (i) fora demonstrado a regularidade da criação da VIALCO SPE para promover a venda das quotas SP VIAS à empresa CPC, (ii) que foi trazida prova e demonstração que a *cessão* de quotas promovida não foi a título gratuito e (iii) que a operação de *redução de capital* promovida não constituiu *fraude*, o lançamento de ofício perde seu fundamento e deve ser totalmente cancelado.

Caso vencido, entende-se pelo cancelamento da multa qualificada, reduzindo-a ao montante de 75%, referente à multa de ofício, tendo em vista que a acusação é apenas e expressamente de *abuso*, não sendo provadas quaisquer ilegalidades por parte do Contribuinte que justificariam a qualificação da multa, bem como, por consequência lógica, aplicam-se os mesmos fundamentos acima já expendidos sobre a lisura da operação e ausência de *fraude* para fundamentar este afastamento da qualificação da sanção (evitando-se repetição desnecessária).

Recurso de Ofício

Caso não se entenda pelo cancelamento integral das Autuações, passa-se à análise do Recurso de Ofício.

Como relatado, entendeu a Fiscalização que o reconhecimento da Recorrente como sujeito passivo da tributação do ganho de capital da venda das quotas das SP Vias implicaria na *omissão de receitas financeiras decorrentes do recebimento de juros contratualmente acordados, incidentes entre a data da assinatura do contrato de compra e venda em 03/08/2010 e o efetivo recebimento, em 22/10/2010*, as quais, estariam sujeitas à incidência de PIS e COFINS.

A Recorrente em sua defesa que a opção pelo Lucro Presumido, acabava por abarcá-la no regime não cumulativo de apuração de tais Contribuições Sociais, não sendo objeto de sua incidência *as receitas financeiras*.

Tal argumentação é claramente procedente, adotando-se, com base no art. art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, os termos do v. Acórdão como razões de decidir, as quais reproduz-se na íntegra:

Nos lançamentos relativos à Contribuição do PIS e à COFINS, a Autoridade Autuante descreve o seguinte motivo: “Omissão de receitas financeiras decorrentes do recebimento de juros contratualmente acordados, incidentes entre a data da assinatura do contrato de compra e venda em 03/08/2010 e o efetivo

recebimento, em 22/10/2010(...)”. *No enquadramento legal, cita os artigos 2º, 3º da Lei nº 9.718/98 e art. 24, §2º da Lei nº 9.249/95.*

A impugnante se defende, argumentando que mesmo se a venda fosse realizada pela Vialco, não haveria tributação de PIS e de COFINS sobre as receitas financeiras.

Isso porque ela exerceu a opção pelo lucro presumido em 2010, estando, portanto, sujeita ao regime cumulativo dessas contribuições (art. 8º, II, da Lei nº 10.637/02 e art.10, II, da Lei nº 10.833/03).

A regra prevista para as empresas sujeitas ao regime cumulativo é o art. 3º da Lei nº 9.718/98, que determina que a tributação dessas contribuições deveria recair sobre o faturamento, e não sobre todas as receitas da empresa (inclusive as não operacionais), como é o caso da receita financeira.

Vejamos os dispositivos legais listados pelo Fisco na autuação:

Lei 9.249/95

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2 O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Lei 9.718/98

Art.2ºAs contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.(Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.(Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Art. 3 O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº1.598, de 26 de dezembro de 1977.(Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de

atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.(Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Da leitura do art. 3º da Lei nº 9.718/98, verifica-se que o §1º foi revogado pela Lei nº 11.941, de 25 de maio de 2009. Isso significa que a Contribuição sobre o PIS e a COFINS não incidem mais sobre a totalidade das receitas auferidas pela empresa, mas apenas sobre o faturamento. Ou seja: essas contribuições não incidem sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas.

Antes dessa revogação, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 357.950, em 09/11/2005 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98.

A análise do inteiro teor daquela decisão revela que somente as receitas provenientes do faturamento podem sofrer a incidência do PIS e da Cofins, uma vez que o STF considerou que o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 era incompatível com o art. 195, I, “b” da Constituição, em sua redação original, e que a mácula do dispositivo legal não desapareceu com a superveniência da EC nº 20/98.

Da análise dos fatos aqui narrados, verificamos que assiste razão à impugnante no que tange os lançamentos relativos ao PIS e à COFINS, sendo devido o cancelamento desses créditos tributários.

Ainda, é objeto do Recurso de Ofício o desconto das exações de IRPJ e CSLL do valor de IRRF incidente sobre o pagamento efetuado pela CPC à ITERBAN, quando da aquisição da VIALCO SPE, sob a alíquota de 15% (R\$ 9.922.942,36).

Alegou a Recorrente que a mesma operação já foi onerada, resultando em tal recolhimento, e que os tributos agora supostamente devidos têm origem apenas na desconsideração do *sujeito passivo* original. Assim, se exigido o valor integral da tributação sobre o ganho de capital destinado à pessoa jurídica apontada, agora, como Contribuinte, haveria o enriquecimento sem causa do Erário federal.

Colaciona precedentes desta 1ª Seção do CARF de 2014, sobre o mesmo tema, descontando do valor do lançamento de ofício de IRPJ sobre ganho de capital da pessoa jurídica o montante pago pelo sócio, em operações que foram desconsideradas a transação de venda pela pessoa física.

O v. Acórdão recorrido deu provimento a tal pleito, concordando com a hipótese de enriquecimento sem causa e acrescentando que, pela data da ciência do lançamento de ofício, não seria mais cabível a repetição de tal valor. Também, em consulta efetuada pelos Julgadores da DRJ, confirmou-se que tal valor não foi compensado ou repetido.

Nesse sentido, de fato, observando os cálculos do TVF, ainda que tenha mencionado que a economia tributária indevida fosse apenas 19% (34-15), foi adicionada integralmente à base de cálculo do Lucro Presumido o valor da transação (34%).

Ainda que não se trate do mesmo contribuinte, tendo em vista que fora comprovado que o valor de IRRF recolhido já se tornou renda definitiva da União e que o único elemento que revestiu aquele recolhimento de *indevido* foi a desconsideração de elementos do negócio celebrado, permitir a exigência total dos crédito tributário imputados redundaria em tributação efetiva de 49% sobre o ganho de capital proveniente do mesmo negócio jurídico.

A penalização dos contribuintes, ainda que diante da prática de *abusos*, faz-se através da sanções previstas em Lei, assim como a arrecadação tributária percebe-se pela aplicação das devidas alíquotas à correta base de cálculo. Permitir a cobrança integral do valor do ganho de capital, sem a compensação do valor já recolhido pela mesma operação, revestiria o recolhimento dos R\$ 9.922.942,36 a título de IRRF de verdadeira *punição* pelo planejamento tributário levado a cabo e excesso arrecadatório.

Por fim, considerando também haver precedentes neste E. CARF sobre o desconto do valor de tributos sobre ganho capital recolhido por outro contribuinte, em relação à mesma operação, nos casos em que esta é desfeita, nega-se provimento ao Recurso de Ofício e, em acréscimo de fundamentação adota-se, com base no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, os termos do v. Acórdão como razões de decidir, as quais reproduz-se na íntegra:

Na ação fiscal em comento, a “VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES” foi identificada como a real beneficiária do Ganho de Capital apurado na alienação da VIALCO SPE, e, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária.

Entretanto, ao efetuar a venda, a ITERBAN S/A, empresa domiciliada no exterior, sofreu a Retenção do IRRF da operação, sendo que a compradora, CPC, recolheu o valor daquela retenção aos cofres da União num montante de R\$ 9.922.942,36, cujo DARF foi identificado nos sistemas de controle da RFB, anexado ao processo (fl.689).

O contribuinte demanda o aproveitamento do referido valor no montante do IRPJ lançado no presente processo, porquanto decorrente do mesmo negócio jurídico, a despeito da desconsideração da sujeição passiva na pessoa da ITERBAN.

Entendo legítimo o pleito do contribuinte. Pois vejamos:

A Companhia de Participações em Concessões – CPC, ao efetuar o pagamento do valor a ITERBAN, corretamente descontou o valor a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, recolhendo-o aos cofres da União. Este recolhimento é efetuado em nome da própria CPC, identificado pelo seu CNPJ no Documento de Arrecadação.

Pois bem, o contribuinte que sofre retenção do IRRF pode deduzi-lo do imposto devido no período de apuração a que corresponder, conforme art. 526 do RIR, a saber:

Art. 526. Para efeito de pagamento, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido no período de apuração, **o imposto pago ou retido na fonte sobre as receitas que integraram a base de cálculo**, vedada qualquer dedução a título de incentivo

fiscal (Lei nº 8.981, de 1995, art. 34, Lei nº 9.065, de 1995, art. 1º, Lei nº 9.430, de 1996, art. 51, parágrafo único, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 10).

O Ganho de capital auferido na operação foi adicionado a apuração do IRPJ pelo Lucro Presumido, opção do contribuinte naquele ano-calendário, porém ao efetuar este ajuste a autoridade fiscal não deduziu o valor do IRRF retido na operação que deu causa ao referido acréscimo patrimonial.

Naturalmente, a própria administração tributária quem desconsiderou a sujeição passiva tributária na empresa domiciliada no exterior ITERBAN, reputando o ganho a VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES. Nada mais razoável, portanto, que o próprio Fisco, de ofício, aproveite aquele valor já recolhido ao Tesouro Nacional como dedução do IRPJ apurado no 3º trimestre de 2010 pela real beneficiária.

*De certo, não estamos tratando aqui de um pretense recolhimento efetuado **indevidamente** passível de restituição nos termos preconizados pela Instrução Normativa RFB nº 1300/2012. A operação comercial existiu, houve a transferência dos ativos objeto da transação e era devida a retenção do IRRF no ato do pagamento do valor acordado. A CPC cumpriu corretamente todas as obrigações tributárias decorrentes da operação, entretanto o beneficiário daquele IRRF foi alterado de ofício pela administração pública.*

Ademais, caso o entendimento fosse pela natureza indevida daquele recolhimento, o contribuinte estaria impedido pela legislação tributária que regula a repetição de indébito de pedir a sua restituição, considerando já transcorrido o prazo de 05 anos contados do pagamento indevido ou a maior, cuja arrecadação ocorreu em 22/10/2010.

Ressalte-se, pela pertinência, que o valor de IRRF descontado e recolhido no pagamento à pessoa jurídica (ITERBAN) poderia ser aproveitado por esta na dedução do seu IRPJ, tendo em sua posse o comprovante da retenção emitido pela fonte pagadora (art. 943, RIR/99). Por tratar-se de empresa estrangeira, domiciliada no exterior, não houve o aproveitamento deste valor na apuração do IRPJ, conforme consulta ao sistema de controle de declarações da pessoa jurídica – Portal IRPJ da RFB.

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

Processo nº 16561.720127/2015-18
Acórdão n.º **1402-002.772**

S1-C4T2
Fl. 897

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar alegada e, no mérito, dar total provimento ao Recurso Voluntário, cancelando as autuações em tela. Caso vencido, voto por negar provimento ao Recurso de Ofício.

(assinado digitalmente)
Caio Cesar Nader Quintella

Voto Vencedor

Leonardo de Andrade Couto – Redator Designado

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

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

1) ser a VIALCO SPE empresa veículo, com o único propósito de proporcionar uma economia tributária, não possuindo outra motivação para sua criação;

2) a cessão de quotas da VIALCO SPE pela VIALCO Construções e Participações Ltda. (Recorrente) à sua sócia ITERBAN teria sido a título gratuito; e

3) o uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com *animus* de auferir economia tributária indevida.

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

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

[...]

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

[...]

Vê-se portanto que, em sentido diverso ao entendimento do relator, o fato da Vialco SPE ser tida como empresa veículo é questão subsidiária, pois a irregularidade que gerou a infração foi a cessão de quotas da VIALCO CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA (Vialco CP) para a INTERBAN SOCIEDADE ANONIMA PARTICIPAÇÕES LTDA (Interban).

Mais ainda, a infração não foi representada pelo fato da cessão ter sido gratuita *de per si* mas em função dessa operação ter permitido que a Interban negociasse com a

CPC as ações da SP Vias em condições de favorecimento tributário, conforme transcrição supra.

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

De todo o exposto, entendo por negar provimento ao recurso voluntário no que se refere ao mérito da exigência e dar provimento parcial ao recurso de ofício para rejeitar a compensação do IRF e restabelecer integralmente a exigência do IRPJ.

Processo nº 16561.720127/2015-18
Acórdão n.º **1402-002.772**

S1-C4T2
Fl. 900

É como voto.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Redator Designado