



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

**Processo nº** 10380.723303/2009-77  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-01.216 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 07 de junho de 2011  
**Matéria** IRPF - GANHOS DE CAPITAL  
**Recorrente** JORGE ALBERTO VIEIRA STUDART GOMES  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS**

Data do fato gerador: 31/01/2005

PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - AQUISIÇÃO SOBRE OS EFEITOS DA HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTOS NO ART. 4º, ALÍNEA “D” DO DECRETO-LEI Nº. 1.510, DE 1976 - DIREITO ADQUIRIDO A ALIENAÇÃO SEM TRIBUTAÇÃO MESMO NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ESTABELECEANDO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA (LEI Nº. 7.713, DE 1988) - Se a pessoa física titular da participação societária, sob a égide do artigo 4º, “d”, do Decreto-Lei nº. 1.510, de 1976, subsequente ao período de 5 (cinco) anos da aquisição da participação, alienou-a, ainda que legislação posterior ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos tenha transformado a hipótese de não incidência em hipótese de incidência, não torna aquela alienação tributável, prevalecendo, sob o manto constitucional do direito adquirido o regime tributário completado na vigência da legislação anterior que afastava qualquer hipótese de tributação.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Margareth Valentini, que negava provimento ao recurso. Fez sustentação oral, seus advogados, Dra. Leliana Maria Rolim de Pontes Vieira, OAB/DF nº 12.051 e Dra. Francisca Vanimayre de Carvalho, OAB/CE nº 12.675.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Lopo Martinez, Ewan Teles Aguiar, Margareth Valentini, Rafael Pandolfo, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Helenilson Cunha Pontes e Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga.

## Relatório

JORGE ALBERTO VIEIRA STUDART GOMES, contribuinte inscrito no CPF/MF 003.995.903-15, com domicílio fiscal na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, à Rua Teatrólogo Silvano Serra, nº. 505 – Bairro Dunas, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Fortaleza - CE, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 926/999, prolatada pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza - CE, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 1004/1114.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 23/12/2009, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 02/09), com ciência através de AR, em 04/01/2010 (fls. 758), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 85.790.037,92 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício qualificada de 150% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto de renda, relativo ao exercício de 2006, correspondente ao ano-calendário de 2005 (fato gerador = 31/01/2005).

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente ao exercício de 2006, onde a autoridade lançadora entendeu haver omissão de ganho de capital obtido na alienação de 49,9% das ações da AGRIPPEC QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A, CNPJ 07.467.822/0001-26, em 31/01/2005, relativa à participação de 62,19% do fiscalizado nesta empresa, conforme descrito detalhadamente no Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do presente Auto de Infração. Infração capitulada nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.134, de 1990; artigos 1º, 2º, 3º e §§, e 8º, da Lei nº. 7.713, de 1988; artigos 4º, 12, § 1º, 52, § 1º e 53, inciso V, da Lei nº. 8.383, de 1991; artigos 7º e 21, da Lei nº. 8.981, de 1995 e artigo 17 da Lei nº. 9.249, de 1995.

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil responsáveis pela constituição do crédito tributário lançado esclarecem, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal de fls. 10/48, entre outros, os seguintes aspectos:

- que o contribuinte era, em 31/12/2004, sócio da empresa AGRIPPEC QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A, CNPJ nº. 07.467.822/0001-26, possuindo 62,19% das ações do capital social. Segundo a fiscalização, o contribuinte teria alienado, em 31/01/2005, 49,90% da quantidade das ações possuídas na empresa AGRIPPEC para as empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, a primeira localizada na Austrália e a segunda localizada na Nova Zelândia, ambas pertencentes ao grupo empresarial NUFARM;

- que a AGRIPPEC QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A foi constituída no início da década de 60 e teve, por 37 anos, o Sr. Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, filho do fundador da empresa, como um dos principais acionista e dirigente. Sendo uma empresa de capital fechado essencialmente familiar, a AGRIPPEC permaneceu sob o controle da família Studart até a transferência do comando para a NUFARM;

- que a empresa AGRIPPEC até o final do ano-calendário de 2004 era constituída por 2.167.900 ações e que essas ações pertenciam a três sócios: Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, Carlos Alberto Studart Gomes Neto e AGP Construções Ltda.;

- que na concepção de alienação de ações, que teria ocorrida em 31/01/2005, a fiscalização constatou que o contribuinte alienou 49,9% das suas ações pelo valor de R\$ 198.657.559,35, havendo, nessa operação, ganho de capital, no valor de R\$ 183.942.876,62, e que não houve recolhimento de Imposto de Renda;

- que a operação de alienação não foi direta, como de comum (sócio da AGRIPPEC transferindo suas ações para as empresas do grupo empresarial NUFARM), mas houve planejamento tributário evasivo, na espécie de simulação relativa, arquitetado pelos alienantes, sócios da AGRIPPEC, e pelas empresas adquirentes (empresas do grupo NUFARM), que consistiu na elaboração de uma operação de investimento, utilizando-se de um Memorando de Entendimento, de um Contrato de Investimento e de um Acordo de Acionistas, com criação das empresas, BRAMANS HOLDINGS S.A e DELPHIA PARTICIPAÇÕES S.A. realizando-se uma operação simulada, envolvendo a empresa AGRIPPEC (investida), a empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S.A. (investida) e a empresa BRAMANS HOLDING S.A (investidora), demonstrada pelos atos e fatos contábeis da empresa AGRIPPEC e DELPHIA, ocultando-se o fato real da alienação das ações, operação feita com o intuito de esconder o fato gerador do imposto de renda;

- que houve planejamento tributário evasivo basearam-se em prova indireta, indícios, tendo por base o fato de ter havido contratação de uma empresa especializada em planejamento tributário, BROADSPAN CAPITAL NEGOCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., banco de investimento, e os documentos que embasaram a operação de investimento fornecidos pela NUFARM, tais como: o Memorando de Entendimento, o Contrato de Investimento, o Acordo de Acionistas e os atos societários (ATAS DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA) e fatos contábeis das empresas AGRIPPEC, BRAMANS e DELPHIA. Esses documentos e os atos societários e os fatos contábeis, tidos como simulados pela fiscalização, demonstram que a empresa AGRIPPEC recebeu, no ano-calendário de 2005, investimento estrangeiro (através de subscrição de novas ações) das empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED no valor total de R\$ 319.436.500,00 (trezentos e dezenove milhões quatrocentos e trinta e seis mil e quinhentos reais), equivalente a US\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de dólares americanos), representando 49,9% do capital social;

- que a prova de que houve simulação consistiu na demonstração de que os atos societários e atos contábeis representavam operação visível, simulada, encoberto uma operação invisível, dissimulada, alienação de ações, fraude perfeitamente concebida pela documentação que embasa o falso investimento feito pela empresa NUFARM (um memorando de entendimento, um contrato de investimento, um acordo de acionistas, criação das empresas, BRAMANS HOLDINGS S.A e DELPHIA PARTICIPAÇÕES S.A) e pela inconsistência dos atos societários e dos fatos contábeis;

- que a prova também foi formada pelas notícias da venda da AGRIPPEC. Segundo as notícias econômicas que foram publicadas em revistas e jornais, nos anos de 2005 e 2007, a empresa AGRIPPEC foi vendida para o grupo empresarial NUFARM, pelo valor total de R\$ 670.000.000,00 (seiscentos e setenta milhões de reais) em duas etapas: a primeira em janeiro de 2005, pelo valor de R\$ 319.436.500,00, equivalente a US\$ 120.000.000,00, representando 49,9% das ações, e a segunda em agosto de 2007, pelo valor de R\$ 350.563.499,80, representando o restante, 50,1% das ações;

- que após a primeira operação, que ocorreu em janeiro de 2005, tida pela fiscalização como operação de alienação de participação societária (ações) e pelo contribuinte como investimento (subscrição de novas ações), o quadro societário da empresa AGRIPPEC era formado pela empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S.A, com 50,1% das ações, e pelas empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, com 49,9% das ações, conforme demonstrativo abaixo: AGRIPPEC – 2.822.052 Ações Percentual; DELPHIA – 1.413.848 Ações 50,1%; NUFARM – 1.408.204 Ações 49,9%; DELPHIA - JORGE ALBERTO DELPHIA - CARLOS ALBERTO DELPHIA – AGP CONSTRUÇÕES 62,19% 21,5% 16,31% 879.272 303.977 230.599 1.413.848 NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED NUFARM NEW ZEALAND LIMITED 32,4% 17,5% 915.333 492.871 1.408.204 TOTAL 2.822.052;

- que no mês de agosto de ano-calendário de 2007 (13/08/2007), quando se deu a alienação de 50,1% das ações da AGRIPPEC (operação de alienação de participação societária devidamente reconhecida pelos sócios), para a empresa CSRPar – PARTICIPAÇÕES LTDA. (NUFARM), o quadro societário da AGRIPPEC era constituído de seis sócios, pessoas físicas, que eram: Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, Carlos Alberto Studart Gomes Neto, Ana Maria Nogueira Studart Gomes, Patrícia Studart Gomes, Renata Studart Gomes, Karine Nogueira Studart Gomes, e de um sócio, pessoa jurídica, grupo empresarial NUFARM;

- que depois de 13 de agosto de 2007, a empresa AGRIPPEC QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A passou a se chamar NUFARM INDÚSTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A, tendo por sócios as empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED. Os ex-sócios da AGRIPPEC, Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, Carlos Alberto Studart Gomes Neto, Ana Maria Nogueira Studart Gomes, Patrícia Studart Gomes, Renata Studart Gomes, Karine Nogueira Studart Gomes, continuaram na empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S/A;

- que na segunda operação (alienação dos 50,1%), ocorrida em agosto de 2007, ficou devidamente demonstrada a alienação da participação societária, através de contrato de compra e venda, tendo o sócio, contribuinte autuado, Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, apurado o ganho de capital e recolhido o imposto de renda. O contribuinte autuado recolheu, em 27/09/2007, Imposto de Renda sobre ganho de capital no valor de R\$ 11.180.157,85. Tudo conforme a Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2008, ano-calendário 2007;

- que na primeira operação (alienação dos 49,9%), ocorrida no mês de janeiro de 2005, tida pela fiscalização como operação da alienação de participação societária e pelo contribuinte como operação de investimento (subscrição de ações da NUFARM, através da empresa BRAMANS HOLDING S/A), a fiscalização ressaltou que houve um recolhimento de Imposto de Renda sobre ganho de capital, por parte do contribuinte, no valor de R\$ 679.588,25, em 31/03/2005, referindo-se à integralização de capital na empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S/A, em 15/01/2005, com as ações da AGRIPPEC valorizadas, para esse fim, acima do valor histórico. Em 15/01/2005, os sócios da AGRIPPEC integralizaram capital empresa DELPHIA com as ações que possuíam na AGRIPPEC, valorizando as ações e apurando o ganho de capital. Essa operação foi justificada pelo contribuinte como reestruturação da empresa DELPHIA para futuro aporte de investimento da empresa BRAMANS HOLDINGS S/A (NUFARM). O contribuinte informou essa operação na Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2006, ano-calendário de 2005;

- que a fiscalização não tendo verificado recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital relacionado à alienação de participação societária de 49,9% das ações da AGRIPPEC, que ocorreu em 31 de janeiro de 2005, iniciou procedimento de fiscalização contra os sócios da AGRIPPEC, em 03/03/2008, intimando os sócios a demonstrarem os rendimentos declarados como isentos, relativamente à Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2006, ano-calendário 2005;

- que o procedimento de fiscalização contra os sócios da AGRIPPEC estendeu-se, também, contra a empresa NUFARM INDÚSTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA S/A e contra a empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S/A, através de intimações e diligências;

- que os sócios da empresa AGRIPPEC em resposta ao Termo de Início de Fiscalização esclareciam que os rendimentos declarados como isentos foram dividendos, lucros acumulados e restituição de capital, pela participação societária nas empresas AGRIPPEC, DELPHIA, AGP CONSTRUÇÕES LTDA. e outras. Os sócios esclareciam, também, que: (1) a venda das ações da AGRIPPEC ocorreu em agosto de 2007, tendo havido apuração de ganho de capital e recolhimento do imposto de renda; (2) em janeiro de 2005, houve reestruturação da empresa AGRIPPEC, tendo havido transferências das ações para a empresa DELPHIA, emissão de novas ações, no quantidade 654.152, subscritas por parte da empresa BRAMANS, no valor de R\$ 156.114.183,61, e incorporação da empresa BRAMANS (NUFARM); (3) a empresa AGRIPPEC, em janeiro de 2005, possuía lucros acumulados em valor suficiente para pagamento de dividendos aos sócios o valor de R\$ 156.114.183,61; (4) em janeiro de 2005, a empresa DELPHIA emitiu novas ações, na quantidade de 753.798, subscritas por parte da empresa BRAMANS, no valor de R\$ 163.322.316,39; (5) as ações subscritas pela BRAMANS foram resgatadas pelos sócios da AGRIPPEC, pagando-se com 754.052 ações da AGRIPPEC; (6) a empresa DELPHIA em junho de 2005 possuía lucros acumulados para pagamento de dividendos, tendo havido, também, redução de capital com restituição para os sócios, em valor superior a R\$ 163.322.316,39;

- que do estudo dos documentos fornecidos pela empresa NUFARM, dos atos societários (ATAS DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA) e fatos contábeis das empresas AGRIPPEC e DELPHIA PARTICIPAÇÕES S/A, relativamente aos anos-calendário de 2004 e 2005, concluiu que os sócios da AGRIPPEC, Jorge Alberto Vieira Studart Gomes (62,19%), Carlos Alberto Studart Gomes (21,50%) e AGP Construções Ltda. (16,31%), alienaram, em 31/01/2005, 49,9% das ações pelo preço total de R\$ 319.436.500,00. A fiscalização concluiu, também, que essa alienação ocorreu quando da subscrição das novas ações emitidas pela empresa AGRIPPEC (654.152), no valor de R\$ 156.114.183,61, e quando da subscrição das novas ações emitidas pela empresa DELPHIA (753.798), no valor de R\$ 163.322.316,39, ambas feitas pela empresa BRAMANS, que totalizou o valor de R\$ 319.436.500,00, correspondente à subscrição de ações pelas empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, equivalente a US\$ 120.000.000,00, tudo acontecido no dia 31 de janeiro de 2005;

- que os atos societários e os fatos contábeis que demonstravam operação de investimento da empresa BRAMANS (NUFARM) nas empresas AGRIPPEC e DELPHIA foram tidos por simulados, por esconderem a operação de alienação de ações com ganho de capital, que de fato aconteceu.

- que, em 28/02/2005, foi realizada Assembléia Geral Extraordinária da DELPHIA onde foi aprovado o resgate da totalidade das 753.798 ações ordinárias classe B, objetivando-se o cancelamento das mesmas, pelo valor de R\$ 62.691.871,93, sem qualquer redução no valor do seu capital social. Todas as 753.798 ações resgatadas eram de propriedade da BRAMANS e foram pagas mediante a transferência para a mesma, a título de dação em

pagamento, de 754.052 ações ordinárias detidas pela DELPHIA, representativas de 26,72% do capital social total da AGRIPPEC;

- que com a saída da BRAMANS do capital da DEPHIA, esta retornou para a mesma composição acionária de 15/01/2005, após a AGE, como representado abaixo. Quanto à composição da AGRIPPEC, ficou próximo ao planejado inicialmente pelos seus vendedores e compradores.

Em sua peça impugnatória de fls. 761/855, apresentada, tempestivamente, em 03/02/2010 o contribuinte, se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que as autoridades fazendárias, no relatório denominado “Termo de Verificação Fiscal”, efetuaram o lançamento de imposto de renda pessoa física sobre ganho de capital, mediante a desconsideração das operações realizadas entre as pessoas jurídicas e o enquadramento das mesmas como mera operação de venda de ações;

- que alegam que o impugnante, bem assim os demais sócios, “arquitetaram um planejamento tributário ilícito e contrário aos interesses do fisco, simulando uma série de operações societárias na AGRIPPEC e em outras empresas constituídas, especificamente para esse fim, com a intenção de dissimular a venda”;

- que a elisão tributária, ou evitação tributária, economia de tributos, ou a designação mais vulgarizada - o planejamento tributário - pode ser definida como a prática de atos ou negócios jurídicos lícitos ou a sua abstenção, objetivando reduzir ou eliminar o pagamento de tributos;

- que já a evasão tributária é caracterizada como a atividade ou omissão ilícitas para se alcançar a redução de carga tributária. No seu campo de abrangência, tem-se desde a prática de infrações administrativas à legislação tributária, omissão de declarações ou de identificação como contribuinte, inadimplência, morosidade, até a prática de crimes contra a ordem tributária, genericamente denominados de sonegação e, em alguns casos, de fraude;

- que cabe citar, de início, o conceito de evasão fiscal, formulado por Sampaio Dória, que a entende como “a ação consciente e voluntária do indivíduo tendente, a, por meios ilícitos, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo efetivamente *devido*.” (“Elisão e Evasão Fiscal”, p. 37. IBET, ed. BUSHATSKY, 1977);

- que de outra parte adota-se a conceituação de Marco Aurélio Greco e Elisabeth Libertucil no sentido de que “entende-se por **elisão fiscal** a prática de atos ou negócios (ou eventualmente a não-prática dos mesmos), com o objetivo de eliminar ou diminuir *a carga tributária*.” (“Para uma Norma Geral Antielisão”, p. 1, IOB, 2000);

- que o primeiro elemento distintivo entre as duas figuras é a licitude ou não dos meios utilizados no auferimento de vantagens tributárias: meios lícitos = elisão; meios ilícitos = evasão;

- que, nesse sentido, a doutrina anglo-saxão adota terminologia precisa: “*tax evasion*”, evasão tributária; “*tax avoidance*”, elisão tributária;

- que o objetivo econômico das duas figuras, porém, é o mesmo: atingimento de um resultado tributário vantajoso. Na elisão, o contribuinte, dentre as várias alternativas que o ordenamento tributário propicia, escolhe a exteriorização formal lícita que mais lhe convier. Na evasão, os meios são ilícitos, embora as motivações e os fins sejam idênticos aos da elisão;

- que outro elemento diferenciador é o temporal. Na elisão, evita-se a ocorrência do fato gerador, que é ocultado ao Fisco;

- que no novo Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), o art. 167 trouxe como inovação a *nulidade plena* do negócio jurídico simulado, enquanto o antigo Estatuto Civil o declarava apenas *anulável*. Entretanto, as hipóteses que caracterizam a simulação permaneceram as mesmas;

- que, entretanto, no caso do presente auto de infração, as transações realizadas pelas partes não escondem qualquer negócio proibido por lei. Elas próprias configuram atos jurídicos respaldados pelas normas societárias em vigor. Não se caracterizam, pois, como atos simulados, mas, ao contrário, foram consumados: (a) de acordo com a vontade das partes; (b) em consonância com as leis comerciais (Lei n.º 6.404/1976 e suas alterações posteriores), revelando-se como uma das opções legais e passíveis de adoção para se ultimar os fins pretendidos pelos contraentes;

- que por mais que a opção negocial escolhida desagrade ao Fisco, isto não o autoriza a desqualificá-la porque “contraria seus interesses”, se feita em respeito e de acordo com as leis vigentes no nosso ordenamento jurídico;

- que está implícito na formulação do princípio da legalidade o princípio da tipicidade da tributação, especialmente em face de não se admitir a analogia como meio de exigência de tributo não previsto em lei (art. 108 do Código Tributário Nacional);

- que o processo de tipificação da obrigação tributária opera-se em três graus possíveis: uma tipificação de primeiro grau, efetuada pela Constituição, ao descrever o núcleo essencial dos tributos; uma tipificação de segundo grau, efetuada pela lei complementar, ao definir, por conceitos determinados, os elementos essenciais dessa obrigação, notadamente o fato gerador; e por último uma tipificação de terceiro grau, efetuada pela lei ordinária ao abrigo de liberdade de dar conformação ao tipo, aquém dos limites, mas sempre dentro dos parâmetros da lei complementar;

- que para o contribuinte, esse princípio assume uma importância defensiva fundamental, porquanto dele resulta proibição aos entes públicos de criar ou aumentar tributos por agressões incompatíveis com a Constituição, a exemplo da utilização de cláusula geral, de conceito indeterminado, de delegação normativa, de regulamentação abusiva, de poder discricionário ou de analogia;

- que, logo, se o negócio jurídico adotado pelas partes contraentes estiver conforme as leis, não poderão os Agentes Fazendários, discricionariamente desfazer seus regulares e originários efeitos para atribuir-lhe outra natureza, exclusivamente no intuito de obter um efeito fiscal favorável aos interesses da Receita Federal;

- que no direito pátrio não se pode usar a interpretação econômica na interpretação da lei tributária para valorizar a relevância do conteúdo econômico e coibir o abuso das formas jurídicas, como a adotada pelo autor do procedimento fiscal;

- que o professor Gilberto de Ulhoa Canto - tributarista dos mais renomados - faz a seguinte crítica a esse método interpretativo (in “Elisão e Evasão Fiscal”, monografia

contida no livro de igual denominação, p. 19); “3.72 - Absurdo é, ao que penso, dizer que para efeitos tributários pode ser abusivo o recurso a formas de direito privado que neste são legítimas, pois a abusividade não decorre de prescrição de lei alguma, senão, e apenas, da convicção de algum agente da administração pública ou de magistrado de que o legislador teria querido dizer, ao expedir a lei, muito mais do que efetivamente disse. É claro que a realidade econômica se apresenta como pressuposto lógico relevante dos tributos, mas só é presente na obrigação tributária se tiver sido “juridicizado” pela lei, dado o princípio da legalidade.”;

- que no entender do ilustre jurista, a interpretação econômica da lei tributária não merece acolhida em nosso Direito por que: “... na verdade, trata-se de uma simples tentativa de usurpação de poderes que são apenas do legislador; sob o pretexto de interpretar a lei, o que se está tentando é aplicar a sua norma a atos e fatos que ela não contempla.” (Destaque nosso. Obra citada, p. 24);

- que dentro do mesmo diapasão, afirma Alberto Xavier; “A doutrina da interpretação econômica não passa de um artifício para, de modo oblíquo, trazer o raciocínio analógico para dentro das fronteiras do tipo legal tributário e, assim, para o domínio da interpretação.” (Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo, Dialética, 2001, p. 44 e 45);

- que como já foi dito na presente peça de defesa, o Direito Constitucional pátrio consagra diversos princípios, entre eles o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (Art. 5º, inciso II, CF/88). Por consequência, na ordem privada tem-se como vigorante o primado da autonomia da vontade e, no plano negocial, a liberdade de contratar;

- que o contribuinte tem o direito à livre escolha do negócio jurídico mais econômico;

- que é cediço que há no Direito, uma fundamentação moral. Mas também é certo que o cidadão não está adstrito, sequer do ponto de vista moral, a utilizar civilmente a transação que implique em maior pagamento de tributo;

- que Gilberto de Ulhoa Canto, na monografia já mencionada, observa a respeito: “O contribuinte que escolhe o modo de atingir resultados econômicos ou financeiros segundo o critério de suportar o menor ônus fiscal que a lei permite, não evidencia, só por isso, falta de civismo ou espírito público;

- que se é correto que o cidadão deve fielmente contribuir para os gastos coletivos, segundo as normas legais em vigor, não é menos certo que dele o Fisco não pode esperar pagamento de montante superior ao que a lei lhe impõe, eis que, pelo excesso, o que haveria seria mera doação.”;

- que resulta daí que, se o Contribuinte estiver diante de dois comportamentos (um que, por força de lei, gera consequência tributária mais onerosa que o outro), poderá este adotar o comportamento menos oneroso (ou mesmo “isento” de consequência tributária);

- que, portanto, a legislação pátria agasalha a orientação acolhedora da tese de- que, dentro da licitude do negócio, deve o administrador procurar a forma jurídica prevista no ordenamento interno, que lhe possibilite arcar com menor ônus tributário para a empresa ou, por reflexo, para os seus sócios;

- que, anteriormente, ao se fazer a distinção entre evasão e elisão, esclareceu-se que os motivos e a finalidade são comuns às duas figuras;

- que já foi acentuado que um dos critérios distintivos entre evasão e elisão tributária é a ilicitude ou licitude do negócio. No último caso, realizam-se operações dotadas de legalidade, posto que previstas no ordenamento jurídico;

- que outro critério é o relativo ao momento de ocorrência do fato gerador. Na elisão, elimina-se a possibilidade, por intermédio de procedimentos lícitos, da ocorrência do fato gerador e, portanto, do surgimento da obrigação tributária;

- que, deve-se identificar, então, se as operações entre as empresas das quais participava o Impugnante, referente a investimentos aportados e à transferência de ativos, afasta qualquer suporte fático que implicaria instaurar-se obrigação tributária no campo do Imposto de Renda Pessoa Física, quanto aos sócios;

- que, no conjunto, a licitude das operações que compuseram o fato concreto fiscalizado é mais do que clara, pois essas correspondem a negócios disciplinados por nosso ordenamento jurídico;

- que a repercussão de fenômenos relativos a operações societárias, em todo mundo, atingiu o Brasil nos últimos anos com uma intensidade compreensível, tendo em vista o estágio de desenvolvimento alcançado por certos setores da nossa economia;

- que como consequência, o Estado tomou posição perante os aludidos fenômenos, de um lado tentando coartar seus excessos mediante leis de intervenção no domínio econômico e de outro, incentivando alguns tipos ou formas societárias, para que as empresas atingissem uma dimensão que as tornassem competitivas numa economia de mercado e de lucro;

- que, portanto, se as empresas pertencentes ao Impugnante e ele próprio realizaram operações societárias empregando mecanismos legais em vigor para, ao mesmo tempo em que reduziram custos, racionalizam a administração e formam parcerias, obterem vantagens em eficiência e competitividade e até mesmo ganhos patrimoniais que se reflitam em seus respectivos patrimônios, não há a reprovar;

- que se dessa sistemática resulta economia tributária, não se cogitará de evasão, mas de mecanismo elisivo consentâneo com a ordem jurídica;

- que há que se examinar se as operações em análise, bem como os respectivos desdobramentos que vieram a acarretar uma não-incidência tributária no campo da pessoa física do sócio Jorge Alberto, ora Impugnante, se enquadram na figura do negócio indireto ou poderiam ser comprometidas pela eiva de simulação;

- que a distinção entre o negócio simulado e o negócio indireto corresponde à fronteira que separa a mentira da verdade. O negócio indireto é verdadeiro; o negócio simulado falso e mentiroso;

- que na simulação há uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, donde se extrai o seu caráter mentiroso ou enganatório. No negócio indireto não há divergência entre a vontade real e a declarada e daí o seu caráter verdadeiro. Isto não impede que desse negócio se obtenha resultado econômico distinto de outro, também típico, com maiores vantagens para as partes, inclusive quanto aos aspectos tributários;

- que se repita, por pertinente ao raciocínio jurídico em desenvolvimento, que o antigo Código Civil Brasileiro de 1916 enumerava, no seu art. 102, três modalidades de simulação dos atos jurídicos, os quais foram mantidos na redação do art. 167 do novo diploma - Lei n.º 10.406/2002: (1) quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem, realmente, se conferem ou transmitem – a chamada interposição fictícia de pessoas; (2) quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; (3) quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados;

- que, logo, a simulação fiscal é aquela que, por meio de uma das três formas apontadas, visa a prejudicar o Fisco, enquanto terceiro na operação;

- que concernente ao negócio indireto, e mais especificamente no campo tributário, Alberto Xavier, apoiando-se em ASCARELLI, explica com a habitual lucidez como se dá a respectiva operacionalização: “O que atrás já se disse leva-nos a concluir que o negócio fiscalmente menos oneroso, em que se não verifica uma simulação, integra na categoria dogmática do negócio indireto, ou seja, um negócio a que as partes recorrem para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial”;

- que na hipótese de uma lei fiscal que tributasse os juros, a compra e venda com pacto de retrovenda (onde formalmente não há juros) seria uma operação juridicamente válida e legal para atingir os mesmos fins do empréstimo com garantia hipotecária, porém com economia de tributo;

- que, no projeto executado, os atos jurídicos praticados ensejaram a transferência de ativos a novos sócios, interessados em adquiri-lo, mas evitando-se a configuração de ganho de capital tributável aos sócios originários;

- que, portanto, a execução das etapas das operações obedeceu à conformação legal inerente a cada uma delas, com todas as implicações decorrentes, embora com fim prático diverso;

- que não há discordância entre a vontade e a declaração, ou seja, o efeito jurídico do negócio é exatamente igual ao ostensivamente declarado, porém será alcançado, por via indireta, resultado econômico menos oneroso do ponto de vista tributário;

- que imprescindível se faz, contudo, que cada operação ou fase se realize de modo que possa ser vista como isolada e perfeitamente adequada ao seu objeto jurídico, preservando sua individualidade e sua tipicidade, não obstante integre um conjunto planejado de ações visando a um fim econômico distinto e essencial à determinação volitiva das partes;

- que, em essência, o parágrafo único do art. 116 do CTN não consagra cláusula genérica antielisiva, nem tampouco autoriza uma chamada interpretação econômica do fato gerador da obrigação tributária: cinge-se o seu campo de aplicação apenas de permitir que a autoridade administrativa desconsidere atos e negócios jurídicos dissimulatórios, que visam a ocultar a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos da obrigação tributária, ou seja, as verdadeiras relações negociais constituídas;

- que, com efeito, classifica-se a simulação em *absoluta* e *relativa*: na simulação *absoluta* aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum; na simulação *relativa*, as partes celebram, efetivamente, um contrato mas, para enganar terceiros, o ocultam sob contrato aparente, distinto do primeiro pela

sua natureza ou pelas suas cláusulas e condições. Assim, na simulação relativa existem dois negócios jurídicos: o *negócio simulado*, correspondente à vontade declarada enganadora e o *negócio dissimulado*, correspondente à vontade real dos seus autores;

- que por uma imperfeição técnica de redação, o novo parágrafo único ao art. 116 do CTN refere-se apenas à *dissimulação*, que é típica da simulação relativa, na qual coexistem dois negócios jurídicos, um encoberto o outro;

- que mesmo que se admita interpretação mais ampla do citado dispositivo, de modo a contemplar qualquer uma das duas formas de simulação, sua eficácia depende, “*ab initio*”, de regulamentação dos procedimentos a serem adotados pelo Fisco, em lei ordinária que, até o momento, ainda não foi editada;

- que, no presente processo, os Auditores Fiscais rotulam de “simulação” o que não é, pois os atos das operações examinadas foram praticados de acordo com os ditames da Lei das Sociedades Anônimas e outros diplomas vigentes no ordenamento jurídico;

- que, do mesmo modo, o órgão máximo do Conselho de Contribuintes já se debruçou sobre a questão da impossibilidade de interpretação econômica dos atos jurídicos para fins de alcance do tributo;

- que é de se concluir que, apesar de novidade referente à introdução de cláusula antielisiva no direito tributário brasileiro, em realidade, a norma não traz alteração significativa. Sequer teve eficácia, pois ainda não foi devidamente disciplinada em lei;

- que falece competência, portanto, aos Agentes Fiscais, para impor descaracterização de negócios jurídicos lícitamente realizados, a pretexto de que teriam ensejado economia de tributação. Assim, não há sustentação jurídica que dê amparo ao auto de infração, devendo esse ser declarado improcedente;

- que persistindo o entendimento do autor do procedimento fiscal de não aceitar o fato de ter havido ingresso de recurso na empresa AGRIPPEC sob a forma de investimento e o planejamento tributário de realizar o negócio por via indireta, há de se observar a isenção de alienação de ações e de participação societária nos termos do Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, aplicando-se o direito adquirido em face de revogação da isenção pela Lei nº. 7.713, de 1988

- que o inciso “d” do artigo 4º do Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, estabelecia uma isenção nas alienações efetivadas após decorrido o período de 5 anos da data de subscrição ou aquisição da participação;

- que o sócio Jorge Alberto adquiriu as ações no ano de 1967, consoante quadro evolutivo das ações;

- que o inciso “d” do artigo 4º do Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, foi revogado pelo artigo 58 da Lei nº. 7.713, de 1988;

- que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que no caso da aquisição ter se dado sob a égide do Decreto-lei, hipótese do contribuinte, a revogação da isenção prevista no artigo 58 da Lei nº. 7.713, de 1988, não pode atingir um direito adquirido, prevalecendo a isenção. A Câmara Superior de Recursos Fiscais, do antigo conselho de contribuintes, adota o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça;

- que a Multa de Ofício, aplicada no percentual de 150%, é desproporcional, desarrazoada e confiscatória. Toda imposição pecuniária aplicada ao indivíduo jamais poderá possuir caráter confiscatório. Inequívoco descompasso com o ordenamento constitucional a aplicação de Multa de Ofício no percentual de 150%;

- que os sócios da empresa AGRÍPEC não incorreram em intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964, ao utilizarem planejamento tributário lícito;

- que a Fiscalização não logrou êxito em produzir quaisquer provas no sentido de que o Impugnante teria praticado os ilícitos tributários, sonegação, fraude, conluio, pelo contrário, ficaram os Fiscais adstritos a meras alegações e suposições desprovidas de suporte fático e, por consequência, de respaldo jurídico;

- que mais do que demonstrado está, portanto, que a incidência de juros de mora com base na taxa SELIC afrontou diversos princípios constitucionais tributários, bem como o disposto nos artigos 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e 192, § 3º da Constituição Federal. Como se ainda não bastasse, o citado índice **nem sequer foi instituído por lei**, mas sim por circulares do Banco Central do Brasil - autarquia do Poder Executivo sem competência constitucional para tributar, conduta esta vedada por unanimidade em nossa doutrina e jurisprudência, tendo em vista o disposto no art. 5º, inciso II da CF/88.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante a Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza - CE conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção do crédito tributário, com base nas seguintes considerações:

- que do exame desses quesitos, vê-se que, na essência, o contribuinte deseja reforçar a sua defesa no sentido de convencer os julgadores de que os atos societários e fatos contábeis examinados pela fiscalização retratam uma operação de investimento feita pela empresa BRAMANS - NUFARM na empresa AGRÍPEC e na empresa DELPHIA, operação que está condizente com a realidade, tendo sido feita conforme as regras ditadas pela Lei nº. 6.404, de 1976 (lei das sociedades por ações), devidamente registrada nos livros contábeis e devidamente registrada na Junta Comercial do Ceará e na Junta Comercial de São Paulo, não se podendo cogitar em ter havido simulação, conforme as regras do Código Civil;

- que o contribuinte deseja, também, justificar o valor tributado no Auto de Infração, tido como ganho de capital na alienação de ações, como ganho de dividendos da empresa AGRÍPEC e da empresa DELPHIA;

- que a perícia é desnecessária pelos seguintes motivos: (1) - a conclusão da fiscalização teve por base os atos societários e os registros contábeis das empresas AGRÍPEC, DELPHIA e BRAMANS, obtidos através de diligência fiscal. O autor do procedimento fiscal ressalta sempre a origem do documento como sendo da NUFARM ou da DELPHIA; (2) - no Termo de Verificação Fiscal a fiscalização transcreveu os fatos contábeis e os registros de lançamentos, reportando-se aos documentos que embasam o registro na contabilidade, que se encontram juntados aos autos; (3) - os quesitos podem ser respondidos com os documentos de instrução do Auto de Infração;

- que, desta forma, pode-se afirmar que: (1) - toda operação analisada pela fiscalização encontra-se registrada nos livros contábeis, tanto no livro da AGRÍPEC como no

livro da DELPHIA, conforme cópias dos documentos anexados às fls. 374/411 e 506/550; (2) - os atos societários estão registrados na Junta Comercial. A fiscalização examinou as atas das assembléias gerais, os contratos sociais e os aditivos, devidamente registrados, como se pode constatar das cópias anexadas às fls. 161/224, 327/373, e 451/505; ((3) - houve recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital na integralização de capital da DELPHIA com as ações da AGRYPEC, tendo o contribuinte recolhido o valor de R\$ 679.588,25, em 31/03/2005. Esse fato foi ressaltado pela fiscalização; (4) - na contabilidade havia disponibilidade para pagamento de dividendos, conforme o resultado do exercício. A fiscalização não descaracterizou a contabilidade da empresa AGRYPEC; (5) - a empresa DELPHIA existe de fato, tem CNPJ de nº. 07.009.401/0001-51, tem atividade de Holdings de Instituições Não-Financeiras, é constituída pelos ex-sócios da AGRYPEC, foi objeto de diligência fiscal, durante o procedimento de fiscalização, e que, conforme o sistema informatizado da Secretaria de Receita Federal do Brasil, apresentou Declaração de Informações Econômico Fiscais –DIPJ, relativamente ao exercício financeiro de 2009, ano-calendário 2008;

- que, pode-se, ainda, apontar os seguintes fatos como fundamento da desnecessidade da perícia: (1) - após a venda das ações correspondente à parte de 50.1% das ações da AGRYPEC, os ex-sócios da AGRYPEC, deixaram a atividade industrial e comercial e passaram a exercer atividade financeira através da DELPHIA, cujo capital foi constituído com o produto da venda das ações; (2) - a fiscalização não reprovou a contabilidade da empresa AGRYPEC e nem da empresa DELPHIA. A contabilidade demonstra operação de investimento com subscrição de novas ações por parte da empresa BRAMANS, e pagamento de dividendos aos sócios conforme o resultado do exercício, tudo devidamente apurado conforme a lei societária; (6) - a fiscalização vem demonstrando que a realidade não foi operação de investimento, mas operação de alienação de ações, tendo havido por parte do contribuinte planejamento tributário, simulando-se um investimento dentro da realidade contábil da empresa AGRYPEC, aproveitando-se dos resultados previstos para 31/12/2004 e 30/06/2005; (7) - houve um estudo prévio do resultado do exercício da empresa AGRYPEC para montagem da estrutura dos fatos contábeis, e por conta desse resultado, simularam-se dois investimentos: um no valor de R\$ 156.114.183,61, na empresa AGRYPEC, e outro, no valor de R\$ 163.322.316,39, na empresa DELPHIA; (8) - pelo resultado do exercício da empresa AGRYPEC, previsto para 31/12/2004, essa empresa teria disponibilidade financeira para pagamento de dividendos no montante de R\$ 156.114.183,61, em janeiro de 2005. Pelo resultado do exercício, previsto para 30/06/2005, da empresa DELPHIA, essa empresa teria disponibilidade financeira para pagamento de dividendos no valor de R\$ 163.322.316,39, por equivalência patrimonial relativamente à empresa AGRYPEC, até 30/06/2005;

- que, pelo exposto, pode-se concluir que para efeito de formação da convicção do mérito da lide, planejamento tributário lícito ou não (simulação ou não de negócio jurídico) não há necessidade de nova diligência nas empresas NUFARM e DELPHIA. A fiscalização no Termo de Verificação Fiscal detalhou a prova indireta por meio de indícios de que a estrutura contábil foi pré-concebida e montada dentro dos resultados financeiros previstos. Os indícios apontados pela fiscalização são extraídos dos atos societários e dos fatos contábeis;

- que, assim, a realização de perícias e diligências tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide, não podendo ser utilizada para a produção de provas que o impugnante deveria trazer à colação junto com a impugnação;

- que no presente caso os quesitos são perguntas relacionadas a fatos contábeis e regularização dos atos societários e as respectivas respostas podem ser deduzidas do Termo de Verificação Fiscal e dos documentos de instrução do Auto de Infração;

- que o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, exige que o agente público fique inteiramente preso ao enunciado da lei, não podendo dele se afastar, sob pena de violação ao próprio texto da Carta Magna. Some-se a isto o fato de que, tendo a lei passada pelo crivo do Presidente da República, chefe máximo do Poder Executivo, através de sanção, reconhecendo a constitucionalidade do seu teor, não cabe aos órgãos hierarquicamente subordinados contestar este ato e exprimir juízos sobre a obediência ou não da lei à Constituição;

- que, na impugnação, o contribuinte vem alegando a isenção da alienação de ações no caso previsto no Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, a revogação dessa isenção através da Lei nº. 7.713, de 1988, e o direito adquirido após a revogação. Na defesa do direito adquirido, o contribuinte traz a doutrina, acórdão do Superior Tribunal de Justiça e acórdão do Conselho de Contribuintes, todos reconhecendo o direito adquirido, após a publicação da Lei nº. 7.713, de 1988, que revogou a isenção;

- que, para o caso em concreto, não existe decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do direito adquirido da isenção do DL nº. 1.510, de 1976, da inconstitucionalidade da Multa de Ofício, aplicada no percentual de 150%, e dos Juros de Mora, apurados com base na Taxa Selic;

- que deve ser ressaltado que as decisões judiciais trazidas à colação, não se constituem em normas complementares do Direito Tributário. Destarte, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei. Não é o caso dos julgados transcritos pelo impugnante e, por conseguinte, não o beneficiam;

- que, assim, não sendo o contribuinte beneficiário de Ação Direta de Inconstitucionalidade - cuja sede é o STF -, a regra aplicável é o art. 472, do Código de Processo Civil, que limita a eficácia da sentença às partes do processo específico;

- que há de se esclarecer que existe no âmbito do Superior Tribunal de Justiça decisão que não reconhece o direito adquirido da isenção do DL nº. 1.510, de 1976, após a revogação da Lei nº. 7.713, de 1988, que existe decisão que não reconhece a confisco da Multa de Ofício no percentual de 75% ou 150%, que existe decisão que não reconhece a inconstitucionalidade da aplicação da taxa selic;

- que a prova da operação de alienação foi constituída por indícios deduzidos através da análise dos atos societários e dos fatos contábeis das empresas AGRIPPEC, DELPHIA e BRAMANS. Os indícios foram também deduzidos das notícias econômicas sobre a venda da empresa AGRIPPEC para as empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, veiculadas em jornais, revistas e sites na internet da empresa NUFARM e AGRIPPEC;

- que segundo essas notícias tratadas no assunto de economia, a empresa AGRIPPEC foi vendida para o grupo empresarial NUFARM, pelo valor total de R\$ 670.000.000,00 (seiscentos e setenta milhões de reais) e essa venda foi realizada em duas etapas: a primeira, em janeiro de 2005, pelo valor de R\$ 319.436.500,00, equivalente a US\$ 120.000.000,00, representando 49,9% das ações, e a segunda, em agosto de 2007, pelo valor de R\$ 350.563.499,80, representado o restante, 50,1% das ações;

- que como devidamente ressaltado no presente relatório, na segunda operação (alienação dos 50,1% das ações), ocorrida em agosto de 2007, ficou devidamente demonstrada a alienação da participação societária, através de contrato de compra e venda, tendo o sócio, contribuinte autuado, Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, apurado o ganho de capital e recolhido o Imposto de Renda. Verificou-se que o contribuinte autuado recolheu, em 27/09/2007, Imposto de Renda sobre ganho de capital no valor de R\$ 11.180.157,85. Tudo conforme a Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2008, ano-calendário 2007;

- que, na primeira operação, o contribuinte recolheu Imposto de Renda sobre ganho de capital, no valor de R\$ 679.588,25, em 31/03/2005, referindo-se à integralização de capital na empresa DELPHIA PARTICIPAÇÕES S/A, em 15/01/2005, com as ações da AGRYPEC valorizadas, para esse fim, acima do valor histórico;

- que, entretanto, quando à operação de alienação de 49,9% das ações da AGRYPEC, que ocorreu em 31/01/2005, para as empresas do grupo NUFARM, não se verificou nenhum recolhimento de Imposto de Renda sobre ganho de capital;

- que, relativamente ao ano-calendário de 2005, como bastante enfatizado no relatório, os atos societários e os fatos contábeis demonstram operação de investimento por parte das empresas do grupo empresarial NUFARM, através da empresa BRAMANS, feito através de subscrição de novas ações emitidas pela empresa AGRYPEC e pela empresa DELPHIA;

- que a fiscalização considerou os atos societários e os fatos contábeis como negócio jurídico simulado, dissimulando a operação de ganho de capital, planejado com a finalidade de ocultar o fato gerador do imposto de renda, configurando evasão fiscal;

- que a fiscalização verificou, ainda, que o investimento da BRAMANS (NUFARM) no valor total de R\$ 319.436.500,00, feito na empresa AGRYPEC, no valor de R\$ 156.114.183,61, e na empresa DELPHIA, no valor de R\$ 163.322.316,39, tudo em 31/01/2005, aparecem na contabilidade da empresa AGRYPEC como dividendos distribuídos aos sócios e na contabilidade da empresa DELPHIA como dividendos e restituição de capital, distribuídos aos sócios;

- que a fiscalização enfatizou, ainda, que os atos societários e os fatos contábeis foram planejados com base na previsão de lucro líquido da empresa AGRYPEC, para 31/12/2004 e 30/06/2005, de tal forma que o resultado contábil geraria condições para pagamento de dividendos e restituição de capital em valor compatível com o simulado investimento para que os sócios recebessem o produto da alienação sob a forma de dividendos e restituição de capital, que são rendimentos isentos do imposto de renda;

- que a fiscalização ressaltou as inconsistências dos atos societários, tratando-as como prova indireta da simulação, minuciosamente explicada, e externou o pensamento de um fato inexplicável pela ciência econômica e contábil: haver investimento e previsão de pagamento de dividendos no mesmo valor do investimento;

- que os fatos e os documentos que instruem o Auto de Infração são suficientes para comprovarem que os sócios da empresa AGRYPEC, Jorge Alberto Vieira Studart Gomes, Carlos Alberto Studart Gomes Neto e AGP construções, transferiram por alienação, em 31 de janeiro de 2005, 49,9% de suas ações para as empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED. Os fatos e documentos, também, demonstram que as empresas do grupo NUFARM, adquirentes das ações, pagaram o valor de R\$ 319.436.500,00, equivalente a US\$ 120.000.000,00;

- que os fatos e os documentos comprovam que o sócio Jorge Alberto, contribuinte autuado, nessa operação, recebeu, em 31 de janeiro de 2005, o valor de R\$ 196.657.559,35 e que não apurou o ganho de capital;

- que não há como se conceber que tenha havido operação de investimento, com participação de empresa estrangeira, e, decorridos seis meses, pagamento de dividendos aos sócios que somam o valor investido. Conforme os atos societários e os fatos contábeis, o investimento advindo das empresas do grupo NUFARM ocorreu em janeiro de 2005 e em junho de 2005, os sócios teriam recebidos dividendos e devolução de capital no valor do investimento;

- que o autor do procedimento de fiscalização apontou indícios de simulação nos atos societários e nos fatos contábeis, demonstrando a realidade dos fatos que consistiu em uma operação de alienação de ações. Os indícios apontados pela fiscalização levam a conclusão de que houve uma montagem de uma operação de investimento com subscrição de novas ações dentro da realidade contábil de disponibilidade de pagamento de dividendos. Ficou demonstrado que na realidade não houve pagamento de dividendos por parte da empresa AGRÍPEC e da empresa DELPHIA. Na realidade os sócios receberam o valor da alienação das ações e integralizaram o capital da empresa DELPHIA;

- que ficou demonstrado um planejamento tributário ilícito, montado para pagamento do Imposto de Renda sobre ganho de capital em valor bem inferior ao realmente devido;

- que do Termo de Verificação Fiscal, podemos apontar os seguintes indícios que levam a convicção de que os atos societários e fatos contábeis são simulados: (a) Em 2004 a AGRÍPEC contratou a firma de consultoria ERNST & YOUNG para compor a equipe encarregada da elaboração de estudo sobre o valor da AGRÍPEC. Essa equipe concluiu que o valor do negócio em 31 de dezembro de 2004 seria de R\$ 863 milhões; (b) Em setembro de 2004 JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO assinaram com a NUFARM Memorando de Entendimento contratando a venda de 49,90 % da AGRÍPEC por 120 milhões de dólares. Nesse Memorando JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO eram tratados pelo nome que lhes era próprio: VENDEDORES; (c) No final de dezembro de 2004 as partes assinaram o Contrato de Investimento com o plano em que estava definida, inclusive, a saída dos recursos 'investidos' para JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO na forma de dividendos e a saída da BRAMANS da DELPHIA; (d) Para executar o plano acertado no Contrato de Investimento, foram assumidas, no mesmo dia e exatamente na mesma hora, a empresa BRAMANS, pela NUFARM, e a empresa DELPHIA, por JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO. Essa transferência de controle simultânea foi feita pelo mesmo sócio das duas empresas; (e) As empresas BRAMANS e DELPHIA foram constituídas pelo mesmo sócio, no mesmo endereço e com o mesmo capital: R\$ 100; (f) A admissão da BRAMANS na DELPHIA e na AGRÍPEC ocorreu no mesmo dia e na mesma hora em São Paulo e em Fortaleza, com a presença dos acionistas JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO nas duas cidades; (g) A DELPHIA e a BRAMANS participaram de todo o 'planejamento' sem contratar um único empregado; (h) No estreitíssimo lapso de tempo de 45 dias a BRAMANS recebeu capital de R\$ 320 milhões, integralizou capital na DELPHIA e na AGRÍPEC, saiu da DELPHIA e foi incorporada pela AGRÍPEC; (i) BRAMANS e AGRÍPEC concordaram que a AGRÍPEC pagaria R\$ 156.114.183,61 de dividendos a JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO antes da realização da venda; esse mesmo valor (R\$ 156.114.183,61) a BRAMANS se comprometeu a integralizar na AGRÍPEC; (j) Para transferir ações da AGRÍPEC para a BRAMANS – 754.052 ações, ou

26,72% – CARLOS ALBERTO-JORGE ALBERTO integralizaram capital da DELPHIA com ações da AGRIPPEC, em seguida a DELPHIA resgatou as ações integralizadas pela BRAMANS, pagando o resgate com as ações da AGRIPPEC que vieram de CARLOS ALBERTO-JORGE ALBERTO; (k) Nem a DELPHIA nem a BRAMANS cumpriram o objeto social a que se propuseram: Participação em outras sociedades, civis ou comerciais, nacionais ou estrangeiras ou Holdings não-financeiras; (l) Os Livros contábeis da BRAMANS são folhas de computador sem assinatura e sem registro; não há Livros Fiscais; (m) O suposto negócio pactuado no Contrato de Investimento, do tipo entra-e-sai, não apresenta nenhum propósito além da 'economia tributária'; (n) Apesar de ter o preço da AGRIPPEC avaliado em R\$ 863 milhões, os acionistas dessa empresa afirmam que ocorreu apenas uma venda, em 2007, em que foram vendidos 50,1% por R\$ 350 milhões; (o) Também a NUFARM, a empresa compradora, avaliou a AGRIPPEC em R\$ 720 milhões, ou 240 milhões de dólares, e afirma que adquiriu 49,90% por 120 milhões de dólares; (p) Durante o ano de 2005, ano da venda de 49,90% da AGRIPPEC por R\$ 320 milhões, JORGE ALBERTO-CARLOS ALBERTO receberam conjuntamente R\$ 261.440.202,45 de lucros da AGRIPPEC, DELPHIA e AGP e R\$ 105.025.042,35 de redução de capital da DELPHIA;

- que com base nessas falhas apontadas pela fiscalização, devidamente, demonstradas pela documentação fornecida pelas empresas NUFARM e DELPHIA, e, pelos fatos a seguir destacados, podemos concluir pela ocorrência de uma alienação com fato gerador do imposto de renda;

- que o contribuinte, Jorge Alberto, durante o procedimento de fiscalização, em resposta ao Termo de Início de Fiscalização, esclareceu que a variação patrimonial ocorrida na sua Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2006, ano-calendário 2005, decorreu do recebimento de dividendos, devolução de capital, de rendimentos isentos na alienação de bens e direitos, e de rendimentos com tributação exclusiva na fonte – aplicação financeira. O contribuinte ressaltou os dividendos recebidos da empresa AGRIPPEC e os dividendos e a devolução da capital da empresa DELPHIA;

- que a documentação apresentada pelo contribuinte comprovou as informações constantes da Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2006, ano-calendário 2005, relacionadas aos rendimentos isentos e não tributáveis, informados no valor de R\$ 291.676.196,53, aos rendimentos sujeitos à tributação exclusiva na fonte, no valor de R\$ 36.115.297,84, e ao imposto sobre ganho de capital, no valor de R\$ 679.588,25. Verifica-se que a variação patrimonial, ocorrida no valor de R\$ 394.573.490,36, pode ser justificada por esses rendimentos;

- que no procedimento de fiscalização, o contribuinte defendeu os dividendos recebidos da empresa AGRIPPEC e os dividendos e a devolução de capital recebidos da empresa DELPHIA, com base na demonstração do resultado do exercício, conforme a contabilidade dessas empresas. Esclareceu à fiscalização que dessa operação, houve apuração de ganho de capital, referindo-se à integralização de capital da empresa DELPHIA, com as ações da AGRIPPEC, e recolhimento de Imposto de Renda;

- que na impugnação o contribuinte reitera os argumentos apresentados no procedimento de fiscalização e afirma que houve um planejamento tributário lícito na forma de um negócio indireto. Na impugnação, o contribuinte não apresentou nenhuma manifestação quanto às falhas na elaboração dos atos societários e da sua seqüência, apontadas pela fiscalização, limitando-se a defender a legalidade do planejamento tributário, feito sem agredir a lei das sociedades por ações, montado dentro da realidade contábil da empresa AGRIPPEC;

- que na defesa do planejamento tributário lícito na forma de negócio indireto, o contribuinte afirma que, como sócio da empresa AGRYPEC, recebeu o recurso, proporcionalmente a sua participação, proveniente das empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, deixando transparecer o entendimento da fiscalização que o recurso não ingressou na empresa AGRYPEC e nem na empresa DELPHIA, como investimento, e que não houve pagamento de dividendos e nem de devolução de capital, como quer fazer crer os atos societários e a contabilidade;

- que, nessa defesa, o contribuinte afirma que houve transferência de ativos da empresa AGRYPEC para as empresas do grupo NUFARM e que houve entre as partes intenção de se estruturar um negócio indireto de tal forma que os recursos da operação aparecessem como investimento nas empresas e os sócios embolsassem os recursos na forma de dividendos e de restituição de capital;

- que há de se lembrar que uma operação de investimento não enseja transferência de ativo, mas aumento de capital na empresa investida com emissão de novas ações e subscrição, e os recursos ingressam no caixa da empresa, admitindo-se novos sócios;

- que, para o caso, a impugnação deixa transparecer que os recursos advindos das empresas do grupo NUFARM ingressaram no patrimônio dos sócios e não no caixa das empresas AGRYPEC e DELPHIA;

- que no entendimento da fiscalização o recurso advindo das empresas do grupo NUFARM ingressou no patrimônio pessoal dos sócios, proporcionalmente ao percentual de participação no capital, através de uma operação de alienação de ações, tendo os sócios da AGRYPEC alienado 49,9% das ações;

- que o contribuinte não concorda com o entendimento e vem esclarecendo que esse recurso ingressou na empresa AGRYPEC e na empresa DELPHIA sob a forma de um investimento. O contribuinte esclareceu, ainda, que recebeu dividendos da empresa AGRYPEC e dividendos e devolução de capital da empresa DELPHIA no valor do investimento, proporcionalmente a sua participação, conforme o resultado contábil das empresas;

- que ao defender o planejamento tributário na forma de negócio jurídico indireto, feito para economia de pagamento de tributo, negócio jurídico formal, estruturado dentro da realidade contábil da empresa AGRYPEC, o contribuinte, na realidade, confessa que embolsou os recursos advindos das empresas do grupo NUFARM, no valor proporcional de participação no capital da empresa AGRYPEC, e que o recebimento de dividendos e de devolução de capital das empresas AGRYPEC e DELPHIA é uma operação formal, dentro da realidade contábil, que de fato não aconteceu;

- que, desta forma, tendo o sócio da AGRYPEC, Jorge Alberto, recebido o valor de R\$ 196.657.559,35 diretamente das empresas do grupo NUFARM, e aumentado o seu patrimônio no valor de R\$ 394.573.490,36, há de se perscrutar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda e o surgimento da obrigação tributária, nos termos da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN);

- que a argumentação do impugnante é de que o fato ocorrido foi uma reestruturação da empresa, um planejamento societário como criação de dois grupos de

empresas, AGRIPEC e DELPHIA, não cabendo falar-se em descompasso de vontades, o que não lhe retira seu componente de legalidade. Acrescenta, ainda, que essa prática nasceu da conveniência de se montar um planejamento tributário que daria uma lícita economia tributária;

- que o que se extrai da exposição doutrinária é que a liberdade de agir ou não agir acompanha a pessoa na condução de seus atos, até incorrer ou deixar de incorrer nas situações legalmente definidas como hipóteses de incidência de tributos, contudo, a expressão “planejamento tributário” deve designar tão-somente a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma lícita economia de tributos, seja evitando a incidência destes, seja reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal sobre as operações;

- que, assim, dos exemplos, percebe-se que, no planejamento tributário, um pressuposto contribuinte, dentre dois caminhos possíveis a seguir, escolhe um determinado e assume como decorrência inelutável dessa atitude, a sua inteira submissão às consequências que esse ato escolhido vier a acarretar sobre sua vida privada. Decerto que pode haver tentativa de economizar tributo com conteúdo ilícito, por esse motivo, somente quando constituído os atos jurídicos pretendidos pelo sujeito passivo, ou verificada sua omissão na constituição dos fatos, pelos meios competentes, é que poderá o Fisco controlar a operação para verificar sua legítima economia de tributos, ou, se ocorreu alguma forma de ilicitude;

- que é preciso, acima de tudo, para que se caracterize o “planejamento tributário”, que o contribuinte trabalhe com fatos reais, e não produza mera construção artificial de fatos, que não saia do papel, ou saia do papel em realidade distinta daquela com que se apresenta aos olhos de terceiros;

- que, dessa forma, a simulação poderá ser definida como a declaração de vontade irreal, emitida conscientemente, mediante acordo entre as partes, objetivando a aparência de um negócio jurídico que não existe ou que, se existe, é distinto daquele que efetivamente se realizou, com o objetivo de enganar terceiros. No ato simulado ocorre a divergência entre a declaração externalizada, pelo sujeito ou sujeitos, que pretendem seja visível em relação ao Fisco, e a vontade ou declaração interna, que pretendem seja a vigente entre elas, declaração essa necessária para que tenha eficácia a real intenção das partes, escondida por trás da declaração aparente. No processo de simulação há uma deformação da declaração de vontade das partes, conscientemente desejada, com o objetivo de induzir terceiros (inclusive o Fisco) ao erro ou engano;

- que, didaticamente, pode-se distinguir a simulação em duas espécies, uma é a denominada absoluta, quando as partes praticam de forma ostensiva um ato, mas não pretendem, no íntimo, realizar qualquer negócio. O intuito é tão-somente o de enganar terceiros, pois as partes não pretendem, de fato, realizar qualquer negócio e, por conseguinte, não esperam qualquer resultado do ato simulado que executaram. Verifica-se, então, uma aparência de negócio, a um negócio sem conteúdo e inexistente quanto a seus efeitos. Neste caso, podemos citar como exemplo o caso da venda simulada de bens para fraudar credores, pois o intuito não é o de alienar bens, mas apenas subtrai-lo à eventual execução, não havendo entre as partes a intenção de qualquer negócio alternativo que o simulado pretendesse encobrir;

- que a segunda espécie é a simulação relativa, caracterizada quando as partes desejam negócio distinto do pactuado e aparente, quando o sujeito é diverso daquele que integra a relação jurídica aparente ou ainda quando há falsidade em qualquer outro elemento da relação jurídica. Nesta espécie, tem-se como exemplo típico o da venda de um bem para ocultar doação, sendo esta tributariamente mais onerosa do que aquela. Nesses casos, verifica-se um negócio verdadeiro, mas dissimulado, que se concretiza através de um negócio aparente dito simulado, conforme Antonio Roberto Sampaio Dória (*in* Elisão e evasão fiscal, São Paulo,

Bushatsky, 1977, p.65). Constata-se, por vezes, a existência de dois contratos na simulação relativa, o contrato que se simula, destinado regra geral a fugir à aplicação da lei, e o contrato de fato realizado, que consubstancia o negócio escondido pela simulação;

- que ficou plenamente configurado que as partes combinaram o valor que seria integralizado na AGRIPEC pela BRAMANS segundo o que poderia ser recebido pelos sócios sem a incidência de IMPOSTO DE RENDA. A intenção evidente da manobra era ‘casar’ o valor que entraria via integralização de capital na AGRIPEC com o valor que essa mesma AGRIPEC poderia creditar aos acionistas veteranos via distribuição de dividendos. Eis aqui a segunda razão porque os R\$ 320 milhões ‘investidos’ pela BRAMANS na AGRIPEC foram divididos em duas partes, uma de R\$ 156 milhões e outra de 163 milhões;

- que a BRAMANS ‘investiu’ na DELPHIA somente para deixar ali R\$ 163.322.316,39 e sair com 26,72% da AGRIPEC. JORGE ALBERTO e CARLOS ALBERTO usaram a DELPHIA como empresa-veículo: passaram para ela 754.052 ações da AGRIPEC e ela (a DELPHIA) passou as ações para a BRAMANS. Oportunamente, no decorrer de 2005, os recursos deixados na DELPHIA foram retirados por JORGE ALBERTO e CARLOS ALBERTO da forma desejada pelos vendedores: SEM IMPOSTO DE RENDA;

- que a AGRIPEC avaliou o seu preço em R\$ 863 milhões; a NUFARM avaliou o preço da AGRIPEC em R\$ 720 milhões; a NUFARM afirma que pagou 120 milhões de dólares por 49,90% da AGRIPEC;

- que, assim é que os atos legais praticados foram incapazes de esconder que as empresas assumidas pelas partes em São Paulo eram inapelavelmente fictícias, ‘só no papel’; foram constituídas sem nenhum propósito além da execução de uma parte do roteiro previamente elaborado – SOMENTE COM O FIM FISCAL;

- que as duas empresas criadas, uma pelo lado dos vendedores, DELPHIA, e outra pelo lado dos compradores, BRAMANS, foram criadas com a atividade de HOLDING DE INSTITUIÇÕES NÃO-FINANCEIRA, conforme o cadastro no CNPJ;

- que nenhuma das duas tinha em vista adquirir e controlar outros empreendimentos, fazendo uma espécie conglomerado de empresas, como é o papel das holdings;

- quando intimada a apresentar a relação das participações societárias adquiridas como investimento em empresas no Brasil ou no exterior, a DELPHIA informou apenas as ações da AGRIPEC que lhe foram transmitidas em pagamento de ações emitidas pela própria DELPHIA;

- que a DELPHIA em vez de adquirir participações em outros negócios, outras empresas ‘investiram’ na DELPHIA. Assim foi que a BRAMANS e a AGP ‘investiram’ na ‘holding’ DELPHIA, ou seja, a DELPHIA foi mais ‘investida’ do que ‘investidora’;

- que a situação da BRAMANS não foi diferente; essa empresa ‘viveu’ apenas 1 mês e meio. Recebeu R\$ 320 milhões de capital dos empresários australianos no dia 31 de janeiro de 2005, investiu todo esse valor na AGRIPEC e na DELPHIA no mesmo dia 31 de janeiro de 2005, retirou-se da DELPHIA 1 mês depois deixando todo o capital ‘investido’ (R\$ 163 milhões) em troca de ações da AGRIPEC e, em seguida, apenas 15 dias depois, foi extinta por incorporação à própria empresa ‘investida’, a AGRIPEC;

- que, com efeito, criar empresa holding, 'investir' R\$ 320 milhões em duas empresas, sair de uma das 'investidas' 1 mês depois recebendo ações da outra 'investida' em troca do capital 'investido' e ser extinta por incorporação pela própria 'investida' daí a 15 dias, tudo isso para chegar ao mesmo lugar que chegaria se o negócio fosse feito diretamente com a AGRIPPEC, não seria executado pela NUFARM sem outra intenção que não contribuir para dissimular a alienação que JORGE ALBERTO e CARLOS ALBERTO fizeram;

- quando à intimação para também apresentar a relação das participações societárias adquiridas como investimento em empresas no Brasil ou no exterior, a BRAMANS informou à Receita Federal apenas os 'investimentos' na AGRIPPEC e na DELPHIA;

- que fato da maior importância no esclarecimento do caráter postivo da BRAMANS e da DELPHIA é o quadro de empregados de ambas. A BRAMANS, a despeito do imenso cabedal financeiro, nasceu e morreu sem empregados, enquanto a DELPHIA, outra 'gigante' das participações, nasceu e operou todos os 'investimentos' na AGRIPPEC sem contratar um único colaborador, admitindo 5 empregados apenas em novembro de 2007;

- que não há como afastar a conclusão de que a BRAMANS e a DELPHIA foram constituídas para um fim diferente do que quiseram fazer crer os constituintes dessas duas empresas. Empresa holding que não investe, que não dirige, que não têm empregados, é empresa holding de ficção, é empresa que cumpre um papel segundo um script previamente traçado;

- que, na impugnação, o contribuinte argumentou que em não se aceitando a ilegalidade do procedimento fiscal que desconsiderou um negócio jurídico lícito, sem ter competência, há de se atentar para a isenção no caso de alienação de ação subscrita a mais de cinco anos, nos termos do DL nº. 1.510, de 1976, e o direito adquirido após a revogação da isenção pela Lei nº. 7.713, de 1988;

- que apesar desse argumento vir acompanhado de julgados do Superior Tribunal de Justiça e de julgados do Conselho de Contribuintes, temos que discordar da impugnação;

- que o que se discute é qual a legislação aplicável ao caso, se a revogada, considerando-se, nessa hipótese, que o contribuinte adquiriu o direito à não incidência após cinco anos de posse da participação societária; ou a lei vigente na data da alienação, considerando, portanto, que o fato de haver completado os cinco anos da propriedade da participação, antes da revogação do dispositivo que previa a isenção, não preserva o direito ao benefício fiscal;

- que se trata neste caso de regimes jurídicos distintos e, como é cediço, não há direito adquirido a regimes jurídicos. Até a edição da Lei nº. 7.713, de 1988 vigia um regime jurídico que contemplava essa hipótese de isenção, mas com a Lei nº. 7.713, de 1988, inaugurou-se um outro regime. E é este último que se aplica aos fatos ocorridos a partir de sua vigência;

- que o fato gerador do Imposto de Renda sobre ganho de capital só ocorre no momento da alienação e, quando esta ocorreu (31/01/2005) a Lei nº. 7.713, de 1988 já estava em vigor;

- que se diz adquirido o direito que já se incorporou ao patrimônio do respectivo titular, mas cujo exercício se efetuará no futuro. Vale dizer, o direito é adquirido quando ocorre o fato ou são cumpridas as condições a que ordenamento jurídico atribui como

consequência a criação desse direito, mas cujo exercício pode-se dar em época futura. Dessa forma, a superveniência de lei que altere esse ordenamento, se por um lado impede que outras pessoas adquiram direito semelhantes, por outro, não interferem no exercício do direito que já se havia incorporado ao patrimônio do titular. Tal proteção ao direito adquirido é determinada constitucionalmente (art. 5º, XXXVI);

- que o princípio básico do regime intertemporal relativo às isenções é o que foi descrito acima. Ou seja, a isenção prevalece se prevista na lei vigente na época do acontecimento do fato tido como isento. Daí dizer que a lei isentiva, por princípio, não gera qualquer direito adquirido em prol do contribuinte. A isenção é usufruída enquanto vigente a lei concessiva. Isso se dá exatamente pelo fato de se tratar de faculdades (de não pagamento) que são geradas na medida em que ocorrem os fatos isentos, regidas pela lei da época desses fatos, e que são prontamente exercidas, não havendo que se falar em direito adquirido para exercício futuro. Revogada a lei isentiva, o tributo volta a ser exigível em relação aos fatos ocorridos posteriormente à revogação. O princípio geral é, pois, o da revogabilidade;

- que o poder de isentar é inerente ao poder de tributar e pautado em discricionariedade semelhante. Respeitados os princípios constitucionais, a lei é livre para conceder isenções a bem do interesse público. Tal valoração, como dito, está sujeita apenas aos princípios constitucionais, agindo o legislador ordinário dentro de evidente margem. Assim sendo, o legislador, avaliando que a isenção não mais se adequa ao interesse público, pode revogá-la, determinando a exigência tributária a partir de então. Ou seja, a geração presente, em princípio, não pode condenar as futuras a se vincularem indefinidamente à isenção;

- que se pode dizer que, diante da alternatividade prevista no caput do art. 43 do CTN – segundo o qual o fato gerador por ser a aquisição jurídica ou econômica da renda – o legislador ordinário, quanto às pessoas físicas, estabelece que a incidência do imposto dá-se, apenas, na aquisição econômica do rendimento. No nosso caso específico, o fato gerador ocorre na alienação. Repare-se que a pessoa física não está sujeita a uma apuração periódica (mensal ou anual) do lucro advindo da valorização de seu patrimônio. Em outras palavras, a incidência do imposto de renda da pessoa física orienta-se pelo regime de caixa e não pelo de competência. Está sujeita à incidência do imposto, apenas, no momento da alienação do bem ou direito, momento esse da concreção do fato gerador;

- que, sendo assim, a não-incidência argüida pelo contribuinte não está acobertada pelo sistema usual, eis que, no momento da venda das ações (31/01/2005), não mais estava em vigor a norma desoneradora. Ou, em outras palavras, no momento da ocorrência do fato em exame, a lei o tipificava como fato gerador de obrigação tributária;

- que não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório, dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei. Além do mais, o princípio que norteia a imputação desta penalidade constitui-se em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias;

- que discutível seria o caso se estivéssemos diante de uma operação isolada, envolvendo valor de pequena monta; neste caso, poder-se-ia concluir pela ocorrência de um erro eventual, de ordem meramente material, passível de tributação sem a caracterização de qualquer intuito fraudulento. Mas não é o caso, posto que, como dito antes, o contribuinte deixou de oferecer à tributação ganho de capital através de uma operação de simulação relativa nociva à Fazenda Pública, estando caracterizada a fraude;

- que, para o caso, os juros de mora foram calculados de acordo com o § 3º do artigo 61 da Lei nº. 9.430, de 1996, legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, conforme demonstrativo anexo ao Auto de Infração. De acordo com o retrocitado dispositivo legal, os tributos e as contribuições sociais, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos dos juros de mora, incidentes a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e de 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;

- que, por outro lado, o art. 161, § 1º, do CTN faz ressalva expressa: “*Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.*” No presente caso, existe uma lei determinando um cálculo para os juros de mora que podem ser superiores ou inferiores a 1% ao mês. E não é possível limitar a aplicação do art. 61, §3º, da Lei no 9.430/96 face ao art. 161, §1º, do CTN sem adentrar no controle de constitucionalidade, visto que é princípio assente na doutrina pátria que os órgãos administrativos não podem negar aplicação a leis regularmente emanadas do Poder competente, que gozam de presunção natural de constitucionalidade, presunção esta só elidida pelo Poder Judiciário.

As ementas que consubstanciam a presente decisão são as seguintes:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF*

*Data do fato gerador: 31/01/2005*

*GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS.*

*Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, doação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.*

*Para efeito de apuração do ganho de capital é suficiente a ocorrência do fato gerador, ou seja, a alienação do bem, materializada pelo efetivo recebimento do preço da operação e pela variação patrimonial ocorrida pela aquisição de novos bens com o produto da alienação, tudo devidamente demonstrado com fatos e documentos.*

*SIMULAÇÃO RELATIVA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ILÍCITO. EVASÃO FISCAL.*

*A simulação se caracteriza pela divergência entre o ato aparente, realização formal, e o ato que se quer materializar, oculto. Assim, na simulação, os atos exteriorizados são sempre desejados pelas partes, mas apenas formalmente, pois materialmente o ato praticado é outro. Para que não se configure simulação é necessário que as partes queiram praticar esses atos não apenas formalmente, mas também materialmente.*

*Na operação de alienação de ações, o sócio incorre na prática de simulação relativa, ato tido como nulo pelo Código Civil e ato típico de evasão fiscal e de lançamento de Imposto de Renda sobre ganho de capital pelo Código Tributário Nacional, ao utilizar a situação financeira da empresa da qual detinha as ações, devidamente demonstrada na contabilidade, para criar uma operação de investimento e recebimento de dividendos, no valor da alienação das ações, através de atos societários e fatos contábeis, montados em seqüência, com a finalidade única de ocultar o fato real de alienação de ações, fato gerador do ganho de capital.*

*No âmbito do direito tributário, o negócio jurídico formal, mesmo que devidamente estruturado com base na lei das sociedades por ações, não pode prevalecer se não representar o fato real ocorrido, quando esse fato real é tipificado como fato gerador do imposto de renda, devidamente comprovado pela inconsistência dos atos societários e dos fatos contábeis.*

**PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 116 DO CTN. LEI COMPLEMENTAR Nº. 104, DE 2001. NORMA ANTIELISÃO.**

*Estando comprovada a ocorrência do fato gerador, alienações de ações, e se verificando que o contribuinte usou de negócio jurídico simulado, usando a empresa da qual vendeu ações e exteriorizando operação de investimento, feito pela empresa adquirente das ações, e recebimento de dividendos, por parte do vendedor, prejudicando a fisco, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, amparado no inciso VII do artigo 149 do CTN, deve constituir o crédito tributário tendo por objeto o ato dissimulado, uma vez que o ato simulado é nulo, nos termos do Código Civil, subsistindo o ato dissimulado.*

**SIMULAÇÃO. EVASÃO. GANHO DE CAPITAL.**

*A realização de operações simuladas, com o objetivo de elidir o surgimento da obrigação tributária principal ou de gerar maiores vantagens fiscais, não inibe a aplicação de preceitos específicos da legislação de regência, bastando que, pela finalidade do ato ou negócio, sejam obtidos rendimentos ou ganhos de capital submetidos à incidência do imposto de renda, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda.*

**SIMULAÇÃO. EVASÃO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQÜÊNCIA.**

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

**LIBERDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO.**

*A liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação de negócio, sob o argumento de exercício do planejamento tributário.*

**PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO LÍCITO. ELISÃO.**

*No planejamento tributário lícito, também conceituado como elisão, evita-se a ocorrência do fato gerador sem afrontar a lei tributária. Nesse procedimento utiliza-se das regras legais como motivação para se evitar a ocorrência do fato gerador, realizando-se atos verdadeiros em consonância com a vontade entre as partes.*

*Planejamento tributário deve designar tão-somente a técnica de organização preventiva de negócios, visando a uma lícita economia de tributos, seja evitando a incidência destes, seja reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal sobre as operações.*

**ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ISENÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.510, de 1976. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO PELA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.**

*A alienação de participação societária adquirida sob a égide do artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, após decorridos cinco anos da aquisição, não garante o direito à isenção, que pode ser modificada ou revogada, por lei, aplicando-se a lei vigente na data da alienação, quando ocorre o fato gerador da obrigação tributária.*

**SIMULAÇÃO. FRAUDE. EVASÃO FISCAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ILÍCITO. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.**

*Constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada, conforme o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996.*

**MULTA DE OFÍCIO. NÃO CARÁTER CONFISCATÓRIO.**

*A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.*

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC.**

*A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Selic, decorre de expressa disposição legal.*

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Data do fato gerador: 31/01/2005*

**PEDIDO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE.**

*Presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de realização de perícia.*

*A realização de perícias e diligências tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide, não podendo ser utilizada para a produção de provas que o impugnante deveria trazer à colação junto com a impugnação.*

#### **VERDADE MATERIAL. MEIOS DE PROVAS.**

*Por se tratar de a simulação de divergência entre realidade e subjetividade, é difícil, quando não impossível, comprová-la diretamente, pelo que se admite que seja provada por todos os meios admitidos em Direito, inclusive indícios e presunções.*

#### **EXAME DA ILEGALIDADE E DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.**

*Não compete à autoridade administrativa o exame da legalidade/constitucionalidade das leis, porque prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.*

#### **DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.**

*As decisões judiciais, à exceção das proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.*

#### **DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.**

*As decisões administrativas não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.*

#### **Impugnação Improcedente**

#### **Crédito Tributário Mantido**

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 23/08/2010, conforme Termo constante às fls. 1001/1003, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (22/09/2010), o recurso voluntário de fls. 1004/1114, no qual demonstra irresignação parcial contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que , na impugnação, em face das variáveis patrimoniais envolvidas no lançamento de ofício, cujo valor cobrado ao contribuinte se um autêntico absurdo, a defesa postulou a realização de perícia contábil, a teor do artigo 17 do decreto nº 70.235, de 1972 e suas alterações posteriores, tendo indicado como perito o Sr. Pedro Coelho Neto, contador – CRC/CE nº 3.172;

- que foram formulados cinco quesitos básicos, tendo o recorrente protestado pelo direito de apresentar, após o deferimento do pedido, novas questões complementares, de modo a aclarar dúvidas quanto à lisura dos atos negociais realizados;

- que, entretanto, o i. Relator do voto aprovado indeferiu o pedido do contribuinte, por considerá-lo “desnecessário”, sob a desculpa de que existiriam, nos autos, elementos suficientes à formação da convicção dos julgadores de Primeira Instância;

- que o principal argumento do Relator é de que “não há motivação para se deferir perícia, pois as respostas aos quesitos podem ser deduzidas do Termo de Verificação Fiscal e dos documentos de instrução do Auto de Infração”;

- que o relator e os demais membros da Turma da DRJ sequer admitem ouvir uma opinião imparcial e técnica a respeito das particularidades empresariais e contábeis das operações realizadas, o que denota terem os julgadores uma posição pré-definida de manter, de qualquer jeito, a autuação contra o recorrente, em nítida postura que implica ofensa ao princípio do contraditório deste último.

É o relatório.

Processo nº 10380.723303/2009-77  
Acórdão n.º **2202-01.216**

**S2-C2T2**  
Fl. 15

---

## Voto

Conselheiro Nelson Mallmann, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da análise preliminar da matéria, verifica-se que a autoridade lançadora entendeu haver ganhos de capital na alienação de participações societárias.

Inconformado, em virtude de não ter logrado êxito na instância inicial, o contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho de Contribuintes pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, argúi, preliminarmente, nulidades da decisão de Primeira Instância e do Auto de Infração amparado na tese de ofensas aos princípios constitucionais e normas legais constituídas e, no mérito, ataca a tributação de ganhos de capital na alienação de participações societárias, amparado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o autor do procedimento fiscal desconsiderou o negócio jurídico de investimento entre a empresa AGRÍPEC e as empresas do grupo NUFARM, rejeitando os atos societários e as operações contábeis da empresa AGRÍPEC e da empresa DELPHIA;

- que os atos societários e os fatos contábeis retratam os fatos acontecidos e foram realizados de conformidade com a Lei nº 6.404, de 1976, estando devidamente escriturados;

- que planejamento tributário pode ser utilizado pelas empresas sem infringir a legislação tributária. Para o caso houve opção pelo ato de emissão de novas ações e subscrição por parte da empresa investidora. A empresa AGRÍPEC teve que se reestruturar, tendo em vista a intenção de investimento estrangeiro por parte das empresas do grupo NUFARM;

- que nessa reestruturação teve que substituir os sócios, Jorge Alberto, Carlos Alberto e AGP construções, pela empresa DELPHIA, constituída pelos sócios da AGRÍPEC com as ações que possuíam na AGRÍPEC. A empresa BRAMANS foi criada para receber os recursos das empresas do grupo NUFARM. A empresa BRAMANS utilizou o recurso advindo das empresas do grupo NUFARM para subscrever novas ações criadas pelas empresas AGRÍPEC e DELPHIA. Tudo feito dentro do contexto de elisão, planejamento tributário lícito;

- que o autor do procedimento fiscal não poderia lançar mão do dispositivo legal contido no parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), tido como dispositivo antielísivo. O dispositivo antielísivo criado pela Lei Complementar nº 104, de 2001, não tem eficácia, pois não foi ainda regulamentado por lei ordinária;

- que conforme o Balanço Patrimonial e o Resultado Financeiro do exercício financeiro encerrado em 31/12/2004, a empresa AGRYPEC tinha disponibilidade financeira para pagamento de dividendos no valor de R\$ 156.114.183,61, no mês de janeiro de 2005, pelo valor da conta de Lucro Líquido e de Lucros Acumulados. Os dividendos foram apurados conforme a Lei nº 6.404, de 1976. Os dividendos não sofreram tributação pelo fato de haver isenção conforme a legislação tributária (artigo 2º da Lei nº 9.249, de 1995);

- que em 31 de janeiro de 2005, a empresa AGRYPEC emitiu 654.152 novas ações que foram subscritas pela empresa BRAMANS pelo valor total de R\$ 156.114.183,61;

- que a empresa DELPHIA (criada no mês de agosto de 2004, capital integralizado com transferência de ações da AGRYPEC), tinha, em junho de 2005, disponibilidade financeira para pagamento de dividendos e para devolução de capital, no valor total de R\$ 163.322.316,39, pelo valor da conta de Lucro Líquido, apurado pela equivalência patrimonial relativamente ao resultado do primeiro semestre da empresa AGRYPEC, pelo aumento de capital com reservas de capital, originada de parte da subscrição de ações pela empresa BRAMANS, e pela redução de capital;

- que em 31 de janeiro de 2005, a empresa DELPHIA emitiu 753.798 novas ações que foram subscritas pela empresa BRAMANS pelo valor total de R\$ 163.322.316,39;

- que a empresa BRAMANS, criada no mês de junho de 2004, foi capitalizada, em 31 de janeiro de 2005, pelas empresas NUFARM AUSTRÁLIA LIMITED e NUFARM NEW ZEALAND LIMITED, através de subscrição de 320.656.996 ações pelo valor total de R\$ 320.656.996,00, equivalente a US\$ 120.000.000,00, valor que justifica a subscrição das novas ações emitidas pela AGRYPEC, no valor de R\$ 156.114.183,61, e das novas ações emitidas pela DELPHIA, no valor de R\$ 163.322.316,39;

- que os atos e fatos contábeis das empresas AGRYPEC, DELPHIA, BRAMANS e NUFARM relacionados à subscrição de novas ações emitidas pelas empresas AGRYPEC e DELPHIA representam uma realidade de investimento, subscrição de novas ações por parte da empresa NUFARM, não havendo simulação. A empresa AGRYPEC foi reestruturada para recebimento do investimento estrangeiro por parte do grupo empresarial NUFARM;

- que o valor da suposta alienação, idealizada pela fiscalização, corresponde a rendimentos de dividendos e lucros acumulados, pagos pela empresa AGRYPEC, e dividendos e redução de capital com devolução para os sócios, pagos pela empresa DELPHIA;

- que essa realidade está demonstrada através dos balanços patrimoniais e do resultado do período das empresas AGRYPEC e DELPHIA, que mostram a disponibilidade de pagamento de dividendos e de devolução de ações para os sócios, pela redução de capital conforme a legislação societária;

- que a identidade de valor entre o valor do investimento e o valor dos dividendos e da devolução de capital, pela redução de capital, foi estabelecida por estratégia, por conta do planejamento tributário lícito;

- que o contribuinte informou na Declaração de Ajuste Anual os dividendos a devolução de capital recebidos por conta do resultado do exercício das empresas AGRYPEC e DELPHIA, justificando a variação patrimonial;

- que o contribuinte quando da transferência de suas ações da empresa AGRIPPEC para a empresa DELPHIA, que se tornou sócia da empresa AGRIPPEC, atualizou o valor das ações, apurou o ganho de capital e recolheu o imposto de renda, no valor de R\$ 678.588,25;

- que a variação patrimonial ocorrida na Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 2006, ano-calendário 2005, pode ser justificada pelos rendimentos tributáveis, pelos rendimentos isentos (dividendos e devolução de capital) e pelos rendimentos de tributação exclusiva na fonte;

- que em janeiro de 2005, não houve alienação de ações como quer fazer crer o autor do procedimento fiscal (49,9% pelo valor de R\$ 319.436.500,00). Os registros contábeis, tanto os relativos à empresa AGRIPPEC como os relativos à empresa DELPHIA, demonstram emissão de novas ações subscritas com recursos das empresas do grupo NUFARM através da empresa BRAMANS, e pagamento de dividendos justificado pelo resultado da empresa AGRIPPEC;

- que todos os valores recebidos pelo sócio Jorge Alberto são decorrentes de dividendos e de devolução de capital, logo não poderá haver incidência tributária;

- que não houve simulação, pois os atos e fatos contábeis retratam uma só realidade que consistiu na criação de empresas, BRAMANS e DELPHIA, para reestruturação da empresa AGRIPPEC que receberia como sócia as empresas do grupo NUFARM, com 49,9% das ações;

- que o método adotado pelos sócios da empresa AGRIPPEC para receber como sócia as empresas do grupo NUFARM, enquadra-se como um planejamento tributário lícito (elisão), enquadrando-se como negócio indireto;

- que a fiscalização ignorou por completo o princípio do livre arbítrio assegurado pela Constituição Federal quanto à organização econômica dos cidadãos e das empresas e a juridicidade do negócio realizado;

- que inexistência de norma antielisão ou de qualquer outra fundamentação legal que conceda competência às autoridades fazendárias para desconsiderar negócios jurídicos realizados em consonância com as leis, se esses forem contrários aos interesses do fisco;

- que não houve evasão fiscal, mas um planejamento tributário legal, elisão;

- que a simulação adotada pela fiscalização não se enquadra no conceito de simulação, evasão fiscal, à luz dos conceitos prescritos no antigo código civil e na Lei nº 10.406, de 2002, novo código civil. As transações realizadas pelas partes não escondem qualquer negócio jurídico proibido por lei;

- que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 150, I, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, “instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”;

- que direito adquirido. Isenção do ganho de capital na alienação de ações que as ações alienadas tiverem sido subscritas a mais de cinco anos, nos termos do Decreto-lei nº 1.510, de 1976. Direito adquirido quando da revogação da isenção pela Lei 7.713, de 1988 (inciso “d” do artigo 4º do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, foi revogado pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988);

- que confisco quanto ao lançamento da Multa de Ofício no percentual de 150%;
- que ilegalidade na utilização da taxa selic como juros de mora;
- que necessidade de perícia para confirmar a legalidade dos atos societários relacionados ao investimento no valor de R\$ 319.436.500,00.

Da análise das teses defendidas pelo suplicante se encontra a discussão sobre a isenção do ganho de capital na alienação de ações que tiverem sido subscritas a mais de cinco anos, nos termos do Decreto-lei nº 1.510, de 1976. Ou seja, a conquista do direito adquirido quando da revogação da isenção pela Lei nº 7.713, de 1988 (inciso “d” do artigo 4º do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, foi revogado pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988).

Assim, diante da constatação deste fato prejudicial, neste lançamento tributário, deixo de analisar as demais questões, em razão do aproveitamento do mérito, e restrinjo a discussão tão somente para o direito adquirido aplicado em matéria tributária.

A tese defendida pelo suplicante gira em torno do fato que entende que a apuração do ganho de capital efetuado pela fiscalização é indevida, porque as ações alienadas escapam do pagamento do imposto sobre o ganho de capital, na forma do artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, por haver direito adquirido, materializado pela aquisição das ações há mais de cinco anos, completados na vigência do referido Decreto-Lei e que tal direito não pode ser atingido pela revogação ultimada pela Lei nº 7.713, de 1988.

De fato, já faz muito tempo que a jurisprudência deste Tribunal Administrativo tem-se inclinado pela não-incidência de imposto nas alienações de quaisquer participações societárias depois de ter decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação, previsto no artigo 4º, letra “d” do Decreto-Lei nº 1.510, 1976, foi literalmente revogada pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

A regra insculpida no artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976 estabelecia isenção do imposto de renda sobre lucro auferido por pessoa física pela venda de ações se a alienação ocorrer após cinco anos da subscrição ou da aquisição da participação societária.

A isenção sobre o ganho de capital na alienação das participações societárias havidas há mais de cinco anos foi eliminada com a revogação expressa do artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº 1.510, de 1976, ultimada pelo artigo 58 da Lei nº 7.713, de 1988. Assim, nas alienações efetuadas a partir do ano-calendário de 1989, o entendimento da Administração Tributária é que o ganho de capital deve ser tributado independentemente da data de aquisição das referidas participações societárias.

Por outro lado, tanto a jurisprudência administrativa como a judicial entende de modo contrário. Ou seja, que em 31/12/1988 a condição para incidência da norma de isenção já estava consumada pela propriedade das quotas ou ações pelo prazo ininterrupto de cinco(cinco) anos e que a revogação do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976 ultimada pela Lei nº 7.713, de 1988 não poderia afastar a isenção já cristalizada, pois a condição para a sua existência foi cumprida antes da revogação do dispositivo que a instituiu. Vale dizer, que reconhecem o direito adquirido em matéria tributária.

Extraio alguns julgados que prontamente ilustram essa premissa:

*GANHO DE CAPITAL - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – DIREITO ADQUIRIDO - A tributação sobre ganhos de capital prevista na Lei nº 7.713, art. 3º, par. 3º não alcança as situações já definidas na vigência do Decreto Lei nº 1.510/76, art. 4º, letra “d”, sob pena de afronta ao Direito Adquirido. (1º CC - Quarta Câmara - Acórdão 104-16.545, de 19 de agosto de 1998).*

*AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI Nº. 1510, DE 1976 - ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO - DIREITO ADQUIRIDO - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO - A alienação de participação societária adquirida sob a égide do art. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, após decorridos cinco anos da aquisição, não constitui operação tributável, ainda que realizada sob a vigência de nova lei revogadora do benefício, tendo em vista o direito adquirido, constitucionalmente previsto. Implementada a condição antes da revogação da lei que concedia o benefício, os pagamentos porventura efetuados são indevidos, portanto passíveis de restituição. ( 1º CC – Quarta Câmara - Acórdão nº. 104-21.519 - Sessão de 26 de abril de 2006).*

*ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - DISSOLUÇÃO PARCIAL E RETIRADA DE SÓCIO POR DECISÃO JUDICIAL - A dissolução parcial de empresa com a conseqüente retirada de sócio por decisão judicial exarada na vigência do Decreto-lei nº. 1.510, de 1976, não enseja a incidência de Imposto de Renda sobre eventual ganho de capital, quando decorridos mais de cinco anos da aquisição da participação societária. Recurso provido. (1º CC – 4ª Câmara - Acórdão nº. 104-21.952 - Sessão de 18 de outubro de 2006).*

*IMPOSTO SOBRE GANHO DE CAPITAL - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - ISENÇÃO - Participações societárias com mais de cinco anos sob a titularidade de uma mesma pessoa, completados até 31.12.88, trazem a marca de bens exonerados do pagamento do imposto sobre ganho de capital, na forma do art. 4º letra d, do DL 1.510/76, sendo irrelevante que a alienação tenha ocorrido já na vigência da Lei nº. 7.713/88. IRPF - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - DIREITO ADQUIRIDO - DECRETO-LEI 1.510/76 - Não incide imposto de renda na alienação de participações societárias integrantes do patrimônio do contribuinte há mais de cinco anos, nos termos do art. 4º, alínea d, do Decreto-lei 1.510/76 a época da publicação da Lei de nº. 7.713, em decorrência do direito adquirido. Recurso provido. (Primeiro Conselho, Segunda Câmara, Recurso Voluntário nº 158.393, Acórdão nº 102-49.306, , julgado em 08/10/2008)*

*IMPOSTO SOBRE GANHO DE CAPITAL - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - ISENÇÃO - Participações societárias com mais de cinco anos sob a titularidade de uma mesma pessoa, completados até 31.12.88, trazem a marca de bens exonerados do pagamento do imposto sobre ganho de capital, na forma do art. 4º letra d, do DL 1.510/76, sendo irrelevante que a alienação tenha ocorrido já na vigência da Lei nº. 7.713/88.*

*IRPF - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - DIREITO ADQUIRIDO - DECRETO-LEI 1.510/76 - Não incide imposto de renda na alienação de participações societárias integrantes do patrimônio do contribuinte há mais de cinco anos, nos termos do art. 4º, alínea d, do Decreto-lei 1.510/76 a época da publicação da Lei de nº. 7.713, em decorrência do direito adquirido.*

*DISPONIBILIDADE ECONÔMICA. De ser afastada a alegação de que parte dos valores foram recebidos e posteriormente depositados em conta especial, sem permitir ao contribuinte a disponibilidade econômica e jurídica sobre o valor tributado, já que a estipulação efetuada entre as partes, comprador e vendedor das ações, não modificou a natureza da forma de pagamento.*

*Recurso provido.*

*(Primeiro Conselho, Segunda Câmara, Recurso Voluntário nº 158.393, Acórdão nº 102-49.306, Relatora Conselheira Vanessa Pereira Rodrigues, julgado em 08/10/2008)*

*IMPOSTO SOBRE GANHO DE CAPITAL – PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - ISENÇÃO - Participações societárias com mais de cinco anos sob a titularidade de uma mesma pessoa, completados até 31.12.88, trazem a marca de bens exonerados do pagamento de imposto sobre o ganho de capital, na forma do art. 4º, letra d, do DL. 1.510/76, sendo irrelevante que a alienação tenha ocorrido já na vigência da Lei nº 7.713/88. (1º CC - Sexta Câmara - Acórdão 106-11.429, Sessão de 15 de agosto de 2000 - D.O.U. 07/02/2001)*

*IRPF – PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – DIREITO ADQUIRIDO – DECRETO-LEI 1.510/76 – Não incide imposto de renda na alienação de participações societárias integrantes do patrimônio do contribuinte há mais de cinco anos, nos termos do art. 4º, alínea d, do Decreto-Lei 1.510/76 a época da publicação da Lei de nº 7.713, em decorrência do direito adquirido. Recurso especial do procurador negado. (CSRF, Quarta Turma, Recurso nº 102-134.080, Acórdão CSRF/04-00.215, julgado em 14/03/2006).*

*IRPF - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - DIREITO ADQUIRIDO - DECRETO-LEI Nº 1.510/76. Não incide imposto de renda quando da alienação de participações societárias adquiridas há mais de cinco anos contados do início de vigência da Lei nº 7.713/88, nos termos do artigo 4º, alínea “d”, do Decreto-lei nº 1.510/76, em razão do direito adquirido. Recurso especial do procurador negado. (CSRF – Acórdão nº 9202-00.1027- 2ª Turma – Sessão de 18 de agosto de 2009).*

*GANHO DE CAPITAL. DECRETO-LEI 1.510, DE 1976. PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. DIREITO ADQUIRIDO. Em decorrência da existência do direito adquirido, não incide imposto de renda na alienação de participações societárias integrantes do patrimônio do contribuinte há mais de cinco anos, nos termos do art. 4º, alínea d, do Decreto-lei 1.510, de 1976, à*

*época da publicação da Lei de nº. 7.713, de 1988. Recurso especial do procurador negado. (CSRF – Acórdão nº 9202-00.247- 2ª Turma – Sessão de 22 de setembro de 2009).*

*ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - AQUISIÇÃO SOBRE OS EFEITOS DA HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTOS NO ART. 4º, ALÍNEA “d” DO DECRETO-LEI 1.510/76 - DIREITO ADQUIRIDO A ALIENAÇÃO SEM TRIBUTAÇÃO MESMO NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ESTABELECENDO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA (LEI 7.713/88). Se a pessoa física titular da participação societária, sob a égide do art. 4º, “d”, do Decreto-Lei 1.510/76, subsequente ao período de 5 (cinco) anos da aquisição da participação, alienou-a, ainda que legislação posterior ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos tenha transformado a hipótese de não incidência em hipótese de incidência, não torna aquela alienação tributável, prevalecendo, sob o manto constitucional do direito adquirido o regime tributário completado na vigência da legislação anterior que afastava qualquer hipótese de tributação. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF - Primeira Turma - Acórdão CSRF/01-03.266 em 20/03/2001 - Publicado no D.O.U em 02/10/2001).*

*IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. DIREITO ADQUIRIDO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.*

*A manutenção da participação societária da empresa pelo período de 05 (cinco) no decorrer da vigência do Decreto-Lei nº 1.510/76, importa na não incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido a partir da alienação de aludido direito, nos termos do artigo 4º, alínea “d”, daquele Diploma Legal ainda que o ato negocial tenha ocorrido posteriormente à revogação de referida benesse fiscal, em face do direito adquirido pelo contribuinte no período sob a égide do precitado comando legal. (Câmara Superior de Recursos Fiscais – 2ª Turma – Acórdão 9202-00.882, de 11 de maio de 2010)*

*PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - AQUISIÇÃO SOBRE OS EFEITOS DA HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTOS NO ART. 4º, ALÍNEA “D” DO DECRETO-LEI Nº 1.510, DE 1976 - DIREITO ADQUIRIDO A ALIENAÇÃO SEM TRIBUTAÇÃO MESMO NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ESTABELECENDO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA (LEI Nº 7.713, DE 1988) - Se a pessoa física titular da participação societária, sob a égide do artigo 4º, “d”, do Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, subsequente ao período de 5 (cinco) anos da aquisição da participação, alienou-a, ainda que legislação posterior ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos tenha transformado a hipótese de não incidência em hipótese de incidência, não torna aquela alienação tributável, prevalecendo, sob o manto constitucional do direito adquirido o regime tributário completado na vigência da legislação anterior que afastava qualquer hipótese de tributação (2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção do CARF – Acórdão 2202-00.604, de 17/06/2010).*

*RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO DECORRENTE DE ALIENAÇÃO DE AÇÕES SOCIETÁRIAS. ISENÇÃO CONCEDIDA PELO DECRETO-LEI Nº 1.510/76, REVOGADA PELA LEI Nº 7.713/88. HIPÓTESE DE ISENÇÃO ONEROSA CUJA CONDIÇÃO FOI IMPLEMENTADA ANTES DO ADVENTO DA LEI REVOGADORA. ARTIGO 178 DO CTN. SUMULA 544/STF. NULIDADE TOTAL DO LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia acerca do reconhecimento de direito adquirido sobre isenção de imposto de renda sobre lucro auferido na alienação de ações societárias, isenção esta instituída pelo Decreto-Lei nº 1.510/76 e revogada pela Lei nº 7.713/88, tendo em vista que a venda das ações ocorreu em 1991, após a revogação.*

*Implementada a condição pelo contribuinte antes mesmo da norma ser revogada, ainda que a alienação tenha ocorrido na vigência da lei revogadora, há que se manter a norma isentiva. Incidência do enunciado da Súmula 544/STF.*

*O fato de o Fisco tributar os lucros auferidos pela alienação das ações albergadas pela isenção, juntamente com outras tributáveis, por si só, possui a virtude de comprometer todo o lançamento e afasta a possibilidade de nulidade parcial, relativamente a parcelas identificáveis e destacáveis do débito.*

*Reconhecida a isenção do imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de ações societárias e a necessidade de se anular o lançamento fiscal, resta prejudicada análise do questionamento relativo à forma de apuração dos valores lançados. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma - Acórdão 2005/0020914-5 - RESP 723508/RS, Sessão de 15 de março de 2005)*

Como se vê, a isenção é uma das espécies de exclusão do crédito tributário, em que o contribuinte tem excluída sua obrigação de pagar o imposto, por ato legal. A isenção não deve ser confundida com a imunidade, pois esta última é disciplinada na Constituição Federal e a isenção pela legislação tributária, não sendo definida, pois está vinculada a uma condição, podendo ser revogada a qualquer tempo. Na isenção, o imposto incide, mas não pode ser aplicado enquanto durar a condição e o contribuinte não se exime do cumprimento da obrigação acessória.

Já faz tempo que estou filiado ao entendimento firmado neste Tribunal Administrativo, no sentido de que não é possível se negar, que na hipótese dos autos está inserida no conceito de isenção onerosa ou condicionada, a ensejar a aplicação da regra contida no artigo 178 do Código Tributário Nacional, uma vez que o Decreto-Lei concedeu a isenção do Imposto de Renda se o contribuinte cumprisse um determinado requisito, que era o de não transferir as suas ações pelo prazo de cinco anos contados da sua aquisição ou subscrição.

No Direito Tributário, um aspecto da maior relevância que deve ser salientado neste passo é que, enquanto cabe ao poder legislativo, dentro da sua competência constitucional, escolher e descrever “as hipóteses de incidência” do imposto, também como um princípio fundamental da liberdade, cabe ao contribuinte a faculdade de realizar ou não o fato ou situação. Porém se este realiza a situação, incide compulsoriamente na obrigação legal.

Para o nascimento da obrigação tributária não basta só a descrição pela lei da “hipótese de incidência”, mas é preciso que alguém pratique ou realize em concreto o fato ou situação que se encaixe perfeitamente na forma ou hipótese de incidência que previamente a lei modelou ou instituiu. Somente depois que alguém realize o fato ou situação enquadrada na hipótese é que pode nascer à obrigação. O fato para ser gerador jurídico-tributário precisa ser um casamento ou adequação entre a hipótese de incidência descrita na lei, com a situação realizada concretamente pela pessoa e só então produz o efeito jurídico ou consequência.

Assim, cumprida a condição pelo contribuinte antes mesmo da norma ser revogada, ainda que a alienação tenha ocorrido na vigência da lei revogadora, necessário se faz a manutenção da norma de isenção.

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer como isento do imposto de renda o ganho de capital apurado na transferência da participação societária questionada no presente processo.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann

**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS  
SEGUNDA CÂMARA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº. 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do **Acórdão nº 2202-01.216**

Brasília/DF, 16 de junho de 2011

(Assinado digitalmente)  
Nelson Mallmann  
Presidente da 2ª Turma Ordinária  
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

(.....) Apenas com ciência

(.....) Com Recurso Especial

(.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Procurador (a) da Fazenda Nacional