



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

Processo nº 10880.725865/2017-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.754 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de novembro de 2018
Matéria Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF
Recorrente ALÍPIO JOSÉ GUSMÃO DOS SANTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 19/06/2012

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário - conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal - se este se pautar pela legalidade, com o afastamento de abuso de direito em relação aos atos e negócios praticados.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. SIMULAÇÃO.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovado o abuso de direito, visto que, por trás da verdade declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de reorganização societária, existia uma única intenção, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CAUÇÃO. GARANTIA. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Não se considera como custo de aquisição os valores depositados em conta caução, destinados a cobrir garantias estabelecidas em contrato de compra e venda.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A prática da simulação com o propósito de dissimular - intuito doloso - no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto, caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o crédito tributário relativo às parcelas depositadas em conta caução, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa e Virgílio Cansino Gil, que deram provimento integral ao recurso. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

(Assinado digitalmente)

João Bellini Júnior - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Maurício Vital, Alexandre Evaristo Pinto, Antonio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Reginaldo Paixão Emos, Marcelo Freitas de Souza Costa, Virgílio Cansino Gil (Suplente convocado) e João Bellini Júnior (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de julgar recurso voluntário (e-fls 1137/1168) interposto em face do Acórdão nº **09-64.691** (e-fls 1107/1128), exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora (MG) em sessão de julgamento realizada em 29 de setembro de 2017, que julgou improcedente a impugnação (e-fls 648/675) apresentada em face do Auto de Infração¹ por omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa de valores, acrescido de juros de mora e de multa de ofício qualificada (150% sobre o valor do imposto).

2. Faz-se a transcrição do inteiro teor do relatório² contido na decisão recorrida, como o mínimo necessário para se compreender o contexto fático da autuação e a controvérsia devolvida à apreciação do Colegiado.

¹ Termo de Verificação Fiscal (TVF) anexado às e-fls. 9/39.

² E-fls.1108/1116.

Para ALÍPIO JOSE GUSMAO DOS SANTOS, já qualificado nos autos, foi lavrado em 02/05/2017, pela DEMAC³/Belo Horizonte/MG, o Auto de Infração de fls. 2/8, que lhe exige o recolhimento de um crédito tributário no montante de **R\$ 63.516.299,85**, sendo R\$ 21.045.825,00 de imposto de renda pessoa física (código 2904), R\$ 10.901.737,35 de juros de mora calculados até maio/2017 e R\$ 31.568.737,50 de multa proporcional de 150% (passível de redução).

Decorreu o citado lançamento da ação fiscal levada a efeito junto ao contribuinte, relativamente ao ano-calendário de 2012, **exercício financeiro de 2013**, quando foi constatada a seguinte infração:

**GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS
INFRAÇÃO: OMISSÃO/APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE
AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES**

Esta infração se refere ao evento "Alienação de ações da CFF", conforme relatado no Termo de Verificação em Anexo

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
19/06/2012	313.583.978,17	150,00

Sobre o imposto decorrente dessa infração aplicou-se a multa de ofício qualificada (150%) e formalizou-se o processo administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais nº 10880.725867/2017-13, visto ter ficado demonstrada a ocorrência de fatos que configurariam, em tese, crime contra a Ordem Tributária, consoante definido pelo art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990.

Toda a auditoria está detalhada no Relatório Fiscal (ou Termo de Verificação Fiscal – TVF) de fls. 9/39, destacando-se o que segue:

... ..

2) Breve descrição do caso

O Sr. Alípio José Gusmão dos Santos (doravante denominado "ALÍPIO") era proprietário da empresa CFF PARTICIPAÇÕES LTDA (CFF), CNPJ 15.224.502/0001-73. A CFF, após um expressivo número de rearranjos societários, detinha 100% das ações da ABA PORTO PARTICIPAÇÕES S/A (ABAPORTO), CNPJ 15.255.561/0001-09. Esta, por sua vez, possuía a totalidade das quotas da TECONDI TERMINAL PARA CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA S/A (TECONDI), CNPJ 02.390.435/0001-15, TERMARES TERMINAIS MARÍTIMOS ESPECIALIZADOS LTDA (TERMARES), CNPJ 53.730.495/0001-70 e TERMLOG TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA (TERMLOG), CNPJ 13.969.897/0001-08. Estas três empresas juntas recebiam a denominação de COMPLEXO TECONDI.

Será demonstrado neste TVF que, valendo-se de planejamento tributário abusivo, a CFF foi utilizada no processo apenas com o objetivo de se majorar o custo de aquisição e, por conseguinte, reduzir a tributação referente ao ganho de capital na operação de alienação do COMPLEXO TECONDI para a ECOPORTO HOLDING S/A (ECOPORTO), CNPJ 10.940.722/0001-80.

... ..

6) Apuração do ganho de capital pelo contribuinte

³ Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Maiores Contribuintes.

Na DAA 2013/2012, ALÍPIO informa a alienação das quotas da CFF da seguinte forma:

- Quantidade de ações alienadas: 182.169.067
- Custo de aquisição médio unitário R\$ 1,00
- Custo total de aquisição: R\$ 182.169.067,00 (I)
- Valor de alienação: R\$ 372.179.145,86 (II)
- Ganho de Capital (II) – (I): R\$ 190.010.078,86 (III)
- Valor recebido em 2012: R\$ 339.406.396,73 (IV)
- Percentual para diferimento (III) / (II): 51,053392 (V)
- Ganho de Capital Proporcional em 2012 (V) x (IV):
173.278.478,19 (VI)
- Imposto devido em 2012 15% de (VI): 25.991.771,72
- Imposto pago em 2012: 25.991.771,72

Em resposta a intimação no curso deste procedimento fiscal, o contribuinte informou que a diferença de R\$ 7.941.339,24⁴ entre o valor total da venda estabelecida em contrato e aquele informado no demonstrativo de apuração de ganhos de capital refere-se ao pagamento de sua parte de comissão ao Banco Bradesco de Investimentos relativa à intermediação do negócio, como a seguir reproduzido:

... ..

7) Custo de Aquisição das ações CFF considerado pelo contribuinte

A precisa determinação do custo de aquisição das ações da CFF é peça fundamental deste trabalho e subsídio necessário para o estabelecimento do tributo devido pelo contribuinte. Assim, a maior parte dos questionamentos nas intimações efetuadas teve como objetivo a busca dos valores corretos, nas várias operações realizadas por ALÍPIO, utilizadas como formadores do custo de aquisição.

Para se chegar ao custo de aquisição das ações da CFF é imperioso examinar o histórico das quotas da ABAPORTO. No curso do procedimento fiscal, o contribuinte, após intimado a demonstrá-lo, apresentou respostas que podem ser consolidadas da seguinte forma:

Linha	Data	Ações Transacionadas - Quantidade	Ações Transacionadas - Valor (R\$)	Ações - Quantidade Acumulada	Ações - Valor Acumulado (R\$)	Ações - Valor Unitário (R\$)	Evento
1	30/09/2012	1	1,00	1	1,00	1,00	Compra de uma ação de FRANCISCO
2	23/04/2012	31.147.999	28.310.085,00	31.148.000	28.310.086,00	1,00	Exercício opção compra de ações de CÉSAR

Em relação a CFF, também consolidando as respostas encaminhadas por ALÍPIO, tem-se a seguinte situação:

⁴ Valor de alienação da totalidade das quotas da CFF para a ECOPORTO, no montante de R\$ 760.240.970,19. Parte atribuível a Alípio: R\$ 380.120.485,10.

Linha	Data	Ações Transacionadas - Quantidade	Ações Transacionadas - Valor (R\$)	Ações - Quantidade Acumulada	Ações - Valor Acumulado (R\$)	Ações - Valor Unitário (R\$)	Evento
1	14/05/2012	5.000	5.000,00	5.000	5.000,00	1,00	Aquisição de Ações de FRANCISCO e CÉSAR
2	14/05/2012	28.310.806	28.310.806,00	28.315.806	28.315.806,00	1,00	Ações recebidas mediante conferência de 31.148.000 ações da ABAPORTO
3	05/06/2012	153.853.261	153.853.261,00	182.169.067	182.169.067,00	1,00	Ações recebidas decorrente de incorporação de reserva de lucros

Note-se então que o valor registrado pelo contribuinte em sua DAA 2013/2012 é exatamente o informado em suas respostas ao longo deste procedimento fiscal, qual seja, R\$ 182.169.067,00.

Adiante, neste termo será demonstrado que este valor não corresponde àquele que deveria ter sido utilizado.

Mais ainda, será visto que o custo de aquisição correto é o da linha 2 do quadro acima, qual seja, R\$ 28.315.806,00.

8) Real propósito das transformações societárias

... ..

Valendo-me da analogia utilizada pelo renomado jurista⁵, o filme é claro, ALÍPIO e CÉSAR⁶, por vias indiretas, possuíam juntos 50% do COMPLEXO TECONDI. Desejavam, então, alienar suas participações à ECOPORTO. Por motivos já expostos e aceitos por este Auditor-Fiscal, tais ativos foram reunidos na ABAPORTO. A ECOPORTO então injetou dinheiro na empresa para que ela fizesse frente à aquisição dos 50% restantes em mãos de terceiros e na sequência adquiriu os 50% detidos por ALÍPIO e CÉSAR, por R\$ 760.240.970,19.

Esta é a operação do mundo real e assim deve ser tributada. Introduzir uma pessoa jurídica no negócio, com nenhum objetivo justificável, a não ser o da economia tributária é ato ilegal. Tenta-se valer de análises estanques do arcabouço legal, com o objetivo de se maquiar o fato gerador.

9) Fatos geradores identificados⁷

Conforme atestam as respostas do contribuinte e contratos examinados o valor da operação referente à alienação da totalidade das quotas da CFF foi de R\$ 760.240.970,19. Como ALÍPIO detinha 50% das quotas da CFF couberam-lhe R\$ 380.120.485,10.

O contribuinte pleiteia a dedução de R\$ 7.941.339,24 referentes à comissão paga ao Banco Bradesco BBI S/A pela intermediação no negócio, conforme extrato do contrato da operação:

⁵ Prof. Marco Aurélio Greco, em sua obra Planejamento Tributário, 3ª edição.

⁶ Carlos César Floriano, CPF 035.509.688-92, sócio de Alípio.

⁷ E-fls. 33.

... ..

Assiste razão ao contribuinte. Com efeito, a Instrução Normativa RFB nº 84 de 11 de outubro de 2001, assim dispõe:

... ..

Assim, efetuando-se este abatimento, o valor tributável é R\$ 372.149.185,86.

Conforme atesta o demonstrativo de apuração de ganhos de capital da DAA 2013/2012, bem como resposta encaminhada pelo contribuinte, o valor recebido por ele em 2012, por conta da alienação das ações da CFF, foi de R\$ 339.406.396,73.

Por fim, ALÍPIO informou ainda que a diferença entre o valor de alienação e o recebido é motivo de pendência judicial entre as partes.

O quadro a seguir resume toda a operação:

Valor da Alienação	380.120.485,10	(I)
Dedução corretagem	7.941.339,24	(II)
Valor tributável da Alienação (I - II)	372.179.145,86	(III)
Custo de aquisição correto (Total)	28.315.806,00	(IV)
Ganho de Capital – Base de Cálculo (III) – (IV)	343.863.339,86	(V)
Percentual para diferimento (V) / (III)	92,391888	(VI)
Valor recebido em 2012	339.406.396,73	(VII)
Ganho de Capital – Base de Cálculo (VI)*(VII)	313.583.978,17	(VIII)
Imposto pago em 2012	25.991.771,72	

10) Infrações apuradas⁸

10.1) Omissão/Apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa de valores

Conforme explicado de forma detalhada no tópico 9, o contribuinte não fez a devida apuração do ganho de capital em eventos no ano de 2012. O quadro a seguir consolida todas as informações anteriores:

Descrição	Data	Base de cálculo a tributar	Imposto Pago
Alienação de ações da CFF	19/06/2012	313.583.978,17	25.991.771,72

10.2) Multa qualificada

... ..

⁸ E-fls. 35.

Conforme fartamente demonstrado neste TVF, o planejamento tributário abusivo perpetrado pelo contribuinte, em conjunto a seu genro e sócio CÉSAR, procurou, indubitavelmente, modificar as características do fato gerador de modo a reduzir o montante do imposto devido.

Ao introduzir na operação de alienação do COMPLEXO TECONDI uma pessoa jurídica⁹ desnecessária ao negócio, verificou-se que o único propósito desejado foi criar uma situação que possibilitou o incremento do custo de aquisição.

Esta manobra foi feita de forma intencional buscando a redução tributária. Cada passo da operação foi meticulosamente planejado e implementado de forma a alcançar o objetivo almejado, conforme detalhadamente explicado nos passos 4 e 5.

... ..

11) Representação Fiscal para Fins Penais

Considerando a ocorrência de fatos que, em tese, configuram crime contra a ordem tributária, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, abaixo transcritos, formalizou-se, mediante protocolização de processo¹⁰ administrativo - que deverá seguir os trâmites do processo por meio do qual foi constituído o crédito tributário - a cabível representação fiscal para fins penais, nos moldes do Decreto nº 2.730/1998 e da Portaria RFB nº 2.439/2010 com as alterações dadas pela Portaria RFB nº 3.182/2011:

... ..

12) Encerramento

Diante dos fatos acima relatados foi lavrado Auto de Infração, do qual o presente Termo de Verificação Fiscal é parte integrante e indissociável, para constituição do crédito tributário devido, referente ao imposto de renda das pessoas físicas. Para surtir os efeitos legais, lavro o presente termo, em duas vias de igual teor e forma, com ciência ao sujeito passivo pela via postal.

[todos os destaques são do original]

Cientificado do lançamento o contribuinte, por intermédio de procuradores habilitados (doc. fl. 678), apresentou impugnação, às fls. 633/665, cujos termos, em apertada síntese, são os que seguem:

TEMPESTIVIDADE

... ..

REUNIÃO DO PROCESSO PARA JULGAMENTO CONJUNTO COM O PROCESSO Nº 10880.725954/2017-71

- A autuação aqui impugnada está amparada nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos que ensejaram a lavratura do auto de

⁹ CFF Participações.

¹⁰ Nº 10880.725867/2017-13.

infração em face de Carlos César Floriano e Luciana David Gusmão dos Santos Floriano (esta última na qualidade de responsável solidária), objeto do processo administrativo fiscal nº 10880.725954/2017-71.

- Diante disso, os fundamentos que serão apresentados na presente impugnação e os documentos aqui anexados são os mesmos que compõem a impugnação que, nesta data, é apresentada por Carlos César Floriano.
- Desta feita, a fim de evitar julgamentos conflitantes a respeito dos mesmos fatos e fundamentos de defesa, requer seja o presente processo reunido, para julgamento conjunto, ao processo administrativo fiscal nº 10880.725954/2017-71.

SÍNTESE DA AUTUAÇÃO

- A autuação decorre da venda, por ALÍPIO e por terceira pessoa (Sr. Carlos César Floriano, doravante apenas designado CÉSAR), de participações societárias de sua titularidade na holding company denominada CFF Participações Ltda (CFF PARTICIPAÇÕES).
- A Fiscalização considerou abusiva a inclusão da CFF PARTICIPAÇÕES no processo de alienação de investimentos por ALÍPIO E CÉSAR, pois, de acordo com a autoridade fiscal, a participação de tal empresa teria acarretado, de forma supostamente indevida, a majoração do correspondente custo de aquisição, o que ensejou, por consequência, a diminuição do ganho de capital oferecido à tributação por ALÍPIO.
- A questão aqui, portanto, está intrinsecamente relacionada a pretenso abuso de forma que teria ensejado a diminuição do imposto de renda sobre o ganho de capital que foi apurado e pago por ALÍPIO E CÉSAR na operação de alienação de seus investimentos.
- Todavia, ao contrário do que considerou a fiscalização, a participação da CFF PARTICIPAÇÕES foi provida do necessário propósito negocial. A bem da verdade, dificilmente teria sido realizada a venda em questão se não existisse a apontada holding, conforme será comprovado.

FATOS RELEVANTES PRECEDENTES

- Nesse item¹¹, (...), o impugnante descreve os atos praticados que desencadearam as reestruturações societárias que resultaram, ao final, na alienação dos investimentos por ALÍPIO E CÉSAR. Segundo o autuado, referida situação afasta uma das premissas consideradas no TVF, qual seja, a de que ALÍPIO E CÉSAR, desde o início, teriam a intenção de alienar suas participações (50%) no COMPLEXO TECNOLÓGICO À ECOPORTO.

OS FATOS RELACIONADOS ÀS MOVIMENTAÇÕES SOCIETÁRIAS

- Nesse item, (...), o contribuinte descreve por que foi necessário que as participações societárias tituladas por ALÍPIO E CÉSAR na

¹¹ Feita a leitura integral ao tempo da sessão de julgamento em primeira instância (29/09/2017).

ABA PORTO passassem a ser detidas por uma *holding*, no caso, a CFF PARTICIPAÇÕES.

- Esclarece que a situação por ele descrita é uma realidade que se observa em todas as empresas de grande porte que possuem relações societárias com partes não relacionadas. As diversas participações societárias são sempre mantidas, diretamente, por *holding*.
- Afirma que os “ *fatos relatados são absolutamente relevantes ao deslinde da controvérsia, porque, a partir deles, fica claro que a CFF PARTICIPAÇÕES NÃO foi constituída como mero veículo voltado à economia fiscal. Houve verdadeira e determinante motivação extratributária não só para a constituição da CFF PARTICIPAÇÕES como também para sua participação nos movimentos de reestruturação societária e a subsequente concretização do negócio com a ECOPORTO*”. [destaques do original]

O PROPÓSITO EXTRATRIBUTÁRIO, A SUBSTÂNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS E O REFLEXO DESSA CONSTATAÇÃO NO JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO

- À luz da evolução legislativa e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, constata-se uma definitiva mudança de visão a respeito da caracterização de abuso de forma em negócios jurídicos realizados com a precípua finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Na antiga visão adotada na análise de estruturas realizadas, privilegiava-se a forma sobre a substância. Na visão atual da jurisprudência do CARF, contudo, constata-se a busca da essência dos negócios jurídicos, do propósito negocial, a fim de julgar se a estrutura realizada e a respectiva economia fiscal gerada são lícitas.
- Ainda que as estruturas utilizadas possam gerar economia fiscal, elas não poderão ser consideradas abusivas se possuírem objetivo extratributário. Não há nenhuma ilicitude em se utilizar estruturas que gerem economia fiscal aos contribuintes. Justificada a estrutura dentro do contexto fático, isto é, existente a motivação extrafiscal para a utilização de determinada estrutura em negócio jurídico válido, não se pode concluir que a forma utilizada, ainda que tenha gerado um resultado fiscal mais favorável ao contribuinte, seja abusiva ou ilícita.
- São vários os exemplos de casos analisados pelo CARF (cujas ementas transcreve) em que houve o reconhecimento da legitimidade de operações realizadas com o resultado de economia fiscal e com o reconhecimento do respectivo propósito extratributário.
- O contribuinte, agindo sob motivação extratributária, pode usar estruturas válidas e previstas na legislação, obtendo, como consequência legítima desse procedimento, maior eficiência tributária.

- No presente caso, a partir dos fatos apresentados e devidamente comprovados, fica claro que a CFF PARTICIPAÇÕES não foi constituída nem recebeu, por via de aumento de seu capital, as quotas representativas do capital social da ABAPORTO com o mero objetivo de reduzir o ganho de capital de ALÍPIO E CÉSAR na operação de venda em foco.
- Ficou clara a motivação extratributária ao se incluir a CFF PARTICIPAÇÕES na estruturação societária legitimamente adotada e absolutamente necessária à concretização do negócio realizado entre ALÍPIO E CÉSAR, de um lado, e a ECOPORTO, de outro lado, e, nesse sentido, fica completamente afastada a premissa considerada pela Fiscalização no TVF que ensejou a lavratura do auto de infração aqui impugnado.
- A Fiscalização aponta que (i) “... o papel da CFF foi apenas permitir que, por meio do MEP, uma reserva de capital fosse transformada em reserva de lucros ...”; e (ii) “... Ao introduzir na operação de alienação do COMPLEXO TECONDI uma pessoa desnecessária ao negócio, verificou-se que o único propósito desejado foi criar uma situação que possibilitou o incremento do custo de aquisição ...” [destaques do original]
- A partir da demonstração da importância extratributária da CFF PARTICIPAÇÕES no contexto da negociação realizada com a ECOPORTO, considerando-se todos os fatos que foram narrados, fica clara a invalidade das premissas acima. A contextualização dos fatos evidencia que o movimento realizado por ALÍPIO E CÉSAR na CFF PARTICIPAÇÕES a partir da subscrição com ágio da participação da ECOPORTO na ABAPORTO – capitalização da reserva de lucros – foi absolutamente legítimo e amparado na legislação.
- O interessado transcreve o art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.249/95¹².
- O aumento do custo de aquisição do investimento de ALÍPIO E CÉSAR, em razão da capitalização da reserva de lucros ocorrida na CFF PARTICIPAÇÕES, decorre da lei. A movimentação societária realizada teve motivações verdadeiramente extratributárias, o que torna legítimo o incremento do custo de aquisição do investimento que foi realizado por ALÍPIO E CÉSAR.
- É irrelevante o período de tempo entre o ingresso da ECOPORTO na ABA PORTO e o posterior exercício da opção de compra, pela ECOPORTO, da participação que ALÍPIO E CÉSAR detinham na CFF PARTICIPAÇÕES, ao contrário do entendimento da Fiscalização.
- Resta muito claro, no caso presente, que a inserção da CFF PARTICIPAÇÕES na reestruturação do investimento então detido por ALÍPIO e CÉSAR foi devidamente motivada dentro de um legítimo contexto fático negocial. Consequentemente: (i) foi legítima e amparada na legislação a capitalização, por ALÍPIO e CÉSAR, da reserva de lucros contabilizada na CFF

¹² No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados, a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

PARTICIPAÇÕES em decorrência da avaliação do investimento na ABA PORTO pelo MEP no momento do ingresso da ECOPORTO na referida sociedade, o que elevou o custo da aquisição do investimento de ALÍPIO e de CÉSAR; e (ii) foi absolutamente correto o valor do custo de aquisição considerado por ALÍPIO na apuração do ganho de capital quando da alienação de sua participação na CFF PARTICIPAÇÕES à ECOPORTO.

FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO: NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA MULTA QUALIFICADA, POR ABSOLUTA AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL

- Ainda que fosse possível a manutenção do lançamento do valor principal, o que só admite por argumentação, a multa qualificada imposta jamais poderia subsistir.
- O CARF tem decidido que a imposição de multa qualificada depende, necessariamente, (i) da intenção do agente e (ii) da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Nesse sentido, transcreve algumas ementas de julgados daquele órgão colegiado.
- Considerando os elementos demonstrados com a presente impugnação, a conduta de ALÍPIO não pode ser classificada como sonegação, fraude ou conluio.

FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO: NECESSIDADE DE REVISÃO DA BASE TRIBUTÁRIA – PARTE DO VALOR DA ALIENAÇÃO É INCERTA

- Ainda que a autuação pudesse ser mantida, mera argumentação, parte do crédito lançado deverá ser desconstituída, na medida em que a Fiscalização considerou a integralidade do montante da operação, sem levar em conta que parcela desse valor ainda não foi recebida por ALÍPIO.
- Ao final do procedimento fiscalizatório, ALÍPIO recebeu intimação para (i) apresentar a relação dos pagamentos recebidos por ocasião da alienação da participação societária da CFF PARTICIPAÇÕES; (ii) explicar a diferença entre o somatório dos valores recebidos e o total da operação previsto em contrato e subsequentemente informado em Declaração de Ajuste Anual; e (iii) informar se ainda há valores pendentes de recebimento (doc. 21 - TIPF nº 13).
- Em resposta à referida intimação, ALÍPIO apresentou manifestação, acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios (doc. 22), que novamente se anexa com a presente impugnação, nos seguintes termos:
 - 1) ocorreram apenas dois recebimentos: (a) o primeiro deles no importe de R\$ 338.529.145,86, na data da celebração do CONTRATO DE COMPRA E VENDA (CCV) das quotas representativas do capital social, em 19/06/2012; e (b) o segundo deles no importe de R\$ 887.250,87, em agosto de 2012, por conta do estabelecido nas cláusulas 3.3 e 3.4, b, do CCV.

2) a diferença entre o valor recebido e os R\$ 380.120.485,10 indicados no CONTRATO DE COMPRA E VENDA das quotas da CFF PARTICIPAÇÕES LTDA é assim composta: (a) R\$ 7.941.339,24 são relativos à comissão paga ao BRADESCO já anteriormente noticiada por ALÍPIO e reportada à Fiscalização em resposta a uma das intimações; (b) os R\$ 31.150.000,00 remanescentes foram retidos pela Compradora para garantir o adimplemento de contingências. Referido valor nunca foi disponibilizado pela ECOPORTO a ALÍPIO, havendo litígio entre as partes a esse respeito, conforme detalhadamente relatado nas anexas notificações trocadas entre as partes. Se e quando houver o recebimento do referido montante pelo Fiscalizado, haverá o tempestivo recolhimento do imposto de renda.

- Se existe um valor (R\$ 31.150.000,00) incerto a ser ou não recebido por ALÍPIO em virtude da garantia ao adimplemento de contingências, resta evidenciado que tal quantia não pode ser computada no valor da alienação para fins de apuração do ganho de capital.
- Mesmo que ALÍPIO tenha, na apuração do ganho de capital no ano-calendário de 2012, indicado o valor da venda considerando o montante retido e garantido para o adimplemento de contingências, referido montante não pode ser considerado na autuação. Afinal, o erro cometido pelo contribuinte não justifica que a Fiscalização valha-se dele para, na autuação, refazer o cálculo do ganho, a partir do questionamento quanto ao custo de aquisição do direito alienado, considerando parcela que de fato só poderá fazer parte do preço de venda mediante evento futuro e incerto, que corresponde à liberação do valor dado em garantia ao adquirente quando da negociação realizada.
- Assim, ainda que pelos fundamentos expostos a autuação não pudesse ser integralmente desconstituída, mera argumentação, ao menos o valor do crédito deveria ser recalculado, considerando-se como valor da venda, não o montante de R\$ 380.120.485,10, mas, sim, a quantia de R\$ 348.970.485,10, que corresponde ao valor efetivamente recebido.

PEDIDO

- Diante do exposto, pede e espera ALÍPIO seja o auto de infração julgado totalmente improcedente.
- Se as autoridades julgadoras não afastarem integralmente a autuação, mera argumentação, requer-se ao menos sejam acolhidos os fundamentos subsidiários acima expostos.

fim da transcrição do relatório contido no Acórdão.

3. Ao julgar improcedente a impugnação, o acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Data do fato gerador: 19/06/2012

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. VALIDADE.

Só é considerado válido o planejamento tributário - conjunto de medidas e atos adotados pelo contribuinte na organização de sua vida econômico-fiscal - se este se pautar pela legalidade, com o afastamento de abuso de direito em relação aos atos e negócios praticados.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. SIMULAÇÃO.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovado o abuso de direito, visto que, por trás da verdade declarada, uma aparente reorganização societária representada por um conjunto de reorganização societária, existia uma única intenção, qual seja, a majoração artificial do custo das ações do acionista pessoa física e a obtenção de benefícios fiscais, que, de outra forma, não poderiam ser alcançados.

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A prática da simulação com o propósito de dissimular - intuito doloso - no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto, caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício.

4. Interposto o recurso voluntário (e-fls 1137/1168), a Recorrente deduz as mesmas alegações e pedidos feitos na impugnação, sendo necessário destacar o acréscimo contido na parte inicial das razões com o título "*Fator imprescindível a ser considerado no julgamento do presente recurso voluntário*" (e-fls. 1138/1140).

4.1. Faço a transcrição:

2. Tanto a autuação fiscal quanto a decisão recorrida analisaram, de forma isolada, a prévia capitalização da reserva de lucros ocorrida no âmbito da CFF Participações Ltda. —sociedade cuja venda gerou a autuação ora combatida—, e, por isso, acabou concluindo que tal capitalização teria, como único objetivo, majorar o custo de aquisição do investimento e reduzir o ganho de capital apurado.

3. Contudo, nenhum fato pode ser analisado de forma isolada, sob pena de não serem identificadas as verdadeiras razões que o ensejaram. No presente caso, todas as movimentações societárias havidas foram motivadas por razões extrafiscais, conforme será abaixo demonstrado.

4. Vale já destacar que, mesmo tendo realizado uma análise, com a devida vênia, limitada, as autoridades julgadoras reconheceram que:

(i) os movimentos societários ocorridos não foram realizados exclusivamente para reduzir o efeito fiscal do ganho de capital na venda de participação societária por ALÍPIO; e

(ii) é legítimo que as pessoas se utilizem de mecanismos lícitos que lhes garantam maior eficiência do ponto de vista da carga tributária, vale dizer, a menor onerosidade fiscal legalmente admitida, desde que eles sejam motivados não só visando à redução do custo fiscal, mas também por um fundamento extra tributário.

5. É o que está refletido nos seguintes trechos contidos no acórdão recorrido:

"...O próprio Impugnante admite em sua defesa que, além da conveniência operacional e negocial na situação sob exame, também havia conveniência do ponto de vista fiscal, ficando evidente que não só as vantagens operacionais e negociais eram almejadas pelos sócios. Assim, AINDA QUE NÃO EXCLUSIVAMENTE PARA ESSE FIM, a reestruturação foi, de fato, utilizada com o propósito de reduzir o ganho de capital dos sócios (entre eles o impugnante) na venda de suas participações societárias...." (fls. 1.119)

"...Com efeito, não se pode desconsiderar que pessoas físicas e jurídicas têm o direito de planejar suas operações dentro de parâmetros mais econômicos, buscando a redução de custos e a otimização de lucros.

No entanto, deve o planejamento tributário pautar-se pela legalidade, sendo defesa a utilização de artifícios fraudulentos, dolosos ou simulados com o propósito de reduzir ou excluir a incidência de tributos.

(...)

A economia de tributo, fruto de um planejamento tributário legalmente praticado, distingue-se da simulação, pois no planejamento os meios empregados devem ser lícitos...." (fls. 1.117/1.118)

6. Como visto, o próprio acórdão recorrido expressamente reconhece que, no caso, o que ele denomina reestruturação societária prévia à alienação do investimento por ALÍPIO não TEVE O FIM EXCLUSIVO de reduzir o impacto tributário resultante da alienação do investimento, de tal sorte que a(s) outra(s) finalidade(s) extrafiscais dessa reestruturação haverão de adequadamente ser consideradas no julgamento deste recurso.

7. Neste arrazoado, demonstrar-se-á que todas as providências adotadas foram indispensáveis dentro de todo contexto fático que culminou na alienação de investimento por Alípio, estando absolutamente correta a respectiva apuração do ganho de capital.

8. É possível afirmar que, sem que existisse a CFF Participações Ltda. -cuja venda das quotas deu origem à autuação combatida—, nem alípio nem seu então sócio conseguiriam ter solucionado o problema que foi criado por um terceiro e que, por certo, se não sanado rapidamente, teria acarretado a destruição do Complexo Tecondi.

5. Constatam nos autos o oferecimento de contrarrazões pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (e-fls 1171/1207).

6. Cumpre também noticiar a apresentação de memoriais pelo Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Sávio Nastureles

7. O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.
8. Com o exame acurado dos autos, pode-se verificar a coincidência de argumentos e pedidos apresentados no recurso voluntário e na peça impugnatória.
9. Percebe-se que o cerne da controvérsia a ser apreciada pelo Colegiado diz respeito aos efeitos tributários decorrentes da complexa situação fática relatada nos autos, referindo-nos às reorganizações societárias que redundaram na criação da CFF Participações no plano negocial.
10. A Recorrente, de um lado, centra a argumentação, preponderantemente, em razões extra-fiscais para adotar o planejamento tributário descrito nos autos, e sustenta a licitude do movimento realizado pelo Recorrente na CFF Participações, qual seja, a capitalização da reserva de lucros, por motivações que diz serem extratributárias.
11. Em nosso entendimento, porém, a análise acurada da complexa situação fática descrita nos autos, evidencia que esta se amolda à modalidade de planejamento por meio de "empresa veículo", com a inserção da empresa CFF Participações, utilizada, entre outros motivos, para majorar o custo de aquisição, de modo artificial, e com isso reduzir a tributação referente ao ganho de capital na operação de alienação do COMPLEXO TECONDI para a ECOPORTO.
12. E a formação de tal convicção, além dos elementos constantes nos autos, também está alicerçada em decisões deste CARF, inclusive em julgado proferido por este Colegiado, no enfrentamento de questões fáticas com relação de similaridade com o caso dos autos.

12.1. Cito os acórdãos:

- Acórdão nº **2301-005.261** (sessão de julgamento: 08/05/2018). Extrato da ementa:

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS SOCIETÁRIOS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO EM DESCOMPASSO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 10 DA LEI 9.249, de 1995 (ART. 135 DO RIR 99).

A capitalização de lucros societários, não tributados, sem substrato econômico e meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial em holdings puras, seguidas de correspondentes incorporações reversas, não se subsume ao parágrafo único do art. 10 da Lei 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR 99), para fins de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e conseqüente apuração de ganho de capital.

- Acórdão **2402-005.946** (sessão de julgamento: 08/08/2017). Extrato da ementa:

CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MÚLTIPLO PROVEITO DO MESMO LUCRO. OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS. MAJORAÇÃO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

É indevida a capitalização de lucros apurados na empresa investidora através do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), quando este mesmo lucro permanece inalterado na empresa investida, disponível nesta como lucros e/ou reservas de lucros tanto para que se efetuem capitalizações como para retiradas pelos sócios. Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização indevida de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a conseqüente tributação do novo ganho de capital apurado.

13. Formada a convicção quanto ao aspecto fático subjacente ao planejamento tributário, e diante da coincidência de argumentos entre as razões recursais e as constantes na impugnação, valendo-nos da prerrogativa conferida pelo artigo 57, § 3º do Regimento Interno do CARF, por concordar em parte com o teor da fundamentação, exceto na questão relativa montante depositado em conta-caução (item 14 *infra*), faz-se a transcrição de parte do voto contido na decisão de primeira instância, que ora adoto como razões de decidir.

APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES/QUOTAS NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES

Repisando a síntese feita pelo impugnante, a autuação em apreço decorreu da venda, por ALÍPIO (e Carlos César Floriano - CÉSAR), de participações societárias de sua titularidade na *holding company* denominada CFF Participações Ltda (CFF PARTICIPAÇÕES).

A Fiscalização considerou abusiva a inclusão da CFF PARTICIPAÇÕES no processo de alienação de investimentos por ALÍPIO E CÉSAR, pois, tal fato acarretou, de forma indevida, a majoração do correspondente custo de aquisição, o que ensejou, por conseqüência, a diminuição do ganho de capital oferecido à tributação por ALÍPIO.

Em outras palavras, segundo o autuante, valendo-se de planejamento tributário abusivo, a CFF PARTICIPAÇÕES foi utilizada no processo apenas com o objetivo de se majorar o custo de aquisição e, por conseguinte, reduzir a tributação referente ao ganho de capital na operação de alienação do COMPLEXO TECONDI para a ECOPORTO HOLDING S/A (ECOPORTO).

Conclui-se da extensa peça de defesa que o contribuinte admite ter feito reorganizações societárias que culminaram com a alienação, cujo ganho de capital por ele declarado foi questionado pela Fiscalização, haja vista a constatação pelo autuante de ter havido majoração no custo de aquisição. O contribuinte considerou como tal o valor de R\$ 182.169.067,00 ao passo que a autoridade fiscal demonstrou no TVF ser R\$ 28.315.806,00, em face do planejamento tributário abusivo praticado com vistas à alienação em comento.

O cerne da extensa peça de defesa pode ser sintetizado no seguinte excerto: *“Ainda que estruturas utilizadas possam gerar economia fiscal, elas não poderão ser consideradas abusivas se possuírem objetivo extratributário. Não há nenhuma ilicitude em se utilizar estruturas que gerem economia fiscal aos contribuintes. Justificada a estrutura dentro do contexto fático, isto é, existente a motivação extrafiscal para a utilização de determinada estrutura em negócio jurídico válido, não se pode concluir que a forma utilizada, ainda que tenha gerado um resultado fiscal mais favorável ao contribuinte, seja abusiva ou ilícita”*.

Com efeito, não se pode desconsiderar que as pessoas físicas e jurídicas têm o direito de planejar suas operações dentro de parâmetros mais econômicos, buscando a redução de custos e a otimização de lucros.

No entanto, deve o planejamento tributário pautar-se pela legalidade, sendo defesa a utilização de artifícios fraudulentos, dolosos ou simulados com o propósito de reduzir ou excluir a incidência de tributos.

Como ensina Marco Aurélio Greco, em Planejamento Tributário, 3ª edição, 2011, Dialética, págs. 212 e 213, deve existir sempre uma motivação extratributária:

Ou seja, sempre que o exercício da auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar, devendo aceitar os efeitos jurídicos dos negócios realizados.

Como se vê, o Fisco não pode interpretar os negócios privados como bem entender, apenas com o intuito de enquadrá-los na hipótese tributariamente mais onerosa. Não é isto que estou sustentando.

No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

(...)

Com a tese do abuso de direito aplicado no planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a inibir as práticas sem causa, que impliquem menor tributação.

Vê-se, pois, que, além de aferir a licitude dos negócios jurídicos, é preciso perquirir a racionalidade econômica do planejamento, o propósito negocial que deu causa às operações, pois o planejamento tributário não deve ser utilizado com intuito único ou principal de redução de tributos, sob risco de ser considerado como abuso de forma.

A economia de tributo, fruto de um planejamento tributário legalmente praticado, distingue-se da simulação, pois no planejamento os meios empregados

devem ser lícitos. O que se busca é uma forma alternativa com o fim de alcançar o mesmo resultado econômico ou equivalente, evitando a ocorrência do pressuposto de incidência tributária, com a adoção da forma jurídica real, ainda que alternativamente à mais onerosa, sempre havendo compatibilidade entre a forma adotada e o conteúdo econômico visado.

Ao contrário, na simulação haverá sempre um ilícito oculto. O fato gerador na verdade ocorre, mas é descaracterizado ou não é tipologicamente reconhecido em sua aparência como hipótese de incidência legal, sendo a forma mero pretexto para esconder o real objetivo das partes. Configura-se a simulação na medida em que a vontade manifestada formalmente pelo contribuinte nos negócios praticados não corresponde ao que se desejou de fato e o ato praticado na realidade é outro.

Tratam-se de atos ou negócios que, embora não proibidos, são praticados pelo contribuinte sem o propósito negocial, mediante a utilização de artifícios dolosos visando exclusivamente à diminuição da carga tributária.

É certo que ninguém é obrigado, na condução de seus negócios, a escolher os caminhos, os meios, as formas ou os instrumentos que resultem em maior ônus fiscal. Contudo, os limites da legalidade circundam o território dessa busca, de forma que a economia lícita de tributos baseia-se no pressuposto da adoção de formas alternativas ou indiretas que representem realmente o fenômeno econômico praticado.

No caso concreto a intenção do sujeito passivo que emerge dos autos era uma só: a reorganização societária visou apenas e tão somente majorar o custo de aquisição das ações e, via de consequência, reduzir o ganho de capital na venda realizada logo em seguida. Como resultado disso tudo, pagar menos imposto sobre o ganho de capital.

Os argumentos expendidos na defesa não possuem força suficiente para sustentar a licitude do planejamento tributário pretendido. 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.

Se o conjunto probatório evidencia que os atos formais praticados (integralização de capital social) divergiam da real intenção subjacente (venda de participações societárias), caracteriza-se a simulação, cujo elemento principal é a existência de objetivo diverso daquele configurado pelos atos praticados.

Observa-se que a Fiscalização não considerou irregulares as reestruturações societárias implementadas por ALÍPIO E CÉSAR. O que a autoridade fiscal não admitiu foi a majoração ilícita dos custos das ações alienadas e a consequente omissão de ganhos de capital.

O que se extrai do TVF é que a reestruturação efetuada para que a venda das ações fosse efetivada não é irregular, porém, que é ilícito valer-se das capitalizações de lucros de equivalência patrimonial, através do múltiplo proveito do mesmo lucro, para, indevidamente, majorar o custo das ações.

O próprio impugnante admite em sua defesa que, além da conveniência operacional e negocial na situação sob exame, também havia conveniência do ponto de vista fiscal, ficando evidente que não só as vantagens operacionais e negociais eram almejadas pelos sócios. Assim, ainda que não exclusivamente para este fim, a reestruturação foi, de fato, utilizada com o propósito de reduzir o ganho de capital dos sócios (entre eles o impugnante) na venda de suas participações societárias.

Uma das principais alegações do impugnante, no sentido de demonstrar que a majoração do custo das ações alienadas foi regular, reside na aplicação da norma contida no art. 10, da Lei nº 9.249/1995, cujo parágrafo único é a base legal do art. 135 do RIR/1999, a seguir transcrito:

Art. 135. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital ou incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista (Lei nº 9.249, de 1995, art.10, parágrafo único).

Segundo esse dispositivo legal, se houver aumento de capital social com a utilização de lucros ou reservas de lucros, o custo de aquisição das quotas ou ações da pessoa jurídica sofrerá o reflexo dessa operação, sendo, portanto, majorado. Contudo, o art. 135 do RIR/99 não ampara a forma como o contribuinte calculou o custo de aquisição das ações.

O art. 227, caput, da LSA, define o termo “incorporação” como sendo a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

A utilização do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), segundo o art. 248¹³, da Lei nº 6.404/1976 (LSA), é obrigatória no caso de investimentos considerados relevantes em sociedades controladas, como é o caso das empresas mencionadas no TVF.

Oportuno transcrever um trecho do TVF:

Em um movimento inusitado, mas com propósito claro a ser explicado mais à frente, ALÍPIO e CÉSAR inseriram outra empresa no cenário, no caso a CFF, empresa criada especificamente para este procedimento. ALÍPIO e CÉSAR subscreveram ações da CFF, valendo-se da totalidade de suas respectivas participações na ABAPORTO.

Neste ponto, então, ALÍPIO e CÉSAR eram donos, à razão de 50% cada, da CFF, que controlava 100% da ABAPORTO e, que por sua vez, era proprietária de 100% de cada uma das três empresas do COMPLEXO TECNODI.

No passo seguinte, a ECOPORTO subscreveu 41,29% das ações da ABAPORTO, pagando por elas aproximadamente R\$ 540 milhões. Note-se que o valor para o qual a ABAPORTO foi autorizada a emitir nota promissória, portanto se endividar, para adquirir a participação de terceiros no COMPLEXO TECNODI foi de valor próximo, R\$ 522 milhões.

O ato final foi, então, a alienação por ALÍPIO e CÉSAR da totalidade de suas quotas na CFF, detentoras dos 51,71 % restantes da ABAPORTO.

... ..

¹³ Com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.

Partamos do estágio imediatamente após a reunião da totalidade das participações acionárias na ABAPORTO. Qual seria a operação esperada, usual, natural neste momento? Obviamente, a venda por ALÍPIO a CÉSAR de suas ações da ABAPORTO para a ECOPORTO. O custo de aquisição de ALÍPIO no momento seria o valor que ele pagou a CÉSAR pelas ações da ABAPORTO, qual seja, cerca de R\$ 28 milhões de reais.

O objetivo do planejamento tributário abusivo estabelecido era inflar este valor, de modo a diminuir a base de cálculo para o imposto sobre o ganho de capital a ser apurado na operação.

A entrada da CFF é a peça chave da operação. A partir do momento em que a CFF detém a totalidade das ações da ABAPORTO, estabelece-se a relação de controle da primeira sobre a segunda, o que faz com que a participação acionária na ABAPORTO seja avaliada pelo método da equivalência patrimonial (MEP), conforme dispõe o artigo 248 da Lei 6.404 de 15/12/1976.

A utilização do método, no caso em tela, é bastante simples. Basta se aplicar o percentual de ações que se tem, aqui 100%, pelo valor do patrimônio líquido (PL) da controlada. Como em um primeiro momento o capital na ABAPORTO, que compunha a totalidade do PL, era de R\$ 62.296.000,00, este mesmo valor era o que deveria constar na contabilidade da CFF como correspondente ao valor de sua controlada.

A entrada na operação da ECOPORTO, em 29/05/2012, pagando R\$ 540.369.046,09 por 41,19% das ações da ABAPORTO teve reflexos contábeis relevantes. Foram registrados na contabilidade da ABAPORTO um incremento no capital social de R\$ 43.811.988,00, bem como uma reserva de capital, correspondente ao ágio pago, no valor de R\$ 496.557.058,09.

Em 31/05/2012, foram realizados balanços patrimoniais na controlada e controladora. Uma vez que o PL da ABAPORTO foi incrementado em relação ao capital social, bem como com a edição da reserva correspondente ao ÁGIO, efeito similar ocorreu na valoração do respectivo ativo na controladora CFF. A contabilidade desta é fechada mediante o registro da devida contrapartida, no caso, uma receita com equivalência patrimonial. Esta receita é transportada para o resultado do exercício, gerando lucro/reserva de lucros na empresa.

O passo a seguir é o que finaliza o processo. Vejamos o que dizia o artigo 10¹⁴ da Lei nº 9.249 de 26/12/1995, com a redação da época da operação em comento:

¹⁴ O parágrafo único é a base legal do art. 135 do RIR/1999.

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

A CFF então capitalizou o lucro/a reserva de lucro. Valendo-se da literalidade do dispositivo reproduzido, o contribuinte adiciona ao seu custo de aquisição a parcela que lhe cabe do lucro capitalizado. Com isto, elevou de cerca de R\$ 28 milhões para aproximadamente R\$ 182 milhões o seu custo de aquisição.

Sem a CFF na operação, com ALÍPIO e CÉSAR como sócios da ABAPORTO, quando da entrada da ECOPORTO na sociedade, o mesmo registro contábil relativo ao ágio seria feito. Entretanto, como a reserva de ágio é classificada como de capital, sua eventual incorporação ao capital social não traria o benefício de majoração do custo de aquisição, um vez que a lei prevê o incremento apenas diante da incorporação de lucro/reserva de lucros. E não poderia ser diferente, pois a previsão legal é apenas um atalho para que o acionista não tenha que receber eventual lucro para, aí sim, reinvesti-lo na empresa. Como, então, o objetivo da lei é evitar a bi-tributação dos lucros, obviamente o benefício fiscal de se contabilizar o custo de aquisição não pode ocorrer, em se tratando de capitalização de reservas de capital, pois estas correspondem a rendimentos da empresa que não passaram pelo resultado, ou seja, não tributados.

Percebe-se, então, claramente, que o papel da CFF foi apenas permitir que, por meio do MEP, uma reserva de capital fosse transformada em reserva de lucro.

... ..

Percebe-se, desde o início, o interesse do contribuinte em construir o melhor cenário possível do ponto de vista tributário para desencadear a alienação dos ativos referentes ao COMPLEXO TECONDI. Desnecessário dizer ser legítimo a qualquer um buscar tal situação. O que se mostra contrário à lei, e aqui é o caso, é quando esta construção altera ou distorce a situação fática.

A assunção do controle da ABAPORTO pelo ECOPORTO em dois passos, bem como a utilização da CFF na operação são exemplos contundentes disso.

Uma das características utilizadas em planejamentos tributários abusivos que se valem deste expediente é ter uma infinidade de operações estruturadas em sequência, todas elas em geral, perfeitamente legais. Quem se vale disto deseja que as operações

sejam apreciadas uma a uma, sem que se examine o contexto global do caso.

... ..

... ALÍPIO e CÉSAR, por vias indiretas, possuíam juntos 50% do COMPLEXO TECONDI. Desejavam, então, alienar suas participações à ECOPORTO. Por motivos já expostos e aceitos por este Auditor-Fiscal, tais ativos foram reunidos na ABAPORTO. A ECOPORTO, então, injetou dinheiro na empresa para que ela fizesse frente à aquisição dos 50% restantes em mãos de terceiros e na sequência adquiriu os 50% detidos por ALÍPIO e CÉSAR, por R\$ 760.240.970,19.

Esta é a operação do mundo real e assim deve ser tributada. Introduzir uma pessoa jurídica no negócio, com nenhum objetivo justificável, a não ser o da economia tributária é ato ilegal. Tenta-se valer de análises estanques do arcabouço legal com o objetivo de se maquiar o fato gerador.

A sequência de operações descritas no TVF e na impugnação demonstra que houve um aumento indevido do custo de aquisição das ações alienadas, em razão da capitalização dos mesmos lucros em duplicidade, o que fere a legislação e as regras e princípios contábeis.

Em que pese o esforço do peticionário em procurar demonstrar que houve a necessidade da participação da CFF na alienação em comento, na verdade não se vislumbra qualquer propósito negocial além da intenção de reduzir o pagamento do tributo, porquanto a conduta do autuado não pode ser tomada como planejamento tributário lícito, cabendo à autoridade fiscal a desconsideração das operações realizadas e a tributação do fato verdadeiramente ocorrido.

Dessa forma, em vista de todas as evidências detalhadamente descritas no TVF, obtidas através de documentos e esclarecimentos fornecidos tanto pelo interessado quanto coletados pela autoridade fiscal, esta procedeu à apuração do real custo de aquisição e, via de consequência, ao real ganho de capital proveniente da alienação das participações societárias já mencionadas.

Segundo o impugnante “*é irrelevante o período de tempo entre o ingresso da ECOPORTO na ABAPORTO e o posterior exercício da opção de compra, pela ECOPORTO, da participação que ALÍPIO E CÉSAR detinham na CFF PARTICIPAÇÕES, ao contrário do entendimento da Fiscalização*”. Quanto a isso, assim se manifestou a autoridade fiscal no TVF:

Entre a entrada efetiva da ECOPORTO na ABAPORTO, 29/05/2012, até a alienação das ações da CFF, 19/06/2016, passaram-se 21 dias. Seria durante este curtíssimo espaço de tempo, menos de um mês, que a ECOPORTO teria como sócios as pessoas físicas, e, portanto, estaria sujeita aos "riscos" sucessórios alegados.

O contribuinte poderia alegar que o prazo realmente foi curto, mas tão somente por escolha do adquirente, uma vez que a opção de compra pactuada previa a possibilidade que a aquisição se desse em até um ano e aí, então, os "riscos" estariam presentes.

Ora, acreditar que o adquirente efetivamente se decidiu pela aquisição dos ativos (e para fazer frente a tal, despende centenas de milhões de reais) em apenas 3 semanas é exercício de extrema boa vontade.

Tratou-se de negócio de expressiva monta, mais de um bilhão de reais, que envolveu pessoas jurídicas e pessoas físicas de grande porte, banco de renome no mercado, escritório de advocacia conceituado.

É cristalino que a operação estava absolutamente desenhada para ser realizada em dois passos, única e exclusivamente, para que fossem alcançados os benefícios tributários aqui já apresentados.

Não se trata aqui então de se dizer que o intervalo foi curto. É mais do que isso. O que se afirma, por tudo que já foi mostrado, é que este lapso temporal foi necessário apenas para se revestir a operação da natureza desejada. Não importa aqui se um dia ou um ano. O objetivo final era claro, inflar o custo de aquisição de ALÍPIO e CÉSAR para redução do valor do imposto sobre o ganho de capital. [destaquei]

Percebe-se, desde o início, o interesse do contribuinte em construir o melhor cenário possível do ponto de vista tributário para desencadear a alienação dos ativos referentes ao COMPLEXO TECONDI. Desnecessário dizer ser legítimo a qualquer um buscar tal situação. O que se mostra contrário à lei, e aqui é o caso, é quando esta construção altera ou distorce a situação fática.

A assunção do controle da ABAPORTO pela ECOPORTO em dois passos, bem como a utilização da CFF na operação são exemplos contundentes disto.

Uma das características utilizadas em planejamentos tributários abusivos que se valem deste expediente é ter uma infinidade de operações estruturadas em sequência, todas elas, em geral, perfeitamente legais. Quem se vale disto deseja que as operações sejam apreciadas uma a uma, sem que se examine o contexto global do caso.

Com efeito, não é crível que outra tenha sido a intenção do impugnante, conforme já mencionado à saciedade.

O requerente cita em seu socorro alguns julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Contudo, melhor se adequam à presente situação os Acórdãos a seguir mencionados que são, inclusive, mais recentes do que aqueles citados na peça de defesa:

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. HOLDINGS. CAPITALIZAÇÃO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO ARTIFICIAL DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. EXPURGOS DOS ACRÉSCIMOS INDEVIDOS.

Inaplicável a majoração do custo de aquisição de participação societária alienada por pessoa física, com fulcro no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995 (art. 135 do RIR/99), na hipótese de capitalização de lucros e reservas em "holdings" investidoras, os quais são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial, seguida de incorporação reversa e nova capitalização. As capitalizações indevidas devem ser expurgadas, considerando-se como ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação e o respectivo

custo de aquisição atribuído pela fiscalização. É válida a apuração do custo de aquisição das ações alienadas pela pessoa física com base na sua participação no acervo líquido da última "holding" incorporada, líquido dos dividendos distribuídos, conforme metodologia adotada pela autoridade lançadora. (Ac. CARF 2401-004.608 – 4ª Câmara – 1ª Turma Ordinária – Sessão de 08/02/2017)

OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. DUPLICIDADE DE CAPITALIZAÇÃO DE LUCROS E RESERVAS.

Constatada a majoração artificial do custo de aquisição da participação societária alienada, mediante a capitalização de lucros e reservas oriundos de ganhos avaliados por equivalência patrimonial nas sociedades investidoras, seguida de incorporação reversa e nova capitalização, em inobservância da correta interpretação a ser conferida ao art. 135 do Decreto nº 3.000, de 1999, devem ser expurgados os acréscimos indevidos com a consequente tributação do novo ganho de capital apurado. (Ac. CSRF¹⁵ 9202-005.240 – 2ª Turma – Sessão de 22/02/2017)

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. LUCROS ORIGINÁRIOS DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM HOLDINGS. INCORPORAÇÃO REVERSA. AUMENTO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

O fato de cada uma das transações dentro do grupo societário, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando restar comprovado que o aumento do custo das ações de acionistas pessoas físicas se deu através de planejamento tributário que capitalizou dividendos em duplicidade, pois são meros reflexos da aplicação do método de equivalência patrimonial nas holdings, seguida de correspondentes incorporações reversas, com o fim de majoração do custo da aquisição de ações a serem alienadas e consequente apuração de ganho de capital, por configurar conduta abusiva e dissociada dos fins visados pela legislação pertinente. (Ac. CARF 2301-004.480 – 3ª Câmara – 1ª Turma Ordinária – Sessão de 15/02/2016)

GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO.

No que diz respeito à venda de dois imóveis por meio de empresa da qual a impugnante é sócia, não há impedimento legal para que ela organize o seu patrimônio da forma que melhor lhe convier, desde que não ultrapasse os limites estabelecidos em lei. A holding familiar tem por finalidade a proteção do patrimônio não se prestando como empresa de “passagem” ou “veículo”, constituindo prova da artificialidade para reduzir o imposto referente ao ganho de capital devido pela pessoa física. Demonstrado que os atos negociais praticados ocorreram em sentido contrário ao contido na norma jurídica, com o intuito de se eximir ou reduzir da incidência do tributo, cabível a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado. (Ac. CARF 2301-004.530 – 3ª Câmara – 1ª Turma Ordinária – Sessão de 19/02/2016)

¹⁵ Câmara Superior de Recursos Fiscais

Por todo o exposto, comungo com o entendimento do autuante devidamente explicitado no TVF, por seus corretos fundamentos, pelo que deverá ser mantido o lançamento a título de *“Ganhos de capital na alienação de bens e direitos – Omissão/Apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em Bolsa de Valores”*.

NECESSIDADE DE REVISÃO DA BASE TRIBUTÁRIA – PARTE DO VALOR DA
ALIENAÇÃO É INCERTA

...

Já a comissão de R\$ 7.941.339,24 paga ao BRADESCO foi devidamente considerada pela autoridade fiscal nos cálculos por ela efetuados ao apurar a omissão de ganhos de capital, conforme já noticiado.

NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA MULTA QUALIFICADA

Afirmou o impugnante que o CARF tem decidido que “a imposição de multa qualificada depende, necessariamente, (i) da intenção do agente e (ii) da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Nesse sentido, transcreve algumas ementas de julgados daquele órgão colegiado”. No dizer do requerente, os elementos demonstrados com a presente impugnação levam à conclusão que a sua conduta não pode ser classificada como sonegação, fraude ou conluio, razão pela qual não procede a multa qualificada aplicada.

Resumindo, o contribuinte contestou a aplicação da multa qualificada sob o argumento de que não houve qualquer ato simulado nas reestruturações societárias já mencionadas, tendo estas sido motivadas por objetivos negociais legítimos.

Ocorre que os fatos narrados no TVF demonstram inequivocamente a consciência do contribuinte quanto à forma em que o custo de suas ações foi majorado. Em que pesem seus argumentos descreverem que a conduta teria como base uma suposta autorização legal para a majoração, é evidente o seu conhecimento de que o custo de aquisição das ações, de R\$ 182.169.067,00, que apurou para fins de cálculo do ganho de capital, foi consideravelmente superior àquele efetivamente despendido, R\$ 28.315.806,00, conforme já analisado.

Tentou o contribuinte extrair da reestruturação societária efeitos tributários que a esta não são inerentes, majorando, com as sucessivas capitalizações indevidas de lucros, o custo das suas ações e, conseqüentemente, reduzindo o valor do imposto de renda incidente sobre o ganho da capital.

Não se trata a majoração indevida do custo das ações de uma mera interpretação inadequada do art. 135 do RIR/1999. O que se extrai dos fatos ocorridos é a clara intenção de majorar o custo das ações com capitalizações indevidas de lucros.

A norma legal que determina a aplicação da multa de ofício nos casos em que restar evidenciado o intuito de fraude/simulação/conluio é o artigo 44, I, §1º, da Lei 9.430, de 1996, transcrito abaixo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, 2007)

... ..

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Já os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 1964, assim definem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Como se percebe, nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a multa de 75%, excetuando-se a comprovação do intuito fraudulento, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%.

A fraude fiscal pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária. Nesses casos, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, onde se utilizando subterfúgios escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

O conceito de dolo encontra-se no inciso I¹⁶ do art. 18 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, que dispõe ser o **crime doloso aquele em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**. A doutrina decompõe, ainda, o dolo em dois elementos: o cognitivo, que é o conhecimento do agente do ato ilícito; e o volitivo, que é a vontade de atingir determinado resultado ou em assumir o risco de produzi-lo.

No caso em apreço, como já se viu, ficou configurada a simulação, caracterizada por um conjunto de atos formais e sucessivos que, apesar de individualmente aparentarem legalidade, não representam a real intenção das partes,

¹⁶ Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984.

para os quais não se vislumbra sequer uma motivação senão a de se eximir do pagamento do imposto devido.

Assim, pela sua própria definição, a simulação sempre decorre de conduta fraudulenta, já que sempre é resultado de vontade deliberada do contribuinte que, conhecendo a formalidade correta, opta pela via transversa com o único intuito de não recolher o tributo que seria devido.

Destarte, estando prevista pela legislação de regência e, tendo sido apurados todos os pressupostos para sua aplicação, encontra-se plenamente justificada a aplicação da multa qualificada de 150%.

O contribuinte cita em seu socorro Acórdãos do CARF. Contudo, aqui também melhor se adequam os Acórdãos a seguir mencionados que são igualmente mais recentes do que aqueles citados na peça de defesa:

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. ELISÃO FISCAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. A interpretação da norma tributária, até para a segurança do contribuinte, deve ser primordialmente jurídica, mas a consideração econômica não pode ser abandonada. Assim, uma relação jurídica sem qualquer finalidade econômica, digo, cuja única finalidade seja a economia tributária, não pode ser considerada um comportamento lícito. Reconhece-se a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação e outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei, conforme ensina Marco Aurélio Greco. (Planejamento Tributário - 3ª ed. Dialética: 2011, p. 319). MULTA QUALIFICADA. DOLO E FRAUDE. MANUTENÇÃO. A fraude se caracteriza por uma ação ou omissão, inclusive de simulação ou ocultação, e pressupõe, sempre, a intenção de causar dano à fazenda pública, num propósito deliberado de se escapar, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária. Assim, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, onde, utilizando-se de subterfúgios, escamoteia na ocorrência do fato gerador ou retarda o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária. A multa qualificada não é aplicada somente quando existem nos autos documentos com fraudes materiais, como contratos e recibos falsos, notas frias e etc., decorre também da análise da conduta ou dos procedimentos adotados pelo contribuinte que emergem do processo. (Ac. CSRF¹⁷ 9202-003.128 – 2ª Turma – Sessão de 27/03/2014; Ac. CARF 2801-003.958, 1ª Turma Especial, Sessão de 10/02/2015)

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. SIMULAÇÃO. A simulação existe quando a vontade declarada no negócio jurídico não se coaduna com a realidade do negócio firmado. O fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. A prática da simulação com o propósito

¹⁷ Câmara Superior de Recursos Fiscais

de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto, caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. (Ac. CARF 2202-003.318 – 2ª Câmara – 2ª Turma Ordinária – Sessão de 13/04/2016)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os julgados administrativos, bem assim as lições de tributaristas, citados tanto pelo contribuinte, quanto por esta relatora, a despeito de sua inestimável validade como fonte de consulta, não hão que ser tomados como normas complementares da legislação tributária, nos moldes estabelecidos pelo art. 96 do CTN, em função da inexistência de ato legal que lhes confira efetividade de caráter normativo.

(FIM DA TRANSCRIÇÃO DO VOTO INSERTO NO ACÓRDÃO Nº 09-64.691)

PEDIDO SUBSIDIÁRIO - MONTANTE DEPOSITADO EM CONTA-CAUÇÃO

14. Faz-se necessário tecer breves considerações sobre o pedido subsidiário formulado pelo Recorrente para excluir da base tributária o montante depositado em conta-caução (R\$ 31.150.000,00), destinado a garantir adimplemento de contingências.

14.1. A peça recursal aborda o assunto no tópico intitulado "*NECESSIDADE DE REVISÃO DA BASE TRIBUTÁRIA – PARTE DO VALOR DA ALIENAÇÃO É INCERTA* " (e-fls 1165/1167) e sustenta a pretensão em observância a cláusula contratual estabelecida no item 3.4, 'a' do instrumento de compra e venda firmado.

14.2. A decisão de primeira instância se pronunciou nos seguintes termos (e-fls 1124/1125):

Acrescentou que a diferença entre o valor recebido e os R\$ 380.120.485,10 indicados no CCV das quotas da CFF PARTICIPAÇÕES LTDA é assim composta: (a) R\$ 7.941.339,24 são relativos à comissão paga ao BRADESCO; e (b) os R\$ 31.150.000,00 remanescentes foram retidos pela Compradora para garantir o adimplemento de contingências. Afirmou que este último valor nunca lhe foi disponibilizado, havendo litígio entre os contratantes a esse respeito, conforme detalhadamente relatado nas anexas notificações trocadas entre as partes. Esclareceu que se e quando houver o recebimento do referido montante (R\$ 31.150.000,00) pelo Fiscalizado, haverá o tempestivo recolhimento do imposto de renda.

Concluiu dizendo que se existe um valor (R\$ 31.150.000,00) incerto a ser ou não recebido pelo autuado, em virtude da garantia ao adimplemento de contingências, resta evidenciado que tal quantia não pode ser computada no valor da alienação para fins de apuração do ganho de capital.

Com efeito, os documentos enviados pelo contribuinte acerca desse assunto, durante a ação fiscal (fls. 387/419) e novamente apresentados com a impugnação (fls. 1068/1100), dão indício de que ficaram diversas pendências a serem resolvidas entre os contratantes. Tais documentos são correspondências trocadas, nos anos de 2014, 2015 e 2016, entre ALÍPIO E CÉSAR, de um lado, e a ECOPORTO, de outro. Contudo, somente a partir deles não se pode afirmar que a importância de R\$ 31.150.000,00 não

foi paga ao impugnante, “por ter sido retida pela compradora para garantir o adimplemento de contingências”, conforme afirmado na peça de defesa. Nesses documentos não há sequer menção ao referido montante. Prejudicado o reclamo passivo quanto a este aspecto.

14.3. Ao tempo dos debates¹⁸, o deslinde da questão específica sobre os valores depositados em conta caução, sobreveio com a apreciação de atos normativos emanados da RFB:

- Solução de Consulta nº 58 - SRRF04/Disit, de 27 de agosto de 2013 (Publicada no DOU de 30/08/2013, seção 1, página 15);
- Solução de Consulta nº 3 - Cosit, datada de 22 de janeiro de 2016 (Publicada no DOU de 03/02/2016, seção 1, página 12).

14.4. Após se aferir a aplicabilidade ao caso concreto, acabou sendo determinante a conclusão exposta no item 77.3 da Solução de Consulta nº 3 - Cosit:

77. Diante do disposto acima, considerando as peculiaridades do negócio objeto da presente consulta, conclui-se que:

...

3) o custo de aquisição da participação societária corresponde ao valor total pago aos Vendedores, devendo ser ajustado caso o preço acordado pelas partes esteja sujeito a condições que alterem seu valor;

14.5. Faz-se a transcrição de parte dos fundamentos expostos na citada Solução de Consulta:

40. Importante destacar que os valores depositados na conta caução, apesar de essa ter sido aberta em nome dos Vendedores, ainda não podem ser considerados como custo de aquisição, pois esses valores se destinam a cobrir as garantias impostas pelo Comprador, e só estarão à disposição dos Vendedores na forma e nos prazos estipulados em contrato.

...

52. Com relação à questão da remuneração dos valores depositados na conta caução, essa de fato não interfere no preço pago pela participação societária. Trata-se de receita financeira, a qual deverá ser oferecida à tributação pelo titular da conta caução, no caso pelos Vendedores. Entretanto, a parcela dessa remuneração que for repassada ao Comprador, em atendimento a previsão contratual, deverá ser por ele reconhecida como receita e oferecida à tributação.

...

¹⁸ Conforme previsão do artigo 58, V, do Regimento Interno do CARF.

61. Com base no contrato anexado pela Consulente, é possível constatar que o custo de aquisição não está determinado, pois foram estabelecidas diversas condições, as quais vinculam o recebimento de valores pelos Vendedores, e a devolução de valores para os Compradores, a eventos futuros e incertos, o que implica, respectivamente, no aumento ou na redução do preço anteriormente consignado no contrato. Por óbvio, essas variações irão se refletir na apuração do ágio amortizável, a saber:

...

b) os valores depositados em conta caução não podem ser considerados como pagamento feito aos Vendedores, pois esses valores se destinam a cobrir as garantias impostas pelo Comprador, não estando, deste modo, plenamente disponíveis aos Vendedores, o que somente ocorrerá nas datas e montantes estabelecidos no contrato;

- 14.6. Assim, diante dos fundamentos acima delineados e da conclusão exposta no item 77.3 da Solução de Consulta nº 3 - Cosit, de 22/01/2016, por se amoldar ao caso em julgamento, este Relator se utilizou da prerrogativa conferida pelo artigo 58, § 3º do Regimento Interno do CARF, para reformular parte do voto original e propor o acolhimento do pedido subsidiário apresentado pelo Recorrente, para fins de se excluir do valor da venda, o montante retido em conta caução, destinado a garantir o adimplemento de contingências.

CONCLUSÃO

15. Em vista do exposto VOTO por dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o crédito tributário relativo às parcelas depositadas em conta caução.

(Assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

Com a devida vênia ao voto do ilustre relator, trago aqui as razões pelas quais dou total provimento ao Recurso Voluntário.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o contribuinte é livre para estruturar as suas operações empresariais até o limite da lei, isto é, a menos que haja proibições

de determinados atos ou estruturas, não há óbice para que ele se estruture da maneira que julgar mais adequada, qualquer que seja a fundamentação.

Nesse sentido, destaque-se o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional não é uma norma geral anti-elisiva, mas apenas uma norma anti-dissimulação, sendo que o parágrafo único carece de regulamentação nos termos da lei.

Aliás, a tentativa de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional por meio da Medida Provisória n. 66/02 foi veemente rejeitada pelo Congresso Nacional.

Como consequência de tal cenário, inexistiu base legal no Brasil para adoção de teorias como o propósito negocial, abuso de forma, abuso de direito ou consideração econômica do fato gerador.

Assim, considerando que no âmbito do Direito Privado vige o princípio da livre iniciativa, liberdade de contratar, liberdade contratual, eis que há a liberdade de estruturação dos negócios nos limites da lei. No âmbito do Direito Público, as formas de Direito Privado devem ser respeitadas a menos que haja fraude, dolo ou simulação, sendo que tais situações devem ser comprovadas (e não meramente presumidas) pela Administração Pública.

No caso em tela, ainda que se entendesse que haveria necessidade de propósito negocial nas operações praticadas pelo contribuinte, cumpre salientar que o conjunto probatório trazido pelo Recorrente é suficiente para demonstrar que todas as operações efetuadas tiveram razões econômicas e negociais que nada tem a ver com a questão tributária.

Nessa linha, vale lembrar que o Recorrente (e outro sócio) era dono de 50% do COMPLEXO TECONDI, sendo que os demais 50% era de propriedade de membros da FAMÍLIA BARBEITO, que comunicou ao Recorrente, por escrito, sua decisão de vender seus 50% do COMPLEXO TECONDI, sem informar quem seria(m) o(s) interessado(s) (fls. 683/687).

Em 18 de fevereiro de 2012, a FAMÍLIA BARBEITO, por meio de notificações, informou ao Recorrente (fls. 700/701) que havia celebrado com a Libra Holding S/A (“LIBRA”) – a principal concorrente do COMPLEXO TECONDI – contrato de compra e venda de seus 50%(cinquenta por cento) do COMPLEXO TECONDI, dando-lhe 30 (trinta) dias de prazo para, querendo, exercer o direito de preferência nas mesmas condições negociados com a LIBRA, ou, ainda, o direito de venda conjunta, também assegurado no acordo de sócios (tag along). Transcorrido tal prazo sem que qualquer dessas opções fosse exercida, a venda à LIBRA resultaria concretizada, com a seguinte consequência: o Recorrente e CESAR passariam a ter, como sócia co-controladora do COMPLEXO TECONDI, a principal concorrente do próprio COMPLEXO TECONDI, uma situação, no mínimo, insustentável, dado o evidente conflito de interesse que haveria nesse cenário. Deveras, a LIBRA passaria a ter acesso a todas as informações comerciais do COMPLEXO TECONDI (clientes, fornecedores, preços praticados etc.), podendo simplesmente bani-lo do seu mercado de atuação.

Ocorre que o Recorrente não tinha interesse em se desfazer de sua participação no COMPLEXO TECONDI, muito menos pelo preço que havia sido negociado entre a FAMÍLIA BARBEITO e a LIBRA, preço esse que considerava abaixo do real. Restava,

portanto, o exercício do direito de preferência, o que se deu no dia em 09 de março de 2012 (fls. 816/820 do processo).

Desse modo, o Recorrente foi buscar recursos para adquirir os 50% do COMPLEXO TECONDI pertencentes à FAMÍLIA BARBEITO.

O Banco Bradesco S/A, procurado, se dispôs a financiar a compra com uma condição: que a participação no COMPLEXO TECONDI fosse segregada da ABA INFRA e da RETROPORTO e concentrada em uma nova sociedade, que teria como único negócio o COMPLEXO TECONDI. A razão disso era muito simples: a ABA INFRA detinha participações societárias em outras empresas e o Bradesco não queria expor seu crédito ao risco de outras atividades ou negócios fora do âmbito do COMPLEXO TECONDI. Por esse motivo, e como etapa precedente e preparatória à operação de empréstimo, era necessária a realização de cisão parcial da ABA INFRA e da RETROPORTO, por meio da qual as participações societárias no COMPLEXO TECONDI seriam vertidas para uma nova e específica sociedade. E foi o que aconteceu, com a criação da Aba Porto Participações S/A.

Cumpra mencionar o seguinte trecho Protocolo de Justificação que foi devidamente arquivado na JUCESP (fls. 933/975):

“1. Justificação:

1.1 A ABA é proprietária de 50% das ações emitidas pela Tecondi - Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A. ("Tecondi"), com sede na Avenida Eng. Alves Freire, s/nº, Ponto 4, Cais do Saboó, Porto de Santos, Santos/SP, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.390.435/0001-15, sendo a Tecondi uma sociedade cujo propósito específico é a exploração de terminal portuário localizado no Porto de Santos, objeto do Contrato de Arrendamento nº PRES/028.98 celebrado com a CODESP em 12 de junho de 1998.

1.2 A Retroporto é proprietária de 50% das quotas representativas do capital social da Termares - Terminais Marítimos Especializados Ltda. ("Termares"), com sede na cidade de Santos, Estado de São Paulo, no Cais do Saboo, s/nº, Pátio 1, 2 e 3, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 53.730.495/0001-70, sendo a Termares uma sociedade cujo propósito específico é a exploração de terminal portuário localizado no Porto de Santos, objeto do Contrato de Arrendamento nº 005/91, de sociedade que celebrou com a CODESP em 30 de abril de 1991.

1.3 A ABA e a Retroporto, em decorrência de direito de preferência a elas assegurado, respectivamente, em acordo de acionistas firmado com os atuais acionistas da Tecondi e no contrato social da Retroporto, estão em vias de adquirir as participações societárias representativas dos outros 50% do capital social da Tecondi e da Termares, sendo que o processo de captação dos recursos para tanto necessários está em andamento, tendo a instituição financeira que irá financiar tais aquisições solicitado a segregação dos ativos que serão adquiridos em uma sociedade de propósito específico para que possa conceder o financiamento almejado.

1.4 Diante do acima exposto, objetiva-se com a cisão segregar da ABA e da Retroporto as participações societárias que elas possuem, respectivamente, na Tecondi e na Termares (conforme indicado acima) e

todos os direitos e obrigações relativos às mencionadas participações societárias, transferindo-os, mediante subrogação, à ABA Porto, cujo objeto social é exclusivamente o de participar em sociedades empresárias que exercem atividades portuárias.” (grifamos)

Vale destacar que há nos autos prova documental dessa exigência feita pelo Bradesco.

Dessa forma, a criação das estruturas de negócio aqui discutidas não teve outro motivo que não fosse a forma mais adequada para a captação dos recursos junto ao Banco (e conforme exigência do próprio Banco) diante da necessidade negocial (naquele momento) para aquisição da participação societária do outro grupo de sócios.

Além disso, a própria fiscalização reconheceu a existência de razões extrafiscais para a cisão parcial da ABA INFRA e da RETROPORTO, conforme o trecho abaixo:

“...Embora nesta situação entenda-se como o negócio natural a alienação individual de cada um destes ativos por seus proprietários originais, pode-se compreender o movimento de reunião do controle acionário destas empresas como um desejo do adquirente em negociar com apenas um interlocutor. Outra movimentação consistente seria o fato de que como houve alavancagem para o negócio, a instituição financeira ficaria mais resguardada desta forma.

(...) Daí então a peculiaridade da operação, consegue-se entender como justificada a presença da ABAPORTO. ...” (destacamos – p. 15-17 do TVF)

Diante de tal cenário, não há como se falar em simulação de operações lícitas e que possuem uma adequada justificação negocial, sendo que a fiscalização, no meu entender, não conseguiu demonstrar a simulação e a inexistência de propósito negocial diante dos argumentos trazidos pelo Recorrente.

Com base no exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto