



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

Processo nº 12448.721486/2010-23
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-000.862 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de maio de 2013
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente PROSPER GESTÃO DE RECURSOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

SIMULAÇÃO. Operações de reorganização societária e negócios jurídicos formalizados com o intuito declarado de diminuir a tributação.

Ausência de razão negocial específica. Desconsideração dos negócios jurídicos simulados. Aplicação da regra do Art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, em NEGAR provimento, por maioria, vencido o Conselheiro Marcos Shigueo Takata que votou pelo provimento parcial do recurso para deduzir do valor devido do IRPJ os valores do imposto de renda pago pelas pessoas físicas sob os códigos de arrecadação 6015 e 4600. Em primeira votação, a turma rejeitou proposta de diligência apresentada em sessão pelo Conselheiro André Mendes de Moura no sentido de confirmar os referidos pagamentos, por maioria, sendo também vencido o Conselheiro Marcos Shigueo Takata. O Conselheiro Marcos Shigueo Takata acompanhou o Relator pelas conclusões quanto à exigência dos tributos.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente.

Hugo Correia Sotero - Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator designado.

Participaram do julgamento os conselheiros: Eduardo Martins Neiva Monteiro, Marcos Shigueo Takata, André Mendes de Moura, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Processo nº 12448.721486/2010-23
Acórdão n.º **1103-000.862**

S1-C1T3
Fl. 748

Tendo em vista que, na data da formalização da decisão, o relator Hugo Correia Sotero não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado foi designado *ad hoc* como o responsável pela formalização do presente Acórdão, o que se deu na data de 16/09/2015.

CÓPIA

Relatório

A Recorrente foi autuada por ausência de acréscimo à base de cálculo do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL) de ganho de capital obtido na alienação de ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F S/A), tendo a autoridade lançadora qualificado como simuladas e com intuito de elidir ou minorar a incidência dos tributos, operações de reorganização societária da Recorrente e de outras sociedades que compõem o mesmo grupo econômico, operações estas que redundaram na redução do capital das sociedades e atribuição das ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F S/A) às pessoas dos sócios.

Narra a autoridade lançadora, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 158/170), que no procedimento de desmutualização da BM&F - Bolsa de Mercadorias e Futuros - assim entendido o procedimento de transferência de suas atividades a companhia de capital aberto (BM&F S/A) - aos participantes da Bolsa (membros de compensação, corretora de mercadorias, operadores especiais e sócios efetivos) foram atribuídos, em substituição aos títulos patrimoniais que possuíam, ações da sociedade anônima BM&F S/A.

Em 21 de setembro de 2007, quedou formalizado instrumento de alteração do contrato social da Recorrente, sendo aprovado aumento de capital no valor de R\$ 15.367.830,00 (15.367.830 quotas no valor unitário de R\$ 1,00), integralizado por PROSPER S/A - CORRETORA DE VALORES E CÂMBIO pela a transferência de 5.534.816 ações da Bovespa Holding S/A, 1 título patrimonial de membro de compensação e 1 título patrimonial de sócio efetivo da Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo - BM&F.

No mesmo instrumento de alteração contratual foi deliberada a devolução da participação na sociedade aos sócios pessoas físicas indicados no Termo de Verificação Fiscal, com redução proporcional do capital social, sendo a devolução realizada mediante a transferência, pelo valor contábil (R\$ 1,00), das ações da Bovespa Holding S/A e/ou ações que viessem a se converter o título patrimonial de membro de compensação.

Em 1º de outubro de 2007, quando ocorreu a desmutualização da BM&F, a Recorrente recebeu, em substituição aos títulos recebidos da PROSPER S/A - CORRETORA DE VALORES E CÂMBIO, 4.971.610 ações da BM&F S/A (no valor unitário de R\$ 1,00). Posteriormente, após o processo de desmutualização, a Recorrente recebeu em decorrência de cisão parcial da PROSPER APLICAÇÃO CORRETORA DE MERCADORIAS & FUTUROS LTDA, 2.454.007 ações da BM&F S/A. Dessa forma, em 15 de outubro de 2007, a Recorrente possuía 7.425.617 ações da BM&F S/A.

Em 29/10/2007, antes de ocorrer a realização de distribuição pública secundária das ações de emissão da BM&F S/A ("IPO"), a empresa firmou contrato de aluguel de ações com os mesmos sócios que participaram da devolução do capital, realizada a locação pelo valor contábil (R\$ 1,00), com remuneração de 4% ao ano.

Em 28 de dezembro de 2007, quando ocorreu a devolução do capital aos sócios, não houve entrega de fato das ações da BM&F S/A, realizando a Recorrente compensação para fins de amortização da quantidade das ações locadas.

Chama atenção a autoridade lançadora para os seguintes fatos: (a) os sócios da Recorrente efetivaram a venda da maior parte das ações recebidas em locação na Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da BM&F S/A pelo valor unitário de R\$ 20,00, sendo o valor líquido da venda R\$ 19,45, após abatimento de comissão; o ganho de capital auferido na operação (R\$ 19,45 - R\$ 1,00) foi declarado na declaração de imposto de renda dos sócios no campo "Rendimentos Isentos e Não Tributáveis - Outros"; as ações da BM&F S/A recebidas em decorrência da devolução da participação dos sócios no capital da Recorrente foram vendidas para GENERAL ATLANTIC FUNDO DE INVESTIMENTOS EM PARTICIPAÇÕES ao valor líquido de R\$ 10,78, sendo o ganho de capital tributado na pessoa física; (d) as ações alugadas aos sócios não haviam sido devolvidas após três anos de vigência da contratação, sucessivamente prorrogada, o que indicaria a inexistência de interesse de devolução ou recebimento; (e) à época da celebração do contrato de locação de ações, a Recorrente já tinha ciência de que as ações seriam negociadas no mercado aberto por valor muito superior ao respectivo valor contábil e, mesmo assim, fixaram o valor do aluguel (4% a.a.) sobre o referido valor.

Assim concluiu a autoridade lançadora:

"A partir dos fatos narrados, conclui-se que, na verdade a Prosper Gestão de Recursos Ltda simplesmente efetuou a transferência da custódia das ações para aqueles sócios, usando para isso contratos de locação. A intenção era vender as ações pagando o mínimo de tributos possível, ou mesmo sem pagar qualquer tipo de tributo, levando-se em consideração não só a diferença de carga tributária entre pessoa física e pessoa jurídica, mas também o fato de que a maior parte dos rendimentos decorrentes da alienação dos títulos seriam declarados pelas pessoas físicas como rendimentos isentos e não tributáveis. Dessa forma, a verdade material é que foi a fiscalizada quem alienou de forma definitiva as ações, usando para isso aqueles sócios como intermediários."

Com esteio em tais conclusões formalizou a autoridade lançamento de ofício que importou em acréscimo à base de cálculo do 4º trimestre do ano-calendário de 2007, informada na declaração de ajuste da Recorrente, de ganho de capital correspondente a R\$ 58.959.203,55 apurado na venda das ações da BM&F S/A, ações estas objeto de contratos de locação celebrados em relação a sócios pessoas físicas, alienadas pelos sócios e até hoje não devolvidas à Recorrente. Identificando simulação, aplicou a autoridade lançadora multa de 150% calculada sobre o valor do tributo que teria deixado de ser recolhido.

Notificada do lançamento, apresentou a Recorrente impugnação (fls. 304/352), na qual detalha os procedimentos societários adotados e aduz, em síntese: (a) ordenou seus negócios de modo que as alienações das ações da Bovespa e da BM&F S/A fossem efetuadas por seus sócios pessoa física, e não pelas pessoas jurídicas que as detinham, com o objetivo de reduzir a carga tributária; (b) utilizou-se, para isto, de atos jurídicos diversos (incorporações, cisões, reduções de capital, contratos de empréstimos de ações e outros), todos sedimentados no direito; (c) tem o direito de organizar seus negócios de modo a gerar os melhores resultados, desde que não infrinja norma legal; (d) a fiscalização, além de não reconhecer a legitimidade de o contribuinte organizar seus negócios de forma a ter menos custos (inclusive fiscais), entendeu, equivocadamente, que não se pretendia oferecer à tributação o ganho auferido pelas pessoas físicas; (e) esclareceu que não houve pagamento do IRPF sobre o ganho de capital auferido pelos sócios locatários das ações, não obstante tenha se

verificado a alienação destas, porquanto a apuração do lucro (ganho de capital) somente ocorrerá quando da solução dos contratos de locação, quando os locatários adquiriram idêntica quantidade de ações, por preço ainda não determinável, e as transferirão à locadora; (f) ademais, aplicou, sem base legal, a multa de 150%; (g) nenhuma das operações praticadas infringiu norma legal ou deixou de se ater a princípios jurídicos.

A impugnação foi rejeitada pela Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro (RJ I), sendo, em consequência, julgado procedente o lançamento por decisão assim ementada:

"GANHOS DE CAPITAL.

É devida a tributação do ganho de capital não acrescido à base de cálculo para fins de incidência do imposto e do adicional.

MULTA de 150%.

Deve ser mantida a multa de 150%, se não elididos os fatos que lhe deram causa.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Estendem-se ao lançamento decorrente as conclusões da decisão prolatada no lançamento principal, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula ".

Da decisão se extrai:

"O fato de satisfazer a legislação não significa que os atos praticados pelo interessado sejam automaticamente eficazes perante o Fisco.

O caso em foco é composto de operações estruturadas em seqüência (incorporações, cisões, reduções de capital, contratos de empréstimos de ações e outros) para obter efeito fiscal mais vantajoso. Um conjunto de operações estruturadas como o que ora está sendo examinado indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto, indicando, também, uma causa jurídica única. No caso examinado, nenhum motivo autônomo se apresenta nos Autos que venha a justificar as operações realizadas (o próprio interessado reconhece que o objetivo foi reduzir a carga tributária).

Em suma, do exame das diversas etapas do conjunto de operações, descritas no Termo de Verificação Fiscal e na impugnação, constato que a finalidade econômica das alienações das ações da Bovespa e da BM&F S/A efetuadas pelos sócios pessoa física restou desfigurada, distorcida (o que independe de o ganho auferido pelas pessoas físicas ser ou não oferecido à tributação), ainda que tenha sido observada a legislação específica (citada na impugnação).

...

Em suma, não há dúvida de que o interessado tem o direito, previsto na Constituição Federal, de organizar sua vida da

maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. Configura abuso de direito a auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto.

Como tal, uma vez comprovado que o conjunto de operações tinha essa razão, como restou provado nos Autos e foi admitido pelo interessado, pode o Fisco se recusar a aceitar seus efeitos no âmbito tributário de modo a neutralizar os efeitos fiscais do excesso abusivo.

O abuso de direito pode existir independente de tipificação legal prévia, por corresponder a distorção instaurada a partir de conduta realizada, cuja verificação se dá em função de realidades concretas, de algo efetivamente ocorrido no plano dos fatos.

...

No caso sob exame, o abuso de direito pode ser identificado a partir de características fáticas dos atos ou negócios praticados.

A descaracterização das operações realizadas, em virtude da constatação de ato simulado, implica na tributação do ganho de capital não acrescido à base de cálculo para fins de incidência do imposto e do adicional.

Quanto à multa de ofício de 150%, cabe observar que, diante dos fatos narrados pela fiscalização, ficou evidenciada a simulação, com o objetivo de redução da carga tributária.

Assim, apesar de o interessado ter realizado operações conforme os ditames da lei, utilizou-se de artifício para reduzir a carga tributária e ocultar a ocorrência do fato gerador real, razão pela qual entendo devida a multa de ofício aplicada (150%), que se encontra embasada no art. 44, inciso I, § 1º, da Lei 9.430/1996.

Contra a decisão interpôs o contribuinte o recurso voluntário de fls. 658/713, reproduzindo integralmente as razões de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar o Acórdão.

Formalizo este Acórdão por designação do presidente da 1ª Seção de Julgamento, ocorrida em 14/09/2015, tendo em vista que o relator do processo, Conselheiro Hugo Correia Sotero, por ocasião do julgamento realizado em 09/05/2013, pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, não efetuou a formalização e não pertence mais aos colegiados do CARF.

Ressalto, por oportuno, que não integrava o colegiado que proferiu o acórdão e, portanto, não participei do julgamento.

O Relatório e a manifestação de voto abaixo foram apresentados pelo Conselheiro relator durante a sessão e consta dos respectivos arquivos do CARF, tendo sido meramente reproduzidos por mim, redator *ad hoc* para efeitos de formalização do presente Acórdão.

Voto do Conselheiro Hugo Correia Sotero - Relator:

"Recurso tempestivo. Preenchidos os requisitos de admissibilidade.

A decisão pronunciada pela Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro (RJ I) se assenta na desconconsideração dos negócios jurídicos de reorganização societária formalizados pela Recorrente e por empresas coligadas, negócios jurídicos estes que tiveram o exclusivo objetivo (confessado pela Recorrente em suas manifestações neste Processo) de alienar as ações recebidas no procedimento de desmutualização da BM&F - Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo através das pessoas físicas de seus sócios, o que gerou tributação reduzida do ganho de capital auferido (de 34% para 15%).

Abordo inicialmente o questionamento trazido pelo contribuinte, em relação a suposta nulidade da decisão DRJ, por, no entendimento da Recorrente, ter aquele colegiado inovado e aperfeiçoado os fundamentos do lançamento.

Destaco que tal assertiva não deve prosperar, visto que eventual inovação não alterou em absolutamente o cerne da decisão. Pela simples leitura do acórdão de DRJ vê-se claramente que as razões de decidir se fundam na desconconsideração do negócio jurídico, supostamente simulado, da recorrente.

Com essas considerações, rejeito a nulidade levantada.

Em relação ao mérito, algumas considerações iniciais se fazem necessárias.

Os negócios jurídicos praticados pela Recorrente incorporações, cisões, reduções de capital, contratos de empréstimos de ações, tiveram, como causa objetiva (declarada expressa) proceder à restituição do capital aportado pelos sócios pessoas físicas, com a consequente redução do capital social, operando-se a restituição da contribuição dos

sócios no capital social através da entrega das ações recebidas no aludido procedimento de desmutualização.

Não resta dúvida de que, em face de excesso de capitalização, é lícito à sociedade promover à redução do respectivo capital social mediante o resgate das quotas correspondentes, consoante permissão inscrita nos arts. 1.082 e 1.084 do Código Civil Brasileiro, que têm a seguinte redação:

"Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade."

"Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução."

A redução do capital social por força de restituição do valor das quotas aos sócios, pressupõe, nos termos dos citados preceitos normativos, a constatação de ser o capital social excessivo em relação ao objeto da sociedade. A regra do art. 1.082 do Código Civil admite a redução por motivo específico - excesso do capital quando cotejado ao objeto da sociedade.

Aqui se verifica a primeira incongruência do procedimento adotado pela Recorrente. O instrumento de alteração contratual que formalizou a restituição do valor das quotas aos sócios pessoas físicas (através da cessão das ações da BM&F S/A) contemplou, também, **aumento de capital** no valor de R\$ 15.367.830,00 (15.367.830 quotas no valor unitário de R\$ 1,00), integralizado por PROSPER S/A - CORRETORA DE VALORES E CAMBIO pela a transferência de 5.534.816 ações da Bovespa Holding S/A, 1 título patrimonial de membro de compensação e 1 título patrimonial de sócio efetivo da Bolsa de Mercadorias e Futuros de São Paulo - BM&F.

Implementando o instrumento de alteração do contrato social da Recorrente aumento do capital da sociedade, não há que se falar em excesso de capitalização que justificasse sua redução concomitante.

Em segundo lugar, como se depreende do Termo de Verificação Fiscal e das manifestações da Recorrente, a restituição do valor das quotas não contemplou todos os sócios.

Não bastasse, declara a Recorrente, expressamente, que o objetivo buscado com os negócios jurídicos de reorganização societária foi o de transferir a titularidade das ações da BM&F S/A aos sócios pessoas físicas para que a tributação do ganho de capital ocorresse de forma menos onerosa.

Transcreve-se:

"16. O fim buscado com todos os diversos atos societários e negócios jurídicos acima resumidamente expostos (e detalhadamente descritos na Impugnação) foi o de efetivar (pelo respectivo valor contábil) a transferência de titularidade das ações da Bovespa e da BM&F do patrimônio das pessoas jurídicas para os patrimônios de seus sócios pessoas físicas.

Houve perfeita consonância entre o fim buscado (transferir as ações para as pessoas físicas) e o meio empregado (reorganização societária e aluguel de ações), não cabendo alegar (como faz a decisão recorrida) ocorrência de simulação ou abuso de direito.

O motivo da operação foi o de fazer com que o ganho de capital da venda de ações e a respectiva tributação (menos onerosa) se verificasse no plano das pessoas físicas - como efetivamente se deu." (Recurso Voluntário - fl. 672, grifamos)

Não há dúvidas, diante do que enuncia a Recorrente, de que o "motivo da operação foi o de fazer com que o ganho de capital da venda de ações e a respectiva tributação (menos onerosa) se verificasse no plano das pessoas físicas".

Neste ponto, necessário ressaltar que sequer a tributação menos onerosa (objetivo declarado das operações realizadas pela Recorrente e empresas coligadas) foi observada, vez que, como consta do Termo de Verificação Fiscal e declara a Recorrente, os valores obtidos pelos sócios pessoas físicas foi indicado nas respectivas declarações de ajuste como "Rendimentos Isentos e Não Tributáveis", justificando-se a Recorrente com o argumento de que o ganho de capital somente será apurado quando da devolução das ações locadas e conhecido o valor de aquisição das ações de mesmo tipo e classe que serão devolvidas.

Novamente se identifica incongruência no procedimento adotado, visto que a inexistência de ganho de capital efetivo (ausência de reaquisição e devolução das ações) não qualifica os rendimentos obtidos pelas pessoas físicas como rendimentos isentos e/ou não tributáveis.

No tópico, parece incontestável a afirmação da autoridade lançadora, de que "as ações alugadas aos sócios não haviam sido devolvidas após três anos de vigência da contratação, sucessivamente prorrogada, o que indicaria a inexistência de interesse de devolução ou recebimento".

Resta claro, e as afirmações da Recorrente o indicam, que a redução do capital social da Recorrente não foi motivada por excesso de capitalização e que a transferência das ações aos sócios (disponibilidade através de contratos de locação) se destinou exclusivamente a minorar ou excluir (diante da aparente ausência de interesse de liquidar os

contratos de locação) a tributação incidente sobre o ganho de capital auferido na alienação das aludidas ações.

Sobre o tema, cito parcela do voto eminente Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima no julgamento do Recurso de Divergência nº. 101-133.140 (Acórdão CSRF/01-06.015:

"Ressalte-se que não basta a vontade das partes de se submeter à disciplina atinente ao ato formalizado. Esta vontade é acessória, devendo estar presente também a vontade evidenciada ao realizá-lo. Por exemplo, num aumento de capital, não é suficiente a formalização do aumento de capital e a vontade de se submeter às consequências do aumento.

*Para a validade do ato de integralização, é requisito essencial a **vontade real** de aumentar capital. Se os recursos financeiros formalmente indicados pelos subscritores não são efetivamente aportados à sociedade, como no caso dos autos, e se as sociedades desfazem em curtíssimo espaço de tempo a parceria implementada, fica evidente que não se trata de uma efetiva subscrição de capital e o negócio jurídico formalmente apresentado como prova evidencia sofrer de uma falsa causa.*

Se há falsidade ou ausência de causa a hipótese é de simulação. Na execução apenas formal do negócio jurídico, este leva a mudanças jurídicas que só se manifestam no campo do direito, comportando-se os contraentes, de fato, de acordo com outro negócio jurídico ou como se não tivesse negócio algum. É passível de questionamento a utilização de negócios jurídicos típicos ou atípicos apenas para fornecer uma aparência de conformidade ao direito, quando o contexto evidencia a vontade de neutralizar o fim prático a que o negócio se destina.

Se a finalidade do negócio e a forma adotada forem incoerentes, o julgador pode se convencer da existência de contradição no conjunto probatório apresentado pelo contribuinte, levando-o a decidir pela procedência das provas contrárias e, em consequência, da exigência tributária formalizada no lançamento."

No caso, a vontade real dos procedimentos adotados pela Recorrente (redução de capital, cisão, incorporação e locação de ações) declaradamente diminuir os ônus tributários incidentes sobre o ganho de capital auferido na alienação das ações. Em outras palavras, não se pretendia reduzir o capital social, restituir os valores das quotas aos sócios, locar as ações; pretendia-se simplesmente alienar as ações recebidas no procedimento de desmutualização da Bovespa com a menor carga tributária possível.

Não havia, portanto, qualquer propósito negocial ou motivação exclusivamente não tributária, apenas e tão somente reduzir a carga tributária, o que caracteriza simulação e abuso de formas, a justificar, na esteira do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a desconsideração dos negócios jurídicos e a exigência consubstanciada no lançamento de ofício questionado.

Processo nº 12448.721486/2010-23
Acórdão n.º **1103-000.862**

S1-C1T3
Fl. 757

No mesmo sentido, justificada a aplicação de multa qualificada, diante dos artifícios utilizados pelo contribuinte para elidir ou minorar a tributação, enquadrando-se a hipótese na regra do art. 44, § 1º, da Lei nº. 9.430/96.

Por estas razões, conheço do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

Hugo Correia Sotero - Relator"

Acórdão formalizado em 16/09/2015.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator *ad hoc*, designado para formalizar
o Acórdão.