



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

Processo nº 15586.720421/2015-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.607 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria GANHO DE CAPITAL. ATO SIMULADO
Recorrente HF PARTICIPAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

GANHO DE CAPITAL NA VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS COM RECURSOS DE TERCEIRO. CONTRATO DE MÚTUO. FALTA DE COMPROVAÇÃO.

Considera-se contribuinte, para fins de tributação do ganho de capital na alienação de ações, a pessoa jurídica que fornecera os recursos para adquirir as mesmas ações, se não for comprovada efetiva existência do contrato de mútuo.

MULTA QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE, DOLO E CONLUÍO

Para que se possa aplicar multa de ofício qualificada de 150%, é necessário identificar qual das ações ou omissões dolosas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64 foram praticadas, sendo assim indispensável, ainda, a comprovação do dolo.

RECURSO VOLUNTÁRIO. PAGAMENTO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. APROVEITAMENTO NA AUTUAÇÃO DE IRPJ. MESMO SUPORTE FÁTICO.

Em autuação fiscal, no qual restou comprovada a incidência de ganho de capital sobre o imposto de renda pessoa jurídica dando causa aos lançamentos de ofício de IRPJ, devem se aproveitados os valores pagos a título de ganho de capital pessoas físicas efetuados pelo contribuinte apurados com base no mesmo suporte fático.

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. Em primeira votação, por voto de qualidade, negar provimento em relação ao mérito da exigência, vencidos os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Bianca Felícia Rothschild que votaram por dar provimento ao recurso voluntário. Em segunda votação, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de ofício para o percentual de 75% e permitir a dedução do imposto recolhido pelas pessoas físicas. Vencidos os Conselheiros Ângelo Abrantes Nunes e Milene de Araújo Macedo que votaram por negar provimento integralmente ao recurso voluntário. Em relação à primeira votação, com base no disposto no § 5º do art. 58 do Anexo II do RICARF, manteve-se o voto proferido na sessão do dia 16 de agosto de 2017 pelo Conselheiro Flávio Franco Corrêa por negar provimento ao recurso, uma vez que esse deixou compor o presente colegiado e foi substituído nesta sessão pelo Conselheiro Ângelo Abrantes Nunes. Designado o Conselheiro Roberto Silva Junior para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)
José Eduardo Dornelas Souza - Relator

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Júnior - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Ângelo Abrantes Nunes, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 06-54.656, proferido pela 1ª Turma da DRJ/CTA, na sessão de 9 de maio de 2016, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação apresentada.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata-se de autos de infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ – e lançamentos reflexos, às fls. 4-16, lavrados para exigir de HF PARTICIPAÇÕES LTDA, pessoa jurídica tributada pelo regime do Lucro Real, crédito tributário de R\$ 21.590.806,66, relativos ao IRPJ e de R\$ 8.599.426,69 relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, incluídos em ambos os casos juros de mora calculados até agosto de 2015, além de multa de ofício qualificada (150%), cf. quadros demonstrativos às fls. 23-24, reproduzidos abaixo, em virtude de haver contabilizado de modo incorreto o ganho de capital apurado na alienação de bens do ativo permanente, reduzindo, assim, o lucro sujeito à tributação no ano-calendário de 2010.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
TRIBUTOS / CONTRIBUIÇÃO	VALOR (R\$)
Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ	7.263.273,45
Juros de Mora	3.432.623,03
Multa de Ofício (passível de redução)	10.894.910,18
Total do Crédito Tributário	21.590.806,66

Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL (reflexo)	2.892.897,36
Juros de Mora	1.367.183,29
Multa de Ofício (passível de redução)	4.339.346,04
Total do Crédito Tributário	8.599.426,69

2. Segundo o Relatório Fiscal de Verificação da Infração – RFVI – às fls. 17-26:

a) a contribuinte reduziu, no ano-calendário de 2010, sua participação societária em HORTIGIL HORTIFRUTI S/A, CNPJ 31.487.473/0001-99, pessoa jurídica da qual detinha 100% do capital subscrito e integralizado no total de R\$ 1.686.596,00;

b) na ocasião, cf. Ata da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária de 09/09/2010, às fls. 457-460, a autuada renunciou ao direito de preferência para subscrição de novas ações que aumentariam o capital da investida, abrindo caminho para que seus próprios acionistas subscrevessem as 297.635 ações emitidas;

c) a despeito da renúncia antes referida, o ônus da integralização desse aumento de capital foi assumido pela pessoa jurídica HF PARTICIPAÇÕES LTDA – à conta e ordem dos acionistas subscritores – cf. Item 3 da referida ata da assembleia, à fl. 460 dos autos;

d) o recurso dos acionistas investidores proveio de contratos de mútuos celebrados com a fiscalizada exatamente no mesmo dia da subscrição; tais contratos, contudo, nunca foram, apresentados à Fiscalização, nem amortizados pelos mutuários;

e) posteriormente, em 28/09/2010, ocorreu uma segunda redução da participação societária, em razão da emissão de 452.192 novas ações integralizadas inteiramente por HF GOVERNANÇA S/A, CNPJ 12.225.635/0001-76, depois de a fiscalizada novamente renunciar ao direito de preferência;

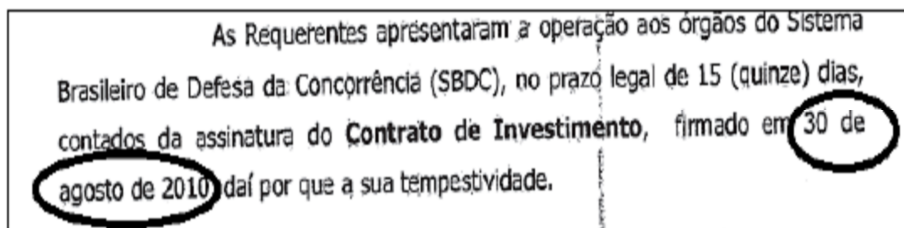
f) *“Ocorre que, em 28/09/2010, conforme mostra a Ata da AGE (Doc.43), a Hortigil Hortifruti S/A já apresenta um novo acionista que não figurava em 09/09/2010: HF Governança S/A. Isto foi possível porque, nessa mesma data, TODAS as ações subscritas em 09/09/2010 foram transferidas das pessoas físicas para a HF Governança S/A”*;

g) depois de todas essas operações estarem consumadas, HF GOVERNANÇA S/A sociedade empresária criada por FIP BRASIL DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, CNPJ 08.909.578/0001-77, passa a deter 30% das ações da Hortigil Hortifruti S/A;

h) a operação de transferência de parte do controle de HORTIGIL HORTIFRUTI S/A, da fiscalizada para FIP BRASIL GOVERNANÇA CORPORATIVA envolvendo as pessoas jurídicas antes mencionadas, começou a se materializar de fato em 30 de agosto de 2010, data anterior à formalização dos negócios jurídicos referidos, cf. se depreende da leitura do Ofício do Ministério Público Federal perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) referente ao Ato de Concentração 08012.010112/2010-21, às fls. 531-533, reproduzido abaixo;



(...)



3. Segundo a Autoridade Fiscal a *quo* foi celebrado um *Contrato de Investimento* entre FIP BRASIL DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, HF PARTICIPAÇÕES S/A e HORTIGIL HORTIFRUTI S/A, juntado às fls. 678-721,

no qual as pessoas físicas titulares do capital da investida, são denominadas “*acionistas originais*”, apesar de, naquele momento, não fazerem parte do quadro societário da sociedade cujo controle estava sendo modificado.

4. Nesse contrato – continua – os ditos acionistas originários se obrigam a transferir todas as ações que viriam a ser subscritas, para a FIP Brasil, cf. cláusulas 2.1 b e 2.1 do contrato e estipula como condição precedente de financiamento a aquisição daquelas ações pela FIP Brasil, cf. cláusula 5.1.1. Referida integralização, porém, foi efetuada pela própria HF Participações S/A. Por esse motivo – conclui – as múltiplas etapas referidas visavam tão-somente a transferência de 30% do controle de HORTIGIL HORTIFRUTI S/A para FIP BRASIL GOVERNANÇA CORPORATIVA, com a redução do montante a ser pago a título de ganho de capital. Afirmam a Autoridade Fiscal *a quo*:

(...) Com esse artifício, a HF PARTICIPAÇÕES S/A promove a apuração de ganho de capital mais benéfica visto que nas pessoas físicas (seus acionistas) a alíquota é de 15% (...) e nas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração pelo lucro real (...) é considerada receita financeira e causa aumento do valor tributável ou redução do prejuízo a ser compensado.

5. Acrescenta – escudado em respeitável doutrina – que se trata de planejamento tributário abusivo e que, sintomaticamente, a fiscalizada não declarou, em DCTF, a existência de débitos de imposto sobre operações financeiras (IOF) no ano-calendário de 2010, tributo que seria de sua responsabilidade na condição de mutuante. Houve, pois, um “*descasamento*” entre a vontade declarada nos atos formais averiguados e a situação material observada, com o intuito de “*ocultar a ocorrência do fato gerador tributário*”.

6. Teria havido, pois, sonegação, fraude e conluio praticados de forma dolosa que justificavam a qualificação do valor da multa imposta, nos termos do art. 44, I, §1º da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, c/c os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, aos fatos descritos.

Representação Fiscal para Fins Penais

7. Dado que as condutas das contribuintes configurariam, em tese, crimes contra a ordem tributária foram formalizadas representações fiscais para fins penais, nos termos do art. 1º do Decreto nº 2.730, de 10 de agosto de 1998; matéria objeto do Processo Administrativo nº 15586.720.429/2015-45.

Ciência do Lançamento

8. Devidamente cientificada em 08/09/2015, cf. cópia de Aviso de Recebimento – AR à fl. 856, a contribuinte apresentou impugnação em 07/10/2015, juntada às fls. 858-921, subscrita por representante com poderes para representá-la, cf. procuração e documentos societários às fls. 926-944. Acompanharam a peça impugnatória os documentos às fls. 922-1.065,

Impugnação

9. Depois de expor o contexto fático da autuação, a contribuinte alega que a admissão das pessoas físicas referidas pela Fiscalização no quadro acionário da HORTIGIL teve como propósito viabilizar o investimento feito na companhia por HF GOVERNANÇA S/A, dado que se tratou de exigência dos investidores. Ademais, as referidas vendas das ações pelas pessoas físicas não poderiam ser afastadas pelo Fisco, posto que se configuram como elisão fiscal regular.

10. Destaca, em primeiro lugar, que o quadro de acionistas da impugnante não é o que consta na ata da AGOE realizada em 13/07/2010, à fl 101, em seguida, esclarece que o controle da sociedade empresária HORTIGIL era exercido, inicialmente, por três famílias: Lopes, Fachetti e Hertel, cf. registro de ações às fls. 361-399 do feito, entretanto, com o crescimento da entidade, o modelo societário foi alterado por meio da criação da HF PARTICIPAÇÕES S/A que funcionava como “*estrutura de convergência dos interesses das pessoas físicas*” e que controlava diretamente 100% das ações da primeira.

11. Segundo a impugnante, dada a estrutura societária concreta da entidade, o controle da HORTIGIL nunca deixou de ser exercido por pessoas físicas, por essa razão e ainda em virtude do *Contrato de Investimento*, às fls. 678-857, que regeu a modificação do seu controle, a aquisição das ações da pessoa jurídica pelas pessoas físicas, seguida de sua venda para a HF GOVERNANÇA S/A, não configurou artifício para redução de carga tributária, mas necessidade objetiva para a realização do negócio.

12. Com efeito, era o “*único meio jurídico capaz de manter as pessoas físicas contratualmente vinculadas ao controle da Hortigil e à participação delas no negócio, bem como de compensá-las financeiramente por esta vinculação*”, porque – sustenta – o contrato seria, nesse caso, oponível também a elas, na condição de partes do negócio.

13. Em síntese. alega:

(...) como as pessoas físicas pertenciam a núcleos familiares distintos, cujos interesses eram exercidos na Hortigil por meio de diferentes holdings familiares, era essencial para a HF Governança S/A a elaboração de um instrumento contratual capaz de impedir que os interesses individuais prejudicassem o investimento. Portanto, a sua concretização dependia da certeza pela investidora de que as pessoas físicas cumpriram cada uma das obrigações pactuadas no "Contrato de Investimento".

14. Com base nessas premissas, a peça impugnatória alega que os procedimentos adotados – subscrição/integralização das ações emitidas em 09/09/2010, seguida de alienação para a HF GOVERNANÇA S/A – representaram uma espécie retorno às origens da companhia, com o qual se buscou criar “*o liame jurídico necessário para que a investidora pudesse impor e exigir o cumprimento das obrigações contratuais pelas pessoas físicas*”.

15. Sobre as operações afirma, em breve resumo, que um investidor externo – FIP BRASIL DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – dispôs-se a fazer um aporte de R\$ 85 milhões na HORTIGIL, com a condição de que as pessoas físicas detentoras do *know how* daquele nicho de mercado permanecessem a ela vinculados. Refere, então, diversas cláusulas do *Contrato de Investimento* estipuladas com o propósito de garantir tal preservação. Segundo os representantes da impugnante:

(...) embora o aludido contrato visasse, precipuamente, disciplinar a relação entre a Impugnante (como controladora da Hortigil) e a HF Governança S/A (como investidora), havia a inarredável necessidade de amarrar as pessoas físicas ao instrumento contratual da negociação, como forma de atribuir-lhe a devida força coercitiva e executiva. Isso porque, não pairam dúvidas, se mostrava indispensável disciplinar a relação das pessoas físicas com a nova investidora, uma vez que, repita-se, eram elas que exerciam o controle indireto da Hortigil por meio da sociedade ora Impugnante.

16. A análise dos acordos celebrados – assevera – demonstra que a exigência de que as pessoas físicas que estavam à frente do negócio ali permanecessem por prazo suficiente para que o investimento não fosse perdido, formulada pela investidora externa, era justificado, afinal:

(...) havia o grande receio por parte da HF Governança S/A de que, com a saída das pessoas físicas que controlavam indiretamente a Hortigil, a Companhia não mais fosse conduzida conforme o know how adquirido por estes acionistas ao longo de quase 3 (três) décadas. Foi por essa razão, isto é, para que permanecessem ligadas ao controle da Hortigil e continuassem empregando todo o seu interesse e conhecimento na expansão do negócio, que a investidora exigiu a admissão das pessoas físicas como acionistas diretos da Companhia: para que figurassem como PARTES nos contratos da operação, como alienantes e não meros anuentes, amarrando-as aos instrumentos contratuais do investimento de forma inquestionável.

17. Razões de natureza comercial e econômica, portanto, e não apenas tributárias, respaldavam a demanda de trazer as pessoas físicas dos *acionistas originários* para o quadro acionário da HORTIGIL.

18. Além do mais, o *Contrato de Investimento* implicou restrições ao direito patrimonial daqueles acionistas, posto que eles próprios – e seus sucessores – ficariam impedidos de exercer atividade similar a da HORTIGIL pelo prazo de 5 anos contados da assinatura do contrato, em razão da existência de *cláusula de não concorrência* incluída nos termos do art. 1.147, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Por esse motivo, os acionistas precisariam ser compensados pelo sacrifício que viriam a sofrer.

19. O fundamento da exigência no caso concreto – esclarece a impugnante – residia no fato de que o maior patrimônio de uma sociedade empresária é o *know how* do negócio; o sucesso de um investimento, portanto, depende das pessoas que o conduzem. Em alguns casos – como no da HORTIGIL – a importância desses empreendedores era crucial, por isso, além de exigir a não competição, o investidor externo exigiu o envolvimento direto dos acionistas originais, por meio de vínculos mais sólidos que meras cláusulas contratuais. Nesse sentido, afirma:

(...) para poder obrigar as pessoas físicas, acionistas indiretos, com a força necessária diante das circunstâncias, o investidor não poderia se fiar numa mera promessa (ainda que escrita) que não fosse bilateral, sinalagmática, proporcional. Se exige, além da manutenção do controle e do comprometimento, a não concorrência feita por praticamente qualquer meio ou modo, o que demanda um pagamento por isso.

20. O modo encontrado para impor a obrigação de não concorrência às pessoas físicas e ainda viabilizar a referida compensação financeira – conclui a peça impugnatória – foi fazê-las subscrever e adquirir as 297.635 ações emitidas pela HORTIGIL, e, em seguida, vendê-las para a HF GOVERNANÇA S/A pelo valor pactuado no *Contrato de Investimento*. Por esse motivo – arremata – a premissa adotada pela Fiscalização de que as operações em tela teriam servido apenas para fazer com que as participações societárias da impugnante mudassem de mãos não se sustenta.

21. Não teria havido, tampouco, simulação, nem se pretendeu reduzir a carga tributária da impugnante. Com efeito, o *Contrato de Investimento* demonstra que o único propósito para a subscrição e integralização das ações emitidas em 09/09/2010 foi o de vincular as pessoas físicas às obrigações estabelecidas no instrumento

contratual, possibilitando que o investimento se consumasse e que elas fossem recompensadas financeiramente.

Licitude das operações e inexistência de simulação

22. Argumenta que distinções entre os conceitos de *elisão* e de *sonegação* fiscais ensejam controvérsias, especialmente depois da introdução no ordenamento jurídico brasileiro da norma antielisiva, veiculada pelo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional – CTN – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

23. Destaca que o art. 14 da Medida Provisória nº 66, de 2002, não foi positivado na Lei nº 10.637/02, por esse motivo, não há no ordenamento jurídico dispositivo capaz de afastar como *ilícito atípico* os atos ou negócios jurídicos praticados com o objetivo de reduzir a carga tributária, quando não violem as demais regras legais, ainda que sejam contrários a determinados vetores do ordenamento jurídico, porque, *verbatim*:

(...) prevalece no Brasil o ambiente da legalidade, segundo o qual o contribuinte é livre para a prática de atos ou negócios jurídicos permitidos ou não vedados pela lei, inclusive com vistas à redução da carga tributária. Por essa razão, doutrinadores de escol defendem que a norma geral antielisiva nada mais fez do que explicitar a regra positivada no art. 149, VII, do CTN, que já permitiria às autoridades fiscais desconsiderarem os atos ou negócios jurídicos praticados com simulação, isto é, de forma ilícita, com o objetivo de ocultar a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Assim, a norma antielisiva seria, pura e simplesmente, uma norma antievasiva.

24. De acordo com a impugnante, há uma premissa fundamental para a análise de operações de planejamento tributário: apenas os atos ou negócios jurídicos praticados com dolo, fraude ou simulação podem ser desconsiderados pela Fiscalização, nos termos do art. 149, VII, do CTN.

25. A norma antielisiva – argumenta – trata da dissimulação do fato gerador, indicando que o legislador decidiu reprimir os atos ilícitos praticados pelos contribuintes e não os legítimos planejamentos tributários; por esse motivo, a jurisprudência do CARF sobre o assunto evoluiu para levar em conta três critérios para apurar a ausência de fraude: (a) licitude dos meios utilizados; (b) momento da ocorrência do fato gerador; e (c) inexistência de simulação.

26. Em relação ao último requisito, por seu turno, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprecia os seguintes elementos: (a) a existência de propósito negocial; (b) a adequada publicidade dada aos atos ou negócios jurídicos praticados; (c) a motivação para a eventual proximidade de datas entre os fatos sucessivos; (d) a presença de razões adequadas para que as operações tenham sido realizadas dentro de um mesmo grupo econômico; (e) a necessidade de simular os fatos; e, por fim, (f) se depois das operações discutidas, a situação jurídica voltou ao que era originalmente.

27. Continuando nessa linha argumentativa, a impugnante sustenta que, se há coerência entre as formas de direito privado adotadas e os negócios jurídicos realizados, não cabe ao Fisco desconsiderar o ato ou negócio jurídico do qual resulte redução do tributo.

28. Insiste que, no caso em tela, trata-se de elisão fiscal, haja vista que todos os atos praticados foram lícitos, antecederam a ocorrência do fato gerador, refletiram a real vontade das partes e tiveram propósitos de ordem comercial e econômica.

29. Em tais circunstâncias, caberia à Fazenda Pública demonstrar que a contribuinte agiu com o intuito doloso, valendo-se de uma situação não verdadeira (simulação) ou fazendo parecer inexistente uma situação real (dissimulação), para tanto, deveriam as Autoridades Fiscais comprovar a falsidade de um ou mais elementos das relações jurídicas negociais.

30. Repisa que um dos requisitos para que a transação comercial se consumasse era precisamente que os chamados “*sócios originais*” subscrevessem e integralizassem 297.635 ações ordinárias da HORTIGIL – que equivaliam a 15% do capital social da entidade – e, ademais, que transferissem para HF GOVERNANÇA S/A aquelas ações pelo valor de R\$ 35.000.000,00, na data do fechamento do negócio, obedecidas as demais cláusulas ajustadas.

31. Referidas cláusulas contratuais demonstrariam – segundo a impugnante – que o fechamento da negociação ocorreria no futuro, depois que os pré-requisitos estabelecidos pelo contrato preliminar – nos termos dos arts. 462 a 466 do Código Civil – fossem observados.

32. E assim, de fato, ocorreu, em 28/09/2010, as pessoas físicas referidas transferiram suas ações para a HF GOVERNANÇA S/A, cf. documentos às fls. 407-456 dos autos, em troca do preço ajustado para a venda, concluindo, desse modo, a negociação.

33. Em seguida, contesta a Fiscalização nos seguintes termos:

(...) Soma-se a isso o fato de que a Autoridade lançadora não demonstrou, nem por indícios, que a elevada quantia [R\$ 35 milhões] recebida pelas pessoas físicas foi posteriormente repassada para a Impugnante, como forma de desfazer a suposta simulação praticada ou neutralizar os seus efeitos indesejados. Aliás, o i. Auditor Fiscal nem sequer contestou o fato de que o pagamento das 297.635 ações "transferidas" para a HF Governança S/A foi feito diretamente para as pessoas físicas; ao contrário, juntou aos autos as declarações de imposto de renda de cada uma delas, revelando que elas apuraram e pagaram o ganho de capital decorrente da alienação das ações (fls. 534/669 do PTA).

34. Nessas circunstâncias – argumenta – se o objetivo da impugnante era vender sua participação acionária na HORTIGIL, valendo-se de operação simulada, deveria haver artifícios para que se revertesse a simulação e, assim, para que os valores pagos pela HF GOVERNANÇA S/A diretamente às pessoas físicas retornassem para a companhia; afinal, se simulação houvesse, a interessada não abriria mão da quantia auferida, que supostamente deixou de ser tributada.

35. Aduz a impugnante:

O que se nota, na verdade, é que as operações realizadas em 09/09/2010 (subscrição e integralização das ações pelas pessoas físicas) e em 28/09/2010 (venda das ações pelas pessoas físicas) geraram novas ações que foram vendidas por quem deveria vendê-las e, com isso, os R\$ 35.000.000,00 foram destinados a quem deveria efetivamente recebê-los pela venda das ações (aliás, por todos os motivos já expostos anteriormente). Com isso, conclui-se que nunca houve a transferência de ações de titularidade da Impugnante, tal como equivocadamente deduziu a Fiscalização.

36. O Contrato de Investimento – insiste – tinha por objetivo o investimento de R\$ 50 milhões de HF GOVERNANÇA S/A na HORTIGIL combinado com o pagamento dos R\$ 35 milhões às pessoas físicas, em razão da aquisição da

propriedade das ações pelo investidor em condições nas quais as pessoas físicas continuassem vinculadas ao negócio da companhia e, além disso, ficassem impedidas de exercer atividade concorrente. Não teria havido, pois, falsidade em relação aos elementos essenciais dos atos ou negócios jurídicos praticados, logo não se poderia falar em objetivos simulados, em especial, porque foi dada ampla publicidade a todos os negócios referidos.

Falta de apresentação dos contratos – Ausência de Recolhimento do IOF

37. A disciplina dos contratos de mútuo estatuída pelos arts. 586 a 592 do Código Civil, não proíbe que pessoas jurídicas emprestem recursos financeiros a seus sócios. Nessas circunstâncias, afirma a impugnante:

A realização de atos ou negócios jurídicos entre eles (empresa e seus sócios) não pode simplesmente ser taxada (sic) de indevida ou de ilegal.

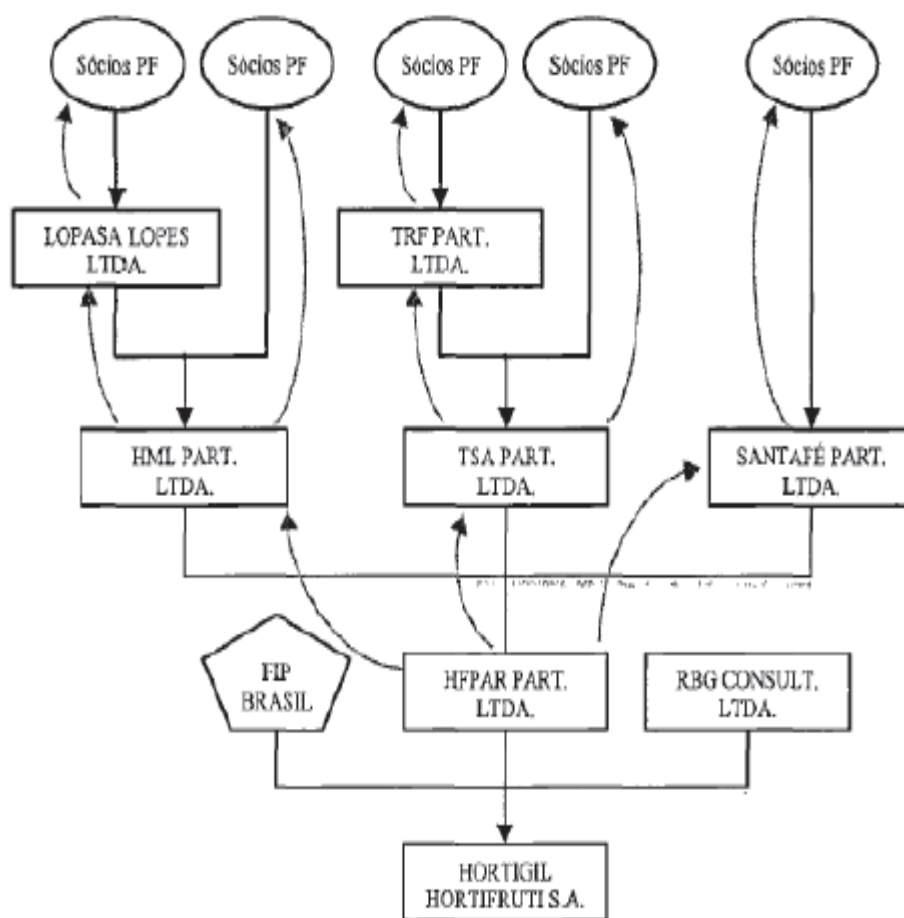
38. No caso concreto – acrescenta – como os sócios não dispunham dos recursos necessários para honrar a integralização das ações emitidas em 09/09/2010 (R\$ 2.856.696,00) e a impugnante, sim, “*nada mais natural*” que as partes celebrassem entre si um contrato de mútuo que permitisse concretizar o investimento na HORTIGIL, afora outras vantagens logísticas do procedimento adotado.

39. Como, no caso em tela, não há prova de falsidade dos mútuos celebrados entre a Impugnante e as pessoas físicas, o fato de os contratos de mútuo não terem sido oportunamente apresentados ou de não terem sido pagos:

(...) não quer dizer que os empréstimos destinados às integralizações não existiram, especialmente quando se leva em consideração que o Direito admite a figura dos contratos tácitos e que os contratos foram empregados a favor das pessoas físicas mutuárias e devidamente contabilizados pela impugnante.

40. Ao contrário – acrescenta – há provas diversas de que os recursos foram transferidos e empregados para os fins colimados pelos contratantes.

41. Não haveria, além do mais, interesse em simular esses mútuos, porque, considerando a estrutura societária da impugnante – conforme diagrama à fl. 900, reproduzido abaixo – seu controle direto era exercido por *holdings* pertencentes a pessoas físicas, desse modo, bastaria realizar sucessivas reduções de capital nessas sociedades, começando pela HF PARTICIPAÇÕES, para que as ações dessa na HORTIGIL fossem entregues às pessoas físicas a título de devolução de participação nas sociedades referidas. A devolução de ações da HORTIGIL para as pessoas físicas por expressa disposição do art. 22 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, poderia ser realizada pelo valor de mercado, não sujeita, à tributação a título de ganho de capital.



42. Traz ao feito, respeitável jurisprudência.

43. Sobre a materialidade dos instrumentos contratuais empregados para a celebração do mútuo, acrescenta:

(...) devido à grande (e surpreendente) relevância que foi dada pela Fiscalização aos instrumentos contratuais dos mútuos (priorizando a forma sobre a substância), malgrado os valores emprestados tivessem sido devidamente contabilizados pela Impugnante (priorizando a substância sobre a forma), ela, após o recebimento dos Autos de Infração, buscou exaustivamente estes contratos, tendo-os localizado em seus arquivos. Assim, em atenção ao princípio da verdade material, promove a sua juntada aos autos (doc. nº 13), certa de que eles poderão ajudar no esclarecimento dos fatos.

44. Tabela, à fl. 903, reproduzida abaixo resume os valores emprestados.

Tabela da Impugnante		Tabela do Fisco	
Pessoa Física	Valor Mutuado	Ações Subscritas	Valor da Integralização
Antônio T. Fachetti	R\$ 745.113,60	77.616	R\$ 745.113,60
Raquel S. Fachetti	R\$ 171.206,40	17.834	R\$ 171.206,40
Antônio H. M. Motta	R\$ 79.358,40	8.329	R\$ 79.358,40
Antônio Miotto	R\$ 90.979,20	9.477	R\$ 90.979,20
Carlos Alberto Lopes	R\$ 133.843,20	13.942	R\$ 133.843,20
Carlos Gilberto A. Lopes	R\$ 537.820,80	56.023	R\$ 537.820,80
Carlos Roberto Lopes	R\$ 40.713,60	4.241	R\$ 40.713,60
David Santos	R\$ 13.401,60	1.396	R\$ 13.401,60
Edas Lopes Junior	R\$ 429.024,00	44.690	R\$ 429.024,00
Fábio Antônio Hertel	R\$ 130.147,20	13.557	R\$ 130.147,20
Gustavo Hertel	R\$ 48.556,80	5.058	R\$ 48.556,80
João Eduardo Hertel	R\$ 275.174,40	28.664	R\$ 275.174,40
Marcelo Fachetti Waiandt	R\$ 9.321,60	971	R\$ 9.321,60
Osmar Daniel Macarini	R\$ 48.547,20	5.057	R\$ 48.547,20
Rogério Marcolano Suad	R\$ 74.937,60	7.806	R\$ 74.937,60
Sonia R. Lopes Dias	R\$ 28.550,40	2.974	R\$ 28.550,40
Total	R\$ 2.856.696,00	297.635	R\$ 2.856.696,00

45. Chama atenção para o fato de que os mutuários autorizaram que os valores emprestados fossem empregados para liquidar a integralização das ações da HORTIGIL – cf. cláusula 1.2 do contrato. Ademais, a entrega dos recursos diretamente à sociedade empresária argúi – não desqualifica o negócio jurídico realizado.

46. Quanto à ausência de pagamentos, destaca que o prazo estabelecido pelos contratos de mútuo: 5 anos – cf. cláusula 3.1 – invalida a tese da Autoridade Fiscal *a quo* de que esse seria um elemento a indicar a falsidade do negócio jurídico em tela.

47. Aduz que os documentos objeto da discussão foram registrados perante os órgãos e autoridades pertinentes, em especial o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – fato esse de conhecimento da Autoridade Fiscal.

48. Justifica em seguida a contratação dos serviços de RGB Consultoria para selecionar o melhor investidor e condições do negócio, com o argumento de que se trata de negócio comum, corriqueiro e lícito.

Anterioridade ao fato gerador.

49. Alega a impugnante que as operações objeto da lide antecederam à ocorrência do *fato gerador*, cuja materialização se deu com a venda das ações pelas pessoas físicas para a investidora, assim, não é possível sustentar que os atos e negócios jurídicos foram praticados com o objetivo de afastar a ocorrência do fato gerador, haja vista que tanto a contratação do mútuo, quanto à subscrição e integralização das ações emitidas pela HORTIGIL, ocorreram em 09/09/2010, data anterior à alienação para a investidora, promovida em 28/09/2010.

50. Assim – conclui – a venda das ações não poderia ter sido desconsiderada, ainda que o objetivo dessa operação fosse gerar economia tributária para a Impugnante.

Multa de ofício

51. A Medida Provisória nº 685 de 22/07/2015 criou a obrigação de os contribuintes declararem à Secretaria da Receita Federal do Brasil até 30 de

setembro de cada ano, o conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo.

52. Referida MP permite que os contribuintes dêem conhecimento ao Fisco dos atos que impliquem redução de tributo, inclusive os negócios jurídicos indiretos, pouco usuais ou as situações mencionadas por ato normativo da RFB.

53. A regra é que os contribuintes demonstrem a razão de ser dos atos e negócios jurídicos praticados e, em contrapartida, se beneficiem da possibilidade de, mesmo em caso de discordância por parte do Fisco, recolherem os tributos acrescidos apenas dos juros de mora. Entende a contribuinte que, nessas circunstâncias, nem mesmo a multa de ofício (de 75%) deveria ser aplicada, caso a RFB não concordasse com as operações praticadas. Argumenta que o caso em tela não poderia ser qualificado de "*planejamento tributário agressivo*", logo, não haveria sentido em se manter as sanções, seja de 150%, seja de 75%, haja vista que "*mesmo condutas teoricamente mais capazes de dano e mais reprováveis*" tornaram-se isentas de penalidade

54. Dado que não houve fraude, cuja demonstração caberia ao Fisco prover, não seria cabível igualmente a qualificação da multa, posto que o agravamento da sanção não poderia ser deixado à "*mercê da subjetividade ou da discricionariedade das autoridades fiscais*".

55. Traz ao feito, em seu favor, abundante e respeitável jurisprudência administrativa.

Compensação dos valores tributados nas pessoas físicas a título de Imposto de Renda

56. Alega, ainda, que é dever da Fazenda Pública excluir do montante exigido os valores recolhidos pelas pessoas físicas, discriminada na tabela à fl. 918 dos autos.

57. Traz ao feito, jurisprudência administrativa a respeito da questão.

58. Conclui, pedido que seja dado provimento à impugnação com o conseqüente cancelamento dos Autos de Infração e sucessivamente: o cancelamento da multa qualificada; a redução da multa qualificada para o percentual de 75%, ou a compensação dos valores pagos indevidamente pelas pessoas físicas a título de imposto de renda.

59. É o que importa relatar.

Na seqüência, foi proferido o Acórdão nº 06-54.656, pela 1ª Turma da DRJ/CTA, julgando improcedente a impugnação apresentada, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

ATO SIMULADO.

Comprovada a simulação, cabe à fazenda pública desconsiderar os efeitos dos atos viciados, para fins fiscais, não sendo necessária a prévia manifestação judicial a respeito da validade do ato viciado para que se operem conseqüências no plano da eficácia tributária.

NORMA GERAL ANTIELISIVA.

O parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional tem por escopo criar uma possibilidade de descaracterizar negócios lícitos a fim de submetê-los à tributação. Portanto, o disposto no artigo não inclui atos e negócios jurídicos viciados, em função da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que sempre puderam ser desconsiderados, tendo em vista o que dispõe o art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional.

AUTO DE INFRAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA, CARENTE DE REGULAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE APLICAÇÃO DA NORMA.

Estando as situações de simulação ou dissimulação, realizadas com fraude, regidas pelo artigo 149, VII, do CTN, e não pelo artigo 116, par. único, não pode prosperar a pretensão de ver nulificado o procedimento fiscal, com base na suposta aplicação desse último dispositivo, quando isso não ocorreu.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Após ser intimada, a empresa autuada apresenta, tempestivamente, Recurso Voluntário, através de representante legal, pugnando por provimento, onde apresentam argumentos que serão a seguir analisados.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso apresentado é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, dele conheço.

DA ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO**Primeira Votação**

O cerne da controvérsia reside na verificação de suposta ausência de tributação de ganho de suposto ganho de capital auferido pela recorrente no ano-calendário de 2010, decorrente da venda de ações da Hortigil Hortifruti S/A, companhia da qual detinha 100% do capital subscrito e integralizado.

No entender da fiscalização, a empresa autuada praticou simulação, materializado na realização de planejamento tributário abusivo que teve por único objetivo

ocultar a ocorrência do fato gerador tributário. Confirma-se os termos do "Relatório Fiscal de Verificação de Infração", transcritos a seguir:

“No caso em tela, percebe-se facilmente que subscrição das ações da Hortigil Hortifruti S/A em 09/09/2010 para as pessoas físicas (pessoas ligadas à HF Participações S/A), com a renúncia do direito de preferência da HF Participações S/A tem como único propósito buscar tributação mais favorecida. Na verdade, o negócio jurídico nem ao menos encontra lastro documental satisfatório ou suficiente, haja visto que as ações não foram integralizadas pelos subscritores sob alegação de que a HF Participações S/A o faria, a conta dos subscritores, por conta de um contrato de mútuo pactuado. Todavia, os contratos de mútuo não se encontram materializados e formalizados em contrato, haja vista que não foram apresentados pelo sujeito passivo à fiscalização, e tampouco a suposta obrigação parcialmente ou totalmente quitadas pelos mutuários. Outra evidência que consolida o nosso entendimento é que a HF Participações S/A não declarou em DCTF no ano de 2010 (Doc. 60), nenhum valor a título de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), imposto que seria de sua responsabilidade.

Fica evidenciado, por todo o exposto, que a subscrição de ações em 09/09/2010, nunca pretendeu admitir novos acionistas pessoas físicas na Hortigil Hortifruti S/A, mas tão somente fazer com que as participações societárias mudassem de dono conforme o Contrato de Investimento de 30/08/2010. Há portanto o descasamento entre a vontade aparente, aquela manifestada nos atos formais e exteriores, e a vontade real, aquela que se exsurge da comparação entre a situação inicial e a final obtida. Toda a sequência dos atos praticados tem o intuito de apenas ocultar a ocorrência do fato gerador tributário. Desta forma, não pode ser oponível ao fisco uma operação que objetivou e efetivamente resultou na redução da carga tributária, e na qual, de fato quem subscreveu e efetuou a transferência das ações para a HF Governança S/A (FIP Brasil) foi a HF Participações S/A, configurando portanto, planejamento tributário abusivo.”

Por outro lado, a recorrente sustenta a legitimidade dos atos de subscrição/integralização e posterior venda das ações pelas pessoas físicas, vez que foram realizados de acordo com o instrumento contratual celebrado, aduzindo que embora a recorrente tenha apresentado todos os instrumentos relativos à negociação (contratos, atas de assembleias, acordo de acionistas, etc), no curso da investigação, a Autoridade Lançadora se agarrou exclusivamente a aspectos formais dos atos praticados, sem sequer indagar ao contribuinte as razões que motivaram a adoção das formas utilizadas, afastando-se, desse modo, da verdade material.

Pontua que, ao contrário do que afirmado pela fiscalização, o caso em apreço não é de simulação e sim, de elisão fiscal, posto que todas as operações foram concretizadas por quem deveria concretizá-las e geraram direitos e obrigações a quem deveriam gerar, pois foi demonstrado que o "Contrato de Investimento" celebrado em 30/08/2010, não teve o escopo de formalizar a prática de atos inexistentes ou divergentes da vontade real perseguida pelas partes envolvidas (atos simulados), e sim, dar total publicidade e transparência a cada uma das operações necessárias à concretização do negócio jurídico pretendido e ultimado, entre elas a venda das ações da Companhia pelas pessoas físicas.

Por fim, acusa que a decisão recorrida alterou o critério jurídico adotado para os lançamentos em questão. Pontua que se antes, dizia a fiscalização que os atos foram simulados em virtude da *"ausência de lastro documental satisfatório ou suficiente"* para comprovar a efetividade dos mútuos, agora, quando do julgamento, passou-se a dizer que *"o*

negócio é simulado se não há motivo para sua realização, ou se ele for incompatível com o núcleo do negócio adotado, além de haver inadequação entre o motivo real e o motivo aparente". Ou seja, na ótica da recorrente, se antes não havia o interesse (vontade real) de admitir as pessoas físicas no quadro acionário da Hortigil, agora, considerando que a recorrente expôs os motivos para essa admissão, a DRJ diz ser ela desnecessária para o negócio jurídico concretizado.

Pois bem. Delimitada, sinteticamente, a lide, passa-se a análise dos fatos e argumentos apresentados:

Da subscrição, integralização e venda das ações da Hortigil pelas pessoas físicas. Razões estratégicas, comercial e econômica (extra tributárias)

Entendo razoável a argumentação trazida pela recorrente, no sentido de demonstrar a presença de propósito negocial, em face da necessidade de se manter as pessoas físicas contratualmente vinculadas ao controle da Hortigil. Partindo do pressuposto de que o controle da Hortigil sempre foi exercido pelas pessoas físicas que a fundaram, pertencentes a núcleos familiares distintos e cujos interesses na Companhia eram exercidos por meio de diferentes holdings familiares, pontuou a recorrente que seria imprescindível para a HF Governança S/A a elaboração de um instrumento contratual que fosse capaz de impedir que os interesses individuais dessas pessoas **prejudicassem o investimento**, o que de fato ocorreu quando foi firmado, em 30/08/2010, o "Contrato de Investimento" preliminar e, em 28/09/2010, o "Contrato de Acionistas".

Da análise do "Contrato de Investimento", vê-se que ele trouxe como condição precedente para a realização do aporte a subscrição e integralização, pelas pessoas físicas, das 297.635 novas ações emitidas pela Hortigil em 09/09/2010, representativas de 15% (quinze) por cento do capital social direto da Companhia. E estabeleceu, também, a obrigação de as pessoas físicas enviarem para a HF Governança S/A, a documentação comprobatória da subscrição e integralização das ditas ações, para que ela tivesse a certeza de que a condição foi cumprida. Noutros termos, a conclusão do investimento dependia do cumprimento desta condição precedente.

Veja-se, nesse sentido, o que dispuseram os itens 5.1.1 e 5.1.2 do contrato:

“V. CONDIÇÕES PRECEDENTES.

5.1. São condições precedentes para a aquisição das Ações dos Acionistas Originais e subscrição das Novas Ações Ordinária, e cumprimento das demais disposições deste Contrato, e deverão ter sido devidamente cumpridas até a Data do Fechamento, as providências listadas abaixo (“Condições Precedentes”):

5.1.1 Subscrição e integralização, pelos Acionistas Originais, de 297.635 (duzentas e noventa e sete mil, seiscentas e trinta e cinco) ações ordinárias, representativas de 15% (quinze por cento) do capital social de HORTIFRUTI;

5.1.2 Envio de documentação comprobatória da subscrição e integralização das Ações dos Acionistas Originais pelos Acionistas Originais para o FIP BRASIL.”

Portanto, impõe-se o reconhecimento de razões relevantes, de natureza estratégica, comercial e econômica, para que as pessoas físicas fossem diretamente trazidas para o quadro acionário da Hortigil: fazer com que elas figurassem nos contratos como

PARTES e não meros anuentes, obrigando-as de forma definitiva e garantindo à HF Governança S/A que elas continuariam participando e depositando o seu interesse no negócio da Companhia. Ora, se o sucesso da empresa e a sua futura expansão estavam diretamente ligados ao conhecimento das pessoas físicas, não se pode negar que a realização do investimento dependia da certeza - pela investidora - de que essas pessoas, direta ou indiretamente, não se desligariam do negócio.

Embora incomum, entendo razoável sustentar que a investidora, com essas exigências, quis minimizar seus riscos, garantindo que os controladores permaneceriam nessa situação e com montantes investidos que assegurassem, mais do que controle, o interesse e a participação diuturnas no negócio.

Assim, merece reparos a decisão recorrida ao ratificar alegação fiscal de que subscrição de ações em 09/09/2010, nunca pretendeu admitir novos acionistas pessoas físicas na Hortigil Hortifruti S/A. Penso que o "Contrato de Investimento" e o "Contrato de Acionistas" demonstram que a emissão das ações em 09/09/2010 tinha a finalidade de propiciar a entrada da nova investidora na Hortigil, o que, por questões estratégicas, comerciais e econômicas, demandava que a subscrição e integralização fossem feitas pelas pessoas físicas.

**Da Inexistência de simulação capaz de motivar
a desconsideração do negócio jurídico praticado.**

Como se viu, a presente lide tem como ponto central a controvérsia consistente na subscrição e integralização pelas pessoas físicas das ações emitidas pela Hortigil em 09/09/2010, bem como a sua posterior venda para a HF Governança S/A em 28/09/2010.

Tanto a fiscalização como a própria decisão recorrida identificaram nessas operações a prática de simulação, aduzindo as seguintes razões:

(a) as ocorrências que resultaram na subscrição das ações pelas pessoas físicas e na sua posterior venda para a HF Governança S/A foram previamente pactuadas pelas partes, isto é, antes mesmo da efetiva transferência das ações. Ou seja, as tratativas para a realização das operações foram precedentes à subscrição feita em 09/09/2010, demonstrando que esta apenas foi parte da aquisição de 30% das ações da Hortigil pela HF Governança S/A, junto à própria Recorrente; e,

(b) a integralização das ações emitidas em 09/09/2010 foi feita com recursos da Recorrente, por conta e ordem das pessoas físicas que fizeram a subscrição, em razão de contratos de mútuo celebrados entre elas. Todavia, tais contratos não existiriam na realidade, pois não foram apresentados pela Recorrente e também não foram adimplidos pelos mutuários, inexistindo, ademais, o pagamento de IOF sobre as quantias mutuadas.

Com as devidas vênias ao trabalho desenvolvido pela fiscalização e aos fundamentos trazidos pela DRJ no acórdão recorrido, penso diferente, motivado pelo entendimento de que as razões acima arroladas não representam irregularidade ou motivo para a cobrança de tributos.

Com referência à acusação de simulação, para que seja identificada no caso em apreço, há de se verificar se há ou não casamento entre a vontade aparente (manifestada nos instrumentos formais) e a vontade real (refletida nas operações praticas), assim como na compatibilidade entre a causa e a substância das operações executadas.

Alinho-me ao entendimento de que um ato ou negócio jurídico apenas poderá ser considerado simulado ou dissimulado, quando a Fazenda Pública demonstrar a inexistência dos seus elementos essenciais (sujeitos, objeto e causa), isto é, quando comprovar que o contribuinte efetivamente agiu como o intuito de enganar sobre a existência de uma situação não verdadeira (simulação) ou sobre a inexistência de uma situação real (dissimulação). Portanto, apenas se forem falsos um ou mais elementos que conformam a estrutura da relação jurídica negocial, haverá a sua nulidade.

No caso vertente, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, penso haver efetividade e licitude nas operações realizadas.

Conforme se viu, no dia 30/08/2010, a recorrente (enquanto controladora direta da Hortigil) e as pessoas físicas (enquanto controladoras indiretas da Hortigil), celebraram "Contrato de Investimento" com a HF Participações S/A, que teve por objetivo a realização, por parte desta última, de um investimento de R\$ 85.000.000,00 na Hortigil. Por meio desse contrato, então, as partes envolvidas na negociação acordaram seus direitos e obrigações.

Os principais propósitos do referido instrumento contratual foram: i) vincular as pessoas físicas às cláusulas que restringiam a alienação das ações da Hortigil e impediam o exercício de atividade similar à da Companhia; e, ii) compensar financeiramente as pessoas físicas pelas restrições aos seus direitos. As razões que considere razoáveis para o estabelecimento dessas cláusulas, consistem no impedimento que essas pessoas se afastassem e perdessem o interesse pelo negócio desempenhado pela Companhia, além de impedir que também utilizassem o seu *Know how* de forma concorrente.

Para que os propósitos contratuais fossem cumpridos, o item 5.1.1 (cláusula v) do aludido instrumento, estabeleceu, como condição precedente para a concretização do investimento, que as preditas pessoas físicas subscrevessem e integralizassem 297.635 ações ordinárias da Hortigil, representativas de 15% do seu capital social, como também previu (itens 6.1.1 e 6.1.4), a obrigatoriedade de, na data do fechamento, estas pessoas físicas assinarem o Livro de Transferência de Ações da Hortigil, transferindo para a HF Governança a totalidade das suas ações, mediante o pagamento do preço ajustado, ocasião em que restaria concluída a operação de aquisição das ações das pessoas físicas pela investidora.

As cláusulas contratuais citadas demonstram que o fechamento da negociação ocorreria no futuro, após cumprimento de condições precedentes. Diante disso, em 30/08/2010, as partes celebraram um contrato preliminar, em conformidade com o que prevêm os artigos 462 a 466 do Código Civil.

Entendo que o fato em tela é corroborado pela circunstância de que, em 28/09/2010, as pessoas físicas transferiram as ações para a HF Governança S/A (fls. 407/456 do PTA) e receberam desta o preço ajustado para a venda, concluindo a negociação. Assim, penso que não restam dúvidas quanto à materialidade das operações de subscrição e integralização das ações da Hortigil pelas pessoas físicas; de alienação dessas ações para a HF Governança e de recebimento do respectivo preço de venda pelas pessoas físicas. Não vejo nenhuma ilegalidade ou ilicitude na celebração de um contrato preliminar que tenha como propósito a aquisição de um bem futuro, como é o caso das ações que foram subscritas e integralizadas pelas pessoas físicas e posteriormente alienadas para a investidora.

Por assim, penso ainda que o simples fato de as ações terem sido subscritas pelas pessoas físicas e integralizadas com recurso da recorrente - por conta e ordem daquelas - não desnatura o fato concreto de que quem efetivamente adquiriu e vendeu essas ações para a HF Governança foram as pessoas físicas. E a confirmação dessa assertiva decorre do fato de que foram elas que receberam da investidora os R\$ 35.000.000,00 relativos à venda das ações e pagaram, por conseguinte, o imposto de renda apurado sobre o ganho de capital (fls. 1010/1024).

Acrescente-se que a Autoridade Lançadora não demonstrou, nem por indícios, que a elevada quantia recebida pelas pessoas físicas foi posteriormente repassada para a recorrente, como forma de desfazer a suposta simulação praticada ou neutralizar os seus efeitos indesejados. Aliás, neste particular, percebe-se que a fiscalização não se contrapôs ao fato de que o pagamento das 297.635 ações "transferidas" para a HF Governança foi feito diretamente para as pessoas físicas; ao contrário, juntou aos autos as declarações de imposto de renda de cada uma delas, revelando que apuraram e pagaram o ganho de capital decorrente da mencionada alienação.

Assim, concluo que inexistiu transferência de ações de titularidade da recorrente, bem assim a prática de simulação, não havendo que se falar em falsidade em relação aos elementos essenciais dos atos ou negócios praticados, muito menos que o "Contrato de Investimento" foi celebrado com o objetivo de simular uma operação inexistente ou dissimular uma operação real.

Com referência ao fato constatado pela fiscalização de que as ações subscritas pelas pessoas físicas foram integralizadas com recursos da recorrente, por conta e ordem daquelas, em razão de contratos de mútuo celebrados, sem que, no entanto, fossem apresentados os respectivos contratos e comprovantes de quitação, somando-se ainda a inexistência de recolhimento de IOF por parte da recorrente (mutuante), vale aqui uma consideração a respeito.

Além do mútuo se encontrar disciplinado no Código Civil, inexistiu qualquer dispositivo legal que proíba uma empresa emprestar recursos financeiros aos seus sócios. A realização de atos ou negócios jurídicos entre eles não pode simplesmente ser tachado de indevida ou de ilegal, ainda mais, se a empresa em questão é um ponto de concentração de interesses comuns de grupos que se associam, como era no caso da recorrente, que concentrava todos os investimentos comuns dos três grupos familiares.

Por assim, não se pode concluir que o fato de as ações terem sido integralizadas com recurso da recorrente, por conta dos mútuos realizados, desnatura a real natureza da operação praticada, qual seja, subscrição e integralização das ações pelas pessoas físicas. Pressupondo que elas não dispunham de recursos necessários à integralização das ações emitidas em 09/09/2010, na cifra de R\$ 2.856.696,00, mas a recorrente possuía, entendo como razoável, nestas circunstâncias, que ela os emprestasse.

Também não vejo relevância jurídica o fato de os contratos não terem sido apresentados ou pagos até o momento da investigação fiscal. Ora, isso não significa que os referidos contratos inexistem, especialmente quando se leva em consideração que o Direito admite até mesmo a figura dos contratos tácitos e que os mútuos foram efetivamente empregados a favor das pessoas físicas mutuárias e devidamente contabilizadas pela recorrente (fls. 1026/1032).

Acrescente-se a este fato que a própria Ata da AGE realizada em 09/09/2010 (fls. 457-467 do PTA) menciona que a integralização das ações pela recorrente estava sendo feita por conta e ordem das pessoas físicas, o que demonstra a publicidade e transparência a respeito da origem dos recursos utilizados para a integralização do capital, o que não se coaduna com a alegação de fraude ou simulação.

Assim, devem ser rejeitadas as considerações sobre a alegada existência de simulação, impondo-se a conclusão de que as operações praticadas são lícitas, reais e resultaram do regular cumprimento da legislação em vigor.

Da multa qualificada

Diante da improcedência dos lançamentos tributários de IRPJ e CSLL, entendo desnecessário analisar a aplicação da multa qualificada.

Segunda Votação

Vencido em primeira votação, impõe-se analisar a preliminar suscitada, e demais aspectos abordados no recurso voluntário.

Da preliminar de alteração do critério jurídico dos lançamentos e os fundamentos da impugnação apresentada

Alega a recorrente que a DRJ alterou o critério jurídico adotado para os lançamentos, sustentando que o Auditor Fiscal se apegou exclusivamente aos aspectos formais dos atos jurídicos praticados, e a DRJ/CTA atribuiu total relevância ao princípio da verdade material e à aplicação da substância sobre a forma.

Os fundamentos jurídicos da autuação encontram-se descritos no TVF, da seguinte forma:

As pessoas físicas ligadas figuram no Contrato de Investimento, como partes e qualificadas como **"acionistas originais"**. Fato é que na data de celebração do contrato, estas pessoas não faziam parte do quadro acionário da Hortigil Hortifruti S/A, mas tão somente da HF Participações S/A. Constam como parte a partir da consideração de que irão subscrever e integralizar 297.635 (duzentas e noventa e sete mil, seiscentas e trinta e cinco) ações da Hortigil Hortifruti S/A. Fica patente no contrato a obrigação dos "acionistas originários" em transferir todas as ações a serem subscritas, 15% (quinze por cento) para a FIP Brasil (conforme cláusulas 2.1 b e 3.1 do referido contrato). O próprio contrato de financiamento traz como condição precedente para aquisição das ações pela FIP Brasil, na cláusula 5.1.1, a subscrição e integralização pelos acionistas originais, dos 15% (quinze por cento) do capital social. Entretanto, restou comprovado que a integralização foi de fato efetuada pela HF Participações S/A.

Desta forma, verifica-se que as tratativas para realização da operação ocorreram antes da subscrição de 09/09/2010. Ou seja, toda a subscrição de 09/09/2010, foi apenas parte do processo de aquisição de 30% (trinta por cento) das ações da Hortigil Hortifruti S/A pela FIP Brasil junto à HF Participações S/A. Com este artifício, a HF Participações S/A promove uma apuração de ganho de capital mais benéfica visto que nas pessoas físicas (seus acionistas) a alíquota é de 15% (quinze por cento), e nas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração pelo lucro real, caso da HF Participações S/A em 2010, é considerada receita financeira e causa aumento do valor tributável ou redução do prejuízo a ser compensado.

Da leitura do TVF percebe-se que a autoridade fiscal acusa que o procedimento realizado pela recorrente é artificioso, e que os contratos de mútuo vieram a corroborar a acusação, pois revelariam a ausência de capacidade financeira para efetivar a operação por parte das pessoas físicas.

Portanto, a prática de simulação encontra-se devidamente explicada e detalhada na acusação fiscal, representada pelo trecho do TVF acima reproduzido, o que é compatível com o quanto decidido pela DRJ, que apresentou as razões pelas quais concorda com o lançamento fiscal.

O fato de o julgador ter apresentado maiores detalhes sobre a "essência da simulação", não implica numa inovação aos fundamentos jurídicos, pois possui liberdade para fundamentar sua convicção, desde que se atenha aos fatos "denunciados" e à tipificação da conduta.

Assim, não havendo alteração nestes elementos do lançamento, isto é, não havendo nova acusação que não constava da peça inaugural, não há que se falar em alteração de critério jurídico pela autoridade julgadora, decorrente do mero detalhamento dos fundamentos de sua decisão.

Rejeita-se, assim, a preliminar alegada.

Da redução da multa qualificada

Quanto ao tópico, alega a recorrente que ao aplicar a multa de ofício no percentual de 150%, a Autoridade Fiscal se ancorou exclusivamente na pretensa existência de simulação, sem sequer expor as razões pelas quais, na sua compreensão, a recorrente teria agido, de forma consciente, para incorrer nas ações ou omissões ilícitas caracterizadoras da fraude ou da sonegação.

De fato, para aplicar a multa qualificada, a fiscalização baseou-se unicamente no artigo §1º, do art. 44, da Lei 9.430/96, sem fazer menção a qual das hipóteses da Lei 4.502/1964 a autuação fiscal esteve baseada.

Confira-se, nesse sentido, trecho do TVF sobre a qualificação da multa de ofício:

Caracterizou-se no presente procedimento fiscal a intenção simulatória da HF Participações S/A através da subscrição de ações a pessoas físicas ligadas e posterior transferência das mesmas à HF Governança S/A (FIP Brasil) com intuito de reduzir a tributação sobre o ganho de capital resultante do ágio na venda de ações.

As operações simuladas demonstradas no item 4, revelam a deliberada intenção de ocultar o conhecimento por parte do Fisco dos fatos geradores efetivamente ocorridos.

Pelas circunstâncias descritas, conclui-se pela aplicação da multa qualificada sobre o IRPJ e CSLL, consoante artigo 44 da Lei nº 9.430 de 27.12.1996.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(Redação dada pela Lei no 11.488, de 15 de junho 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 declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei no 11.488, de 15 de junho de 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 15 de junho de 2007) (grifo nosso)

Assim, vê-se que os agentes fiscais aplicaram a multa de ofício qualificada de 150%, sob o entendimento de que restou caracterizada *a intenção simulatória da recorrente, através da subscrição de ações a pessoas físicas ligadas e posterior transferência das mesmas à HF Governança S/A com intuito de reduzir a tributação sobre o ganho de capital resultante do ágio na venda de ações*, revelando, na visão da fiscalização, deliberada intenção de ocultar o conhecimento por parte do fisco dos fatos geradores efetivamente ocorridos.

Ocorre que o mencionado §1º, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 não faz menção à **simulação**, estabelecendo tão-somente a exasperação da multa de ofício "nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, (...).

Logo, para adequadamente ser aplicada a multa de 150%, seria imprescindível a identificação da conduta praticada pelo contribuinte: se sonegação, fraude ou conluio; e como isso não ocorreu, não há como subsistir a aplicação da multa qualificada ao caso, por carecer de suporte material.

Por outro lado, para que se possa cogitar da duplicação da multa de ofício, é necessário identificar qual das ações ou omissões dolosas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64 foram praticadas, sendo assim indispensável, ainda, a comprovação do dolo.

Ora, não basta a intenção de reduzir a tributação, sendo necessário ainda, a comprovação de que o contribuinte, ao buscar tal resultado, adote conduta que contrarie uma norma imperativa, praticando, assim, um ato típico.

No caso vertente, não se verifica norma imperativa tenha sido contrariada. Na verdade, o que se vê é a prática de condutas expressamente permitidas, seja pela legislação comercial, seja societária, que possa levar a exasperação da multa. A irregularidade apontada (simulação), jamais poderia ser motivo para qualificar a multa de ofício, diante da ausência da conduta dolosa (intenção + prática de atos ilícitos).

Por fim, vale dizer que as operações realizadas pelo recorrente foram dotadas de publicidade, bem como divergência de interpretação acerca da validade do planejamento tributário não caracteriza hipótese de fraude, dolo ou conluio, e por isso não constitui motivo para aplicação da multa qualificada de 150%.

No CARF, há precedentes que adotaram fundamentos semelhantes ao aqui sustentados:

(...) Ora, se as operações realizadas pela recorrente, todas elas, foram dotadas da máxima carga de publicidade; se as operações praticadas resultaram informações ao FISCO de sua ocorrência; se as operações foram realizadas com base em doutrina e jurisprudência que lhe atestam a validade e eficácia; se os atos praticados pelo contribuinte não foram simulados (aqui entendido como simulação absoluta); se por fim, os atos societários praticados, isoladamente considerados, são válidos - daí a afirmação da recorrente de que em verdade praticara negócio jurídico indireto -, não vejo como manter-se a multa qualificada. Isso em razão da própria aplicação do artigo 112 do CTN, ou porque, sobretudo, dos autos do processo não vejo como extrair-se das condutas praticadas pela recorrente a presença de dolo específico como vontade de agir, pressuposto da aplicação, penso, da multa qualificada (...)

(Acórdão nº 107-08.837, proferido pelo Conselheiro Natanael Martins)

Com estes fundamentos, entendo que a multa qualificada deve ser reduzida ao percentual de 75%.

Da necessidade de dedução dos valores tributados nas pessoas físicas a título de Imposto de Renda

Pondera a recorrente seja deduzido do montante do imposto e do adicional calculados o valor do tributo que já havia sido pago pelas pessoas físicas, na cifra de R\$ 4.821.405,56. O referido valor foi pago em razão do ganho de capital decorrente da alienação das ações.

Sustenta que ser dever da Fazenda Pública proceder à citada exclusão, pois a cobrança de valores já pagos é inaceitável e resulta no enriquecimento ilícito da União Federal, e atenta contra o princípio da moralidade administrativa e contra o próprio Estado de Direito. Aduz que a operação realizada é uma só: a venda de participação societária a um investidor; e que as pessoas físicas não só declararam como pagaram o imposto decorrente do ganho de capital.

Pois bem. Primeiro ponto a consignar é que não se trata de compensação tributária, e sim, de necessidade de requalificação dos pagamentos efetuados pelas pessoas físicas em razão da própria desconsideração, para fins fiscais, dos atos e negócios jurídicos praticados. Tratando-se de desconsiderar operações e requalificar o ganho de capital declarado e pago pelas pessoas físicas para atribuí-lo à recorrente, deve-se, então, penso, que o mesmo tratamento deve ser dispensado aos pagamentos efetuados sobre esse mesmo ganho de capital.

Com efeito, neste contexto, não se podem utilizar medidas diferentes para endereçar atos jurídicos decorrentes de um mesmo suporte fático, conferindo diferentes tratamentos, para fins fiscais, ao ganho de capital decorrente da venda das ações da Hortigil e aos recolhimentos tributários calculados sobre esse mesmo ganho. Trata-se de uma questão de coerência interna do lançamento: se a titularidade do ganho de capital pelas pessoas físicas foi alterada, o mesmo deve ser feito em relação aos pagamentos efetuados.

Portanto, como o ganho de capital auferido foi atribuído à recorrente, então, os recolhimentos a título de IRPF incidente sobre esse mesmo ganho de capital também devem ser requalificados, já que o suporte fático é exatamente o mesmo.

Nesse sentido, cita-se os seguintes precedentes do CARF:

RECURSO DE OFÍCIO. PAGAMENTO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. APROVEITAMENTO NA AUTUAÇÃO DE IRPJ. MESMO SUPORTE FÁTICO. Em autuação fiscal, no qual restou comprovada a incidência de ganho de capital sobre o imposto de renda pessoa jurídica dando causa aos lançamentos de ofício de IRPJ, devem se aproveitados os valores pagos a título de ganho de capital pessoa física efetuados pelo contribuinte apurados com base no mesmo suporte fático. (CARF. Ac. 1103-001.149, 1ª Câmara, 3ª Turma Ordinária. Rel. Cons. André Mendes de Moura. J. 26.11.14).

(...) INEFICÁCIA PERANTE O FISCO. NEGÓCIO JURÍDICO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA DESPROPOSITADA. FALTA DE SUBSTÂNCIA. Negócios jurídicos celebrados, apesar de válidos entre as partes, não necessariamente mostram-se aptos a serem oponíveis ao Fisco. Tais atos encontram-se submetidos à análise de ordem preliminar, para se verificar sua eficácia, antes mesmo de se apreciar outras questões, como ocorrência de dolo, simulação ou mesmo a ocorrência de vícios. E, nos autos, restou demonstrado, e maneira exaustiva, que as organizações societárias empreendidas pelo grupo econômico não repercutem na esfera tributária. A utilização de empresa fictícia mostrou-se completamente descontextualizada, com o objetivo único de permitir a transferência da tributação do ganho de capital da pessoa jurídica para os sócios pessoa física, razão pela qual foi desconsiderada, de maneira acertada, pela autoridade tributária. VALORES PAGOS DE GANHO DE CAPITAL PESSOA FÍSICA. DEDUÇÃO NA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL PESSOA JURÍDICA. Valores pagos a título de imposto de renda pessoa física referente ao ganho de capital apurado pelos sócios da empresa devem ser considerados na apuração do ganho de capital do imposto de renda pessoa jurídica lançado de ofício. (...)

(CARF. Ac. 1103-001.016, 1ª Câmara. 3ª Turma Ordinária. Rel. Cons. André Mendes de Moura. J. 13.03.14)

A mesma posição é adotada pelo CARF na situação inversa, na qual os pagamentos foram realizados pela pessoa jurídica, mas os rendimentos tributados foram atribuídos pela fiscalização à pessoa física, caso em que também ficou decidido que os valores recolhidos pela pessoa jurídica devem ser abatidos do imposto de renda cobrado da pessoa física:

IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS FÍSICA - São rendimentos da pessoa física para fins de tributação do Imposto de Renda aqueles provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos, funções e quaisquer proventos ou vantagens, gratificações, honorários, entre outras denominações. IRPF - LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA - Quando os rendimentos da pessoa física sujeitarem-se tão-somente ao regime de tributação na declaração de ajuste anual e independentemente de exame prévio da autoridade administrativa, por caracterizar-se lançamento por homologação, o prazo decadencial tem início em 31 de dezembro do ano-calendário, tendo o Fisco cinco anos, a partir dessa data, para realizar o lançamento de ofício.

(...)

APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - Devem ser aproveitados na apuração de crédito tributário os valores arrecadados sob o código de tributos exigidos da pessoa jurídica cuja receita foi desclassificada e convertida em

rendimentos da pessoa física, base de cálculo de lançamento de ofício. Recurso provido parcialmente. (CC Ac. 106-14.244, 6ª Câmara. Rel. Cons. José Ribamar Barros Penha. J. 20.10.14).

Como se nota, há o claro entendimento por este Conselho, no sentido de que, ocorrendo a realocação da titularidade dos rendimentos ou ganhos da pessoa física para pessoa jurídica, os pagamentos efetuados pela pessoa física devem ser deduzidos dos valores lançados de ofício contra a pessoa jurídica, ou vice-versa, na situação oposta.

Com efeito, conclusão contrária representaria uma violação aos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da razoabilidade, entre outros, produzindo como resultado o enriquecimento ilícito do Fisco.

Por estas razões, entendo que os valores pagos de ganho de capital pelas pessoas físicas devem ser deduzidos na apuração do ganho de capital do imposto de renda pessoa jurídica lançado de ofício.

Conclusão

Assim, diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, e no mérito, dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, para afastar as exigências reclamadas nos autos de infração aqui tratados.

(assinado digitalmente)
José Eduardo Dornelas Souza

Voto Vencedor

Conselheiro Roberto Silva Junior, Redator designado.

A despeito de reconhecer o brilhantismo do voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator, peço licença para dele divergir quanto ao mérito, embora esteja de acordo no que tange à preliminar de nulidade da decisão recorrida; à desqualificação da multa; e à dedução dos valores pagos a título de Imposto de Renda pelas pessoas físicas.

A controvérsia gira em torno da definição do verdadeiro contribuinte do Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital, apurado na alienação de 297.635 ações da Hortigil Hortifruti S.A.

A Fiscalização sustenta que o verdadeiro contribuinte é a recorrente e, por isso, contra ela lançou o crédito tributário. Esta, no entanto, insiste na tese de que as vendas que geraram ganhos de capital foram feitas, individualmente, por dezesseis pessoas físicas distintas que, dias antes, passaram a deter as 297.635 ações da Hortigil. Cada pessoa física teria providenciado o recolhimento do imposto incidente sobre o ganho de capital apurado na venda de suas respectivas ações.

A recorrente, outrossim, afirma que a participação direta das pessoas físicas no negócio se fez por imposição do investidor, preocupado em assegurar que permanecessem administrando a empresa as pessoas que tinham conhecimento e experiência daquele ramo de negócio, e que, afinal, eram as responsáveis pelo sucesso econômico da Hortigil. Tendo em mira esse desiderato, era essa a única fórmula capaz de prendê-las à administração da Hortigil, impedindo que viessem, no futuro, a fazer concorrência à empresa. A participação direta das pessoas físicas (controladoras da recorrente e indiretamente também da Hortigil) visava a objetivos eminentemente negociais e "*extratributários*".

A autoridade administrativa, entretanto, assim não entendeu. Considerou que o propósito perseguido era unicamente tributário, ou seja, reduzir o imposto sobre o ganho capital. Para tanto, mediante negócio jurídico simulado, foram transferidas para os sócios da recorrente as ações que haviam de ser vendidas ao investidor FIP Brasil de Governança Corporativa.

Nesse embate, penso que a razão está com o Fisco.

A pretensão da recorrente, especificamente quanto ao mérito, deve ser indeferida pelos fundamentos que abaixo passo a expor.

Não procede a afirmação de que o ingresso das pessoas físicas no quadro societário da Hortigil era a única forma de vincular a permanência delas na administração do negócio.

Concordo com a Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN quando, nas contrarrazões, invocando o princípio do *pacta sunt servanda*, afirma que a força vinculante dos contratos atinge com a mesma eficácia os intervenientes anuentes e as demais partes. Portanto, no caso concreto, as pessoas físicas não precisariam figurar como vendedoras para se verem impedidas de fazer concorrência à Hortigil, e tampouco para serem obrigadas a permanecer à frente do negócio cujo *know-how* era delas e não do comprador.

Por outro lado, do ponto de vista econômico, não tinha mesmo sentido a preocupação de que os sócios da recorrente pudessem fazer concorrência à Hortigil. Isso porque, mesmo após a compra das ações pela FIP Brasil, permaneceu a recorrente (e por conseguinte as dezesseis pessoas físicas) como controladora da Hortigil, com 70% de seu capital. Era remota, como se vê, a hipótese de concorrência.

Quanto a vincular as pessoas físicas, a fim de obrigá-las a permanecer por determinado período à frente do negócio, trata-se de efeito jurídico que poderia ser obtido por força de um contrato atípico.

Porém, qualquer que seja o contrato, a força desse tipo de obrigação nunca é absoluta, já que no ordenamento jurídico pátrio, ninguém pode ser constrangido a prestar

qualquer tipo de serviço, nem mesmo o serviço militar... Se não é possível constranger uma pessoa a prestar atividade em favor do Estado, tampouco em favor de um particular.

Nenhuma daquelas dezesseis pessoas poderia ser coagida a permanecer administrando a Hortigil. O máximo que se admite é uma sanção de cunho pecuniário, tal como indenização ou ressarcimento, para a hipótese de violação de cláusula contratual que estabeleça obrigação de fazer. Isso, entretanto, poderia ser previsto em qualquer contrato, inclusive em contrato atípico, como bem observou a PFN.

A recorrente afirma que todas as pessoas físicas deveriam ser mantidas no negócio, pois elas é que detinham o *know-how* necessário ao exercício da respectiva atividade econômica.

A alegação é frágil.

Eram dezesseis sócios. É impossível que a administração da empresa coubesse a todos eles em conjunto. É improvável que as decisões gerenciais e as estratégias de mercado fossem concebidas e gerenciadas pelas dezesseis pessoas ao mesmo tempo.

Sob o ponto de vista do investidor, a permanência à frente do negócio só se mostrava indispensável para aqueles que efetivamente administravam a empresa, nunca para todos os sócios. Os que não eram gerentes, nem administradores poderiam deixar a qualquer momento o quadro social da recorrente, sem nenhum prejuízo para o investidor, FIP Brasil.

Além disso, a suposta "*vantagem*" conferida aos sócios não levou em conta a eventual participação que cada uma tinha, ou pudesse ter, na gerência da Hortigil, mas tão-somente a participação que tinham no capital da empresa.

As situações são inconfundíveis: uma coisa é ser gerente, outra é ser sócio.

Foi dito também pela recorrente que havia de ser encontrada uma forma de compensar os sócios pelas restrições que haviam de sofrer. E, tanto as restrições, quanto a vantagem só poderiam ser estabelecidas por força de contrato bilateral, sinalagmático e proporcional.

A permanência das pessoas físicas à frente do negócio poderia ser ajustada em contrato atípico. Ademais, a "*vantagem*" deveria ser proporcional ao encargo (permanência na gerência da empresa). Na prática, entretanto, se houve alguma "*vantagem*", ela foi proporcional à participação no capital social, que nada tem a ver com a administração do negócio.

Frise-se, por oportuno, que a FIP Brasil, que teria interesse na permanência dos sócios, não lhes pagou ou concedeu qualquer tipo de vantagem, benefício ou prêmio. O valor pago pelas ações, tanto na primeira, quanto na segunda emissão, foi o mesmo, ou seja, R\$ 117,59 por ação. Em outras palavras, no primeiro caso, as ações foram adquiridas diretamente dos sócios; no segundo, houve integralização de capital subscrito. Nos dois casos, porém, o valor unitário das ações foi o mesmo.

Em resumo, o investidor, que supostamente teria o interesse na permanência das pessoas físicas à frente do negócio, não lhes pagou um centavo a mais a título de compensação ou prêmio.

Um ponto a que a recorrente deu especial destaque diz respeito à liberdade de contratar e à legitimidade de realizar planejamento tributário. De fato, não há o que discutir quanto a essa matéria. O ordenamento jurídico assegura a liberdade contratual e a liberdade de contratar. Assegura o direito de livre organização da atividade econômica. Isso, entretanto, não pode ser confundido com licença para simular negócios jurídicos, nem para criar situações artificiais que possam repercutir na esfera de terceiros, inclusive na relação tributária. Mas foi exatamente o que ocorreu no caso em exame.

Pela negociação entabulada entre a HF Participações e FIB Brasil, esta deveria adquirir parte das ações da primeira. Tal operação geraria ganho de capital tributável. Porém, a tributação desse ganho é menos gravosa na pessoa física. Eis a razão pela qual pareceu às partes conveniente que os sócios da recorrente (pessoas físicas) subscrevessem aumento de capital na Hortigil, para posterior integralização.

Todavia, a integralização do capital subscrito foi efetivamente realizada pela recorrente, com recursos próprios. As pessoas físicas não dispunham de recursos suficientes ou, por alguma razão, não quiseram aplicar recursos no negócio. Mas era necessário, para fugir da tributação mais gravosa, que o negócio fosse feito pela pessoas físicas.

Então, com astúcia e de forma artificial, criou-se um contrato de mútuo para cada sócio, em valor proporcional à respectiva participação no capital da recorrente.

Observe-se que os recursos para a integralização do capital subscrito vieram diretamente de HF Participações. Os documentos que comprovariam a existência dos contratos de mútuo não foram exibidos à Fiscalização, quando solicitados. Isso fica claro no relatório de verificação elaborada pela autoridade lançadora:

No caso em tela, percebe-se facilmente que subscrição das ações da Hortigil Hortifruti S/A em 09/09/2010 para as pessoas físicas (pessoas ligadas à HF Participações S/A), com a renúncia do direito de preferência da HF Participações S/A tem como único propósito buscar tributação mais favorecida. Na verdade, o negócio jurídico nem ao menos encontra lastro documental satisfatório ou suficiente, haja visto que as ações não foram integralizadas pelos subscritores sob alegação de que a HF Participações S/A o faria, a conta dos subscritores, por conta de um contrato de mútuo pactuado. Todavia, os contratos de mútuo não se encontram materializados e formalizados em contrato, haja vista que não foram apresentados pelo sujeito passivo à fiscalização, e tampouco a suposta obrigação parcialmente ou totalmente quitada pelos mutuários. Outra evidência que consolida o nosso entendimento é que a HF Participações S/A não declarou em DCTF no ano de 2010 (Doc.60), nenhum valor a título de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), imposto que seria de sua responsabilidade no papel de suposta mutuante.

Fica evidenciado, por todo o exposto, que a subscrição de ações em 09/09/2010, nunca pretendeu admitir novos acionistas pessoas físicas na Hortigil Hortifruti S/A, mas tão somente fazer com que as participações societárias mudassem de dono conforme o Contrato de Investimento de 30/08/2010. Há portanto o descasamento entre a vontade aparente, aquela manifestada nos atos formais e exteriores, e a vontade real, aquela que se exsurge da comparação entre a situação inicial e a final obtida. Toda a sequência dos atos praticados tem o intuito de apenas ocultar a ocorrência do fato gerador tributário.

Desta forma, não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou e efetivamente resultou na redução da carga tributária, e na qual, de fato quem

subscreeveu e efetuou a transferência das ações para a HF GOVERNANÇA S/A (FIP Brasil) foi a HF Participações S/A, configurando portanto, planejamento tributário abusivo. (fls. 22 e 23)

A PFN, nas contrarrazões, sustenta semelhante entendimento.

Ao fim e ao cabo, o que se verifica é que, uma vez decidida a alienação, as partes entabularam os contratos na forma que representasse o menor ônus fiscal, ainda que para tanto tivessem que, no campo das formalidades, fazer constar no polo vendedor pessoas físicas que, na realidade não eram os verdadeiros detentores e alienantes da participação negociada, cuja intenção não era, naquele momento, integrar o quadro social como acionistas diretos. A intenção era apenas concretizar a alienação de parte da HORTIGIL esquivando-se do custo fiscal correspondente. Não houve qualquer razão para a complexa operação, que não a intenção de minimizar a incidência fiscal sobre o ganho de capital na alienação de parte das ações da HORTIGIL. (fl. 1.411)

Os recursos utilizados na integralização do aumento de capital pertenciam à recorrente, que tenta explicar o fato pela existência de contratos de mútuo com os sócios. Os instrumentos contratuais, entretanto, não foram apresentados durante o procedimento de fiscalizatório. Vieram aos autos apenas com a impugnação (fls. 1.033 a 1.065).

Ocorre que todos os contratos são particulares, e nenhum deles foi registrado ou tem firma reconhecida. É certo que de tais providências não depende a eficácia do contrato para as partes. Entretanto, são essenciais para que o documento possa ser oposto a terceiro.

Nesse sentido, o art. 221 do Código Civil:

*Art. 221. O **instrumento particular**, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os **seus efeitos**, bem como os da cessão, **não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.***

Civil: Quanto à data do documento, dispõe o art. 409 do atual Código de Processo

*Art. 409. **A data do documento particular**, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito.*

*Parágrafo único. **Em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:***

*I - no **dia** em que foi **registrado**;*

II - desde a morte de algum dos signatários;

III - a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários;

*IV - da sua **apresentação em repartição pública ou em juízo**;*

*V - **do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.***

Os contratos de fls. 1.033 a 1.065 não comprovam a efetiva existência dos mútuos. Além do mais, não existe prova de que os valores foram devolvidos pelos mutuários, nem prova de declaração e pagamento do imposto sobre operações de crédito.

Todos esses fatos, enfim, são indícios eloquentes da inexistência dos contratos de mútuo. Ora, se não existe o mútuo, as pessoas físicas não podem figurar no polo passivo da obrigação tributária relativamente ao ganho de capital. Certo é que as ações foram adquiridas com recursos da recorrente. Portanto, para fins tributários, é a recorrente que deve ser tida como alienante das ações e, por isso, sujeito passivo da obrigação relativa ao Imposto de Renda sobre o ganho de capital.

Conclusão

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso no que tange à tributação do ganho de capital, acompanhando o ilustre Conselheiro Relator nos demais pontos.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior