



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16327.720692/2011-24  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.456 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 2 de fevereiro de 2023  
**Recorrente** RSBF PARTICIPACOES E SERVIÇOS PARA ESCRITÓRIO LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

EFICÁCIA DO ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático e legislativo distinto, concernente à permissão legal de constituição de ágio interno, e não para transferência a sócio majoritário de ações cuja alienação a pessoa jurídica já havia acordado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca que votou pelo conhecimento.

(documento assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-006.456 - CSRF/1ª Turma  
Processo n.º 16327.720692/2011-24

## Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por RSBF PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS DE ESCRITÓRIO S.A. (sucessora de CORRETORA SOUZA BARROS CÂMBIOS E TÍTULOS S.A.) ("Contribuinte", e-fls. 1155/1187) em face da decisão proferida no Acórdão n.º 1201-001.359 (e-fls. 979/1005), na sessão de 4 de fevereiro de 2016, no qual foi dado parcial provimento ao recurso voluntário.

A decisão recorrida está assim ementada:

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007

**NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.**

O art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos.

No que concerne à União, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto n.º 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal.

Dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a praticas abusivas.

**ATO JURÍDICO. ABUSIVIDADE.**

Revela-se abusiva e, portanto, deve ser desconsiderada para fins tributários, a alienação de ações da BM&F S.A. promovida pela a pessoa jurídica a seu sócio majoritário pouco antes da oferta pública inicial daquelas ações, quando provado que tal alienação foi realizada com o único propósito de reduzir a incidência dos tributos e contribuições que seriam devidos pela pessoa jurídica se fosse ela própria a participar da IPO.

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Ano-calendário: 2007

**IRPJ E CSLL. FALTA DE PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.**

A partir do advento da Medida Provisória n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da incidência da multa isolada pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição devidos ao final do respectivo ano-calendário.

**IMPOSTO PAGO PELA PESSOA FÍSICA. REQUALIFICAÇÃO.**

Requalificada juridicamente, por abusiva, a operação de alienação das ações da BM&F pela contribuinte a seu sócio majoritário S.A., deve-se requalificar também o imposto de renda efetivamente pago pela pessoa física do sócio naquela operação.

O litígio decorreu de lançamentos dos tributos incidentes sobre o lucro apurado no ano-calendário 2007 a partir da constatação de omissão de ganho de capital percebido na devolução de patrimônio de entidades isentas (Bovespa e BM&F) e em alienação de ações da

BM&F. A autoridade julgadora de 1ª instância manteve integralmente a exigência (e-fls. 789/807). Em diligência determinada por meio da Resolução n.º 1201-000.141 (e-fls. 944/946) foi apurado que a Contribuinte desistira do litígio relativamente ao ganho de capital percebido na devolução de patrimônio de entidades isentas (Bovespa e BM&F). Quanto à exigência remanescente, o Colegiado *a quo*, por sua vez, deu provimento parcial ao recurso voluntário *para requalificar o pagamento do IRPF feito pelo sócio em pagamento de IRPJ da contribuinte, devendo a autoridade fazendária de jurisdição do sujeito passivo proceder à liquidação* (e-fls. 979/1005).

Ciente do provimento parcial dado ao recurso voluntário, a PGFN não interpôs recurso especial (e-fl. 1007). Já a Contribuinte, notificada em 17/10/2016 (e-fl. 1027), opôs embargos de declaração em 21/10/2016 (e-fls. 1029/1094), os quais foram admitidos (e-fls. 1098/1100), mas rejeitados no Acórdão n.º 1201-001.810, afirmando-se inexistente a omissão *acerca da questão relativa ao erro material quanto à qualificação jurídica dos fatos e sua potencial caracterização como DDL* (e-fls. 1134/1142)

Cientificada em 16/08/2017 (e-fls. 1151), a Contribuinte interpôs recurso especial em 30/08/2017 (e-fls. 1153/1187) no qual arguiu divergências parcialmente admitidas no despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1328/1346, do qual se extrai:

O contribuinte, por sua vez, tomou ciência do acórdão n.º 1201-001.810 —proferido em sede de embargos opostos por ele próprio ao acórdão n.º 1201-001.359 — em 16/08/2017 (fls. 1151), e interpôs o recurso especial de divergência em 30/08/2017 (fls. 1153 e seguintes), portanto, tempestivamente (art. 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF).

A recorrente instruiu o recurso com a cópia integral dos paradigmas que menciona em sua exposição, os quais são oriundos de colegiados distintos daquele que proferiu o acórdão recorrido, e não foram reformados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais com relação aos pontos relevantes para a demonstração das divergências alegadas.

De se observar que a recorrente tece diversas considerações de mérito acerca da necessidade de reforma da decisão recorrida, algumas delas entremeadas com a demonstração das divergências alegadas, as quais não serão aqui analisadas, e *a priori* sequer reproduzidas, posto que em nada interferem na demonstração da divergência jurisprudencial, que há de ser feita em juízo prévio de admissibilidade do recurso.

Isto posto, passa-se à exposição e análise das divergências alegadas.

**1ª divergência: enquadramento dos fatos como distribuição disfarçada de lucros – DDL**

[...]

**2ª divergência: ilegalidade da aplicação imediata do art. 116, parágrafo único, do CTN**

Transcreve-se, a seguir, excerto contendo a exposição da recorrente acerca do prequestionamento da matéria e da demonstração da divergência arguida com relação a este ponto:

“III.1.3.2 Do prequestionamento da matéria (...)

54. O próprio recurso voluntário atesta o devido prequestionamento da matéria pelo Recorrente, julgando especificamente a questão, conforme excerto abaixo reproduzido:

“Em sua peça recursal a interessada afirma ser incabível a exigência do crédito tributário lançado com base em planejamento tributário abusivo, haja vista que a eficácia do a seguir transcrito art. 116, parágrafo único, do CTN, introduzido pela Lei Complementar n.º 104/2001, dependeria de regulamentação por lei ordinária, algo que ainda não ocorreu:

(...)

Pois bem, realmente a doutrina majoritária afirma que, como ainda não foi promulgada a lei ordinária que a regulamentaria, a norma sob exame não possui eficácia jurídica.

Entretanto há estudiosos em Direito Tributário que, embora em minoria, entendem que ao menos no plano federal o art. 116, parágrafo único, do CTN, é plenamente eficaz. (...)"

III.1.3.3 Da demonstração analítica da divergência jurisprudencial entre o Acórdão recorrido e as decisões paradigmas

56. O presente cotejo é simples: enquanto os acórdãos recorridos entenderam ser possível a manutenção do lançamento com lastro no art. 116, parágrafo único, desconsiderando, portanto, os atos praticados pela Recorrente ante o suposto abuso de forma ante a suposta auto aplicação do dispositivo; o acórdão paradigma foca nos verdadeiros termos da lei, afastando a validade de autuações realizadas no contexto do abuso de forma, antes que devidamente regulamentado o art. 116, do CTN.

57. Nesse sentido, o Acórdão ora recorrido assim pondera:

(...)

58. Com entendimento diametralmente contrário, o acórdão paradigma n. 1302-001.977 (doc. 05) deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte ao (i) identificar a ausência de acusação fiscal relativa à simulação e (ii) que o lançamento lastreado em abuso de direito com fulcro no art. 116, parágrafo único ainda pende de regulamentação no campo tributário.

59. O plano de fundo nos autos do acórdão paradigma tratava da análise da utilização de suposta “empresa veículo” para aproveitamento de ágio. No entanto, a motivação trazida pela D. Fiscalização para desconsideração dos atos jurídicos praticados pelo contribuinte são fundamentados no mesmo dispositivo legal em que fulcrado o lançamento destes autos, qual seja: o art. 116, parágrafo único, do CTN. No entanto, o acórdão paradigma, em seu voto vencedor, houve por bem a afastar o entendimento em que a figura do “abuso de direito” estaria contida em tal disposição normativa, ante a ausência de regulamentação, a despeito da promulgação da Lei Complementar n. 104/2001 (que encamparia somente as questões cíveis e não em matéria tributária), conforme se verifica dos trechos abaixo reproduzidos:

“(...)

Dessa forma, não podemos nos esquecer que, mesmo antes da positivação do abuso de direito no Estatuto Civil, o legislador ordinário alterou o CTN, para introduzir no parágrafo único do art. 116 o instrumento para o combate ao abuso de direito no campo tributário, o qual assim dispõe: Art. 116. Omissis. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

(...) Ora, à míngua da regulamentação da norma específica no campo tributário para combater o abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), pode ser aplicável o posterior art. 187 do Código Civil?

Lógico que não, pois se o legislador complementar exigiu que a lei ordinária estipulasse procedimentos específicos como condição para a aplicação da norma tributária específica sobre abuso de direito (parágrafo único do art. 116 do CTN), não vejo como tal condição seja

dispensável para a aplicação da norma de direito privado sobre o abuso do direito (art. 187 do CC) no campo tributário.

(...)

Quanto à falta de propósito negocial, já demonstramos que não houve simulação e o abuso de direito ainda depende de regulamentação do art. 116, parágrafo único, para que seja aplicável no campo tributário.

Assim, esvaziasse a acusação de falta de propósito negocial”.

60. Demonstrada a divergência jurisprudencial e o cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 67, §§ 8º a 15, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, passa-se a expor os fundamentos jurídicos que justificam a reforma da decisão recorrida.”

Passo à análise.

A divergência jurisprudencial encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

Nada obstante o contexto fático do caso paradigmático efetivamente distancie-se um pouco do contexto fático tratado no caso dos autos — na medida em que o caso paradigmático trata de autuação fiscal por glosa de despesas com *amortização de ágio*, com utilização de *empresa veículo* — não se pode ignorar que estamos, no caso, tratando de *normas gerais de direito tributário*, o que permite uma maior elasticidade na configuração do que se deva entender por *similitude fática*.

Nestes termos, entende-se que em ambos os casos (recorrido e paradigmático) se discute a possibilidade de aplicação, ou não, do disposto no art. 116, parágrafo único, do CTN, para fins de *requalificar*, sob o ponto de vista da tributação, determinadas operações praticadas pelos contribuintes, ou seja, para *desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo*, atribuindo-lhes os efeitos tributários que se entende serem próprios daqueles atos que se entende por dissimulados.

Assim, nada obstante possam ser distintas as formas de “*planejamento tributário abusivo*” eventualmente engendradas em cada caso, a divergência atém-se especificamente à possibilidade, ou não, de o lançamento fiscal lastrear-se nesta norma legal, a qual visa ao combate, de forma geral, a *todas as formas de planejamento tributário que possa ser considerado abusivo*.

E, enquanto o acórdão paradigmático firmou o entendimento de que o art. 116, parágrafo único, do CTN, *ainda depende de regulamentação para que seja aplicável no campo tributário*, o acórdão recorrido claramente assentou o entendimento de que *o referido artigo possui aplicabilidade imediata*.

É o que se verifica pelo mero confronto entre as ementas dos acórdãos confrontados, e se confirma também pela leitura do inteiro teor destes, conforme restou demonstrado pela recorrente.

Demonstrada, portanto, a divergência, deve ter seguimento o recurso com relação a este ponto (“*ilegalidade da aplicação imediata do art. 116, parágrafo único, do CTN*”).

Conclusão Pelo exposto, opino no sentido de que se deva DAR SEGUIMENTO PARCIAL ao recurso especial do sujeito passivo (art. 68 do RICARF), tão somente com relação à matéria “*ilegalidade da aplicação imediata do art. 116, parágrafo único, do CTN*”. (*destaques do original*)

Notificada da admissibilidade parcial, a Contribuinte apresentou agravo que foi rejeitado conforme e-fls. 1354/1413. Posteriormente a Contribuinte apresentou petição nos autos informando que recolhera a *parcela da autuação relativa às multas isoladas por recolhimento insuficiente das estimativas de IRPJ e CSLL relativas à agosto e outubro/2007*.

Relata a Contribuinte, na parte admitida de seu recurso especial, que a acusação fiscal de que ela *teria estruturado operação para “transferir” parte do ganho de capital da*

*pessoa jurídica, em favor do acionista pessoa física, decorrente da venda de participações societárias na BM&F antes do IPO dessa Companhia pautou-se em alegado “abuso de direito”, com lastro no art. 116 do CTN, sem formular acusação de simulação ou imputar penalidade de ofício majorada/qualificada. Aduz que desde a impugnação aponta a ilegitimidade do lançamento com lastro no art. 116, parágrafo único do CTN e, demonstrando o prequestionamento da matéria e afirmando o dissídio jurisprudencial porque enquanto os acórdãos recorridos entenderam ser possível a manutenção do lançamento com lastro no art. 116, parágrafo único, desconsiderando, portanto, os atos praticados pela Recorrente ante o suposto abuso de forma ante a suposta auto aplicação do dispositivo; o acórdão paradigma foca nos verdadeiros termos da lei, afastando a validade de autuações realizadas no contexto do abuso de forma, antes que devidamente regulamentado o art. 116, do CTN.*

Destacando que o acórdão paradigma n. 1302-001.977 (doc. 05) deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte ao (i) identificar a ausência de acusação fiscal relativa à simulação e (ii) que o lançamento lastreado em abuso de direito com fulcro no art. 116, parágrafo único ainda pende de regulamentação no campo tributário, expõe razões para a reforma do acórdão recorrido nos seguintes termos:

61. Conforme exaustivamente demonstrado ao longo da demanda, fato é que não há base legal que autorize a desconsideração da venda das ações ao sócio majoritário pessoa física, apurando-se o valor final de ganho de capital à Recorrente. Dessa forma, a postura adotada pela autoridade lançadora acabou por desconsiderar atos jurídicos perfeitos e legítimos, sem a indicação de qualquer base legal válida que autorizasse sua desconstituição para fins fiscais, uma vez que o art. 116, parágrafo único do CTN não se presta a tal fim.

62. Conforme bem delineado pelo acórdão paradigma, tal dispositivo normativo conta com eficácia limitada, já que o Congresso Nacional nunca regulou referido artigo, bem como saber que o artigo 14 da Medida Provisória n. 66/2002, de iniciativa do Poder Executivo, também não foi convertido em lei pelo Congresso Nacional. Finalmente, vale comentar que a Medida Provisória n. 685/2015, que trazia uma norma antielisiva, também não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional.

63. Nesse contexto, vale reproduzir o conteúdo do artigo 14 da Medida Provisória n. 66/2002, que, como dito, não foi convertido em lei, a fim de demonstrar de forma bastante objetiva que a atitude da autoridade lançadora incorre em grave vício, qual seja, a ausência de pressuposto normativo que lhe dê competência para afastar os efeitos da alienação das ações entre a Recorrente e seu sócio majoritário.

[...]

64. Nessa toada, não obstante o Congresso Nacional ter rejeitado todas as iniciativas do Poder Executivo de introduzir normas que permitissem a desqualificação de atos validamente executados (i.e., a chamada norma antielisiva), a exemplo das tentativas efetuadas por meio da regulamentação do parágrafo único do Art. 116 do CTN e da introdução das Medidas Provisórias n. 66 e n. 685, o acórdão recorrido filiou-se ao entendimento de que tal dispositivo legal seria hábil a sustentar o presente lançamento.

65. Por fim, de forma a corroborar a argumentação exposta alhures, é válido mencionar as considerações realizadas pelo ilustre jurista Marco Aurélio Greco<sup>3</sup> acerca do parágrafo único do art. 116, do CTN:

[...]

66. Por esse motivo, requer-se a reforma do Acórdão recorrido para que seja seja cancelado o auto de infração, uma vez que lastreado em dispositivo legal de aplicação limitada e não regulamentado até a presente data.

Os autos foram remetidos à PGFN em 08/05/2018 (e-fls. 1451), e retornaram em 07/05/2019 com memoriais (e-fls. 1452/1463) nos quais a PGFN aponta, inicialmente, a

*existência de mais de uma razão suficiente, por si só, para manutenção do acórdão e admissão do recurso especial apenas em relação a um dos fundamentos. Defende que, como não foi admitido o recurso especial quanto ao enquadramento dos fatos como distribuição disfarçada de lucros – DDL, o recurso especial não mereceria ser conhecido.*

Aduz, também, a ausência de similitude fática entre os acórdãos comparados, afirmando que *os resultados diversos não se devem a dissídio interpretativo da norma tributária mas, sim, às diferentes situações concretas em confronto. Ademais, aferir ou contradizer tal premissa importaria, necessariamente, no revolvimento dos fatos e provas dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial.* Também por esta razão, o recurso especial da Contribuinte não deveria ter seguimento.

No mérito, afirma *perfeita a decisão recorrida, ao discorrer que o art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos. A norma é plenamente eficaz, uma vez que o Decreto n.º 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal.* Invoca manifestação deste Colegiado no Acórdão n.º 9101-003.447, e complementa:

Nesse sentido, interpretar-se o art. 116, parágrafo único, do CTN, da forma defendida pela ora recorrente, significaria uma licença para que determinados contribuintes deixassem de cumprir, ao menos até a promulgação da lei ordinária, o seu dever fundamental de pagar tributos, mediante a adoção de planejamentos tributários abusivos. Se assim fosse, o mencionado parágrafo único do art. 116 seria uma inovação legislativa com vistas a impedir que o fisco coibisse o referido ilícito, já que, como ressalta Torres, o combate à elisão fiscal abusiva já existia mesmo antes do advento da norma em questão.

Além de não se coadunar com o dever fundamental de pagar tributos, a interpretação sustentada pela recorrente também constitui uma afronta ao princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, § 1º, da Constituição, já que os contribuintes que possuem maior capacidade econômica (justamente aqueles que possuem condições econômicas para contratar caras "consultorias" para implementação de planejamentos tributários) estariam sendo gravados com uma tributação inferior à sua capacidade, em detrimento da tributação incidente sobre os demais contribuintes.

É de se ter em conta, ainda, que a nova ordem constitucional conferiu grande importância a valores morais, tais como a boa-fé e a função social do contrato, repudiando por conseguinte a adoção de práticas abusivas perpetradas seja pelo Estado seja pelos particulares.

Em assim sendo, também aqui a interpretação defendida pela recorrente não se harmoniza com a Constituição na medida em que, segundo ela, enquanto não for promulgada a lei ordinária prevista no art. 116, parágrafo único, do CTN, o Fisco estaria impedido de coibir práticas abusivas.

Por tudo o que foi dito, das duas interpretações possíveis para o art. 116, parágrafo único, do CTN, aquela que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas (valores da boa-fé e da função social do contrato), é sem dúvida aquela defendida pelo professor Ricardo lobo Torres.

Ressalte-se que não se está aqui a afirmar que a interpretação proposta pela contribuinte seja inconstitucional, até porque este Conselho não é competente apreciar essa questão. O que se está a dizer é que, das duas interpretações possíveis, seguramente a que melhor se harmoniza com a Constituição é a sustentada por Torres, daí porque, de acordo com

as regras de hermenêutica jurídica, deve prevalecer sobre a interpretação defendida pela contribuinte.

Como se vê, os fundamentos apresentados pelo julgado atacado são sólidos e não merecem qualquer reparo. Por essas razões, é imperiosa a manutenção do acórdão recorrido.

Pede, assim, que não seja conhecido o recurso especial, ou, caso assim não se entenda, que lhe seja negado provimento.

Consta dos autos informações do Mandado de Segurança n.º 1001767-80.2017.4.01.3400, impetrado junto à Seção Judiciária do Distrito Federal, *com pedido liminar “para impedir que as Autoridades Impetradas incluam em pauta de julgamento da 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, o processo administrativo n.º 16327.720.692/2011-24 de interesse da Impetrante, enquanto válidas as disposições acerca da remuneração dos auditores fiscais trazidas pela MP 765/2016*. Embora concedida liminar, foi proferida decisão denegando a segurança em 04/06/2018, além de deferido pedido de suspensão da segurança em 02/05/2017 (e-fls. 1466/1477).

## Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Relatora.

### Recurso especial da Contribuinte - Admissibilidade

Em primeira manifestação na apresentação do litígio a este Colegiado, esta Conselheira afirmou que o recurso especial da Contribuinte deveria ser conhecido com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, antes adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784, de 1999.

Registrou que, apesar da intempestiva manifestação da PGFN contra a admissibilidade do recurso especial, inclusive trazida aos autos na forma de memoriais, e não de contrarrazões, era oportuno esclarecer que não havia insuficiência recursal, vez que o lançamento, como se vê no Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 451/504, nada traz acerca de distribuição disfarçada de lucros, estando claramente pautado na supressão, na apuração do lucro tributável, do ganho de capital determinado mediante *desconsideração dos atos e negócios jurídicos dos quais a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A, se valeu para alienar, em nome do Sr. Marcos de Souza Barros, os noventa por cento das ações recebidas no processo de desmutualização*, expressamente classificado como abuso de direito e afirmado como *plenamente passível de desconsideração, nos termos do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966)*, vez que praticado *com a finalidade de dissimular a ocorrência dos fatos geradores do imposto e das contribuições da pessoa jurídica e natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária*.

A discussão acerca da distribuição disfarçada de lucros, objeto da outra matéria veiculada em recurso especial e que não teve seguimento, surgira em razão da defesa da Contribuinte, reiterada em sede de embargos, no sentido de que *os fatos ocorridos, no máximo, classificam-se-iam como Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL) e não como entendeu o autuante que “desconsiderou os efeitos de negócio jurídico válido celebrado entre a Embargante e seu acionista, reconhecido como tal pela própria BM&F e todo o mercado de capitais nacional, sem sequer formular acusação de simulação e impor penalidade qualificada”*.

E, como bem demonstrado no exame dos embargos expresso no Acórdão n.º 1201-001.810, a validação do fundamento expresso no lançamento seria suficiente para a manutenção da exigência, dispensando a apreciação desta segunda questão:

Como visto, no voto e correspondente acórdão relativo ao Recurso Voluntário foi acatada a tese de abusividade em relação ao ato jurídico praticado (alienação de ações da BM&F S.A. promovida pela pessoa jurídica a seu sócio majoritário), conforme ementa abaixo transcrita:

*ATO JURÍDICO. ABUSIVIDADE.*

*Revela-se abusiva e, portanto, deve ser desconsiderada para fins tributários, a alienação de ações da BM&F S.A. promovida pela pessoa jurídica a seu sócio majoritário pouco antes da oferta pública inicial daquelas ações, quando provado que tal alienação foi realizada com o único propósito de reduzir a incidência dos tributos e contribuições que seriam devidos pela pessoa jurídica se fosse ela própria a participar da IPO.*

Dessa forma, se assim se pronunciou o relator em seu voto (acatamento da tese da abusividade), o antecedente lógico, embora não citado de forma expressa, é de que não tenha se caracterizada a DDL. Essa questão fica prejudicada e o silêncio quanto a ela no voto não configura omissão.

Já quanto ao fato de os acórdãos comparados apreciarem operações societárias distintas, esta Conselheira registrou, inicialmente, que, como bem demonstrado no exame de admissibilidade, a caracterização da divergência jurisprudencial seria possível quando a legislação tributária em questão é interpretada de forma independente das circunstâncias fáticas às quais ela foi aplicada. E, tendo em conta que Contribuinte validamente demonstraria em seu recurso especial que o paradigma n.º 1302-001.977 não admite o parágrafo único do art. 116 do CTN como *instrumento* para o Fisco *desconsiderar os atos de abuso de direito praticados enquanto não forem estabelecidos em lei ordinária os procedimentos para desconsideração dos atos abusivos*, esta Conselheira concluiu que o recurso especial deveria ser conhecido.

De fato, sob a ótica exclusiva da eficácia **temporal** de referido dispositivo, antes de sua regulamentação em lei ordinária, o dissídio jurisprudencial resta demonstrado.

Contudo, os debates entabulados na sessão de julgamento indicaram a impossibilidade de segregar o litígio apenas sob este aspecto, vez que a eficácia estaria condicionada, também, à natureza da ilicitude apontada como fundamento do lançamento.

Assim, esta Conselheira entendeu pertinente apresentar uma melhor análise da decisão do paradigma.

Tratava-se, ali, distintamente do que referido pela Contribuinte e no exame de admissibilidade de seu recurso especial, de amortização de ágio interno, em operação inclusive já analisada por este Colegiado, que reverteu a decisão do paradigma n.º 1302-001.977 no Acórdão n.º 9101-005.778<sup>1</sup>, determinando o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para *apreciação da responsabilidade tributária e da multa qualificada*. O acórdão reformador restou assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2008

<sup>1</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli e Daniel Ribeiro Silva. Ausente o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

## AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO.

Deve ser mantida a glosa da despesa de amortização de ágio que foi gerado internamente ao grupo econômico, sem qualquer dispêndio, e transferido à pessoa jurídica que foi incorporada.

Vale notar, ainda, que o recurso especial fazendário foi conhecido por voto de qualidade, com divergência dos Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli, Daniel Ribeiro Silva, Caio Cesar Nader Quintella e Lívia De Carli Germano, sendo que esta declarou voto no seguinte sentido:

Quanto à admissibilidade recursal, minhas ressalvas ao conhecimento do recurso levam em consideração a fundamentação do acórdão recorrido que, compreendo, não foram integralmente rechaçadas pelo recurso especial. Pelo contrário, entendo que há fundamentos inatacados, o que impede que a adoção do argumento aventado no recurso especial leve à alteração da conclusão a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

[...]

O **voto vencedor**, por sua vez, decidiu pelo cancelamento da autuação fiscal. Estruturalmente, o voto inicia com uma exposição acerca da evolução da legislação sobre o aproveitamento fiscal do ágio, após o que contextualiza sobre a edição e revogação do artigo 36 da Lei 10.637/2002. Nessa parte, ele contesta a alegação de que teria havido simulação ou fraude na operação, observando que, paralelamente ao registro do ágio pela adquirente, houve a apuração de ganho de capital pela sociedade alienante, o qual, exatamente **em função do artigo 36 da Lei 10.637/2002**, teve a tributação diferida e deve ser controlado a parte B do LALUR. *In verbis*:

(...)

Note-se que, sem o art. 36 da Lei 10.637/02, a contrapartida do ágio que ora se discute, o ganho de capital da MS, seria tributado de imediato, não gerando qualquer vantagem tributária para o grupo controlador da recorrente. Ora, como então dizer que houve simulação, abuso de direito ou fraude? Se o Fisco, no presente caso, sustenta que o ágio registrado pela Sigma ao aceitar a participação da MS na Copagaz em integralização de capital era fruto de simulação, deveria também determinar que a MS baixasse da parte B do seu Lalur o ganho de capital que ali foi registrado. Na verdade, como o legislador ordinário, até hoje, não se prontificou a autorizar o Fisco a tributar milhões ou mesmo bilhões que estão controlados na parte B do Lalur das sociedades que se valeram do permissivo legal do art 36 em tela, tem o Fisco tentado desqualificar a operação que seguia o figurino legal retro tratado.

(...)

Imediatamente em seguida ao parágrafo acima transcrito, o voto vencedor do acórdão recorrido traz um **argumento adicional**, a que se refere como “*falta de precisão da acusação fiscal*”, e no qual reitera que a operação possa ser caracterizada como simulação e também rechaça a acusação do TVF de que tenha se operado abuso de direito. Nesse ponto, traz o seu entendimento sobre o tratamento do abuso de direito no âmbito tributário, bem como faz afirmações acerca da (in)aplicabilidade do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, ante a ausência de sua regulamentação por lei ordinária. Veja-se (grifamos):

[...]

Como se percebe, o voto vencedor baseia o seu entendimento **(i)** na rejeição das acusações de simulação (ocasião em que afirma, também, a validade do ágio na operação em questão, considerando a apuração de ganho pela alienante e seu diferimento nos termos do artigo 36 da Lei 10.637/2002, assim como a ausência de restrição legal expressa para a apuração de ágio em operações entre partes relacionadas) e **(ii)** na impossibilidade de, uma vez descartada a hipótese de simulação, e ausente a

regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN, se fundamentar autuações fiscais em argumentos como o de abuso do direito.

[...]

Nesse ponto, vale notar que, quando se dedica a descrever o voto vencedor do acórdão recorrido, a Recorrente reconhece que este se apoiou em **dois argumentos** para dar provimento ao recurso, quais sejam: a inexistência de simulação e a impossibilidade de conferir efeitos tributários ao abuso do direito ausente a regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Veja-se, neste sentido, transcrição de trecho à página 4 do recurso especial (grifos nossos):

[...]

Não obstante, o recurso especial da Fazenda Nacional vem todo pautado exclusivamente no argumento de que não seria possível gerar ágio amortizável em operações intragrupo, nada tendo sido afirmado, **nas razões recursais**, seja quanto ao papel do artigo 36 da Lei 10.637/2002, seja quanto à eficácia do parágrafo único do artigo 116 do CTN e/ou a eventual possibilidade de desconsiderar negócios jurídicos por meio da aplicação da suposta teoria do abuso de direito a despeito da regulamentação de tal dispositivo do CTN – argumentos expostos pelo voto vencedor para cancelar a autuação.

Disso se depreende que a adoção do entendimento exposto nas razões recursais (de que “*O propósito negocial que justifica a criação do ágio deve ser a previsão de ganho calculada pelo adquirente da participação societária.*” (pág. 32 da peça recursal) não leva à reforma do voto vencedor do acórdão recorrido, eis que este se apoiou, como já descrito, na própria afirmação de existência de ganho, cuja tributação afirma estar diferida exatamente com base no então vigente artigo 36 da Lei 10.637/2002).

Em síntese, o recurso especial se limita a afirmar que o ágio em questão teria sido “criado de forma artificial”, mas justifica tal conclusão exclusivamente no fato de a operação ter sido intragrupo, sem qualquer contraposição aos argumentos trazidos pelo voto vencedor que reconheceu a possibilidade de registro e amortização fiscal do ágio a despeito de a operação ter sido intragrupo fundado especificamente tanto no teor do artigo 36 da Lei 10.637/2002 quanto na afirmação da ausência de simulação e na impossibilidade de se desconsiderar negócios jurídicos em suposto “abuso de direito” sem a regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do CTN. Fl. 37 do Acórdão n.º 9101-005.778 - CSRF/1ª Turma Processo nº 19515.722444/2013-51

Falta, assim, dialeticidade ao recurso especial, o que faz com que a eventual procedência dos argumentos gerais ali expostos não sejam hábeis a levar à reforma da conclusão específica a que chegou o voto condutor do acórdão recorrido.

São essas as razões pelas quais, com a devida vênia aos que entenderam de forma diversa, orientei meu voto para não conhecer do recurso especial. (*destaques do original*)

A percepção da Conselheira Lívia De Carli Germano, assim, foi no sentido de que a acusação fiscal careceria de demonstração de simulação para se sustentar.

Já esta Conselheira, relatora do referido precedente, votou por conhecer do recurso especial fazendário observando, no ponto questionado, que:

Na sessão de julgamento também foi arguído o não conhecimento do recurso fazendário em razão da existência de fundamento inatacado presente no acórdão recorrido, consistente em vício que estaria presente na acusação fiscal, nos seguintes termos do voto condutor:

Outra questão importante reside na falta de precisão da acusação fiscal e, conseqüentemente do voto da I. Relatora, se não vejamos os seguintes excerto do voto:

"Ao se empenhar em seguir, *ipsis litteris*, os passos para promover uma reorganização societária que não existia sequer razão para existir, nos

deparamos com a simulação e o abuso de o direito de autoorganizar-se. A reorganização societária, no presente caso, apesar de seguir a lei, fere os princípios constitucionais da isonomia, da concorrência, da capacidade contributiva, e não teve outro propósito a não ser evadir-se da tributação."

Inicialmente, ressalto que não se pode confundir simulação relativa com negócio jurídico indireto, pois quando verificamos o que os autuantes denominam como "empresa veículo", nota-se perfeitamente que tal sociedade foi constituída para surtir os efeitos que lhes eram próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos. Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, valho-me de exemplo meramente ilustrativo: alguém que simula uma compra e venda para dissimular uma doação, não deseja os efeitos que são próprios da venda o pagamento, pois deseja os efeitos da doação. No caso em tela, os efeitos buscados pelo controlador da recorrente ao criarem aquilo que o autuante denomina como "empresa veículo" eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.

Sobre a diferença entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, vale a transcrição do seguinte excerto da lavra do ex-Ministro Moreira Alves, em parecer apresentado em outro processo que tramitou neste CARF, in verbis:

[...]

Frise-se que, como já anteriormente pontuado, os resultados ulteriores buscados ao se criar a denominada "empresa veículo" eram todos lícitos, ou seja, a não ser que se diga que o aproveitamento da despesa com amortização de ágio, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 c/c o art. 36 da Lei 10.637/02, seja agora ato ilícito.

Ocorre que a ressalva final (caracterização do aproveitamento da despesa de amortização de ágio prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/97 c/c com o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 como ilícito) é, justamente, o ponto no qual os acórdãos comparados divergem, mais precisamente: a ilicitude da conduta que se vale do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002 para constituição de ágio interno e posterior amortização redutora das bases tributáveis. Evidente, assim, que referido fundamento não é autônomo, mas sim dependente da premissa cuja divergência jurisprudencial restou regularmente demonstrada.

Por tais razões, o recurso especial da PGFN deve ser CONHECIDO.

[...]

O Prof. Roque Carrazza, no Parecer posteriormente juntado, menciona também que os óbices invocados no voto vencido do acórdão recorrido somente surgiram com o advento da Lei nº 12.973/2014 e que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 dispensaria pagamento efetivo em numerário, além de se estender na objeção à aplicação do art. 116 do CTN.

[...]

Frise-se que, diversamente do que alegado pela Contribuinte em contrarrazões, o negócio jurídico realizado foi pormenorizadamente analisado no acórdão recorrido, e a definição de seus contornos daí resultante, ao mesmo tempo em que ensejou, no Colegiado a quo, a interpretação majoritária de que a operação era válida em razão do disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2002, motiva, nesta análise, a constatação de que a mais-valia atribuída à participação societária detida na atuada não se caracteriza como ágio e não é passível de amortização na apuração do lucro tributável.

Em consequência, neste ponto, nenhum relevo tem o debate em torno da ocorrência de simulação ou de aplicação do art. 116, parágrafo único do CTN. Como bem exposto nas razões antes transcritas, o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 *não autoriza que a contrapartida da reavaliação seja uma conta de ágio. Só existe ágio se um terceiro se dispõe a reconhecer esse sobre-preço e a pagar por ele. Sem onerosidade, descabe*

*falar em mais-valia*. E, destaque-se, não se trata de negar a natureza de ágio porque não houve pagamento em espécie, mas sim porque a onerosidade não afetou terceiro.

[...]

Nestes termos, portanto, o entendimento que prevaleceu foi no sentido de o acórdão, lá recorrido e aqui paradigma, ter como fundamento autônomo e suficiente a percepção de que o art. 36 da Lei n.º 10.637/2002 autoriza a contabilização de ágio em contrapartida à reavaliação da participação societária, premissa devidamente confrontada pela PGFN e que, acolhida pela maioria do Colegiado, ensejou a reforma do Acórdão n.º 1302-001.977, sem qualquer debate de mérito acerca da eficácia do art. 116, parágrafo único do CTN.

Deflui, daí, que a abordagem expressa no voto condutor do paradigma, acerca da necessidade de imputação de simulação para descon sideração da operação, e da impossibilidade de tal descon sideração se dar sob acusação de abuso de direito, vez que não regulamentado o art. 116, parágrafo único do CTN, são fundamentos dependentes daquela premissa que, por ser suficiente à decisão, não permite a inferência de que o outro Colegiado do CARF, diante de operação societária distinta, adotaria o mesmo direcionamento para cancelar a exigência.

De outro lado, decidir a divergência apenas quanto à possibilidade de aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN antes de sua regulamentação imporia àqueles que entendem desnecessária esta regulamentação, a afirmação de que referido dispositivo poderia ter sido aplicado no presente caso, sem se adentrar à natureza da ilicitude apontada para tanto, e que em nada se assemelha aquela examinada no paradigma.

Em outras palavras, admitir que o dissídio jurisprudencial reste demonstrado a partir de argumento de decisão subsidiário, não-autônomo, como o exposto no paradigma, imporia a este Colegiado, caso discordasse do entendimento ali firmado, manter a exigência de ganho de capital aqui formulada, sem poder adentrar ao debate acerca dos demais aspectos validados no acórdão recorrido para tanto. Daí uma outra vertente de insuficiência recursal, por dessemelhança entre os acórdãos comparados.

E isto também porque, melhor analisado a acusação fiscal, compreende-se que o Colegiado *a quo* vislumbrou elementos suficientes para concluir que a alienação das participações societárias ensejou ganho auferido pela Contribuinte, e não por seu sócio, diante da substancial descrição que precede esta argumentação subsidiária em favor da ocorrência de abuso de direito e que, desse modo, se conforma à premissa, referida na análise da eficácia do art. 116, parágrafo único do CTN, em face de *planejamentos tributários abusivos*, implementados pela Contribuinte mediante contratação de *caras "consultorias"*, em busca de *uma tributação inferior à sua capacidade, em detrimento da tributação incidente sobre os demais contribuintes*.

De fato, depois da exposição da operação ao longo de 22 (vinte e duas) páginas do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade lançadora finaliza com o seguinte parágrafo:

- Considerando-se que a alienação na IPO ocorreu pelo preço de R\$ 20,00 (vinte reais) por ação, temos então que a pessoa jurídica vendedora deixou de se apropriar de um resultado positivo correspondente a R\$ 9,00 (nove reais) para cada ação vendida, isto é, o valor que ela teria obtido com sua participação direta na oferta pública, menos o valor de R\$ 11,00 que ela considerou na venda ao acionista, Sr. Marcos de Souza Barros.

Somente depois de detalhadas todas as evidências para esta conclusão, a autoridade lançadora passa a criticar o planejamento tributário promovido mediante *operações estruturadas*, invocando doutrina e transpondo suas premissas para o caso concreto, para arrematar que:

Vê-se, pois, que nada justifica a alienação feita a favor do seu principal acionista, às vésperas do evento da oferta pública inicial, principalmente por saber-se que os ativos alienados (ações) tiveram origem em títulos patrimoniais mantidos ao longo de anos e anos no ativo permanente da instituição vendedora.

E é apenas num terceiro passo que a autoridade lançadora enfrenta o *direito de autorganização do contribuinte*, para, diante da referência doutrinária ao fato de que o Fisco não pode *simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico*, afirmar a ocorrência de abuso de direito e o repúdio a ele possível por meio do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Nesta estrutura argumentativa, claro está que a autoridade lançadora não se conduziu em *simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico*. Foram apuradas diversas circunstâncias fáticas para descaracterizar a *alienação feita a favor do seu principal acionista, às vésperas do evento da oferta pública inicial*, e a interpretação exposta acerca do art. 116, parágrafo único do CTN é claramente subsidiária.

Diante desta estrutura argumentativa, não é possível afirmar, aqui, a autonomia do fundamento do acórdão recorrido quando interpreta o art. 116, parágrafo único do CTN, assim como não se verifica tal autonomia no paradigma, inviabilizando qualquer cogitação no sentido de que o Colegiado que o proferiu também daria provimento ao recurso voluntário caso estivesse frente à distinta operação aqui analisada.

Em verdade, conceitos vagos como “abuso de direito” demandam confrontação de interpretações diante de situações fáticas semelhantes. Como visto, o paradigma rechaça esta hipótese primeiramente estabelecendo que o art. 36 da Lei nº 10.637/2002 legitimou a contabilização de ágio em contrapartida à reavaliação interna de participações societárias. Já aqui a sua caracterização se dá em face de um cenário substancialmente distinto que, para além de extensamente exposto na acusação fiscal, ainda recebe acréscimos em repúdio a argumentos de defesa da Contribuinte, como se vê no seguinte excerto do voto condutor do recorrido:

Diante dos fatos acima expostos é de se perguntar: por que razão a contribuinte se comprometeria a alienar a seu sócio majoritário, em 01/11/2007, as 8.891.662 ações que possuía junto ao capital da BM&F S.A., pelo preço de R\$ 11,00 por ação, com recebimento somente quando o sócio recebesse de terceiros pela alienação das mesmas ações na IPO que se realizaria em 30/11/2007?

A contribuinte procura responder a essa questão afirmando, primeiramente, que se tratava de uma operação de risco, pois não havia garantia de que na IPO as ações da BM&F seriam efetivamente vendidas a um valor unitário superior a R\$ 11,00. Alega que, neste sentido, o risco foi assumido pelo sócio adquirente.

Pois bem, é verdade que em 01/11/2007 a Corretora e seu sócio majoritários não poderiam prever o valor que a ação da BM&F alcançaria na respectiva IPO que se realizaria no dia 30 do mesmo mês.

No entanto, não é menos verdadeira a afirmação de que naquela data, tendo em vista os fatos antes narrados, era baixíssimo o risco de adquirir-se ações da BM&F a um valor unitário de R\$ R\$ 11,00 (preço de alienação à General Atlantic, estabelecido dois meses e meio antes em 17/08/2007). Em outras palavras, embora houvesse risco, este era inegavelmente baixíssimo. E as pessoas que lidam com o mercado de ações (e a contribuinte e seu sócio estão entre elas) costumam bem calcular o risco do investimento. Por fim, não é demais lembrar que as expectativas do mercado estavam corretas, pois o valor unitário das ações da BM&F na IPO atingiram R\$ 20,00 (este foi o valor por ação recebido pelo sócio na oferta pública).

Em segundo lugar afirma a defesa que a alienação das ações ao sócio Marcos de Souza Barros em 01/11/2007 teve como propósito evitar-se que a Corretora viesse a ser impedida de alienar as ações da BM&F na IPO, por meio de medida judicial que viesse

a ser concedida nos autos do processo que travava com seu ex-sócio, Álvaro de Souza Barros.

Não há aqui, a meu ver, propósito genuíno, mas mero pretexto. Tanto é assim que a alienação das ações ao sócio Marcos de Souza Barros não impediu o Juízo de conceder liminar proibindo-lhe de alienar as ações na IPO, conforme item 3 do "*Comunicado ao Mercado*" expedido pela Bovespa em 27/11/2007 (disponível em <http://www.bmfbovespa.com.br/ptbr/mercados/acoes/ofertaspublicas/bolsademercadori/asefuturosbmefsa10122007.aspx?idioma=ptbr>):

*3 – Foi concedida liminar em 22 de novembro de 2007 impedindo o Acionista Vendedor Sr. Marcos de Souza Barros de vender suas Ações no âmbito da Oferta. Dessa forma, se até às 17h00 do dia 28 de novembro de 2007, data de Fixação do Preço por Ação, tal Acionista Vendedor ainda estiver impedido de vender suas Ações, a Opção de Ações Suplementares será diminuída em 8.891.662 Ações, passando a ser de 30.132.448 Ações, sendo que as Ações que seriam alienadas por tal Acionista Vendedor na Oferta base serão alocadas proporcionalmente entre os demais Acionistas Vendedores.*

A liminar foi posteriormente revogada e o Sr. Marcos de Souza Barros participou da IPO da BM&F, e o valor discutido no processo foi bloqueado pelo Juízo até decisão definitiva sobre o direito do autor da ação, Álvaro de Souza Barros.

Em verdade, por tudo o que se viu acima, a única razão crível para celebração da promessa de alienação havida em 01/11/2007 é a redução, por meio de práticas abusivas, do montante dos tributos devidos ao Fisco.

Realmente, de acordo com os cálculos apresentados no TVF (fl. 479), se a própria contribuinte alienasse na IPO as ações que mantinha no capital de BM&F S.A., sofreria incidência tributária (IRPJ + CSLL + PIS + Cofins) de aproximadamente 65 milhões de reais, enquanto que, da forma como foi realizada (alienação ao sócio, havendo este alienado as ações na IPO), a alienação sofreu incidência tributária (IRPJ + CSLL + PIS + Cofins + IRPF) de cerca de 46 milhões de reais. Houve assim um ganho tributário abusivo em torno de 19 milhões de reais.

Note-se, nestes termos, como a análise dos fatos específicos narrados e contrapostos em defesa são determinantes para se concluir sobre a *abusividade* da prática sob julgamento e ensejar a seguinte conclusão na segunda parte do acórdão recorrido:

Realmente, de acordo com os cálculos apresentados no TVF (fl. 479), se a própria contribuinte alienasse na IPO as ações que mantinha no capital de BM&F S.A., sofreria incidência tributária (IRPJ + CSLL + PIS + Cofins) de aproximadamente 65 milhões de reais, enquanto que, da forma como foi realizada (alienação ao sócio, havendo este alienado as ações na IPO), a alienação sofreu incidência tributária (IRPJ + CSLL + PIS + Cofins + IRPF) de cerca de 46 milhões de reais. Houve assim um ganho tributário abusivo em torno de 19 milhões de reais.

Nestas condições, julgada abusiva a alienação das ações ao sócio majoritário, tal negócio jurídico deve ser requalificado, a teor do disposto no art. 116, parágrafo único, o CTN, tudo se passando como se fosse a própria contribuinte a alienar, na respectiva IPO, as ações da BM&F S.A.

Diante de situações fáticas dessemelhantes, o dissídio jurisprudencial acerca de normas gerais cuja aplicação depende de aspectos fáticos da operação não se estabelece.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a

competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos n.º 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF n.º 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevrálgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Por tais razões, reformulado o voto inicialmente apresentado na primeira apresentação deste litígio, deve ser NEGADO CONHECIMENTO o recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora