



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

Processo n° 16327.720862/2016-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-003.370 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente GREEN CAPITAL PARTICIPAÇÕES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

DEVOLUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. OPÇÃO FISCAL.

A devolução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembléia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Aprovada a deliberação pela devolução do capital social, a entrega de bens e direitos a acionistas, em devolução de capital, pode ocorrer em conformidade com o que dispõe o artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995. Trata-se de uma opção fiscal franqueada pelo legislador ao contribuinte, e não de planejamento tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram do presente julgamento os seguintes Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia

Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração lavrados para a cobrança do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, bem como multa de ofício de 75% e juros de mora.

Conforme o relatório fiscal de fls. 571-583, o fundamento da autuação foi a realização de operações sucessivas com a finalidade de reduzir ilegalmente a tributação incidente sobre o ganho de capital na apuração do IRPJ e CSLL:

Os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, que no caso seria a tributação do ganho de capital na companhia que vendeu a participação: Pulsar Investimentos S/A. Isso porque a tributação na PJ é mais onerosa, 25% IRPJ e 9% de CSLL, comparada com a tributação de ganho de capital na pessoa física.

Na realidade, o verdadeiro ato praticado foi a venda da participação na GPS Invest Financ, de propriedade da companhia Pulsar Investimentos S/A, para empresa JB Participações.

Cabe ressaltar que quando os atos e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a verdadeira realidade do negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

Uma vez que os atos formais são apenas aparentes e diferem do negócio efetivamente praticado, tais atos trazem prejuízo ao fisco, e nessa situação é devido o tributo incidente sobre o ganho de capital obtido com a alienação do investimento na pessoa jurídica. Tratam-se de operações estruturadas, realizadas em prazo ínfimo, integralização, cisão e alienação de quotas, constituem-se simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação de 30% da participação na companhia GPS Investimentos de propriedade da Pulsar Investimentos (atual Green Capital) para a empresa JB Participações S/A.

Notificado, o Contribuinte apresentou Impugnação aduzindo:

- a) a autoridade fiscal não identificou qual seria a infração cometida, mas baseou a sua autuação em mero inconformismo com a operação realizada;
- b) a autoridade fiscal desconsiderou o negócio jurídico, mas em nenhum momento fundamentou a existência de simulação, a qual entende o Impugnante não ter ocorrido, nos termos do art. 167 do Código Civil;
- c) Tampouco houve qualquer referência ao art. 116 do CTN, apontando ausência de motivação de fato e de direito, implicando na nulidade do auto.

d) Que a competência para verificar a regularidade das operações societárias pertence à JUCESP, conforme lei nº 8934/94, e não à autoridade fiscal, e que a operação realizada não contraria qualquer dos dispositivos da Lei nº 6.404/76;

e) Alega decadência do crédito tributário, pelo fato da cisão parcial ter ocorrido em 28/02/2011, e o auto de infração foi lavrado em 21/12/2016;

f) Menciona jurisprudência do CARF sobre a devolução de capital social aos sócios pelo valor contábil, para posterior alienação, e destaca o art. 22 da Lei nº 9.249/95, que estabelece uma opção legal;

g) Alega que, mesmo com a manutenção da exação, deveria ser feita a compensação com os tributos já recolhidos pelos acionistas pessoas físicas, quando da alienação das ações e oferecimento à tributação, com cancelamento proporcional da multa;

h) Impossibilidade de manutenção da multa de ofício, com base no art. 112 do CTN;

i) ilegalidade da cobrança de juros sobre multa de ofício;

A DRJ julgou improcedente a Impugnação, através do Acórdão nº 14-66.908 (fls.765 e ss.), assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

FALTA DE INDICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO LEGAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não é exigível da Autoridade Fiscal a citação expressa de dispositivos legais pertencentes ao Direito Privado, quando não os utilizar, visto que o termo é de amplo conhecimento. Não pode a Autoridade alterar a definição de instituto para impor a obrigação tributária não prevista em lei, o que não ocorreu no presente caso.

GANHO DE CAPITAL. SIMULAÇÃO.

O negócio jurídico realizado entre partes, sem propósito negocial e com o único intuito de reduzir tributos, pode ser desconsiderado para efeitos tributários pela autoridade administrativa, dando lugar ao lançamento de ofício sobre o fato jurídico tributário efetivamente ocorrido. A elisão fiscal abusiva, consistente no planejamento de tributação mais benéfica, desviando-se dos objetivos da legislação, prejudica todo o sistema tributário nacional, organizado com base nos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva.

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE.

Em não havendo qualquer declaração de débitos por parte de quem de direito, somada à ocorrência de simulação no negócio jurídico, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário de cinco anos é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

COMPENSAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL APURADO NA PESSOA JURÍDICA COM PARTE DO GANHO DE CAPITAL DECLARADO E RECOLHIDO NA PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Não há permissivo legal para compensação do ganho de capital de pessoa jurídica, não declarado no devido tempo, com os tributos já recolhidos pelos acionistas pessoas físicas a título também de ganho de capital. A legislação em vigor não possibilita a compensação de tributos entre pessoas diferentes, pois o patrimônio de uma não se confunde com o de outra.

TAXA SELIC SOBRE A PARCELA DE MULTA. LEGALIDADE.

A multa de ofício aplicada sobre os tributos não recolhidos e não declarados é decorrente de tributos e contribuições administrados pela RFB, razão pela qual correta é a exigência dos juros moratórios sobre as multas de ofício aplicadas, calculados com base na taxa Selic.

Irresignado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, repisando os fundamentos de sua Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido pelo Colegiado.

Passa à análise dos pontos suscitados no Recurso Voluntário.

I) Preliminares

a) Ausência de fundamento jurídico para a cobrança do crédito tributário

Aduz o Recorrente que no relatório fiscal não é identificada nenhuma infração de lei, mas sim uma discordância da fiscalização com a operação realizada, com menção a dispositivos genéricos sobre a apuração da base de cálculo do IPRJ e da CSLL.

Com a devida vênia, entendo que a fiscalização trouxe nos autos, ainda que sem maiores digressões ou desenvolvimento, os fundamentos fáticos e jurídicos da autuação, descrevendo as operações e indicando - a seu juízo - que se tratavam, na prática, de outro negócio jurídico, tratando-o como tal e apurando o IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital apurado sobre a realidade fática que considerou ter ocorrido efetivamente.

Nos autos de infração (fls. 561-566) constam todos os dispositivos legais invocados para a apuração da base de cálculo, estando explicitada as razões jurídicas da autuação.

Ao mencionar que o Fiscal desconsiderou o negócio jurídico mas em nenhuma passagem fundamentou, com base em dispositivos legais (art. 167 do CC/02), a existência de suposta simulação, pretende o Recorrente a anulação. Entretanto, em rigor, não houve de fato desconsideração de negócio jurídico nos mesmos moldes da legislação civil - os negócios jurídicos entre os particulares que o realizaram continuam válidos entre eles, não se permitindo o Fisco anulá-los, mas a fiscalização optou por lhe negar os efeitos tributários próprios, por vislumbrar que a operações dissimulou outro negócio.

O relatório fiscal é expresso sobre isto no trecho de fls. 580:

Cabe ressaltar que quando os atos e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a verdadeira realidade do negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

Uma vez que os atos formais são apenas aparentes e diferem do negócio efetivamente praticado, tais atos trazem prejuízo ao fisco, e nessa situação é devido o tributo incidente sobre o ganho de capital obtido com a alienação do investimento na pessoa jurídica

Vislumbra-se nos autos todos os elementos exigidos pelo art. 10 do Decreto 70.235/72, razão pela qual entendemos que não deve ser pronunciada a nulidade por vício de motivação de fato e de direito.

Como já defendemos em outras oportunidades, há que se distinguir, naturalmente, duas situações diferentes: o *juízo preliminar*, acerca do atendimento aos requisitos de lavratura do auto de infração, incluindo aí as exigências probatórias, através do qual se pode concluir pela nulidade da autuação; e o *juízo meritório*, no qual se efetuará a valoração das provas existentes, para verificar o atendimento integral de todos os ônus probatórios envolvidos e a verificação da procedência ou não das alegações fiscais.

Neste momento, cabe fazer apenas o *juízo preliminar*, cabendo a análise das provas e das operações em questão a um momento posterior. Sob este prisma, verifica-se que estão presentes os fundamentos da fiscalização, no relato e no auto de infração, estando atendido a exigência mínima para manutenção formal da autuação. Como aduziu a decisão recorrida:

Os fundamentos fáticos, ou descrição do fato, encontram-se na narrativa dos acontecimentos que desencadearam na conduta final de supressão dos tributos por parte do contribuinte, envolvendo todo o histórico necessário ao perfeito entendimento de como se deu a prática do atos. Os fundamentos de direito, ou disposição legal infringida, foram citados no tópico “enquadramento legal” acima transcritos. Importante notar que o dispositivo legal referente a simulação, art. 267 do CC02, não foi a norma infringida. As normas desrespeitadas pelo contribuinte foram aquelas que previam um tipo de comportamento, no caso, o cálculo do lucro real de determinada forma.

Diante disso, voto por rejeitar as preliminares de nulidade arguidas.

II) Do mérito

Para expor adiante os fatos ocorridos, bem como as operações que fundamentaram a autuação, cabe inicialmente uma ressalva terminológica, por conta das alterações na "razão social" das empresas envolvidas:

CNPJ	RAZÃO SOCIAL			
	ATUAL	Em 31/01/2011	Em 28/02/2011	02/05/2011
05.494.709/0001-04	Green Capital Participações S/A	Kapena Participações S/A	Kapena Participações S/A	Pulsar Inv Participações S/A
13.067.461/0001-23	GPS Invest Fianceiros e Participações S/A	SHYSPE Empreend Participações S/A	SHYSPE Empreend Participações S/A	GPS Invest Fianceiros e Participações S/A
06.128.322/0001-05	CFO Administração de Recursos Ltda	CFO Administração de Recursos Ltda	CFO Administração de Recursos Ltda	CFO Administração de Recursos Ltda
03.356.267/0001-04	GPS Planejamento Financeiro Ltda	GPS Planejamento Financeiro Ltda	GPS Planejamento Financeiro Ltda	GPS Planejamento Financeiro Ltda

Pois bem, vamos aos fatos:

a) em 2010, as ações da GPS Planejamento Financeiro Ltda. (“GPS PLANEJAMENTO”) e da CFO Administração de Recursos Ltda. (“CFO ADMINISTRAÇÃO”), sociedades atuantes no setor de *wealth magament*, eram detidas diretamente pela Recorrente (à época, KAPENA Participações S/A), que, por sua vez, era controlada por diversos acionistas pessoas físicas:



b) Em 2011, a Recorrente transferiu ações da GPS PLANEJAMENTO e da CFO ADMINISTRAÇÃO para uma terceira sociedade, SYHSPE, constituída pelos acionistas pessoas físicas da Recorrente. Deste modo, em **31/01/2011**, deliberou-se um aumento do capital social da SYHSPE, que foi integralmente subscrito e integralizado pela Recorrente, por meio da contribuição da totalidade das quotas que detinha na GPS PLANEJAMENTO e na CFO ADMINISTRAÇÃO:



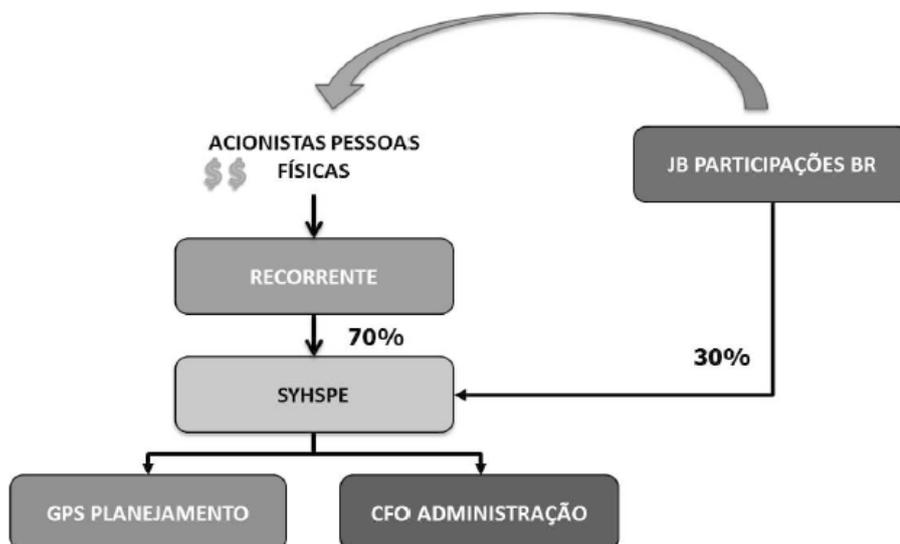
c) Posteriormente, decidiu-se pela cisão parcial da Recorrente, em 28/02/2011, com a versão da parcela cindida à SYHSPE, equivalente a parte das ações detidas pela Recorrente no capital social desta última sociedade:



d) Em razão da cisão, 84.068 ações ordinárias nominativas, de emissão da SYHSPE, foram atribuídos diretamente aos acionistas pessoas físicas da Recorrente, na proporção da participação detida por eles na Recorrente, passando a deter participação direta na SYHSPE, consistente em 30% do capital social da referida sociedade (Cláusula 1ª, fl.748):



e) Em 02/05/2011, após a devolução de capital aos sócios, mediante a operação de cisão parcial da Recorrente, foi celebrado um contrato de compra e venda de ações (fls. 384-439), por meio do qual o GRUPO JB adquiriu dos acionistas pessoas físicas 30% das ações de emissão da SYHSPE, pagando, em contrapartida, R\$ 94.600.000,00, conforme comprovantes de fls. 206-214:



f) Em razão da devolução do capital aos sócios, através da operação de cisão, ter se dado com base no valor contábil do acervo vertido (cláusula 4ª do ajuste), e por ser o valor da alienação superior ao custo de aquisição dessas ações, as pessoas físicas apuraram ganho de capital, o qual foi oferecido à tributação, à alíquota de 15%.

A fiscalização teve um juízo distinto sobre a operação, descrito por ela nos seguintes termos:

Os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, **demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, que no caso seria a tributação do ganho de capital na companhia que vendeu a participação: Pulsar Investimentos S/A.** Isso porque a tributação na PJ é mais onerosa, 25% IRPJ e 9% de CSLL, comparada com a tributação de ganho de capital na pessoa física.

Na realidade, o verdadeiro ato praticado foi a venda da participação na GPS Invest Financ, de propriedade da companhia Pulsar Investimentos S/A, para empresa JB Participações.

Antes disso, ainda sobre a operação de cisão, a autoridade fiscalizadora chega a traçar algumas linhas, aduzindo que a mesma não obedeceu às regras previstas na Lei nº 6.404/76, pelo fato do patrimônio líquido da SYHSPE ter permanecido inalterado na operação de cisão parcial da KAPENA:

Verifica-se que a “clausula 10” do Protocolo firmado, determina que a Cisão Parcial não ocasionara aumento de capital social da SHYSPE, tendo em vista que a parcela cindida do patrimônio líquido da Kapena é formada integralmente pelas ações que a Kapena detém no capital social da SHYSPE.

Ou seja, o patrimônio líquido da SHYSPE permaneceu inalterado na operação de Cisão Parcial da Kapena com versão da parcela cindida de seu patrimônio líquido para SHYSPE, porque não houve aumento do capital social da SHYSPE no valor da parcela cindida transferida pela Kapena:

*(...) Analisando a Lei 6.404/76 que rege as operações de Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão de companhias, percebe-se que **não existe previsão para operações de cisão sem aumento do patrimônio líquido da companhia que recebe o acervo cindido.***

Em rigor, a operação envolve basicamente três passos, conforme a documentação acostada aos autos: i) cisão da KAPENA em duas companhias, uma das quais era composta por exclusivamente 30% das ações da SYHSPE; ii) ato contínuo, essa parcela cindida foi incorporada à própria SYHSPE; e iii) em decorrência dessa incorporação da parcela cindida, as ações incorporadas foram entregues diretamente aos acionistas da KAPENA, na proporção de suas participações.

Não há, nessa operação, nada que justifique aumento do patrimônio líquido da SYHSPE, haja vista que o que há, de fato, é simplesmente a devolução das ações aos sócios da KARPENA, pelo valor contábil, que passam a ser diretamente proprietários de ações correspondentes a 30% do capital social da SYHSPE.

O que há, e esse foi o fundamento da autuação, é a devolução das ações da SYHSPE para os sócios, para sua posterior alienação para o GRUPO JB, sujeitando-se a uma carga tributária menor sobre o ganho de capital apurado. Segundo a fiscalização, tal operação não teria propósito negocial, razão pela qual não teria eficácia perante o Fisco.

Com a devida vênia, discordamos diametralmente da premissa do fiscal.

Na temática do planejamento tributário - utilização de atos e negócios jurídicos com a finalidade de buscar meios lícitos de pagar menos tributos - é preciso, antes de tudo, segregar as situações que não podem se enquadrar como tal, sendo esse contraste essencial para evitar confusões metodológicas, aplicando-se instrumentos de análise de planejamentos a outros tipos de situações.

Marco Aurélio Greco, em sua clássica obra sobre o tema¹, identifica três conjuntos de situações que **não** se enquadram como planejamento tributário:

a) *condutas repelidas* - aquelas condutas alçadas à categoria de atos ilícitos pelo legislador, e sujeitas a sanções - a exemplo de atos de evasão tributária;

b) *condutas desejadas (induzidas)* - aquelas assumidas em razão de estímulos decorrentes da utilização extrafiscal do tributo ou de um regime fiscal diferenciado, como a opção por instalar uma fábrica em determinada região, por estar sujeita a uma carga tributária menor.

c) *condutas positivamente autorizadas pelo ordenamento* - são as chamadas *opções fiscais*, alternativas criadas pelo ordenamento jurídico, propositalmente formuladas e

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário, 2ªed. São Paulo: Dialética, 2008, p.83-86.

colocadas à disposição para que o contribuinte delas se utilize, conforme sua conveniência, a exemplo da opção pela apuração do IRPJ pelo Lucro Presumido, para algumas empresas.

No presente caso, o contribuinte fiou-se na redação expressa do art. 22 da Lei nº 9.249/95, que dispõe expressamente:

Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil OU de mercado.

O referido dispositivo autoriza a devolução do capital através da entrega dos bens (ações) a valor contábil ou de mercado, ficando a escolha a cargo da pessoa jurídica, e com consequências fiscais próprias, para a escolha que for realizada. Trata-se de uma opção dada ao contribuinte expressamente pela ordem jurídica, cabendo a este balizar-se pelo grau de vantagens que aufera a partir da cada escolha possível.

A prática das opções é absolutamente cediça na legislação tributária brasileira - uma empresa, a depender de seu porte, pode optar por recolher seu IRPJ sobre o Lucro Real ou Presumido, ou mesmo aderir ao Simples Nacional, pela simples redução de encargos tributários; da mesma forma, e pelas mesmas finalidades, pode optar por remunerar o capital de seus sócios através do pagamento de dividendos ou de JCP, pode optar pela apuração trimestral do IRPJ ou o pagamento mensal por estimativas; a pessoa física pode optar pela declaração completa ou simplificada de rendimentos etc.

São inúmeras opções que o contribuinte tem, criadas pelo legislador, e com regimes tributários próprios, que podem ser eleitas sem que se tenha que cogitar de finalidades extratributárias subjacentes à escolha.

Em breve histórico pode esclarecer a situação: inicialmente, com o advento do Decreto-Lei nº 1.598/77, o seu art. 60 estabeleceu expressamente que a entrega de um bem do ativo de uma empresa, a pessoa ligada (sócio), por um valor inferior ao valor de mercado, se enquadraria na hipótese de *distribuição disfarçada de lucros* - nessas hipóteses, o efeito jurídico era a cobrança do IRPJ sobre a transação, levando-se em conta o ganho de capital entre o custo de aquisição do ativo e o seu valor de mercado.

Com a introdução da Lei nº 9.249/95, criou-se duas exceções ao regime de DDL, em seus arts. 22 e 23, que acabaram sendo consolidados no RIR/99, no art. 464:

Art.464.Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

I- aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II- adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III- perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV- transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V- paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado;

VI- realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

§1º—O disposto nos incisos I e IV não se aplica nos casos de devolução de participação no capital social de titular, sócio ou acionista de pessoa jurídica em bens ou direitos, avaliados a valor contábil ou de mercado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22).

§2º—A hipótese prevista no inciso II não se aplica quando a pessoa física transferir a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante na respectiva declaração de bens (Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, §1º).

§3ºA prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §2º).

Portanto, nos casos expressamente tratados no §1º do art. 464 do RIR/99, não há que reconhecer o ganho de capital na devolução do capital ao sócio ou acionista, por mais que se tenha absoluta ciência e certeza de que o valor de mercado é superior ao do registro contábil - trata-se de uma exceção expressamente posta ao regime de DDL.

Uma vez reconhecido que o legislador deu essa expressa faculdade à Recorrente, não há que causar espécie a opção pela devolução, para que a alienação se dê sob uma carga tributária menor.

Não se trata de um desvio da normalidade, mas uma opção do contribuinte à luz do instrumental operacional que a legislação tributária lhe deu - como precisamente pontuado pelo Conselheiro Antônio José Praga de Souza, no Acórdão CARF nº 1402-001.341, "*a distorção está nas próprias normas tributárias que estabelecem alíquota de 15% para o ganho de capital na pessoa física e de até 34% de IRPJ/CSLL sobre os ganhos de mesma natureza das pessoas jurídicas.*".

É dizer, não pode a fiscalização, por estar em desacordo com a distorção na tributação do ganho de capital na pessoa física e na pessoa jurídica, pretender saná-la através da desconsideração de uma opção fiscal legítima do contribuinte.

Como apontado pelo Conselheiro Waldir Veiga Rocha, no Acórdão 1301-001.865, trata-se de uma opção fiscal não apenas sobre a carga tributária sobre o ganho de capital, mas também sobre o momento em que essa renda será tributada:

Tenho que essa faculdade, outorgada à pessoa jurídica, de promover a devolução de capital em bens aos sócios, avaliando-os pelo valor contábil ou pelo valor de mercado, traz consigo o entendimento de que é também outorgado aos interessados definir em que momento se dará a tributação do ganho de capital sobre esses bens, se no momento da devolução aos sócios (avaliação a valor de mercado) ou no momento de uma futura alienação a terceiros (avaliação a valor contábil). A lei não estabelece qualquer limitação temporal para essa futura alienação a terceiros. A opção do contribuinte por uma ou outra via é, a meu ver, planejamento tributário válido, porque expressamente previsto em lei.

Nesse sentido, também há diversos precedentes no âmbito deste CARF, mormente neste Colegiado, onde o acato da matéria se tem se dado de forma unânime, conforme as ementas colacionadas abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. PROCEDIMENTO LÍCITO. AUSÊNCIA DE FRAUDE OU SIMULAÇÃO

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembléia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa.

(Acórdão 1301-003.023, relatora Cons. Amélia Wakako Morishita Yamamoto, julgado em 16/05/2018)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2010

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. SITUAÇÃO AUTORIZADA PELO ARTIGO 22 DA LEI Nº 9.249 DE 1995. PROCEDIMENTO LÍCITO.

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembléia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa. Aprovada a deliberação pela redução do capital social, a entrega de bens e direitos a acionistas, em devolução de capital, pode ocorrer em conformidade com o que dispõe o artigo 22 da Lei nº 9.249, de 1995.

(Acórdão nº 1301-002.582, relator Cons. José Eduardo Dornelas Souza, julgado em 16/08/2017)

Tampouco há que se falar em simulação no presente caso, haja vista que toda a operação restou materialmente comprovada, com todos os atos constitutivos devidamente depositados e aprovados pela JUCESP. A operação ocorreu exatamente como descrito pela fiscalização e pelo contribuinte, com a finalidade de se utilizar de uma opção fiscal para reduzir a carga tributária sobre o ganho de capital na alienação de ações da SYHSPE.

Por fim, também deve-se consignar que por se tratar de opção fiscal, e não de planejamento tributário, sequer há que se considerar a existência ou não de propósito comercial na operação, visto que tal discussão é despicienda ao deslinde do feito.

III) Conclusão

Ante o exposto, voto por dar PROVIMENTO INTEGRAL ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto