



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

Processo nº 16327.721661/2011-91
Recurso nº
Acórdão nº 1202-001.075 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2013
Matéria Planejamento Tributário/Permuta de ações
Recorrente NEON HOLDINGS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - INOCORRÊNCIA

É imperiosa a análise das operações societárias realizadas em sequência para que se verifique a ocorrência ou não do fato gerador e a real intenção da contribuinte. A responsabilidade de cada empresa envolvida deve ser apurada quando configurada a hipótese de incidência tributária.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Em havendo pagamento, o prazo decadencial inicia-se na data da ocorrência do fato gerador, conforme § 4º do art.150 do CTN. Já nos casos em que não constar pagamento, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme disposto no art. 173, inciso I do CTN.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO - CRITÉRIOS.

O que determina a incidência ou não de tributo para caracterização de planejamento tributário legítimo é a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico (causa objetiva - propósito negocial), não bastando a existência do conteúdo formal do negócio jurídico, consubstanciado na declaração de vontade.

As operações estruturadas em sequência, realizadas em curto prazo, constituem simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação das ações, que teve como único propósito evitar a incidência de ganho de capital.

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 774

FATO GERADOR DO IRPJ E DA CSLL - LUCRO NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

Restando comprovado o lucro na alienação de ações, é de se efetuar a sua tributação, a título de ganho de capital.

INCIDÊNCIA DE JUROS PELA TAXA SELIC SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Jurisprudência pacificada deste Conselho Administrativo no sentido de afastar a incidência de juros de mora sobre multa de ofício, devendo incidir somente o valor do tributo devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade por erro na identificação do sujeito passivo e de decadência e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao Recurso Voluntário apenas para afastar a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Viviane Vidal Wagner e Carlos Alberto Donassolo, que negavam provimento ao recurso integralmente. O Conselheiro Plínio Rodrigues Lima acompanhou pelas conclusões o mérito julgado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em Exercício.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Plínio Rodrigues Lima, Nereida de Miranda Finamore Horta, Viviane Vidal Wagner, Orlando José Gonçalves Bueno e Geraldo Valentim Neto.

Relatório

Consiste o presente processo em Autos de Infração lavrados contra a Recorrente, consubstanciados em lançamentos de IRPJ, no valor de R\$ 94.921.486,01 (fls. 481/486) e CSLL, no valor de R\$ 34.187.915,19 (fls. 487/491), já acrescidos de multa de ofício de 75% e juros à Taxa SELIC, decorrentes de infração apurada pela fiscalização consistente nos ganhos de capital apurados incorretamente mediante a alienação ou baixa de investimentos avaliados pelo valor do patrimônio líquido. Entendeu a fiscalização que a Recorrente incorreu na “falta de contabilização de ganho de capital apurado na alienação de ações da empresa Selenium (28/07/2006) que era investimento avaliado pelo Patrimônio Líquido, gerando, em

consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação”, relativa a fatos geradores do ano-calendário de 2006.

O delineamento fático constante do Termo de Verificação Fiscal (fls. 96/114) foi muito bem sintetizado na decisão recorrida (fls. 622/642) a qual passo a reproduzir:

1.1. Visão geral

No termo de verificação fiscal nº 01 (fls. 96 a 114), a fiscalização relata que os fatos ocorreram no âmbito do grupo Bradesco, em operações de reestruturação societária, realizadas em junho e julho de 2006, que antecederam a Oferta Pública Inicial (“Initial Public Offering” – IPO) da Companhia Brasileira de Meios de Pagamentos, conhecida como Visanet, realizada em junho de 2009.

Relata a fiscalização que, pouco antes do IPO, as ações da Visanet pertencentes ao grupo Bradesco foram transferidas para a Columbus Holding S.A (Columbus), empresa pertencente ao grupo.

Informa que, em 15/04/2009, a Columbus aumentou seu capital social de R\$1.000,00 para R\$40.158.264,50, sendo o mesmo integralizado pelo Banco Alvorada S/A (Banco Alvorada), Banco Boavista Interatlântico S/A (Banco Boavista) e Alvorada Cartões, Crédito, Financiamento e Investimentos S/A (Alvorada Cartões) mediante a conferência de 106.392.689 ações da Visanet, avaliadas em R\$40.157.264,50 (R\$0,38 por ação). Nesse caso, não houve ágio na subscrição das ações da Columbus.

Em 22/04/2009, a Columbus promoveu novo aumento de capital social no montante de R\$66.273.008,58, integralizado por Elba Holdings Ltda. (Elba) mediante a conferência de 175.579.400 ações da Visanet, avaliadas em R\$568.590.141,99 (valor patrimonial de R\$66.271.356,41 + ágio de R\$502.318.785,58), tendo sido registrado pela Columbus ágio na subscrição de ações no valor de R\$502.317.133,41.

Em 04/05/2009, houve novo aumento de capital na Columbus no valor de R\$95.804.095,08, integralizado por Rubi Holdings Ltda. (Rubi) mediante a conferência de 253.820.700 ações da Visanet, avaliadas em R\$3.048.063.870,81 (valor patrimonial de R\$113.165.236,66 + ágio de R\$2.934.898.634,15), tendo sido registrado pela Columbus ágio na subscrição de ações no valor de R\$2.952.259.775,73.

Informa a fiscalização que, em 30/06/2009, após ajustes de equivalência patrimonial e dividendos, a Columbus registrava em sua contabilidade os seguintes valores para as ações da Visanet e para o ágio associado às mesmas:

1.3.1.1.1.048 – 6300 Visanet – R\$205.665.183,97

1.3.1.1.2.026 – Ágio outras empresas – R\$3.437.214.726,69

A soma desses valores perfazia o montante de R\$3.642.879.910,66, que dividido pelo total de 535.792.992 ações resultava no valor de R\$6,80 por ação.

*Em junho de 2009 ocorreu o IPO, no qual foram vendidas 143.302.299 ações e, no mês subsequente, foram vendidas 30.025.244 ações em lote suplementar, totalizando 173.327.543 ações, todas vendidas pelo custo unitário de R\$15,00. Logo o valor total da venda foi de R\$2.599.913.145,00 (173.327.543 * R\$15,00). Sendo o custo contábil de R\$1.178.461.521,12 (173.327.543 * R\$6,80), foi apurado ganho de capital de R\$1.421.451.623,88 pela Columbus. A fiscalização ressalta que esse ganho de capital foi reduzido significativamente pelo ágio, o que a levou a investigar sua origem, mediante a realização de diligências em diversas empresas do grupo Bradesco.*

A fiscalização esclarece que o presente processo trata das 175.579.400 ações entregues à Columbus pela Elba em 22/04/2009 no valor total de R\$568.590.141,99, composto pelo valor patrimonial de R\$66.271.356,41 e ágio de R\$502.318.785,58.

Esclarece, ainda, que as ações da Visanet foram desdobradas em 1/50 no dia 24/08/2007 e em 1/2 no dia 22/09/2008, de modo que, antes de 24/08/2007, as 175.579.400 ações equivaliam a 1.755.794 ações.

1.2. Das reorganizações societárias

A fiscalização informa que, inicialmente, as 1.755.794 ações acima referidas pertenciam ao Banco Alvorada.

Em 29/06/2009, a Selenium Holdings S.A. (Selenium) aumentou seu capital social em R\$48.740.841,44 (de R\$11.257.207,00 para R\$59.998.048,44) tendo sido o mesmo subscrito e integralizado pelo Banco Alvorada mediante a conferência de 1.755.794 ações da Visanet pelo valor contábil de R\$48.740.841,44 (valor unitário de R\$0,28, considerando os desdobramentos). Nessa mesma data, o Banco Alvorada subscreveu e integralizou capital na Nova Paiol com as ações da Selenium recém-adquiridas.

Relata a fiscalização que, depois dessa operação, a Selenium ficou com dois acionistas, a Neon Holdings Ltda. (Neon) e a Nova Paiol Participações Ltda. (Nova Paiol), detentoras de 11.257.207 ações (24,99%) e 33.789.883 ações (75,01%), respectivamente.

Nessa data (29/06/2006), a Selenium possuía, entre outros ativos, ações da Visanet (recebidas do Banco Alvorada) e da Usiminas e seu patrimônio líquido era de R\$64.979.008,24. Assim, por equivalência patrimonial, a participação Neon (24,99%) correspondia a R\$16.238.166,47.

Por outro lado, a Elba era subsidiária integral do Banco Bradesco S/A (Banco Bradesco) e possuía, entre outros ativos, 100% das ações da Bradesplan Participações S.A. (Bradesplan).

Em 30/06/2006, a Selenium efetuou um aumento de capital no montante de R\$196.838.445,31, subscrito e integralizado pela Elba mediante a conferência de 23.945.221.917 ações da Bradesplan avaliadas pelo valor contábil de R\$3.079.858.815,53. Assim, a Selenium passou a ter capital social de R\$256.836.493,75 e patrimônio líquido de R\$3.144.837.823,46. A composição

societária passou a ser: Neon (5,84%), Nova Paiol (17,52%) e Elba (76,64%), correspondentes a R\$183.587.267,40, R\$551.059.626,57 e R\$2.410.190.929,80, respectivamente, pelo método da equivalência patrimonial.

Com essa operação, a Elba trocou sua participação na Bradesplan pela participação na Selenium. Pela equivalência patrimonial, a participação da Elba na Selenium era de R\$2.410.190.929,56 (76,64% de R\$3.144.837.823,46). Considerando-se que as ações da Bradesplan estavam contabilizadas por R\$3.079.858.815,53, a Elba registrou um ágio de R\$669.667.885,97 (R\$3.079.858.815,53 – R\$2.410.190.929,56) em sua contabilidade:

D – 1.3.1.1.2.040 – Ágio – Selenium Holdings S.A. – Visanet – R\$502.318.785,58

D – 1.3.1.1.2.041 – Ágio – Selenium Holdings S.A. – Usiminas – R\$167.349.100,39

C – 1.3.1.1.1.111 – Selenium Holdings S.A – R\$669.667.885,97

Informa a fiscalização que a Elba foi intimada a apresentar os laudos de avaliação que respaldassem os ágios acima referidos, tendo a mesma informado que as ações da Usiminas foram avaliadas pelo valor da cotação na Bovespa. Quanto à Visanet, a fiscalização alega que o laudo apresentado se refere apenas a uma avaliação econômico-financeira, não citando nem o motivo da avaliação e nem as empresas participantes da operação.

Relata a fiscalização que a operação gerou ganho de capital de R\$502.318.784,80 (R\$551.059.626,57 - R\$48.740.841,77) para a Nova Paiol e de R\$167.349.100,90 (R\$183.587.267,40 – R\$16.238.166,47) para a Neon. Acrescenta que essa operação permitiu que o ganho obtido pela Nova Paiol, por redução de participação societária na Selenium, não fosse tributado por força do art. 428 do RIR/99.

Cabe lembrar que, depois dessa operação, a Selenium tinha como acionistas a Neon, a Nova Paiol e a Elba e possuía ativos relativos a ações da Usiminas, Visanet e Bradesplan.

Em 28/07/2006, a Elba incorporou a Selenium com base nos balanços patrimoniais de 30/06/2006. O capital social da Elba foi aumentado em R\$759.255.242,00 mediante a emissão de 741.178.389 novas ações, tendo sido atribuídas 185.219.479 ações à Neon e 555.958.910 à Nova Paiol.

Relata a fiscalização que a Elba recebeu as ações da Usiminas e incluiu em seu valor contábil o ágio registrado em 30/06/2006 na conta 1.3.1.1.2.041 – Ágio – Selenium Holdings S.A. - Usiminas, passando as mesmas a serem contabilizadas pelo valor de R\$178.605.307,39.

As ações da Visanet foram recebidas pelo valor contábil de R\$55.202.116,73 e o ágio, no valor de R\$502.318.785,58 ficou segregado na conta 1.3.1.1.2.040 – Ágio – Selenium Holdings S.A. – Visanet.

Acrescenta a fiscalização que a Neon e a Nova Paiol permaneceram sócias da Elba até 31/12/2009, último período analisado no procedimento fiscal.

1.3. Da interpretação da fiscalização acerca da reorganização societária

A fiscalização alega que o grupo Bradesco, antes das operações societárias acima descritas, tinha conhecimento de que as ações da Usiminas e da Visanet estavam contabilizadas em valor inferior ao que elas efetivamente valiam. Assim, argumenta que a reorganização societária em questão teve por objetivo obter a mais-valia das referidas ações.

Ressalta que, em 29/06/2006, as ações da Visanet e da Usiminas estavam contabilizadas na Selenium pelos valores de R\$48,740 milhões e R\$11,256 milhões respectivamente.

Em 28/07/2006, essas mesmas ações estavam contabilizadas na Elba por R\$557,520 milhões e R\$178,605 milhões respectivamente.

Sustenta a fiscalização que, para atingir seu objetivo, o grupo Bradesco estruturou operações societárias em sequência, envolvendo as empresas Selenium e Elba, que tiveram por resultado, para a Nova Paiol e para a Neon, a troca da participação societária na Selenium, avaliada em R\$64.979.008,24, pela participação societária na Elba, avaliada em R\$759.255.604,79.

Argumenta que ocorreria ganho de capital tributável caso a Neon e a Nova Paiol aumentassem diretamente o capital da Elba em R\$759.255.604,79 mediante a entrega de ações da Selenium sem que tivesse ocorrido a operação do dia 30/06/2006.

Sustenta que, para contornar a tributação, foi efetuada uma operação intermediária pela qual a Elba adquiriu participação na Selenium com ágio, que acarretou um aumento no valor patrimonial das ações da Selenium detidas pela Neon e pela Nova Paiol, e anulou o ganho de capital que incidiria na troca dessas ações pela participação societária na Elba. Acrescenta que a aquisição de participação societária na Selenium pela Elba com ágio serviu apenas para inflar o valor contábil das ações da Selenium e contornar a tributação do ganho de capital que incidiria quando a Neon e a Nova Paiol trocassem as ações da Selenium pelas ações da Elba.

A fiscalização alega que essa reorganização estruturada em sequência, sem qualquer fundamentação econômica e com o único objetivo de contornar uma norma tributária, não pode ser oponível ao fisco, devendo ser a mesma afastada na determinação dos efeitos tributários do aumento do capital da Elba. Para reforçar seu entendimento, cita doutrina de Marco Aurélio Greco e Hermes Marcelo Huck.

Ante o exposto, a fiscalização desconsiderou as operações intermediárias realizadas em 30/06/2006 e considerou a operação global como sendo a permuta, em 28/07/2006, pela Neon e pela Nova Paiol, de 100% das ações da Selenium por 18,9361% das ações da Elba.

Alega a fiscalização que a permuta de ações é considerada alienação por força do §4º do art. 117 do RIR/99, sendo aplicável o art. 426 do RIR/99, visto que as ações da Selenium eram avaliadas pela Neon pelo método de equivalência patrimonial.

Para apurar o ganho de capital tributável, a fiscalização desconsiderou os efeitos da subscrição de capital da Selenium feita pela Elba e chegou aos seguintes valores referentes a 30/06/2006:

a) *patrimônio líquido da Selenium = R\$71.477.319,50. Para chegar a esse montante, a fiscalização considerou o valor de R\$3.250.181.500,03 relativo ao patrimônio líquido da Selenium em 30/06/2006 apurado pela empresa Probus Assessoria Contábil e Fiscal e excluiu o valor de R\$3.178.704.180,53 correspondente às ações da Bradesplan.*

b) *patrimônio líquido da Elba = R\$3.268.430.448,26. Esse valor foi obtido tomando-se por base o patrimônio líquido da Elba em 30/06/2006 apurado pela Probus de R\$3.250.181.500,03 e subtraindo-se o valor contábil da Selenium (R\$3.160.593.782,12) e adicionando-se o valor contábil da Bradesplan (de R\$3.178.704.180,53).*

Para calcular o valor de venda das ações da Selenium, foi utilizada a seguinte fórmula:

*%ADQE * (PLE + VAS) = VP AE, onde:*

%ADQE = percentual adquirido de participação societária na Elba = 18,9361%

PLE = patrimônio líquido da Elba = R\$3.268.430.448,26

VAS = valor de alienação das ações da Selenium = valor que se deseja obter

VP AE = valor patrimonial das ações da Elba adquiridas pela Selenium = R\$759.255.603,89

Substituindo os valores na fórmula, chega-se a:

VAS = R\$741.145.205,47

Considerando-se que o valor contábil das ações da Selenium era de R\$71.477.319,50 e o valor de alienação foi de R\$741.145.205,47, a fiscalização apurou o ganho de capital obtido na alienação das ações da Selenium no montante de R\$669.667.885,97.

Sendo de 75,01% a participação da Neon na Selenium, o ganho de capital por ela obtido foi de R\$167.349.100,99, sendo esse o valor tributável apurado pela fiscalização. (...) (destaques não constam do original)

Intimada da lavratura dos Autos de Infração, a empresa Recorrente apresentou, em 05/01/2012, Impugnação (fls. 523/565), encaminhando-se os autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I, a qual houve por bem julgar improcedente a defesa ofertada (fls. 622/642), nos termos da ementa transcrita a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA.

Nas operações estruturadas em sequência, deve a fiscalização apurar se cada uma das etapas realizadas tem propósito negocial. Caso não tenham, deve-se considerar, para fins tributários, o conjunto das operações como um todo e não as etapas isoladas.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ILÍCITOS ATÍPICOS.

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 774

O abuso de direito e a fraude à lei configuram ilícitos atípicos, cuja ocorrência torna inválido o planejamento tributário, devendo ser aplicada a norma de tributação que a contribuinte pretendeu evitar.

ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO EM CONTROLADA OU COLIGADA. PERMUTA DE AÇÕES. INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

Sempre que a pessoa jurídica auferir lucro na alienação de ações, quer esta se opere sob a forma de venda, troca por bens de outra natureza ou permuta por outras ações, será ele necessariamente submetido à tributação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO REFLEXO. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fatos geradores de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido em relação ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Tendo sido intimada, em 15/05/2012, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 646/700) em 14/06/2012, merecendo destaque as seguintes alegações:

Nulidade dos autos por erro na identificação do sujeito passivo

No longo Relatório elaborado pela zelosa Fiscalização, conclui-se que a origem do ágio contabilizado pela Columbus não possuiria conteúdo econômico, razão pela qual se procedeu à lavratura dos presentes autos de infração, sem, contudo, observar o Agente Fiscal que a empresa que experimentou o ganho de capital e, por consequência, o recolhimento a menor de tributos em decorrência da contabilização do ágio, foi a Columbus e não a Recorrente, acarretando erro na identificação do sujeito passivo;

Razão econômica dos fatos

Não há negócio jurídico indireto ou dissimulado, o que ocorre são aumentos de capital das empresas, visando a objetivos bem explícitos e determinados, quais sejam: (a) o de preparar uma empresa para centralizar todas as ações Visanet, (b) bem como despertar o interesse de parceiros/sócios estratégicos, que poderiam explorar o potencial ativo, visando a uma otimização do mesmo;

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 774

Os frutos desta operação iniciada em 2006 foram colhidos em 2009, em que pese as constatações da fiscalização da 'velocidade ímpar' usada, quando dá contas que encontrou aumentos de capital em datas sucessivas;

Tratam-se de operações de aumento de capital social pelo valor contábil das empresas mediante a conferência de bens e direitos, especificamente conferência de ações com base no valor do mercado; sendo que, quando as ações tinham cotação em Bolsa, esta foi o valor adotado e, na ausência de cotação, providenciou-se laudo de avaliação de empresa idônea, que usando metodologias adequadas, determinou o valor de mercado dos ativos conferidos;

O racional econômico da operação envolvia ações Visanet (seu possível IPO e centralização da governança), e outros ativos que o Bradesco possuía em sua estrutura, com a finalidade dentro da Organização de otimizar ativos através de uma ou mais sociedades com parceiros que tivessem estrutura de capital compatível, expertise em estruturação de operações e alcance mundial;

Como consequência, seria possível a flexibilização das estruturas societárias do Bradesco, para uma negociação de ativos, permitindo trazer outros parceiros que viessem somar sinergia ao negócio, agregando sócios com expertise em estruturação e negociação de ativos, sem ter que com eles compartilhar outros ativos, sem a necessidade de compartilhar outros ativos não relacionados com a operação;

Se o laudo não explicita qual objetivo da avaliação que está sendo feita, não pode só por isso ser questionado, o que é fundamental é a identificação correta dos ativos e o valor de mercado destes bens e direitos naquele momento;

Paradoxalmente, os autos de infração nos dão conta de que o procedimento desaguou no IPO da Visanet e o negócio gerou lucros tributados de quase um bilhão e meio de reais, mas não consegue ver razão econômica para os fatos intermediários praticados pelo contribuinte;

Se não fossem os fatos anteriores narrados, que segundo a fiscalização seriam vazios de fundamentação econômica, não teria ocorrido o lucro já realizado e tributado.

O risco da empresa é matéria, em nosso ordenamento, completamente fora da jurisdição da Administração Tributária. A escolha destes riscos é que faz o sucesso ou

insucesso do empreendimento. Não cabe ao fisco se pronunciar se ele teria preferido que tivesse feito uma operação de compra e venda ao invés de um aumento de capital ou uma dação em pagamento ou então uma permuta, pois todos estes institutos são válidos em direito e, portanto, disponíveis para o cidadão, que os escolhe livremente para atingir seus objetivos;

Ausência de violação a qualquer dispositivo legal

Todas as operações realizadas ao longo do tempo visando ao objetivo proposto, o lançamento ao público das ações Visanet, mantiveram-se dentro dos limites da legalidade, conforme atestado pela a própria fiscalização quando afirma que se trata de uma operação juridicamente perfeita;

Os autos devem ser julgados com base na lei em vigor e não na teoria esposada por Marco Aurélio Greco, cujo fundamento não é encontrado em nosso ordenamento jurídico;

Juntou-se “Relatório de revisão dos efeitos contábeis e fiscais” da PWC, ao presente recurso, para demonstrar a licitude de todos os atos praticados pela Recorrente e analisados na presente autuação;

Planejamento tributário às avessas

De acordo com as informações e números trazidos pelos próprios autos de infração, o Grupo Bradesco pagou R\$ 307.088.771,91 a mais de tributos, em razão da reestruturação societária que fez, pois poderia ter pago R\$ 176.204.780,21 de tributos, caso tivesse vendido apenas ações Visanet de propriedade da Rubi Holdings no IPO, contra os R\$ 483.293.552,12 efetivamente pagos;

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, em 04/05/2009, antes, portanto, do IPO, a empresa Rubi Holdings, também integrante do grupo Bradesco, era proprietária de 253.820.700 ações Visanet, cujo conjunto contábil de cada ação era de R\$ 12,01. Portanto, nada seria óbice que apenas as ações de propriedade da Rubi Holdings fossem vendidas ao IPO, já que o número de ações da Visanet de propriedade daquela empresa era bem superior ao número de ações vendidas;

De acordo com os números constantes dos autos de infração, o grupo Bradesco pagou R\$307.088.771,91 a mais de tributos, em razão da reestruturação societária que fez, pois poderia ter pago R\$176.204.780,21, caso tivesse vendido apenas as ações da Visanet de propriedade da Rubi Holdings no IPO, contra os R\$483.293.552,12 efetivamente pagos;

Ausência de abuso de direito

A operação está sim inserida num planejamento rigorosamente feito, mas não com a finalidade sugerida pela fiscalização, e sim com a finalidade, bem definida, de colocar

no mercado aberto as ações de uma empresa do grupo, que na origem estavam espalhadas nas mãos de diversas empresas, em conjunto com outros ativos, e não se tem como afirmar que qualquer dos passos intermediários teve única e exclusivamente objetivos fiscais, embora a busca da economia em tributos por caminhos legais não configure nenhum ilícito;

Tanto a permuta quanto o ganho de capital auferido pelo aumento de capital da sociedade investida têm, na prática, exatamente o mesmo tratamento tributário, inexistindo qualquer valor tributável nas duas hipóteses;

O ganho de capital pelo método de equivalência patrimonial, de R\$ 167.349.100,93, apurado pela recorrente em 30/06/2006, é o mesmo apurado pela fiscalização em 28/07/2006 em razão da suposta permuta de ações ocorrida no momento da incorporação da Selenium pela Elba, tendo eles exatamente mesmo valor;

O ganho de capital por equivalência patrimonial ocorreu em 30/06/2006, aplicando-se o tratamento específico do art. 33 do DL 1598, com a redação que lhe deu o DL 1648/78, abrigado no art. 428 do RIR/99, e não em 28/07/2006, como pretende a fiscalização, sendo vedado o propósito de “arrastar” o fato gerador para 28/07/2006;

O dispositivo do artigo 33, parágrafo 2º do Decreto-lei nº 1.598/77, com a redação do Decreto-lei nº 1.648/78, manda não computar tal ganho na apuração do lucro real, base do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro;

O ganho de capital por equivalência patrimonial ocorreu em 30/06/2006, e não em 28/07/2006, não se compreendendo o propósito da fiscalização em “arrastar” o fato gerador para 28/07/2006;

Não significava absolutamente nada para a recorrente a permuta ações de uma empresa por outra, a missão era conduzir as ações Visanet à condição de serem oferecidas no pregão da bolsa de valores;

Tenta a fiscalização impedir que se aplique a lei à hipótese que a ela se amolda perfeitamente, não se encontrando, nos fatos, nenhum sinal de abuso de direito.

A aplicação do Código Civil na relação tributária

Não se questiona que a regra geral estatuída no Código Civil no art. 187, descrevendo o ilícito, possa ter aplicação nas relações tributárias, o que causa perplexidade é que, a partir daí, a fiscalização promova a lavratura dos autos de infração, sem uma lei que estabeleça esses procedimentos;

A fiscalização não pode fundamentar sua atuação no § único do art. 116 do CTN, o qual depende, para vigorar, de lei ordinária que o regulamente;

Em matéria tributária prevalece o princípio da reserva legal, onde somente a lei, elege os fatos geradores;

O presente procedimento fiscal, sem lei que o defina, revela abuso de poder da Administração, uma vez que não há na legislação tributária a previsão para o Fisco afastar a incidência de lei por entender que há abuso de direito;

Desnecessidade da aferição da finalidade econômica para caracterizar fatos geradores de tributo

A teoria da necessidade econômica do fato não se coaduna com o princípio da estrita legalidade em matéria tributária e com o princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição Federal;

A dicção do art. 118 do CTN determina que as normas tributárias que definem o fato gerador sejam interpretadas abstraindo-se os efeitos – econômicos ou não – que os fatos venham a produzir;

Operações estruturadas em sequência

Já estava decaído o direito de o Fisco opor-se ao ato societário, com fulcro no art. 48 do CC que estabelece prazo de 03 anos para anular decisões coletivas da sociedade, tendo em vista que os autos de infração foram lavrados em 07/12/2011 e a data da incorporação ocorreu em 28/07/2006, decorridos, portanto, mais de 5 anos;

Permuta ou deságio?

Ainda que a Nova Paiol e a Neon tivessem diretamente integralizado o capital da Elba em R\$759.255.604,79, utilizando as ações da Selenium, sem que tivesse percorrido a operação do dia 30/06/2006, ainda assim não incidiria tributo nessa operação uma vez que as empresas investidoras apurariam deságio, visto que receberiam ações da Elba por um custo superior às da Selenium, sendo que o deságio só é tributado quando da sua realização;

Nesta situação, a Nova Paiol e a Neon apurariam sua primeira equivalência patrimonial do investimento Elba, sendo que, nos termos do artigo 385 do RIR, a primeira equivalência de um investimento deve ser desdobrada em ágio ou, como no caso, em deságio já que receberiam ações da Elba por um custo superior às da Selenium;

Tratamento tributário da permuta

A permuta, nos termos do artigo 533 do Código Civil, consiste em operação onerosa onde duas pessoas, ao mesmo tempo, alienam e adquirem ativos;

Ainda que ficasse configurada a permuta nada haveria para se exigir do contribuinte, pois não há preço estipulado em que um bem constitui-se o pagamento do outro;

A mera diferença entre o custo dos bens não configura acréscimo patrimonial, pois, conceitualmente, os bens são permutados porque as partes os entendem como sendo da mesma valia;

A circunstância de que os bens permutados tenham tido custo diferente para seus respectivos proprietários não tem qualquer significado do ponto de vista tributário, pois, para cada um dos intervenientes na operação, o custo do bem recém-havido será o mesmo custo do bem entregue;

Acréscimo patrimonial caracteriza-se como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda (que foi apurada pela empresa Columbus em percentual de aproximadamente 30%, consistindo este no núcleo do fato gerador do tributo), que, por sua vez, pressupõe riqueza nova agregada ao patrimônio. Não ocorrendo tal acréscimo, não há fato gerador e, portanto, não a tributo a ser exigido;

Fica evidente que a permuta não traz qualquer acréscimo patrimonial para os intervenientes, ou mesmo disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos, pois nada se agrega ao patrimônio;

Na prática, cada um dos envolvidos continuou com o exato valor que possuía antes da operação, não se denotando qualquer ganho de capital;

Inaplicabilidade da taxa Selic sobre a multa aplicada

Por fim, alega-se que não há que falar em incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício apurada nos presentes autos, diante da inexistência de previsão legal para inclusão da taxa na multa, seja ela moratória ou de ofício, incidindo somente sobre tributos e contribuições objeto da autuação fiscal.

Oportunamente os autos foram enviados a este Colegiado. Tendo sido designado relator do caso, requisitei a inclusão em pauta para julgamento do recurso.

Voto

Conselheiro Geraldo Valentim Neto, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade. Dessa forma, dele tomo conhecimento e passo a analisar as questões preliminares e de mérito suscitadas.

Cuida o presente processo de examinar eventual ganho de capital decorrente da alienação de ações da empresa Selenium, em 28/07/2006, não contabilizado pela Recorrente, implicando redução indevida do lucro tributado pelo IRPJ e CSLL no ano-calendário de 2006, mediante tentativa de obtenção das mais-valias a partir de reorganizações societárias em sequência envolvendo as empresas Selenium e Elba, sendo que a primeira era diretamente controlada pela Neon e Nova Paiol, e, a Elba, subsidiária integral do Banco Bradesco.

Consoante o Termo de Verificação Fiscal (fls. 111/129), os fatos fiscalizados decorrem de operações societárias, realizadas no âmbito do Grupo em **junho e julho de 2006** que antecederam o IPO da empresa “Visanet” em 06/2009.

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 774

Antes do IPO, as ações da Visanet pertencentes ao Grupo foram transferidas à Columbus Holding S/A, mediante a subscrição de 535.792.789 ações de 05 (cinco) empresas do Grupo nos meses de abril e maio de 2009, na seguinte conformidade:

DATA	EMPRESA	AÇÕES DA VISANET ENTREGUES			AÇÕES DA COMLUMBUS SUBSCRITAS		
		QTD	VALOR	PREÇO AÇÃO	QTD SUB	CAPITAL SUBSCRITO	ÁGIO
15/04/09	Banco Alvorada	105.374.499	39.772.957,63	0,38	105.374.499	39.772.957,63	0,00
15/04/09	Banco Boavista	214.100	80.808,32	0,38	214.100	80.808,32	0,00
15/04/09	Alvorada Cartões	804.090	303.498,55	0,38	804.090	303.498,55	0,00
22/04/09	Elba Holdings	175.579.400	568.590.141,99	3,24	175.583.353	66.273.008,58	502.317.133,41
04/05/09	Rubi Holdings	253.820.700	3.048.063.870,81	12,01	253.820.695	95.804.095,08	2.952.259.775,73
	TOTAL	535.792.789	3.656.811.277,30	6,83	535.796.737	202.234.368,16	3.454.576.909,14

No dia 30/06/2009, após ajustes de equivalência patrimonial e dividendos, informa a fiscalização que a Columbus registrava em sua contabilidade os seguintes valores para as ações da Visanet e para o ágio associado às mesmas:

1.3.1.1.1.048 – 6300 Visanet – R\$205.665.183,97

1.3.1.1.2.026 – Ágio outras empresas – R\$3.437.214.726,69

Esclarece a fiscalização que o presente procedimento enfoca apurar a origem das 175.579.400 ações da Visanet transferidas à Columbus pela Elba em 22/04/2009 no valor total de R\$568.590.141,99, composto pelo valor patrimonial de R\$66.271.356,61 e ágio de R\$502.318.785,58, bem como o custo de aquisição.

Esclarece, ainda, que as ações da Visanet foram desdobradas em 1/50 no dia 24/08/2007 e em 1/2 no dia 22/09/2008, de modo que, antes de 24/08/2007, as 175.579.400 ações equivaliam a 1.755.794 ações.

Resumidamente, as operações societárias que demonstram a transferência das 175.579.000 ações da Visanet no âmbito das empresas do Grupo antes do IPO são as seguintes:

- 29/06/2006 – O banco Alvorada subscreveu o capital da Selenium Holdings S/A (Selenium) com 1.755.794 ações da Visanet avaliadas pelo valor contábil de R\$ 48.470.841,44 (custo unitário de R\$0,28, considerando os desdobramentos);
- 28/07/2006 – A Elba, através da incorporação da Selenium, recebeu as 1.755.794 ações da Visanet avaliadas pelo valor contábil de R\$55.202.116,73 (custo unitário de R\$0,31, considerando os desdobramentos);

- 22/04/2009 – A Elba subscreveu o capital da Columbus com 175.579.400 ações Visanet avaliadas pelo valor contábil de R\$ 568.590.141,99 (custo unitário de R\$ 3,24).

Em resposta à intimação para explicar a diferença entre os valores de aquisição e de alienação das ações Visanet, a empresa Elba respondeu (cf. Termo de Verificação Fiscal à fl. 113) que:

“Em relação à diferença entre o valor de R\$ 55.202.116,73, referente à entrada do investimento Visanet, em virtude da incorporação da Selenium Holdings e o valor de R\$568.590.141,99, relativo ao aumento de capital social da Columbus Holdings, ocorreram como fatos principais a contabilização de equivalências patrimoniais, a provisão de recebimentos de dividendos, além da mais valia apurada nas ações Visanet da Selenium Holdings. Esse montante foi gerado na operação de aumento de Capital Social da Selenium, realizado em 30/06/2006, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Selenium.” (grifos da fiscalização).

Para o exame do caso concreto e melhor compreensão da origem da mais valia de aproximadamente R\$ 500.000.000,00 das 175.579.400 ações da Visanet, interessa explicitar, com mais vagar, acerca as reorganizações societárias ocorridas entre 29/06/2006 e 28/07/2006 (Termo de Verificação Fiscal de fls. 114/117):

Retrato societário em 29/06/2006

Nesta data, o Banco Alvorada subscreveu o capital social da Selenium mediante aumento do seu capital de R\$ 11.257.207,00 para R\$59.998.048,44, com a conferência de 1.755.794 ações da Visanet pelo valor contábil de R\$ 48.740.841,44.

Nesta mesma data subscreveu o capital da Nova Paiol com as próprias ações da Selenium recém-adquiridas.

Com a saída do Banco Alvorada, o quadro societário da Selenium ficou composto pelas empresas Neon (detentora de 11.527.207 ações, representativas de 24,99% de seu capital) e Nova Paiol (detentora de 33.789.883 ações, representativas de 75,01% de seu capital).

Nessa data, a Selenium possuía, dentre outros ativos, ações da Visanet (recebidas pelo Banco Alvorada) e ações da Usiminas, sendo as participações societárias na Selenium, por equivalência patrimonial, representadas pelos seguintes valores em reais:

Sócio	Investida	% capital	Valor por equivalência
Nova Paiol	Selenium	75,00%	48.740.841,77
Neon	Selenium	24,99%	16.238.166,47
Total PL Selenium			64.979.008,24

Por sua vez, a Elba, subsidiária integral do Banco Bradesco S/A, possuía, entre outros ativos, 100% das ações da Bradesplan Participações S/A.

Retrato societário em 30/06/2006

Nessa data, a Elba subscreveu o capital social da Selenium através do aumento do seu capital de R\$ 59.998.048,44 para R\$ 256.836.493,75, mediante a conferência de 23.945.221.917 ações da Bradesplan, avaliadas pelo valor contábil de R\$ 3.079.858.815,53. Deste valor, R\$ 196.838.445,31 foram levados à conta “Capital Social” e R\$ 2.883.020.370,22 à conta “Reserva de Ágio na Emissão de Ações”.

A Selenium passou a ter um patrimônio líquido de R\$ 3.144.837.823,46 (R\$ 64.979.008,24 + R\$ 3.079.858.815,53).

Pelo método da equivalência patrimonial, a composição societária passou a ser na seguinte conformidade:

Sócio	Investida	% capital	Valor por equivalência
Elba	Selenium	76,64%	2.490.925.895,24
Nova Paiol	Selenium	17,58%	569.518.653,76
Neon	Selenium	5,84%	189.736.951,02
Total PL Selenium			3.250.181.500,03

Tendo em conta as ações da Bradesplan contabilizadas por R\$ 3.079.858.815,53 e o valor de R\$ 2.410.190.929,80, relativo ao percentual de participação adquirido do patrimônio líquido da Selenium, a Elba registrou um ágio no montante de R\$ 669.667.885,97 (R\$3.079.858.815,53 - R\$ 2.410.190.929,80) em sua contabilidade:

D – 1.3.1.1.2.040 – Ágio – Selenium Holdings S.A. – Visanet – R\$502.318.785,58

D – 1.3.1.1.2.041 – Ágio – Selenium Holdings S.A. – Usiminas – R\$167.349.100,39

C – 1.3.1.1.1.111 – Selenium Holdings S.A – R\$669.667.885,97

Consoante informado pela Fiscalização (fls. 101), ao ser intimada a apresentar os laudos de avaliação que dessem respaldo aos ágios supras, a Elba esclareceu que as ações da Visanet foram avaliadas pelo valor da cotação da Bovespa e que, relativamente às ações da Visanet, o laudo apresentado não cita as empresas envolvidas na operação (Elba e Selenium), tampouco traz os fundamentos da avaliação.

Relata, ainda, a Fiscalização que **a operação gerou ganho de capital de R\$ 502.318.784,80 (R\$ 551.059.626,57 – R\$ 48.740.841,77) para a Nova Paiol e de R\$ 167.349.100,90 (R\$ 183.587.267,40 – R\$ 16.238.166,47) para a Neon, ora Recorrente. Porém, o ganho obtido pela Neon não foi submetido à tributação, por força**

do art. 428 do RIR/99, tendo em vista a redução de sua participação societária na Selenium.

O total deste ganho de capital (R\$ 502.318.784,80 + R\$ 167.349.100,90) decorre da soma das mais-valias das ações da Visanet e da Usiminas pertencentes à Selenium e que foram contabilizadas como ágio na Elba, no montante de R\$ 669.667.885,70.

Retrato societário em 28/07/2006

Nessa data, a Elba incorpora a Selenium, com base nos mesmos balanços de 30/06/2006, aumentando seu capital social em R\$759.255.242,00 (R\$ 569.518.653,76 + R\$189.736.951,02) mediante a emissão de 741.178.389 novas ações, tendo sido atribuídas 185.219.479 ações à Neon e 555.958.910 à Nova Paiol.

As ações da Usiminas e da Visanet, que foram recebidas em 29/06/2006 pelo seu valor contábil de R\$ 11.256.207,00 e R\$55.202.116,73, respectivamente, e foram recebidas pela Elba com a inclusão em seu valor contábil do ágio registrado em 30/06/2006, passando a serem contabilizadas pelo valor de R\$178.605.307,39 e R\$ 502.318.785,58, respectivamente.

Por fim, ressalta a Fiscalização que as empresas Neon e Nova Paiol permaneceram sócias da Elba até 31/12/2009, último período analisado pela fiscalização.

No exame do conjunto das reorganizações societários no Grupo Bradesco acima explicitadas, fez constar a fiscalização (Termo de Verificação à fl. 99):

“Com um olhar sobre o conjunto das reorganizações societárias implementadas pelo Grupo Bradesco neste período será possível verificar que as empresas Neon e Nova Paiol trocaram as suas ações da Selenium pelas ações da Elba e que uma operação de subscrição de capital com ágio, juridicamente perfeita, realizada em 30/06/2006, porém, vazia de fundamentação econômica, teve como único propósito inflar o custo de aquisição das ações da Selenium e assim “contornar” a tributação que incidiria sobre o aumento de capital da Elba realizado em 28/07/2006”.

Alega a Fiscalização que a referida reorganização societária não seria oponível ao Fisco, e desconsiderou as operações intermediárias de 30/06/2006, para reputar como ocorrida a operação global de permuta, em 28/07/2006, pela Neon e pela Nova Paiol, de 100% das ações que detinham da Selenium por 18,9361% das ações da Elba, aplicando-se os arts. 117, §4º, e 426 do RIR/99.

Com o objetivo de aferir o ganho de capital obtido na referida permuta de ações, a Fiscalização subtraiu em 30/06/2006, do valor da alienação das ações da Selenium apurado em R\$ 741.145.205,47, com a apuração do valor contábil das ações da Selenium, de R\$ 71.477.319,50, apurando o montante de R\$669.667.885,97. Sendo de 24,99% a participação da Neon na Selenium, o ganho de capital obtido pela

Recorrente seria de R\$167.349.100,99, sendo esse o valor tributável pela fiscalização (memória de cálculo a fls. 108/110).

PRELIMINARES

I. Eleição errônea do sujeito passivo

Segundo a Recorrente, “no longo Relatório elaborado pela Fiscalização, conclui-se que a origem do ágio contabilizado pela Columbus não possuiria conteúdo econômico, razão pela qual se procedeu à lavratura dos presentes autos de infração, sem, contudo, observar o Agente Fiscal que a empresa que experimentou o ganho de capital e, por consequência, o recolhimento a menor de tributos em decorrência da contabilização do ágio, foi a Columbus e não a Recorrente”, acarretando erro na identificação do sujeito passivo.

Ao contrário do afirmado pela Recorrente, consoante o Termo de Verificação Fiscal, as operações estruturadas em sequência, objeto de análise da fiscalização e que vieram a resultar na presente autuação, envolvem operações ocorridas entre os meses de **junho e julho de 2006**, originárias das 175.579.400 ações entregues à Columbus pela Elba em 22/04/2009, antes do IPO da Visanet realizado em julho de 2009.

Extrai-se do próprio teor do Termo de Verificação Fiscal às fls. 98/99:

“No presente caso iremos analisar o percurso efetuado pelas 175.579.400 ações da Visanet dentro das empresas do Grupo Bradesco.

[...]

Durante o trabalho de fiscalização foi verificado que as empresas do Grupo Bradesco usam de uma velocidade de reorganização societária ímpar, que dificulta a correta compreensão dos fatos se olhados isoladamente.

[...]

Para uma melhor compreensão do conjunto da operação, iremos apresentar os retratos societários dos dias 29/06, 30/06 e 28/07/2006, exibindo as reorganizações ocorridas em cada data após a saída do Banco Alvorada e a entrada da Nova Paiol no quadro societário da Selenium.

Com um olhar sobre o conjunto das reorganizações societárias implementadas pelo Grupo Bradesco neste período será possível verificar que as empresas Neon e Nova Paiol trocaram as suas ações da Selenium pelas ações da Elba e que uma operação de subscrição de capital com ágio, juridicamente perfeita, realizada em 30/06/2006, porém, vazia de fundamentação econômica, teve como único propósito inflar o custo de aquisição das ações da Selenium e assim ‘contornar’ a tributação que incidiria sobre o aumento de capital da Elba realizada em 28/07/2006”.
(destaque não constam do original)

A partir do conjunto dessas operações efetivadas no ano-calendário de 2006 é que a Fiscalização glosou o ganho de capital da Recorrente que não teria sido, devidamente, por ela contabilizado, decorrente de alienação de ações da empresa Selenium. Esta operação teria sido encoberta pela realização de duas operações em sequência, quais sejam (i) a subscrição pela Elba do capital social da Selenium em 30/06/2006 e (ii) a incorporação da Selenium pela Elba em 28/07/2006, dissimulando uma verdadeira “permuta de ações”.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade alegada.

II. Decadência

Com relação à alegação da Recorrente da ocorrência da decadência, esta também não deve prosperar.

No tocante ao prazo decadencial para lançamento dos créditos tributários nos casos de tributos cujo lançamento é por homologação, é de se destacar, inicialmente, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto à matéria na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, através da análise dos chamados “Recursos Repetitivos”.

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o

Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, nos casos dos tributos cujo lançamento é por homologação, se houver pagamento, o termo inicial do prazo decadencial é o previsto no parágrafo 4º do artigo 150 do mesmo Código, o qual dispõe o seguinte:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o

pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O Regimento Interno do CARF, por sua vez, tem os seguintes comandos nos seus artigos 62 e 62-A:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Verifica-se, assim, que a referida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deve ser reproduzida pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, nos casos em que houve, efetivamente, o pagamento dos tributos, o prazo decadencial começa a contar a partir da ocorrência do fato gerador. Se por acaso não houve pagamento dos tributos, o prazo decadencial que deve ser considerado é aquele previsto no artigo 173, inciso I do CTN, abaixo transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Segundo dispõe o artigo acima transcrito, o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento não foi efetuado, começa a correr a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, considerando tratar-se de operação com ágio, cujo objetivo era a tentativa de ocultação do fato gerador do IRPJ e da CSLL, como a seguir restará demonstrado, há que se considerar que, diante da falta de pagamento do tributo no respectivo vencimento, aplica-se o prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I do CTN, ou seja, o termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ter sido efetuado o lançamento (1/1/2007).

Ademais, mesmo que não fosse considerada a aplicação do artigo 173, inciso I do CTN, o que se menciona apenas a título de argumentação, se verificada a disposição do artigo 150, parágrafo 4º do CTN quanto ao prazo aplicável, como já o fez este E. Conselho, a exemplo do Acórdão abaixo, também não há que se falar em decadência, já que, ocorrido o fato gerador em 31/12/2006, e tendo sido lavrado o auto de infração em 07/12/2011, o lançamento teria ocorrido dentro do prazo quinquenal, *in verbis*:

“IRPF - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. Nos casos de lançamento por homologação, sujeitando-se o rendimento ao regime de tributação na declaração de ajuste anual, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública, expira após cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, e este ocorre em 31 de dezembro.

IRPF - TRIBUTAÇÃO DE IRPJ - SUBSCRIÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQUENTE CISÃO - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA - DISSIMULAÇÃO - LANÇAMENTO DECORRENTE - IMPROCEDÊNCIA - O lançamento de IRPJ, calcado na acusação de que operações societárias estruturadas pela pessoa jurídica teriam sido dissimuladas, com vistas a ocultar ganho de capital na alienação de participação societária, sob a ótica contábil, é evento do passado que origina obrigação presente (Norma e Procedimento de Contabilidade nº 22 - NPC - 22) Portanto, não é cabível a desconsideração da parcela do lucro distribuído a título de dividendos, na proporção do lançamento do IRPJ, para fins de lançamento decorrente de IRPF, mormente porque, em verdade, faltaria capacidade contributiva.”

(Acórdão nº 10708839 do Processo 10940.002542/2004-92, Primeiro Conselho de Contribuintes. 7ª Câmara. Turma Ordinária, julgado em 06/12/2006)

Sendo assim, não há que se falar em decadência, razão pela qual passo a analisar o mérito.

MÉRITO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/02/2014 por GERALDO VALENTIM NETO, Assinado digitalmente em 10/02/2014

4 por GERALDO VALENTIM NETO, Assinado digitalmente em 17/02/2014 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO

Impresso em 17/02/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

II. A sequência das operações societárias fiscalizadas e o planejamento tributário realizado pelo Grupo

Antes de se adentrar no exame do planejamento tributário promovido pelo Grupo, importante trazer breves considerações jurídicas acerca deste instituto, especialmente na esteira da jurisprudência que tem se sedimentado neste E. Conselho.

Entre os critérios definidores de um planejamento tributário legítimo, oponível às autoridades fiscais, tem-se que: (i) os atos que impliquem a redução na carga tributária devem ocorrer cronologicamente antes do fato gerador; (ii) os atos praticados pelo contribuinte que resultaram na redução da carga tributária devem ser lícitos; e (iii) a manifestação/declaração de vontade (causa típica) deve corresponder à sua realização fática (causa objetiva), ou melhor, à sua finalidade econômico-social.

Não é o conteúdo formal do negócio jurídico (causa típica) consubstanciado na declaração de vontade que irá determinar a incidência tributária, mas sim sua **causa objetiva (propósito)**. **É preciso verificar a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico, e não somente a prática de atos baseados em dispositivos legais (princípio da estrita legalidade em matéria tributária).**

Assim, não se faz suficiente a licitude dos atos realizados, tampouco a máxima argumentativa da liberdade empresarial de auto-organização, para legitimar as alternativas escolhidas em uma reestruturação societária, pois estas devem estar providas de causa econômica, de modo que o motivo da reorganização não seja única ou predominantemente de economizar tributos.

Ao se confrontar a legislação tributária, que adota os princípios da tipicidade e da estrita legalidade, com as atividades desenvolvidas pelas empresas, objeto de planejamento tributário, deve-se também valorizar o propósito das atividades empresariais praticadas e a existência de substância econômica.

Nesse sentido seguem alguns precedentes administrativos:

- (i) *[...] OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA – O fato de cada uma das transações, isoladamente e do ponto de vista formal, ostentar legalidade, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA – A liberdade de auto-organização não endossa a prática de atos sem motivação negocial, sob o argumento de exercício do planejamento tributário.” (1º Conselho de Contribuintes /4ª Câmara/Turma Ordinária. Acórdão nº 10420749. Data 15/06/2005)*
- (ii) *[...]NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. INOPONIBILIDADE AO FISCO. O fato de ser um negócio jurídico indireto não traz a consequência direta de tornar eficaz o procedimento da*

interessada, pois essa figura não é oponível ao fisco quando, como é o caso concreto, sem propósito comercial algum, visto de seu todo, visar apenas a mera economia de tributos. No caso concreto, houve por conseguinte fraude à lei do imposto de renda que comanda a tributação do ganho de capital na alienação de bens do ativo permanente através da utilização de norma de cobertura. (CARF. 1ª Seção / 1ª Turma da 4ª Câmara / Acórdão nº 1401-00.582 em 29/06/2011, Publicado no DOU em: 27.03.2012)

- (iii) *Simulação – conjunto probatório – Se o conjunto probatório evidencia que os atos formais praticados (reorganização societária) divergiam da real intenção subjacente (compra e venda), caracteriza-se a simulação, cujo elemento principal não é a ocultação do objetivo real, mas sim a existência de objetivo diverso daquele configurado pelos atos praticados, seja ele claro ou oculto. Ausência de motivação extra tributária – O princípio da liberdade de auto-organização, mitigado que foi pelos princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva, não mais endossa a prática de atos sem motivação comercial, sob o argumento de exercício de planejamento tributário. (CARF. 1º Conselho de Contribuintes - 4a. Câmara/ Acórdão nº 104-21498, Publicação em 06/09/2007)*
- (iv) *Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2007 OPERAÇÕES ESTRUTURADAS. SIMULAÇÃO Constatada a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizaram determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais de declaração de vontade, resta caracterizada a simulação relativa, devendo-se considerar, para fins de verificação da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, o negócio jurídico dissimulado. **OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. LEGALIDADE FORMAL. ILEGITIMIDADE MATERIAL.** A realização de operações estruturadas em sequência, embora individualmente ostentem legalidade do ponto de vista formal, não garante a legitimidade material do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio. **CRIAÇÃO DE EMPRESA FICTÍCIA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO.** Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a criação de pessoa jurídica, sem qualquer finalidade comercial ou societária. Nestes casos, resta caracterizada a utilização da aludida empresa como mera empresa veículo para redução ilegal da incidência tributária. [...]. (CARF, 1ª Seção / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / Acórdão 1401-000.868 Em 18/12/2012 / Data Da Sessão: 18/12/2012 / Publicação em 18/12/2012) – não grifados no original.*

Daí porque não procedem as alegações da Recorrente no sentido de que “a busca da economia de tributos por caminhos legais não configura nenhum ilícito”, concluindo que “não cabe ao fisco se pronunciar se ele teria preferido que tivesse feito uma operação de compra e venda ao invés de um aumento de capital ou uma dação em pagamento ou então uma permuta, pois todos esses institutos são válidos em direito e, portanto, disponíveis para o cidadão, que os escolhe livremente para atingir seus objetivos”, até porque, como visto, esse E. Conselho preza pela busca da verdade material à luz das atividades praticadas e intenções do contribuinte.

Como dito entre os critérios jurídicos adotados para verificação da legitimidade do planejamento tributário, consoante o entendimento deste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do antigo Conselho de Contribuintes, implica verificar, entre outras coisas, se a finalidade da reorganização societária não foi exclusiva e predominantemente tributária e, paralelamente, analisar a existência ou não de um propósito negocial, compreendido como a vontade objetiva final do negócio jurídico. Verificada a divergência entre a realização prática aferida objetivamente (causa objetiva) e a causa típica do negócio jurídico (conteúdo formal), tem-se um planejamento inválido e, como tal, os negócios jurídicos realizados não são oponíveis às autoridades fiscais.

No decorrer do presente procedimento fiscal e nas razões postas no Recurso Voluntário não restou claramente demonstrado o motivo e a finalidade - por que e para quê - das operações realizadas em 30/06/2006 e em 28/07/2006. A Recorrente buscou aduzir diversos argumentos para tentar demonstrar o fundamento econômico das operações realizadas que, contudo, não parecem ter o condão de desconsiderar e infirmar a autuação, especialmente se levado em consideração (i) o curto lapso temporal entre as operações, (ii) a dependência das empresas envolvidas por pertencerem a um mesmo Grupo Empresarial e (iii) a incongruência entre a operação realizada e os motivos alegados pela Recorrente.

Ao justificar a razão econômica dos fatos, aduz a Recorrente que “não há negócio jurídico indireto ou dissimulado, o que ocorre são aumentos de capital das empresas, visando a objetivos bem explícitos e determinados, quais sejam: (a) o de preparar uma empresa para centralizar todas as ações Visanet, (b) bem como despertar o interesse de parceiros/sócios estratégicos, que poderiam explorar o potencial ativo, visando a uma otimização do mesmo”.

Observa-se que a operação intermediária de 30/06/2006 não visava a alcançar os objetivos contemplados pela Recorrente, até porque sua não realização não impediria a obtenção desses objetivos. Pelo contrário, poderiam a Recorrente e a Nova Paiol terem promovido, de forma direta, o aumento do capital social da Elba para que esse fim fosse alcançado. Contudo, optou-se por uma reestruturação intermediária em que a Elba subscreveu o capital social da Selenium para simplesmente não incidir a tributação sobre o ganho de capital apurado pela Recorrente, beneficiando-se de norma de isenção tributária. Sob a ótica empresarial, a operação não faria sentido sem considerar os benefícios tributários dela decorrentes.

Em suas razões recursais invoca, ainda, ter-se valido de um “planejamento tributário às avessas”, uma vez que poderia ter recolhido mais tributo caso tivesse optado por outra alternativa negocial, o que viria a demonstrar os seus propósitos extrafiscais. Nesse contexto, aduz que “de acordo com as informações e números trazidos pelos próprios autos de infração, o Grupo Bradesco pagou R\$ 307.088.771,91 a mais de tributos, em razão da reestruturação societária que fez, pois poderia ter pago R\$ 176.204.780,21 de tributos, caso tivesse vendido apenas ações Visanet de propriedade da Rubi Holdings no IPO, contra os R\$ 483.293.552,12 efetivamente pagos”.

Ora, além de a operação societária acima relatada pela Recorrente não se identificar com a discutida neste processo administrativo, é imperioso observar que, caso o Grupo tivesse optado por vender tão somente as ações da Visanet de propriedade da Rubi, no IPO realizado, o seu ganho de capital também seria menor. Ocorre que, no caso concreto, estruturou-se uma operação intermediária para não ser tributado o ganho de capital auferido pela Neone pela Recorrente, em razão da norma isentiva prescrita nos arts. 33, §2º, do DL nº 1.598/77 e 428 do RIR/99, ganho este que também seria apurado na mesma proporção econômico-quantitativa sem essa fase societária intermediária, porém repercutindo, aí sim, a norma tributária do IRPJ e da CSLL.

Portanto, não se objetivou a simples redução do ganho de capital, mas, sim, a efetiva isenção de sua tributação.

Também entendo não merecer razão a alegação da Recorrente de que “os autos de infração nos dão conta de que o procedimento desaguou no IPO da Visanet e o negócio gerou lucros tributados de quase um bilhão e meio de reais, mas não consegue ver razão econômica para os fatos intermediários praticados pelo contribuinte”. Isso porque, como bem assentado na decisão recorrida “as operações questionadas pela fiscalização dizem respeito apenas ao aumento de capital da Selenium integralizado pela Elba e a posterior incorporação daquela por esta”, sendo que eventual subscrição direta, pela Nova Paiol e pela Recorrente, das ações da Selenium no capital social da Elba, sem a operação intermediária de 30/06/2006 e sua subsequente em 28/07/2006, também capitalizariam as ações da Visanet a valor de mercado, proporcionando um negócio lucrativo quando do IPO em 2009.

Outro fator que vem a invalidar o planejamento tributário realizado é que, a partir da ausência de causa econômica das etapas societárias, isoladamente consideradas, é possível aferir que os fatos formalizados juridicamente não parecem corresponder à realidade, vislumbrando-se uma simulação para obter vantagens tributárias.

Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal (fl. 118), o grupo, em 29/06/2006, contabilizava as ações da Visanet na Selenium pelo valor de R\$ 48.740 milhões, passando a contabilizar essas mesmas ações na Elba, em 28/07/2006, pelo montante de R\$557.520 milhões.

Para obter a mais-valia das ações da Visanet, o grupo estruturou reorganizações societárias em sequência envolvendo empresas do grupo:

Em **29/06/2006**, havia a seguinte situação: com a subscrição do capital social pelo Banco Alvorada, mediante conferência de ações da Visanet, avaliadas pelo valor contábil de R\$48.740.841,44, o patrimônio líquido da empresa Selenium ficou em R\$64.979.008,24, e seus acionistas eram a Neoncom participação societária de 24,99% (R\$16.238.166,47) e a Recorrente, com 75,01%.

Em **30/06/2006**, a Elba subscreveu capital social da Selenium, mediante a conferência de ações da Bradesplan, avaliadas pelo valor contábil de R\$3.079.858.815,53, aumentando seu capital social para R\$ 3.250.181.500,03 pelo método da equivalência patrimonial. A composição societária da Selenium passou a ser (i) a Recorrente (5,84%) correspondente a R\$189.736.951,02; (ii) a Nova Paiol (17,52%) correspondente a R\$ 551.059.626,57; e (iii) a Elba (76,64%) correspondente a R\$2.410.190.929,80.

Essa operação gerou ganho de capital para a Recorrente de R\$167.349.100,90, porém não sujeito à tributação diante da redução de sua participação societária, nos termos do art. 428 do RIR/99, *in verbis*:

Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 33, § 2.º, e Decreto-Lei n.º 1.648, de 1978, art. 1.º, inciso V).

Em **28/07/2006**, a Elba incorporou a Selenium com base nos mesmos balanços de 30/06/2006, aumentando seu capital social em R\$759.255.603,89 e emitindo novas ações, sendo 555.958.910 atribuídas à Recorrente.

Ao final das operações societárias, a Elba tinha como acionistas a Recorrente (4,73%), a Nova Paiol (14,21%) e o Banco Bradesco (81,06%), e possuía, entre outros ativos, ações da Usiminas, da Visanet e da Bradesplan. A participação da Neon e da Nova Paiol na Elba equivalia a R\$759.604,79.

Ao interpretar as operações societárias conjuntamente, fez constar a Fiscalização os seguintes aspectos:

- a) Do ponto de vista da Nova Paiol e da Neon – a troca da participação societária na Selenium pela participação societária na Elba; e
- b) Do ponto de vista da Elba – O recebimento do acervo líquido da Selenium acrescido da mais valia das ações da Visanet e da Usiminas.

Ainda, segundo a Fiscalização:

“Fica claro que estas operações resultaram, para a Nova Paiol e para Neon, em uma troca de ações da Selenium pelas ações da Elba, sendo que as ações da Selenium que valiam inicialmente, em 29/06/2006, R\$ 64.979.008,24, foram trocadas, em 28/07/2006, por ações da Elba que valiam R\$ 759.255.604,79.

Caso a Nova Paiol e a Neon aumentassem diretamente o capital da Elba em R\$759.255.604, utilizando as ações da Selenium sem que tivesse ocorrido a operação do dia 30/06/2006, incidiria a tributação do ganho de capital sobre esta troca de ações, pois o valor patrimonial das ações da Selenium seria bem inferior ao valor patrimonial das ações da Elba recebidas em troca.

Para contornar esta tributação, o Grupo Bradesco utilizou uma reorganização societária intermediária, em que a Elba adquiriu com ágio a participação na Selenium. Esta operação societária acarretou um aumento no valor patrimonial das ações da Selenium detidas pela Nova Paiol e pela Neon, e anulou o ganho de capital que incidiria na troca destas ações pelas ações da Elba.” – não grifados no original

Vale mencionar, ainda, a relevante observação feita na decisão recorrida (à fl. 638) de que **as ações da Bradesplan, que inicialmente pertenciam à Elba e foram utilizadas para a integralização de capital na Selenium em 30/06/2006, retornaram à Elba quando a mesma incorporou a Selenium em 28/07/2006.**

Com base nos elementos consubstanciados no Termo de Verificação Fiscal e diante da insuficiência das alegações da Recorrente para justificar, economicamente, as operações na sequência em que foram estruturadas, há que se concluir que o aumento de capital realizado em 30/06/2006 e a posterior incorporação no mês seguinte, dissimulava, na verdade, uma “permuta de ações”, com a finalidade de economizar tributos mediante a aplicação da isenção prevista no art. 428 do RIR/99 já transcrito.

Procedeu corretamente a Fiscalização em examinar o conjunto da reestruturação societária realizada pelo Grupo quando se está diante de operações sucessivas e envolvendo várias empresas, conforme doutrina de Marco Aurélio Greco sobre o assunto:

“Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Nestes casos, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

[...]

Na medida em que o conjunto de operações corresponde apenas a uma pluralidade de meios para atingir um único fim, a verificação das alterações relevantes deve ser feita não apenas considerando os momentos anterior e posterior a cada etapa mas, principalmente, os momentos anterior e posterior ao conjunto de etapas” (in Planejamento Tributário, São Paulo, Dialética, 2004, pp. 345-347).

Na hipótese dos autos, não foram constatados motivos autônomos para a realização de cada etapa societária, de modo que a anterior só tinha sua razão de existir se verificada a etapa posterior. Acertada a decisão recorrida ao afirmar que a partir da análise do conjunto de etapas, com enfoque nos momentos inicial e final, verifica-se que o que ocorreu foi a troca, pela Neon e Recorrente (Neon), de 100% das ações da Selenium, avaliadas em R\$64.979.008,24, por 18,94% das ações da Elba, avaliadas em R\$ 759.255.604,79, sem a adição ao lucro real do ganho de capital apurado na operação conforme determinação contida nos artigos 418 e 526 do RIR/99, *in verbis*:

Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Embora os atos praticados sejam juridicamente válidos sob o ponto de vista legal, o contribuinte valeu-se de planejamento a fim de esvair-se da norma de

incidência tributária. Isso porque se a Recorrente e a Nova Paiol, únicas sócias da Selenium em 29/06/2006, tivessem aumentado o capital social da Elba subscrevendo o total do patrimônio líquido da Selenium, avaliado em 29/06/2006 em R\$ 64.979.008,24, estariam submetidas ao ganho de capital decorrente dessa troca de ações. Todavia, a operação intermediária de 30/06/2006, na qual a Elba adquiriu participação societária na Selenium com ágio, figurou a forma jurídica para elevar o valor contábil das ações da Selenium e, com isso, anular o fato gerador do ganho de capital da Recorrente e da Nova Paiol, evitando-se a tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

Demonstradas que as operações estruturadas na sequência exposta tiveram como objetivo obter a mais-valia das ações da Visanet sem a devida tributação, divergindo a causa objetiva (propósito negocial) e o conteúdo do negócio jurídico (formas jurídicas utilizadas), há que se desconsiderar as operações societárias realizadas, qualificando-as juridicamente como um único negócio de permuta, por parte da Neon e da Nova Paiol, de ações da Selenium por ações da Elba.

Nesse sentido, seguem alguns precedentes deste E. CARF:

SIMULAÇÃO - Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade. IRPJ - GANHOS E PERDAS DE CAPITAL - Deve ser adicionado ao lucro líquido do exercício, para efeito de apuração do lucro real, a perda apurada na baixa de investimento decorrente de suposta compra e venda de ações por valor simbólico, liberalidade essa não passível de dedução. (CARF. Acórdão 101-95409. 1º Conselho de Contribuintes - 1ª Câmara, Publicação em 23/02/2006)

SIMULAÇÃO Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade. INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - ARTIGOS 70 E 8º DA LEI Nº 9.532/97. PLANEJAMENTO FISCAL INOPONÍVEL AO FISCO - INOCORRÊNCIA. No contexto do programa de privatização das empresas de telecomunicações, regrado pelas Leis 9.472/97 e 9.494/97, e pelo Decreto nº 2.546/97, a efetivação da reorganização de que tratam os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mediante a utilização de empresa veiculo, desde que dessa utilização não tenha resultado aparecimento de novo ágio, não resulta economia de tributos diferente da que seria obtida sem a utilização da empresa veiculo e, por conseguinte, não pode ser qualificada de planejamento fiscal inoponível ao fisco. [...]. (CARF, Processo nº 18471.000999/2005-29, Acórdão n.º 1301 -000.711, 1ª Seção / Sessão de 19 de outubro de 2011).

Ademais, a fim de corroborar as assertivas de que as operações realizadas em sequência, acima analisadas, pretenderam a mera economia tributária, sem propósito negocial, bem como a falta de correspondência entre as declarações dos contribuintes e a realidade verificada, há que se observar, ainda, que as operações ocorreram dentro de um pequeno intervalo de tempo, e entre empresas pertencentes a um mesmo grupo. A esse propósito, colaciona-se mais um precedente deste E. Conselho:

OPERAÇÃO ÁGIO - SIMULAÇÃO RELATIVA - As operações estruturadas, realizadas em prazo ínfimo, de aporte de capital com ágio, capitalização e alienação, constituem-se em simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação das ações. Seu único propósito foi evitar a incidência de ganho de capital. (1º Conselho de Contribuintes / 1a. Câmara / ACÓRDÃO 101-96.087 em 29.03.2007, Publicado no DOU em: 12.03.2008).

Ante o exposto, acertadas a autuação e a decisão recorrida em desconsiderarem e negarem os efeitos fiscais aos atos praticados pelo Grupo, desprovidos de motivação econômica ou propósito negocial praticados com o único e principal objetivo de gerar vantagens fiscais para as empresas do Grupo, no caso para a Recorrente, ainda que tais atos, em sua forma, sejam lícitos, na esteira da jurisprudência administrativa.

III. A permuta de ações como fato gerador do IRPJ e da CSLL quando verificado o ganho do capital

Alega a Recorrente que “ainda que ficasse configurada a permuta nada haveria para se exigir do contribuinte, pois não há preço estipulado em que um bem constitui-se o pagamento do outro”, bem como “a mera diferença entre o custo dos bens não configura acréscimo patrimonial, pois, conceitualmente, os bens são permutados porque as partes os entendem como sendo da mesma valia”.

Todavia, deve ser mantida a decisão recorrida, por força do artigo 117, §4º, do RIR/99, segundo o qual a operação de permuta de ações é tida como uma alienação e, na hipótese de ser auferido ganho de capital, é devido o imposto:

Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).

[...]

§ 4º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e

venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 3º).

Colaciona-se, ainda, o Parecer Normativo CST nº 504, de 03/08/1971, também citado na decisão recorrida:

“3 – Também a pessoa jurídica que permutar ações por outras ações de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência, não alterando quantitativamente o patrimônio social, não estará sujeita à imposição de tributo.

4 – Todavia, se resultar lucro para a pessoa jurídica na alienação de ações, quer esta se faça sob a forma de venda, troca por bens de outra natureza ou permuta por outras ações, será ele necessariamente computado no resultado do exercício para fins de tributação.

5 - Ressalte-se, ainda, quanto à incidência na pessoa jurídica, não ser o valor nominal das ações negociadas a base de apuração do resultado na transação, e sim o valor da aquisição das por ela cedidas, em confronto com o atribuído às que receba na permuta, observando-se em qualquer caso, as disposições das alíneas a e b do art. 251 e, na hipótese de prejuízo, as normas dos arts. 192 e 193 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400, de 10/05/66).” (destaque não constam do original)

Deste modo, para fins de apuração de ganho de capital, devem ser consideradas todas as operações que impliquem alienação a qualquer título, inclusive a permuta. Se a pessoa jurídica auferiu ganho ou lucro na alienação de ações, quer esta se opere mediante compra e venda, incorporação ou permuta por outras ações, será o ganho ou lucro submetido à tributação, sendo a base tributável, na hipótese dos autos, o resultado entre a diferença do valor de aquisição das ações da Selenium entregues e o valor das ações da Elba recebidas pela Recorrente.

Nesta mesma linha, é o entendimento desta 1ª Seção e da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

“[...] LUCRO NA ALENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. Restando comprovado o lucro na alienação de ações, é de efetuar a sua tributação, a título de ganho de capital. [...]” (CARF. 1ª Seção / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Acórdão 1302-00.414. Sessão de 11/11/2010)

“[...] As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitas à apuração do ganho de capital. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização que compõem seu capital, pelo valor de mercado. A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital. [...]”

(CARF. Câmara Superior de Recursos Fiscais / 2ª Turma / Acórdão 9202-00.662, Sessão de 12/04/2010)

IV. Inaplicabilidade dos juros sobre a multa de ofício aplicada

Acerca da incidência dos juros sobre o valor exigido a título de multa de ofício, merece ser acolhida a alegação da Recorrente, consoante entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Vejamos:

“RECURSO ESPECIAL – CONHECIMENTO. Não se deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional quando inexistir similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO – INAPLICABILIDADE – Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada.” (CSRF, 1ª Turma, Acórdão nº 9101-00.722, data: 08.11.2010) (destaques não constam do original)

Neste mesmo sentido, são vários os acórdãos deste E. Conselho. Vejamos:

[...] JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A Lei 9,430/96 não prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O art. 161, § 1º, que se subordina ao capta, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora à taxa de 1% ao mês. O art. 161, capta, do CTN prevê a incidência de juros de mora antes de imposição das penalidades cabíveis. Sobre a multa de ofício são inaplicáveis juros de mora. [...] (CARF 1ª Seção / 3a. Turma da 1a. Câmara / ACÓRDÃO 1103-00.193 em 18/05/2010 / Publicado no DOU em: 14.03.2011)

[...] INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. (1º Conselho de Contribuintes / 1ª Câmara / ACÓRDÃO 101-96.523 em 23.01.2008 / Publicado no DOU em: 11.12.2008)

[...] JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE Os juros com base na taxa Selic não devem incidir sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei nº 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente, não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. As polêmicas e controvérsias sobre esse assunto vem de longa data, o que já fragiliza a tese em favor da incidência, pois, tratando-se de norma punitiva, com implicação direta na dimensão da pena, não poderia o texto legal dar margem a tantas dúvidas. No âmbito das normas jurídicas de natureza punitiva, nenhuma pena, via de regra, vai sendo agravada com o decurso do tempo. Para

Erro: Origem
da referência
não
encontrada
Fl. 774

que isso pudesse ocorrer (juros sobre a multa/penalidade), a Lei deveria ser muito clara a respeito, o que não se verifica no texto normativo vigente. (CARF 1ª Seção / 2ª Turma Especial / ACÓRDÃO 1802-00.599 em 03/08/2010 / Publicado no DOU em: 28.03.2011)

Tendo em vista todo o acima exposto, voto no sentido de rejeitar as alegações de nulidade por erro na identificação do sujeito passivo e de decadência e, no mérito, dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, no sentido de excluir o valor dos juros sobre a multa de ofício, nos termos do posicionamento deste E. CARF e da CSRF, mantendo nos demais aspectos o teor da decisão de primeira instância proferida pela DRJ/SPI.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto