



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

Processo n° 16561.720071/2016-82
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2402-006.696 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2018
Matéria IRPF
Recorrente MÁRIO ARAÚJO ALENCAR ARARIPE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2012

IRPF. GANHO DE CAPITAL. DISSIMULAÇÃO. EMPRESA-VEÍCULO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO.

Caracterizado o uso abusivo das formas jurídicas de direito privado com o objetivo de reduzir a apuração do ganho de capital em operação de alienação de ações, mediante dissimulação com utilização de empresa-veículo e ausente propósito negocial, impõe-se a desconsideração do ato ou negócio jurídico, forte no art. 116, parágrafo único, do CTN c/c o art. 167 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil).

MULTA QUALIFICADA.

A qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, requer a identificação, na conduta praticada pelo sujeito passivo, de sonegação, fraude ou conluio, previstas, respectivamente, nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A dissimulação, consubstanciada em abuso de formas jurídicas de direito privado, mesmo com utilização de empresa-veículo e ausente propósito negocial, sem que reste comprovada fraude documental, não enseja a aplicação da multa de 150%, vez que há evidente distinção entre o planejamento tributário sem propósito negocial e a sonegação dolosa e fraudulenta de tributos, não se caracterizando, destarte, o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar provimento ao recurso de ofício para restabelecer a apuração de ganho de capital, considerando-se a base de cálculo no valor de R\$ 66.460.848,76, na forma discriminada no

Auto de Infração; e em dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir o percentual da multa ao patamar ordinário de 75%. Vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior.

(assinado digitalmente)
Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)
Luís Henrique Dias Lima - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Mauricio Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Denny Medeiros da Silveira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Gregório Rechmann Junior e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Cuida-se de Recurso de Ofício (e-fl. 1169) e de Recurso Voluntário (e-fls. 1209/1243) em face do Acórdão n. 16-81.112 - 4ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) - DRJ/SPO (e-fls. 1169/1199), que julgou parcialmente procedente a impugnação de e-fls. 599/699 e manteve parcialmente o crédito tributário consignado no lançamento constituído em **16/08/2016** (e-fl. 594) mediante o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF - Exercício: 2012 - no montante de R\$ 29.680.174,32 - sendo R\$ 9.969.127,30 de imposto (Cód. Receita 2904), R\$ 4.757.356,07 de juros de mora calculados até 08/2016 e R\$ 14.953.690,95 de multa proporcional calculada sobre o principal - (e-fls. 572/577) - com fulcro em apuração de omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em reais, conforme o Termo de Encerramento de Fiscalização (e-fls. 580/593).

Irresignado com o lançamento consignado no Auto de Infração em tela, o contribuinte, ora Recorrente, apresentou a impugnação de e-fls. 599/699, julgada parcialmente procedente pela DRJ/SPO, nos termos do Acórdão n. 16-81.112 (e-fls. 1169/1199), de cujo teor tomou ciência em **02/01/2018** (e-fls. 1200/1206).

Na data de **31/01/2018** o Recorrente interpôs recurso voluntário (e-fls. 1209/1243) alegando, em linhas gerais, legitimidade das operações realizadas, inexistência de abuso de direito e demais matérias correlatas à autuação em lide, inclusive propósito negocial.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Henrique Dias Lima, Relator.

Do Recurso de Ofício

O recurso de ofício interposto pela DRJ/SPO e consignado no Acórdão n. 16-81.112 (e-fls. 1169/1199) tem amparo no art. 34, I, do Decreto n. 70.235/1972, *verbis*:

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

*I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de **tributo e encargos de multa** de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)*

[...](grifei)

A Portaria MF n. 63, de 09 de fevereiro de 2017, estabelece o limite para interposição de recurso de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributos e encargos de multa em valor total superior a **R\$ 2.500.000,00**, bem assim quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário, nos termos do seu art. 1º, §§ 1º e 2º, *verbis*:

*Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de **tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais)**.*

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

[...](grifei)

Em conformidade com a Súmula CARF n. 103, para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância:

Súmula CARF nº 103 : Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

Os demonstrativos consignados na decisão *a quo* denunciam que o valor total do crédito exonerado (exceto juros) é da ordem de **R\$ 19.264.040,45 (R\$ 12.932.122,30 + R\$**

6.331.918,15),

DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL (fl. 589)

DESCRIÇÃO	19/09/2011	22/09/2011	21/11/2011	total
VALOR VENDA – RECEBIMENTO	33.542.954,00	11.173.108,30	21.244.786,46	65.960.848,76
PERCENTUAL RECEBIMENTO	50,85%	16,94%	32,21%	100,00%
CUSTO PROPORCIONAL (a)	20.137,72	6.707,84	12.754,44	39.600,00
CUSTO PROPORCIONAL (b)	22.559.094,00	7.515.261,60	14.289.644,40	44.364.000,00
CUSTO PROPORCIONAL (c = a+b)	22.579.231,72	7.521.969,44	14.302.398,84	44.403.600,00
GANHO DE CAPITAL	10.963.722,28	3.651.138,86	6.942.387,62	21.557.248,76

GANHOS DE CAPITAL

Mês	Multa	Valor Tributável	Alíquota	Imposto Pago	Imposto Devido
Set	75%	14.614.861,14	15%	0,00	2.192.229,17
Nov	75%	6.942.387,62	15%	0,00	1.041.358,14
					21.557.248,76

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSOLIDADO (em R\$)

PERÍODO DE APURAÇÃO - 09/2011	EXIGIDO	EXCLUÍDO	MANTIDO
IMPOSTO SUPLEMENTAR (sujeito à multa de ofício)	6.707.409,34	4.515.180,17	2.192.229,17
MULTA DE OFÍCIO (passível de redução)	10.061.114,01	8.416.942,13	1.644.171,88
TOTAL	16.768.523,35	12.932.122,30	3.836.401,05

PERÍODO DE APURAÇÃO - 11/2011	EXIGIDO	EXCLUÍDO	MANTIDO
IMPOSTO SUPLEMENTAR (sujeito à multa de ofício)	3.261.717,96	2.220.359,82	1.041.358,14
MULTA DE OFÍCIO (passível de redução)	4.892.576,94	4.111.558,33	781.018,61
TOTAL	8.154.294,90	6.331.918,15	1.822.376,75

Desta forma, considerando que o Recurso de Ofício em apreço amolda-se ao disposto na Portaria MF n. 63, de 09 de fevereiro de 2017, dele CONHEÇO.

Do Recurso Voluntário

O Recurso Voluntário (e-fls. 1209/1243) é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n. 70.235/72 e alterações posteriores, portanto, dele também CONHEÇO.

O cerne da presente lide concentra-se em dois núcleos distintos, embora com raiz comum: *i*) legalidade do planejamento tributário, com fulcro na ocorrência (ou não) de abuso de direito e de existência (ou não) de propósito comercial nas operações de alienação das cotas das empresas Santa Mônica Energias Renováveis S/A; Santa Úrsula Energias Renováveis S/A; São Benedito Energias Renováveis S/A; e São Domingos Energias Renováveis S/A, matéria guerreada no Recurso Voluntário (e-fls. 1209/1243); e *ii*) determinação da base de cálculo do ganho de capital, com a exclusão do valor do capital integralizado (R\$ 44.364.000,00), que motivou o recurso de ofício.

Com efeito, assim resume a lide o Recurso Voluntário (e-fls. 1209/1243), *verbis*:

Em que pese o v. acórdão recorrido mostrar-se irretocável quanto ao acolhimento dos pedidos subsidiários do Recorrente – o que se deu a partir de uma análise muito detalhada e aprofundada do caso concreto, do Termo de Encerramento de Fiscalização e das razões expostas em sede de Impugnação – o Recorrente faz jus também ao cancelamento do débito remanescente. Isso ocorre porque, ao contrário do entendimento acolhido pela DRJ, o Recorrente não conduziu seus negócios com abuso de direito, mas de forma plenamente lícita e adequada ao contexto do setor elétrico brasileiro, de modo que a operação de compra e venda das companhias possui inegável propósito negocial, não havendo que se falar em ganho de tributável na alienação das sociedades pelo fundo de investimento em participações (SALUS FIP), posto que este está sujeito ao diferimento do imposto, incidente apenas no momento de amortização/ liquidação das cotas ou do fundo. (sic)

Noutro giro, no que diz respeito à base de cálculo do ganho de capital, a decisão *a quo* alinhou-se à tese desenvolvida na impugnação de e-fls. 599/699 nos seguintes termos:

Além de não concordar com o ganho de capital em si, a defesa ainda contesta a forma como ele foi apurado, pelo fato de não ter a autoridade fiscal considerado o valor do capital integralizado (R\$ 44.364.000,00) pelo SALUS FIP nas companhias eólicas.

Nesse ponto, entendo que a defesa tem razão. Embora o interessado tenha se valido do SALUS FIP para postergar indevidamente o ganho de capital que teria obtido com a alienação das ações das companhias eólicas diretamente para a CPFL, não há como desconsiderar que o aumento e a integralização do capital das companhias após a transferência das ações do interessado para o fundo de investimento, e antes da transferência deste para a CPFL, teve impacto relevante no preço final de R\$ 66.000.448,76 pago pelas ações.

Se no lançamento a autoridade fiscal entendeu que não houve simulação em nenhuma das operações intermediárias do negócio, apenas abuso de direito, não há como desconsiderá-las, como se elas não houvessem existido.

Parto do princípio que o abuso do direito teve por escopo a postergação indevida da tributação do ganho de capital pela sua transferência indevida para a pessoa jurídica, considerando que o próprio lançamento excluiu a possibilidade de que tenha ocorrido simulação. Assim, o ganho de capital da pessoa física corresponde ao ganho de capital obtido pela pessoa jurídica (R\$ 66.000.448,76 – R\$ 44.364.000,00), subtraído do custo das ações informado na ficha de bens e direitos do interessado (R\$ 39.600,00), ou seja, R\$ 21.596.848,76.

Muito bem.

Início a abordagem pela análise do planejamento tributário sob o prisma de ocorrência (ou não) de abuso de direito e de existência (ou não) de propósito negocial nas operações de alienação das cotas das empresas Santa Mônica Energias Renováveis S/A; Santa Úrsula Energias Renováveis S/A; São Benedito Energias Renováveis S/A; e São Domingos Energias Renováveis S/A, vez que é matéria que alcança, inclusive, a determinação da base de cálculo do ganho de capital, considerando o valor excluído pela decisão *a quo* (objeto do recurso de ofício), bem assim o valor remanescente (objeto do recurso voluntário).

Para uma melhor compreensão dos fatos, reproduzo a conclusão da autoridade fiscal no Termo de Encerramento de Fiscalização (e-fls. 580/593), *ipsis litteris*:

Como é possível notar, 3 dias antes da cessão de ações da pessoa física do fiscalizado para a SALUS FIP em 25/07/11, precisamente em 22/07/11 já havia registro da venda a ser conferida em 08/08/11, e, portanto, apenas 15 dias da cessão de ações mencionadas foi concretizado o contrato de compra e venda das ações consumado como pagamento e cessão das ações para a ERSA em 19/09/11.

As transferências das ações das quatro empresas mencionadas somente foram passadas para a posse da SALUS FIP, exatamente, 15 dias antes de firmado o contrato de compra e venda para a CPFL Energias Renováveis S/A;

Nota-se, também, que as empresas São Martinho e São Dimas foram criadas, considerando a SALUS FIP como maior investidora, cerca de 6 meses antes da negociação.

Observa-se que o aumento de capital com a efetiva integralização ocorreu parcialmente no dia da transferência das ações para a Salus, e foi complementada após o contrato de compra e venda com a CPFL/ERSA, procedimentos que qualificamos como incomum, já que o próprio fiscalizado poderia ter aumentado o capital diretamente mas preferiu aumentar suas cotas na SALUS FIP e esta aumentar o capital das usinas eólicas.

Não localizamos nenhuma ata da SALUS FIP onde tenha sido deliberada a aprovação dos investimentos nas empresas nem tampouco qualquer termo de cessão de posse das ações para a SALUS FIP.

Diante dos concretos fatos e sua cronologia fica clara a intenção do contribuinte de buscar a economia tributária, socorrendo-se de transferência de ações para fundo de investimento em participação (SALUS FIP) cujo regime de tributação somente ocorre no resgate das cotas, portanto, prejudicando, essencialmente e unicamente, os cofres públicos.

A documentação, apesar do revestimento de legalidade, na verdade escondeu a verdade material essencial que é a fuga da tributação do ganho de capital através dos mecanismos de planejamento, cujo objeto, novamente, economizar tributos sobre ganho de capital.

Cumpre registrar que esta fiscalização teve origem quando do exame da CPFL Energias Renováveis S/A (CNPJ 08.439.659/0001-50) onde verificamos a existência de valores de ágio, correspondente ao valor de excesso pago em relação ao patrimônio líquido das empresas adquiridas. Assim, se nasce ágio do lado comprador, evidentemente haverá ganho de capital no lado vendedor. (grifei)

De plano, verifica-se uma complexa série de operações envolvendo o Recorrente, as empresas cujas cotas foram alienadas (Santa Mônica Energias Renováveis S/A; Santa Úrsula Energias Renováveis S/A; São Benedito Energias Renováveis S/A; e São Domingos Energias Renováveis S/A) e o fundo de investimento em participações SALUS FIP e adquirente CPFL Energias Renováveis S/A, que denunciam evidente intuito de reduzir o ganho de capital a ser apurado na operação final.

A decisão *a quo* enfrenta as operações em apreço pela ótica do planejamento tributário sem amparo legal, caracterizando-as abuso de direito (art. 187 do Código Civil), portanto não oponíveis à Fazenda Nacional, conforme segue:

Então, o fato objetivo que exsurge dos elementos dos autos é que, enquanto ainda era titular de 99% das ações das quatro companhias eólicas, o interessado e seu filho Lucas Bezerra de Menezes Alencar Araripe, acionista minoritário que detinha o restante das ações, negociaram a venda dessas companhias a ERSA/CPFL, como fica evidente no registro dessa negociação no anexo II (fl. 358) da ata do SALUS FIP de 22/07/2011. É inegável que a negociação, sem qualquer dúvida, foi feita diretamente ou à ordem dos dois acionistas, uma vez que eles – e apenas eles – eram os únicos titulares das ações na referida data.

Em vez de transferir as ações diretamente a ERSA/CPFL, que era reconhecidamente o comprador final das quatro companhias, como se registrou na supramencionada ata, o interessado engendrou planejamento tributário para transferir o ganho de capital apurado nessa transação para a pessoa jurídica do fundo de investimento SALUS FIP, do qual tinha ampla influência no processo decisório, seja por ocupar o cargo de presidente do comitê de investimentos, que era quem tinha o poder regulamentar para aprovar os investimentos e desinvestimentos do fundo; seja por ser, juntamente com o cônjuge Mônica Bezerra Araripe, os detentores da totalidade das cotas emitidas pelo FIC FIM SALUS, o qual, por sua vez, era único cotista do SALUS FIP.

Ao contrário do afirmado pela defesa, não há qualquer evidência material de que a alienação das ações para o SALUS FIP tenha concorrido ou mesmo contribuído para a valorização dessas companhias. Não somente porquanto as negociações que culminaram na venda a ERSA/CPFL já estavam em curso antes mesmo do seu registro na ata de 22/07/2011 (como, aliás, a defesa reconhece), enquanto os únicos acionistas eram o interessado e seu filho.

Como também porque não há notícia de qualquer ato de gestão típico de fundo de investimento em participação que pudesse ter valorizado as companhias nos poucos dias em que suas ações permaneceram em titularidade do SALUS FIP.

Mesmo o argumento de que o SALUS FIP teria aumentado o capital social das eólicas, preparando-as para participarem de leilões de energia, assenta-se em fundamento com pouca solidez lógica e factual. A uma, pois a CPFL adquiriu as quatro companhias a despeito de elas não terem obtido os contratos para fornecimento de energia nos leilões da ANEEL. A duas, à vista de a CPFL ter reembolsado 100% dos aportes feitos pelo SALUS FIP na integralização do aumento de capital, na forma de ágio, segundo a própria defesa afirma. Ou seja, a própria CPFL poderia ter aumentado e integralizado o capital dessas companhias.

Assim, todos os elementos de prova e o que deles se pode extrair apontam para o fato de que a alienação das ações da companhia eólicas para o SALUS FIP, quando os acionistas já negociavam sua venda para a CPFL, se constitui em planejamento tributário sem qualquer razão de cunho econômico ou comercial, senão a de transferir a tributação do ganho de capital da pessoa física para a pessoa jurídica, postergando indevidamente o recolhimento do imposto de renda sobre ele incidente.

Com base nessas razões de fato e de direito, tenho por certo que as operações aqui tratadas implicaram em abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil.

E, por assim se constituírem em ato ilícito, nos termos do citado artigo, fica afastada a hipótese de que o planejamento tributário em questão tenha amparo no Direito ou possa ser oposto à fazenda nacional para lhe obstar a cobrança do imposto devido. (grifei)

Pois bem.

É cediço que a forma de direito privado utilizada deve adequar-se ao resultado econômico almejado, sob pena de caracterizar-se abuso das formas jurídicas, o que legitima o abandono da estrutura jurídico-formal adotada pelas partes e tributar-se o ato/negócio jurídico de acordo com o seu efetivo conteúdo econômico.

Sobre a teoria do abuso de formas jurídicas, Miguel Delgado Gutierrez (Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 156) *apud* Gerd Willi Rothmann e Gaetano Paciello (Elisão e Evasão Fiscal. In. Caderno de Pesquisas Tributárias. Vol. 13. São Paulo, co-edição Centro de Extensão Universitária e Editora Resenha Tributária, 1998, p. 402) resumem no que consiste a teoria do abuso de formas jurídicas:

Quem dá origem ao efeito econômico, que a lei visa alcançar, mas se serve de uma estruturação do direito privado que não é mais alcançada pelo sentido literal da lei, por ser inadequada (atípica), é tratado, sob o aspecto fiscal, da mesma forma como se tivesse escolhido a estruturação adequada, alcançada pela lei. O que é relevante, em última análise, é o efeito econômico.

Nos dizeres de Miguel Delgado Gutierrez (Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 156-157):

Essa doutrina foi consagrada, primeiramente, no § 6º. da Lei de Adaptação Tributária (Steueranpassungsgesetz) da Alemanha, do ano de 1934. O Código Tributário Alemão de 1977, atualmente em vigor, também a agasalha, no seu § 42, que dispõe:

A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada.

De se observar que no ordenamento jurídico pátrio não há preceito semelhante, apesar de que no anteprojeto do Código Tributário Nacional, de 1953, havia o dispositivo a seguir reproduzido (art. 131), que, a despeito de não ter sido acolhido na versão final do projeto que lastreou o atual CTN, merece destaque pela sua pertinência com o tema em discussão:

Art. 131. Os conceitos, formas e institutos de direito privado, a que faça referência a legislação tributária, serão aplicados segundo a sua conceituação própria, salvo quando seja expressamente alterada ou modificada pela legislação tributária.

Parágrafo único. A autoridade administrativa ou judiciária competente para aplicar a legislação tributária terá em vista, independentemente da intenção das partes, mas sem prejuízo dos efeitos penais dessa intenção quando seja o caso, que a utilização de conceitos, formas e institutos de direito privado não deverá dar lugar à evasão ou redução do tributo devido com base nos resultados efetivos do estado de fato ou situação jurídica efetivamente ocorrente ou constituída, nos termos do art. 129, quando os conceitos, formas ou institutos de direito privado utilizados pelas partes não correspondam aos legalmente ou usualmente aplicáveis à hipótese de que se tratar. (grifei)

Outrossim, a Medida Provisória n. 66/2002, convertida na Lei n. 10.637/2002, continha o dispositivo, abaixo reproduzido, que foi vetado:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado

A definição legal do fato gerador é interpretada, nos termos do art. 118 do CTN, da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, bem assim dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos. Nessa perspectiva, se da ilicitude decorrer situação que, *per se*, não seja lícita, mas configure-se hipótese de incidência tributária, a ilicitude circunstancial é irrelevante e não trará prejuízo à relação jurídica-tributária.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 116 do CTN faculta à autoridade administrativa a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Nesse sentido, esclarecem Tiago Conde Teixeira e Yann Santos Teixeira (Direito Tributário Contemporâneo: 50 anos do Código Tributário Nacional. Coordenadores Gilmar Ferreira Mendes, Sacha Calmon Navarro Coelho; Organizadores Rafael Araripe Carneiro, Tiago Conde Teixeira, Francisco Mendes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 247-248):

Assim entende-se que o parágrafo único do art. 116 do CTN teve como objeto transportar o instituto da dissimulação ao direito tributário, explicitando o parâmetro disponível à fiscalização tributária. Registre-se que, de fato, o CTN já previa o lançamento de ofício quando comprovada a simulação do contribuinte, bem como diversos teóricos já manifestaram que o citado parágrafo único não inovou no ordenamento; contudo, acredita-se que anteriormente o CTN não deixava expressa a possibilidade de a administração infirmar operações sem examinar a sua validade jurídica.

Ou seja, sustenta-se que o referido dispositivo explicitou que o Fisco deve se ater à análise da realidade em face da forma, deixando de lado a verificação da nulidade do negócio jurídico. Por conseguinte, a norma tem natureza interpretativa, mas nem por isso menos importante, ou "injustificada". Do mesmo modo, tendo a norma natureza interpretativa, ela é plenamente eficaz, em que pese sua redação final estabelecer que sua aplicação observará os procedimentos estabelecidos em lei,

sucedendo que os referidos irão dar maior efetividade e segurança a todos os envolvidos, mas não têm o condão de afastar sua aplicabilidade.

Nessa perspectiva, a leitura do art. 116, parágrafo único, do CTN deve ser procedida em conjunto com o art. 167 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), *verbis*:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. (grifei)

O *caput* do art. 167 do *Codex Civil* utiliza o verbo dissimular, que na verdade é espécie do gênero simular, que compreende a simulação absoluta (propriamente dita) e a simulação relativa (dissimulação).

É relevante destacar que a espécie simulação relativa (dissimulação) não se confunde com a simulação absoluta, embora em ambas seja evidente o propósito de enganar. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro, vol. 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018): "Simulação não se confunde, pois, com dissimulação, embora em ambas haja o propósito de enganar. Na simulação procura-se aparentar o que não existe; na dissimulação, oculta-se o que é verdadeiro. Na simulação, há o propósito de enganar sobre a existência de situação não verdadeira; na dissimulação, sobre a inexistência real".

É convergente ao raciocínio até agora desenvolvido a doutrina de Miguel Delgado Gutierrez (Planejamento Tributário: Elisão e Evasão Fiscal - São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 165), *verbis*:

*Sempre que, no direito tributário, se despreza a estruturação de direito privado utilizada pelas partes e se busca a realidade econômica por trás dela, está-se, na verdade, em busca da real estruturação adotada pelas partes. Ou seja, se as partes, ao afirmarem que estavam praticando compra e venda, na verdade, pretenderam estipular uma doação, o que deve prevalecer, para fins de tributação é a doação. **O negócio real é que deve ser tributado e não o aparente ou simulado.** (grifei)*

Na mesma perspectiva, o entendimento de Alberto Xavier (Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. Dialética, 2001, p. 156/157), *verbis*:

*[...] Em nossa opinião, bem andou o Congresso Nacional em formular o novo parágrafo único do art. 116 do modo que o fez. **Por um lado, reiterou que a lei tributária não pode extravasar os limites da tipicidade, pois a declaração de ineficácia do ato simulado nada mais é que a tributação de um fato típico - o ato dissimulado - em razão do princípio da verdade material, que o revela à plena luz. Mas, por outro lado, assegurou que, tendo restringido expressamente o âmbito da declaração de ineficácia ao mundo dos atos simulados, essa declaração de ineficácia não se estende a atos verdadeiros, ainda que de efeitos econômicos***

equivalentes aos dos atos típicos fiscalmente mais onerosos e independentemente dos motivos que levaram as partes à sua realização. (grifei)

Ainda sobre o tema, Luciano Amaro (Direito Tributário Brasileiro. Saraiva, 16ª. edição, 2010, p. 259/260), leciona:

*[...] O problema resvala, em última análise, para a apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. **Se a forma não refletir o fato concreto, aí sim teremos campo para desqualificação da forma jurídica adotada.***

***Isso nos leva, com Sampaio Dória, para o campo da simulação. Esta, uma vez comprovada, autoriza o Fisco a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes.** (grifei)*

A doutrina de João Dácio Rolim (Normas Antielisivas Tributárias. Ed. Dialética, 2001, p. 357) estabelece, de forma precisa, a conexão entre o art. 116, parágrafo único, do CTN e o art. 167 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), *in verbis*:

*"A norma geral antielisiva positivada **no parágrafo único do art. 116 do CTN aproxima-se da modalidade da intenção comercial no sentido de ser considerado dissimulado o ato do contribuinte e, portanto, inoponível ao fisco, se for praticado com a intenção elisiva exclusiva. Em função do princípio da proporcionalidade. Ou esta norma aparentemente geral deve ser aplicada somente a casos excepcionais em função de outros princípios que justifiquem um afastamento do Direito Privado, tal como ocorre com os preços de transferência, ou deve ser restrita a casos de simulação, uma vez que o próprio conceito consagrado no Direito Privado de dissimulação é de simulação relativa.**" (grifei)*

No caso concreto, resta evidenciado da leitura dos autos, com ênfase nos excertos doutrinários acima reproduzidos, que a conduta do Recorrente incorreu no uso abusivo das formas jurídicas de direito privado com o objetivo de reduzir a apuração do ganho de capital nas operações de alienação em tela, utilizando-se de artifício consubstanciado na alienação das ações das companhias eólicas para o fundo de investimento SALUS FIP (empresa-veículo), sem qualquer propósito comercial, apenas para transferir a tributação do ganho de capital da pessoa física para a pessoa jurídica com a consequente postergação indevida do recolhimento de imposto de renda sobre ele incidente, caracterizando-se, no meu entender, hipótese clara de dissimulação a atrair a incidência do art. 116, parágrafo único, do CTN c/c o art. 167 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), e não de ato ilícito nos termos do art. 187 do Código Civil, como preconiza a decisão *a quo*.

Com relação à base de cálculo do ganho de capital, de plano é oportuno destacar que a autoridade fiscal, diferentemente do que afirma a decisão *a quo*, considerou a ocorrência de abuso de forma consubstanciado na dissimulação da verdade material essencial que é a fuga da tributação do ganho de capital através de mecanismos de planejamento, cujo objeto, novamente, economizar tributos sobre ganho de capital (e-fl. 588 do TEF). Ou seja, não há referência a abuso de direito nos termos do art. 187 do Código Civil.

Em outro prisma, a decisão *a quo*, conforme já relatado, alinhou-se à tese do Recorrente no sentido de excluir da base de cálculo do ganho de capital em apreço o valor do capital integralizado pelo fundo de investimento SALUS FIP (R\$ 44.364.000,00):

Parto do princípio que o abuso do direito teve por escopo a postergação indevida da tributação do ganho de capital pela sua transferência indevida para a pessoa jurídica, considerando que o próprio lançamento excluiu a possibilidade de que tenha ocorrido simulação. Assim, o ganho de capital da pessoa física corresponde ao ganho de capital obtido pela pessoa jurídica (R\$ 66.000.448,76 – R\$ 44.364.000,00), subtraído do custo das ações informado na ficha de bens e direitos do interessado (R\$ 39.600,00), ou seja, R\$ 21.596.848,76. (grifei)

Muito bem.

O art. 2º., *caput*, e o art. 3º., § 2º., ambos da Lei n. 7.713/88, estabelecem que:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

[...]

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

[...](grifei)

No plano infralegal, e no mesmo diapasão, o art. 138, *caput*, do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99):

Art. 138. O ganho de capital será determinado pela diferença positiva, entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurado nos termos dos arts. 123 a 137 (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 2º, Lei nº 8.383, de 1991, art. 2º, § 7º, e Lei nº 9.249, art. 17.

[...]

Ao tratar do ganho de capital e do valor de alienação, a Instrução Normativa SRF n. 84/2001 - que dispõe sobre a apuração e tributação de ganhos de capital nas alienações de bens e direitos por pessoas físicas -, em seu arts. 2º., 3º., I, e 19, I, assim disciplina, *verbis*:

Art. 2º Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor de alienação de bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.

[...]

Art. 3º Estão sujeitas à apuração de ganho de capital as operações que importem:

I - 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, procuração em

causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

[...]

19. Considera-se valor de alienação:

Art. 19. Considera-se valor de alienação:

I - o preço efetivo da operação de venda ou de cessão de direitos;

[...](grifei)

Uma vez determinados os parâmetros para apuração do ganho de capital, nos termos da legislação *supra* reproduzida, constata-se que são incontroversos, no caso concreto, o valor do custo de aquisição das ações alienadas de titularidade do Recorrente, bem assim o valor de alienação efetivamente desembolsado pela CPFL Energias Renováveis S/A.

Assim, a controvérsia concentra-se na base de cálculo do ganho de capital apurado, que, no entendimento do Recorrente - no que foi acompanhado pela DRJ/SPO - deve ser reduzida, vez que não deve ser considerado o valor referente à integralização de capital realizada pela SALUS FIP (empresa-veículo) prevista em cláusula do contrato de venda com a CPFL Energias Renováveis S/A. Na ótica do Recorrente, bem assim da decisão da instância de piso, o valor correspondente à integralização não poderia compor o ganho de capital tributável, pois tratava-se de montante que as empresas Santa Mônica Energias Renováveis S/A; Santa Úrsula Energias Renováveis S/A; São Benedito Energias Renováveis S/A; e São Domingos Energias Renováveis S/A mantinham em caixa.

Entretanto, na perspectiva da linha de raciocínio desenvolvida na presente análise, com fulcro nos elementos consignados nos autos que retratam a realidade fática, resta evidente a ocorrência de dissimulação na operação de alienação em lide, a atrair a incidência do art. 116, parágrafo único, do CTN c/c o art. 167 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil).

Sem sombras de dúvidas, a integralização do capital em apreço, efetuada pelo SALUS FIP, buscou atender a requisito de qualificação econômico-financeira estabelecido pela ANEEL para participação em leilão de energia elétrica, e, consoante os termos do primeiro aditamento ao contrato de compra e venda de ações (e-fls. 739/745), **o referido valor é, sim, parte do preço de compra pactuado entre as partes**, o Recorrente incluído, *verbis*:

[...]

2.2.1. Preço de Compra. As Partes concordam em ajustar a forma e prazo de pagamento do Preço de Compra pela totalidade das ações de emissão das Sociedades em razão do exercício da Opção de Compra, o qual deverá ser realizado da seguinte forma:

(a) na presente data a CPFL Renováveis realiza o pagamento aos Vendedores do valor de R\$33.563.091,72 (trinta e três milhões, quinhentos e sessenta três mil e noventa e um reais e setenta e dois centavos), equivalente ao valor de caixa total das Sociedades São Domingos, Santa Mônica e Santa Úrsula, nas sociedades acima mencionadas na presente data, consistindo no valor total (i) do capital social subscrito e integralizado em cada uma das Sociedades São Domingos, Santa Mônica e Santa Úrsula; acrescido (ii) de eventuais receitas financeiras efetivamente recebidas, líquidas de eventuais Tributos incidentes ou a recolher

sobre referidas receitas, conforme comprovação apresentada nesta data pelos Vendedores através de extrato bancário das Sociedades São Domingos, Santa Mônica e Santa Úrsula;

(b) no dia 22 de setembro de 2011 a CPFL Renováveis realizará o pagamento aos Vendedores do valor de estimado de R\$33.563.091,72 (trinta e três milhões, quinhentos e sessenta e três mil e noventa e um reais e setenta e dois centavos), equivalente ao valor de caixa total das Sociedades São Benedito, São Martinho e Santo Dimas, valor este que será apurado na data de seu efetivo pagamento levando em consideração os recursos em caixa disponíveis nas sociedades acima mencionadas na presente data, consistindo no valor total (i) do capital social subscrito e integralizado em cada uma das Sociedades São Benedito, São Maninho e Santo Dimas; acrescido (ii) de eventuais receitas financeiras efetivamente recebidas, líquidas de eventuais Tributos incidentes ou a recolher sobre referidas receitas, conforme comprovação apresentada nesta data pelos Vendedores através de extrato bancário das Sociedades São Benedito, São Maninho e Santo Dimas;

(c) 90% (noventa por cento) do saldo remanescente do Preço de Compra (deduzidos os valores pagos conforme os itens (a) e (b) acima) deverá ser pago pela CPFL Renováveis aos Vendedores dentro do prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data deste Primeiro Aditamento; e

(d) 10% (dez por cento) do saldo remanescente do Preço de Compra (deduzidos os valores pagos conforme os itens (a) e (b) acima) deverá ser pago pela CPFL Renováveis aos Vendedores na data de publicação de despacho da ANEEL (ou ato administrativo de efeito equivalente) que autorizar todas e não menos que todas as Sociedades a dar início à operação comercial dos respectivos Empreendimentos.

2.2.1.1. O pagamento do Preço de Compra deverá ser efetuado observadas as disposições das Cláusulas 3.2.1, 3.3 e 3.4 do Contrato.

[...]

Ora, se há previsão contratual expressa determinando que o valor de caixa total das empresas alienadas (Santa Mônica Energias Renováveis S/A; Santa Úrsula Energias Renováveis S/A; São Benedito Energias Renováveis S/A; e São Domingos Energias Renováveis S/A) com origem na integralização de capital efetuada pelo SALUS FIP compõe o preço de compra, consoante acima destacado, como pode subsistir a tese do Recorrente (encampada pela decisão de primeira instância) no sentido de desconsiderá-lo do valor de alienação?

Ao persistir nessa linha argumentativa, o Recorrente apenas reforça a dissimulação consubstanciada em ocultar o verdadeiro negócio jurídico ocorrido, mediante a utilização de empresa-veículo, negando-se a realidade fática: a alienação das quotas do Recorrente à CPFL Energias Renováveis S/A.

Desta forma, considerando-se o custo de aquisição das ações de titularidade do Recorrente e o valor relativo à alienação das ações à CPFL Energias Renováveis S/A (incluído o valor da integralização de ações promovida pelo fundo de investimento SALUS FIP) revelados nos autos, conclui-se, pela simples aplicação da legislação do imposto de renda, que a base de cálculo do ganho de capital em tela é aquela apurada pela autoridade fiscal, não merecendo, assim, qualquer reparo.

Por oportuno, cabe destacar ainda que a relação jurídica constituída entre o Recorrente e o fundo de investimento SALUS FIP não é oponível à Fazenda Nacional - inclusive no tocante à tributação de imposto de renda quando de eventual resgate de cotas, na forma da legislação aplicável - e não guarda qualquer conexão com o objeto da presente lide.

Assim, merece reparo a decisão *a quo*, devendo ser restabelecida a apuração de ganho de capital considerando-se a base de cálculo utilizada pela autoridade lançadora.

No que diz respeito à multa qualificada, entendo que deve ser afastada, retornando-se ao patamar ordinário de 75%, vez que, não obstante a caracterização de dissimulação (simulação relativa), não há que se falar de fraude documental e dolo específico, pois há evidente distinção entre o planejamento tributário sem propósito negocial e a sonegação dolosa e fraudulenta de tributos.

No caso concreto, o Recorrente buscou, mediante uso abusivo das formas jurídicas de direito privado e sem propósito negocial, reduzir a tributação de ganho de capital decorrente de alienação de ações, utilizando-se de empresa-veículo (fundo de investimentos SALUS FIP), inexistindo, todavia, fraude de documentos ou omissão de fatos que levem à redução ou supressão de tributo. Ao contrário, todas as operações não são ilícitas, foram declaradas e realizadas às claras, bem assim os documentos fiscais são verdadeiros em conteúdo e forma.

Para o agravamento da multa é necessário identificar qual das ações ou omissões dolosas previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n. 4.502/64 foram efetivamente praticadas pelo sujeito passivo, sendo ainda imprescindível a comprovação do dolo específico, consubstanciado em condutas delituosas, inclusive, fraude de documentos, o que, convenhamos, não se aplica ao caso concreto.

E é exatamente nesse sentido o enunciado de Súmula CARF n. 14:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Por sua vez, o enunciado de Súmula Vinculante CARF n. 25 consolida o seguinte entendimento:

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Ainda a respeito da multa qualificada, também é relevante destacar a decisão abrigada no Acórdão n. 9101-002.189 - Sessão de 21 de janeiro de 2016, da lavra da 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), sumarizada na ementa abaixo:

MULTA QUALIFICADA.

Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, é

Processo nº 16561.720071/2016-82
Acórdão n.º **2402-006.696**

S2-C4T2
Fl. 1.261

imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de simulação não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

Desta forma, não merece reparo a decisão recorrida ao decidir pelo afastamento da qualificação da multa.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** do Recurso de Ofício (e-fl. 1169) e **DAR-LHE PROVIMENTO**, bem assim, **CONHECER** do Recurso Voluntário (e-fls. 1209/1243) para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, no sentido de afastar a multa qualificada (150%), retornando-se ao patamar ordinário de 75%, restabelecendo-se, todavia, a apuração de ganho de capital considerando-se a base de cálculo utilizada pela autoridade lançadora na forma discriminada no Auto de Infração - IRPF (e-fls. 572/577).

(assinado digitalmente)
Luís Henrique Dias Lima