



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

Processo nº 16561.720227/2016-25
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-003.288 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de dezembro de 2018
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Recorrente BRACOR INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade quando o lançamento observa todos os requisitos previstos no artigo 142 do CTN e no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOVAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não ocorrendo inovação nos fundamentos do lançamento, bem como foi garantido o direito a ampla defesa e ao contraditório, afasta-se a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

GANHO DE CAPITAL. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. REDUÇÃO DA TRIBUTAÇÃO. SIMULAÇÃO SUBJETIVA. INOPONÍVEL AO FISCO

A transferência das participações societárias detidas pela pessoa jurídica aos seus sócios, por meio de reorganização societária consistindo em cisões do patrimônio, com o objetivo de reduzir a tributação sobre o ganho de capital decorrente das vendas daquelas participações por pessoas físicas, com aplicação da alíquota de 15% ao invés de 34%, constitui planejamento tributário inoponível ao Fisco, por meio da simulação subjetiva.

REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E ATIVOS AOS SÓCIOS E ACIONISTAS. INEXISTÊNCIA DE NORMA INDUTORA.

O artigo 22 da Lei nº 9.249/95 não é um dispositivo legal que autoriza o contribuinte alterar a realidade fática do negócio, por meio de redução de capital e transferência de ativos e bens, tão somente para permitir a tributação do ganho de capital na pessoa física do sócio, e não na pessoa jurídica.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SÓCIOS - ADMINISTRADORES. PRÁTICA DAS INFRAÇÕES. ARTIGO 135 DO CTN. MANUTENÇÃO NO POLO PASSIVO.

São responsáveis pelos créditos tributários lançados, com base no art. 135, III, do CTN, os sócios-administradores que comprovadamente atuaram na prática das infrações tributárias apuradas, visando a redução da carga tributária.

TRIBUTOS PAGOS INCIDENTES SOBRE DE GANHO DE CAPITAL PESSOAS LIGADAS. DEDUÇÃO NA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL PESSOA JURÍDICA.

Valores pagos a título de imposto de renda incidentes sobre o ganho de capital da venda das participações, seja da pessoa física sócio ou das retenções na fonte quando o adquirente situa-se no exterior, devem ser considerados na apuração do ganho de capital do imposto de renda pessoa jurídica lançado de ofício.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO SUBJETIVA. CABIMENTO.

Cabe a qualificação da multa de ofício quando demonstrado a ocorrência da simulação subjetiva, já que o real propósito da reorganização societária foi transferir o sujeito passivo da obrigação tributária de pagar os tributos devidos sobre o ganho de capital na venda dos empreendimentos imobiliários da pessoa jurídica para seus sócios, para redução da carga tributária.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício cominada pela falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar se lei vigente afronta a constituição por supostamente representar confisco.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Aplica-se às exigências reflexas o mesmo tratamento dispensado ao lançamento principal, em face da íntima relação de causa e efeito entre ambos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade da autuação e do acórdão recorrido e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário do contribuinte principal, para reconhecer o direito à compensação do imposto de renda pago pelas pessoas ligadas, vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (relator), Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias, que também davam provimento quanto à decadência, à exigência principal, multa qualificada e a multa isolada, e ainda, vencido o conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca quanto à incidência de juros sobre a multa; e, ainda, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário dos responsáveis solidários arrolados com base no art. 135, III do CTN, vencidos os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (relator), Gustavo Guimarães Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias. O conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca solicitou a apresentação de declaração de voto. Designada como redatora do voto vencedor a conselheira Maria Lucia Miceli.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS ANTONIO NEPOMUCENO FEITOSA - Relator.

(assinado digitalmente)

Maria Lúcia Miceli - Redatora Designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flavio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Para a devida síntese do processo, transcrevo o relatório do Acórdão recorrido, complementando-o ao final:

“1. Trata-se auto de infração a trazer exigências de IRPJ e CSLL (incluídos principal, juros de mora calculados até 12/2016 e multa de ofício proporcional qualificada), bem que de multa de ofício isolada, tudo alcançando o importe de R\$ 31.079.848,66 e respeitante a fatos geradores insertos no ano-calendário de 2011. Demais disso, também se cuidou de atribuição de responsabilidade tributária solidária (fls. 2838/2862). Na espécie, acusava-se a falta de contabilização de ganho de capital apurado

em alienação de investimentos (com base física em imóveis), assim avaliados pela equivalência patrimonial, e também a ausência de pagamento das exações acima sobre base de cálculo estimada em função de receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão/redução. Foram trazidos à condição de responsáveis tributários solidários ao Contribuinte: o Sr. Carlos Javier Betancourt e o Sr. Angel David Ariaz. Para mais detido entendimento, reproduzam-se alguns excertos da fundamentação colacionada pela Fiscalização (fls. 2796/2836; destaques do original):

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Este processo trata-se apenas do lançamento referente ao ganho de capital obtido na alienação da BRC =XXXIII. Porém como o adquirente foi o Sr. Carlos Betancourt, presidente da Bracor à época, todos os elementos obtidos neste procedimento fiscal foram aqui mantidos. [A dizer e por exemplo, que o Termo ora transcrito faz referência à paginação dos autos sob nº 16561.720129/2016-98]

2. A presente ação fiscal foi executada ao amparo do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização (TDPF- F) nº08.1.85.00-2016-00023-3, fls. 12 e 13, tendo como objeto a verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) no AC 2010 e 2011.

3. Em virtude das diversas pessoas físicas e jurídicas envolvidas na negociação entre a BRACOR INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA — CNPJ 07.735.515/0001-89) e os adquirentes das BRCs, as mesmas foram devidamente identificadas no Anexo I deste Termo e serão citadas apenas pela sua abreviatura [Vide fl. 3133 dos autos sob nº 16561.720129/2016-98, onde consta o Termo de Anexação de Arquivo Não-Paginável, em que se notícia a anexação do arquivo zipado ANEXO I, II E III do TVF BRACOR.zip. Para acessar os ditos anexos - e a explicação já serve para casos semelhantes - basta clicar com o botão esquerdo do mouse sobre a figura constante do índice do e-processo, a partir do que será feito o download de três arquivos no formato de planilhas BrOffice].

4. Em 02/06/11, a Bracor alterou seu tipo jurídico de sociedade anônima para sociedade empresária limitada. Em consequência, neste procedimento sempre será mencionado acionistas para eventos ocorridos até 01/06/11 e quotistas após esta data.

5. A Bracor foi selecionada para ser fiscalizada com base nos procedimentos de seleção interna que se originou após análise do ágio informado pela empresa LPP I em valor expressivo no AC 2013. A LLP I é uma das empresas que adquiriram do grupo Prosperitas, as participações societárias que haviam sido adquiridas da Bracor nos AC 2010 e 2011.

6. Com base em dados cadastrais, no cruzamento de dados dos sistemas informatizados da Receita Federal e em notícias divulgadas na mídia chegou-se à conclusão que o negócio realizado na venda dos referidos imóveis importou numa quantia aproximada de 2 bilhões de reais, não declarada ao Fisco em sua totalidade e de forma correta. Consequentemente não houve o devido recolhimento de Imposto de Renda e CSLL sobre o efetivo ganho de capital.

7. Desta forma, após a conclusão do procedimento fiscal que importou em diligências nas diversas empresas adquirentes, objeto de sucessivas reorganizações societárias; aos dirigentes dos adquirentes e da alienante; e intimações à fiscalizada, identificou-se a Bracor como real alienante dos imóveis, devida e regularmente abrigados em participações societárias (BRCs — Anexo II), portanto, sujeito passivo da obrigação tributária.

II. DOS FATOS

8. O procedimento fiscal teve início em 22/04/2016, fls. 747 (na visão hierárquica do e-processo é o 5º documento), quando a Bracor foi cientificada da instauração do referido procedimento por meio do Termo de Início de Fiscalização, fls. 744 a 746 (na visão hierárquica do e-processo é o 4º documento).

9. Após a prorrogação do prazo para atendimento ao Termo de Início de Fiscalização em 10 dias, em 27/05/2016, o contribuinte apresentou os documentos solicitados. Outras 04 intimações foram realizadas no curso do procedimento fiscal, atendidas tempestivamente pelo contribuinte, as quais serão reportadas na descrição dos fatos, quando necessário. Não existe o termo de intimação nº 02, por equívoco cometido na numeração dos termos.

10. O atendimento ao Termo de Início de Fiscalização da Bracor foi efetivado por meio do Dossiê nº 10010.020.540/015-26, reproduzidos às folhas 1235 a 1275 deste processo. Por não ser optante do domicílio eletrônico, verificou-se uma certa dificuldade da Bracor na inserção dos arquivos no referido e-dossiê, o que dificultou bastante a manipulação dos dados por esta fiscalização. Desta forma, a Bracor foi autorizada a responder às intimações subsequentes utilizando o SVA — Sistema Validador de Arquivos.

11. Os elementos de prova utilizados neste procedimento fiscal foram fornecidos pela Bracor mediante intimações e nas diligências executadas nos contribuintes' LPP I, sucessora das adquirentes do Grupo Prosperitas, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00010-1, fls. 1378 a 1706; Sr. Carlos Betancourt, Diretor Presidente da Bracor e adquirente da BRC XXXIII, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00089-6, fls. 2977 a 2988; CREDIT SUISSE, administradora de fundos adquirentes de BRCs, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00082-9, fls. 2257 a 2903; BRC VII, adquirida pela REC LOG 21 e sua incorporadora a posteriori, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00078-0, fls. 1708 a 2093; REC LOG 331, adquirente de BRCs, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00079-9, fls. 2096 a 2189; REC LOG 411, adquirente de BRCs, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00080-2, fls. 2191 a 2256; BANCO ITALT, acionista da Bracor, pessoa jurídica domiciliada no Brasil, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00134-5, fls. 2906 a 2976; Sr. Jorge Carlos Nutiez, Diretor sem designação do Grupo Prosperitas, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00131-0; Sr. Luciano Lewandowski, Diretor sem designação do Grupo Prosperitas, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00132-9 e Sr. Máximo Pinheiro Lima Netto, Diretor sem designação do Grupo Prosperitas, TDPF-D 08.1.85.00-2016-00133-7, fls. 2989 a 3000.

12. Nos anos-calendário 2006 e 2007, a Bracor adquiriu ou constituiu empresas para abrigar diversos imóveis, com participação societária de 99,99%. Tais empresas foram denominadas com a sigla BRC seguida de um numeral romano, de I a XXXV. Essas empresas e os imóveis a elas pertencentes estão devidamente discriminados no anexo II deste termo. Sobre a constituição das BRCs não

emitiremos quaisquer julgamentos pois todos os atos e fatos ocorridos à época já estão abrangidos pela decadência, não sendo o escopo desse procedimento fiscal.

13. No ano-calendário 2010, a Bracor resolveu se desfazer da quase totalidade desses imóveis abrigados nas participações societárias, nas quais detinha 99,99% das quotas. Para tanto procedeu a uma reorganização societária que lhe permitiu uma economia tributária indevida.

14. Nos anos-calendário 2010 e 2011, a Bracor promoveu 04 cisões de seu patrimônio datadas de 12/08/10, 30/09/10, 18/01/11 e 03/06/11 (a BRC "mi I, contemplada nesta cisão, só foi alienada em janeiro/2012, não sendo objeto deste procedimento fiscal) que lhe permitiu a transferência de sua participação nas BRCs para seus acionistas/quotistas. Fato subsequente, efetivou a alienação das BRCs para o Grupo Prosperitas, a Credit Suisse e o Sr. Carlos Betancourt.

15. Os contratos de compra e venda foram firmados entre a Bracor e o Grupo Prosperitas em 23/12/10 e 18/01/11; entre a Bracor e a CREDIT SUISSE nos dias 28/12/10, 30/03/11 e 06/07/11 (02). Além destes contratos, a Bracor também alienou a BRC XXXIII para o Sr. Carlos Javier Betancourt (seu presidente à época) em 12/05/11 e a BRC XXI para a Tulipa Brazil em 01/06/11.

16. Iniciamos analisando as cisões promovidas pela Bracor nos anos-calendário 2010 e 2011, que são o marco inicial do planejamento tributário abusivo executado pela Bracor.

II.a DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

1º CISÃO - 12/08/10

17. Em 11/08/10, a Bracor possuía os seguintes acionistas e respectivas participações:

Acionista	Acionista desde	Quantidade de Ações	%
DELLE	17/12/2007	78.447.270	16,84%
CARLOS	18/12/2007	1	0,00%
ITAU	17/12/2007	1	0,00%
CAMILLA	18/12/2007	1	0,00%
SSFIII	18/12/2007	45.786.188	9,83%
BERKLEY	31/12/2008	62.644.136	13,44%
KHL	18/12/2007	62.644.136	13,44%
REEM	18/12/2007	45.786.188	9,83%
EQUITY	30/04/2009	124.726.072	26,77%
BRAD	30/04/2009	1	0,00%
CANDANGO	16/03/2010	45.922.707	9,86%
		465.956.701	100%

18. A relação de acionistas foi extraída do Livro de Registro e Ações, reproduzidos pela Bracor em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal 05, fl. 3005.

19. Na assembleia geral extraordinária da Bracor realizada em 12/08/10, fls. 937 a 1050, foi aprovada a cisão parcial da Bracor com incorporação da

parcela cindida do seu patrimônio líquido pela BRC I, BRC II BRC VI, BRC IX, BRC XV, BRC XVIII ALEGRIA e BRC XXVIII PRAIA GRANDE.

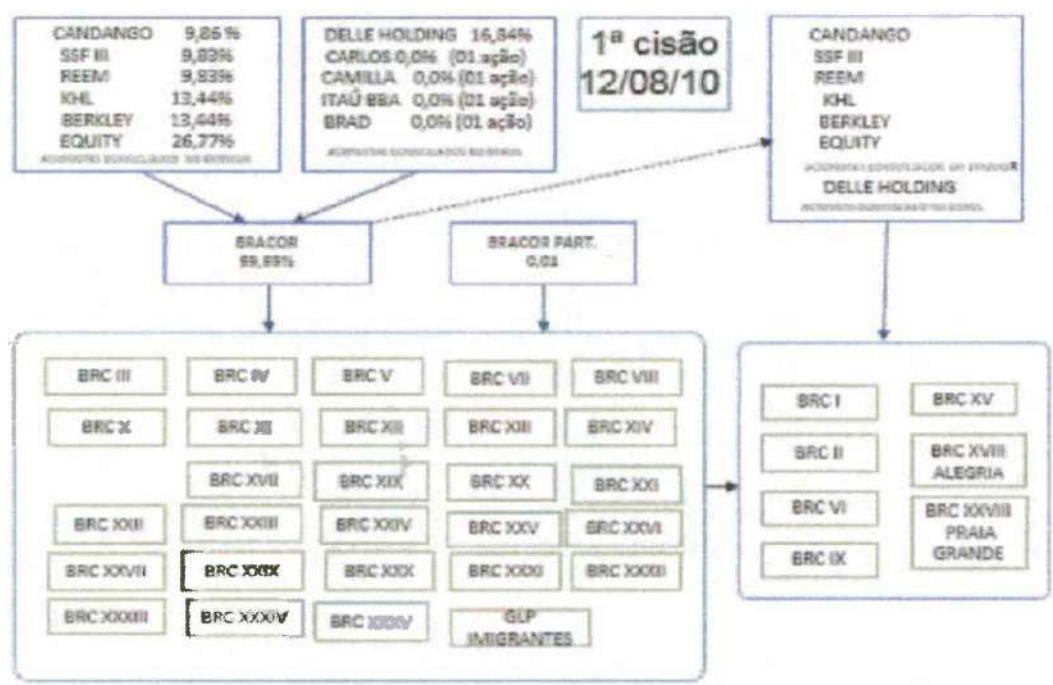
20. A cisão parcial acarretou a redução do capital social da Bracor em montante correspondente ao patrimônio líquido relativo às participações societárias detidas pela Bracor nas BRCs no total de R\$ 75.867.823,00.

21. As parcelas cindidas do patrimônio da Bracor corresponderam ao investimento desta em cada uma das BRCs e foram por elas absorvidas. Portanto, a incorporação das parcelas cindidas não acarretou aumento de capital nas BRCs.

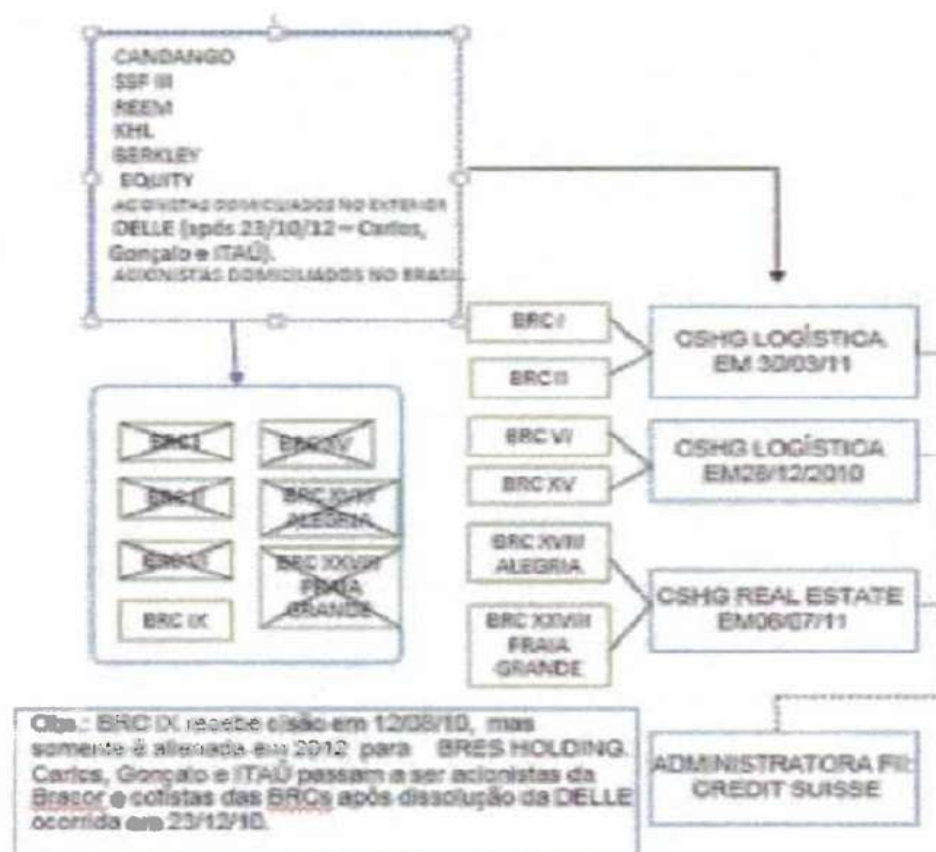
22. Os acionistas da Bracor receberam, em substituição às ações que detinham no capital social da Bracor, novas quotas emitidas pelas BRCs. Desta forma, os acionistas deixam de ter participação indireta nas BRCs e passam a ter participação direta. A Bracor retira-se formalmente do quadro acionário das BRCs informados no item 18 deste termo.

23. Não há distribuição de quotas para os acionistas Itciú e Srs. Carlos, Camilla e Brad, pois possuíam somente uma ação da Barco.

24.A ata da AGE de 12/08/10, fls. 937 a 1050, apesar de constar a aprovação e assinatura de todos os acionistas, foi assinada somente pelos Srs. Carlos e Angel, presidente e secretário da assembleia, que eram Presidente e aretor nagnceiro da Bracor, respectivamente.



25. As BRCs que receberam cisão da Bracor foram alienadas conforme discriminado no quadro a seguir:

**2º CISÃO 30/09/10**

26. Em 29/09/10, após a 1º cisão de patrimônio realizada em 12/08/10 e antes da cisão ocorrida em 30/09/10, a Bracor possuía os seguintes acionistas e respectivas participações:

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 29/09/2010	%
DELLE	18/12/07	70.041.875	16,84%
CARLOS	17/12/07	1	0,00%
ITAU	19/12/07	1	0,00%
CAMILA	18/12/07	1	0,00%
SSFIII	18/12/07	40.880.936	9,83%
BERKLEY	31/12/08	55.932.001	13,44%
KHL	18/12/07	55.932.001	13,44%
REEM	18/12/07	40.880.936	9,83%
EQUITY	30/04/09	111.362.044	26,77%
BRAD	30/04/09	1	0,00%
CANDANGO	16/03/10	41.002.226	9,86%
		423.034.617	100,00%

27. Na assembleia geral extraordinária da Bracor realizada em 30/09/10, fls. 1051 a 1085, foi aprovada a cisão parcial da Bracor com incorporação

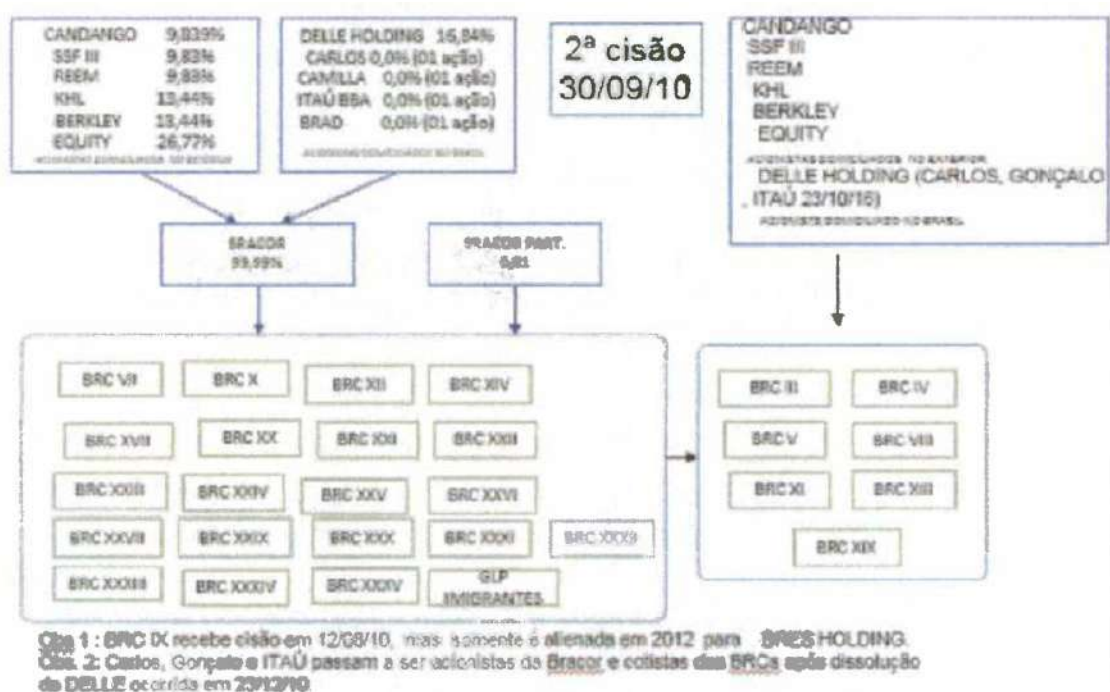
da parcela cindida do seu patrimônio líquido pelas BRC III, BRC IV, BRC V, BRC VIII, BRC XI, BRC MI e BRC XIX.

28.A cisão parcial acarretou a redução do capital social da Bracor em montante correspondente ao patrimônio líquido relativo às participações societárias detidas pelo contribuinte nas BRCs no total de R\$ 158.862.936,00. As parcelas cindidas do patrimônio da Bracor corresponderam ao investimento desta em cada uma das BRCs e foram por elas absorvidas. Portanto, a incorporação das parcelas cindidas não acarretou aumento de capital nas BRCs.

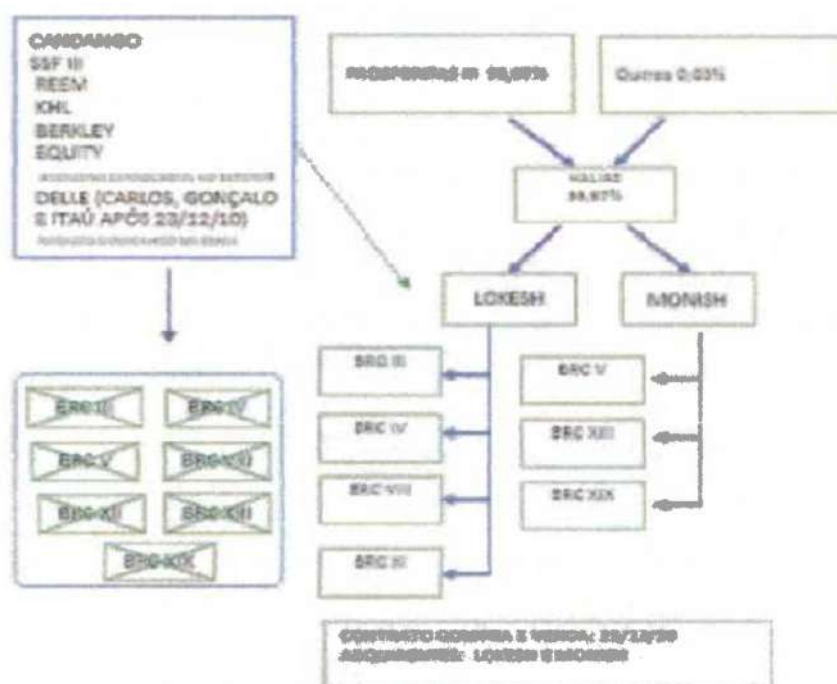
29. Os acionistas da Bracor receberam, em substituição às ações que detinham do capital social da Bracor, novas quotas emitidas pelas BRCs. Desta forma, os acionistas deixam de ter participação indireta nas BRCs e passam a ter participação direta. A Bracor retira-se formalmente do quadro acionário das BRCs informadas no item 26 deste termo.

30. Não há distribuição de quotas para os acionistas Itati e Srs. Brad e Camilla, pois possuíam somente uma ação da Bracor.

31. Da mesma forma que na ata da AGE de 12/08/10, a ata da AGE de 30/09/10, fls. 1051 a 1085, apesar de constar a aprovação e assinatura de todos os acionistas, foi assinada somente pelo Sr. Carlos e pelo Sr. Angel, presidente e secretário da assembleia, que eram Presidente e Diretor Financeiro da Bracor, respectivamente.



32. As BRCs que receberam cisão da Bracor foram alienadas conforme discriminado no quadro a seguir:



3ª CISÃO — 18/01/11

33. Após a cisão realizada em 30/09/10 e a dissolução da DELL HOLDING (explicitada no tópico II.c deste termo) e antes da 3ª cisão de patrimônio realizada em 18/01/11, a Bracor possuía os seguintes acionistas e respectivas participações:

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 17/01/2011	%
CARLOS	18/12/2007	7.876.685	4,55%
ITAU	17/12/2007	18.297.683	10,58%
CAMILA	18/12/2007	213.603	0,12%
SSFIII	18/12/2007	16.300.062	9,42%
BERKLEY	31/12/2008	22.301.555	12,89%
KHL	18/12/2007	22.301.555	12,89%
REEM	18/12/2007	16.300.062	9,42%
EQUITY	30/04/2009	44.402.963	25,67%
BRAD	30/04/2009	1	0,00%
CANDANGO	16/03/2010	16.348.663	9,45%
GONÇALO	23/12/2010	5.900.641	3,41%
ANGEL	27/12/2010	2.029.222	1,17%
COLIN	27/12/2010	293.703	0,17%
THIAGO	27/12/2010	400.504	0,23%
		172.966.872	100%

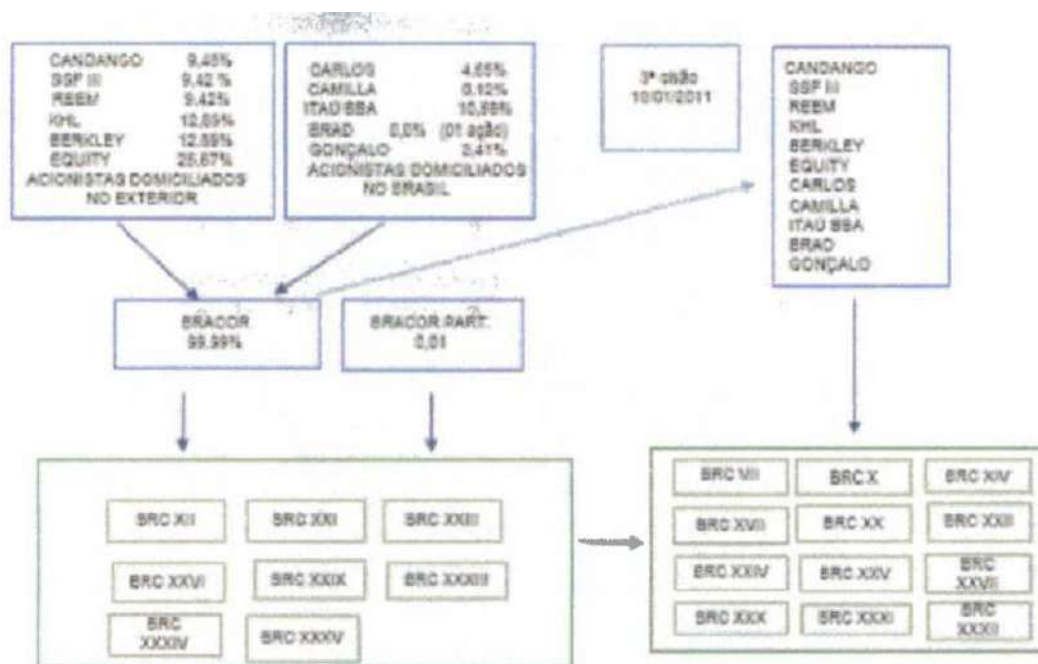
34. Na assembleia geral extraordinária da Bracor realizada em 18/01/11, fls. 1086 a 1198, foi aprovada nova cisão parcial da Bracor com incorporação da parcela cindida do seu patrimônio líquido pelas BRC VII, BRC X, BRC XIV, BRC BRC XX, BRC XXII, BRC XXIJC BRC XXV, BRC XXVII, BRC XXX Dutra, BRC XXXI e BRC

35. A cisão parcial acarretou a redução do capital social da Bracor em montante correspondente ao patrimônio líquido relativo às participações societárias detidas pela Bracor nas BRCs no total de R\$ 236.707.404,00.

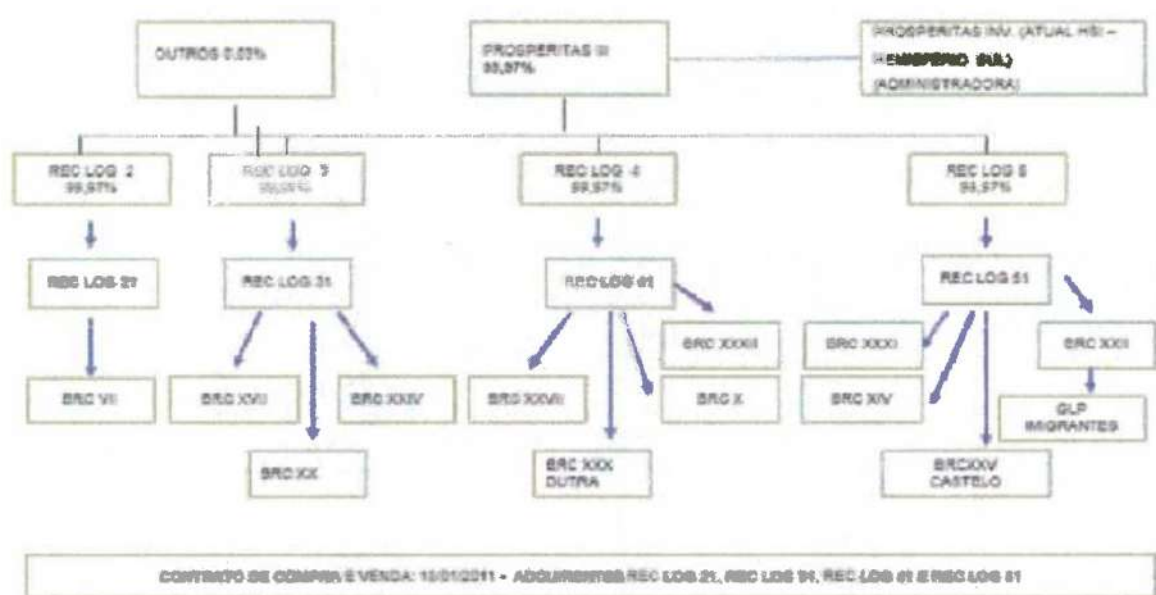
36. As parcelas cindidas do patrimônio da BRA COR corresponderam ao investimento desta em cada uma das BRCs e foram por elas absorvidas. Portanto, a incorporação das parcelas cindidas não acarretou aumento de capital nas BRCs.

37. Os acionistas da Bracor receberam, em substituição às ações que detinham no capital social da Bracor, novas quotas emitidas pelas BRCs. Desta forma, os acionistas deixam de ter participação indireta nas BRCs e passam a ter participações direta. A Bracor retira-se formalmente do quadro de quotista das BRCs.

38. A ata da AGE de 18/01/11, fls. 1086 a 1198, ao contrário da Ata de 12/08/10 e 30/09/10, está devidamente assinada por todos os acionistas da Bracor, sendo que o Sr. Carlos Betancourt assinou como procurador pela Equity, Candango, Gonçalves e KHL.



39. Às BRCs que receberam cisão da Bracor foram alienadas conforme discriminado no quadro a seguir:



II. b CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CISÕES:

40. Inicialmente é importante observar que a maioria dos acionistas/quotistas tinham participação na Bracor desde o ano-calendário 2007, com exceção da Candango que adquiriu ações em 03/2010. Os diretores Angel, Colin, Thiago e Camilla (esta já possuía uma ação desde 2007), tornaram-se acionistas após serem contemplados num programa de stock option em 27/12/2010, operação que será abordada adiante, sem se aprofundar nos seus aspectos tributários, apenas para contextualizar o empréstimo feito pela Bracor.

41. As justificativas apresentadas nos Protocolos de Justificação, nas respostas da Bracor e de seu Presidente, Sr. Carlos Betancourt, conforme serão relatadas adiante, foram similares, porém não foram suficientes para comprovar o caráter extratributário das cisões.

42. Na análise das cisões, pode-se constatar que o *modus operandi* foi o mesmo em todos os procedimentos. Houve redução do capital social do contribuinte por meio de cisão parcial. As parcelas cindidas do patrimônio da Bracor corresponderam ao investimento desta nas BRCs e foram por elas absorvidas, sem nenhum aumento de capital nas BRCs. Como pagamento, os acionistas/quotistas da Bracor receberam, em substituição às ações/quotas que detinham no capital social da Bracor, novas quotas emitidas pelas BRCs. Desta forma, os acionistas/quotistas deixaram de ter participação indireta nas BRCs e passaram a ter participação direta.

43. Por meio do Termo de Início de Fiscalização, item 5, fls. 744 a 747, a Bracor foi intimada a informar o motivo da cisão de seu Patrimônio para diversas empresas nos AC 2010 e 2011. Assim se pronunciou:

“ii) Em relação ao Item 5 do Termo, cumpre esclarecer que a primeira cisão da Bracor, realizada no mês de agosto do AC 2010, foi deliberada pelos acionistas da companhia como parte de uma reestruturação societária que objetivava a segregação de ativos imobiliários com determinadas características comuns, como o tipo de ocupação, para a criação de um fundo imobiliário, o qual, por questões de

mercado, não chegou a ser concretizado. As cisões subsequentes realizadas no AC 2010 e AC 2011 visaram à segregação dos empreendimentos imobiliárias que já estivessem completos, de forma que os acionistas pudessem, de forma individual e independente, tomar a decisão sobre a alienação ou não de respectivas participações para um fundo imobiliário e/ou terceiros."

44. *Para efeito de comparação, destaca-se a seguir algumas justificativas constantes em todos os protocolos de instrumento e justificação que fundamentaram as cisões promovidas pela Bracor:*

"... Além disso, a cisão conforme proposta mostrou-se vantajosa, pois permitirá, além da segregação das atividades, a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades, facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua liquidação e à eventual alienação dessas Sociedades, no futuro, no todo ou em parte." Cláusula 1.2 do Protocolo datado de 12/08/10." (Grifo nosso).

"... a administração da Bracor entende que a cisão, conforme proposta, garantirá maior flexibilidade em relação aos empreendimentos imobiliários a serem segregados, permitindo a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades e facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua participação e à eventual alienação dessas Sociedades, no todo ou em parte, conforme julgarem conveniente." (Grifo nosso). Cláusula 1.2 dos Protocolos datados de 30/09/11 e 18/01/11. No Protocolo datado de 03/06/11 a redação só é alterada modificando Sociedades por BRC XXIII.

45. *A resposta da Bracor simplesmente reproduz as justificativas do Protocolo. Pode-se concluir que a previsão de "eventual alienação" das BRCs ali expressa nada mais é do que a existência de uma negociação já em curso com o Grupo Prosperitas.*

46. *Com relação aos contratos firmados com a Credit Suisse e o Sr. Carlos Betancourt, apesar de ocorrerem num lapso temporal um pouco maior entrará a cisão e a alienação, diante da sequência dos atos promovidos pela Bracor, resta evidente que as alienações já eram previstas.*

47. *A Bracor foi intimada a informar a data em que se iniciaram as negociações com o Grupo Prosperitas, por meio de Termo de Intimação Fiscal 05, item 5, fls. 1284 a 1289. Assim se pronunciou:*

"(i). No que diz respeito ao item 5 do Termo, informamos que tomamos conhecimento das negociações com a Prosperitas no mês de novembro de 2010 e que o primeiro documento formalizado entre as partes foi a carta de intenções datada de 22 de novembro de 2010. Ainda, informamos que as tratativas anteriores à carta de intenções foram realizadas pelos sócios da Bracor de modo verbal e não temos conhecimentos que tenham sido documentadas".

48. *Percebe-se que apesar de a "empresa" Bracor tomar conhecimento somente em novembro de 2010, os seus "sócios", na realidade*

diretores/acionistas, já estavam em negociação com os adquirentes, como é usual em negócios complexos como os realizados entre a Bracor e o Grupo Prosperitas.

49. Para maiores esclarecimentos, o Sr. Carlos Betancourt, presidente da Bracor à época da ocorrência dos fatos, foi intimado a informar a data do início das negociações entre o contribuinte e o Grupo Prosperitas.

50. Em resposta ao Termo de Diligência Fiscal 02, fls. 2977 a 2988, assim posicionou-se o Sr. Carlos:

Item 4: as negociações com o grupo Prosperitas foram iniciadas diretamente por alguns dos acionistas da Bracor e informadas à administração da companhia em novembro de 2010. Importante esclarecer que a primeira cisão da Bracor, realizada no mês de agosto do AC 2010, foi deliberada pelos acionistas como parte de uma reestruturação societária que objetivava a segregação de ativos imobiliários para a criação de um fundo imobiliário, o qual, por motivos de mercado, não chegou a ser concretizado. Ainda, as demais cisões da Bracor realizadas no AC 2010 e AC 2011 visaram à segregação dos empreendimentos imobiliários que já estivessem completos, de forma que os acionistas pudessem, de forma individual e independente, tomar a decisão sobre a alienação ou não de respectivas participações para um fundo imobiliário e/ou terceiros.

51. De forma semelhante à resposta da fiscalizada, apenas informa que as negociações foram iniciadas diretamente por alguns acionistas da Bracor e informadas à administração da companhia em novembro de 2010. Além disso, o Sr Carlos também não cita o nome dos acionistas que iniciaram essas negociações.

52. Sem obter sucesso nem com a Bracor nem com seu Presidente à época dos fatos, foram intimados os diretores sem designação do Grupo Prosperitas, Srs. Luciano, Jorge e Maximo para prestar diversos esclarecimentos, entre eles o início das negociações, conforme Termos de Diligência, fls. 2989 a 3000. De forma sucinta, assim se posicionaram os 3 diretores em resposta conjunta, opção dada por esta fiscalização:

Item 2: As negociações começaram em novembro de 2010. Em 22 de novembro de 2010, a Prosperitas Investimentos S.A. ("Prosperitas"), hoje com atual denominação HSI - Hemisfério Sul Investimentos S.A., assinou uma carta de intenções demonstrando potencial interesse na compra de diversas Spe's geridas pela Bracor Investimentos Imobiliários S.A. ("Brocar"). A Carta de intenções segue em CD.

53. Causou-nos surpresa a rapidez das negociações. Em apenas 22 dias, dois grandes grupos com diversos acionistas fecharam um acordo para a aquisição de diversos imóveis, abrigados em 19 empresas. Nenhuma documentação foi apresentada para confirmar tal assertiva, além da carta de intenções, que a fiscalização já possuía.

54. Considerando a informação da vendedora e dos adquirentes, de que o início das negociações ocorreu no início de novembro, constatou-se que 2 cisões da Bracor ocorreram após esta data (18/01/11 e 03/06/11) e 2 cisões, alguns dias antes (12/08/10 e 30/09/10. Só nos restou concluir que foram promovidas exclusivamente para o deslocamento do polo passivo da obrigação tributária da Bracor para seus acionistas, que eram beneficiados com alíquotas menores de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital, situação esta que será melhor detalhada adiante.

55. A Bracor foi intimada por meio do Termo de Intimação Fiscal 06 a informar o nome dos acionistas/diretores que iniciaram as negociações com o Grupo Prosperitas. Em resposta, fls. 1297 a 1298, informou que as negociações foram iniciadas pelo acionista Equity Bracor Investments. Importante frisar que o procurador da Equity no Brasil era o Sr. Carlos Bettancourt, acionista e presidente da Bracor, fls. 937 a 1050 deste processo 57 da Ata anexada) e fls. 1086 a 1198 deste processo 96 da Ata anexada). Portanto, a pessoa física que negociou com o Grupo Prosperitas e a Credit Suisse.

56. Outra justificativa apresentada de que as cisões ocorreram em função da necessidade de segregação de ativos imobiliários com determinadas características comuns, na verdade, é infundada, uma vez que não era essencial para que ocorresse a reorganização societária da Bracor por meio de cisões. Estes imóveis já estavam devidamente alocados em empresas criadas/adquiridas para este fim pela Bracor nos anos-calendário 2006 e 2007, ficha cadastral JUCESP, fl. 3001, e Anexo II deste termo.

57. A BRACOR informa ainda que a 1ª cisão, ocorrida em 12/08/10, visava à criação de um fundo imobiliário, o qual, por questões de mercado, não chegou a ser concretizado. Da mesma forma, nada impediria a criação do fundo com os imóveis detidos pelas BRCs, pois a única alteração foi a participação societária nas BRCs dos acionistas da BRACOR que passou a ser direta, em substituição à participação indireta que possuíam até a data das referidas cisões. Frise-se que a Bracor era detentora de 99,99% das quotas de todas as BRCs.

58. Com referência à justificativa de que os seus acionistas teriam maior poder de decisão sobre a alienação ou não das respectivas participações para um fundo imobiliário e/ou terceiros, é totalmente invalidada nos contratos de compra e venda firmados com o Grupo Prosperitas, Credit Suisse e o Sr. Carlos Bettancourt, onde esses mesmos acionistas constituem a BRA COR como sua procuradora com plenos poderes de decisão conforme cláusulas 2.2 dos Contratos e anexos 2.3, fls. 307 a 309, 366 a 433, 621 a 622, 784 a 816, 929 a 939. A justificativa para a outorga da procuração foi o elevado número de vendedores constantes no contrato, ou seja, os acionistas da Bracor. Há uma total divergência entre a justificativa para a cisão e a outorga de procuração. O poder de decisão continua com a Bracor, o que ratifica o caráter ficcional das cisões.

58. Como exemplo reproduzimos a seguir as cláusulas 2.3 e 2.4 do Contrato de Compra e Venda firmado em 23/12/10. Esclareça-se que cláusulas idênticas são reproduzidas nos demais contratos citados neste Termo.

2.3. Ao celebrar o presente Contrato, cada um dos Vendedores, por meio deste, constitui e indica a Bracor ("Procuradora dos

Vendedores") como sua bastante procuradora com relação ao cumprimento do presente Contrato e à execução das operações contempladas neste Contrato, com o poder e a autoridade para atuar, em nome e por conta dos Vendedores, nos limites dos poderes elencados no Anexo 2.3, que incluem poderes para receber citações e notificações em nome dos Vendedores, especialmente, mas não limitado, àquelas previstas no Capítulo IX deste Contrato.

2.3.1 Os poderes previstos na Cláusula 2.3 acima são outorgados em vista do e para o propósito de implementar as operações contempladas no presente Contrato, tendo em vista a quantidade de Vendedores e o fato de parte deles serem domiciliados no exterior. Qualquer obrigação dos Compradores de consultar, notificar, aconselhar ou de outra forma comunicar-se com os Vendedores será uma obrigação de consultar, notificar, aconselhar ou de outra forma comunicar-se com a Procuradora dos Vendedores.

2.3.2 Os poderes referidos no Anexo 2.3 são outorgados à Procuradora dos Vendedores em caráter irrevogável e irretratável em consonância com o disposto no Art 684 do Código Civil Brasileiro.

2.4. Cada um dos Vendedores concorda que os Compradores poderão confiar nas instruções, decisões e ações da Procuradora dos Vendedores com relação às matérias em que a ação da Procuradora dos Vendedores seja autorizada nos termos deste Contrato.

60. Reforçando, ao mesmo tempo que as cisões visaram maior autonomia de decisões, os "vendedores" e acionistas da Bracor lhe conferem total poder de ação, conforme constata-se nas cláusulas reproduzidas acima, com a anuência dos compradores.

61. Aliás, não só anuência como foi uma exigência dos compradores do Grupo Prosperitas, conforme informação do acionista nazi BBA em resposta ao Termo de Diligência 01, fl.2952 a 2954, o qual reproduzimos a seguir:

"Com relação à procuração de que trata o Contrato de Compra e Venda das ações das I3RCS, esclarecemos que a referida procuração foi outorgada por exigência dos Compradores, a fim de evitar a necessidade de comunicação com vários vendedores em caso de surgimento de reclamações relativas a eventuais passivos de responsabilidade dos vendedores que viessem a ser identificados após a compra e venda, conforme cláusula 2.3 do Contrato de Compra e Venda e descrito abaixo:" (Grifo nosso).

62.Em resposta ao Termo de Diligência 01, fls. 2998 a 3000, os diretores do Grupo Prosperitas assim se reportaram à participação da Bracor nas negociações:

Item 3: Toda a negociação foi feita entre a Prosperitas e a Bracor, considerando que a Bracor se apresentou como a gestora das empresas a serem negociadas. Os contratos foram assinados com os acionistas das respectivas empresas adquiridas.

63. Conclui-se que os adquirentes negociaram e adquiriram da Bracor os imóveis abrigados em participações societárias. Frise-se que a Bracor se apresenta como gestora das empresas e procuradora, ao mesmo tempo em que informa aos adquirentes a reorganização societária em curso por ela promovida. Desta forma, os adquirentes assinam os contratos com os acionistas da Bracor.

64. Interessante frisar que a alienação da BRC XXI para a TULIPA LLC, em 01/06/11 (Contrato de Compra e Venda, fls. 755 a 783) foi realizada diretamente pela Bracor, na qualidade de sócia majoritária da BRC XXI. De forma inédita, os representantes da Bracor que assinaram o referido contrato foram Camilla Frussa e Rafael Teixeira, diretores sem designação. Totalmente diferente do modus operandi das alienações das BRCs para o Grupo Prosperitas, que foram precedidas de cisões do patrimônio da Bracor e consequente transferência da participação nas BRCs para seus acionistas como vendedores formais nos contratos.

65. Diante de procedimentos tão diversos ao se desfazer de suas participações num mesmo ano-calendário, a Bracor foi intimada a esclarecer, por meio de Termo de Intimação 06, qual o motivo para ter promovido cisões de seu patrimônio, o que permitiu a seus acionistas terem participação direta nas BRCs e figurassem como vendedores nos contratos firmados com o Grupo Prosperitas, fato que não ocorreu com a BRC "ou, que tinha adquirente diverso, TULIPA LLC. Inclusive, o ganho de capital foi devidamente calculado e contabilizado na conta contábil 331300, conforme demonstrado pela Bracor em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal 05, fl. 1293.

66. A Bracor foi intimada a esclarecer o motivo da diferença no modus operandi na venda da BRC 20CI e as demais BRCs, que foram precedidas de cisão. Assim se manifestou, fls. 1297 a 1298:

(i) No que diz respeito ao item 1 do Termo, informamos que a alienação do imóvel detido pela BRC XXI Empreendimentos Imobiliários Ltda. à Tulipa Brazil LLC ocorreu de forma distinta das demais alienações, pois o imóvel era um terreno e, durante o ano de 2010 e meses iniciais do ano de 2011, os sócios ainda debatiam se a Bracor deveria ou não desenvolver referido terreno quando surgiu um potencial comprador e os sócios unanimemente optaram pela venda.

67. Na alienação da BRC XXXIII para o Sr. Carlos Betancourt também foi negociado um terreno, matrícula 85487, fls. 2987, e foi precedida por uma cisão. Ao que tudo indica, o único motivo para a realização da alienação de forma regular é que tratava-se de um adquirente diverso do Grupo Prosperitas, Credit Suisse e do Sr. Carlos Betancourt.

II. c DA DISSOLUÇÃO DA DELLE HOLDING S/A

68. *A Delle Holding era acionista da Bracor desde 17/12/07, detendo a participação de 16,84%. Na Assembleia Geral Extraordinária realizada em 23/12/10, os acionistas da DELLE aprovaram a sua dissolução. O Sr. Carlos Bettancourt foi nomeado liquidante.*

69. *Em virtude de sua dissolução os ativos remanescentes foram distribuídos a seus acionistas Carlos, Gonçalo e ITALT BBA. As 52.441.461 ações ordinárias da Bracor foram distribuídas na proporção de sua participação.*

70. *O Itaú BBA recebeu 34.358.824 (11,03%); Sr. Carlos Betancourt recebeu 7.002.594 (2,25%) e Sr. Gonçalo recebeu 11.080.043 (3,56%).*

71. *Além das ações da Bracor, os acionistas da DELLE receberam quotas das BRCs que a DELLE havia recebido como pagamento nas cisões realizadas em 12/08/10 e 30/09/10.*

72. *Este fato permitiu aos ex-acionistas da DELLE tornarem-se os quotistas de direito das BRCs e figurassem como vendedores nos Contratos de Compra e Venda datados de 23/12/10, 28/12/10, 18/01/11, 30/03/11, 12/05/11 e 06/07/11 (02).*

73. *O Sr. Carlos Bettancourt foi intimado, na qualidade de liquidante, a informar o motivo para a dissolução da Delle Holding dias antes da reorganização societária promovida pela Bracor em 18/01/11 e simultânea venda ao Grupo Prosperitas de algumas BRCs.*

74. *Em resposta ao Termo de Diligência Fiscal 02, fl. 2988, o Sr. Carlos assim se manifestou:*

Item 3: a Assembleia Geral Extraordinária que deliberou sobre a dissolução da Delle Holdings S.A. ("AGE") foi realizada em 23 de dezembro de 2010 e registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo somente em 31 de janeiro de 2011, conforme comprova cópia da referida ata que segue anexa à presente. Embora o registro da ata de AGE da De//e Holdings S.A. tenha sido efetivado dias antes da reorganização societária da Bracor, a dissolução da referida empresa foi deliberada em 23/12/2010 e já vinha sendo negociada entre seus acionistas desde meados de 2010, tendo em vista a reestruturação da Bracor para criação de fundo de investimento imobiliário, o que não se verificou, conforme mencionado abaixo.

75. *Ou seja, a dissolução da DELLE também teve como objetivo a transferência das participações para seus acionistas, pessoas físicas, com exceção do Banco Itaú. Após leitura da Ata de Dissolução da DELLE, verificamos que os acionistas da DELLE também receberam quotas das BRCs, que haviam recebido cisão da Bracor em 12/08/10 e 30/09/10.*

II.d DA OPÇÃO DE COMPRA PELOS DIRETORES E MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

76. *Verifica-se que durante as negociações para venda de seus ativos, os diretores e membros do Conselho de Administração, CARLOS, CAMILLA, ANGEL, THIAGO e COLIN tornaram-se acionistas da Bracor. Posteriormente, constaram como vendedores nos contratos de compra e venda das BRCs.*

77. *Na reunião do Conselho de Administração realizada em 27/10/10, às 10 h, fl. 3003, a Bracor foi autorizada a conceder empréstimos aos seus diretores e membros do Conselho de Administração CARLOS, ANGEL, COLIN, THIAGO e CAMILLA, para que pudessem comprar ações da própria empresa. O Boletim de Subscrição de Ações, fl. 3006, nos informa a quantidade de ações subscritas por cada diretor/conselheiro.*

78. *Na reunião do Conselho de Administração realizada no mesmo dia, 27/10/10, às 12 h, foi aprovado o aumento do capital social no valor de R\$ 33.035.437,67, fl. 3002. Este aumento de capital ocorreu em virtude do exercício de opções de compra por seus diretores e conselheiros. Conforme determinado na Reunião, as ações adquiridas deveriam ser integralizadas até 17/01/11, véspera da 3ª cisão efetuada pela Bracor e alienação de diversas BRCs, mencionadas no item 8 deste termo.*

79. *É importante frisar que os contratos de empréstimos entre a Bracor e seus diretores, que permitiram a aquisição das ações, foram celebrados em 14/01/11, somente 04 dias antes da 3ª cisão promovida pela **BRACOR**, fl. 3006.*

80. *Como os acionistas da Bracor foram desqualificados neste procedimento fiscal como vendedores de fato do negócio realizado, e não sendo objeto desse procedimento, não foi feita uma análise aprofundada sobre os termos do stock options realizados pelos dirigentes da Bracor e o empréstimo concedido.*

II.e DA ALIENAÇÃO DAS BRCs

81. *Nos anos-calendário 2010 e 2011, a Bracor se desfez da maioria das participações societárias que mantinha nas BRCs, num total de 27, conforme demonstrado na tabela seguinte:*

DATA CONTRATO	OBJETO	Recorre Cisão Bracor	ADQUIRENTE	VENDEDORES CONTRATUAIS
23/12/2010 (fls 244 a 273)	BRC III	30/09/2010	MONISH E LOKESH	GONÇALO, ITAÚ, CARLOS, EQUITY, CANDANGO, REEM, BERKLEY, KHL E SSF
	BRC IV			
	BRC V			
	BRC VIII			
	BRC XI			
	BRC XIII			
28/12/2010 (fls 313 a 354)	BRC VI	12/08/2010	CSHG LOGÍSTICA	
	BRC XV			
18/01/2011 (fls 476 a 516)	BRC VII	18/01/2011	REC LOG 21, REC LOG 31, REC LOG 41, REC LOG 51	CAMILA, THIAGO, COLIN, ANGEL, GONÇALO, ITAÚ, CARLOS, EQUITY, CANDANGO, REEM, BERKLEY, KHL E SSF
	BRC X			
	BRC XIV			
	BRC XVII			
	BRC XX			
	BRC XXII			
	BRC XXIV			
	BRC XXV			
	BRC XXVII			
	BRC XXX			
	BRC XXXI			
30/03/2011 (fls 626 a 671)	BRC I	12/08/2010	CSHG LOGÍSTICA	GONÇALO, ITAÚ, CARLOS, EQUITY, CANDANGO, REEM, BERKLEY, KHL E SSF
	BRC II			
12/05/2011 (fls 698 a 742)	BRC XXXIII	Recorre Cisão da BRC XVIII - Alegria em 25/02/11, que havia recebido cisão da Bracor em 12/08/10	CARLOS JAVIER BETANCOURT	GONÇALO, ITAÚ, EQUITY, CANDANGO, REEM, BERKLEY, KHL E SSF
01/06/2011 (fls 755 a 783)	BRC JOW	NÃO RECEBEU CISÃO	TULIPA LLO	BRACOR
06/07/2011 (fls 827 a 871)	BRC XVIII - ALEGRIA	12/08/2010	CSHG REAL ESTATE	GONÇALO, ITAÚ, CARLOS, EQUITY, CANDANGO, REEM, BERKLEY, KHL E SSF
06/07/2011 (fls 885 a 928)	BRC XXVIII - PRAIA GRANDE			

82. Em todos os contratos, com exceção da BRC JOW, a Bracor aparece como procuradora dos vendedores, que eram seus acionistas e que passaram a ser quotistas das BRCs após cisão promovida pela Bracor. Neste procedimento a Bracor foi reconhecida como a real alienante de todas essas participações.

III. DA INFRACÇÃO

83. Após a análise dos elementos colhidos durante o procedimento fiscal instaurado e devidamente explicitado anteriormente, chega-se à conclusão de que a transferência das participações societárias detidas pela Bracor para seus

acionistas, após cisão do seu patrimônio, faz parte de um planejamento tributário abusivo que almejava, como único objetivo, reduzir a tributação sobre o ganho de capital, significando uma economia tributária indevida na ordem de 19%.

Esta economia tributária se dá pela aplicação da alíquota de 15% pela qual é tributado o ganho de capital auferido por pessoa física (IRPF) e por pessoas jurídicas domiciliadas no exterior exceto em paraísos fiscais, (IRRF), em detrimento das alíquotas de IRPJ e da CSLL a que estão sujeitas as pessoas jurídicas e que totalizam 34%

84.A conduta da fiscalizada, juntamente com seus acionistas/diretores, foi a de criar uma pseudo-situação que desenquadrasse a Bracor como acionista/quotista das diversas BRCs, buscando desta forma evitar a subsunção dos fatos à norma, objetivando frustrar a tributação do IRPJ e da CSLL.

85.É um caso típico de simulação subjetiva, que envolve a participação de pessoas físicas ou jurídicas, pelo qual se aparenta atribuir direitos a uma determinada pessoa quando a realidade dos fatos se revela totalmente diversa, ou em que se utiliza uma delas ou algumas delas como canal de trânsito de determinados bens ou valores para mascarar o verdadeiro titular ou verdadeiro negócio celebrado.

86.Resumidamente, assim se procedeu a ação:

- A Bracor era quotista (99,99%) das BRCs desde 2006/2007 (anexo II deste Temo).*
- Os acionistas da Bracor na data da alienação das BRCs eram os mesmos desde 2007, de forma direta ou indireta, fl. 3005.*
- Nos anos 2010 e 2011, a Bracor promove 4 cisões de seu patrimônio, nos dias 12/08/10, 30/09/10 e 18/01/11 e 03/06/11, com versão das parcelas do patrimônio cindido às BRCs, conforme detalhado anteriormente.*
- Em virtude da redução de capital da Bracor decorrente das cisões promovidas, seus acionistas receberam quotas emitidas pelas BRCs em substituição às ações que detinham da Bracor.*
- Desta forma, os acionistas da Bracor (até então sócia majoritária das BRCs) deixaram de ter participação indireta nas BRCs e passaram a ter participação direta nas BRCs, como quotistas.*
- Os acionistas da Bracor são pessoas físicas, com cargos de diretoria na Bracor e pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, com exceção do Banco _nazi.*
- Ou seja, num breve lapso de tempo a Bracor reduz seu capital social e, em decorrência, transfere sua participação*

acionária nas BRCs para seus acionistas e ato subsequente, essas BRCs são alienadas.

- Desta forma, a Bracor deixa de recolher os tributos sobre ganho de capital na ordem de 34%, substituindo-a por uma alíquota de 15%, pela qual são tributadas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas domiciliadas no exterior.*
- Além do deslocamento do polo passivo da obrigação tributária da Bracor para seus acionistas com tributação favorecida, houve também a redução indevida da base de cálculo ao desconsiderar a quitação das dívidas das BRCs como parte do preço de compra.*

IV. DA APURAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL

87. A Bracor apurou seu resultado tributável nos AC 2010 e 2011 pela sistemática do lucro real anual, com cálculo mensal por estimativa. Desta forma, a determinação do ganho de capital auferido pela fiscalizada na alienação das participações nas BRCs baseou-se nos art. 418 e 426 do Decreto 3.000/99, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99). Tais dispositivos assim disciplinam:

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).

§ 2º. O saldo das cotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

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 li' (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1, 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.

88. O ganho de capital a ser computado para fins do lucro real (e, por reflexo, para fins de CSLL) deve ser obtido na forma do já citado art. 418 do RIR. Para assim calculá-lo, o ganho deve ser apurado de acordo com o regime de competência, já que o lucro real nada mais é do que o lucro líquido, determinado com observância dos preceitos da lei comercial, ajustado por adições, exclusões ou compensações autorizadas pelo RIR (art. 247 c/c art. 248 do RIR). Pelo regime de competência, o ganho de capital compete ao período em que a transação ocorre, independentemente do seu efetivo recebimento. O ganho auferido nas alienações deverá ser reconhecido e tributado no ano- calendário em que foram alienados as BRCs conforme contrato de compra e venda.

89. O art. 421 do RIR/99, a seguir transcrito, prevê a possibilidade de diferimento da tributação do ganho de capital nas vendas de bens do ativo permanente. No entanto, esse diferimento não pode ser aplicado ao presente caso, pois deveria ter sido adotado no momento oportuno pela fiscalizada, que não o fez; aliás, a Bracor não apenas deixou de optar pelo diferimento da tributação, mas agiu fraudulentamente no sentido de se evadir do ganho de capital.

"421. Nas vendas de bens do ativo permanente para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do ano-calendário seguinte ao da contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração" (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art 31, § 2º). Grifo nosso.

90. O artigo 178, § 1º, da Lei 6.404/76 foi alterado pelo art. 37 da Lei 11.941/09, que suprimiu a denominação "Ativo Permanente", que passou a integrar os subgrupos Investimentos, Imobilizado e Intangíveis, todos inseridos, juntamente com o Realizável a Longo Prazo, no grupo Ativo Não-Circulante.

91. Nos contratos de compra e venda foram informados como preço de compra valores que deveriam ser pagos em espécie, mediante transferência bancária.

92. Da análise mais apurada dos contratos verificamos que a maioria deles possuía cláusulas que previam a quitação de dívidas. Por representar um dispêndio dos adquirentes e uma receita da alienante, deveriam compor o preço de compra. As dívidas foram quitadas com recursos dos adquirentes conforme demonstrados nos comprovantes apresentados pelos diligenciados, adquirentes e sucessores destes, fls. 3007. Ressaltamos que alguns adquirentes informaram que as dívidas assumidas se encontram em aberto. Independente de sua não quitação, as dívidas foram assumidas pelos adquirentes conforme estipulado nos contratos.

93. Os adquirentes foram indagados qual o motivo de desconsiderarem a assunção das dívidas no preço de compra e consequente cálculo do imposto de renda retido na fonte dos supostos vendedores domiciliados no exterior.

94. Os diretores do grupo Prosperitas assim se pronunciaram sobre o cálculo do imposto de renda retido na fonte, conforme Termo de Diligência 01, fls. 2998 a 3000, abaixo reproduzido:

Resposta: "Item 4: O cálculo do ganho de capital foi realizado conforme o preço fixado em cada um dos contratos de compra e venda assinados em comparação com os valores de investimentos registrados no Banco Central no caso dos vendedores domiciliados no exterior. As dívidas foram quitadas posteriormente pela reestruturação do financiamento de cada uma das empresas adquiridas.

De fato, nos termos, dentre outros, dos artigos 481 e 482 do Código Civil definição do preço, como demais condições contratuais validamente ajustadas, observam o princípio da autonomia da vontade, pelo qual as partes têm liberdade para contratar e ajustar as condições aplicáveis ao contrato. No caso específico dos termos de diligência, foi exatamente o que ocorreu. As partes definiram um preço e sobre esse preço, válido e contratualmente ajustado, foi apurado o ganho de capital."

95. Realmente as partes são livres para dispor como bem entenderem nas suas relações particulares. O que não é aceitável é que tais decisões sejam lesivas aos interesses da Fazenda Pública, conforme podemos constatar neste procedimento e que ocorreu em todos os contratos de compra e venda assinados pela Bracor nos anos-calendário 2010 e 2011.

96. Os diretores do grupo Prosperitas foram enfáticos em dizer que as dívidas foram quitadas posteriormente pela reestruturação do financiamento de cada uma das empresas adquiridas, ou seja, realmente houve a assunção das dívidas e consequente quitação, permitindo à Bracor que não mais figurasse como fiadora destas operações. Apesar de ser um dispêndio dos adquirentes, os mesmos não reconheceram a assunção e quitação de dívidas na composição do preço de compra para cálculo do IRRF devido pelos "vendedores contratuais" domiciliados no exterior.

97. De fato, as partes foram bastantes cuidadosas no sentido de que o preço de compra não contivesse expressamente as dívidas assumidas pelos compradores na sua composição. Vejamos, com exemplo, os incisos do Contrato firmado em 23/12/10, fls. 244 a 273, no que se referem ao preço de compra e dívidas assumidas:

3.1. O preço a ser pago pelos Compradores aos Vendedores, na Data do Fechamento, em contraprestação à venda e transferência das Quotas de cada Sociedade, será o equivalente a (o "Preço de Compra"):

(i) R\$ 10.554.969,00 (dez milhões, quinhentos e cinquenta e quatro novecentos e sessenta e nove reais), pela totalidade das quotas de emissão da BRC- III (...)"

98.A obrigação de liquidar as dívidas só está informada no anexo 5.1.3, fl. 310, reproduzidos sinteticamente abaixo:

5.1.3 Os Vendedores obtiveram a expressa anuência de todos os credores, companhias securitizadoras e demais instituições ou pessoas jurídicas titulares das operações de crédito e/ou financiamento realizadas e descritas no Anexo 5.1.3 deste Contrato, de modo a permitira transferência das Quotas sem qualquer Ônus para os Compradores, ou ainda qualquer penalidade decorrente da pertinente operação de crédito e/ou financiamento..."

99.Dispõem de forma semelhante, os incisos 3.1 e 5.1.3 do Contrato de Compra e Venda firmado em 28/12/10, fls. 313 a 354.

100.A Credit Suisse, administradora dos fundos que adquiriram as BRC I, BRC BRC VI, BRC XV, BRC XVIII e BRC XXVIII, foi intimada a se pronunciar sobre a não inclusão da assunção de dívidas no preço de compra informado nos contratos. Assim se manifestou fls. 2895 a 2896:

Resposta: Os contratos já apresentados a V.Sa. deixam claro, em suas cláusulas 2.1, que referidos instrumentos foram utilizados para negociar quotas de sociedades. Os preços efetivamente pagos para adquirir essas quotas estão previstos nas cláusulas 3.1 dos contratos, sendo que esses valores foram utilizados nas apurações dos ganhos de capital auferidos pelos vendedores. Adicionalmente, as cláusulas 14.1 (15.1. nos casos das sociedades BRC i e BRC ii) dos mesmos instrumentos fazem referências às quitações de dívidas contraídas pelas sociedades e que deveriam ser quitadas para que as garantias fidejussórias prestadas pela Bracor fossem liberadas.

101.Ou seja, as dívidas foram liquidadas, o que permitiu a liberação das garantias fidejussórias prestadas pela Bracor mas não representou um ganho para a Bracor na opinião da Credit Suisse. É importante frisar que os recursos para a quitação das referidas dívidas foram obtidos por meio de subscrição de quotas de cada fundo.

102.Da mesma forma, a empresa LPP I, na qualidade de sucessora da empresa REC LOG 111 (transformada da BRC XXII e incorporadora da MONISH); REC LOG 114 (transformada de BRC VIII e incorporadora da LOKESH); REC LOG 551 (transformada de BRC XXV e incorporadora de REC LOG 51), sucessora das adquirentes e a BRC VII (incorporadora da adquirente REC LOG 2), foram intimadas, a se pronunciarem sobre a não inclusão da assunção de dívidas no preço de compra informado nos contratos, assim se manifestaram:

103.A empresa REC LOG 411, fls. 2249 a 2250, assim se manifestou:

"Item 4 do Termo: Os recursos utilizados para as quitações das dívidas mencionadas no item 3 foram obtidos pelas Compradoras que figuram no Contrato de Compra e Venda referido em tal item."

104.A empresa REC LOG 331 e a LPP 1, fls. 1698 e 2189, por possuir o mesmo procurador assim se manifestaram:

"Esclarecemos que, por não sermos parte do referido Contrato de Compra e Venda, não conhecemos os fundamentos econômicos e as razões comerciais que levaram as partes deste a ajustar o preço de tal forma. Destacamos que todos os documentos e informações de que dispúnhamos para esclarecer as questões suscitadas nos Termos de Diligência Fiscal anteriormente enviados foram disponibilizadas"

105.Verificamos que nenhum dos adquirentes reconheceu a assunção de dívidas como componente do preço de compra. Apesar disto, não há dúvidas de que o saldo devedor das dívidas assumidas pelas compradoras compôs o preço de compra das empresas e, portanto, deverão ser utilizados na apuração do ganho de capital.

106.Por meio de intimações à Bracor e aos diligenciados, obtivemos os valores das dívidas quitadas e que proporcionaram a liberação da garantia fidejussória prestada pela Bracor em favor das BRCs, fls. 3007, o que demonstra que a beneficiária final destas quitações e também das dívidas não quitadas foi a Bracor.

107.Contata-se que além do deslocamento do polo passivo decorrente das reorganizações societárias propostas pela Bracor, houve também uma brutal redução no preço de compra/venda, com o aval das compradoras, que inclusive calcularam o IRRF dos vendedores contratuais em valores inferiores ao que seria devido. Como os acionistas da Bracor foram desconsiderados como alienantes das BRCs não há que se proceder em complementação do imposto de renda retido na fonte pelos adquirentes.

108.Apesar das negativas que as dívidas assumidas pelas adquirentes não compuseram o preço de compra, o fato é, como demonstram os comprovantes dos recursos utilizados para a quitação de algumas dívidas, fl .3007, os adquirentes utilizaram recursos próprios para a quitação dessas dívidas, liberando a Bracor das fianças concedidas. Também é fato, que os valores obtidos pelas BRCs quando da contratação dos Certificados de Recebíveis Imobiliários e outros empréstimos foram indiretamente aproveitados pela BRA COR, como sócia majoritária das BRCs (99,99% das quotas).

109.Desta forma, identificamos como o real preço de venda/compra para cálculo do ganho de capital obtido pela Bracor os valores dos preços de compra e as dívidas assumidas pelas adquirentes informados nos contratos firmados em 23/12/10, 28/12/10, 18/01/11, 30/03/11, 12/05/11 e 06/07/11. Apesar da informação de que algumas dívidas ainda não foram liquidadas, a Bracor não fez a opção pelo regime de caixa no momento apropriado conforme relatado nos itens 87 e 88 deste termo.

Para apuração do ganho de capital utilizamos o regime de competência como determina a Lei.

110.O valor contábil das BRCs são os valores constantes nos Balanços de Fechamento, anexo aos Contratos ou apresentados pela Bracor mediante intimação. Por conseguinte, apurou-se o ganho de capital a seguir discriminado:

DATA CONTRATO	OBJETO	FONTE: OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS	VALOR DAS OBRIGAÇÕES
23/12/2010 (R\$ 244 a 273)	BRC II	CRI 2006-56 DA 1ª EMISSÃO BRAZILIAN SECURITIES (ANEXO 5.1.3)	8.054.213,05
	BRC IV	CONSTITUIÇÃO DE NOVA ALIENACÃO FIDUCIÁRIA DE 100% DAS QUOTAS DA BRC IV, EM TERMOS SATISFATORIO AOS TITULARES DOS CRI DA 3ª SÉRIE - 1ª EMISSÃO BRC SECURITIZADORA S.A. (ANEXO 5.1.3)	40.190.198,05
	BRC V	SALDO DEVEDOR DOS CRI SÉRIE 2006-56 DA 1ª EMISSÃO BRAZILIAN SECURITIES (ANEXO 5.1.3)	14.359.040,01
	BRC VIII	CONTRATO DE CESSÃO E AQUISIÇÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS E OUTRAS AVENCAS FIRMADO ENTRE AS PARTES EM 28/09/10. Anexo 5.1.3	47.115.673,78
	BRC XI	CONSTITUIÇÃO DE NOVA ALIENACÃO FIDUCIÁRIA DE 100% DAS QUOTAS DA BRC XI, EM TERMOS SATISFATORIO AOS TITULARES DOS CRI DA 3ª SÉRIE - 1ª EMISSÃO BRC SECURITIZADORA S.A. DENTRO DE 274 DIAS A CONTAR DE 29/09/10 (ANEXO 5.1.3) - VALOR INFORMADO NA CARTA DE INTENÇÃO TRAD JURAMENTADA	45.051.578,00
	BRC XIII	PAGAMENTO INTEGRAL DO SALDO DEVEDOR CRI DA 2ª SÉRIE DA 1ª EMISSÃO DA BRC SECURITIZADORA (ANEXO 5.1.3) VALOR INFORMADO NA CARTA DE INTENÇÃO TRAD JURAMENTADA	48.198.176,00
	BRC XIX	NÃO HÁ PREVISÃO NO ANEXO 5.1.3	XXXXX
29/12/2010 (R\$ 313 a 354)	BRC VI	SALDO DEVEDOR DOS CRI SÉRIE 2006-56 DA 1ª EMISSÃO BRAZILIAN SECURITIES - IGUAL BRC V (ANEXO 5.1.3)	10.673.604,60
	BRC XV	NÃO HÁ PREVISÃO NO ANEXO 5.1.3	XXXXX
18/01/2011 (R\$ 476 a 516)	BRC VII	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	329.839.177,00
	BRC X	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	47.791.950,00
	BRC XIV	NÃO HÁ PREVISÃO NO ANEXO 3.1	XXXXX
	BRC XVII	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	37.430.750,00
	BRC XX	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	103.874.534,00
	BRC XXIII	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	43.883.800,00
	BRC XXIV	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	45.837.554,00
	BRC XXV	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	27.286.446,00
	BRC XXVII	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	64.615.356,00
	BRC XXX	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	83.205.273,00
	BRC XXXI	Anexo 3.1 do Contrato 18/01/11	23.272.738,00
	BRC XXXII	NÃO HÁ PREVISÃO NO ANEXO 3.1	XXXXX
30/03/2011 (R\$ 626 a 671)	BRC I	Efetuar o pagamento do saldo devedor dos CRIs da Série 2006-56 da 1ª Emissão da Brazilian Securities Companhia de Securitização em até 45 (quarenta e cinco) dias da Data do Fechamento - Anexo 5.1.3	8.590.440,36
	BRC II	Efetuar o pagamento do saldo devedor dos CRIs da Série 2006-56 da 1ª Emissão da Brazilian Securities Companhia de Securitização em até 45 (quarenta e cinco) dias da Data do Fechamento - Anexo 5.1.3	7.946.990,53
12/05/2011 (R\$ 698 a 742)	BRC XXXIII	Efetuar o pagamento do saldo devedor do CRI da série 103 da 2ª emissão da CIBRASEC até 31/05/11 - Anexo 5.1.3 - Valor extraído da DIPJ BRC XXXIII AC 2011	17.786.933,00
01/08/11	BRC XXI	NÃO HÁ PREVISÃO CONTRATUAL	XXXXX
06/07/2011 (R\$ 827 a 929)	BRC XVIII - ALEGRIA	Efetuar o pagamento do saldo devedor do CRI da série 103 da 2ª emissão da CIBRASEC até 30/08/11 - Anexo 5.1.3	29.907.101,59
	BRC XXXIII - PRAIA GRANDE	Efetuar o pagamento da oitula de crédito bancário 3.626.637 e seus aditivos até 08/07/11 - Anexo 5.1.3	11.110.802,29

111.Diante de todo o exposto, lavra-se os Autos de Infração anexos, do qual esse Termo é parte integrante e inseparável, cujos montantes incluem os juros

e multa, conforme demonstrado nos Autos de Infração, dos quais este Termo de Verificação Fiscal é parte integrante.

V. DOS RECOLHIMENTOS REALIZADOS PELAS PESSOAS LIGADAS

112. Deduz-se das disposições contratuais constantes dos Contratos de Compra e Venda firmados nos AC 2010 e 2011, fls. 244 a 936, que os acionistas da Bracor, do ponto de vista estritamente formal, alienaram para o grupo Prosperitas, Credit Suisse e o Sr. Carlos Betancourt, as cotas das BRCs, obtidas em decorrência da cisão do patrimônio promovida pela Bracor (vide tabela item 81 deste Termo).

113. Em face dessa "alienação", cada uma dessas pessoas ligadas (pessoas físicas ou pessoas jurídicas domiciliadas no exterior) identificadas como vendedores' contratuais apurou seu respectivo ganho de capital na DIRPF do ano-calendário de 2010 e 2011 ou teve retido o IRRF (Imposto Retido na Fonte), conforme detalhado no Anexo III deste Termo.

114. Em razão da natureza jurídica diversa do tributo recolhido e daqueles que deveriam ter sido apurados e recolhidos, bem como da distinção existente entre os seus regimes jurídicos, o montante recolhido não pode ser empregado por esta fiscalização para reduzir o crédito tributário lançado a título de IRPJ e CSLL.

115. O art. 74, da Lei 9430/96, dispõe que, cumpridos os preceitos legais, o sujeito passivo que apurar créditos relativos a tributos administrados pela RFB, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios. Fica evidente, portanto, que não há previsão legal para a compensação de débitos próprios com créditos de terceiros. Cabe aqui salientar que, na atual sistemática da compensação tributária voluntária (realizada por meio da chamada "Declaração de Compensação — Dcomp"), o artigo 74, § 12, II, "a", da Lei 9.430/96, estabelece que, na hipótese em que o crédito seja de terceiros, a compensação não é sequer considerada declarada.

116. Conclui-se que apesar de a evasão econômica ter sido de aproximadamente 19%, a evasão jurídica corresponde à totalidade dos tributos devidos (IRPJ e CSLL) pela pessoa jurídica que não os recolheu correta e tempestivamente, totalizando 34%. Os tributos devem ser lançados integralmente em razão da sua natureza jurídica diversa em relação aos recolhidos a título de IRPF e IRRF.

VI. QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

117. Em face dos lançamentos de ofício do IRPJ e da CSLL decorrentes do ganho de capital já devidamente caracterizado nos itens precedentes, cumpre o exame da multa de ofício incidente sobre os créditos tributários ora constituídos.

118. A Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 11.488/07) constitui o diploma legal que dispõe acerca das multas aplicáveis nos casos de lançamento de ofício. Na situação em comento, há que se destacar a previsão contida no seu artigo 44, inciso I, combinado com o § 10, a seguir transcritos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Lei nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

119.O art. 72 da Lei nº 4.502/64, mencionados no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, acima transcrito, assim define fraude:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento. (Lei nº 4.502/64) (Grifas nossos).

120.O procedimento adotado pela fiscalizada está compreendido nas hipóteses previstas na norma acima. O contribuinte Bracor agiu de maneira dolosa, ao praticar atos societários com objetivo de modificar as características essenciais do fato gerador, excluindo-se do polo passivo da obrigação tributária e atribuindo a terceiros a obrigação de recolher os tributos devidos sobre o ganho de capital obtido, com alíquotas indevidamente favorecidas, em detrimento do erário.

121.Diante das informações reunidas no curso deste procedimento fiscal, já detalhadamente expostas, resta inafastável concluir pela subsunção dos fatos caracterizadores da infração ora apontada à norma que veicula a exasperação da multa de ofício aplicável sobre créditos tributários objeto de lançamento de ofício. A fraude está materializada no uso desvirtuado e abusivo do instituto jurídico da redução de capital com animus de auferir economia tributária indevida.

122. A operação engendrada pela fiscalizada é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita por meio de reorganização societária efetivada com o desvirtuamento total de institutos do direito privado. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

123. A Bracor, ao cindir seu patrimônio, sem qualquer motivação extratributária, e consequente transferência das participações nas BRCs para seus acionistas, agiu dolosamente para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador nascido com a alienação que ela, Bracor, em essência, fez. A conduta dolosa da Bracor é patente, pois ela quis, por meio de uma transferência artificiosa das participações da Bracor nas BRCs participações da BRCs para seus acionistas, impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação principal originada pela alienação das participações das BRCs.

124. A conduta do contribuinte enquadra-se, também, no Inciso I do artigo 2º, da Lei nº 8.137/90, que será abordada no Processo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

125. O patamar de 150% é destinado a apenar as condutas ilícitas intencionalmente praticadas pelos sujeitos passivos tributários. Essa sanção deve ser aplicada em razão do elemento subjetivo da prática delitiva — do querer praticá-la —, aspecto volitivo do ilícito, exaustiva e inequivocamente caracterizado pelos fatos descritos ao longo do presente termo.

VII MULTA ISOLADA

126. Conforme podemos observar nas DIPJs referentes aos AC 2010 e 2011, fls. 14 a 231, a Bracor apurou seu resultado tributável pela sistemática do lucro real anual, com cálculo do imposto de renda e da CSLL devidos mensalmente por estimativa.

127. Em razão da omissão da receita referente ao ganho de capital obtido nas alienações das sociedades BRCs, a Bracor deixou de recolher valores a título de estimativas de IRPJ e CSLL, ensejando a exigência de multas isoladas, conforme determina o art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, a seguir transcrito:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 89 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 25º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

128. Vale esclarecer que com a edição da Medida Provisória nº 351/2007 em 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL passou a ter novo regramento, não se aplicando, portanto, a Súmula CARF nº 105, transcrita a seguir.

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1-Q, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

129. A Súmula 105 foi aprovada pela 1ª Turma do CSRF na sessão de 08/12/2014, ao analisar os acórdãos 9101-001.261, de 22/11/2011 (IRPJ AC 2001); 9101-001.203, de 17/10/2011 (7RR AC 2000 e 2001); 9101-001.238, de 21/11/2011 (IRPJ AC 2001); 9101-001.307, de 24/04/2012 (IRPJ AC 1998); 1402-001.217, de 04/10/2012 (IRPJ AC 2003); 1102-00.748, de 09/05/2012 (IRPJ AC 2000/2001); 1803-001.263, de 10/04/2012 (IRPJ AC 2002).

130. Deve-se observar que os acórdãos paradigmas da Súmula 105 referem-se a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 11.488/2007, apesar de ter sido aprovada no ano-calendário 2014. Portanto, a referida súmula deve inibir os lançamentos da multa isolada cujos fatos geradores ocorreram até 15/07/2007. Após esta data, conforme determina a referida Lei, a multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurada no ajuste anual e a multa isolada por falta de recolhimento de estimativa devem ser aplicadas concomitantemente aos casos concretos.

131. Em recentes decisões do CARF, a seguir descritas, foram proferidas sentenças favoráveis à Fazenda Nacional, ao reconhecer a legalidade da cobrança cumulativa das referidas multas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2008 MULTA ISOLADA. LEI Nº 11.488, DE 2007. BASE DE CÁLCULO. O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, preceitua que a multa isolada deve ser calculada sobre o valor do pagamento mensal apurado sob base estimada ao longo do ano, materialidade que não se confunde com a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição. Ementa Acórdão 9101-002.251, de 01/03/2016

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2008, 2009, 2010, 2011. MULTA ISOLADA

POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006. A partir do advento da MP 351/200/, convertida na Lei 11.488/200/ a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma. Acórdão 1402-002.119, de 01/03/2016.

132. É importante ainda destacar que na análise do fato gerador das referidas multas, os critérios material e temporal para sua aplicação são completamente distintos. O tributo não pago, decorrente da existência de lucro apurado trimestralmente ou anualmente, submete-se à multa do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, enquanto que a estimativa não recolhida, decorrente da existência de receita bruta mensal ou balanços de redução, submete-se à multa do inciso II do dispositivo antes citado. Não há concorrência entre as mesmas.

133. As bases de cálculo das estimativas do IRPJ e da CSLL devidas, foram determinadas por meio da inclusão do ganho de capital nas receitas informadas pelo contribuinte em suas DIRIS apresentadas nos meses de dezembro/2010, janeiro/2011, março/2011, maio/2011, junho/2011 e julho/2011 conforme demonstrado no anexo IV deste termo.

VIII. IDENTIFICAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

134. Neste procedimento, a BRACOR é identificada como a real beneficiária do ganho de capital apurado na alienação das BRCs discriminadas no item 111 deste termo e, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária.

135. Nos termos do artigo 121 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - C7N), é sujeito passivo da obrigação tributária:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

136. Os acionistas/quotistas da BRACOR receberam, em substituição às ações/quotas que detinham no capital social do contribuinte, novas quotas emitidas pelas BRCs. Desta forma, os acionistas deixam de ter participação indireta nas BRCs e passaram a ter participação direta. Esta artimanha permitiu que figurassem nos contratos de compra e venda como vendedores das BRCs, apenas sob aspecto formal.

137. A intenção dolosa de não recolher os tributos exigidos por lei é obtida por meio de decisões dos dirigentes da pessoa jurídica responsáveis por dar efetividade às operações de reorganização societária que a princípio seriam lícitas, mas que se revelaram contrárias à legislação tributária ao proporcionar o deslocamento do polo passivo da obrigação tributária, sem nenhuma motivação extratributária.

138. Da análise de toda documentação colhida no curso deste procedimento fiscal, constatamos a participação direta e eficaz dos Srs. Carlos Javier Betancourt e Angel David Árias, respectivamente Presidente e Diretor Financeiro da Bracor, nos AC 2010 e 2011, no planejamento tributário abusivo efetuado pela fiscalizada.

139. Todos os contratos, alterações contratuais e demais documentos foram assinados pelos mesmos como representantes da BRACOR ou das BRCs, fls. 232 a 273, 313 a 354, 476 a 516, 626 a 671, 755 a 783, 827 a 871, 885 a 928. Ficou evidente que esses 2 dirigentes e também acionistas da fiscalizada tiveram participação efetiva nas decisões para a reorganização societária da Bracor e posterior alienação das BRCs pelos seus acionistas, como vendedores contratuais. Tais atos visaram, exclusivamente, a redução da incidência tributária.

140. Além de responsáveis pela administração, como acionistas/quotistas também obtiveram vantagem econômica no negócio.

141. Os demais acionistas/quotistas da BRACOR também obtiveram vantagem econômica, porém não foram obtidos elementos de prova que demonstrassem seu poder de decisão sobre o negócio realizado. Alguns destes acionistas também eram diretores da Bracor, mas não localizamos documentos que fossem firmados pelos mesmos. Ao contrário, o contrato de compra e venda da BRC XXI, que foi alienada pela BRACOR no ano-calendário 2011 sem nenhum indicio de irregularidade, foi assinado pelos diretores sem designação Camilla Osborn e Rafael Teixeira.

142. A BRACOR foi intimada, por meio do Termo de Intimação Fiscal 06, a informar o nome dos acionistas/diretores que iniciaram as negociações com o Grupo Prosperitas. Em resposta, fls. 1297 a 1298, informou que as negociações foram iniciadas pelo acionista Equity Bracor Investments. Importante frisar que o procurador da Equity no Brasil era o Sr. Carlos Bettancourt, (fls. 937 a 1050 deste processo [fl. 57 da Ata anexada] e fls. 1086 a 1198 deste processo [fl. 96 da Ata anexada]). Ou seja, era ele o responsável pelas negociações das BRCs.

143. Importante frisar que o Sr. Carlos Betancourt, além de Presidente da Bracor e procurador da Equity, também era procurador dos acionistas Candango, KLH, Gonçalo, Colin (procurações anexadas às referidas atas, fls. 937 a 1234), o que lhe dava ainda maior poder de atuação.

144. Todos os Protocolos e Instrumentos de Justificação de Cisão Parcial da BRA COR foram assinados pelo Sr. Angel Ariaz como representante da Bracor e das BRCs, fls. 937 a 1234.

145. Atualmente, o Sr. Angel Ariaz é diretor da BRC VII Respondeu ao TDPF-D 08.1.85.00- 2016-00078-0 na qualidade de adquirente das BRC recipientes de cisão da BRACOR.

146. Importante frisar que os 02 dirigentes deliberaram em assembleia pela cisão do patrimônio da BRACOR e consequente redução de seu capital. Inclusive as atas das AGE realizadas em 12/08/10 e 30/09/10, fls. 937 a 1085, que decidiram pelas primeiras cisões foram assinadas somente pelos Srs. Carlos Bettancourt e Angel Ariaz, como presidente e secretário da mesa da Assembleia. Apesar de constar que todos os acionistas assinaram as referidas atas, não obtivemos estas atas com todas as assinaturas, mesmo intimando a BRACOR para apresentá-las, fls. 1299 a 1373. As atas das cisões realizadas em 18/01/11 e 03/06/11 encontram-se anexadas às folhas 1086 a 1234.

147. O Sr. Carlos Betancourt também foi responsável pela dissolução da DELLE Holding que era acionista da BRACOR deste 17/12/07, como liquidante. Esta dissolução ocorrida em 23/12/10 permitiu ao Sr. Carlos, Gonçalo e Itaii BBA figurarem como acionista da Bracor e quotista das BRCs, fls.

148. É fato que as cisões ocorreram no momento em que os acionistas da BRACOR decidiram pela alienação das BRCs, que existiam desde 2006/2007 e foram criadas/adquiridas exclusivamente para abrigar diversos imóveis.

149. Sendo assim, e de acordo com a previsão legal contida no inc. III, no art. 135, da Lei nº 5.172/66 (CIM, constata-se a SUJEIÇÃO PASSIVA POR RESPONSABILIDADE PESSOAL dos sócios com poderes de administração SR. CARLOS JAVIER BETANCOURT e SR. ANGEL DAVID ARIAZ, pelos valores lançados em nome da empresa Bracor, relativos ao período fiscalizado de 01/01/10 a 31/12/11, por infração de lei (arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502/64):

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

150. Vale frisar que nos termos do § 2º, artigo 2º, da Portaria RFB nº 2.284/10 não é necessária a emissão de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal

de Fiscalização para os responsáveis, razão pela qual a ação fiscal firmou-se apenas no TDPF-F 08.1.85.00-2016-00023-3, que possui como interessada a Bracor.

151. Entretanto, foi emitido o TDPF-D 08.1.85.00-2016-00089-6 em nome de Sr. Carlos Betancourt, inicialmente na qualidade de comprador da BRC XXXIII. Posteriormente foi intimado a prestar esclarecimentos por ser liquidante da DELLE HOLDING S/A e também presidente da Bracor, à época da ocorrência dos fatos.

IX DO PRAZO DECADENCIAL

152. Inicialmente, este procedimento fiscal visava apurar a regularidade fiscal no ganho de capital obtido pela Bracor no AC 2011. Durante os procedimentos, verificou-se que alguns contratos foram firmados no AC 2010, portanto o TDPF-F foi ampliado para abranger também o AC 2010.

153. O §4º do art. 150 do CTN, assim dispõe:

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.

154. A Bracor, em virtude do planejamento tributário abusivo, não fez a apuração e o recolhimento dos tributos devidos sobre o ganho de capital obtido na alienação das BRCs. Conforme se depreende do art. 150 citado, para que o contribuinte se enquadre na hipótese ali elencada, deve "antecipar o pagamento". Como não o fez, não lhe cabe esta regra decadencial.

155. Conforme determina o citado artigo, uma segunda hipótese para o desenquadramento dessa hipótese de decadência é a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Em ambos os casos, o limite temporal para a constituição do Crédito Tributário passa a ser de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inc. I do art. 173 do CTIV, ou seja, os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram no AC 2010 deste procedimento têm por limite de prazo decadencial a data de 31/12/2016.

"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;"

X. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FORMALIZADO

156. Em face das constatações percorridas, foram lavrados os pertinentes autos de infração do IRPJ e da CSLL formalizados sob o Processo nº 16.561.720227/2016-25.

157. Ademais, em função do disposto na Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, alterada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011, será formalizada correspondente representação fiscal para fins penais, Processo nº 16561-720.231/2016-93.

XI. DO ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL

158. Nesta data, encerramos o procedimento fiscal instaurado em face do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 08.1.85.00-207600023-3.

159. Cópia desse Termo e dos autos de infração em mídia digital serão enviadas, por via postal com Aviso de Recebimento (AR) para ciência e demais providências, respectivamente, ao autuado e aos responsáveis tributários.

160. É facultada aos sujeitos passivos (ao autuado e aos responsáveis solidários) a apresentação de impugnação contra as exigências fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência das autuações, nos termos dos artigos 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores. Em conformidade com o art. 3º, parágrafo único, da Portaria RFB nº 2.284, de 29/11/10, o prazo para impugnação é contado, para cada sujeito passivo, a partir da data em que tiver sido cientificado do lançamento.

161. E, para constar e surtir efeitos legais, na qualidade de autoridade tributária responsável pela constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, lavro e assino o presente termo, que é parte integrante e inseparável dos autos de infração.

[...]

2. Contribuinte e imputados responsáveis tributários solidários tomaram ciência do todo e se insurgiram conforme datas expostas no Quadro 01 a seguir (fls. 4126/4127):

Quadro 01 - Datas de ciência e insurgência.			
Interessado	Ciência	Insurgência	Arrazoadado
Contribuinte	15/12/2016 (fl. 2864)	12/01/2017 (fl. 3694)	fls. 2889/2989
Angel David Ariaz	15/12/2016 (fl. 2865)	12/01/2017 (fl. 3901)	fls. 3696/3900
Carlos Javier Betancourt	15/12/2016 (fl. 2866)	12/01/2017 (fl. 4125)	fls. 3903/4124

3. Pondera o Contribuinte:

3.1. Autuação não teria fundamento. Nenhum dispositivo legal teria sido infringido. Tudo se basearia na assunção d'um suposto planejamento tributário abusivo. A Fiscalização não teria qualificado os negócios entabulados por simulados. Apenas por

ensaio mental, poder-se-ia cogitar de infringência ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional - CTN, porém e desde de logo um tal caminho resultaria em sucesso nenhum, certa a ausência de Lei Ordinária a regulamentar o ato em que a autoridade administrativa viesse a desconsiderar os negócios jurídicos em testilha.

3.2. *Ao contrário do afirmado pela Fiscalização, todos os acionistas/quotistas assinaram o livro de atas das Assembleias Gerais em que decididas as cisões, bem que os respectivos livros de presença em tais reuniões assembleares.*

3.3. *Partira dos acionistas/quotistas no Contribuinte - o que revelaria quem, de fato e na sequência, seriam os vendedores de participações societárias nas BRCs - a manifestação de vontade atinente às cisões. Para isso, teriam eles vindo a solicitar ao Contribuinte que iniciasse procedimentos (contratação de serviços de consultoria) tendentes à criação d'um Fundo de Investimento Imobiliário. Referido Fundo, realmente, ganhara vida, com coordenador, administrador, assessoria legal, demandas de exigências por parte da Comissão de Valores Imobiliários - CVM, e, até, a publicação de oferta pública de quotas, não obstante a desistência subsequente do pedido de registro de tal oferta. Outro dado que revelaria a fonte original do comando de venda das ditas participações societárias poderia ser encontrado na troca de e-mails entre Equity Bracor Investments (Grupo Equity International), um dos acionistas/quotistas no Contribuinte, e ele próprio (na pessoa do Sr. Carlos Javier Betancourt). Ali são solicitadas informações sobre os investimentos então titulados pelo Contribuinte, isso com vistas à prospecção de outros eventuais e potenciais investidores.*

3.4. *Na "Carta de Intenção" citada pela Fiscalização, além de seu caráter não vinculativo e em momento algum desqualificada no seu teor, nela já constaria que a venda das participações acionárias nas BRCs se daria por obra e arte dos acionistas/quotistas, tendo o Contribuinte mero papel de representação daquele exato interesse.*

3.5. *Outro ponto que faria revelar que a intenção de venda partira de seus acionistas/quotistas e não dele, Contribuinte, seria a circunstância de os primeiros vincularem-se ao setor de private equity, cujo vetor de atuação seria a obtenção de ganho (via retirada do investimento) no curto e médio prazo.*

3.6. *Estaria fora do alcance do Fisco - e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), bem que doutrina já viriam de produzir e defender entendimento nesse sentido - decidir sobre que caminhos negociais haveriam de ser tomados pelo Contribuinte e seus acionistas/quotistas, precisamente no que toca à livre escolha que se teria na espécie, isto é, entre tributar o ganho de capital na pessoa jurídica ou na pessoa física dos sócios. Ainda nessa linha, alega-se que o Fisco não poderia ditar qualquer ingerência na vida negocial dos particulares, mormente e no caso específico, ao derredor da fixação do preço de alienação das debatidas participações societárias nas BRCs.*

3.7. *Seria reconhecido pela própria Fiscalização que não fora o Contribuinte o beneficiário dos pagamentos em troca das participações acionárias nas BRCs, mas senão seus acionistas/quotistas.*

3.8. Como resultado da dissolução da Delle Holding S.A., não só pessoas físicas teriam recebido participações societárias nas BRCs antes detidas pela sociedade dissolvida. Foi o caso de Itaú BBA S.A. Nesse sentir, não valeria o raciocínio da Fiscalização tendente a se firmar por alguma economia tributária na percepção de ganho de capital com a venda de referidas participações, certo que a pessoa jurídica Itaú BBA S.A. não disputaria de alíquota mais benéfica, quais pessoas naturais ou pessoas jurídicas domiciliadas no exterior.

3.9. Nada acresceria na conclusão da Fiscalização a circunstância de o Contribuinte vender sua participação societária na BRC XXI diretamente para Tulipa LLC (Delaware - EUA). No particular, considera que a explicação então fornecida nem fora tomada em conta no procedimento de fiscalização. O mesmo sobre as ponderações que se fizera acerca de operações de stock options por meio das quais o Sr. Angel David Ariaz, o Sr. Colin Butterfield, o Sr. Thiago Augusto Cordeiro e a Sra. Camilla Osborn Gomes Nogueira Frussa tornaram-se sócios no Contribuinte (a Sra. Camilla aumentou sua participação na oportunidade), via empréstimo conferido por esse último.

3.10. Haveria de se abater sobre a exigência o imposto de renda já pago pelos acionistas/quotistas no Contribuinte (na posição de vendedores de participações societárias nas BRCs): as pessoas físicas, na suas respectivas DIRPF; as pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, pelo tanto de imposto de renda incidente na fonte e assim retido pelos compradores de referidas participações. Demais disso, seria também de rigor o aproveitamento de saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL então apurados pelo Contribuinte no curso de 2011.

3.11. Não haveria fundamento para qualificação de multa de ofício então imputaria. Isso sem dizer de seu caráter confiscatório, visto ultrapassar o monte principal devido.

3.12. Em caso de empate de votação, que seja reconhecida a presença de dúvida suficiente a determinar o cancelamento da autuação, forte no art. 112 do CTN.

3.13. Inviabilidade de cobrança de multa isolada: certo que já encerrado o ano-calendário pertinente no momento da formalização da exigência; e mais ainda de forma cumulativa com a multa de ofício proporcional.

3.14. Afastamento da incidência de juros sobre a multa de ofício proporcional

4. Pondera o Sr. Carlos Javier Betancourt:

4.1. Ratifica as objeções expostas na peça impugnatória colacionada pelo Contribuinte.

4.2. Não caberia a imputação de responsabilidade ao espaço do art. 135 do CTN, pois não se demonstrara ofensa alguma a dispositivo legal que fosse, atuação com excesso de poder, e/ou infração de contrato social ou estatuto, e muito menos haveria no corpo dos autos qualquer indicativo de conduta dolosa, o que, de consequência, já afastaria a qualificação da multa de ofício. No particular, explica que sua participação

como Presidente de Mesa em Assembleias Gerais Extraordinárias, Diretor Presidente do Contribuinte, de sua atuação como procurador d'alguns acionistas/quotistas no Contribuinte, e como liquidante de Delle Holding S.A., não passam de atos de gestão de interesses de terceiros, a dizer que não estaria à testa das decisões ali tomadas. Nesse passo, repisa pontos da argumentação do Contribuinte, mormente sobre dizer: que todos os acionistas/quotistas assinaram o livro de atas das Assembleias Gerais em que decididas as cisões, bem que os respectivos livros de presença em tais reuniões assembleares; que no papel de procurador não lhe permitiria fazer valer a própria vontade; que partira dos acionistas/quotistas, em conjunto, e não exclusivamente dele em particular, o comando de alienação das participações societárias nas BRCs. Lembra, outrossim, a sua posição como acionista/quotista minoritário no Contribuinte.

4.3. Haveria de se abater sobre a exigência o imposto de renda por ele já pago, conforme anotado em DIRPF.

4.4. Não teria lugar a qualificação de multa de ofício então imputada, pois não se teria demonstrado a existência d'um agir doloso seu que tivesse animado quer alguma fraude, quer algum conluio. Isso sem dizer de seu caráter confiscatório, visto ultrapassar o monte principal devido. Ainda nesse tópico, a própria multa haveria de ser afastada de sua responsabilidade, visto que essa só nasceria a partir do inadimplemento d'uma relação jurídico-tributária própria e não de terceiro (o Contribuinte, na espécie).

4.5. Em caso de empate de votação, que seja reconhecida a presença de dúvida suficiente a determinar o cancelamento da autuação, forte no art. 112 do CTN.

5. O Sr. Angel David Ariaz, nos limites dos atos a ele atribuídos pela Fiscalização, registra equivalente insurgência à colacionada pelo Sr. Carlos Javier Betancourt.

6. Esse, o relatório.”

Analisadas as razões de impugnação do contribuinte e responsáveis solidários, a 1ª Turma da DRJ/SPO decidiu pela improcedência dos pedidos de cancelamento da autuação e dos termos de sujeição passiva solidária, como denota a ementa do Acórdão n.º 16-78.079 abaixo:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

FALSO. DEMONSTRAÇÃO. RELATO E CONTRA-RELATO. A demonstração do falso (de ideação ou formal) é obra de construção argumentativa a contrapor relato e contra-relato. Primeiro, vai-se ao substrato documental tendente, sob a alegação do Contribuinte, a demonstrar o negócio jurídico de seu interesse. Depois, de posse disso, nele ou contra ele (documento com o qual se alega a prova d'um negócio jurídico), vai-se à busca de contra-relatos, que estão insertos ou no texto do próprio documental apresentado pelo Contribuinte (a

revelar, como isso, alguma contradição relevante), ou que vêm (ditos contra-relatos) de outros documentos saídos das mãos de terceiros desinteressados, como é o expediente que, no ofício desta Casa, melhor atende pelo nome de circularização, isto é, a inspeção conduzida com o propósito de confirmar perante terceiros desinteressados o tanto relatado no documental fornecido pelo Contribuinte, terceiros esses que, d'alguma forma, foram intervenientes no negócio sob crivo. É imperiosa a construção de discurso - e sua necessária articulação com elementos documentais - que cuide de demonstrar, sob os moldes antes referidos, o porquê de serem viciados - na ideação ou na forma - os textos-contrato colacionados pelo Contribuinte para, depois disso e apenas depois disso, imputar-lhes (aos textos-contrato) o falso. É o caso presente. O relato conducente à assertiva de os sócios serem os vendedores de participações societárias é falso, é simulado. Assim está e se fez para dissimular a venda de referidas participações a partir do Contribuinte. Quadra a hipótese nos termos da simulação subjetiva, assim prevista no art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil.

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Cabível a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) quando caracterizado o evidente intuito de fraude pela ocorrência de ação dolosa tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência das circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária principal de modo a evitar o seu pagamento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO À LEI. Rende ensejo à tipificação de infração à Lei a conduta simulada do sócio-administrador de pessoa jurídica que colabora na construção do aparente (sócios como vendedores de participações societárias) por sobre o real (Contribuinte como vendedor de participações societárias). Daí resulta a atribuição da posição de garante do crédito tributário aos sócios-administradores que assim atuam.

VOTO DE QUALIDADE. PRIMEIRA INSTÂNCIA. Não cabe o expediente do voto de qualidade em sede de primeira instância de julgamento administrativo com o efeito pretendido de, em caso de empate, sempre e toda vez, resolver-se a questão a benefício do Contribuinte.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. REGRAMENTO DE FLUÊNCIA. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. MULTA DE OFÍCIO.

CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. FATOS IMPONÍVEIS DISTINTOS. É cabível aplicação de multa isolada decorrente de falta de pagamento de estimativas mensais de imposto concomitantemente com multa proporcional incidente sobre aquele devido e não pago ao final do período de apuração anual, haja vista cuidarem de reprimendas a comportamentos distintos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

PREJUÍZO OPERACIONAL DO PERÍODO EM CURSO. INFRAÇÃO. ABATIMENTO.

O monte infracional deve ser diminuído do prejuízo operacional experimentado no período de apuração em que identificada referida infração. Exaurido o proveito (no caso, nos autos sob nº 16561.720129/2016-98), não cabe mais reconhecê-lo em outras autuações (no caso, autos sob nº 16561.720228/2016-70, 16561.720227/2016-25 e 16561.720226/2016-81).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011

BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DA CSLL OPERACIONAL DO PERÍODO EM CURSO. INFRAÇÃO. ABATIMENTO.

O monte infracional deve ser diminuído da base de cálculo negativa da CSLL operacional experimentada no período de apuração em que identificada referida infração. Exaurido o proveito (no caso, nos autos sob nº 16561.720129/2016-98), não cabe mais reconhecê-lo em outras autuações (no caso, autos sob nº 16561.720228/2016-70, 16561.720227/2016-25 e 16561.720226/2016-81).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão acima, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário para submeter o caso à apreciação deste Conselho, reiterando as alegações expostas em 1ª instância, bem como insurgindo-se, especificamente quanto ao Acórdão recorrido nos seguintes pontos:

Preliminarmente:

1. A Turma Julgadora alterou indevidamente o fundamento do TVF. Enquanto o Relatório fiscal fundamentava a lavratura em

“planejamento tributário abusivo”, a DRJ aponta como fundamento da autuação a “prática de simulação subjetiva”, prevista no art. 167 do Código Civil;

1.1. Enquanto a Fiscalização alegava que a existência de infração/vício estaria na entrega das participações das BRC's da Recorrente para os seus acionistas (cisões), a Delegacia de Julgamento alegou que a infração estaria no contrato de compra e venda;

2. O Acórdão recorrido seria nulo, em conformidade com o art. 489, §1º, do CPC/2015, pois não teria enfrentado os seguintes argumentos capazes de infirmar as conclusões adotadas:

2.1. A existência de diversos argumentos e documentos que comprovaram a existência de efetivo propósito negocial nas reorganizações societárias, como:

a) a busca pela segregação de ativos e a colocação destes em um fundo de investimentos, argumento que foi acompanhado de robusta documentação comprobatória (pareceres, instrumentos contratuais, prospecto, comunicado ao mercado, ofício da Comissão de Valores Mobiliários - "CVM" -, etc.) - vide fls. 32 a 35 da Impugnação.

b) a intenção dos acionistas de investir na Recorrente para aproveitar a sua expertise no nicho de incorporação imobiliária e, anos depois, obter, para si, a liquidez de tais investimentos, o que se comprova pela ausência de reinvestimento na Recorrente – vide fls. 40 e 41 da Impugnação;

c) a mitigação de eventual risco de conflitos de interesses (conforme disposto nos artigos 115 e 156 da Lei nº 6.404/76 - "Lei das S/A"), bem como a conferência de maior governança corporativa na condução dos negócios - vide fl. 41 da Impugnação.

2.2. A reorganização societária questionada configura uma opção legal e é admitida por este E. Conselho em diversos julgados - vide fls. 44 a 51 da Impugnação;

2.3. O fato gerador no presente caso é auferir o ganho/ter o efetivo acréscimo patrimonial e a Recorrente nunca recebeu os valores decorrentes da alienação das BRC's – vide fls. 51 a 53 da Impugnação;

2.4. O Fisco não pode adentrar à liberdade individual dos contribuintes, por não possuir poder de ingerência sobre os negócios particulares – vide fls. 53 a 58 da Impugnação;

2.5. A intenção de se alienar as BRCs era dos acionistas da Recorrente, o que se comprovou por meio de mensagens eletrônicas enviadas por eles - fls. 63 a 68 da Impugnação;

2.6. A alienação da BRC XXI pela Recorrente ocorreu por esta se encontrar em uma situação particular, devidamente esclarecido desde a fiscalização que originou esta lide - fls. 70 e 71 da Impugnação;

2.7. A multa qualificada no percentual de 150% não poderia ser aplicada, uma vez que a Recorrente prestou todas as informações requeridas pela Autoridade Fiscal, registrou todos os seus atos nos órgãos competentes, deu-lhes a devida publicidade e não auferiu qualquer benefício econômico - fls. 82 a 90 da Impugnação.

3. Também com base no disposto no art. 489, §1º, CPC/2015, a decisão seria nula por não ter analisado devidamente os precedentes judiciais e administrativos trazidos à colação pela Recorrente.

No mérito:

4. A DRJ equivocou-se ao alegar, nas fls. 49/50 da decisão recorrida, que os investidores deveriam investir em um Fundo de Investimentos em Participações e não diretamente na “empresa-alvo” pois: (i) não cabe à Administração Pública adentrar à liberdade individual dos contribuintes; (ii) a Turma Julgadora não evidenciou quais seriam os benefícios auferidos pela Recorrente; (iii) e, em conjunto com isso, porque tendo a Recorrente cumprido seu papel na qualidade de executora dos empreendimentos imobiliários referentes às BRC’s, não haveria mais qualquer motivo para que os investidores continuassem atrelados a ela para dar seguimento aos seus objetivos individuais.

4.1. Some-se a isso, o fato de que a intenção dos acionistas era obter liquidez para eles próprios e não para a Recorrente, haja vista que aqueles não reinvestiram nesta o lucro auferido com a venda das BRC’s;

4.2. Ademais, foi relevado o fato de que a reorganização societária realizada pela Recorrente conferiu maior governança corporativa na condução dos negócios.

5. Aduz que as procurações outorgadas a Recorrente objetivavam conferir mais agilidade e fluidez nas negociações com os pretensos adquirentes das BRC's; ademais, esta teria sido uma requisição da própria adquirente (grupo Prosperitas), e não dela (Recorrente).
6. Contrapõe a afirmação da DRJ de que a responsabilidade pelos passivos presentes nas BRC's passaria para os compradores, pois, conforme a própria resposta do Itaú BBA reproduzida no Acórdão recorrido, os "*eventuais passivos*" seriam aqueles que "*viessem a ser identificados após a compra e venda*"; ou seja, o comprador não queria se resguardar dos passivos que já conhecia, mas apenas daqueles que pudessem surgir inesperadamente.
7. A existência de cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade nos Contratos de Compra e Venda jamais poderia representar indício de que a atuação da Recorrente como procuradora dos vendedores das BRC's estaria "*bem além d'um mero instrumento de mandato*", como alegou a DRJ no acórdão combatido, pelos seguintes motivos:

7.1. A previsão de irrevogabilidade e irretratabilidade não era uma autorização ilimitada à Recorrente para que ela pudesse agir como bem entendesse; a procuração não retirou todo o poder de gerência/decisório dos vendedores, mas apenas permitiu à Recorrente adotar os atos necessários para executar aquilo que as partes já haviam decidido (compra e venda das BRC's);

7.2. A cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade da outorga dos poderes para a Recorrente objetivava, diante da quantidade de vendedores e o fato de parte deles ser domiciliada no exterior, dar segurança ao comprador de que os atos do negócio seriam concentrados em uma única figura, evitando que o negócio emperrasse ou se tornasse moroso pela existência de diversos interlocutores;

7.3. A cláusula 2.3.2 dos contratos de compra e venda (reproduzidos nas fls. 44 e 46 da decisão atacada) encontra fundamento legal na expressa previsão do art. 684 do Código Civil;

7.4. A existência de cláusula que proibia, pelo prazo de 1 ano, o comprador (Grupo Prosperitas) de contratar empregados da Recorrente se tratou de uma mera disposição negociada entre partes independentes, não podendo o seu teor alterar a conclusão de que os verdadeiros alienantes das BRC's e beneficiários do ganho de capital ora debatido foram os antigos acionistas da Recorrente e que esta última atuou apenas como procuradora no referido negócio, como aparentemente parece sugerir a DRJ na fl. 46 do acórdão recorrido.

8. A Recorrente não tem ingerência sobre as decisões tomadas na Delle Holding, não podendo a DRJ fundamentar a manutenção das autuações em atos de terceiros.
9. Não observaram a Autoridade Fiscal e a DRJ que as dívidas em questão não foram parte do preço da operação, na realidade, estas foram abatidas do valor da empresa (também chamado "enterprise value"), chegando-se ao preço final efetivamente pago (denominado de "equity value"), dado que a intenção das partes era efetivamente a compra e venda das participações societárias nas BRCs.

9.1. Também vale notar que a "anuência de todos os credores, companhias securitizadoras e demais instituições ou pessoas jurídicas titulares das operações de crédito e/ou financiamento" nada mais é do que um "de acordo" dos detentores de créditos das empresas para a alteração de seu controle societário. Isto é, só significa que estes terceiros não se opuseram à operação. Assim, não há como se admitir a alegação da Fiscalização e da DRJ no sentido de que o comprador das BRCs assumiu a quitação das suas dívidas, na medida em que tais valores foram descontados do preço pago pelo Grupo Prosperitas e, por conseguinte, não beneficiaram em nada a Recorrente.

9.2. Alega ser absurdo o raciocínio que o adquirente (Grupo Prosperitas) teria abdicado de considerar parte do valor que pagou pelas BRC's no preço final ajustado pois, caso houvesse uma redução artificial no preço – o que se alega a título de argumento - o resultado seria uma redução no ganho de capital, cuja tributação compete exclusivamente ao vendedor, não gerando qualquer efeito para o comprador, e uma redução no custo daquela participação, o que fará com que o comprador, em eventual alienação deste investimento, tenha um ganho de capital maior e, conseqüentemente, recolha mais tributo.

10. Sustenta a inexistência de simulação alegando não ter havido divergência entre a intenção e a vontade declarada. Pontua que admitir que grandes investidores estrangeiros e nacionais, como o Itaú BBA e a Equity International seriam testas de ferro da Recorrente não teria qualquer cabimento. Ademais, afirma que o benefício econômico da alienação das BRC's nunca foi internalizado pela Recorrente, o que seria essencial para a configuração de simulação relativa subjetiva.

Os Responsáveis Solidários Sr. Carlos Javier Betancourt e Sr. Angel David Ariaz, endossaram os argumentos sustentados no Recurso Voluntário da Contribuinte, além de reforçar os argumentos por eles aduzidos em primeira instância administrativa.

Às fls. 4706/4760 constam as Contrarrazões ao Recurso Voluntário ofertadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que contrapõe os argumentos da Contribuinte e Responsáveis Solidários aduzindo, em síntese, o seguinte:

Preliminarmente:

- a) Validade da autuação: a autuação detalha a infração, e apura que os fatos apurados se enquadram no conceito de simulação subjetiva. Não há como aceitar uma interpretação de que teria havido mudança de critério jurídico adotado pela Turma Julgadora apenas com base na quantidade de vezes que a palavra “simulação” foi utilizada no lançamento e na decisão recorrida.
- b) Validade da decisão recorrida:
 - b.1) Não houve distorção do lançamento pela decisão recorrida, mas sim pela Recorrente. Quanto à quantidade de vezes que cada ato cita determinada palavra, argumento levantado pelos recorrentes para demonstrar a suposta inovação proporcionada pela DRJ, como já aventado, esse parâmetro jamais poderia ser utilizado como método de interpretação de um conteúdo.
 - b.2) O julgador não é obrigado a abordar todos os aspectos levantados pelas partes, mas sim fundamentar de maneira suficiente o seu posicionamento. Assim, a legitimidade de uma decisão não decorre da abrangência de sua fundamentação, mas sim de sua suficiência. Colacionou precedentes do CARF posteriores à entrada em vigência do CPC/2015.

b.3) Não houve deficiência de fundamentação ainda, pois as razões da decisão recorrida destacam: a exclusiva finalidade fiscal das operações praticadas (ou seja, a falta de propósito negocial), a possibilidade de terem sido feitas pelo real alienante, e não pelas interpostas pessoas, a autonomia meramente formal que foi dada aos acionistas, que a participação do Itaú BBA não afasta a participação dos demais acionistas, que segundo os próprios adquirentes, a negociação foi estabelecida com a BRACOR e não com os seus acionistas, e a dissolução da Delle também com exclusiva finalidade fiscal.

No mérito, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ratificou as razões do acórdão recorrido e, ao final, requereu a negativa de provimento *in totum* ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Em seguida, conforme Despacho de e-fls. 4763 a 4768, tendo em vista a disposição constante no art. 6, § 1º, I, cumulado com os §§ 2º e 3º deste mesmo artigo do Anexo II do atual RICARF, os processos de nºs 16561.720226/2016-81, 16561.720228/2016-70 e 16561.720129/2016-98 foram redistribuídos por prevenção e conexão ao presente processo (16561.720227/2016-25), **para julgamento em conjunto.**

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

O Contribuinte e os Responsáveis Solidários, Sr. Carlos Javier Betancourt e Sr. Angel David Ariaz, interpuseram Recurso Voluntário tempestivamente. Logo, por preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos.

I – Esclarecimentos Quanto aos Fatos Apurados

O procedimento fiscal em pauta deflagrou a formalização de quatro autuações, assim tratadas nos autos sob nº 16561.720129/2016-98, 16561.720228/2016-70, 16561.720227/2016-25 e 16561.720226/2016-81. Todos cuidam de ganho de capital na alienação de participações societárias nas nomeadas BRCs (a seguir citadas),

em que se aportaram cisões parciais do Contribuinte em epígrafe. Tudo trata da atribuição do excogitado ganho para esse último (dissimulado vendedor) e não para os seus sócios (simulados vendedores).

Nos autos sob nº 16561.720129/2016-98, cuida-se do ganho de capital experimentado em face dos seguintes adquirentes das referidas participações societárias: Monish Empreendimentos e Participações S.A., Lokesh Empreendimentos e Participações S.A., Rec Log 21, S.A., Rec Log 31 S.A., Rec Log 41 S.A. Rec Log 51 S.A.; nos autos sob nº 16561.720228/2016-70, BRC VII; nos autos sob nº 16561.720227/2016-25, o Sr. Carlos Juan Betancourt; nos autos sob nº 16561.720226/2016-81, Credit Suisse, na qualidade de administradora de fundos.

De ora em diante e a menos que se diga o contrário, seguir-se-á na linha adotada pela Fiscalização no que tange à referência de elementos de prova, a dizer, tomar-se-á a paginação documentária guardada nos autos sob nº 16561.720129/2016-98.

II – Das Preliminares

A Recorrente sustenta a nulidade da autuação pela ausência de fundamento jurídico para a constituição do crédito tributário objeto do processo, alegando que não existe o apontamento de qualquer dispositivo infringido pela Recorrente, nem mesmo dentre os dispositivos legais citados nos autos de infração de IRPJ e da CSLL.

Mais à frente em seu recurso, a Recorrente pontua que *a única norma que eventualmente poderia ter sido aventada pela Sra. Agente Fiscal para a desconsideração do negócio jurídico seria o parágrafo único do artigo 116 do CTN. (...) Todavia, cabe observar que os procedimentos necessários para a aplicação dessa norma dependem da elaboração de lei ordinária, a qual, até o presente momento, não foi editada*”.

Em contraponto, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, afirma ter a autuação detalhado a infração, e apurado que os fatos apurados se enquadram no conceito de simulação subjetiva, e, por via de consequência, o relatório fiscal teria capitulado corretamente os fatos apurados.

Como se pode detrair da narrativa das argumentações acima elencadas, a discussão quanto à hipótese de nulidade aventada neste tópico, necessariamente, passa pela verificação da ocorrência, ou não, da prática de simulação subjetiva pela autuada.

Sendo assim, entendo que o julgamento da preliminar de nulidade do auto de infração por ausência de fundamento jurídico suscitada neste tópico deve ser procedido em conjunto com a análise do mérito da presente demanda.

Adiante, a Recorrente sustenta a nulidade da decisão recorrida ao afirmar que a Turma Julgadora embasou a sua decisão de manter os lançamentos em razão de suposta infração/vício nos contratos de compra e venda examinados nestes

autos, alterando, desta forma, o "fundamento" da Sra. Auditora Fiscal que alegava a existência de infração/vício em momento diverso (isto é, nas cisões da Recorrente).

Nesse sentido, elabora uma tabela ilustrando que “*diferentemente da Sra. Agente Fiscal, a DRJ não traz em seu voto qualquer menção ao termo "planejamento tributário abusivo" (ou similar), mas menciona trinta e sete vezes o termo "simulação" (ou similar) e sete vezes o art. 167 do Código Civil*”.

No entanto, não merece provimento a referida alegação posto que a autuação deixou bem claro decorrer da falta de apuração de ganho de capital pela BRACOR decorrente da alienação de suas participações societárias em empresas onde eram desenvolvidos projetos imobiliários, ausência de tributação esta que foi consequência de atos simulados.

Assiste razão à Procuradoria quando afirma que não há como aceitar uma interpretação com base na quantidade de vezes que uma palavra é utilizada. Embora o termo “simulação” tenha sido amplamente mais utilizado na decisão recorrida do que no lançamento, este deixa claro que a infração se deu porque, em seu entender, os contratos de compra e venda das BRC’s foram simulados, tendo em vista que o real alienante foi a BRACOR.

A Recorrente utiliza, também, como fundamento a ensejar a nulidade da decisão recorrida, o artigo 489, do CPC/2015, alegando, para tanto, que a decisão seria nula porque não se pronunciou sobre todos os argumentos suscitados no processo e que seriam capazes “em tese” de alterar a conclusão adotada pelo julgador, assim como não houve manifestação sobre os precedentes citados.

Entretanto, também neste ponto, não merecem provimento as alegações da Recorrente. Em primeiro lugar porque, como bem pontuado pela Procuradoria, a necessidade de suficiência de fundamentação não deve ser confundida com a abrangência de todos os pontos que envolvem a controvérsia, de modo que o julgador não está obrigado a abordar todos os aspectos levantados pelas partes; mas tem a obrigação de justificar a sua decisão apenas com os fundamentos que entende serem suficientes para, de acordo com a sua convicção, pôr termo à lide. Nesse sentido segue precedente atual deste Conselho:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. ART. 489, § 1º, DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE SALARIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REMUNERATÓRIA. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA CORTE DE ORIGEM COM BASE NA LEI LOCAL E NAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 280 DO STF E 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. 1. Não há falar em omissão existente no acórdão quando o

Tribunal local julga integralmente a lide, apenas não adotando a tese defendida pelos recorrentes. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. Afasta-se a tese de fundamentação deficiente do aresto combatido (art. 489, § 1º, III, IV e VI, do CPC/2015), pois esta Corte Superior possui precedente de que, "se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada" (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 21/6/2016). (...) (AgInt no REsp 1649443 / RO; Relator(a) Ministro OG FERNANDES ; Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 26/09/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 29/09/2017)

Igual raciocínio se aplica à alegada ausência de manifestação quanto aos precedentes colacionados, isto é, assim como os argumentos escolhidos pelo contribuinte não necessitam ser, um a um, rebatidos; os precedentes colacionados que tratam de casos com peculiaridades e sujeitos diferentes, não vinculam os julgadores deste processo.

Em conclusão, tem-se que o acórdão recorrido, ratificando o entendimento exposto no relatório fiscal, partiu da premissa de que houve simulação no presente caso, desconsiderando os contratos de compra e venda firmados entre os acionistas da BRACOR e o Grupo Prósperitas, e procedeu ao enquadramento dos fatos em conformidade com tal premissa.

Portanto, não se verifica a ocorrência de qualquer hipótese de nulidade no acórdão recorrido.

III – Do Mérito

Pode-se extrair do relatório acima que a contribuinte fora autuada por ter deixado de oferecer à tributação o ganho de capital auferido na alienação de participações societárias.

A Fiscalização apurou que, mediante a prática de simulação, houve o deslocamento meramente artificial do polo passivo da obrigação tributária da pessoa jurídica para os seus acionistas. Também foi constatada a indevida redução do preço pago. Em face da participação efetiva nos atos praticados e nas decisões da pessoa jurídica, dois acionistas da autuada foram autuados como responsáveis solidários.

A dinâmica da infração foi sintetizada no trecho do Relatório Fiscal a seguir transcrito:

“86. Resumidamente, assim se procedeu a ação:

- A Bracor era quotista (99,99%) das BRCs desde 2006/2007 (anexo II deste Termo).*
- Os acionistas da Bracor na data da alienação das BRCs eram os mesmos desde 2007, de forma direta ou indireta, fl. 3005.*
- Nos anos 2010 e 2011, a Bracor promove 4 cisões de seu patrimônio, nos dias 12/08/10, 30/09/10 e 18/01/11 e 03/06/11, com versão das parcelas do patrimônio cindido às BRCs, conforme detalhado anteriormente.*
- Em virtude da redução de capital da Bracor decorrente das cisões promovidas, seus acionistas receberam quotas emitidas pelas BRCs em substituição às ações que detinham da Bracor.*
- Desta forma, os acionistas da Bracor (até então sócia majoritária das BRCs) deixaram de ter participação indireta nas BRCs e passaram a ter participação direta nas BRCs, como quotistas.*
- Os acionistas da Bracor são pessoas físicas, com cargos de diretoria na Bracor e pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, com exceção do Banco Itaú.*
- Ou seja, num breve lapso de tempo a Bracor reduz seu capital social e, em decorrência, transfere sua participação acionária nas BRCs para seus acionistas e ato subsequente, essas BRCs são alienadas.*
- Desta forma, a Bracor deixa de recolher os tributos sobre ganho de capital na ordem de 34%, substituindo-a por uma alíquota de 15%, pela qual são tributadas as pessoas físicas e as pessoas jurídicas domiciliadas no exterior.*
- Além do deslocamento do polo passivo da obrigação tributária da Bracor para seus acionistas com tributação favorecida, houve também a redução indevida da base de cálculo ao desconsiderar a quitação das dívidas das BRCs como parte do preço de compra”.*

A Fiscalização entendeu que o fato de os ex-acionistas da Bracor figurarem formalmente como vendedores das BRC's e, por via de consequência, serem eles os beneficiados com ganho de capital, ao invés da contribuinte; teria sido fruto de uma simulação, conforme se pode constatar dos trechos do Relatório Fiscal a seguir :

“85. É um caso típico de simulação subjetiva, que envolve a participação de pessoas físicas ou jurídicas, pelo qual se aparenta atribuir direitos a uma determinada pessoa quando a realidade dos fatos se revela totalmente diversa, ou em que se utiliza uma delas ou algumas delas como canal de trânsito de determinados bens ou valores para mascarar o verdadeiro titular ou verdadeiro negócio celebrado.

(...)

122. A operação engendrada pela fiscalizada é legal apenas no seu aspecto formal, mas ilícita na medida em que objetivou unicamente reduzir a carga tributária a que estava sujeita por meio de reorganização societária efetivada com o desvirtuamento total de institutos do direito privado. Pelo exposto, fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada.

123. A Bracor, ao cindir seu patrimônio, sem qualquer motivação extratributária, e consequente transferência das participações nas BRCs para seus acionistas, agiu dolosamente para impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador nascido com a alienação que ela, Bracor, em essência, fez. A conduta dolosa da Bracor é patente, pois ela quis, por meio de uma transferência artificiosa das participações da Bracor nas BRCs para seus acionistas, impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação principal originada pela alienação das participações das BRCs.”

Destarte, tendo havido os contratos de venda e compra de participações societárias então detidas pelos acionistas/quotistas nas BRCs (vendedores) para pessoas jurídicas debaixo do Grupo Prósperitas (comprador) por simulados, a Fiscalização desconsiderou estes contratos no que se refere àqueles que constavam como vendedores, reorientando este polo contratual para nele colocar quem entendeu ter sido o real vendedor, ou seja, o Contribuinte. Disso seguindo-se neste, a apuração de ganho de capital.

A DRJ, ao ratificar as conclusões da Fiscalização, sustenta a existência de simulação relativa no caso em espeque, discriminando que o ato simulado foi a compra e venda de participação societária por parte de acionistas/quotistas; de outro bordo, dissimulado teria sido a compra e venda de participação por parte do Contribuinte, pois este seria o ato desejado desde o início.

A Turma Julgadora “*a quo*”, partindo do acervo reunido pela Fiscalização, deu maior enfoque para as procurações nas quais os ex-acionistas da contribuinte conferiam amplos poderes para esta na negociação do contrato de compra e venda.

Constam no voto do Acórdão recorrido várias perguntas que objetivam deixar claro a descrença do colegiado quanto à verdadeira intenção dos envolvidos na venda das BRCs ao Grupo Prósperitas. Vejamos alguns trechos do Acórdão recorrido:

“18. O caso é de simulação relativa e, assim o sendo, como consequência mínima disso, surgiu para a Fiscalização o dever de apontar o que simulado e o que dissimulado. Ela o fez. Simulada foi a compra e venda de participação societária por parte de acionistas/quotistas; esse o relato, para usar o termo prestigiado na cita acima ao Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Itamar Gaino. Por outro lado, dissimulada foi a compra e venda de participação societária por parte do Contribuinte.

19. E, agora ao cerne de tudo, de onde precisamente retirou a Fiscalização o contra-relato (também para prestigiar a linha de raciocínio do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Itamar Gaino, acima citado) que está a desmentir o relato? Segue:

19.1. Tome-se a cisão datada de 30/09/2010 (fls. 1051/1085; vide parágrafo 8.3 desse Voto). **Se à essa altura os acionistas/quotistas no Contribuinte já eram titulares diretos das posições societárias nas BRCs que vieram de ser negociadas** (venda de tais posições para pessoas jurídicas do Grupo Prospéritas) em 23/12/2010 (fls. 237/273), **então por que ele, Contribuinte, surge como procurador comum de todos aqueles acionistas/quotistas? O natural não seria o Grupo Prospéritas entabular negociações (em 23/12/2010) com os proprietários (desde 30/09/2010) das participações sob interesse? Veja-se a cláusula 2.3 do pertinente contrato de venda e compra de posições societárias (fl. 253), bem que trechos d'um seu anexo (fls. 307/309):**

(...)

19.2. **Por que os poderes então conferidos ao Contribuinte foram marcadas pelos signos da irrevogabilidade e irretratabilidade? Veja-se a cláusula 2.3.2 do pertinente contrato de venda e compra de posições societárias (fl. 253):**

2.3.2. Os poderes referidos no Anexo 2.3 são outorgados à Procuradora dos Vendedores em caráter irrevogável e irretratável em consonância com o disposto no Art. 684 do Código Civil Brasileiro.

19.3. **Poder-se-ia dizer que a explicação desse expediente encontra-se expresso na cláusula 2.3.1 do pertinente contrato de venda e compra de posições societárias (fl. 253):**

2.3.1. Os poderes previsto na Cláusula 2.3 acima são outorgados em vista do e para o propósito de implementar as operações contempladas no presente Contrato, tendo em vista a quantidade de Vendedores e o fato de parte deles serem domiciliados no exterior. [...].

19.4. **Mas, se assim é ou fosse, tem-se aí uma contradição. É que o protocolo de justificação da cisão operada a 30/09/2010 refere a uma particular vantagem na dita cisão (fl. 1061):**

Além disso, a administração da Bracor entende que a cisão, conforme proposta, **garantirá maior flexibilidade em relação aos empreendimentos, permitindo a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades e facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua participação e à eventual alienação dessas Sociedades, no todo ou em parte, conforme julgarem conveniente.**

19.5. Mas como teriam os acionistas/quotistas no Contribuinte liberdade de decisão quanto ao destino de suas participações nas BRCs (eventual alienação incluída) se na execução do instrumento feito para concretizar a venda de tais participações para o Grupo Prospéritas não tinham eles, acionistas/quotistas, gerência alguma, vistos os poderes entregues ao Contribuinte, encastelado que ficou como procurador comum de todos eles, de modo irrevogável e irretratável? Com os poderes antes especificados e assim qualificados, está-se bem além d'um mero instrumento de mandato. Eis um contra-relato (é o Contribuinte que está na posição de vendedor) ao relato ofertado (no sentido de que seriam os acionistas/quotistas a disputarem a posição de vendedores).

19.6. O mesmo se diga (ou se pergunte, como acima feito) sobre a cisão datada de 18/01/2011 (fls. 1086/1198; vide parágrafo 11.4 desse Voto). Se à essa altura os acionistas/quotistas no Contribuinte já eram titulares diretos das posições societárias nas BRCs que vieram de ser negociadas (venda de tais posições para pessoas jurídicas do Grupo Prospéritas) também e no exato dia de 18/01/2011 (fls. 476/516), então porque ele, Contribuinte, surge como procurador comum de todos aqueles acionistas/quotistas? O natural não seria o Grupo Prospéritas entabular negociações (em 18/01/2011) com os proprietários (alçados a essa condição nessa mesma data) das participações sob interesse? Veja-se a cláusula 2.3 do pertinente contrato de venda e compra de posições societárias (fl. 488), bem que trechos d'um anexo (fls. 621/622):

(...)

19.12. O Itaú BBA S.A. aparece como vendedor de suas participações nas BRCs nos dois contratos antes citados (23/12/2010 e 18/01/2011; fls. 237/273, 476/516). Bem, a valer o propósito das cisões havidas em 30/09/2010 e 18/01/2010, isto é, de conferir autonomia de negociação aos acionistas/quotistas, por que é que a referida instituição financeira aceitaria a intermediação do Contribuinte (na figura de procurador com amplos, irrevogáveis e irretratáveis poderes)? Responde Itaú BBA S.A. (fls. 2952/2954) que tal se dera por "exigência dos Compradores, a fim de evitar a necessidade de comunicação com vários vendedores em caso de surgimento de reclamações relativas a eventuais passivos de responsabilidade dos vendedores que viessem a ser identificados após a compra e venda [...]". Mas, pergunta-se, quais "eventuais passivos de responsabilidade dos vendedores" se a venda de suas participações nas BRCs foram livres de quaisquer ônus, isto é, líquidas de dívidas tituladas pelas pessoas jurídicas BRCs? Por outra, quando da operação de venda e compra das mencionadas participações nas BRCs, já ficou estabelecido que a responsabilidade pelos passivos ali presentes (nascidos e registrados contra as pessoas jurídicas BRCs) passaria – e efetivamente passou – para os compradores^{12,13}. Eis mais um contra-relato (é o Contribuinte que está na posição de vendedor) ao relato ofertado (no sentido de que seriam os acionistas/quotistas a disputar a posição de vendedores).

Destaque-se também, a seguinte passagem da decisão recorrida em que a Turma Julgadora destaca a possibilidade de que o próprio contribuinte fizesse a venda das participações societárias nas BRC's diretamente ao Grupo Prospéritas, ao utilizar o

exemplo em que o contribuinte vendeu a participação que detinha na BRC XXI – Empreendimentos Imobiliários Ltda. com Tulipa LLC (Delaware – EUA) em 01/06/2011 (fls. 755/783):

“19.17. Não havia obstáculo negocial à possibilidade de o próprio Contribuinte vender suas participações societárias nas BRCs ao Grupo Prospéritas, isso ao invés de dar curso a cisões de parcelas de seu patrimônio correspondentes a tais participações e, por decorrência de redução do capital social, promover a troca de participações de seus acionistas/quotistas em seu capital por participação deles no capital das BRCs. Isso tanto é verdade que o Contribuinte fechou contrato de venda de sua participação societária na BRC XXI - Empreendimentos Imobiliários Ltda. com Tulipa LLC (Delaware - EUA) em 01/06/2011 (fls. 755/783). É um contra-relato (é o Contribuinte que está na posição de vendedor) ao relato ofertado (no sentido de justificar a necessidade negocial de se colocar os acionistas/quotistas na posição de vendedores).”

Por fim, não se pode deixar de mencionar a conclusão a que chegou a PGFN, quanto à simulação apurada nestes autos:

*“Em vista do que fora apresentado, fica clara a simulação apurada pelo lançamento. Embora as partes envolvidas tenham declarado a venda das BRC's pelos acionistas da BRACOR, na realidade tal alienação foi realizada pela própria BRACOR. **Como visto, todos os requisitos de um alienante foram observados pela BRACOR, com exceção, por óbvio, do recebimento do preço, que é justamente o núcleo do planejamento orquestrado.***

A BRACOR foi a responsável: pelo desenvolvimento dos empreendimentos detidos pelas SPE's; pela negociação das sociedades; pela concretização da venda; pelos direitos e obrigações decorrentes da venda. Outrossim, de acordo com o contrato social da BRACOR, a venda das SPE's por essa sociedade era a atividade esperada, pois correspondia à conclusão de sua atividade.

Contudo, em face da realização de reduções de capital completamente ilegais e a celebração de uma procuração que na realidade procurava neutralizar os efeitos de tais reduções, as partes defendem que seja oposta contra o Fisco tal situação inquestionavelmente irreal.

Portanto, a simulação é evidente. A divergência entre as vontades real e declarada é inequívoca. E, por último, a exclusiva finalidade fiscal é incontestável.

Com efeito, por meio da declaração de reduções de capital que nunca existiram na realidade, as partes procuraram atrair de maneira artificial a incidência do artigo 22 da Lei nº 9.249/1995 e assim deslocar o polo passivo do ganho de capital a ser tributado para pessoas submetidas a alíquota menor. Contudo, não tendo havido verdadeiras devoluções de capital, não há que se falar na aplicação do referido dispositivo. No presente caso não houve devolução de capital, mas sim deslocamento de resultado.

Dessa forma, como apurado pelo lançamento, houve simulação subjetiva pois as partes alteraram apenas aparentemente a alienante das BRC's. E, para tanto, declararam a realização de reduções de capital inexistentes, fizeram com

que os acionistas assinassem os contratos de compra e venda como se vendedores fossem, e firmaram procurações que visavam a anular os efeitos indesejáveis causados pela transferência formal da propriedade das BRC's.

Em termos concretos, vê-se que o resultado obtido pelas partes é igual à venda das BRC's pela BRACOR com a transferência do resultado para os seus acionistas. Nesse diapasão, vale destacar que a alegação dos autuados de que não houve planejamento em face da ausência do retorno dos recursos a BRACOR não é passível de afastar a conclusão de que houve simulação. Como dito, basta ver que os recursos foram enviados aos acionistas. Assim, o interesse econômico das partes não era reduzir a tributação do ganho exclusivamente pela BRACOR, o que ocorreria caso os recursos tivessem retornado à sociedade. O interesse era comum entre as partes, onde os acionistas da BRACOR, no lugar de promover a venda das BRC's pela sociedade e posteriormente auferir o resultado das alienações por meio de dividendos, por exemplo (claro, se houvesse lucros acumulados ou reserva de lucros para tanto) "optaram" por declarar uma redução de capital inexistente e assim vender diretamente os empreendimentos e tributar o ganho por uma alíquota reduzida."

Passo à análise da autuação.

Como visto, em nenhum momento a Fiscalização comprova – ou a DRJ e a PGFN conseguem sustentar – que a Bracor de fato se evadiu da tributação de 19% [resultante da diferença da alíquota do imposto de renda aplicável às pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil (34%), e a alíquota do mesmo gravame aplicada ao ganho de capital das pessoas físicas e pessoas jurídicas domiciliadas no exterior – exceto paraísos fiscais (15%)] sobre o ganho de capital auferido.

Isto porque, não houve a comprovação de que os acionistas tivessem reinvestido na Contribuinte, o lucro auferido com a venda das BRC's.

Ora, se o propósito das operações de cisão era evadir-se de tributação, simulando uma situação em que a alienação era procedida pelos acionistas (que se submeteriam a uma alíquota menor), por óbvio que a simulação só estaria completa se os valores fossem reinvestidos na Recorrente.

Esta é a lógica do imposto de renda incidente sobre os ganhos de capital, que tem em seu critério material o verbo “auferir”, acompanhado do complemento “ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza”. Vejamos o disposto no art. 117, do RIR/99. Vejamos:

*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.” (grifos)*

O próprio TVF reconhece que foram os acionistas da Recorrente que receberam os valores das vendas das BRC's. Senão, vejamos (fl. 30 do TVF):

"112. Deduz-se das disposições contratuais constantes dos Contratos de Compra e Venda firmados nos AC 2010 e 2011, fls. 244 a 936, que os acionistas da Bracor, do ponto de vista

estritamente formal, alienaram para o grupo Prosperitas, Credit Suisse e o Sr. Carlos Betancourt, as cotas das BRCs, obtidas em decorrência da cisão do patrimônio promovida pela Bracor (vide tabela item 81 deste Termo).

113. Em face dessa 'alienação', cada uma dessas pessoas ligadas (pessoas físicas ou pessoas jurídicas domiciliadas no exterior) identificadas como vendedores contratuais apurou seu respectivo ganho de capital na DIRPF do ano-calendário de 2010 e 2011 ou teve retido o IRRF (Imposto Retido na Fonte), conforme detalhado no Anexo III deste Termo." (grifos nossos)

Logo, como atestado pela própria Fiscalização, foram os acionistas (“vendedores contratuais”) portanto, aqueles que praticaram o fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital previsto na hipótese do art. 117, RIR/99.

Se pudessemos cogitar a existência de algum benefício pretendido na simulação dos contratos de compra e venda das BRC's, este benefício teria sido aquele, porventura obtido pelos acionistas (“vendedores contratuais”), caso a tributação do ganho de capital na pessoa física fosse mais benéfica, do que se o resultado fosse tributado a título de distribuição de dividendos da sociedade.

No entanto, mesmo no caso descrito acima, o polo passivo da obrigação tributária constituída deveria ser composto pelos acionistas, e não pelo contribuinte aqui autuado.

Na simulação relativa, segundo Silvio Rodrigues (Direito Civil: parte geral. 41. Ed., v. 1) há dois negócios jurídicos “um, simulado, ostensivo, aparente, que não representa o íntimo querer das partes; e outro, dissimulado, oculto, que justamente constitui a relação jurídica verdadeira”. É também denominada dissimulação.

Nas palavras de Maria Rita Ferragut (As Provas e o Direito Tributário: teoria e prática como instrumento para a construção da verdade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2016):

“(...)dissimular é disfarçar, fingir, ocultar, encobrir. Disfarça-se uma realidade jurídica (ato ou negócio formalmente realizado), ocultando-se outra que é a efetivamente praticada (ato ou negócio dissimulado, para os fins de diminuir, ou até mesmo eliminar, a carga tributária.” (g. n.)

Ora, se o contribuinte tencionava evadir-se de oneração tributária através da prática de um ilícito, a Fiscalização deveria ter comprovado que os lucros obtidos pelos acionistas, e já tributados na pessoa física sob uma alíquota menor, tivessem retornado ao patrimônio do contribuinte.

Apenas se isto fosse comprovado, é que poderíamos perquirir quanto à hipótese da ocorrência, ou não, de simulação. Isto porque, a este ponto a Fiscalização teria demonstrado que o contribuinte teria tido uma economia de 19% (34% - 15%) na tributação do IR sobre ganho de capital.

Contudo, o Relatório Fiscal apenas desqualifica um contrato de compra e venda para, a partir de presunção, imputar um suposto benefício ilícito. Entretanto, a mencionada imputação é vaga pois desacompanhada da devida comprovação de que o contribuinte tenha, efetivamente, fruído do benefício decorrente da simulação.

Repisa-se, a Fiscalização deveria comprovar que o contribuinte se beneficiou, de fato, de menor carga tributária através de atos simulados.

Diversamente, neste caso pode-se afirmar que não houve a diminuição da carga tributária, justamente porque não houve prática do fato gerador pela Recorrente. Houve sim, a prática do fato gerador (auferir ganho de capital) pelos acionistas, os quais foram tributados nas estritas conformidades da lei.

Logo, a inexistência de prática do fato gerador, cumulado com a falta de provas a demonstrar que a Recorrente tenha efetivamente se beneficiado, financeira ou economicamente, de um suposto negócio simulado, por si só, já seria motivo suficiente para cancelar os autos de infração em tela, sem a análise da ocorrência da hipótese de simulação.

Não obstante isso, cabem algumas considerações quanto aos contra-argumentos utilizados pelo Fisco para caracterizar a simulação tanto no procedimento, quanto no processo administrativo tributário, pois entendo que os indícios reunidos não são aptos à comprovação da simulação imputada.

Como primeiro ponto, registro não caberem ponderações quanto à ausência, ou presença, de motivação extratributária para as cisões, e a consequente transferência das participações nas BRCs para seus acionistas, pois o Fisco não tem a prerrogativa de ditar ou desconsiderar a forma como os contribuintes se organizam para praticar o fato gerador; ressalvado, por óbvio, a comprovação da prática de fraude ou simulação.

Nesse sentido inclusive, este Conselho já considerou legítimo o direito de o contribuinte organizar seus negócios de forma mais eficiente. Vejamos:

“CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ART. 565, CÓDIGO CIVIL. PROPÓSITO NEGOCIAL. ANÁLISE. DESCABIMENTO.

Os contratos de locação de veículos automóveis não podem ser desconsiderados quando atendidos os requisitos previstos no art. 565, do Código Civil, ou seja, a cessão de coisa a outrem; por tempo determinado ou não; coisa não fungível e mediante certa retribuição. Afasta-se a possibilidade de desconsideração do contrato com base na alegada inexistência de propósito comercial, por inexistir de disposição legal a determinar, identificar, ou apontar o que deva ser tido por “propósito comercial”; do mesmo modo, não cabe à autoridade fiscal a discrecionariade de apontar em quais operações existe e em quais não existe proposta comercial. (Acórdão nº 1302-003.159, Sessão de 16 de outubro de 2018.)

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXTRATRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO COMPLEXA E DE LONGA DURAÇÃO. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO. CONTEÚDO ECONÔMICO E OBJETIVOS EMPRESARIAIS CLAROS. AUSÊNCIA DE ILÍCITOS OU ABUSOS.

O simples emprego de companhias holdings em estrutura de aquisição de investimento, ainda que com a finalidade de viabilizar e promover a compra de participações societárias, denominadas empresas veículo, não basta para justificar a glosa do ágio verificado em tais operações.

A alocação de recursos e investimentos em empresa controlada não operacional, principalmente quando procedida por grupos estrangeiros que almejam participar do mercado brasileiro, é manobra não só lícita, como também justificável e costumeira, dentro da dinâmica de um mercado globalizado.

Deve ser verificada, de forma concreta e objetiva, a presença dos requisitos econômicos, financeiros e contábeis da formação do ágio, à luz das previsões dos artigos 385 e 386 do RIR/99, para o seu devido aproveitamento como despesa dedutível, independentemente das formas e modelos negociais adotados, desde que lícitos.

A reorganização empresarial, procedida nos termos dos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532/97, mesmo envolvendo incorporação de empresas veículo e a chamada incorporação reversa, desde que não tenha como resultado o aparecimento de novo ágio, não constitui economia de tributos por meio ilícito ou abuso.

A desconsideração de atos e negócios jurídicos do contribuinte é medida extrema e excepcional. Cabe ao Fisco a demonstração específica, devidamente comprovada, de que determinada vantagem fiscal foi obtida através da prática de atos ilícitos ou simulados, dentro dos moldes dos institutos de Direito Civil e de Direito Comercial brasileiros.

Acusações de simulação e fraude não podem se valer apenas da rotulação das formas jurídicas adotadas pelo contribuinte como manifestamente defeituosas ou viciadas, independentemente de seu efetivo conteúdo e dos efeitos realmente verificados.
(Acórdão n.º 1402-002.740, Sessão de 19 de setembro de 2017)

“PIS. REGIME MONOFÁSICO. PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO ABSOLUTA.
DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS.

ART. 116, P.U. DO CTN. UNIDADE ECONÔMICA. ART. 126, III, DO CTN. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não se configura simulação absoluta se a pessoa jurídica criada para exercer a atividade de revendedor atacadista efetivamente existe e exerce tal atividade, praticando atos válidos e eficazes que evidenciam a intenção negocial de atuar na fase de revenda dos produtos.

A alteração na estrutura de um grupo econômico, separando em duas pessoas jurídicas diferentes as diferentes atividades de industrialização e de distribuição, não configura conduta abusiva nem a dissimulação prevista no art. 116, p.u. do CTN, nem autoriza o tratamento conjunto das duas empresas como se fosse uma só, a pretexto de configuração de unidade econômica, não se aplicando ao caso o art. 126, III, do CTN. (Acórdão nº 3403002.519, 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária. Sessão de 22 de outubro de 2013.)

Outrossim, tem-se que a operação de redução de capital da Bracor não é prova de ilicitude, na medida em que atende às previsões existentes na legislação, e, no limite, somente poderia ser desconsiderada com base em conceitos ainda não amparados na legislação tributária vigente (abuso de direito ou abuso de forma), conforme já explanado.

A jurisprudência do CARF, em sua maioria, tem referendado operações semelhantes de redução de capital com devolução de participação em controladas aos acionistas pessoas físicas e posterior alienação de tal participação, conforme demonstram os seguintes julgados:

"REDUÇÃO DE CAPITAL. ENTREGA DE BENS E DIREITOS DO ATIVO AOS SÓCIOS E ACIONISTAS PELO VALOR CONTÁBIL. PROCEDIMENTO LÍCITO.

É vedado à autoridade administrativa alterar o regime de tributação adotado para, desconsiderando-o, tributar o ganho de capital na pessoa jurídica que promoveu a devolução de capital aos acionistas, alegando que a carga tributária aplicável seria mais elevada. A própria lei autoriza ao contribuinte optar pela tributação na pessoa física, sujeita a carga tributária inferior, conforme dispõe os artigos 22 e 23, da Lei nº 9.249/1995. Trata-se de norma indutora de comportamento.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. INOCORRÊNCIA.

São legítimos os atos praticados pelo contribuinte quando estes são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados e sua dinâmica operacional/negocial. Não há dúvidas de que as operações em análise observaram as disposições do artigo 22, da Lei nº

9.249/95 e, para superação questões operacionais e de imagem da Neogama (governança e transparência corporativa), a redução de capital veio como alternativa legítima e eficiente." (Acórdão nº 1201-002.584 - 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 21 de setembro de 2018, Redatora designada Conselheira Gisele Barra Bossa)

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

A redução do capital social deve ser de competência exclusiva da Assembleia Geral, desde que não haja prejuízos a credores, e não seja hipótese de fraude ou simulação. Assim, apenas os acionistas, que assumem o risco do negócio, possuem legitimidade para definir o montante necessário para continuar as atividades de sua empresa." (Acórdão nº 1301-003.023 - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 16 de maio de 2018, Relatora Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto)

"VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA RECEBIDA PELOS SÓCIOS APÓS OPERAÇÃO DE REDUÇÃO DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO. PLANEJAMENTO LEGÍTIMO.

Restando comprovado que a negociação da participação societária foi de fato e de direito realizada pelas pessoas físicas (ausência de simulação), bem como que a redução de capital com entrega de participação aos sócios produziu as consequências jurídicas normalmente esperadas para este tipo de operação (negócio dotado de "causa"), não há base para que o fisco desconsidere os efeitos tributários a pretexto de tributar os atos segundo o que, no seu entender, seria o seu desfecho previsível." (Acórdão nº 1401-002.347 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, da 1ª Seção de Julgamento do CARF, sessão de 10 de abril de 2018, Relatora Conselheira Livia de Carli Germano)

De forma semelhante, entendo que as procurações outorgadas à Contribuinte não são indícios aptos à comprovação de uma simulação nos contratos de compra e venda que originaram o ganho de capital.

De um lado, o próprio TVF já havia consignado, conforme resposta do Banco Itaú BBA, que a outorga de procurações para que a Contribuinte tivesse amplos

poderes de negociação foi uma solicitação/exigência do Grupo Prósperitas (comprador) e não da Recorrente (suposta vendedora). Vejamos:

"61. Aliás, não só anuência como foi uma exigência dos compradores do Grupo Prosperitas, conforme informação do acionista Itaú BBA em resposta ao Termo de Diligência 01, fl. 295 2 a 2954, o qual reproduzimos a seguir:

'Com relação à procuração de que trata o Contrato de Compra e Venda das ações das BRCs, esclarecemos que a referida procuração foi outorgada por exigência dos Compradores, a fim de evitar a necessidade de comunicação com vários vendedores em caso de surgimento de reclamações relativas a eventuais passivos de responsabilidade dos vendedores que viessem a ser identificados após a compra e venda, conforme cláusula 2.3 do Contrato de Compra e Venda e descrito abaixo:' (Fl. 15 do TVF - g.n.)

No mesmo sentido, a cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade não seria apta a infirmar a validade dos negócios, pois esta teria sido constituída para o propósito de implementar as operações contempladas no presente Contrato, tendo em vista a quantidade de Vendedores e o fato de parte deles serem domiciliados no exterior, conforme consta na cláusula 2.3.1 do pertinente contrato de venda e compra de posições societárias (fl. 253).

As duas exigências descritas acima são, a meu ver, razoáveis, pois buscam prevenir o comprador das dificuldades que o negócio com vários interlocutores – das mais variadas formas, e situados nos lugares longínquos – pudesse representar.

Ademais, cumpre registrar que a Fiscalização não conseguiu trazer provas capazes de desqualificar a veracidade das informações colhidas em seu próprio trabalho fiscal.

Em resumo: as presunções e suposições quanto ao motivo por que o Contribuinte tenha surgido como procurador comum de todos aqueles acionistas/quotistas, no meu entendimento, não são suficientes para contrapor o fato de que a simulação não restou comprovada, em razão da ausência de comprovação do reinvestimento ou internalização dos ganhos/lucros obtidos com a alienação das BRC's ao patrimônio do contribuinte.

Desse modo, restam esvaziadas as demais discussões quanto a (i) redução indevida da base de cálculo ao desconsiderar a quitação das dívidas das BRCs como parte do preço de compra; (ii) multas; (iii) juros sobre multas e (iv) responsabilidade solidária; (v) preliminares de nulidade.

IV – Conclusão

Conforme o exposto, rejeito as preliminares suscitadas, para no mérito, DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, cancelado a presente autuação e os Termos de Sujeição Passiva Solidária, decorrentes dos Autos de Infração ora entelados.

É como voto.

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator

Voto Vencedor

Maria Lúcia Miceli - Redatora Designada

O presente lançamento decorre de planejamento tributário, no qual a autoridade fiscal concluiu que a transferência das participações societárias detidas pela autuada - denominada neste voto por BRACOR, para seus acionistas, após cisão de seu patrimônio, teve a intenção de reduzir a tributação sobre o ganho de capital, significando uma economia tributária com a redução do percentual de 34% (tributação da pessoa jurídica) para 15% (tributação da pessoa física). A multa de ofício foi qualificada para 150%, e houve a responsabilização dos sócios pessoas físicas, com base no artigo 135, inciso III do CTN. Além disso, também foram lavradas multas isoladas pela falta de pagamento das estimativas devidas, tratando-se de tributação pelo lucro real, apuração anual.

O nobre relator, como de praxe, em seu voto brilhantemente articulado e fundamentado, afastou as preliminares de nulidade, e deu provimento ao recurso voluntário para cancelar na totalidade o lançamento, assim como os Termos de Sujeição Passiva Solidária.

Entretanto, ousou divergir do entendimento do relator, por entender que houve planejamento tributário, cabendo a qualificação da multa de ofício para 150%, mas devendo o crédito tributário lançado ser compensado com os recolhimentos a título de ganho de capital efetuado pelos vendedores (os sócios) incidentes sobre estas operações. Também entendo ser procedente o lançamento das multas isoladas pela falta de recolhimento das estimativas, já que não existe concomitância, assim a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Por fim concluo que deva ser mantida a imputação da responsabilidade solidária aos sócios, com fundamento no artigo 135, inciso III do CTN. Passo, então, a expor os fundamentos de minha divergência.

A seguir, de uma forma bem resumida, a BRACOR entende como pontos essenciais que seriam suficientes para infirmar a presente autuação:

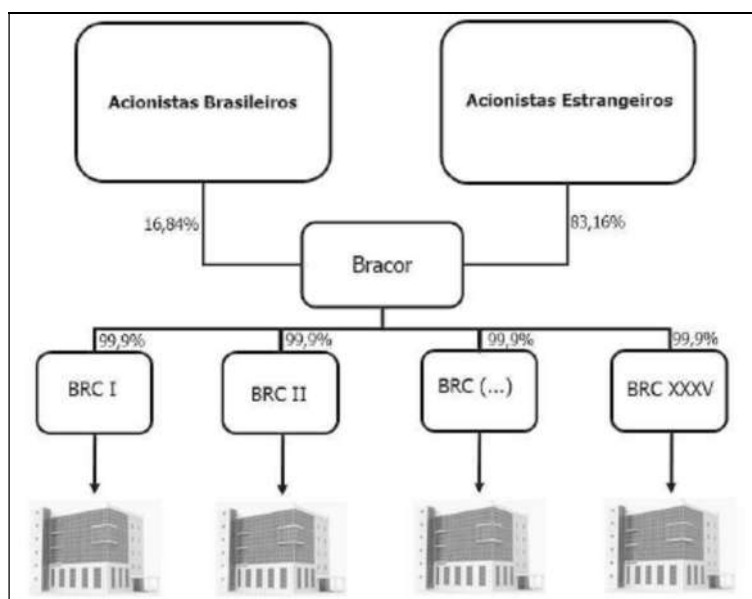
1) A existência de propósito comercial nas reorganizações societárias, como:

a) busca pela segregação de ativos e a colocação destes em um fundo de investimentos

-
- b) a intenção dos acionistas de investir na BRACOR para aproveitar a sua expertise no nicho de incorporação imobiliária e, anos depois, obter, para si, a liquidez de tais investimentos, o que se comprova pela ausência de reinvestimentos na BRACOR.
- c) a mitigação de eventual risco de conflitos de interesses bem como a conferência de maior governança corporativa na condução dos negócios.
- 2) a reorganização societária questionada configura uma opção legal e é admitida por este CARF em diversos julgados.
- 3) o fato gerador no presente caso é auferir o ganho/ter o efetivo acréscimo patrimonial e a BRACOR nunca recebeu os valores decorrentes das alienações das BRCs.
- 4) não pode ocorrer ingerência do Fisco sobre os negócios particulares.
- 5) a intenção de se alienar era dos acionistas da BRACOR.
- 6) a alienação da BRC XXI pela BRACOR ocorreu por esta se encontrar em situação particular.
- 7) a multa qualificada no percentual de 150% não poderia ser aplicada, uma vez que a BRACOR prestou todas as informações requeridas pela autoridade fiscal, registrou todos os seus atos nos órgãos competentes, deu-lhes a devida publicidade e não auferiu qualquer benefício econômico.

Pois bem. A BRACOR relata que tem como objeto social a identificação, aquisição, desenvolvimento, manutenção, administração e/ou alienação de unidades imobiliárias industriais, comerciais ou de escritórios. Esclarece que passou a organizar seus empreendimentos em Sociedades de Propósito Específico (SPE), tendo como particularidade o fato de que possuem como propósito específico o desenvolvimento de um único empreendimento imobiliário previamente definido. Usando este modelo, o aporte de recursos do investidor se dá por meio de subscrição e integralização das cotas sociais ou ações da SPE, a depender do tipo societário, tornando-se sócio do empreendimento. Nestes termos, a responsabilidade do investidor é limitada na proporção do capital social, ocorre a segregação de riscos inerentes a cada obra, além de possibilitar diferentes tipos de financiamentos conforme o caso.

Portanto, a organização societária adotada pela BRACOR para o exercício de sua atividade econômica, com a criação de diversos empreendimentos vinculados às SPE denominadas de BRC I a BRC XXXV, foi assim demonstrada no recurso voluntário:



Conclui afirmando que a criação das BRC pela BRACOR ocorreu à luz de todo o regramento jurídico que rege a atividade de incorporação imobiliária, possibilitando uma melhor capacidade de gestão dos empreendimentos no que se refere à segregação de riscos e aumento da diversidade de financiamentos, bem como oferecendo uma maior transparência e segurança aos investidores e compradores que se relacionavam com a BRACOR.

Neste ponto, a BRACOR registra em sua defesa que não houve por parte da fiscalização e da DRJ qualquer questionamento quanto à sua estruturação dos negócios, com a criação das diversas BRCs. E sequer poderia. Como a própria BRACOR afirma, o Fisco não pode ingerir na forma em que o contribuinte estrutura e promove os seus negócios. Se optou por segregar seus empreendimentos em diversas SPEs, não pode a Administração interferir com qualquer ato em sua organização, determinando que adote outro modelo de negócios.

De fato, própria BRACOR inicia sua defesa explicando que a legislação instituiu uma sistemática de proteção patrimonial denominada de "patrimônio de afetação", previsto no artigo 31 A da Lei nº 4.591/64, com redação dada pela Lei nº 10.931/2004, que possui, inclusive, regime próprio de tributação, semelhante ao SIMPLES, permitindo recolhimento único que abrange IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Entretanto, a BRACOR, por intermédio de seus sócios, preferiu utilizar as SPEs por entender que teria vantagens gerenciais e financeiras.

Ora, se por um lado o Fisco não pode interferir na gerência dos negócios do contribuinte, de outra parte, me questiono se é possível o contribuinte intervir na sua estrutura negocial somente para reduzir os tributos. Este é o ponto central dos autos, que perpassa necessariamente pela análise da reorganização societária que ocorreu a partir de 12/08/2010.

É necessário ressaltar que a **escolha do modelo societário define a forma de tributação** quando da venda dos empreendimentos imobiliários. De acordo com o modelo adotado, a BRACOR é sócia majoritária, detentora de 99,9% das ações de cada BRC. Assim, **no curso normal do exercício de seus negócios**, quando da alienação da participação da BRC, e considerando que a BRACOR optou pelo lucro real anual, com cálculo mensal de estimativas, **caberia a tributação do ganho de capital auferido, nos termos do artigo 418 e**

426 do RIR/99, com a incidência da alíquota de 34 %. Este seria o desfecho esperado quando da realização de seu negócio, frisando que o objeto social da BRACOR é a identificação, aquisição, desenvolvimento, manutenção, administração e/ou alienação de unidades imobiliárias industriais, comerciais ou de escritórios.

E é com base nessa premissa que concluo não ter cabimento o argumento de defesa da BRACOR de que seria válida uma reorganização societária com a finalidade de transferir os ganhos de capital da pessoa jurídica para a pessoa física - com a redução da tributação - tendo por fundamento legal o artigo 22 da Lei nº 9.249/95. Diferente do que alega a BRACOR, este dispositivo legal não é uma disposição autorizativa que permite ao contribuinte escolher qual a forma que irá tributar seu ganho de capital quando da venda de algum ativo. O artigo 22 da Lei nº 9.249/95 tão somente disciplina a tributação de ganho de capital e a avaliação de bens entregues a sócio ou acionista como devolução de capital societário. Considerando o contexto histórico, este dispositivo veio pacificar o tratamento tributário acerca da dissolução de sociedade com devolução de capital em bens e direitos ao titular, sócio ou acionista, reduzindo as vias de planejamento fiscal e integrando a tributação das pessoas físicas e jurídicas.

Neste contexto, é temeroso afirmar que este dispositivo seria uma autorização de opção legal, entre realizar ganho de capital na pessoa jurídica ou na pessoa física, permitindo diversos planejamentos tributários como se constata nos casos destes autos. Em nenhum momento o artigo 22 da Lei nº 9.249/95 autoriza a devolução de um bem, que sempre pertenceu a pessoa jurídica, para que ele seja alienado pela pessoa física do sócio. Como dito antes, primeiro se define o modelo de negócio que certamente afetará o fato gerador, determinando quem é sujeito passivo da obrigação tributária, a base de cálculo e a legislação a ser aplicada. No caso concreto, foi escolhida pela BRACOR o modelo já descrito neste voto, sendo ela o sujeito passivo da obrigação tributária que surge com a venda das BRCs, uma vez que possui a participação de 99,9 % das mesmas. Jamais o artigo 22 da Lei nº 9.249/95 se prestará para justificar qualquer reorganização societária para tão somente permitir que a tributação do ganho de capital seja transferido da pessoa jurídica para a pessoa física do sócio.

Tanto que, como bem frisou o auditor fiscal no Termo de Verificação Fiscal, houve a alienação da BRC XXI para a TULIPA LLC, em 01/06/2011, diretamente pela BRACOR, na qualidade de sócia majoritária. Ou seja, o fato gerador ocorreu dentro do modelo de negócio escolhido, tendo como sujeito passivo da obrigação tributária a BRACOR, na qualidade de alienante da maior parte das ações, devendo ser aplicado o disposto nos já citados artigos 418 e 426 do RIR/99. E, de fato, restou consignado no TVF, item 63, que o ganho de capital obtido com esta venda foi devidamente calculado e contabilizado na conta contábil 331300.

A BRACOR vem justificar no recurso que a alienação da BRC XXI para a Tulipa LLC teria envolvido uma situação particular esclarecida durante a ação fiscal, assim como na impugnação. Afirma que o lançamento estaria pautado no total inconformismo do fisco e da DRJ pela forma que ocorreu a reestruturação societária e a venda das demais BRC.

De fato, a BRACOR esclareceu qual foi o motivo para a venda da BRC XXI. E poderia ter sido qualquer outro motivo, não importa qual. O que foi destacado no TVF é que, de todas as BRC, no total de trinta e cinco, apenas uma venda se deu na forma que seria esperada no curso normal de seu negócio, considerando a estrutura organizacional adotada. As demais vendas ocorreram através de seus sócios, procedimento que só foi possível por

causa das várias cisões do patrimônio da BRACOR, reduzindo seu capital com a entrega das participações das BRC aos seus sócios.

E, então, a pergunta: a reorganização societária era necessária, ou foi mero artifício para permitir a tributação do ganho de capital pela regra do artigo 22 da Lei nº 9.249/95, na pessoas física dos sócios, com aplicação da alíquota de 15%, ao invés da tributação na BRACOR, pessoa jurídica, cuja alíquota totaliza 34 % ?

De acordo com a defesa, houve propósito negocial nas vendas das BRC realizadas pelos acionistas da BRACOR, e as reduções de capital foram legítimas e válidas, não tendo sido realizadas de maneira simulada e com a exclusiva finalidade de reduzir a alíquota a ser aplicável ao ganho de capital.

Para dirimir a questão, me valho do irreparável trabalho do auditor fiscal, que fez um exame pormenorizado de cada cisão ocorrida, afastando todas as justificativas apresentadas, concluindo que a reorganização societária não era necessária. Da mesma forma, nas contrarrazões apresentadas, a Procuradoria da Fazenda Nacional faz uma análise completa acerca das reduções do capital e entrega da participação das BRC aos sócios, concluindo que estas operações que não encontram respaldo na legislação societária (artigo 173 da Lei nº 6.404/76) e na doutrina, pois há limitação, em função do Princípio da Imutabilidade, uma vez que capital social deve garantir tantos os interesses dos acionistas como dos credores da sociedade. Assim, a partir do citado Princípio, o capital social somente pode ser reduzido nos casos de absorção de prejuízos e de capital excessivo, e jamais de acordo com o livre interesse dos sócios, sob pena de prejudicar os interesses dos credores da sociedade.

Além disso, concordou com todos os pontos levantados pelo auditor fiscal, também afastando as justificativas apresentadas para a reorganização societária que ocorreu com a cisões.

De forma resumido, elaborei tabela onde destaco as justificativas utilizadas para cada cisão, e faço meus comentários logo a seguir:

Data da Cisão	Protocolo e Instrumento de Justificação de Cisão Parcial
12/08/2010 Redução do capital em R\$ 75.867.823,00	=> os sócios e a BRACOR entenderam ser conveniente a segregação dos empreendimentos imobiliários de escritório e de varejo dos empreendimentos imobiliários industriais e de logística, => a cisão conforme proposta mostrou-se vantajosa, pois permitirá, além da segregação das atividades, a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades, facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua participação e à eventual alienação dessas Sociedades, no futuro, no todo ou em parte
30/09/2010 Redução do capital em R\$ 158.862.936,00	=> que as Sociedades são proprietárias de imóveis, nos quais foram desenvolvidos empreendimentos imobiliários de natureza industrial e de logística, os quais se encontram concluídos na presente data. => que a Bracor como sociedade holding, também detém participações societárias em outras sociedades, detentoras de imóveis nos quais se encontram em desenvolvimento empreendimentos imobiliários de natureza industrial e de logística,

	<i>que demandam maior intervenção da Bracor, seja na supervisão da construção de tais empreendimentos, seja no aporte dos recursos necessários para o término das obras.</i> <i>=> a cisão (...) se justifica uma vez que certos empreendimentos imobiliários de natureza industrial e de logística cuja construção encontra-se concluída e cujos respectivos instrumentos de financiamento permitam o pré-pagamento ou, ainda, cujos desenvolvimentos já tenham atingido um ponto de equilíbrio ou de consolidação (e que, portanto, requerem menor intervenção da Bracor nos mesmos) devem ser segregados dos demais empreendimentos imobiliários que ainda encontram-se em fase de construção, com financiamentos que inviabilizam o pré-pagamento ou, ainda, em fase da maturação e desenvolvimento (...) pois fará com que a Bracor administre de maneira mais eficiente tais empreendimentos imobiliários ainda em desenvolvimento, concentrando maiores esforços sobre eles.</i> <i>=> a cisão (...) garantirá maior flexibilidade em relação aos empreendimentos, permitindo a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades e facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua participação e à eventual alienação dessas Sociedades,</i>
18/01/2011 Redução do capital em R\$ 236.707.404,00	<i>=> a cisão (...) é a forma mais adequada para atingir o objetivo de segregar os empreendimentos imobiliários em desenvolvimento ou desenvolvidos pelas Sociedades dos demais empreendimentos em que a Bracor detém participação.</i> <i>=> garantirá maior flexibilidade em relação aos empreendimentos a serem segregados, permitindo a participação direta dos acionistas da Bracor nas Sociedades e facilitando a tomada de decisão de cada um em relação à sua participação e à eventual alienação dessas Sociedades,</i>

É possível perceber que em todos os Protocolos possuem duas justificativas mais importantes:

a) a cisão permitiria **a segregação dos empreendimentos**, permitindo uma maior administração da BRACOR.

Ora, mas não foi exatamente esta justificativa para adoção do modelo estrutural, consignado no início do recurso voluntário, no qual a recorrente explica porque cada empreendimento estava vinculado a uma Sociedade Propósito Específico? Como pode agora querer justificar uma cisão com o objetivo de atingir uma situação que já existia desde o início, anos-base de 2006 e 2007? Todos os empreendimentos já estavam segregados para que, nas palavras da própria BRACOR, permitisse uma melhor capacidade de gestão:

Nesse cenário, exatamente de acordo com a "nova" legislação, a Recorrente constituiu, nos anos de 2006 e 2007, diversas SPEs denominadas "BRC", com essa sigla seguida do numeral I a XXXV, cujo

objetivo era segregar diversos empreendimentos imobiliários que estavam sob a sua condução.

*Como se pode perceber, a criação das BRCs pela Recorrente ocorreu à luz de todo o regramento jurídico que rege a atividade de incorporação imobiliária no Brasil, possibilitando uma **melhor capacidade de gestão dos empreendimentos no que se refere à segregação de riscos e aumento da diversidade de financiamentos**, bem como oferecendo uma **maior transparência e segurança** aos investidores e compradores que se relacionavam com a Recorrente.*

Como bem apontou a PFN nas contrarrazões, *em que pese a utilização da palavra "segregar", o que os acionistas promoveram foram a retirada desses empreendimentos da BRACOR (recorrente), pois indiscutivelmente eles foram extirpados do patrimônio da sociedade. Contudo, "segregar" não pode ser confundido com "retirar".*

Ora, as BRC foram desenvolvidas com recursos e esforços da BRACOR ao longo dos anos de 2006/2007 com o objetivo de auferir lucro. Entretanto, quando é chegada a hora da concretização do seu objetivo social - a venda do empreendimento imobiliário concluído (ou em vias de) - este fato é um dos motivos para que ocorra a cisão. Esta constatação fica ainda mais patente na segunda cisão, como exposto a seguir.

No protocolo da segunda cisão consta que, considerando que "*as Sociedades são proprietárias de imóveis, nos quais foram desenvolvidos empreendimentos imobiliários de natureza industrial e de logística, os quais se encontram concluídos na presente data*", e que as demais sociedades (BRC) "*demandam maior intervenção da Bracor, seja na supervisão da construção de tais empreendimentos, seja no aporte dos recursos necessários para o término das obras*", estes fatos seriam a justificativa para a cisão com a redução do capital. Ora, mas não é exatamente este o negócio da BRACOR, e na estrutura organizacional adotada ?

Ainda justificando a reorganização societária, a defesa esclarece que o principal objetivo dos acionistas, ligados ao setor de "private equity", seria o investimento na BRACOR, aproveitando sua expertise na incorporação imobiliária, por meio das BRCs. Após essa etapa, o foco dos investidores seria agregar liquidez ao seu investimento inicial e sair do negócio. Ou seja, após a Bracor cumprir seu papel na qualidade de executora dos empreendimentos imobiliários referentes às BRCs, não haveria mais qualquer motivo para que os investidores continuassem atrelados a ela para dar seguimento aos seus objetivos individuais. Reafirma que a intenção dos acionistas seria obter liquidez para eles próprios e não para a Bracor, tanto que não houve o reinvestimento do lucro obtido com a venda das BRCs na holding.

Mais uma vez ratifico minha posição. Não se trata de ingerência do FISCO como afirma a BRACOR. De fato, a legislação brasileira não proíbe que os contribuintes estruturem suas operações na forma que lhes for mais conveniente sob o ponto de vista fiscal. Entretanto, uma vez feita a opção, e tendo ciência das consequências tributárias, não tem cabimento alterar as características de um negócio para tão somente para obter vantagens fiscais.

Repito: ao estruturar o negócio utilizando Sociedades de Propósito Específico, deve-se arcar com todas as consequências legais, inclusive a tributária, não podendo apenas se valer das vantagens com relação a governança corporativa e segregação dos

riscos. Uma vez terminado o empreendimento imobiliário, é lógico que o passo seguinte é a sua venda, que deverá ter como alienante a Bracor, detentora de 99,9% das ações, com incidência de IRPJ e CSLL.

Quanto ao interesse dos acionistas, em querer agregar liquidez ao seu investimento inicial e sair do negócio, com a venda do empreendimento, esta é a conduta mais do que esperada, principalmente no mercado imobiliário. Entretanto, estes objetivos seriam atingidos com a venda das BRCs pela Bracor, sendo **desnecessária** a operação de cisão e transferência das SPEs para os acionistas. Tanto que, como visto, a BRACOR foi a verdadeira protagonista da venda, ponto que será explorado mais adiante.

E quanto à inexistência do reinvestimento do lucro obtido na BRACOR, como argumento de defesa, também não é fato capaz de invalidar o lançamento. Como foi dito, tratam-se de acionistas ligados ao setor de "private equity", cujo principal objetivo é agregar valor ao seu investimento. Melhor ainda se este valor agregado vem com uma carga tributária menor, como se apresentou no presente caso.

Apenas para finalizar esta questão, transcrevo parte da defesa na qual a BRACOR esclarece os motivos que levaram à reorganização societária:

Diante da constatação de que a sua forma de organização societária como controladora de diversas SPEs já não atendia os seus objetivos empresariais, bem como de que os empreendimentos correspondentes a cada uma das BRCs - sociedades com propósitos específicos - já estavam finalizados, a Recorrente decidiu cindir parcialmente o seu patrimônio com o objetivo de segregar tais ativos de sua operação.

Como dito, é de causar estranheza esta justificativa. A "contestada" organização societária traz o benefício de exatamente segregar os ativos de sua operação. E quanto ao fato de que alguns empreendimentos já estariam finalizados, é de longe um motivo para cisão. É como se uma fábrica de carros fizesse reorganização societária a medida que os carros ficassem prontos, sob a justificativa de facilitar o gerenciamento da produção. Ora, o empreendimento finalizado é justamente o produto a ser negociado, sendo de clareza incontestável que a titular para a venda é a BRACOR.

A BRACOR também alega que, durante a fiscalização, teria justificado a cisão de agosto/2010 (primeira cisão) para ocorresse *a segregação dos ativos imobiliários com determinadas características comuns como o tipo de ocupação, para criação de um fundo imobiliário, o qual, por questões de mercado não chegou a ser concretizado*. Ora, mais uma vez não há justificativa para segregar o que já está segregado. Seja para criar um fundo imobiliário, seja para qualquer outro objetivo, esta alegação não é capaz de justificar a cisão de agosto/2010. Inclusive, a facilidade de obter investimentos específicos, como seria este fundo, já era justificativa para adoção do modelo societário, com sociedades de propósito específico. Portanto, esta suposta justificativa não tem o condão de infirmar as conclusões do auditor fiscal. Ademais, como consignou o auditor fiscal no TVF, demonstra a existência de uma negociação em curso com o Grupo Prosperitas.

b) a facilitação da **tomada de decisão de cada sócio em relação à sua participação** e à eventual alienação dessas BRC.

Em sua defesa, a BRACOR alega o objetivo das cisões foi permitir aos acionistas que tivessem a liberdade de decidir o que fazer com a sua parte no investimento nas BRCs. Esclarece ainda que, tomada essa decisão de que as BRCs seriam alienadas ao Grupo Prosperitas, passaram os antigos acionistas da BRACOR, juntamente com os adquirentes, a ter um segundo objetivo, a consumação/execução/implementação do negócio jurídico, para o qual a BRACOR foi chamada para facilitar. Diante da existência de diversos acionistas, a outorga das procurações se mostrou uma medida que conferiu agilidade e fluidez.

Ora, esta justificativa é totalmente inócua, pois, na prática, os sócios deram procuração a BRACOR dando amplos e irrestritos poderes para promover e se responsabilizar pela venda, podendo agir de acordo com o seu critério e, inclusive, renunciar ou modificar conteúdo do contrato de compra e venda. Não se trata de agir dentro de limites estabelecidos na procuração, como se alega na defesa, pois os limites não foram estabelecidos. Assim, a pretensa liberdade de decisão por parte dos acionistas inexistente.

E, apenas para concluir, transcrevo parte das contrarrazões da PFN acerca deste item, com as quais concordo e adoto no meu voto:

*De acordo com as referidas cláusulas, além de concretizar a compra e venda **conforme os seus próprios critérios, a BRACOR também assumiu a responsabilidade por todos os direitos e deveres após a concretização do negócio.** Pela procuração cabe a BRACOR cobrar os adquirentes por eventual inadimplência, assim como responder perante os adquirentes por eventuais reclamações. Ou seja, de acordo com a formalidade que os autuados propõem como verdadeira, a BRACOR nada vendeu, contudo assumiu todos os direitos e obrigações tal como tivesse vendido. Em outras palavras, além de ter cedido gratuitamente algo que desenvolveu com seus recursos e esforços, a BRACOR promoveu a venda, assumiu os riscos da operação, mas nada recebeu!*

E quanto à necessidade de procurações para conferir agilidade e fluidez nas negociações, ora, essa era exatamente a vantagem que se pretendia com a estrutura inicial da sociedade, tendo a BRACOR como sócio majoritária das BRCs. Ou seja, depois da reorganização societária, ao fim e ao cabo, a BRACOR atuou nas vendas das BRCs nos exatos termos que atuaria se nada tivesse sido alterado. A grande diferença é a vantagem fiscal obtida, com a redução das alíquotas.

A BRACOR ainda alega que a outorga da procuração ocorreu por exigência dos compradores do Grupo Prosperitas, conforme atestaria a resposta do Itaú BBA (um dos vendedores). Por outro lado, conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, aos serem indagados acerca das negociações, os três diretores do Grupo Prosperitas informaram que a BRACOR se apresentou como gestora, tornando frágil as alegações da defesa, senão vejamos:

Toda a negociação foi feita entre a Properitas e a Bracor, considerando que a Bracor se apresentou como a gestora das empresas a serem negociadas. Os contratos foram assinados com os acionistas das respectivas empresas adquiridas. (grifei)

Outra questão levantada seria que a intenção de venda partiu de um grupo investidor internacional que figurava como acionista da BRACOR, totalmente autônomo e independente, a Equity International, que negociava diretamente com o Grupo Prosperitas.

Acerca desta questão, o auditor fiscal pontuou que o Sr. Carlos Betancourt era o procurador da Equity International, portanto, a pessoa física que negociou com o Grupo Prosperitas.

Ocorre que este fato não impede que a vendas das BRCs seja feita pela BRACOR. Não havia qualquer impedimento legal. O fato de um acionista buscar compradores para os empreendimentos imobiliários não implica em cisão e redução do capital. Como dito antes, uma vez adotado um modelo de negócio, nele devem ser pautadas as operações de venda, ainda que tenha sido um acionista em particular que tenha encontrado um potencial comprador.

A BRACOR ainda alega que houve entendimento equivocado a respeito da dissolução da sociedade Delle Holding S.A. No entendimento do auditor fiscal, esta operação também teve como objetivo a transferência das participações das BRCs para os seus acionistas, pessoas físicas. Segundo a BRACOR, seria uma alegação vazia, já que o acionista Itaú BBA possuía maior participação na Delle Holding S.A, mas não pode se beneficiar de uma alíquota reduzida na tributação do ganho de capital.

Antes, deve-se esclarecer que, em razão da dissolução da Delle Holding S.A., houve a distribuição das ações ordinárias da BRACOR, e na proporção da participação de cada acionista. Mas, além das ações da BRACOR, os acionistas da DELLE receberam quotas das BRCs que a DELLE havia recebido como pagamento das cisões realizadas em 12/08/2010 e 30/09/2010.

É necessário perceber que, se não tivesse ocorrido a dissolução em 23/12/2010, diante do esquema engendrado pela BRACOR, a DELLE Holding S.A., que possuía uma participação na BRACOR de 16,48%, seria uma das alienantes das BRCs que receberia em razão das cisões, e não se beneficiaria da alíquota reduzida, por se tratar de pessoa jurídica. Com a dissolução da DELLE Holding S.A., ainda que o Itaú BBA também não pudesse se beneficiar com a redução da tributação, esta limitação se restringiu a sua participação na BRACOR, e por conseguinte também nas ações da BRCs que o citado acionista recebeu. Do comparativo dos percentuais de participação na BRACOR, o Itaú BBA passou a ter 10,58% das ações, percentual menor que a DELLE Holding possuía. Mas o Sr. Carlos Bentecourt passou a deter 4,55%, e o Sr. Gonçalo, 3,41%. Vejam os quadros com a participação acionária após a 1ª cisão, e depois da 2ª cisão, com a dissolução da DELLE:

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 29/09/2010	%
DELLE	18/12/07	70.041.875	16,84%
CARLOS	17/12/07	1	0,00%
ITAU	19/12/07	1	0,00%
CAMILLA	18/12/07	1	0,00%
SSFIII	18/12/07	40.880.936	9,83%
BERKLEY	31/12/08	55.932.001	13,44%
KHL	18/12/07	55.932.001	13,44%
REEM	18/12/07	40.880.936	9,83%
EQUITY	30/04/09	111.362.044	26,77%
BRAD	30/04/09	1	0,00%
CANDANGO	16/03/10	41.002.226	9,86%
		423.034.617	100,00%

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 17/01/2011	%
CARLOS	18/12/2007	7.876.655	4,55%
ITAU	17/12/2007	18.297.683	10,58%
CAMILLA	18/12/2007	213.603	0,12%
SSFIII	18/12/2007	16.300.062	9,42%
BERKLEY	31/12/2008	22.301.555	12,89%
KHL	18/12/2007	22.301.555	12,89%
REEM	18/12/2007	16.300.062	9,42%
EQUITY	30/04/2009	44.402.963	25,67%
BRAD	30/04/2009	1	0,00%
CANDANGO	16/03/2010	16.348.663	9,45%
GONÇALO	23/12/2010	5.900.641	3,41%
ANGEL	27/12/2010	2.029.222	1,17%
COLIN	27/12/2010	293.703	0,17%
THIAGO	27/12/2010	400.504	0,23%
		172.966.872	100%

Continuando em sua defesa, a BRACOR alega que não teria ocorrido uma economia fiscal, pois o Itaú BBA era o acionista com maior participação. Ocorre que a maior participação era na DELLE Holding S.A. A questão é quais os efeitos produzidos na participação da BRACOR. Conforme exposto acima, houve a redução da participação de uma pessoa jurídica (Itaú BBA) de 16,84 % para 10,58%, e um aumento da participação das pessoas físicas, o que proporciona economia fiscal com a suposta venda das BRCs pelos sócios.

Outro ponto a ser analisado é quanto à alegada ingerência do Fisco sobre os preços pagos pelas BRCs. O auditor fiscal incluiu no preço pago as dívidas assumidas pelos compradores, majorando a base de cálculo do ganho de capital. Já a defesa alega que as dívidas não foram parte do preço da operação, mas foram abatidas do valor da empresa, também chamado "enterprise value", chegando-se ao preço final efetivamente pago, denominado "equity value". Esclarece que esta forma de precificação na alienação de participação em uma sociedade é bastante comum, apresentando trechos de site especializado no assunto.

Em que pese afirmar que o enterprise value e equity value seriam uma forma usual de precificação, não restou comprovado nos autos que ela teria sido utilizada. Ademais, os trechos do artigo transcrito apresenta método de avaliação de uma empresa, em que seja utilizado uma abordagem do ponto de vista do mercado. Da leitura do artigo, e dos demais encontrados em outros sites também especializados, verifico que esta metodologia se presta para comparabilidade entre empresas.

Também é possível encontrar as seguintes definições para "enterprise value":

O que é Enterprise Value (Valor Intrínseco)? O Enterprise Value (Valor Intrínseco) é um indicador que leva em conta a cotação das ações de uma empresa (valor de mercado), juntamente com seus ativos (caixa e patrimônio) e passivos (dívidas), para definir quando a companhia realmente vale.

*Também conhecido como **valor do empreendimento**, pode-se dizer que o Enterprise Value mostra **quanto custaria para comprar a companhia** e todos os seus ativos, descontado o caixa e saldando suas dívidas.(grifei)*

Fonte: Suno Research em
<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/enterprise-value-valor-intrinseco/>

O quanto custaria para comprar a companhia - *Enterprise Value* - significa o preço a ser pago. Já o "equity value" seria o valor final da empresa, calculado utilizando o Fluxo de Caixa Descontado, método de avaliação financeira.

Mas o importante notar que esses métodos consideram, **como custo para compra de uma empresa**, as dívidas que devem ser quitadas. Ou seja, indiscutivelmente estes valores fazem parte do preço.

Outro argumento da BRACOR seria que a quitação das dívidas não lhe teria trazido qualquer benefício. Para rebater esta alegação, reproduzo as contrarrazões da PFN, cujos fundamentos eu concordo, e tomo como razão de decidir:

Mais uma vez a conclusão fiscal se mostra correta. Isso porque, diferente do que propõe os recorrentes, não se está diante de uma compra e venda de participação societária onde o preço pactuado levou em consideração as dívidas dessa participação. No caso em apreço, os compradores assumiram dívidas da alienante, o que, ao contrário do que dizem os recorrentes, proporcionou indiscutível aumento patrimonial da BRACOR em face da venda.

Por certo, de acordo com o lançamento, foi apurado que, além dos pagamentos em troca das BRC's, o Grupo Prosperitas assumiu a obrigação de pagar dívidas assumidas pela BRACOR em operações de créditos que envolviam as ações das BRC's. Tais operações de créditos propiciaram a BRACOR recursos financeiros que foram utilizados pela própria BRACOR no desenvolvimento dos empreendimentos imobiliários detidos pelas BRC's. Assim, as ações das BRC's foram utilizadas pela BRACOR como garantias dos recursos obtidos, as quais deveriam ser liberadas quando da venda das BRC's.

Portanto, ao assumir as dívidas da BRACOR em razão dos recursos obtidos para financiamento dos seus empreendimentos imobiliários, por certo que o Grupo Prosperitas proporcionou a BRACOR inegável aumento patrimonial. Permitiu que a BRACOR cancelasse a obrigação de saldar tais "empréstimos".

Dessa forma, tendo em vista que a assunção das dívidas da BRACOR pelo Grupo Prosperitas teve como causa direta a venda das BRC's, por certo que tais valores devem compor o preço de venda desses empreendimentos. Como já dito, sendo as dívidas da BRACOR, é inegável o seu benefício. Caso as dívidas fossem exclusivas das BRC's e não afetassem em nada a BRACOR, não haveria benefício direto a sociedade alienante.

Por todo acima exposto, não há reparos a ser feito na base de cálculo da autuação, sendo correta a inclusão das dívidas no preço das BRCs.

A BRACOR ainda aborda a questão acerca da concessão de um plano de *stock options*, afirmando que não invalidaria a terceira cisão. Alega que, da leitura do TVF, não restou claro qual seria o efeito pretendido pela auditora fiscal.

Como a própria BRACOR pontua no recurso, o auditor fiscal asseverou que não seria feito uma análise mais aprofundada sobre os termos do *stock options*, já que os acionistas da BRACOR foram desqualificados como vendedores das BRCs.

No entanto, diferente do que alega a BRACOR, restou claro no TVF que a concessão de um plano de *stock options* teve como objetivo tornar os membros do Conselho de Administração, Carlos, Camilla, Angel, Thiago e Colin, acionistas da BRACOR, para então figurarem como vendedores nos contratos de compra e venda das BRCs. Foi realizada reunião deste Conselho de Administração, na qual se aprovou aumento de capital de R\$ 33.035.437,67, e que deveria ser integralizados até 17/01/2011, véspera da 3ª cisão. Mais uma vez reproduzo o comparativo das participações societárias antes da 3ª cisão, no qual se percebe o **aumento do percentual de pessoas físicas, potencializando a vantagem fiscal na venda das BRCs, com a tributação do ganho de capital a alíquota de 15%:**

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 29/09/2010	%
DELLE	18/12/07	70.041.875	16,84%
CARLOS	17/12/07	1	0,00%
ITAU	19/12/07	1	0,00%
CAMILLA	18/12/07	1	0,00%
SSFIII	18/12/07	40.880.936	9,83%
BERKLEY	31/12/08	55.932.001	13,44%
KHL	18/12/07	55.932.001	13,44%
REEM	18/12/07	40.880.936	9,83%
EQUITY	30/04/09	111.362.044	26,77%
BRAD	30/04/09	1	0,00%
CANDANGO	16/03/10	41.002.226	9,86%
		423.034.617	100,00%

Acionista	Acionista desde	Posição acionária em 17/01/2011	%
CARLOS	18/12/2007	7.876.655	4,55%
ITAU	17/12/2007	18.297.683	10,58%
CAMILLA	18/12/2007	213.603	0,12%
SSFIII	18/12/2007	16.300.062	9,42%
BERKLEY	31/12/2008	22.301.555	12,89%
KHL	18/12/2007	22.301.555	12,89%
REEM	18/12/2007	16.300.062	9,42%
EQUITY	30/04/2009	44.402.963	25,67%
BRAD	30/04/2009	1	0,00%
CANDANGO	16/03/2010	16.348.663	9,45%
GONÇALO	23/12/2010	5.900.641	3,41%
ANGEL	27/12/2010	2.029.222	1,17%
COLIN	27/12/2010	293.703	0,17%
THIAGO	27/12/2010	400.504	0,23%
		172.966.872	100%

De todo acima exposto, é irreparável a conclusão do auditor fiscal, corroborada pelas contrarrazões da PFN, que se trata de simulação subjetiva, pois, da análise de todos passos engendrados com as cisões, o real propósito desta "reorganização societária" foi transferir o sujeito passivo da obrigação tributária de pagar os tributos devidos sobre o ganho de capital na venda dos empreendimentos imobiliários da pessoa jurídica (BRACOR) para os seus sócios, por ser mais vantajoso, significando um economia tributária no que reduz o percentual de 34% para 15%.

Com relação à simulação subjetiva, Marco Aurélio Grecco (Planejamento Tributário, São Paulo: Dialética, 2011, p. 276), assim esclarece:

Nas simulações subjetivas estão abrangidas as hipóteses que envolvem a participação de pessoas, físicas ou jurídicas, em que se aparenta atribuir direitos a uma quando isto não é o que realmente acontece, ou em que se utiliza uma delas como interposta pessoa ou canal de trânsito de determinados bens ou valores para mascarar o verdadeiro titular ou o verdadeiro negócio celebrado.

Faz parte da simulação que, no negócio aparente, todos os atos estejam formalmente dentro do previsto na legislação. Acerca deste ponto, BRACOR contesta a afirmação do auditor fiscal de que as atas das AGE de 12/08/2010 e 30/10/2010, apesar de constar a aprovação e assinatura de todos os acionistas, teriam sido assinadas somente pelos Srs. Carlos e Angel, que eram o Presidente e Diretor Financeiro da BRACOR. Informa que as citadas ATAS devidamente assinadas por todos os acionistas foram apresentadas com a impugnação.

Às fls. 3304 a 3313 constam as cópias das ATAS, na qual se verifica que foi assinada por todos os acionistas. Entretanto, estas ATAS **não foram apresentadas na Junta Comercial de São Paulo**, órgão que confere publicidade e oficialidade a estes documentos. A autoridade fiscal obteve, junto a JUCESP, as ATAS que foram devidamente registradas, e nestes documentos constam apenas as assinaturas dos Srs. Carlos e Angel, conforme se pode verificar às fls. 937/1085.

Ainda acerca do tópico de quem seria o real alienante, retorno à questão da segregação do negócio para sua potencial venda a fundo de investimentos. Na tentativa de justificar a primeira cisão de agosto/2010, a BRACOR alega que a intenção de venda das BRCs seria dos acionistas, o que se comprovaria por meio de mensagens eletrônicas enviadas por eles, além da contratação de parecer jurídico, cujo escopo era tratar da "*segregação do negócio relativo à imóveis não industriais e de logística, para potencial venda do referido negócio para um fundo de investimento brasileiro.*"

A leitura do citado parecer jurídico é muito elucidativa, e **ratifica as conclusões do auditor fiscal**. Ele foi elaborado pelo escritório Machado, Meyer, Sendacs e Opice, em 02/08/2010, fls. 3321/3338, do qual destaco os seguintes trechos:

Dentre as referidas SPEs, 26 são empresas que detêm ativos imobiliários, sendo que 19 são proprietárias de imóveis industriais e de logística e as 7 remanescentes são proprietárias de imóveis de escritórios e de varejo (BRC I, BRC II, BRC VI, BRC IX, BRC XV, BRC XVIII, BRC XXVIII, conjuntamente denominadas "Empresas-alvo").

(...)

Atualmente, a Bracor pretende segregar sua participação acionária nas Empresas-alvo com o objetivo de alienar, total ou parcialmente, tais empresas para um fundo de investimento detido por novos investidores ("Fundo"). Para tanto, estuda-se a alternativa de realizar uma cisão da Bracor em relação às ações ou quotas detidas nas Empresas-alvo, com versão da parcela cindida para as próprias empresas, de tal forma que os Acionistas passem a deter participação direta nas Empresas-alvo.

Segundo fomos informados, a Bracor possui um saldo de prejuízos fiscais acumulados de exercícios anteriores, os quais poderão ser aproveitados para a compensação de lucros futuros, incluindo eventual ganho de capital na alienação de investimentos. Não obstante, a transferência das Empresas-alvo para os Acionistas foi definida pela Bracor como a alternativa mais eficiente, do ponto de vista fiscal, para a alienação das Empresas-alvo, após estudos realizados pela empresa. É válido lembrar que, por força da legislação fiscal em vigor, parte do saldo de prejuízos fiscais acumulados da Bracor será extinto em função da realização da cisão acima mencionada.

Não é preciso fazer maior ilações ... Primeiro, que o termo segregar foi utilizado como a ação de destacar do patrimônio da BRACOR os empreendimentos que pretendia alienar. E restou claro que todos estavam cientes que venda poderia, e deveria, ocorrer tendo como alienante a BRACOR. A "**reorganização societária**", efetuado por meio da cisão para segregar as Empresas-alvo para a venda, teve como único objetivo ser mais **eficiente sob o ponto de vista fiscal**. Ou seja, claramente, o escopo fático jurídico foi alterado por meio da reorganização societária, com o único objetivo de aplicar o artigo 22 da Lei nº 9.249/95. Repita-se que este dispositivo jamais autorizou que fossem realizadas alterações na realidade fática para ele fosse aplicado. Para esta conselheira, após a leitura deste parecer

técnico, do qual todos tiveram conhecimento, e ironicamente foi trazido como prova de defesa, **faz cair por terra toda defesa**. Está claro que não existe nenhum outro propósito negocial a não ser a redução da tributação do ganho de capital. Todos os outros objetivos dos acionistas apontados na defesa, tais como maior autonomia e necessidade de segregação dos negócios, não justificam a reorganização societária como já fartamente demonstrado. E, em que pese este parecer tratar da primeira cisão, o procedimento nas demais foi o mesmo. Sempre teve o objetivo de obter vantagens fiscais, sendo que a BRACOR tinha o conhecimento de que ela deveria ser a alienante das BRCs, mas preferiu utilizar da simulação subjetiva para alterar a legislação a ser aplicada na determinação dos tributos devidos no ganho de capital.

Por fim, cumpre registrar que a jurisprudência trazida do CARF não é vinculante. Importa registrar que as hipóteses de observância obrigatória estão descritas no art. 45, VI e art. 62 da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF). A lei, por sua vez, é de observância e aplicação vinculante por força do *caput* do art. 62 do mesmo regimento.

Ainda na tentativa de demonstrar que os reais vendedores seriam os acionistas, a BRACOR menciona a Carta de Intenção, assinada em 22/11/2010, na qual demonstraria que ela teria representado o interesse dos seus acionistas, e não os seus interesses próprios. Destacou que o objetivo da Carta seria *"resumir os termos de uma potencial venda, por parte dos acionistas (os "Acionistas Vendedores"), da Bracor"*. Continua esclarecendo que, tendo em vista a grande quantidade de acionistas, especialmente situados fora do Brasil, uma alternativa de conferir maior praticidade e agilidade nas negociações contratuais foi a outorga de procurações à BRACOR para que tais acionistas pudessem ser representados. Afirma que as negociações com o Grupo Prosperitas só teriam se iniciado em novembro de 2010.

Mais uma vez as alegações da BRACOR não são capazes de infirmar o lançamento. Considerando o já citado Parecer, datado de 02/08/2010, a BRACOR já tinha definido a forma de negociação da venda das BRCs, com a participação direta dos acionistas nas SPE, já que esta configuração se apresentou como *"alternativa mais eficiente, do ponto de vista fiscal"*. A Carta de Intenção, de 22/11/2010, fazendo referência aos acionistas como vendedores, faz parte da objetivo de *promover o deslocamento do polo passivo da obrigação tributária da Bracor para seus acionistas*, conforme afirmou a autoridade fiscal, com a qual eu concordo.

A BRACOR ainda tenta argumentar que o fato de a Carta de Intenções não ter caráter vinculante, podendo a negociação não se concretizar com o Grupo Prosperitas, as últimas cisões parciais, realizadas em 18/01/2011 e 03/06/2011 (esta última não faz parte da autuação) se justificariam para conferir maior poder de decisão aos sócios quanto ao destino das BRCs.

Como já dito antes, esta alegação não se sustenta diante da procuração outorgando amplos e irrestritos poderes a BRACOR na venda das BRCs, o que torna a vontade dos acionistas sem qualquer efeito prático.

Retornando à questão da base de cálculo do lançamento, uma vez que fiz referência ao Parecer elaborado pela pelo escritório Machado, Meyer, Sendacs e Opice, em 02/08/2010, fls. 3321/3338, consta, neste documento, que o preço de venda das quotas seria definido a partir de um valor inicial fixo e de uma parcela variável. Acerca da parcela fixa, no Parecer restou consignado, no último parágrafo da página 14, que:

Ainda sobre o risco associado à cessão do direito à parcela variável, fomos informados de que a definição do preço de venda das Empresas-alvo (parcela fixa) levará em consideração (i) o valor de mercado dos imóveis detidos pelas Empresas-alvo, com base em laudo de avaliação elaborada para este fim, e (ii) as dívidas detidas por tais empresas junto a terceiros.

Mais uma vez o raciocínio do auditor fiscal se mostra perfeito, ratificado pelo Parecer jurídico trazido aos autos pela BRACOR. Portanto, correta a inclusão das dívidas das BRCs no preço pago.

Do aproveitamento do Imposto de Renda já recolhido pelas pessoas ligadas.

Em sua defesa, a BRACOR requer que os pagamentos a título de imposto de renda retido na fonte, recolhidos pelas pessoas que atuaram como vendedoras das BRCs, sejam aproveitados para compensar o crédito tributário lançado.

De fato, os recolhimentos, tanto do sócios pessoas físicas (imposto de renda incidente sobre o ganho de capital declarado em suas DIRPF), quanto as retenções do imposto de renda na fonte quando a adquirente situava-se no exterior, incidiram sobre as mesmas operações da venda das BRCs, cujo ganho de capital está sendo tributado no presente lançamento, mas tendo como sujeito passivo a própria BRACOR. Mas não se pode esquecer que o principal objetivo da atividade de fiscalização é que sejam constituídos os créditos tributários incidentes sobre estas operações de venda, e que sejam de fato recolhidos aos cofres públicos. Ora, ainda que o recolhimento tenha sido efetuado por sujeito passivo diverso, já houve ingresso de tributos relativos a estas operações. Não seria sequer justo, tendo em vista o prazo concedido ao Fisco para revisar a apuração do imposto devido, impor àqueles que recolheram indevidamente que peçam a compensação nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96. É quase certo que já tenha ocorrido o decadência do direito à restituição do indébito, como já ocorreu no presente caso.

Neste sentido, transcrevo trecho do voto do Acórdão nº 1103-001.016, da lavra do ilustre Conselheiro André Mendes de Moura, citado no recurso voluntário:

Entendo que, neste caso, os valores pagos a título de imposto de renda pessoa física devem ser considerados, na apuração do crédito tributário em debate. Ainda que por um caminho tortuoso, parcela do crédito tributário constituído por meio de lançamento de ofício de IR13.3 foi paga, e por isso deve ser levada em conta. Por outro lado, o crédito tributário referente à CSLL permanece intacto

Pelo exposto, voto por dar provimento quanto a esta matéria, para que os pagamentos efetuados pelas pessoas ligadas sejam utilizados para compensar o lançamento de IRPJ.

Da multa de ofício qualificada.

Por todo o acima exposto, restou comprovada a simulação subjetiva, sendo correta a aplicação a multa de ofício qualificada, nos termos do artigo 44, § 1º da Lei nº 9.430/96. O dolo nesta conduta restou ainda mais demonstrado quando, considerando Parecer datado em 02/08/2010, **antes das cisões**, a BRACOR solicita opinião acerca da operação que pretendia realizar, partindo da premissa que a venda através de seus sócios seria mais eficiente do ponto de vista fiscal.

Mas não é só.

No próprio Parecer elaborado pelo escritório Machado, Meyer, Sendacs e Opice, há o item II.3 - Aspectos legais relacionados à realização de planejamento tributário e análise do caso concreto, o qual aborda a possibilidade de as autoridades fiscais questionarem toda a operação. Destaco alguns trechos:

Conforme mencionado nos fatos e premissas acima, a realização da operação na forma descrita no presente memorando irá possibilitar que os Acionistas alienem suas participações nas Empresas-alvo com um impacto tributário menor do que aquele que seria aplicável caso a alienação fosse realizada de forma direta, por meio da própria Bracor. Neste sentido, para o exame dos aspectos fiscais da operação, é pertinente avaliar a existência de um risco atrelado à possibilidade de desconsideração das estruturas por parte das autoridades fiscais, considerando os dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro e o atual cenário jurisprudencial.

(...)

Quanto à simulação, o Código Civil não define seu conceito, mas discorre sobre os negócios jurídicos que demonstrariam sua ocorrência, quais sejam aqueles que (i) aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente conferem ou transmitem; (....).

Não obstante, a partir de tal dispositivo, a doutrina e jurisprudência costumam definir a simulação como um vício de vontade, consistente no descompasso entre o que foi declarado e a real intenção das partes.

(...)

Em suma, as autoridades julgadoras da esfera administrativa parecem estar concentrando a análise dos negócios jurídicos não apenas na perspectiva da legalidade, mas também de sua legitimidade, aferida a partir da existência de substância econômica para sua realização, a qual seria necessária para que os negócios sejam considerados válidos. Assim, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes evidencia casos de desconsideração de transações implementadas pelos contribuintes quando entendido que tal implementação em razões ligadas exclusivamente à economia de tributos.

(...)

A propósito, a própria operação ora comentada, em que a Bracor pretende alienar parte de seus investimentos, já revela a importância de haver uma segregação dos empreendimentos imobiliários em sociedades específicas. (...)

(...)

É necessário ressaltar, porém, que, tendo em vista o cenário jurisprudencial, não é possível afastar o risco de que a operação venha a ser questionada no futuro. As autoridades fiscais poderiam alegar que a operação de cisão e transferência das Empresas-alvo para os Acionistas foi realizada com o propósito de reduzir a carga tributária na alienação dessas empresas e, com isso, questionar sua validade. Caso tal hipótese venha se materializar, nossa opinião é de que eventual autuação seria direcionada exclusivamente a Bracor, sob a alegação de que o propósito real seria a venda das SPEs pela Bracor e não pelos Acionistas.

A BRACOR, juntamente com seus acionistas, tinham total conhecimento das consequências das operações, deixando claro, ainda, que intenção da reorganização societária seria apenas para reduzir a carga tributária. O risco foi assumido. A simulação subjetiva foi perpetrada. Ninguém foi pego de surpresa frente aos questionamentos do Fisco. O Parecer jurídico alertou que a validade desta operação poderia ser questionada, como de fato o foi.

A BRACOR ainda se manifesta quanto à manutenção da multa qualificada de ofício no caso de voto de qualidade, fato que não ocorreu no presente julgamento, cujo resultado foi por maioria de votos. Logo, deixo de analisar esta questão por ser desnecessário.

Quanto à alegação de que a multa qualificada de ofício representaria confisco, me reporto à Súmula CARF nº 2, no sentido que este colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei, ainda em vigor até a presente data.

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Da decadência do lançamento

Uma vez definida a aplicação da multa de ofício qualificada, também restou afastada a alegação de decadência para o ano-calendário de 2010, já que a contagem do prazo para o lançamento deve ser feito nos termos do artigo 173, inciso I do CTN. Nestes termos, o prazo se inicia em 01/01/2012, e finda em 31/12/2016. Como a ciência ocorreu em 13/12/2016, o direito ao lançamento não estava decaído.

Da impossibilidade de cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e CSLL por estimativa

A BRACOR também contesta a cobrança da multa isolada em razão da falta de recolhimento do IRPJ e CSLL por estimativa, seja porque ela só tem cabimento durante o exercício, seja porque seria concomitante com a multa de ofício.

Entendo que não assiste razão à BRACOR, ressaltando que as multas isoladas foram aplicadas para os anos-calendário de 2010 e 2011, ou seja, após as alterações da MP nº 351/2007. A multa de ofício qualificada, cujo fundamento legal é o já citado artigo 44, inciso I, combinado com §1º, da Lei nº 9.430/96, penaliza o contribuinte que omite rendimentos. Já a multa isolada, prevista no artigo 44, inciso II, alínea "b", visa penalizar o contribuinte que não cumpre a sistemática de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL. A seguir, os citados dispositivos legais:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

Além disso, a alegação de que o lançamento da multa isolada não poderia ocorrer após o encerramento do exercício não encontra respaldo na citada legislação. O dispositivo legal que fundamenta a multa isolada é claro e não possui qualquer condicionante. É claro que o lançamento de multa isolada só tem aplicação após o encerramento do período, e ainda tenha sido apurado prejuízo fiscal (IRPJ) ou base negativa (CSLL). Do contrário, se for constatado, durante o ano-calendário, falta ou insuficiência de recolhimento de estimativa, o lançamento deverá constituir o crédito tributário em sua totalidade - principal, multa de ofício e juros de mora, para cobrança da estimativa devida.

Da ilegalidade da cobrança de Juros sobre a Multa de Ofício.

A BRACOR ainda contesta a cobrança de juros sobre a multa de ofício. Ocorre que esta matéria já se encontra sumulada pelo CARF, devendo esta conselheira observá-la:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Logo, na determinação do crédito tributário devido, os juros de mora deverão incidir sobre a multa de ofício, e calculados tendo por base a taxa SELIC.

RECURSO VOLUNTÁRIO DOS SÓCIOS

Passo a julgar os recursos voluntários das pessoas físicas responsáveis solidárias, Sr. Carlos Javier Betancourt e Sr. Angel David Ariaz, cuja responsabilidade foi imputada com base no artigo 135, inciso III do CTN.

Cumprido registrar que as defesas trazem as mesmas alegações, e serão analisadas em conjunto.

Preliminares

Em preliminar, alega nulidade da decisão recorrida, pois a autoridade julgadora ignorou os argumentos trazidos no que se refere "Análise das Condutas Praticadas pelo Impugnante", se limitando a reiterar as alegações do TVF, bem como apresentou alegações que sequer foram questionadas pelos recorrentes solidários.

Não assiste razão ao Sr. Carlos e Sr. Angel, pois a DRJ, diante das alegações de que teriam apenas atuado no exercício regular dos cargos de direção e gerência, não acatou a defesa entendendo que "*Não vinga o discurso de serem eles meros representantes*". Houve, portanto, manifestação por parte da autoridade julgadora *a quo* acerca das alegações apresentadas na impugnação.

Quanto a apresentar novas alegações, o que se percebe é o julgador desenvolveu seu raciocínio dentro da legislação tributária, trazendo algumas matérias que, ainda que não combatidos na defesa, estão presentes por força de lei. O fato de consignar no voto todos os aspectos tributários que julga importante registrar não torna nulo o acórdão. Faz parte do seu raciocínio jurídico.

Os recorrentes solidários ainda alegam que a decisão recorrida inovou na fundamentação para a manutenção da responsabilidade solidária ao apresentar um novo dispositivo legal que não foi trazido na autuação.

Não houve inovação na fundamentação. Da leitura do voto, o julgador a quo conclui que houve a simulação, tipo infracional definido no artigo 167, §1º, inciso I do Código Civil, que assim dispõe:

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;

No Termo de Verificação Fiscal, item 82, que o lançamento decorre da constatação de que se trata de simulação subjetiva, assim consignado:

82. É um caso típico de simulação subjetiva, que envolve a participação de pessoas físicas ou jurídicas, pelo qual se aparenta atribuir direitos a uma determinada pessoa quando a realidade dos fatos se revela totalmente diversa, ou em que se utiliza uma delas ou algumas delas como canal de trânsito de determinados bens ou valores para mascarar o verdadeiro titular ou verdadeiro negócio celebrado

Ou seja, ainda que não mencionado o dispositivo legal, está patente a constatação do tipo infracional definido no artigo 167, §1º, inciso I do Código Civil.

Por sua vez, a DRJ tratou da fundamentação da responsabilidade solidária dos sócios administradores nos seguintes termos:

*Mesmo que se lhe reconheça autonomia e independência de personalidade jurídica (da pessoa jurídica), ela não faz o que faz por si, mas senão por arte e graça de seus sócios-administradores. Pois bem, visto o arranjo simulatório antes alinhavado que perfez o tipo infracional definido no art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil, **agora impende identificar quais dentre os sócios-administradores no Contribuinte deram vida ao dito arranjo.***

*Isso feito, **reifica-se sobre esses precisos sócios-administradores a hipótese do art. 135, inciso III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional - CTN, certo que, a toda força, realizam eles atos em infração de Lei (art. 167, §1º, inciso I, do Código Civil, assim combinado com os arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964):***

Da leitura do trecho acima, constata-se que não houve inovação da fundamentação, e sim a ratificação, uma vez que verificou-se que os atos praticados pelos recorrentes solidários subsumem-se ao previsto no artigo 135, inciso III do CTN (atos praticados com infração de lei), já que por meio deles a simulação foi levada a efeito.

Logo, afasto a preliminar de nulidade da decisão recorrida suscitada pelos recorrentes solidários.

Do mérito - Lançamento

Quanto ao lançamento, os recorrentes solidários reiteram as razões expostas pela Bracor Investimentos Imobiliários LTDA no seu recurso voluntário, já devidamente analisadas.

Passo, então, a análise das demais questões trazidas quanto ao mérito.

Do mérito - Imputação da responsabilidade solidária com base no artigo 135, inciso III do CTN

Passo a julgar o mérito quanto à imputação da responsabilidade solidária do Sr. Carlos e Sr. Angel.

Resumidamente, os recorrentes solidários alegam que:

1. Não houve demonstração de atos personalíssimos que foram praticados pelos recorrentes solidários com dolo, elemento indispensável para aplicação do artigo 135 do CTN.
2. Toda a conduta dos recorrentes solidários ocorreu no exercício de suas funções perante a empresa BRACOR ou em nome de seus acionistas.
3. A atuação do recorrente Carlos como procurador não altera o fato de que os reais alienantes das BRCs foram os acionistas.
4. Não ocorreu fraude, simulação ou conluio.

As alegações dos recorrentes solidários não se sustentam considerando todo o suporte fático contido nos autos. Como já dito antes, a simulação tem como característica a existência de um ato isolado ser formalmente legal, mas que mascara o real negócio que se pretende atingir. Logo, a alegação de que os recorrentes solidários agiram dentro dos limites do exercício de suas funções é mais do que esperado. Faz parte da simulação. São vários atos que individualmente estão revestidos de legalidade, mas que no total se percebe qual foi a real intenção.

E, no presente caso, só com a atuação do Sr. Carlos e do Sr. Angel que todos esses atos puderam ser praticados. No TVF restou consignado o poder de decisão destas pessoas físicas nas pessoas jurídicas envolvidas, assim como a sua efetiva participação nas operações que foram consideradas simuladas. A seguir reproduzo os mesmos trechos trazidos nas contrarrazões da PFN, e suas conclusões, que adoto no meu voto:

131. Da análise de toda documentação colhida no curso deste procedimento fiscal, constatamos a participação direta e eficaz dos Srs. Carlos Javier Betancourt e Angel David Ariaz, respectivamente Presidente e Diretor Financeiro da Bracor, nos AC 2010 e 2011, no planejamento tributário abusivo efetuado pela fiscalizada.

132. Todos os contratos, alterações contratuais e demais documentos foram assinados pelos mesmos como representantes da BRACOR ou das BRCs, fls. 232 a 273, 313 a 354, 476 a 516, 626 a 671, 755 a 783, 827 a 871, 885 a 928. Ficou evidente que esses 2 dirigentes e também acionistas da fiscalizada tiveram participação efetiva nas decisões para a reorganização societária da Bracor e posterior alienação das BRCs pelos seus acionistas, como vendedores contratuais. Tais atos visaram, exclusivamente, a redução da incidência tributária.

--- omissis ---

135. A BRACOR foi intimada, por meio do Termo de Intimação Fiscal 06, a informar o nome dos acionistas/diretores que iniciaram as negociações com o Grupo Prosperitas. Em resposta, fls. 1297 a 1298, informou que as negociações foram iniciadas pelo acionista Equity Bracor Investments. Importante frisar que o procurador da Equity no Brasil era o Sr. Carlos Bettancourt, (fls. 937 a 1050 deste processo [fl. 57 da Ata anexada] e fls. 1086 a 1198 deste processo [fl. 96 da Ata anexada]). Ou seja, era ele o responsável pelas negociações das BRCs.

136. Importante frisar que o Sr. Carlos Bettancourt, além de Presidente da Bracor e procurador da Equity, também era procurador dos acionistas Candango, KLH, Gonçalo, Colin (procurações anexadas às referidas atas, fls. 937 a 1234), o que lhe dava ainda maior poder de atuação.

137. Todos os Protocolos e Instrumentos de Justificação de Cisão Parcial da BRACOR foram assinados pelo Sr. Angel Ariaz como representante da Bracor e das BRCs, fls. 937 a 1234.

--- omissis ---

139. Importante frisar que os 02 dirigentes deliberaram em assembleia pela cisão do patrimônio da BRACOR e consequente redução de seu capital. Inclusive as atas das AGE realizadas em 12/08/10 e 30/09/10, fls. 937 a 1085, que decidiram pelas primeiras cisões **foram assinadas somente pelos Srs. Carlos Bettancourt e Angel Ariaz, como presidente e secretário da mesa da Assembleia**. Apesar de constar que todos os acionistas assinaram as referidas atas, não obtivemos estas atas com todas as assinaturas, mesmo intimando a BRACOR para apresentá-las, fls. 1299 a 1373. As atas das cisões realizadas em 18/01/11 e 03/06/11 encontram-se anexadas às folhas 1086 a 1234.

140. **O Sr. Carlos Bettancourt também foi responsável pela dissolução da DELLE Holding** que era acionista da BRACOR deste 17/12/07, como liquidante. Esta dissolução ocorrida em 23/12/10 permitiu ao Sr. Carlos, Gonçalo e Itaú BBA figurassem como acionista da Bracor e quotista das BRCs, fls. **(grifo nosso)**

Vê-se, portanto, que **sem a participação efetiva dos dois acionistas enquanto representantes das pessoas jurídicas envolvidas, mormente da BRACOR, das BRC's e de alguns**

acionistas, a simulação autuada não teria ocorrido. Logo, tendo esses acionistas “forçado” as pessoas jurídicas que representavam a agirem em infração à lei, também atuaram com excesso de poderes, razão pela qual é plenamente devida a sua responsabilização nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN.

Não há reparo a ser feito nas conclusões do auditor fiscal, ratificado pela decisão recorrida e pelas contrarrazões da PFN.

Para reforçar que não pode haver outra conclusão, me reporto novamente ao Parecer elaborado pelo escritório Machado, Meyer, Sendacs e Opice, em 02/08/2010, no qual consta que *"a transferência das Empresas-alvo para os Acionistas foi definida pela Bracor como a alternativa mais eficiente, do ponto de vista fiscal, para a alienação das Empresas-alvo, após estudos realizados pela empresa."* Ou seja, partiu daqueles que estavam na função direção a decisão de transferir as Empresas-alvo, leia-se BRCs, para os acionistas, tão somente por se apresentar como uma alternativa mais eficiente do ponto de vista fiscal.

Por todo acima exposto, nego provimento aos recursos voluntários dos Sr. Carlos e Sr. Angel quanto a esta matéria, mantendo a imputação da responsabilidade solidária com base no artigo 135, inciso III do CTN.

Do Princípio da Pessoalidade da Pena

Os recorrentes alegam que o Princípio da Pessoalidade da Pena deve ser aplicado no presente caso, em respeito ao artigo 5º, inciso XLV da CF/88. Alega que a multa qualificada deve ser afastada, vez que o condenado, no caso, trata-se de pessoa jurídica.

Se equivocam os recorrentes em querer aplicar na esfera tributária princípio que deve ser observado no Direito Penal. No presente caso, o que se deve observar é o Código Tributário Nacional que expressamente determina que, nos termos do artigo 135, inciso III CTN, os sócios serão responsáveis pelo crédito tributário correspondente a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: Esclareço que crédito tributário inclui principal, multa e juros, sem qualquer previsão de exceção.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto por:

1) afastar as preliminares de nulidade da autuação e do acórdão recorrido, bem como a decadência do direito para o lançamento;

2) no mérito:

2.1) dar provimento parcial, para reconhecer o direito à compensação do imposto de renda pago pelos sócios pessoas físicas, e do imposto de renda retido na fonte no caso dos adquirentes situados no exterior, desde que decorrentes das operações das vendas das

BRCs, bem como manter a multa de ofício qualificada, a cobrança das multas isoladas pelo falta de recolhimento do IRPJ e CSLL a título de estimativa, e a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

2.2) negar provimento ao recurso voluntário dos sócios Sr. Carlos Javier Betancourt e Sr. Angel David Ariaz, quanto à imputação da responsabilidade solidária com fundamento no artigo 135, inciso III do CTN.

É como voto.

(assinatura digital)

Maria Lucia Miceli - Redatora Designada

Declaração de Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca

Valho-me desta declaração apenas e tão somente para esclarecer minha posição quanto ao afastamento da exigência de juros sobre multa e, assim, resguardar minha pretensão de permanecer no cargo de Conselheiro, cujo *munus* assumi, honrada e orgulhosamente.

Isto porque, destaque-se, não dei provimento ao Recurso Voluntário por entender correta a tese jurídica do contribuinte neste ponto, valendo frisar que não desconheço o teor da Súmula/CARF de nº 108 e nem tampouco as consequências regimentalmente previstas quanto ao seu afastamento.

Sempre me manifestei pelo cabimento do cômputo do juros sobre a multa de ofício, mesmo antes da edição da predita Súmula.

As razões de minha decisão, neste caso, cingem à coerência entre o que acordei quanto ao mérito e as decorrências de semelhante posicionamento... é que, se dei provimento ao Recurso Voluntário no mérito, lógico, e consentâneo, seria acordar-se pelo afastamento da própria multa de ofício! Se não há crédito (melhor dizendo, se entendo inexistir infração à legislação tributária mormente por entender não ter ocorrido na espécie simulação a justificar a desconsideração dos negócios pactuados), não há multa; se não há multa, não há juros sobre ela incidíveis.

Por esta razão, **e tão somente em razão dela**, votei por afastar a cominação dos encargos moratórios sobre a penalidade imposta.

O problema é que este Colegiado vem adotando entendimento majoritário, diga-se, a meu sentir, e com a devida e *maxima venia*, equivocado, de que, superado o mérito, mesmo os Conselheiros que proveram o apelo quanto ao seu objeto principal, estariam instados

a se pronunciar sobre os pedidos sucessivos (cuja análise restaria prejudicada acaso providas as razões de insurgência do contribuinte).

Semelhante posição, contudo, revela, e insisto aqui na vênica pedida, revelaria uma inegável incongruência, e até contradição, entre o que decidi e o que estou sendo compelido a analisar. Não me é dado afastar a existência do próprio crédito tributário e, *contrario sensu*, manter a exigência quanto a parte que lhe é acessória (multa e juros).

Vale a minha persistência: em tese, sempre achei cabível a exigência de juros sobre a multa de ofício, mesmo antes da edição da prefalada Súmula 108. Afasto, neste feito, tal cobrança apenas por coerência lógico-sistêmica com o que decidi em relação ao próprio crédito tributário.

Por tais razões que, quanto aos juros sobre multa, dou provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca