



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

Processo n° 16561.720165/2014-90
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1401-002.196 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2018
Matéria IRPJ/CSLL - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes ARAINVEST PARTICIPAÇÕES S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Ano-calendário: 2009

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. REDUÇÃO DE CAPITAL E TRANSFERÊNCIA DAS COTAS AOS ANTIGOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE. CASO ESPECÍFICO. Inaceitável quanto aos efeitos fiscais a operação de redução de capital e devolução da participação acionária aos sócios pessoas físicas, para posterior alienação com pagamento do ganho em alíquota inferior.

Impossibilidade de realização da operação diante da existência de cláusula negocial em favor da empresa detentora das cotas no momento da oferta. Caracterização de planejamento fiscal abusivo.

DIFERIMENTO DO IMPOSTO PARA A ÉPOCA DO RECEBIMENTO DO GANHO. DA PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE OPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Caracterizando-se a realização de operação onde o contribuinte buscou a modificação da sujeição passiva para as pessoas físicas dos sócios da companhia, incorreu opção, por parte da pessoa jurídica, do diferimento do pagamento do ganho de capital. Assim, inaplicável o deferimento ao caso.

JUROS DE MORA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE OFÍCIO. CÁLCULO INDIRETO. POSSIBILIDADE.

A multa de ofício incide sobre o valor do crédito tributário devido e não pago, acrescido dos juros moratórios, calculados com base na variação da taxa Selic, logo, se os juros moratórios integram a base de cálculo da referida multa, necessariamente, eles comporão o valor da multa de ofício devida.

MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE TIPO E FUNDAMENTOS DE FATO. IMPROCEDÊNCIA.

Mantém-se a decisão da Delegacia de Julgamento que exonerou a imposição de multa de ofício qualificada ante a inexistência de tipificação da conduta ou

de fundamentos a caracterizar a conduta ilícita para fins de penalização qualificada.

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CONDUTAS PELOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

Comprovando-se, na análise do mérito dos autos, a inexistência de condutas tipificadoras da hipótese do art. 124 do CTN de modo a caracterizar o benefício comum responsável pela imputação solidária, deixa-se de analisar as preliminares aventadas para, no mérito, negar provimento ao recurso de ofício e manter a exclusão da responsabilidade solidária dos sócios.

UTILIZAÇÃO DOS PAGAMENTOS DE GANHO DE CAPITAL PELOS SÓCIOS NA REDUÇÃO DO LANÇAMENTO DO GANHO NA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE.

Caracterizando-se a existência de operação única de alienação do controle de companhia, o pagamento realizado pelos sócios pessoas físicas a título de ganho de capital deve ser aproveitado para fins de redução do lançamento do imposto devido pela mesma operação, agora lançado na pessoa jurídica. Mantém-se a decisão que julgou neste sentido do aproveitamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, foi negado provimento ao recurso voluntário em relação ao mérito da autuação. Vencidos os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga. Os Conselheiros Lívia De Carli Germano e Daniel Ribeiro Silva apresentarão declaração de voto. Por maioria de votos, negado provimento ao recurso voluntário relativamente aos juros sobre a multa de ofício. Vencida a Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, que lhe dava provimento. Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício relativamente à multa de ofício qualificada e à responsabilização solidária dos sócios. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso de ofício em relação ao aproveitamento do IRPF pago pelos sócios. Vencido o Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Abel Nunes de Oliveira Neto - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Edgar Bragança Bazhuni, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. Declarou-se impedido o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. Participou do julgamento o Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni.

Relatório

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ e CSLL lavrados contra o contribuinte em razão de, conforme alegação da fiscalização, o mesmo ter realizado atos de redução de capital, transferência de ações da Aracruz detidas pela empresa aos sócios e posterior alienação destas mesmas ações por estes sócios, com o objeto exclusivo de reduzir a tributação do ganho de capital, transferindo este da Pessoa Jurídica (34%) para as pessoas físicas dos sócios (15%).

Alega a fiscalização que a Votorantim Celulose e Papel S.A. (VCP) em cumprimento à cláusula contratual existente entre os sócios da Aracruz, deveria oferecer as mesmas condições de compra de aquisição de 28% das ações da Aracruz que foram oferecidas à família Lorentzen à Arainvest, vez que esta cláusula existia entre as partes.

Cientificada da proposta de compra e detendo um prazo de 90 (noventa) dias para exercer seu direito a Arainvest procedeu a uma redução de capital no montante aproximado em R\$ 302.000.000,00 e transferiu todas as ações da Aracruz aos sócios Moise e Joseph Safra.

Após este procedimento, que, conforme informa a fiscalização, sequer foi objeto de comunicação ao mercado, foi realizada a venda das ações da Aracruz à VCP, agora ações alienadas pelos sócios da Arainvest.

Considerando que a única intenção dos atos de redução de capital e transferência das ações aos sócios foi a de reduzir a imposição tributária, a fiscalização desconsiderou o negócio da forma em que realizado, elencando os diversos motivos de fato e de direito que apontavam pela irregularidade, e realizou a tributação do ganho de capital na pessoa jurídica da própria Arainvest, resultando nos autos de infração do IRPJ e CSLL e, ainda, na imputação da responsabilidade solidária dos sócios Moise e Joseph Safra.

Cientificada da autuação o recorrente apresentou impugnação que assim foi retratada no acórdão da impugnação;

- Dos Fatos: após uma descrição/transcrição do relato fiscal, afirma que seu procedimento encontra amparo no art.22 da Lei nº 9.249/95;

- que, mesmo que de planejamento se tratasse, este caracterizaria elisão fiscal lícita, pois as operações foram reais e ocorreram antes de qualquer fato gerador; além disto, o procedimento fiscal viola vários princípios constitucionais, tais como livre exercício, liberdade de contratar, etc;

- que, ainda que houvesse praticado a infração que lhe é imputada, deveria a Fiscalização observar o disposto no art.421 do RIR/99; apenas para argumentar, deveria então o imposto pago por seus sócios ser abatido do lançamento, sob pena de exigência em duplicidade;

- que não procede a qualificação da multa de ofício, pois não se sabe qual conduta teria incorrido, dentre aquelas dos arts 71, 72 ou 73, da Lei

4.502/64; que a autoridade autuante nem sequer aponta qual ato da Impugnante configuraria alguma das condutas descritas nestes artigos, o que impossibilita seu exercício do direito de defesa;

- quanto ao **(I) Mérito: I.1. O Art.22 da Lei nº 9.249/95 autoriza expressamente a redução de capital com devolução aos sócios pelo valor contábil:** alega que não se pode invocar o fato de a venda pelas pessoas físicas ter sujeitado o ganho de capital a carga tributária mais baixa como fundamento para sustentar ter ocorrido no caso planejamento tributário abusivo, posto que inaplicável cogitar-se de tal figura quando o que se tem é o mero exercício de uma opção legal;

- nem se diga que no caso o exercício desta opção seria “abusivo”, se é que isto existe em se tratando de opção legal, ao argumento de que o exercício da opção se deu após o recebimento pela pessoas jurídica de uma oferta firme de compra;

- que o procedimento adotado pela Impugnante tem amparo no artigo 22 da Lei 9.249/95, e representa apenas a adoção da opção fiscal mais vantajosa expressamente por ele disciplinada, já que se ambos os caminhos apontados pelo legislador são legítimos, o contribuinte não pode ser obrigado a adotar o mais oneroso (transcreve excertos doutrinários neste sentido);

- em outro item **I.2. O Total atendimento ao Acordo de Acionistas e à legislação e o propósito negocial:** - que a própria VCP, hoje Fibria, esclarece as razões pelas quais mesmo tendo adquirido as ações das pessoas físicas manteve as condições negociais acordadas com outros acionistas: a correta interpretação das regras do próprio Acordo de Acionistas conduz à conclusão de que estas pessoas físicas (afiliadas) tinham os mesmos direitos da Impugnante (transcreve vários itens do referido Acordo);

- não bastasse isso, diante da possibilidade de venda conjunta das ações da Aracruz, existia um motivo de ordem societária/negocial para que fossem transferidas para as pessoas físicas e por elas alienadas; a Impugnante é constituída pelos sócios pessoas físicas com única finalidade de administrar participações societárias e a alienação das ações da Aracruz dependeriam (previsto em estatuto social, art.6º, §2º) da aprovação conjunta de ambos os acionistas pessoas físicas;

- considerando que o objeto social único da impugnante era a administração de participações societárias, em especial o exercício do direito de voto de forma uniforme na Aracruz, com a possível alienação das ações ordinárias não mais se justificaria que permanecessem na Impugnante, sujeitas às restrições do artigo 6º, §2º do Estatuto Social, apenas as ações preferenciais, que não tem direito de voto;

- assim, de modo a poderem deliberar livremente sobre o destino das ações preferenciais da Aracruz, os acionistas representando a totalidade do capital social deliberaram reduzir o capital da impugnante e restituir aos acionistas a participação societária integral na Aracruz composta por ações ordinárias e preferenciais - e não apenas as ordinárias que acabaram sendo alienadas para a VCP, atual Fibria;

-
- já as ações preferenciais, passaram a ser administradas livremente pelos próprios acionistas e somente foram alienadas muito depois, e em montantes e momentos distintos para cada acionista, conforme documentos anexos (doc.04), o que evidencia a efetividade da redução de capital procedida;
- com relação a afirmação fiscal de que teria havido descumprimento de disposição contida na Instrução CVM 358/02 (divulgação de negociação de valores mobiliários), de se dizer que tal ato disciplina determinações dirigidas às companhias de capital aberto, que não é o caso da Impugnante, que é uma sociedade anônima de capital fechado;
- no item **I.3. A Redução de Capital com devolução de bens aos sócios além de lícita, foi real, efetiva e se deu antes da ocorrência do Fato gerador – Elisão Fiscal:** que o fisco trata a situação como planejamento tributário e não o exercício de uma opção legal, o que jamais poderia ser taxado de ilícito, porque estar-se-ia, quando muito, no campo da elisão fiscal (transcreve excertos doutrinários); ressalta a licitude da operação em causa, levada a efeito antes da ocorrência de qualquer fato gerador;
- que, não obstante os esforços da fiscalização na tentativa de caracterizar a pessoa jurídica como a real alienante das participações societárias, o certo é que não logrou êxito em demonstrar a ocorrência, anteriormente à redução de capital, de qualquer fato gerador dos tributos que ora pretende exigir;
- que a redução de capital ainda correspondeu a uma necessidade de negócios dos acionistas sócios da Impugnante que passaram a administrar livremente suas ações preferenciais da Aracruz, não se sustentando a afirmação do Fisco de que “ ...a referida redução teve, claramente, como único propósito, a evasão de parte da tributação sobre o negócio.”
- no item **I.4. Não cabe ao Fisco modificar os atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, alterando-lhes a natureza, os sujeitos, a cronologia e outros, mas tão somente afastá-los para efeitos tributários mediante a demonstração de que estão viciados:** para tanto, porém, será necessário comprovar que referidos atos não produziram os efeitos que lhes são próprios, quer porque nenhum efeito foi produzido, tendo havido o retorno à situação original, quer porque outros efeitos foram produzidos de negócios jurídicos distintos;
- no caso concreto, houve efetivamente a redução de capital e após houve a alienação das participações societárias pelas pessoas físicas dos sócios, com todas as conseqüências decorrentes de ambas as operações, inclusive o recolhimento de vultosa quantia a título de imposto de renda sobre ganho de capital; não obstante isso, o Fisco pretende que a alienação teria sido feita pela pessoa jurídica, portanto, antes da redução de capital;

- *entretanto, para que sua argumentação pudesse ser considerada, o Fisco deveria ter demonstrado que as ações entregues aos sócios de alguma forma teriam retornado para a Impugnante e que esta teria sido, em algum momento ou de alguma forma, beneficiada pelo resultado econômico da alienação da referidas ações;*

- *no item I.5. **Da Jurisprudência Administrativa**, transcreve excertos de decisões administrativas proferidas pelo CARF;*

- *No item II. **Do vício na apuração da matéria tributável em face da inobservância do disposto no art.421 do RIR/99**: que, mesmo que ocorrida a infração apontada, o lançamento não teria como prosperar, pois é absurda a alegação fiscal de que a Impugnante não teria direito ao diferimento da tributação do lucro então previsto no art.421;*

- *no item III. **Do Direito ao abatimento dos valores pagos pelos sócios: impossibilidade da tributação em duplicidade do mesmo ganho de capital**: mantida a exigência, deveriam ser deduzidos os valores pagos pelos sócios pessoas físicas quando ofereceram à tributação do IRPF ganho de capital inclusive superior ao ora autuado (traz excertos de decisões administrativas do CARF);*

- *no item IV.1. **Da Nulidade do lançamento quanto à exigência de multa qualificada**: que o conteúdo do texto que teria motivado a autoridade fiscal à qualificação da multa de ofício, é um texto padrão existente em todo auto de infração, trata-se de um texto “coringa”; que em momento algum a autoridade fiscal mencionou qual dispositivo da Lei 4.5002/64 teria a impugnante incorrido; que ocorre no caso concreto uma situação literalmente **kafkiana** em que a Impugnante, a quem é imposta pena própria das práticas de sonegação, fraude ou conluio, **não sabe qual ou quais dessas condutas lhe é ou são imputadas, nem, muito menos, qual ou quais atos por ela praticados na opinião do i.fiscal autuante poderiam caracterizar alguma dessas práticas; enfim, como se defender?***

*no item IV.2. **Da Improcedência do lançamento quanto à exigência de multa qualificada**: apesar do item anterior, a autoridade autuante resume-se a sustentar que a impugnante teria praticado “planejamento fiscal abusivo” o que no entendimento do fiscal autuante seria suficiente não só para exigir tributo mas também para impor multa de 150%; transcreve vários artigos da MP 66/02, não convertida em lei; transcreve excertos doutrinários e julgados administrativos do CARF;*

- *no item V. **A não incidência de juros de mora sobre multa de ofício**: alega que o Fisco certamente exigirá juros sobre multa de ofício e daí porque já vem impugnar a matéria; transcreve ementas de julgados do CARF.*

Da IMPUGNAÇÃO de Joseph Yacoub Safra e de Moise Yacoub Safra (Espólio), em resumo:

- *que a autoridade autuante não identifica os fatos com os dispositivos legais indicados, os arts.124, I e 135, III ambos do CTN;*

- que, apesar disto, o art.124, I não aplica-se ao presente caso, trata-se de solidariedade natural (traz excertos de decisões judiciais e de doutrinadores); sendo evidente que não se pode vislumbrar a existência de um vínculo de solidariedade natural entre a pessoa jurídica e seus sócios administradores, razão pela qual pretender aplicar ao caso concreto o art.124, I do CTN demandaria admitir que o fato de os administradores de uma empresa terem possivelmente “interesse” em que a mesma gere bons resultados os faz, ipso facto, responsáveis tributários pelos tributos e contribuições devidos pela empresa, o que resultaria em uma espécie de “responsabilidade objetiva” dos sócios administradores pelos tributos devidos pela sociedade, que é de todo inadmissível; relativamente ao outro artigo citado, o inc.III do art.135 do CTN, não há como caracterizar a responsabilidade atribuída sem a demonstração cabal de que tais pessoas agiram com “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”;

Analisando a impugnação e as razões da autuação a Delegacia de Julgamento proferiu a seguinte decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2009

Alienação de Participação Societária. Sujeição Passiva. Ganho de Capital. Constatado que o real alienante de participação societária não eram os acionistas pessoas físicas, correta a sua descaracterização, para fins fiscais, sendo atribuída a sujeição passiva da obrigação tributária à pessoa jurídica, sendo imputada a esta a apuração do ganho de capital na alienação.

Juros de Mora. Incidência sobre a Multa. Fato não Ocorrido. Conhecimento. Impossibilidade.

A cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício só é passível de impugnação a partir do momento em que o fato se materializar, sendo defeso ao órgão de julgamento conhecer a impugnação e apreciar a matéria preventivamente.

Responsabilidade Solidária. Exclusão.

Nos termos do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, para a imputação da solidariedade tributária deve restar demonstrado o interesse comum da pessoa natural na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/12/2009

Multa de Ofício Qualificada. Inaplicabilidade.

Constatado que na conduta da fiscalizada **não** existem as condições previstas nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, incabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso §1º do art.44 da Lei nº 9.430/96.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/12/2009

CSLL. Lançamento Decorrente. Efeitos da decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ).

Em razão da vinculação entre o lançamento principal (IRPJ) e os que lhe são decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecerem na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Impugnação

Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Nesta mesma decisão a Delegacia de Julgamento recorreu de ofício da parte em que foi julgada procedente a autuação no que se refere a:

1 - Exoneração da multa qualificada;

2 - Exoneração da responsabilização solidária;

2 - Utilização dos pagamentos de ganho de capital das pessoas físicas para a redução do valor devido da pessoa jurídica.

Cientificado da decisão o contribuinte apresentou recurso voluntário no qual aduziu as seguintes alegações:

- Existência de autorização legal do art. 22, da Lei nº 9.249/95 de redução do capital e devolução aos sócios pelo valor contábil. Assim entende que não se pode alegar que a devolução das participações aos sócios e a conseqüente tributação a menor do ganho da alienação sejam motivo suficiente para a caracterização de planejamento tributário abusivo. Alega que a redução autorizada pela lei não obriga a existência de qualquer propósito comercial para sua ocorrência. Alega que tratou-se de uma escolha e que na lição de Marco Aurélio Grecco a adoção de escolhas não implica em ilícito.

- No contexto do surgimento da norma do art, 22, da lei nº 9.249/95. Que na exposição de motivos constata-se que a intenção do legislador era a de não tributar a devolução de capital.

- O papel da recorrente na autuação. A empresa foi constituída como uma Holding pura e que o único e maior patrimônio era a participação na Aracruz. Alega que desde muito tempo atrás os investimentos eram de propriedade dos sócios, assim como de diversas holdings dos mesmos. Que a fiscalização deixou propositadamente de ver o filme todo, restringindo sua análise apenas ao período.

- Do atendimento ao acordo de acionistas, à legislação e o propósito negocial. Alega que não procedem as alegações da acusação de que o direito à realização do negócio era da Arainvest e não dos sócios. Que os sócios sempre foram afiliados e que a própria VCP registra que não houve irregularidade no oferecimento da venda aos sócios. Alega que como a função da sociedade era a administração da participação não faria sentido a manutenção da participação nesta quando se intencionaria sua venda.

- Da licitude da redução do capital. Alega que a redução de capital e devolução das ações foram atos lícitos e reais e que não podem ser desconsiderados pelo fisco,

- Que só caberia ao fisco desconsiderar para efeitos tributários os atos que se demonstrarem viciados. Entende que a fiscalização deveria demonstrar que os atos não produziram os efeitos que lhe são próprios. Ou seja, a redução de capital foi legítima. O fisco estaria considerando real algo que efetivamente não existiu, qual seja, a venda pela Arainvest.

- Apresenta extensa jurisprudência a sustentar a possibilidade da redução de capital.

- Alega que, mesmo que se sustentasse a acusação, esta teria de ser revista pelo fato de a fiscalização não ter adotado a regra do art. 421, do RIR/99, que estabelece a possibilidade de o contribuinte optar por reconhecer o lucro apenas na proporção em que for efetivamente recebido.

- Não incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

- Sustenta também pela necessidade de se negar provimento ao recurso de ofício e manter as parcelas excluídas na decisão de primeiro grau.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contra-razões ao recurso nas quais reitera as alegações da acusação requer a negativa de provimento do recurso de ofício, restabelecendo os itens originalmente lançados.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto - Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais, por isso dele tomo conhecimento.

Iniciando a análise do presente caso, é mister verificar o que se apresenta no acordo de acionistas firmado entre a recorrente e a Lorentzen Empreendimentos S/A no que tange à necessidade de informação de um acionista ao outro acerca da proposta de venda de ações e preferência de aquisição por parte do outro ou venda conjunta de ações em montante equivalente e nas mesmas condições.

Vejamos as cláusulas que constam deste acordo de acionistas lavrado em 2003 e com prazo de duração de 16 (dezesesseis anos), fls. 90/106.

4.2 Com o propósito de assegurar o direito de preferência estabelecido neste Acordo, cada Acionista se obriga a observar o seguinte:

- (a) a Acionista que receber a proposta de terceiro de boa-fé para Alienar, direta ou indiretamente, suas Ações (doravante simplesmente referida como “Acionista Ofertante”), somente poderá fazê-lo se a referida proposta incluir todas as suas Ações, e for firme, incondicional e irrevogável, devendo, para tanto, e antes de efetuar tal Alienação, notificar a outra Acionista (doravante simplesmente referida como “Acionista Ofertada”), informando (i) o número de Ações de sua titularidade objeto da Alienação, o qual deverá representar sempre a totalidade de suas Ações (doravante simplesmente referidas como “Ações Ofertadas”); (ii) o respectivo preço, que deverá ser sempre expresso em moeda corrente nacional para pagamento em dinheiro e à vista; (iii) o nome do terceiro interessado; e (iv) todas as demais condições da Alienação, fornecendo, inclusive, a cópia da proposta feita pelo terceiro, que deverá expressamente incluir declaração, sob as penas da lei, de que não existem outros valores ou vantagens sendo oferecidos, pagos – anterior ou posteriormente à declaração – ou prometidos pagar, a qualquer título ou motivo, em função de outras operações, a qualquer título ou motivo, ou da própria proposta de compra, diretamente ou por interposta pessoa, ao Acionista Ofertante e/ou a qualquer de suas Afiliadas, ou pelo Acionista Ofertante e/ou Afiliadas ao terceiro interessado ou qualquer de suas afiliadas;**

a Acionista Ofertada somente poderá exercer seu direito de preferência para adquirir a integralidade das Ações Ofertadas;

- (c) a Acionista Ofertada, se desejar exercer o seu direito de preferência, deverá notificar a Acionista Ofertante, manifestando esta sua intenção dentro de 90 (noventa) dias contados da data do recebimento da notificação prevista na letra (a) deste item 4.2 (sendo tal prazo doravante referido simplesmente como “Prazo da Preferência”), manifestando seu compromisso, irrevogável e incondicional, de adquirir todas as Ações Ofertadas nas mesmas condições da proposta feita à Acionista Ofertante;

alternativamente ao exercício do direito de preferência previsto acima, a Acionista Ofertada terá o direito (mas não a obrigação) de determinar que sejam incluídas na Alienação ao terceiro interessado suas Ações, hipótese em que aplicar-se-á o procedimento estabelecido na Cláusula VI abaixo;

**CLÁUSULA VI
DO DIREITO DE VENDA
CONJUNTA (“TAG ALONG”)**

6.1 Caso a Acionista Ofertada exerça seu direito de Venda Conjunta, nos termos da letra (d) do item 4.2 acima, ficará a Acionista Ofertante obrigada a incluir na Alienação de que trata o item 4.2 acima todas as Ações da Acionista Ofertada, pelo mesmo preço por ação e nas mesmas condições, juntamente com suas Ações Ofertadas (“Venda Conjunta”). Para tanto, a Acionista Ofertada deverá comunicar por escrito à Acionista Ofertante sua intenção de exercer o direito de Venda Conjunta previsto neste item no prazo de 90 (noventa) dias, contados do recebimento da notificação a que se refere o item 4.2 (a) acima.

6.2 Caso o terceiro interessado não deseje adquirir todas as Ações de titularidade da Acionista Ofertada que, em decorrência da Venda Conjunta de que trata esta Cláusula, forem acrescidas às Ações inicialmente ofertadas, aplicar-se-á uma dentre as duas hipóteses a seguir:

- (a) caso expressamente acordem as Acionistas, a quantidade de Ações a ser Alienada ao terceiro interessado pela Acionista Ofertante e pela Acionista Ofertada deverá ser proporcionalmente reduzida, de forma que as Acionistas venham a Alienar a mesma proporção de suas respectivas participações;

- (b) caso qualquer das Acionistas não concorde em reduzir proporcionalmente suas respectivas participações, restará vedada à Acionista Ofertante efetuar a referida Alienação.

A Votorantim Celulose e Papel (VCP), por meio de correspondência datada de 19/01/2009, e com base no acordo de acionistas cujas cláusulas acima transcrevemos, realizou proposta de compra das ações nas mesmas condições oferecidas à Lorentzen Empreendimentos. Vejamos trechos da proposta juntada às fls. 108/109.



São Paulo, 19 de janeiro de 2009

ARAINVEST PARTICIPAÇÕES S.A.

At.: Joseph Yacoub Safra e Moisc Yacoub Safra
Av. Paulista, 2.100
São Paulo – SP

Ref.: Adesão ao Acordo de Acionistas e Exercício de Direitos

Prezados Senhores:

Fazemos referência: (i) ao acordo de acionistas relativo à Aracruz Celulose S/A (“Companhia”), celebrado em 05 de fevereiro de 2003, pela Sodepa Sociedade de Empreendimentos, Publicidade e Participações S.A., posteriormente sucedida pela Arainvest Participações S.A. (“Arainvest”) e pela Arapar S.A. (“Arapar”), com posterior adesão pela São Teófilo Representação e Participações S.A. (“São Teófilo”) em 01 de agosto de 2008 (“Acordo de Acionistas”); e (ii) ao contrato de compra e venda de ações, celebrado em 19 de janeiro de 2009, entre a Votorantim Celulose e Papel S.A. (“VCP”) e as Famílias Lorentzen, Moreira Salles e Almeida Braga (“Contrato de Venda das Famílias”) pelo qual foram estabelecidos os termos e as condições para aquisição da participação societária de titularidade das referidas famílias e/ou de terceiros, inclusive aquela pertencente aos representantes do conselho de administração (em qualquer caso, “Vendedores”), de forma direta ou indireta, no capital social votante da Companhia.

Ainda, de acordo com as Cláusulas IV e VI do Acordo de Acionistas, notificamos V.Sas. para que, no prazo de 90 (noventa) dias contados do recebimento desta, manifestem-se sobre o exercício, ou não, dos direitos de preferência e de venda conjunta (*tag along*) constantes das referidas cláusulas.

Segue, anexo à presente, para seu conhecimento e em cumprimento ao disposto no Acordo de Acionistas, o Contrato de Venda das Famílias, celebrado com os Vendedores, que reflete os termos e condições da compra e venda em que foi negociada a participação societária de titularidade dos Vendedores, não havendo outros valores ou vantagens oferecidos, pagos, a qualquer tempo e a qualquer título ou motivo, direta ou indiretamente que não estejam devidamente estabelecidos no mencionado Contrato de Venda das Famílias.

Como se observa, a VCP, ciente da existência do acordo de acionistas que contém a cláusula de direito de preferência e de *Tag Along*, foi oferecido à recorrente o direito de venda de sua parte de ações em idênticas condições à empresa da família Lorentzen.

A própria VCP, quando da realização de oferta de compra ao grupo Lorentzen, já indicou o conhecimento do acordo de acionistas existente entre este grupo e a Arainvest, conforme abaixo, e se comprometeu a realizar a oferta em iguais condições à Arainvest.

3. Acordo de Acionistas

A Proponente reconhece a existência e eficácia do Acordo de Acionistas. Em cumprimento ao disposto nas Cláusulas IV e VI do referido Acordo de Acionistas, a Proponente reconhece que a compra e venda das Ações ON da Companhia objeto da presente Proposta está sujeita ao direito de preferência estabelecido na Cláusula IV do Acordo de Acionistas e no direito de venda conjunta, conforme a Cláusula VI e Cláusula 4.2.(d), do Acordo de Acionistas. Para tanto, concomitantemente à aceitação desta Proposta, os Vendedores deverão notificar Arainvest a respeito do teor desta Proposta.

Caso Arainvest exerça tempestivamente seu direito de preferência para a compra das Ações ON da Companhia, nos termos da Cláusula IV do Acordo de Acionistas, esta Proposta estará resolvida de pleno direito, ficando a Proponente desobrigada de adquirir as Ações ON da Companhia conforme o disposto nesta Proposta, sem que seja aplicada qualquer penalidade à Proponente.

Caso Arainvest exerça o direito de venda conjunta das Ações da Companhia, nos termos da Cláusula VI do Acordo de Acionistas, a Proponente obriga-se a comprar de Arainvest todas as suas ações ordinárias representativas do capital social da Companhia, nos mesmos termos e condições estabelecidos nesta Proposta, hipótese na qual Arainvest deverá aderir ao presente instrumento na qualidade de vendedora, assumindo as mesmas obrigações dos Vendedores na presente Proposta. O direito ao recebimento do mesmo preço por ação ordinária, conforme estabelecido na Proposta, será exercido.

Foi juntado ao processo, às fls. 498/504, comunicado de fato relevante pelo qual a VCP comunica a conclusão da compra da participação do Grupo Lorentzen junto à ARACRUZ e, ao mesmo tempo, que está ofertando, nas mesmas condições a possibilidade de compra da participação detida pela ARAINVEST junto à ARACRUZ.

Em todo o comunicado é expresso que o direito de venda nas mesmas condições é oferecido à ARAINVEST.

Já às fls. 513, no comunicado de fato relevante a ARACRUZ CELULOSE informa ao mercado que a VCP adquiriu da família Safra a participação desta no controle da ARACRUZ.

Em 12/02/2009, conforme ata de assembleia geral extraordinária, foi deliberada, na Arainvest, a redução do capital social pelo motivo de ser excessivo para o objeto da companhia no valor de R\$ 301.800.000,0, sendo devolvido aos sócios o valor em disponibilidades e bens do ativo permanente. Vejamos o texto da deliberação.

DELIBERAÇÃO: Aprovada sem ressalvas, por unanimidade dos senhores acionistas, a redução do capital social da Companhia, nos termos do artigo 173 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, por considerá-lo excessivo para as necessidades do objeto da Companhia, dos atuais R\$ 417.437.618,00 (quatrocentos e dezessete milhões, quatrocentos e trinta e sete mil e seiscentos e dezoito reais) para R\$ 115.637.618,00 (cento e quinze milhões, seiscentos e trinta e sete mil e seiscentos e dezoito reais), com uma redução efetiva, portanto, de R\$ 301.800.000,00 (trezentos e um milhões e oitocentos mil reais), com o cancelamento de 202.228 (duzentos e dois mil, duzentos e vinte e oito) ações, proporcionalmente à participação de cada acionista, sendo 161.784 (cento e sessenta e uma mil, setecentos e oitenta e quatro) ações ordinárias e 40.444 (quarenta mil, quatrocentos e quarenta e quatro) ações preferenciais de emissão da Companhia. O valor correspondente à redução de capital será restituído aos acionistas, na proporção das respectivas participações no capital social da Companhia, em ativos da Companhia, representados por disponibilidades e o total do ativo permanente, utilizando-se o valor contábil.

Em seus argumentos de recurso a recorrente repisa a possibilidade de redução de capital com base no art. 22, da Lei nº 9.249/95, que assim não ocorre vício no ato e que faz parte do direito das pessoas titulares das ações mantê-las em empresa de participação com vistas a administrar esta ou recebê-las de volta a qualquer tempo.

Passando à análise de todos os fatos apresentados temos que os seguintes fatos são incontestes:

1 - A VCP tinha a intenção expressa de deter integralmente o controle acionário da ARACRUZ CELULOSE;

2 - Existia acordo de acionistas firmado entre a ARAPAR, LORENTZEN EMPREENDIMENTOS e ARAINVEST (antes SODEPA) no qual a alienação da participação de um dos sócios somente poderia ser feita com a informação do outro para exercício do direito de preferência ou o direito de vender sob as mesmas condições (*Tag Along*);

3 - A ARAINVEST somente tomou conhecimento da existência de proposta de compra de participação firmada pela VCP a partir do recebimento, em janeiro de 2009, de comunicado desta no sentido de notificá-la a exercer ou seu direito de preferência ou o de venda nas mesmas condições;

4 - Não existe nulidade jurídica no ato de redução de capital e devolução das ações ordinárias aos sócios da ARAINVEST;

Ora, partindo destas premissas e reportando à análise realizada já na decisão da Delegacia de Julgamento, havemos de considerar que, no presente caso, ocorreu a realização de planejamento tributário com vistas à redução da incidência tributária. Disto não restam dúvidas. Havemos então, para realizar a análise da manutenção ou não da autuação, de determinar se este planejamento pode ser considerado lícito e oponível ao fisco, ou o contrário.

O cerne da questão a ser decidida reside então no fato de o recorrente (ARAINVEST) ao conhecer da proposta de aquisição da participação detida na ARACRUZ poder realizar um rearranjo societário com vistas, única e exclusivamente, a transferir a propriedade das ações aos seus sócios majoritários fazendo com que a tributação sobre o ganho de capital na venda se deslocasse da pessoa jurídica para as pessoas físicas.

Uma das alegações a que mais se detém a peça recursal é o fato de o direito pátrio permitir diversas formas de organização societária. Assim, os sócios decidiram criar a

ARAINVEST como sociedade de participação com vistas a administrar a participação detida por estes junto à ARAINVEST.

Da mesma forma entende que com base nessa liberdade decidiram estes sócios reduzir o capital e receber de volta as ações já que estas seriam alienadas e não mais seriam objeto de administração pela ARAINVEST.

O raciocínio poderia ser considerado perfeito e acabado não fossem alguns dados que não foram considerados.

No nosso mundo contábil existem princípios que norteiam a realização dos registros contábeis e suas demonstrações. Dentre estes princípios podemos citar o Princípio da Entidade. Assim se apresenta este princípio conforme análise do próprio Conselho Federal de Contabilidade em sua **RESOLUÇÃO CFC Nº 774 de 16 de dezembro de 1994**

2.1 - O Princípio da Entidade

*“Art. 4º O Princípio da ENTIDADE reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, **o patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.**”*

Parágrafo único. O PATRIMÔNIO pertence à ENTIDADE, mas a recíproca não é verdadeira. A soma ou agregação contábil de patrimônios autônomos não resulta em nova ENTIDADE, mas numa unidade de natureza econômico-contábil.”

2.1.1 - A autonomia patrimonial

*O cerne do Princípio da ENTIDADE está na autonomia do patrimônio a ela pertencente. **O Princípio em exame afirma que o patrimônio deve revestir-se do atributo de autonomia em relação a todos os outros Patrimônios existentes, pertencendo a uma Entidade, no sentido de sujeito suscetível à aquisição de direitos e obrigações.** A autonomia tem por corolário o fato de que o patrimônio de uma Entidade jamais pode confundir-se com aqueles dos seus sócios ou proprietários. Por consequência, a Entidade poderá ser desde uma pessoa física, ou qualquer tipo de sociedade, instituição ou mesmo conjuntos de pessoas, tais como:*

- famílias;*
- empresas;*
- governos, nas diferentes esferas do poder;*
- sociedades beneficentes, religiosas, culturais, esportivas, de lazer, técnicas;*
- sociedades cooperativas;*
- fundos de investimento e outras modalidades afins.*

No caso de sociedades, não importa que sejam sociedades de fato ou que estejam revestidas de forma jurídica, embora esta última circunstância seja a mais usual.

O patrimônio, na sua condição de objeto da Contabilidade, é, no mínimo, aquele juridicamente formalizado como pertencente à Entidade, com ajustes quantitativos e qualitativos realizados em consonância com os princípios da própria Contabilidade.

A garantia jurídica da propriedade, embora por vezes suscite interrogações de parte daqueles que não situam a autonomia patrimonial no cerne do Princípio da Entidade, é indissociável desse princípio, pois é a única forma de caracterização do direito ao exercício de poder sobre o mesmo Patrimônio, válida perante terceiros. Cumpre ressaltar que, sem autonomia patrimonial fundada na propriedade, os demais Princípios Fundamentais perdem o seu sentido, pois passariam a referir-se a um universo de limites imprecisos.

A autonomia patrimonial apresenta sentido unívoco. Por conseqüência, o patrimônio pode ser decomposto em partes segundo os mais variados critérios, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Mas nenhuma classificação, mesmo que dirigida sob ótica setorial, resultará em novas Entidades. Carece, pois de sentido, a idéia de que as divisões ou departamentos de uma Entidade possam constituir novas Entidades, ou “microentidades”, precisamente porque sempre lhes faltará o atributo da autonomia.

A única circunstância em que poderá surgir nova Entidade, será aquela em que a propriedade de parte do patrimônio de uma Entidade, for transferida para outra unidade, eventualmente até criada naquele momento. Mas, no caso, teremos um novo patrimônio autônomo, pertencente a outra Entidade.

Na contabilidade aplicada, especialmente nas áreas de custos e de orçamento, trabalha-se, muitas vezes, com controles divisionais, que podem ser extraordinariamente úteis, porém não significam a criação de novas Entidades, precisamente pela ausência de autonomia patrimonial.

A recorrente em diversos trechos de suas peças cita que na verdade a participação societária na ARACRUZ CELULOSE era exercida pelas "famílias" Lorentzen e Safra, assim, realizada a aquisição da participação detida pela família Lorentzen, foi feita a proposta de alienação da participação da família safra. Neste sentido seria indistinto que a oferta fosse realizada em nome da ARAINVEST ou se seus sócios (família Safra).

Inobstante a liberdade que possuem os sócios de administrar seus bens da forma que bem lhe aprouverem, em razão do princípio da entidade devemos discordar desta liberdade ilimitada quando estão pressupostos outros elementos.

Conforme bem descreveu o fiscal autuante, quando realizada a proposta à ARAINVEST o direito de exercício do *Tag Along* era deste e não dos sócios, proprietários anteriores das ações.

O simples fato de a VCP ter adquirido a participação diretamente dos sócios e não da ARAINVEST não tem o condão de modificar esta situação jurídica existente à época da oferta. A VCP tinha a intenção de adquirir todo o controle da ARACRUZ, assim não lhe importava realizar a aquisição de quem quer que fosse, apenas objetivava ao controle da empresa, até mesmo porque o preço a pagar seria o mesmo. Por isso o contrato de aquisição de

ações firmado entre a VCP e os sócios da ARAINVEST não nos parece um argumento irrefutável do reconhecimento da propriedade da participação dos sócios da ARAINVEST.

Na verdade o patrimônio da empresa (ARAINVEST) não pode ser confundido com o patrimônio dos seus sócios.

Consoante o princípio da Entidade e as normas do direito civil o patrimônio da empresa é vinculado a suas operações. Foi nesta condição de pertencerem ao patrimônio da ARAINVEST que as ações representativas da participação acionária na ARACRUZ possibilitaram à ARAINVEST a celebração de um acordo de acionistas com o grupo LORENTZEN para prevenir a venda para terceiros unilateralmente e, assim, proteger a sua participação.

Neste acordo as deliberações são tomadas pela ARAPAR, LORENTZEN EMPREENDIMENTOS E SODEPA (nome anterior da ARAINVEST).

Ora o sujeito das obrigações e direitos do acordo de acionistas, desde o ano de 2003, é a ARAINVEST e não seus sócios. Tal fato é notório posto que somente à sociedade cabe deliberar sobre a assunção de obrigações. Nesta tarefa a ARAINVEST livremente dispôs sobre o seu direito de propriedade e patrimônio específico, assumindo cláusulas limitadoras de seu direito de propriedade e obtendo, em contrapartida, garantias quanto à venda de participação dos outros sócios a terceiros.

Em seu benefício a recorrente alega que a ARAINVEST é uma empresa de participações e, assim, após a informação da proposta de compra pela VCP não haveria mais o interesse de que estas ações permanecessem na propriedade da empresa. Por isso, foi realizada a redução do capital e a devolução aos sócios que, nesta qualidade, realizaram a alienação da participação.

Acontece que, ao contrário das alegações da recorrente de que a ARAINVEST era empresa criada exclusivamente para a administração da participação dos sócios na ARACRUZ, não é isso o que consta em seu contrato social. Naquele o objeto social da ARAINVEST é o de administração de participações em empresas, não especificamente uma empresa apenas, assim, em tese, poderia operar participações em diversas outras companhias.

Ora, em sendo assim, não haveria qualquer problema em realizar a alienação e manter os recurso em posse da ARAINVEST pra ser aplicado em novos empreendimentos. Não havia, em verdade, nenhum motivo outro para a realização da redução do capital e devolução aos sócios das ações da ARACRUZ senão o de transferir a tributação do ganho de capital a ser auferido na alienação da participação da pessoa jurídica para as pessoas físicas dos sócios.

Veja-se, diante da eminência de uma operação é perfeitamente facultado ao contribuinte realizar a operação da forma menos onerosa fiscalmente falando.

O que não é possível se admitir, pelo menos no humilde entendimento deste relator, é que diante de uma situação, qual seja, a oferta do VCP de aquisição da participação da empresa na ARACRUZ, esta realize um planejamento tributário para modificar a titularidade da participação, sem qualquer propósito econômico ou comercial, única e exclusivamente para não submeter os ganhos da operação à tributação que lhe seria típica no caso.

Representa-se assim a seguinte situação: Uma empresa de participação é criada para administrar participações de determinados sujeitos, forma-se a empresa para possibilitar uma gestão profissional, conhecimentos específicos, possibilidade de rentabilidade maior, etc. A empresa é especialista em administrar participações mas de repente, sem maiores explicações, visto que a ata da assembleia que determinou a redução de capital não apresenta nenhum motivo específico, esta resolve reduzir o capital e se desfazer das ações ordinárias da ARACRUZ.

Qual o motivo econômico deste ato? Não nos resta nenhuma outra alternativa do que a pura e simples economia tributária. Assim, o ato realizado pela ARAINVEST não implica apenas em uma simples operação econômica, mas sim a alteração indevida do sujeito passivo de uma operação iminente.

Este comportamento fugidio é que não pode ser imposto contra o fisco. A operação, assim como ocorrida em relação ao demais sócios ARAPAR e LORENTZEN EMPREENDIMENTOS deveria ter ocorrido pelo sujeito passivo ARAINVEST, vez que este é que estava protegido pelos direitos estabelecidos no acordo de acionistas. A ARAINVEST, e não seus acionistas, é quem detinha o direito de exercer o *Tag Along*.

O problema, rapidamente verificado pelos acionistas desta é que esta operação implicaria numa solução bem mais onerosa do que a decorrente da alienação acaso realizada diretamente pelos sócios da ARINVEST. Assim é que se decidiu, à guisa da inexistência de qualquer outro motivo econômico ou comercial, realizar toda a operação de redução de capital, transferência das ações e posterior alienação para garantir uma redução da imposição tributária.

Consoante os precedentes abaixo apresentados deste CARF, a realização de operações sem qualquer interesse econômico que não o de reduzir a imposição tributária, impossibilita a oposição desta contra o fisco.

INCORPORAÇÃO DE EMPRESA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. NECESSIDADE DE PROPÓSITO NEGOCIAL. *Inadmissível a formação de ágio por meio de operações internas, sem a intervenção de partes independentes e sem o pagamento de preço a terceiros. Não produz o efeito tributário almejado pelo sujeito passivo a sucessão de operações societárias sem qualquer finalidade comercial que resulte em incorporação de pessoa jurídica de mesmo grupo, com utilização de empresa veículo, unicamente para criar de modo artificial as condições para aproveitamento da amortização do ágio como dedução na apuração do lucro real e da contribuição social. Acórdão nº 1301-002.019, de 04/05/2016*

GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. *Inaceitável quanto aos efeitos fiscais a cessão de quotas à empresa alienígena para posterior alienação com tributação favorecida, sem demonstração de razão comercial que não a mera redução tributária. Acórdão nº 1402-002.882, de 17/10/2017.*

GANHOS DE CAPITAL. OMISSÃO DE RECEITAS. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL. PLANEJAMENTO FISCAL ABUSIVO.

Comprovado nos autos que há ausência de propósito negocial na operação de alienação de bens imóveis realizada pelo contribuinte, merece prosperar a glosa fiscal, pois mesmo que tal ato seja lícito, rechaça-se seus efeitos diante do planejamento fiscal abusivo perpetrado pelo contribuinte. Acórdão nº 1402-002.720, de 15/08/2017.

ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS- PERMUTA VIA OPERAÇÃO SOCIETÁRIA "CASA-E-SEPARA"- SIMULAÇÃO. Não há "propósito negocial" na integralização de capital social, por meio de imóveis, em empresa integrante do mesmo grupo econômico, tributada pelo lucro presumido, em sucessivas operações cujo único fim foi a redução da carga tributária incidente sobre operações imobiliárias. Acórdão nº 1402-002.685, de 26/07/2017.

Desta forma, entende este relator que na situação em que a cláusula *Tag Along* foi acionada, o único sujeito passivo com possibilidade de dela usufruir era a Arainvest e não os seus sócios, haja vista que a Arainvest era a detentora, de fato e de direito das ações e direitos de acionista, sendo, desta forma a obrigada/beneficiária da cláusula *Tag Along*, razão pela qual a realização das diversas operações organizadas com vistas a retirar estas ações da propriedade da Arainvest a fim de possibilitar a venda por parte das pessoas físicas anteriores proprietárias destas, implica na realização de negócio sem qualquer propósito econômico com vistas, unicamente, a reduzir a imposição tributária.

Por todo o exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso neste item, mantendo a autuação relativa à omissão do ganho de capital na alienação da participação da ARAINVEST na ARACRUZ.

Da Possibilidade de Diferimento do IRPJ sobre o ganho

Com relação ao argumento de que, mesmo que mantida a autuação, esta deveria ser revista, vez que deve incidir sobre a operação a regra do art. 421, do RIR que permite a postergação da tributação para a época do pagamento dos valores do preço.

Quanto a este ponto não há como se acatar este argumento, vez que como a operação não foi realizada da forma normal pela pessoa jurídica, esta em nenhum momento realizou a opção pelo diferimento da tributação e, assim, não se pode, em sede de análise de recurso voluntário, permitir que se faça esse deferimento, haja vista que só agora a operação está sendo tributada no contribuinte correto.

Mais ainda, a opção do art. 421 deixou de ser exercida em razão de opção da empresa pelo planejamento tributário acima tratado, deixando de ter direito ao benefício deste artigo.

Por isso, nego provimento ao pedido de revisão do auto e diferimento da tributação calcado no art. 421, do RIR.

Da Incidência de Juros sobre a Multa

Com relação à alegação de impossibilidade de incidência de juros calculados pela SELIC sobre a multa de ofício, entendo por bastante elucidativa a argumentação apresentada em voto proferido pela DRJ/Florianópolis no acórdão nº 07-38.069 - 3ª Turma da DRJ/FNS relativo ao assunto. Por isso transcrevo a parte do mesmo o adoto como suficiente para justificar a não aceitação das alegações do recorrente quanto a este ponto.

De todo modo, para comprovar que o tema não está pacificado nas Egrégias Câmaras Superiores administrativas, como pretende fazer crer o interessado, cita-se ementa de acórdão proferida pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, no sentido de que a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício está amparada em lei:

“JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.” (1º Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, acórdão 103-22197, sessão de 07/12/2005)

A partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. Os artigos a seguir assim dispõem:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”(negritamos)

“Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

“Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”. (grifei)

Enquanto o art. 3º exclui as multas da definição de tributo, os dispositivos seguintes (art. 113, §1º, e art. 139) trazem-nas para compor o crédito tributário. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Por sua vez, o artigo 161, do mesmo diploma legal, dispõe que ao crédito tributário não pago no vencimento devem ser acrescidos os juros moratórios.

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição

das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.”(negritamos)

Destarte, o CTN admite a incidência de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício. A expressão “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis” apenas reforça a idéia de que juros e multa não são excludentes entre si.

A incidência de juros sobre as multas de ofício, ao contrário do que alega o interessado, foi introduzida pelo legislador ordinário justamente através da Lei nº 9.430/1996, cujo art. 61 dispõe:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (grifei)

Verifica-se que a lei utiliza a expressão "débitos decorrentes de tributos e contribuições". Ora, as multas de ofício proporcionais, lançadas em função de infração à legislação tributária de que resulta falta de pagamento de tributo, como é o caso, são débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Não se trata de mera imprecisão terminológica do legislador, mas sim de ampliação do campo de incidência dos juros de mora para abranger também as multas de ofício, o que é perfeitamente compatível com nosso sistema jurídico tributário. Tanto é assim, que a mesma Lei nº 9.430/1996, em seu artigo 43, expressamente prevê essa hipótese no caso de multas lançadas isoladamente:

"Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento." (negritamos)

Desta forma, conforme demonstrado, mostra-se perfeita a conclusão a que chegou o Parecer MF/SRF/COSIT/COOPE/SENOG nº 28, de 02 de abril de 1998:

"3. (...). Assim, desde 01.01.97, as multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento, desde que estejam associadas a:

a) fatos geradores ocorridos a partir de 01.01.97;

b) fatos geradores que tenham ocorrido até 31.12.94, se não tiverem sido objeto de pedido de parcelamento até 31.08.95."

Assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios – Taxa Selic sobre a multa de ofício aplicada em decorrência de infração, como é o caso dos autos, haja vista esta compor o crédito tributário.

Corroboram este entendimento os seguintes precedentes do CARF:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96. (Acórdão 9101-003.009, de 08 de agosto de 2017)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão 9101-002.957, de 03 de julho de 2017)

JUROS DE MORA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE OFÍCIO. CÁLCULO INDIRETO. POSSIBILIDADE. A multa de ofício incide sobre o valor do crédito tributário devido e não pago, acrescido dos juros moratórios, calculados com base na variação da taxa Selic, logo, se os juros moratórios integram a base de cálculo da referida multa, necessariamente, eles comporão o valor da multa de ofício devida. (Acórdão 3302-004.496, de 25 de julho de 2017)

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. De acordo com art. 161 do CTN, sobre o crédito tributário incidem juros de mora. Como a multa de ofício integra o crédito tributário, também sobre ela devem incidir juros de mora. (Acórdão 1401-001.903, de 20 de junho de 2017)

Pelo apresentado acima, entendo estar correta a decisão de Piso na parte em manteve a exigência da aplicação da taxa SELIC sobre o crédito tributário relativo à multa de ofício. Assim, voto por negar provimento ao recurso quanto a este ponto.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Quando da análise da impugnação a Delegacia de Julgamento considerou improcedente a autuação em relação aos seguintes aspectos:

- 1 - Exoneração da multa qualificada;
- 2 - Exoneração da responsabilização solidária;
- 3 - Utilização dos pagamentos de ganho de capital das pessoas físicas para a redução do valor devido da pessoa jurídica.

Passando à análise da parte exonerada pela Decisão de Piso que foi objeto de recurso de ofício, tenho a seguinte opinião a respeito.

Exoneração da Qualificação da Multa Qualificada => Neste ponto, entendo por correta a decisão de piso quanto excluiu a imposição de multa qualificada imputada. Vejamos o que trata a decisão a respeito.

“Neste aspecto, de se concordar com a Impugnante, uma vez que não há nos autos a devida motivação para a exasperação da multa de ofício. Eis o que autoridade autuante afirmou, querendo com isto justificar a aplicação da multa qualificada:

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.

Veja que o texto supra é genérico e não se dirige, especificamente, à eventual conduta da Impugnante, se ilícita ou não, fraudulenta ou não, simulada ou não, enfim, o que vemos, além disto, são citações esparsas no Termo Fiscal referindo-se ao procedimento adotado pela Impugnante como sendo um planejamento tributário abusivo e ilícito Apesar de a autoridade autuante não explicitar os detalhes acerca do que é abusivo ou o que é ilícito, e,

considerando que a maioria de meus pares pode entender que houve a devida motivação por parte da Fiscalização, o certo é que a situação enfrentada na lide posta, ao meu juízo, não se enquadra nas hipóteses elencadas nos arts 71, 72 ou 73 da Lei n.4.502/64 e, por conseguinte, não estaria sujeita à qualificação da multa de ofício.

Mais ainda, para a imposição da qualificação da multa a acusação deveria ter maneira específica, indicado a conduta realizada pela sujeito passivo que pudesse se enquadrar em uma das hipóteses estabelecidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 a fim de poder restar tipificada a conduta e, assim, a possibilidade de manutenção da punição. Neste sentido entendo pela inexistência de tipificação específica. Passo, ainda, a apresentar maior detalhamento acerca da definição teórica neste sentido.

De se explicar.

Novamente, procuro a lição de Marco Aurélio Greco, em sua já citada obra Planejamento Tributário, edição 2004, pág.219, onde explicita conceitos acerca do que entende por fraude à lei, que acredito que é o que temos nos autos do presente processo:

Fraude à Lei não é Fraude Penal

Interessa-nos neste momento a figura da fraude à lei....Nesta figura, estamos perante duas normas (ou uma norma e uma ausência de previsão expressa) do ordenamento:

a) uma norma imperativa de tributação que se considera indesejada à qual o contribuinte não quer se submeter (a norma contornada); e

b) uma norma ou uma ausência de previsão expressa, que o contribuinte utiliza para evitar a norma contornada (a norma de contorno).

Na fraude à lei o contribuinte monta determinada estrutura comercial que se enquadre na norma de contorno para, desta forma, numa expressão coloquial “driblar” a norma contornada. Com isto pretende fazer com que a situação concreta seja regulada pela norma de contorno, com o que ficaria afastada a aplicação da norma de tributação (ou de tributação mais onerosa)

Neste caso, não estamos perante conduta ilícita. Não há violação direta à norma contornada. Ela vê sua aplicação frustrada pela conduta, mas não foi a rigor violada.

Na fraude à lei, o contribuinte está coberto pela previsão de uma lei que o protege. Então como é possível detectar a fraude à lei? É preciso olhar para as duas normas e não apenas para os respectivos preceitos, bem como para as respectivas finalidades. Por este exame é possível concluir que houve um drible.

Neste caso, o contribuinte agrediu a lei? Não, ele agrediu o conjunto formado pelo ordenamento porque em detrimento dele, manipulou uma regra. Através da manipulação de uma norma, chegou a um resultado que o conjunto não quer; então infringiu o ordenamento e não diretamente a lei.

[...]

Fraudar Norma Imperativa

[...]

A doutrina distingue com clareza a fraude à lei da figura da conduta contra legem, pois enquanto naquela o comportamento do agente é de usar meios lícitos para contornar uma norma imperativa, nesta há uma direta agressão à norma jurídica.

[...]

Por isso, podem ser identificadas duas situações distintas às quais a palavra “fraude” pode se referir: 1) a fraude à lei, em que há atos lícitos e violação indireta ao ordenamento como um todo e frustração da sua imperatividade; e 2) a fraude contra o Fisco em que conduta agride diretamente uma norma que assegura um direito ou crédito do Fisco – existente ou em curso de formação – de modo a escondê-lo ou impedir seu surgimento.

[...]

A Questão das Multas por Fraude

[...]

A exceção da exceção

A primeira observação é no sentido de que os casos de aplicação da multa de 150% correspondem à “exceção da exceção.”

Esta excepcionalidade provoca algumas conseqüências, dentre as quais ressalto a diretriz no sentido de que a interpretação das normas sancionadoras deve ser estrita, vale dizer, circunscrita àquelas situações e condutas que, inequivocamente, se enquadrem na hipótese legal, reduzindo-se ao máximo as avaliações subjetivas que possam cercar a hipótese material da conduta.

[...]

Hipóteses que podem configurar crime tributário

Derradeira observação, quanto ao teor do inciso II do art.44 da Lei n. 9.430/96, diz respeito ao tipo de fraude a que ele se refere.

[Nota do Relator: dispositivo este que foi reordenado, passando a figurar atualmente como sendo o §1º do art.44 da Lei n. 9.430/96].

Como exposto acima, o termo “fraude” pode referir-se a duas situações distintas: a fraude à lei e a fraude contra o Fisco.

Na primeira, o agente busca no ordenamento jurídico uma proteção para sua conduta, portanto, o que está sendo agredido (fraudado) é o ordenamento em seu conjunto. É a chamada fraude civil.

Na segunda hipótese, o Fisco, em razão dos fatos ocorridos, tem um interesse a ser protegido (um crédito a haver) que é impedido ou frustrado pela conduta do contribuinte. É o que se poderia chamar de fraude em sentido estrito ou de feição penal.

É nítido que o inciso II do artigo 44 (v nota do Relator supra) está se referindo a este segundo tipo de fraude e não ao primeiro. Tanto é assim que a parte final do dispositivo é explícita ao prever que a incidência da multa de 150% dar-se-á independentemente de “outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

Ora, se a lei em questão estabelece que tal multa tributária incidirá independente de outras penalidades, inclusive criminais, isto significa que o pressuposto de fato captado pelo dispositivo tributário é um pressuposto de fato que também se enquadra em norma penal.

E fraude à lei ou fraude civil, não é hipótese de incidência penal! Portanto, o inciso II do artigo 44 (v nota do Relator supra) não se aplica às hipóteses de fraude civil ou fraude à lei, incidindo apenas nas hipóteses que configurarem fraude ao Fisco ou estiverem revestidas de feição penal.

Assim que vejo, não estamos diante de uma fraude a lei, então, seja por não haver nas peças fiscais a devida motivação e tipificação da qualificação da multa de ofício, seja por não ser cabível a sua aplicação em face da situação vista nos autos não se configurar entre as hipóteses dos arts.71, 72 ou 73 da Lei n. 4.502/64, deve ser afastada a qualificação da multa lançada, devendo a mesma ser cobrada em seu patamar típico, normal, de 75%.”

Partindo destas convicções é que comungo com o entendimento apresentado pela Delegacia de Julgamento de que deve ser excluída a qualificação da multa de ofício para negar provimento ao recurso de ofício neste ponto.

Exoneração da Responsabilização Solidária =>

Vejamos como se pronunciou a decisão de Piso a respeito do assunto.

“Dos Responsáveis Solidários

Neste tópico, de se acatar a impugnação apresentada pelas pessoas físicas, então arroladas como responsáveis solidários, aliado ao fato de que a ausência de caráter doloso, em face do afastamento da qualificação da multa de ofício aplicada, implica que os fatos não ocorreram na forma que dessem causa à hipótese contida no inciso III do art.135 do CTN.

Relativamente ao outro artigo citado no Termo de Sujeição Passiva Solidária, o inc.I do art.124 do CTN, de se dizer que também é inaplicável ao caso, aliado ao fato de que a autoridade autuante não precisou em detalhes o porque de sua citação.

Com efeito, diz o artigo 124, inciso I, do CTN: “São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;...”

Que interesse comum é esse? Pela vagueza do termo, há de se examinar cada situação que constitui o fato gerador, de modo a se averiguar se existe a comunhão de interesses mencionada, acarretando a solidariedade.

O interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação, cuja presença cria a solidariedade, não é um interesse meramente de fato, e sim um interesse jurídico. Interesse que decorre de uma situação jurídica.

Ou seja, o interesse comum das pessoas não é revelado pelo interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas pelo interesse jurídico, que diz respeito à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador.

É solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação. Na configuração da solidariedade é relevante que haja a participação comum na realização do lucro, e não a mera participação nos resultados representados pelo lucro.

Nos autos, como vimos, tratou-se de erro na interpretação da legislação, onde provou-se, não obstante a empresa tenha entendido que pudesse agir do jeito que fez, que o sujeito passivo da obrigação tributária era a própria Interessada e não os seus sócios (estes recolheram mais de R\$ 300 milhões de reais!).

Deve-se afastar do polo passivo as pessoas físicas então arroladas nos Autos de Infração por *Responsabilidade Solidária por Excesso de Poderes, Infração de Lei, Contrato Social ou Estatuto.*”

O recorrente alegou, em sua defesa, que em relação ao tema da responsabilização solidária dos sócios não haveria na legislação a possibilidade de manejo de recurso de ofício em razão de exclusão de responsabilidade solidária dos sócios imputados.

Alegou, ainda, que à época do julgamento em primeira instância também não haveria a previsão específica deste tipo de recurso de ofício.

Inobstante estas alegações, deixo de considerá-las em razão de, no mérito, entender favoravelmente ao contribuinte e responsáveis solidários, conforme argumentos e fundamentos abaixo aduzidos.

Esta turma do CARF já tem entendimento consolidado de que para a manutenção da responsabilização solidária faz-se necessário a caracterização do ato praticado pelo responsável a fim de possibilitar o enquadramento. No presente caso o simples fato de os responsáveis imputados serem os sócios da empresa, não implica, via de regra a imediata solidarização destes.

É de se notar que os atos de redução de capital e devolução da participação aos sócios apontados como ilegais, foram revestidos de legalidade incontestemente conforme análise deste relator. Tais atos foram realizados respeitando as normas vigentes e não se constatou a existência de simulação ou atos fraudulentos por parte dos sócios que pudessem se enquadrar na tipificação do art. 124, do CTN de modo hábil a caracterizar o interesse comum.

O simples fato de ser sócio da empresa não conduz à solidarização na responsabilidade de pagamento de tributos lançados sem a caracterização de simulação, fraude, etc. Por estes fatos e fundamentos, inexistindo a comprovação de atos ilegais praticados pelos sócios e, mais ainda, existindo até mesmo pagamentos realizados pelos sócios pessoas físicas em montante considerável, espancam-se todas as dúvidas quanto à possibilidade de imputação solidária destes na forma do CTN.

Pelo exposto, verificando-se que, no caso, não entendo estarem constantes os elementos caracterizadores da responsabilização, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício também neste item.

Utilização dos pagamentos de ganho de capital das pessoas físicas para a redução do valor devido da pessoa jurídica => Vejamos os argumentos apontados pela Delegacia de Julgamento para possibilitar a utilização dos pagamentos realizados pela pessoa física nos débitos apurados pela pessoa jurídica resultantes dos mesmos fatos.

“Do imposto pago pelas pessoas físicas

Revedo minha posição (manifestada em outras ocasiões semelhantes) acerca de tal questão, entendo ser possível e legal que se permita deduzir do imposto ora apurado de ofício contra a pessoa jurídica, aquele imposto pago pelas pessoas físicas dos sócios, ambos vinculados ao mesmo fato gerador.

Por uma razão simples. A reclassificação do sujeito passivo da operação que gerou ganho de capital, implica que o imposto devido passa a ser atribuído, no caso, à pessoa jurídica, de forma que eventual recolhimento/pagamento de imposto (exclusivo na fonte!) deste mesmo fato gerador, então realizado por pessoas que não o sujeito passivo, deve ser deduzido do IRPJ.

Se a Administração Tributária tratou de reclassificar a natureza da sujeição passiva da obrigação tributária do fato gerador em questão (alienação de participação societária), de pessoa física para pessoa jurídica, não faz sentido manter a tributação da pessoa física no que se refere ao valor transferido para a pessoa jurídica.

Estamos diante de um erro de direito, uma interpretação equivocada da legislação acerca do assunto, entre a Interessada e seus sócios, não tendo havido uma intenção deliberada de fraudar o Fisco, absolutamente, como já me manifestei anteriormente ao analisar a questão da qualificação da multa de ofício.

Se a Administração Tributária transferiu o fato gerador para a pessoa jurídica, e neste aspecto concordei com a reclassificação posta, legítima, evidente que o imposto de renda recolhido na pessoa física, sobre o mesmo fato gerador, deveria ser objeto de compensação do IRPJ ora apurado de ofício, sob pena de enriquecimento ilícito da União (afinal, ela estaria recebendo duas vezes pelo mesmo fato gerador).

A autoridade autuante constatou que os sócios recolheram imposto em cima do fato gerador em debate nos autos, conforme alertou no seu Termo Fiscal.

75. Cumpre-nos consignar que os senhores Moise e Joseph recolheram a quantia total de R\$ 373.720.002,51 a título de IRPF sobre o ganho relativo à alienação das participações na Aracruz.

Tal valor, portanto, deve ser deduzido do IRPJ ora lançado, conforme

adiante se mostra:

IRPJ DEVIDO R\$ 593.392.708,34

IR RECOLHIDO (373.720.002,51)

IRPJ EXIGÍVEL R\$ 219.672.705,83”

Acrescento aqui, meu particular entendimento de que, apesar de o pagamento ser uma declaração daquele que paga, informando ao fisco o tributo pago, fato gerador, vencimento etc, quando da existência de ato de ofício a modificar a situação tributária que originou o pagamento realizado, a bem da realização dos princípios de justiça, há de se modificarem todos os fatos jurídicos resultantes daquele fato originalmente alterado para que nenhuma das partes, quer sujeitos passivos, quer o fisco, sejam prejudicados.

Se a administração tributária puder alterar apesar a sujeição passiva da obrigação, sem permitir a adequação das situações dela decorrentes, acarretaríamos inegável prejuízo ao sujeitos passivos originários, que, no presente caso, não poderiam aproveitar os pagamentos realizados pela pessoa física sem prejudicarem seu próprio direito de defesa e seus interesses financeiros contra a autuação. Explico.

Se acaso as pessoas físicas neste processo desejassem utilizar os pagamentos realizados para reduzir os valores lançados, somente poderiam fazê-lo por meio de compensação, na forma do art. 74, da Lei nº 9.430/96. Assim fazendo, teriam de reconhecer: 1) Que os pagamentos realizados foram indevidos, ou seja, desconsiderariam seus próprios atos; 2) Que os débitos compensados são perfeitos e exigíveis, reconhecendo sua exigibilidade, mesmo que parcial, sem a possibilidade de modificação pelo processo administrativo; 3) seriam penalizados, na compensação, com o acréscimo das multas de ofício que não mais poderiam ser revistas.

Caso tentassem evitar tais danos, teriam de aguardar o trâmite de todo o processo administrativo de impugnação e, assim, o dano seria outro, o de ver atingido pela

decadência, em face da demora na solução do litígio, os créditos para com a Fazenda Nacional decorrentes dos pagamentos em questão.

Assim, à vista do exposto e visando evitar o desequilíbrio entre direitos e obrigações entre as partes envolvidas, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a possibilidade de dedução, do valor da autuação, do montante pago pelas pessoas físicas a título de ganho de capital decorrente da mesma operação objeto desta autuação.

Abel Nunes de Oliveira Neto - Relator

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Com a devida vênia ao Conselheiro relator, acabei por divergir de seu voto no mérito, pelas razões que passo a demonstrar.

Trata-se de operação envolvendo redução de capital e entrega de ações aos sócios pessoas físicas pelo valor contábil, os quais em seguida alienam tais ações a um terceiro apurando ganho de capital tributado pelo IRPF à alíquota de 15%. As autoridades fiscais pretenderam tributar a pessoa jurídica tal como se esta tivesse realizado a venda, ocasião em que a carga tributária efetiva seria de aproximadamente 34%.

Os aspectos tributários da operação de redução de capital de pessoa jurídica com entrega de bens aos sócios estão expressamente regulados no artigo 22 da Lei 9.249/1995. Tal dispositivo estabelece que o negócio pode ser realizado por valor contábil ou de mercado, e somente neste último caso é que haverá tributação da pessoa jurídica que tem o capital reduzido.

Trata-se de nítida hipótese de opção fiscal, em especial quando se observa o contexto legislativo em que está inserido tal dispositivo.

De fato, como bem observou a Recorrente, muito antes da vigência da Lei 9.249/1995, a redução de capital de pessoa jurídica mediante entrega de bens avaliados a valor contábil, quando este era notoriamente inferior ao de mercado, autorizava a presunção de distribuição disfarçada de lucros (DDL) nos termos do artigo 60 do Decreto-Lei 1.598/1977. Operando-se tal presunção, a tributação ocorre tal como se o negócio tivesse sido realizado a valor de mercado, já que a legislação determina a adição ao lucro líquido da diferença entre o valor de mercado e o de alienação.

De se notar, portando, que a transmissão de bens pela pessoa jurídica a valor contábil, mesmo em sendo este notoriamente inferior ao e mercado, não gera presunção de

DDL especificamente em razão da regra do artigo 22 da Lei 9.249/1995. Disso ninguém discorda.

Na verdade, quando se trata de opções fiscais, as discussões se centram não mais no tipo de negócio celebrado, mas nos resultados obtidos, sendo especialmente importante avaliar se o negócio foi realizado no efetivo e legítimo exercício de tal opção (ou seja, se foram obtidos todos os efeitos que lhe são próprios -- ausência de simulação) e sem que o resultado se revele um contorno a regra que proíba ou obrigue conduta diversa (ausência de "abuso"¹).

No caso, fazendo tal análise, entendo que o negócio continua na esfera da lícita e legítima economia de tributos, sendo possível afirmar que não houve simulação nem contorno a uma regra cujo resultado se revele, em seus efeitos, contrário ao ordenamento.

Isso porque, por um lado, o negócio não foi primeiramente pactuado pela pessoa jurídica para só então ter havido a redução de capital e entrega da participação societária para as pessoas físicas -- o que, aí sim, seria simulação.

De fato, o que ocorreu foi uma **proposta**² por parte da adquirente VCP, que obviamente foi destinada a quem, à época da oferta, era detentor da participação societária que se queria adquirir. Porém, a Arainvest não aceitou tal proposta, pelo contrário, declinou dela quando resolveu entregar as ações da Aracruz às pessoas físicas, de maneira que não se questiona que a VCP, ao mesmo tempo em que não celebrou qualquer negócio com a Arainvest, efetivamente formalizou o contrato de compra e venda das ações da Aracruz com as pessoas físicas.

Por outro lado, a inexistência de "abuso" se verifica pela análise (i) da função da Arainvest -- sociedade holding que exercia especificamente os direitos sobre as ações da Aracruz, e que portanto teia seu papel esvaziado na transmissão de tais ações -- bem como (ii) do acordo de acionistas -- o qual estendia o direito ao *tag along* às pessoas físicas em questão, veja-se (grifos nossos):

*“CLÁUSULA I
DEFINIÇÕES*

1.1 Salvo se grafadas apenas em letras minúsculas, as expressões abaixo, no singular ou plural, terão o significado que lhes é dado a seguir:

(...)

*(f) ‘Adquirente’ tem o significado que lhe é atribuído no item 4.7.1 abaixo: ‘Afilhada’ é toda e qualquer pessoa física ou jurídica, residente ou com sede no Brasil ou no exterior, que (i) seja, direta ou indiretamente, Controlada por uma Acionista; (ii) **detenha o Controle Societário**, direto ou indireto, de uma das Acionistas; ou (iii) seja, direta ou indiretamente, Controlada por qualquer pessoa que, direta ou indiretamente, exerça o Controle Societário de uma das Acionistas; ‘Alienar’ é o ato de vender, ceder, colocar sob Gravame, transferir, permutar, mutuar, alienar ou dispor sob qualquer outra forma,*

¹ Em geral preferimos evitar a utilização do termo "abuso" eis que este não está previsto em nosso ordenamento e costuma trazer mais discussões que respostas. De qualquer forma, referimo-nos aqui ao que muitos denominam abuso de direito, ausência de substância, falta de propósito negocial, fraude à lei intrínseca ou mesmo elusão fiscal. Juridicamente, trata-se de uma espécie de ilícito atípico, ou seja, um negócio que, de maneira geral, não é proibido pelo ordenamento (pelo contrário, é permitido, portanto a princípio lícito) mas que, no caso concreto, especificamente em razão do resultado atingido, torna-se vedado e/ou merece ter determinados efeitos desconsiderados para garantia de equilíbrio do próprio ordenamento (por ter se tornado ilegítimo). Fizemos uma análise mais detalhada de tais conceitos em nosso "Planejamento Tributário e Limites para a Desconsideração de Negócios Jurídicos". São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81 e segs.

² Código Civil: (grifamos)

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

inclusive subscrevendo ações ou quotas de outras sociedades com as Ações, seja de maneira efetiva ou por mera promessa, incluindo – mas não se limitando a – qualquer outro ato que resulte na transferência, disposição ou oneração de Ações, entendendo-se ‘Alienação’ como o efeito de qualquer de tais atos;

(...)

“CLÁUSULA III

DA NÃO ALIENAÇÃO DAS AÇÕES

3.1 De forma reconhecida pelas Acionistas ser totalmente compatível com o disposto em outros instrumentos subscritos por estas, que têm por objeto sua respectiva participação no capital da Companhia, cada uma das Acionistas, neste ato, e desde já, se obriga a, enquanto vigor o Acordo Original, não Alienar sob qualquer forma suas Ações sem prévia e expressa anuência a exclusivo critério da outra Acionista, excetuadas única e exclusivamente as hipóteses permissivas no item 4.7 e no item 5.2 abaixo, nem permitir – respeitado o disposto no Acordo Original – que sua participação no capital da Companhia representado por Ações reduza-se abaixo do Percentual Atual.

(...)

“CLÁUSULA IV

DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

4.1. Observado o disposto na Cláusula XII abaixo no que se refere à eficácia desta obrigação, cada uma das Acionistas, neste ato, se obriga a não Alienar, direta ou indiretamente, suas Ações, sem previamente assegurar o direito de preferência à outra Acionista, na forma da Cláusula IV e item 5.3.

(...)

*4.7 A obrigação de assegurar o direito de preferência estabelecido nesta Cláusula IV, bem como o direito de Venda Conjunta assegurado às Acionistas na forma da Cláusula VI abaixo, bem como a vedação de que trata o item 4.4, não se aplicarão: (a) à Alienação de 1 (uma) Ação por qualquer das Acionistas aos membros do conselho de administração da Companhia que indicarem; ou (b) à **Alienação de Ações por qualquer das Acionistas a qualquer pessoa que seja sua Afiliada.***

4.7.1 Observado o disposto no item 4.7.2 abaixo, as Ações que vierem a ser objeto de Alienação por qualquer as Acionistas nas hipóteses estabelecidas nas letras (a) e (b) do item 4.7 acima permanecerão inteiramente vinculadas a este Acordo, que, no caso da letra ‘b’, será estendido ao adquirente das respectivas Ações (doravante referido simplesmente como ‘Adquirente’) através de a assinatura de termo específico, conforme preceitua a Cláusula VII.

(...)

“CLÁUSULA VII

ADESÃO AO ACORDO

*7.1 Sem prejuízo de qualquer disposição contida neste Acordo, **será condição prévia de qualquer Alienação contemplada neste instrumento que o respectivo adquirente assuma, por escrito, prévia e integralmente e sem ressalvas, as obrigações da Acionista alienante decorrentes deste Acordo.****

7.2 Não são válidas as Alienações, inclusive a constituição de quaisquer Gravames sobre as Ações, em desacordo com o disposto nesta Cláusula VII ou na Cláusula V, conforme o caso.” (destaques da Recorrente)

*A assinatura do termo de “Adesão ao Acordo de Acionistas” ocorreu em 12.02.2009 (fl. 1.796), antes da venda das ações à VCP.

O caso é, portanto, peculiar. A redução de capital ocorreu em um contexto específico revelando-se eficiente tanto em termos fiscais quanto de negócio. Além disso, a negociação da compra e venda das ações da Aracruz não teria sido de nenhuma forma diferente caso a redução de capital da Arainvest e entrega das ações às pessoas físicas tivesse ocorrido antes de a VCP formalizar a oferta de compra -- quer o preço, quer qualquer outra condição da oferta, nada se alteraria. A única diferença seria que, em assim sendo, faria (ainda) menos sentido o fisco questionar a operação.

Esta é a síntese das razões pelas quais orientei meu voto para dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Declaração de Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva.

Com a devida vênia ao nobre Colega Relator, vou discordar do seu voto e acompanhar a divergência pelas razões já expostas pela Conselheira Lívia de Carli.

Além disso, cumpre ressaltar que não obstante o alto grau de subjetividade existente em qualquer discussão relacionada à existência ou inexistência de propósito negocial nas operações, face à mais que concreta objetividade da lei.

Isto porque, o conceito de propósito negocial carece de fundamento legal, tornando-se absolutamente subjetivo e abrangente.

Partindo deste conceito adotado pelo Fisco, a presença de um propósito negocial deve ser precedente e, além, originária na operação. Entretanto, a indefinição dos conceitos no ordenamento jurídico impede a formação de entendimento uniforme, tornando qualquer discussão acerca das operações de ágio como ao menos parcialmente subjetivas, afastando-se do princípio da tipicidade cerrada que foi base de formação do direito tributário.

É freqüente utilização pelo Fisco da teoria da ausência de propósito negocial por meio do qual defende que a simples inexistência sob sua ótica outros motivadores para a operação que não o alcance do benefício fiscal, tem sido usada como elemento suficiente para invalidar os atos do contribuinte ou o benefício fiscal almejado.

Tal lógica ao meu ver se afasta da necessária objetividade da lei tributária, fundada no princípio da tipicidade cerrada, além de afetar a segurança jurídica vez que diversas regras e estruturas criadas pelo legislador brasileiro oferecem um benefício fiscal aos contribuintes como parte integrante de uma política econômica.

Nesse sentido entendo ser absolutamente claro o exemplo trazido pelo Conselheiro desta Primeira Seção, Luiz Fabiano Alves Penteado em caso semelhante ao aqui tratado:

Usualmente menciono em meu votos, de forma exemplificativa, o regime fiscal da Zona Franca de Manaus, que oferece incentivos fiscais para as empresas que lá se estabelecerem e produzirem, gerando empregos, desenvolvimento econômico/social e, mesmo, arrecadação de tributos para a região.

Neste caso, não há qualquer exigência de que as empresas lá estabelecidas tenham propósitos negociais além do gozo do incentivo fiscal em si, para lá se estabelecerem.

Isso porque, nenhuma empresa busca a Zona Franca de Manaus em razão da maior proximidade com o mercado consumidor, melhor infraestrutura ou maior oferta de mão de obra qualificada.

O objetivo é o gozo do incentivo fiscal, que seja suficiente para compensar os desafios e dificuldades adicionais. Isso é garantido às empresas que cumpram todos os requisitos da

legislação, independentemente da existência de outras razões. Este é um exemplo do caráter indutor da norma, no sentido de que quando a legislação cria um determinado benefício, acaba por induzir o contribuinte a agir de determinada forma.

Ademais, além de tudo o quanto exposto, como bem observado pelo Recorrente e no voto divergente, a operação realizada não era indispensável para se obter a redução tributária contestada.

Desta forma, havendo outra forma de se obter o mesmo resultado econômico, não há o que se questionar a operação societária, que foi um claro exercício da liberdade negocial assegurada ao contribuinte.

Esse também é entendimento firmado no CARF:

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago. A circunstância de a reorganização societária de que tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizada por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei. (Acórdão 1102000.982 1º Câmara / 2º Turma Ordinária Sessão de 04/12/2013 Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

No mesmo sentido foi o voto do Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no Acórdão 1302001.186 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária:

Por outro lado, a constituição da NAVPAR teve como propósito possibilitar o aproveitamento do ágio, como afirma a autoridade lançadora?

A resposta é irrefragavelmente não, pelas seguintes razões. Primeiro, ninguém discute a existência do ágio e o seu efetivo pagamento pela recorrente aos membros da família Schwec. Logo, mesmo que não existisse a NAVPAR, se a recorrente e a Sogil tivessem adquirido diretamente o controle da Auto Viação Navegantes com ágio, poderiam cindi-la e passar a deduzir a amortização do ágio das suas bases tributáveis. Logo, fica evidente que esse malabarismo societário se deve a razões meramente empresariais, que os obrigavam a preservar a Auto Viação Navegantes, ou seja, preferindo assim criar uma intermediária.

Além disso, caso viesse a ser declarado nulo o ato de constituição da NAVPAR, por ser um ato simulado, subsistiria o ato dissimulado, o qual consistiria em uma participação da recorrente na Auto Viação Navegantes com ágio no mesmo valor que fora registrado na aquisição da NAVPAR, sendo que, por óbvio, para que a sua amortização viesse a ser dedutível do IR e da CSLL, bastava que houvesse a mesma operação que foi feita com a NAVPAR.

Logo, ainda que se admita a existência de um pacto prévio de constituição da NAVPAR, este não serviu para dissimular ato tributariamente mais oneroso, pois os efeitos tributários seriam os mesmos caso a NAVPAR não viesse a ser constituída, razão pela qual entendo que não houve simulação fiscal.

Diante do exposto, complementando as minhas razões à da divergência, entendo assistir razão quanto ao mérito, razão pela qual voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva