ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11065.001589/2004-67

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	11065.001589/2004-67
Recurso nº	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-003.168 – 1ª Turma**
Sessão de	7 de novembro de 2017
Matéria	ÁGIO. MULTA QUALIFICADA.
Recorrentes	NACIONAL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999

INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SEGUIDA DE CISÃO. ÁGIO.
A situação autuada contém elementos que, malgrado não constituam ilícitos, reunidos, são capazes de demonstrar não se haver atendido a referida causa do negócio jurídico declarado, como de aumento de capital com a itenção de associação entre as empresas Nacional Administração e Participações S.A. e a SONAE, como o exíguo prazo de um dia entre o aumento de capital, a incorporação da reserva de ágio e a cisão, em que esta sociedade assumiu, ao afinal, praticamente a integralidade do negócio pretendido; a expressividade do valor do ágio de R$ 296.331.177,00 no total de R$ 300.000.000,00; o pagamento pela SONAE deste valor da totalidade do negócio, segundo o laudo de avaliação, por uma participação de cerca de 9%; para enumerar alguns fatores.
Revelam, assim, a possibilidade de requalificação dos fatos como efetiva integralização e incorporação da reserva de ágio para aumento do valor patrimonial, seguida de cisão, que corresponderiam a uma efetiva alienação de participações, sem tributação do ganho de capital que haveria, se realizada a compra e venda efetiva, razão pela qual considera-se prodecente a autuação fiscal quanto ao principal.

LEGALIDADE. APRECIAÇÃO INTEGRADA. PLUS NA CONDUTA. DOLO. SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

1 - Não há que se tolerar o desvirtuamento dos institutos jurídicos. Legalidade não é dizer que se o negócio jurídico é legal para um ramo do direito (civil, empresarial, dentre outros) encontra-se intocável para todo o ordenamento jurídico. Legalidade é verificar se o negócio jurídico é legal sob o âmbito de todo o direito. Princípio da liberdade negocial não se encontra no topo da pirâmide constitucional, mas caminha ao lado do princípio da legalidade (que predica a apreciação do ordenamento jurídico de maneira

integrada), e dos princípios que zelam pela manutenção do Estado, com a capacidade contribuinte e isonomia entre contribuintes.

2 - Transação de alienação de investimento escamoteada. Adquirente aumenta capital social do investimento, investimento é cindido no dia seguinte, a participação societária do investimento é vertida para a adquirente, e o caixa do investimento é vertido para a alienante, esquivando-se da tributação do ganho de capital.

2 - Afronta à legislação tributária, nos temos dos art. 149, inciso VII do CTN, art. 44, § 1º da Lei nº 9.430, de 1996 e arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Caracterizada a ocorrência do dolo (presença dos elementos cognitivo e volitivo), simulação, fraude e conluio, ensejando a qualificação da multa de ofício para 150%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luis Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luis Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor, quanto ao mérito do Recurso Especial da Fazenda Nacional, o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura– Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo, André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Tratam-se de **Autos de Infração** (E-fls. 496 ss.) cientificados à contribuinte em 25.05.2004 para a exigência de IRPJ e CSLL relativos ao ano calendário 1999, juntamente com juros de mora e multa qualificada de 150%, em razão da acusação fiscal de redução indevida do lucro sujeito à tributação, em decorrência da falta de contabilização do ganho de capital apurado na alienação de investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido.

Uma leitura mais detalhada dos fatos que originaram a autuação, sob a óptica administrativa, pode ser realizada a partir do **Relatório do Trabalho Fiscal** (E-fls. 474 ss.), do qual se pede licença para transcrever trecho mais longo, a fim de facilitar essa compreensão. Veja-se:

> *"I. DO CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO COM O GRUPO SONAE-ITA*
> *(...) a fiscalizada apresentou cópia do contrato de associação celebrado com o grupo SONAE-ITA, em 29/01/99 (folhas 87 a 202).*
> *Em conformidade com item 1.1 do referido contrato, o objetivo do mesmo seria disciplinar a associação da NAP com o Grupo SONAE-ITA visando à operação conjunta da rede de supermercados e hipermercados pertencentes aos dois grupos econômicos, a ser implementada a partir de 01/04/99.*
> *De acordo com as cláusulas 2.1 e 2.13 do contrato (folhas 91 e 96), para implementação da associação, NAP transferiria a totalidade das ações que detinha na empresa NACIONAL SUPERMERCADOS S/A, doravante denominada de NACIONAL SUPERMERCADOS, para a empresa Sonae Distribuição Brasil S.A, doravante denominada de SONAE. Em decorrência desta transferência o SONAE pagaria R$ 300.000.000,00 a NAP.*
> *Por outro lado, a partir da implementação da associação, a NAP passa a ter participação no capital do SONAE equivalente a 17,56%. Por esta participação, NAP pagaria R$ 120.000.000,00 ao SONAE.*
> *Ainda em relação ao contrato de associação (folhas 87 a 202), as cláusulas 2.1 e 2.2 indicam os critérios utilizados pelas partes para avaliação das participações transacionadas. Os valores acima referenciados (R$ 300.000.000,00 e R$ 120.000.000,00) foram fixados a partir das vendas brutas das lojas no ano anterior (1998) e em valores do ativo circulante e do passivo total de balanços projetados para 31/03/1999 (balanços de referência) de cada uma das empresas, conforme constante dos Anexos 2.1 (a), 2.1(b) e 2.1(c) (folhas 187 a 189).*
> *Considerando que o Contrato de Associação foi firmado em 29/01/1999 e que foi utilizado o balanço projetado de 31/03/1999 para avaliação das participações, as cláusulas 2.4 a 2.6 do Contrato de Associação (folhas 93) prevêem critérios de ajuste de preço caso os valores projetados do ativo circulante e do passivo total das empresas não se confirmassem.*
> *Cabe ainda destacar que a cláusula 2.13 do Contrato de Associação (folhas 96 a 98) estabelece o mecanismo de constituição da associação a ser utilizado para garantir a eficiência financeira e fiscal para ambas as partes. As etapas e*

procedimentos que levariam a esta eficiência financeira e fiscal a serem implementadas são:

a) Transferência para NACIONAL SUPERMERCADOS, por NAP e Nacional Central de Distribuição de Alimentos Ltda. (doravante denominada de CDA), de todos os equipamentos necessários para a atividade de exploração do comércio varejista;

Ou seja, para fins tributários, o vendedor (NAP) deveria apurar o resultado decorrente da alienação e, verificado ganho de capital na operação, computar tal resultado na apuração das bases de calculo do IRPJ e da CSLL.

b) Cessão por CDA para NACIONAL SUPERMERCADOS, da efetividade da exploração de comércio varejista, através da transferência da totalidade dos estoques e de todos os empregados registrados na CDA;

c) Aumento de capital de NACIONAL SUPERMERCADOS, no valor total de R$ 300.000.000,00, a ser subscrito e integralizado pelo SONAE;

d) Cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS, imediatamente após o aumento de capital referido no item anterior, com versão do Caixa para NAP, permanecendo o SONAE com 100% da sociedade cindida;

e) Aumento de capital no SONAE, no valor total de R$ 120.000.000,00, a ser subscrito e integralizado por NAP que assim passará a deter 17.56% das ações ordinárias do SONAE.

Portanto, de acordo com o Contrato de Associação firmado em 29/01/1999, NAP venderia, em 01/04/1999, ao SONAE, por R$ 300.000.000,00, sua participação na empresa NACIONAL SUPERMERCADOS e, na mesma data, adquiriria 17,56% do capital do SONAE por R$ 120.000.000,00.

Todavia, para garantir eficiência financeira e fiscal para ambas as partes, foram previstas diversos procedimentos e operações de reestruturações societárias para implementação do negócio.

Para fins do presente trabalho e considerando que a empresa fiscalizada é a NAP, a operação que sera analisada é exclusivamente a operação relativa à venda da participação societária de NAP em NACIONAL SUPERMERCADOS por R$ 300.000.000,00.

II. REFLEXO TRIBUTÁRIO DE OPERAÇÃO DE VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Analisando a operação descrita no capitulo anterior sob o aspecto tributário verificamos, especificamente em relação à venda da participação societária na empresa NACIONAL SUPERMERCADOS, que seria aplicável o disposto no artigo 31 do Decreto-Lei n° 1.598/77 (art. 418 do RIR/99).

Todavia, não foram estes os procedimentos adotados pela NAP. Ao contrário, para operacionalização do contrato de associação firmado com o grupo SONAE foram utilizadas operações de reestruturações societárias (aumento de capital social com ágio, incorporação da reserva de ágio ao capital e cisão parcial), para garantir a eficiência financeira e fiscal para ambas partes.

Como teremos oportunidade de demonstrar na seqüência, o objetivo de NAP ao utilizer este "planejamento" foi evitar a incidência tributária a que nos referimos anteriormente (IRPJ e CSLL incidentes sobre o ganho de capital). A seguir, passaremos a descrição pormenorizada do "planejamento" adotado e dos seus reflexos tributários.

III. DA SISTEMÁTICA UTILIZADA PARA IMPLEMENTAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO E SEUS REFLEXOS TRIBUTÁRIOS

Inicialmente, é importante apresentar um rápido histórico relativamente à constituição e posteriores alterações da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.

Em conformidade com o contrato social constante das folhas 277 a 280, a empresa Nacional Supermercados Ltda., doravante denominada de NACIONAL SUPERMERCADOS, CNPJ 02.701.70510001-61, foi constituída em 01/07/98, com capital social de R$ 1.000,00, tendo como sócios Neri Carlos Dal Pozzo (90% do capital social) e Sandra Solange Kerecki Dal Pozzo (10% do capital social) e tendo como objetivo social o ramo de supermercados. A empresa teve os seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial do Rio Grande do Sul em 14/07/98. Em 01/09/98 foi firmado instrumento de alteração do contrato social de NACIONAL SUPERMERCADOS. Neste ato (folhas 281 e 282), retira-se da sociedade a sócia Sandra Solange Kerecki Dal Pozzo que cede e transfere as suas cotas, no valor de R$ 100,00, para o sócio Neri Carlos Dal Pozzo. Também através desta alteração contratual é aumentando o capital social da empresa para R$ 100.000,00 e admitida como sócia a empresa Nacional Central de Distribuição de Alimentos Ltda. (CDA), a qual integraliza capital no valor de R$ 99.000,00. A alteração contratual foi arquivada na Junta Comercial em 01/10/98.

Também em 01/09/98 a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS passa por transformação do tipo jurídico, passando de sociedade por cotas de responsabilidade limitada para sociedade anônima e passando a ser denominada de Nacional Supermercados SA. A ata relativamente a este evento (folhas 283 a 288) foi arquivada na Junta Comercial em 01/i0/98.

Posteriormente, em 30/10/1998, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária (folhas 292 e 293) arquivada na Junta Comercial em 19/11/98, foi alterado e ampliado o objetivo social de NACIONAL SUPERMERCADOS.

Na mesma data (30/10/1998), conforme Ata de Reunião de Diretoria (folhas 289 a 291) arquivada na Junta Comercial em 19/11/98, foi aprovada a abertura de 95 (noventa e cinco) filiais, nos mesmos endereços em que funcionavam lojas de sua controladora (CDA).

Em 28/12/1998, conforme contrato de compra e venda de ações (folhas 230 a 232), CDA vendeu a sua participação para NAP por R$ 99.000,00.

Em 30/01/1999, em conformidade com a Ata da Assembléia Geral Extraordinária arquivada na Junta Comercial em 23/02/1999 (folhas 217 a 229), o capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS foi aumentado em R$ 33.076.000,00, passando de R$ 100.000,00 para R$ 33.176.000,00. As novas ações foram subscritas por CDA (R$ 13.500.000,00) e pela NAP (R$ 19.576.000,00), tendo a integralização se dado através da conferência de bens móveis e imóveis.

Em 01/02/1999, conforme contrato de compra e venda de ações (folhas 233 a 235) Neri Carlos Dal Pozzo vendeu a sua participação para NAP por R$ 1.000,00. Também na mesma data (01/02/1999), conforme contrato de compra e venda de ações (folhas 236 a 239), CDA vendeu a sua participação para a NAP por R$ 13.500.000,00.

Portanto, a partir de 01/02/1999, a totalidade do capital social da NACIONAL SUPERMERCADOS, num montante de R$ 33.176.000,00, passa a ser de propriedade de NAP.

Em 31/03/99, as 9:00 horas, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária (folhas 73 a 78), houve um aumento do capital de NACIONAL SUPERMERCADOS de R$ 33.176.000,00 para R$ 36.844.823,00. As novas ações foram integralmente subscritas pelo SONAE, tendo sido adquiridas por R$ 300.000.000,00, com ágio de R$ 296.331.177,00.

Ainda em 31/03/99, as 10:00 horas, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, foi aumentando o capital social da empresa para R$

333.176.000,00 através da incorporação da Reserva de Ágio (R$ 296.331.177,00).
Passemos a análise dos reflexos tributários destas duas operações para a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS. No aumento de capital com ágio, aplica-se o disposto no art. 38 do Decreto-Lei n° 1.598/77 (art. 442 do RIR/99). De acordo com este dispositivo legal, não serão computadas na apuração do Lucro Real as importâncias, creditadas a reservas de capital, recebidas dos subscritores de valores mobiliários a titulo de ágio na emissão de ações por prego superior ao valor nominal.
Portanto, em 31/03/99, quando do recebimento do ágio e constituição de reserva de capital (reserva de ágio) no valor de R$ 296.331.177,00, não houve qualquer tributação.
De igual forma, o aumento de capital com a incorporação da Reserva de Ágio também não tem reflexos tributários. Contabilmente, a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS efetuou a transferência de uma conta patrimonial (Reserva de Ágio) para outra conta patrimonial (Capital Social), não afetando o lucro contábil do período. Sob o aspecto tributário, não existe previsão para tributação da Reserva de Ágio quando utilizada para aumentar o capital social.
Assim, para a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS as operações efetivadas no dia 31/03/99 não tiveram qualquer repercussão do ponto de vista tributário.
Para a NAP, que detinha participação societária avaliada pela equivalência patrimonial, o aumento do Patrimônio Liquido de NACIONAL SUPERMERCADOS ocorrido em 31/03/1999, resultou em aumento no valor de sua participação societária.
Antes do aumento de capital, a NAP era proprietária da totalidade do capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS, sendo que o capital social da investida era de R$ 33.176.000,00. Após o aumento do capital social, a participação foi reduzida para 90,04%, mas o capital social da investida (NACIONAL SUPERMERCADOS) foi aumentado em R$ 300.000.000,00, passando para R$ 333.176.000,00.
Portanto, mesmo com a redução da participação de NAP na investida de 100% para 90,04%, após o aumento do capital social da investida, o valor do investimento de NAP em NACIONAL SUPERMERCADOS passa a ser de R$ 300.000.000,00.
Contabilmente, NAP registra esta mais valia do seu investimento a débito da conta de investimento (conta patrimonial) e a crédito de conta de resultado (Resultado Positivo da Equivalência Patrimonial). Todavia, para fins tributários, em conformidade com o art. 389 do RI R/99, não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste no valor do investimento.
Ou seja, também para NAP, apesar de ter havido aumento no valor do investimento em NACIONAL SUPERMERCADOS para R$ 300.000.000,00, não houve qualquer tributação em 31/03/1999.
Por fim, em 01/04/99, as 9:30 horas, conforme Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária (folhas 294 a 297) a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS foi cindida parcialmente, com versão de parcela do seu patrimônio, no valor de R$ 300.000.000,00, para NAP. Com isto, o capital remanescente da NACIONAL SUPERMERCADOS, no valor de R$ 33.176.000,00, passa a pertencer integralmente ao SONAE.
Do ponto de vista tributário, a cisão parcial resultou na retirada de NAP da sociedade.

Como o investimento de NAP em NACIONAL SUPERMERCADOS já estava avaliado por R$ 300.000.000,00, não foi apurado qualquer ganho de capital tributável, tendo em vista que o valor recebido por NAP foi exatamente R$ 300.000.000,00.

Assim, o resultado de todo este "planejamento" na busca da eficiência financeira e fiscal é que, em 01/04/1999, o SONAE passa a ser o único proprietário de NACIONAL SUPERMERCADOS e NAP se retira da sociedade recebendo os R$ 300.000.000,00 que haviam sido pagos pelo SONAE. E isto sem que NAP ou NACIONAL SUPERMERCADOS tenham sofrido qualquer tributação!

Entretanto, a partir da análise dos documentos e informações que foram apresentadas pelo SONAE e pela própria fiscalizada, foi possível formar convicção de que as reestruturações societárias não passam de mera simulação para encobrir o negócio que estava sendo efetivamente realizado, qual seja, a aquisição total de NACIONAL SUPERMERCADOS por parte do SONAE. Apresentaremos, a seguir, de forma detalhada, os fatos e documentos que nos levaram a formar tal convicção.

IV. AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL DE NACIONAL SUPERMERCADOS

Em 31/03/1999, as 9:00 horas, em conformidade com a Ata de Assembléia Geral Extraordinária (AGE) (folhas 73 a 78), foi deliberado o aumento de capital da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS no valor de R$ 3.668.823,00, com a emissão de 3.668.823 ações ordinárias nominativas.

Referidas ações foram, na sua totalidade, subscritas pelo SONAE, por R$ 300.000.000,00.

De acordo com a Ata da AGE, a integralização do capital subscrito se daria em moeda corrente nacional (folhas 75) tendo havido a integralização do capital subscrito no momento da assembléia (folhas 75).

Em atendimento ao item 6 do Termo de Solicitação de Informações e Documentos n° 01, de 22/12/03, o SONAE informou que a integralização se deu da seguinte forma:

a) DOC através do Banco Boavista no valor de R$ 88.500.000,00 para a conta corrente n° 1233.9 mantida por NACIONAL SUPERMERCADOS junto ao Banco ABN AMRO S.A. (folhas 272);

b) DOC através do Banco Bandeirantes no valor de R$ 91.500.000,00 para a conta corrente n° 1233.9 mantida por NACIONAL SUPERMERCADOS junto ao Banco ABN AMR° S.A. (folhas 272);

c) Nota Promissória, no valor de R$ 120.000.000,00, emitida pelo SONAE em 31/03/99 e com vencimento em 01/04/1999 (folhas 271).

Portanto, a partir das informações e documentos apresentados pelo SONAE pode ser apontada uma inconsistência entre o ocorrido e o que consta da Ata da AGE. Na realidade, parcela dos recursos integralizados (R$ 120.000.000,00) não foi em moeda corrente nacional, mas sim através de uma Nota Promissória.

Entretanto, o que mais chama a atenção é o expressivo ágio pago pelo SONAE quando da integralização de capital. Através da operação, o SONAE adquiriu 9,96% do capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS por R$ 300.000.000,00, com ágio total de R$ 296.331.177,00. De acordo com a Ata da AGE (folhas 75) o ágio foi pago por perspectivas de rentabilidade futura da companhia.

Para justificar o expressivo ágio pago quando da aquisição da participação societária (R$ 296.331.177,00), o SONAE apresentou Laudo de Avaliação Econômica (folhas 306 a 380) elaborado pela empresa Arthur Andersen Business Consulting S/C Ltda., doravante denominada de Arthur Andersen.

Inicialmente cabe destacar o objetivo da elaboração do referido Laudo. Conforme consta da correspondência de encaminhamento do mesmo (folhas 307) e do seu item 1.1 (folhas 311), o objetivo do trabalho foi elaborar laudo de avaliação econômica de NACIONAL SUPERMERCADOS para ser usado na identificação do fundamento econômico do ágio pago pelo SONAE quando da aquisição de 100% das ações do NACIONAL SUPERMERCADOS.

O laudo em tela aponta R$ 310.555.000,00 como sendo o valor econômico total do NACIONAL SUPERMERCADOS. Considerando que de acordo com a Ata da AGE o SONAE teria adquirido somente 9,96% do capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS, com base no Laudo de Avaliação o valor da participação adquirida corresponderia a R$ 30.913.278,00 e não aos R$ 300.000.000,00 pagos pelo SONAE.

Portanto, a partir do próprio Laudo de Avaliação fica absolutamente claro que o SONAE adquiriu a totalidade da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS e não apenas 9,96% como quer fazer crer a Ata da AGE.

Cabe ainda salientar que o referido Laudo foi elaborado após a operação de aquisição da participação societária (31/03/1999). O que nos permite chegar a tal conclusão são dois fatos:

a) A data da correspondência (folhas 307) que encaminhou o Laudo (21/06/1999);

b) Da Tabela 1 do Laudo (folhas 325) constam informações a respeito de fusões e aquisições do setor supermercadista no Brasil ocorridas em maio de 1999, portanto após 31/03/1999, como, por exemplo, a aquisição por parte do Carrefour de 90% da rede de supermercados PlanaItão (DF). Na realidade, conforme destacado anteriormente, a partir da leitura do contrato de associação firmado entre NAP e o grupo SONAE-ITA, em 29/01/1999, (folhas 87 a 202), percebe-se que os critérios de valorização da participação societária adquirida pelo SONAE foram os seguintes:

a) Total das vendas das lojas do NACIONAL SUPERMERCADOS no ano de 1998; e

b) Os valores do ativo circulante e do passivo total constante de balanços de referência elaborados por ocasião da assinatura do contrato.

A partir destes critérios é que houve a definição de que seriam pagos R$ 300.000.000,00 pelo SONAE a NAP, sendo que este valor se referia à aquisição total da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS e não somente de 9,96% da empresa como quer fazer supor a Ata da AGE.

Outro aspecto totalmente atípico em operações de integralização de capital e que merece ser analisando diz respeito ao ajuste de prego. Um dos critérios utilizados em janeiro de 1999 para avaliação da participação societária foi o ativo circulante e o passivo total constante de balanços de referência que projetavam a situação da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS para março de 1999. As cláusulas 2.4 a 2.6 do contrato de associação (folhas 93) firmado em 29/01/1999 estabelecem mecanismos para identificar eventuais diferenças entre estes balanços projetados e os balanços levantados em março de 1999, especificando que eventuais diferenças seriam objeto de ajuste de prego.

Ou seja, como a avaliação do NACIONAL SUPERMERCADOS para fins da negociação (R$ 300.000.000,00) foi estabelecida em janeiro de 1999 com a utilização de valores do ativo circulante e do passivo total projetados para março de 1999, caso as projeções não se confirmassem haveria a necessidade de um ajuste do preço.

Em atendimento ao item 5 do Termo de Solicitação de Informações e Documentos n° 05, de 08/01/2004 (folhas 387 a 392), NAP reconhece ter

efetuado pagamentos a titulo de ajuste do preço em 30/10/1999 (folhas 398).
Fosse verdadeira a operação registrada na Ata da AGE de 31/03/1999 (folhas 73 a 78), a negociação entre o SONAE, NAP e NACIONAL SUPERMERCADOS teria se encerrado naquele mesmo dia, com a subscrição e integralização de capital no valor de R$ 300.000.000,00, não existindo a figura de futuro ajuste do preço. Mais uma vez, o que está registrado na Ata da AGE de 31/03/1999 é incompativel com os fatos efetivamente ocorridos.
V. DA CISÃO PARCIAL DE NACIONAL SUPERMERCADOS
De acordo com Ata das Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária (folhas 294 a 297), Protocolo de Cisão Parcial (folhas 79 a 81) e Justificação (folhas 82 e 83), em 01/04/1999, as 9:30 horas, NACIONAL SUPERMERCADOS foi cindida parcialmente.
Através da reestruturação societária, o capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS foi reduzido em R$ 300.000.000,00, com a versão de parcela de seu patrimônio para NAP. Com a cisão parcial, NAP, que detinha 90,04% do capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS, se retira da sociedade.
De acordo com o item V do Protocolo de cisão parcial (folhas 80), em função da cisão, NAP recebeu de NACIONAL SUPERMERCADOS os seguintes ativos:
a) Circulante — Disponível: R$ 180.000.000,00;
b) Circulante — Créditos: R$ 120.000.000,00.
Ainda em conformidade com o protocolo de cisão parcial (folhas 80), a parcela do patrimônio de NACIONAL SUPERMERCADOS vertida para NAP seria avaliada por peritos à respeito da mesma inconsistência (transferência dos recursos de NACIONAL SUPERMERCADOS para NAP em data anterior à cisão parcial) também foi intimado a prestart esclarecimentos o Sr. Fernando Steigleder, profissional que assinou o Laudo de Avaliação efetuado por LSM. Em atendimento a intimação, o Sr. Fernando informa que os R$ 180.000.000,00 transferidos para NAP se referem a depósitos bancários à vista que constavam do Balanço Patrimonial de NACIONAL SUPERMERCADOS em 31/03/1999 (folhas 429 a 445).
Examinando o Balanço Patrimonial de NACIONAL SUPERMERCADOS levantado em 31/03/1999 (folhas 66) constatamos que isto não corresponde à realidade, tendo em vista que o saldo da conta "Caixa e Bancos" em 31/03/1999 é de R$ 3.437.765,62, bastante inferior, portanto, aos R$ 180.000.000,00 alegados pelo perito.
Além disso, o extrato bancário (folhas 305) da conta n° 1233-9, de titularidade de NACIONAL SUPERMERCADOS no ABN AMRO BANK, indica que ao final do dia 31/03/1999, o saldo desta conta estava zerado.
Portanto, o que podemos concluir é que o Laudo de Avaliação utilizado para justificar as parcelas do patrimônio de NACIONAL SUPERMERCADOS, supostamente transferidas para NAP em 01/04/1999, não merece fé por não refletir a realidade.
Todavia, consideramos que toda a documentação bancária examinada (folhas 305) permite concluir que, sem qualquer dúvida, NAP recebeu em 31/03/1999 os R$ 180.000.000,00 que haviam sido pagos pelo SONAE e não em 01/04/1999 como consta dos documentos relativos cisão parcial.
Assim, os documentos relativos à cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS (folhas 294 a 297), não refletem a realidade, tendo em vista que de acordo com tais documentos, a cisão parcial, com a versão de parcela de ativos de NACIONAL SUPERMERCADOS para NAP, teria ocorrido somente em 01/04/1999.

VI. DA SIMULAÇÃO DE ATOS JURÍDICOS COM O INTUITO DE BURLAR O FISCO

A partir de todos os fatos relatados anteriormente e dos documentos examinados formamos a convicção de que as operações de aumento de capital social com ágio e a posterior cisão parcial não passaram de meras simulações para disfarçar a essência do negócio.

O verdadeiro negócio entre as partes encontra-se perfeitamente identificado no Contrato de Associação firmado em 29/01/1999: o SONAE adquire por R$ 300.000.000,00 a totalidade da participação que a NAP tinha em NACIONAL SUPERMERCADOS.

Para encobrir o negócio que estava sendo efetivamente realizado e fugir do pagamento dos tributos incidentes foram simulados atos de natureza diversa daquela que aparentam.

A respeito da conceituação de simulação, (...)

A simulação pressupõe, portanto, que se procure fingir, disfarçar, mostrar o irreal como verdadeiro, dissimular a verdade. Entendemos que foi exatamente isto que aconteceu no presente caso. O aumento de capital social com ágio e a cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS foram atos simulados cujo objetivo foi encobrir a efetiva venda da NAP para o SONAE da totalidade da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.

Os fatos relatados e os documentos citados nos capítulos anteriores deste Relatório nos permitiram formar tal convicção. Cabe, neste momento, resgatar alguns destes fatos.

A Ata da AGE de 31/03/1999 (folhas 73 a 78) quer fazer crer que o SONAE pagou F21 300.000.000,00 para adquirir 9,96% da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS, quando o contrato de associação (folhas 87 a 202) firmado em 29/01/1999 e o Laudo de Avaliação Econômico (folhas 306 a 380) produzido por Artur Andersen apontam este como sendo este o valor de 100% da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.

O que levaria o SONAE a pagar o valor correspondente a 100% de uma companhia por apenas 9,96% do seu capital social? Consideramos que tal procedimento somente foi adotado pelo SONAE pela certeza de estar adquirindo por este valor (R$ 300.000.000,00) a totalidade da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.

E esta certeza decorre do contrato de associação firmado com a NAP em 29/01/1999 que lhe garantia que, após a integralização de capital com ágio, a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS seria cindida parcialmente, cabendo ao SONAE o controle acionário integral de NACIONAL SUPERMERCADOS.

E isto de fato ocorreu. No dia seguinte (01/04/1999), houve a cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS. Em decorrência desta cisão, NAP se retira da sociedade, recebendo os R$ 300.000.000,00 pagos pelo SONAE e o SONAE passa a ser o único proprietário de NACIONAL SUPERMERCADOS.

De que forma aceitar como verdadeiro instrumento representativo de ato jurídico que estabelece que NAP receberia, em 01/04/1999, R$ 300.000.000,00 em decorrência da cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS, quando está documentalmente comprovado que parte deste valor (R$ 180.000.000,00) já havia sido repassada para NAP em 31/03/1999?

Portanto, consideramos que fica inquestionavelmente demonstrado que o objetivo do negócio foi à aquisição, pelo SONAE, das atividades de varejo do NACIONAL SUPERMERCADOS, incluindo suas instalações, estoques e créditos, deduzidos as dívidas e obrigações relacionadas com estas atividades, como está definido no contrato de associação, firmado em 29/01/1999.

O aumento de capital social com ágio e a posterior cisão parcial do NACIONAL SUPERMERCADOS foram meros instrumentos utilizados para implementar o verdadeiro negócio com o intuito de iludir um terceiro (no caso o Fisco) e evitar o pagamento de tributos, caracterizando a simulação.

VII. QUANTIFICAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL

Para fins tributários, em decorrência da venda da participação societária que detinha junto ao NACIONAL SUPERMERCADOS, a fiscalizada (NAP) deveria apurar e oferecer à tributação do IRPJ e CSLL, o ganho de capital nesta operação

Nos termos do §1° do art.418 do Decreto n° 3.000/99 (RIR199), o ganho de capital é apurado a partir do confronto entre o valor recebido quando da alienação do bem ou direito e o seu valor contábil.

No caso da fiscalização em tela, desconsiderando as operações simuladas (aumento do capital social com ágio, incorporação da reserva de ágio ao capital social e cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS), o valor da alienação da participação societária corresponde ao valor pago pelo SONAE e recebido pela NAP em 31/03/1999: R$ 300.000.000,00.

Em relação ao valor contábil da participação societária alienada, a NAP, em atendimento ao item 1 do Termo de Solicitação de Informações e Documentos n° 04, de 08/01/2004 (folhas 383), informa que este valor era de R$ 33.176.000,00.

Todavia, examinando o Balanço Patrimonial levantado por NACIONAL SUPERMERCADOS em 31/03/99 (folhas 66 a 68) e desconsiderando as operações simuladas, constatamos que o Patrimônio Liquido da empresa era de R$ 33.234.184,75. Considerando que a NAP detinha a integralidade do capital social de NACIONAL SUPERMERCADOS e tratar-se de investimento sujeito à equivalência patrimonial, optamos por considerar como valor contábil do investimento o valor de R$ 33.234.184,75.

Portanto, o ganho de capital na operação foi de R$ 266.765.815,25 (R$ 300.000.000,00 - R$ 33.234.184,75). Este ganho de capital estará sujeito à incidência de IRPJ e CSLL nos termos da legislação vigente.

VIII. DA CSLL INCIDENTE SOBRE 0 GANHO DE CAPITAL

(...)

Assim, diante da opção de apuração da CSLL devida relativamente ao ano-calendário 1999 adotada pela NAP e considerando que o ganho de capital a ser tributado ocorreu anteriormente a 01/05/1999, concluímos que não cabe a incidência do adicional de 4% para apuração da CSLL incidente sobre o ganho de capital.

Outra particularidade a ser considerada no caso em tela diz respeito à possibilidade da compensação, a partir de fevereiro de 1999, de 1/3 da COFINS efetivamente paga com a CSLL devida, nos termos do disposto no art.8° da Lei n° 9.718/98.

(...)

Considerando que o §1° do art. 8° da Lei n° 9.718/98 estabelece que somente poderá ser objeto de compensação o valor da COFINS efetivamente paga e que os valores depositados judicialmente não caracterizam pagamento, apresentamos, na tabela abaixo, o demonstrativo da compensação a que a NAP faz jus.

(...)

Portanto, da CSLL devida sobre a infração objeto da presente autuação será deduzido o montante de R$ 21.842,97 referente a 1/3 da COFINS efetivamente paga.

IX. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

Quanto á muita a ser aplicada no lançamento de oficio, o art. 44 da Lei 9.430/96, incorporada ao art. 957 do RIR/99, estabelece:
(...)
Os artigos citados da Lei 4.502/64, por sua vez, determinam:
"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou
(...)
Como já ficou amplamente demonstrado, a forma como o negócio entre a NAP e o SONAE foi formalizado demonstra de forma inequívoca a intenção de "impedir (...) o conhecimento por parte da autoridade fazendário da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária", configurando-se assim a sonegação definida no art. 71 da Lei 4.502/64.
Além disto, a forma dada ao negócio teve ainda o objetivo de "modificar as suas características essenciais (do fato gerador) de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento", caracterizando assim a fraude definida no art. 72 da mesma Lei.
Finalmente, o conluio definido no art. 73 fica caracterizado pelo fato de todos os atos simulados terem envolvido duas empresas e seus diretores — a NAP e o SONAE. Isto sem falar nos fortes indícios de conluio também em relação aos peritos contratados para elaboração de laudos encomendados, de forma a tentar revestir a operação das formalidades legais necessárias.
Fica, então, caracterizada a pratica de sonegação, fraude e conluio, aplicando-se a multa qualificada determinada pelo art. 44, inciso II da Lei 9.430196, situação esta amparada por ampla jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme alguns acórdãos a seguir transcritos
(...)
X. DE OPERAÇÕES SEMELHANTES ENVOLVENDO O GRUPO SONAE
(...)" (destacou-se)

A contribuinte apresentou **Impugnação** às E-fls. 510 ss.

Na sequência, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre** (E-fl. 701 ss.) proferiu decisão mantendo integralmente o lançamento tributário, com a seguinte ementa:

"Ementa: SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS. A simulação se caracteriza simplesmente pela divergência entre a exteriorização e a volição, isto é, exteriormente, formalmente, são praticados determinados atos, enquanto internamente, subjetivamente, os que se praticam são outros. Assim, na simulação, os atos exteriorizados são sempre desejados pelas partes; mas apenas formalmente, pois materialmente o ato praticado é outro. Portanto, para fins de caracterizar, ou não, simulação, é irrelevante terem as partes verdadeiramente manifestado publicamente vontade de formalizar determinados atos por natureza lícitos, pois tal fato em nada influi sobre o cerne da definição de simulação, que é a divergência entre exteriorização e vontade. Para que não se configure simulação, é necessário mais que isso, é necessário que as partes queiram praticar esses atos não apenas formalmente mas também materialmente.
SIMULAÇÃO. MEIOS DE PROVA. Por se tratar de subjetividade, é difícil, quando não impossível, comprová-la diretamente, pelo que se admite que seja provada por todos os meios admitidos em Direito, inclusive indícios e

presunções. Os principais indícios admitidos com prova da simulação são a existência de motivo sério, a falta de execução material da vontade exteriorizada, a discrepância entre esses atos e a conduta das partes e a divergência entre a natureza e a quantidade dos bens e direitos e o preço pelo qual são negociados.
LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. A decisão, dada ao tributo principal aplica-se aos demais lançamentos decorrentes das mesmas infrações.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 1999
Ementa: IRPJ. AUMENTO DE CAPITAL COM ÁGIO. REFLEXO NO CUSTO DA PARTICIPAÇÃO. GANHO DE CAPITAL. Para que produza efeitos é indispensável que a vontade a integralização de capital com ágio seja válida e manifestada nesse ato esteja em conformidade com a vontade real das partes; demostrado, tanto por prova direta como por indícios, o descasamento entre a vontade expressa e a vontade real, há apenas simulação de aumento de capital, o que torna o ato ineficaz perante terceiros; a ineficácia do aumento de capital impede a ocorrência de resultado de equivalência patrimonial e faz aflorar um ganho de capital tributável.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Ano-calendário: 1999
Ementa: MULTA. AGRAVAMENTO. Caracterizada a ocorrência de simulação, cabível o agravamento da multa.
Lançamento Procedente"

O **recurso voluntário** (E-fls. 733 ss.) interposto pela contribuinte em face desta decisão foi julgado pela Primeira Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, que decidiu no **Acórdão n. 101-95537** (E-fls. 820 ss.) dar-lhe parcial provimento, mantendo-se a exigência principal em razão do entendimento de que atos dissimulados não seriam oponíveis ao fisco, mas se reduzindo o percentual da multa qualificada em função da existência de divergentes correntes jurisprudenciais à época dos fatos acerca da validade dessa espécie de operação, configurando erro de proibição, como revela a sua ementa:

"OPERAÇÃO ÁGIO — SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO — VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO — Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.
Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.
PENALIDADE QUALIFICADA — INOCORRÊNCIA DE VERDADEIRO INTUITO DE FRAUDE — ERRO DE PROIBIÇÃO — ARTIGO 112 DO CTN — SIMULAÇÃO RELATIVA - FRAUDE À LEI — Independentemente da patologia presente no negócio jurídico analisado em um planejamento tributário, se

simulação relativa ou fraude à lei, a existência de conflitantes e respeitáveis correntes doutrinárias, bem como de precedentes jurisprudenciais contrários à nova interpretação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal, implica em escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie o erro de proibição. Pelo mesmo motivo, bem como por ter o contribuinte registrado todos os atos formais em sua escrituração, cumprindo todas as obrigações acessórias cabíveis, inclusive a entrega de declarações quando da cisão, e assim permitindo ao fisco plena possibilidade de fiscalização e qualificação dos fatos, aplicáveis as determinações do artigo 112 do CTN. Fraude à lei não se confunde com fraude criminal.
Recurso provido parcialmente."

Como indica a referida ementa, a decisão dividiu-se basicamente em dois pontos, primeiramente prevalecendo o voto da relatora, iniciado com a demarcação da questão no sentido de se definir a oponibilidade ou não do planejamento levado a efeito ao fisco, tendo como ponto de discrímen a artificialidade da redução da carga tributária.

Destacou a relatora a proximidade temporal dos atos (uma hora entre a integralização de capital com ágio de cerca de 98% e sua incorporação ao capital, e cisão no dia subseqüente); ausência de causa econômica além da economia fiscal para o aumento de capital, que teria sido usado apenas como degrau para a objetivada alienação de participação societária e desfazimento de seus efeitos com a cisão.

Adicionalmente, valendo-se da decisão de primeira instância, enumerou a falta de motivo sério, o descompasso entre preço e participação pretensamente adquirida e falta de execução material do contrato, concluindo-se que a vontade de integralizar capital não teria sido real, o conteúdo dos atos jurídicos praticados não corresponderia ao indicado nos instrumentos em que eles se formalizaram, havendo simulação, portanto. Consequentemente, desconsiderado o aumento de capital simulado, não haveria ganho de equivalência patrimonial, tampouco acréscimo no custo da participação societária, aflorando um ganho de capital tributável.

O segundo ponto objeto do acórdão disse respeito à qualificação da multa, prevalecendo neste caso o voto vencedor do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, que depois de trazer farta digressão sobre o devido enquadramento jurídico da operação autuada como simulação relativa, afastou a qualificação da multa por não perceber configurado o evidente intuito fraudulento e a própria dificuldade de caracterização do ilícito em virtude da existência de jurisprudência e posições doutrinárias em sentido favorável à contribuinte à época dos fatos, como típico erro de proibição.

Em face do referido acórdão, primeiramente, a Fazenda Nacional interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 854 ss.) por contrariedade às provas dos autos e ao artigo 44, I, parágrafo primeiro da Lei n. 9.430/96, com redação da Lei n. 11.488/2007, combinado com

o artigo 71 da Lei n. 4.502/64, tendo como objetivo restabelecer a multa qualificada, uma vez que a contribuinte teria praticado atos simulados para acobertar uma compra e venda, não havendo que se falar assim em erro de tipo ou de proibição, sabendo-se que estava impedindo o conhecimento do fato gerador, o que representaria um ato ilícito.

Ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional foi dado seguimento por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 865 ss.), que compreendeu haver contrariedade à lei ou evidência de prova, no que se referia à redução da multa qualificada.

Por seu turno, a contribuinte opôs **Embargos de Declaração** (E-fl. 1017 ss.) arguindo omissão quanto à (i) inexistência de norma geral antielisiva, com a ausência de regulamentação do artigo 116 do Código Tributário Nacional, (ii) não aplicação dos artigos 167 e 168 do Código Civil, que atribuiriam a desconsideração do negócio jurídico ao Judiciário, bem como diante da (iii) ausência de manifestação sobre as alegações de efetiva associação entre as empresas envolvidas na autuação.

A contribuinte também ofereceu **contrarrazões** (E-fl. 1017 ss.) ao recurso fazendário requerendo fosse mantida a redução da multa qualificada, em face da inexistência do evidente intuito fraudulento pressuposto para a sua aplicação, reiterando a questão da real associação entre as mencionadas companhias.

A **admissibilidade dos embargos** (E-fl. 1017 ss.) foi realizada pela Ilustre Conselheira Sandra Maria Faroni, relatora do acórdão recorrido, que entendeu não ser o caso de submetê-los à apreciação do colegiado, com as seguintes razões, cujo trecho se transcreve porque elucidativas para a definição do alcance do recurso interposto adiante:

> *"Como sintetizado por V.Sa., a embargante alega omissão no acórdão em relação a três pontos: (a) aplicação ou não do art. 116 do CTN; (b) falta de regulamentação do art. 116 do CTN e (c) desconsideração de associação entre a embargante e o Grupo Sonae-Ita.*
> *Os principais argumentos do recurso foram: (a) que o negócio, levado a efeito a partir do contrato de associação, foi verdadeiro; (b) que ocorreu negócio jurídico indireto, e não simulação; (c) que a tributação negócio jurídico indireto só seria possível se houvesse uma cláusula geral antielisiva; (c) que inexiste cláusula geral ou especial antielisiva.*
> *Naquele recurso, de que fui relatora, analisei o negócio e entendi caracterizada a simulação. Por conseguinte, descabida qualquer consideração em relação ao art. 116 do C1N, que teve por escopo criar uma possibilidade de descaracterizar negócios lícitos, praticados com o objetivo de economizar tributos, a fim de submetê-los à tributação que adviria caso os negócios tivessem sido outros, aqueles preteridos em face do planejamento tributário.*
> *O voto condutor do acórdão que orientou a decisão da maioria, de relatoria do brilhante Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, divergiu apenas quanto à qualificação da multa. Apontou a existência, no caso concreto, de todos os elementos caracterizadores dos institutos da simulação relativa e da fraude à*

> *lei, inclinou-se pela caracterização como simulação relativa, entendeu que a penalidade só seria aplicável em caso de simulação absoluta e divergiu do voto vencedor apenas quanto à qualificação da multa.*
> *Não houve omissão na análise da associação Grupo Sonae-Ita Ambos os votos analisaram o negócio praticado (a partir da associação): O voto vencido concluiu peremptoriamente pela caracterização de simulação. O voto vencedor, embora tenha expressado dificuldade em se manifestar peremptoriamente pela simulação relativa ou pela fraude à lei, posto que o negócio apresenta todos os elementos de ambos os institutos, inclinou-se pela simulação relativa.*
> *Não acolhida a tese de negócio jurídico indireto, descabia qualquer análise quanto à aplicação ou não do art. 116 do CFN e a falta de sua regulamentação.*
> *Finalmente, é de se atentar para a jurisprudência pacífica dos tribunais, no sentido de que o julgador não tem necessidade de enfrentar todos os argumentos trazidos pela parte, desde que sua decisão esteja suficientemente fundamentada.*
> *(...)*
> *Não, vejo, salvo melhor juízo, motivos para submeter os embargos ao Colegiado."*

Em face do referido acórdão, a contribuinte também interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 1043 ss.) buscando demonstrar divergência com relação (i) ao conceito de simulação, indicando como paradigmas "prioritários" os acórdãos n. 106-09343 e 106-14483, e sustentando que estes trariam a ilicitude como elemento indispensável à configuração da simulação, diversamente do acórdão recorrido, bem como (ii) à necessidade de existência de norma geral ou especial antielisiva para que fosse possível ao fisco a desconsideração de atos tidos como simulados, como se apreogaria nos acórdãos n. 202-15948 e 201-77174.

Na sequência, a contribuinte buscou demonstrar *"o caráter real, verdadeiro e efetivo da operação praticada pela Recorrente com vistas à sua associação com o Grupo SONAE no Brasil no negócio de supermercados que, inegavelmente, teve como um dos motivos de sua escolha a menor onerosidade fiscal"*, reconhecendo ser *"evidente que a prática coligada de todos e cada um dos atos e negócios jurídicos acima identificados é que proporcionou ao contribuinte obter uma economia de tributos, uma vez que, se alienasse diretamente o investimento em questão à SONAE, a Recorrente teria apurado um ganho de capital tributável."*

Para manter-se fiel ao entendimento defendido pela contribuinte, transcreve-se alguns trechos de seu recurso, observando-se que não têm necessariamente continuidade de texto:

- Não obstante entender a Recorrente que o recurso a tal estrutura negocial configura, no máximo, um negócio indireto (lícito e eficaz perante terceiros, inclusive o Fisco), a fiscalização insiste em retorcer o conceito de simulação (ilícita e ineficaz perante o Fisco), para fazer nele recair a operação autuada e, com isso, tributar um ganho de capital que apenas teria ocorrido caso a operação praticada pela Recorrente tivesse sido outra que não a que efetivamente se praticou. O uso da analogia é vedado pelo Código Tributário Nacional (art. 108, § 1°).

- Assim, sob a imprópria alegação de simulação, o Fisco quer, na verdade,

fazer valer a figura (inexistente no Direito brasileiro) de uma norma geral antielisiva que, caso existente (o que se admite apenas para argumentar), lhe permitiria desconsiderar atos ou negócios válidos que, muito embora realmente praticados pelos contribuintes, pudessem, isoladamente ou coligados com outros atos, proporcionar economia de tributos.

- 48. É, pois, o direito da Recorrente de livre escolha dos comportamentos a adotar com vistas a perseguir uma economia lícita de tributos que lhe está sendo tolhido (...)

- (i) a operação autuada é verdadeira, revestindo-se da natureza de uma associação pública, real e duradoura; (ii) a operação autuada é, no máximo, um negócio indireto, não tributável por inexistir cláusula geral ou especial antielisiva; (iii) o conceito de simulação consagrado pela jurisprudência do E. Conselho de Contribuintes é estrito e não permite interpretações amplas que conduzam a enquadrar no mesmo o negócio indireto; e (iv) não há sequer indícios de simulação na operação autuada.

- Do todo que atrás se expôs pode concluir-se que:

(i) os eventos acontecidos no mundo real efetivamente guardam inteira consonância com a intenção e desejo querido e realizado pelas partes (Recorrente e SONAE), bem assim, os fatos ocorridos foram os efetivamente concretizados, sem que se vislumbre qualquer simulação;
(ii) não se detectam artifícios ou operações subjacentes acobertadas pelas transações efetivamente realizadas;
(iii) todas as operações e transações encontram-se registradas e escrituradas na escrituração comercial e fiscal, não se vislumbrando qualquer hipótese de resistência ou ocultação de qualquer fato, pois tudo foi realizado às claras e foi com base nelas que a autoridade fiscal formou as suas conclusões subjetivas;
(iv) existem e foram cumpridas, junto à Secretaria da Receita Federal e aos demais órgãos públicos e privados, todas as formalidades próprias dos atos e operações praticados;
(v) os fatos encontram-se devidamente respaldados nas leis civis e comerciais, tendo sido atendidos todos os requisitos necessários para que eles se realizassem, pois trata-se, na verdade, de operações comerciais e societárias perfeitamente legítimas e regulares;
(vi) a fiscalização não conseguiu produzir qualquer prova irrefutável de que houve manipulação de fatos ou provas, utilização de interposta pessoa ou adulteração de qualquer documento que justificasse a desconsideração dos atos jurídicos praticados pela Recorrente;
(vii) inexiste qualquer vedação ou óbice à realização das operações expressas nas leis fiscais, tendo em vista que os procedimentos adotados encontram fundamento legal;
(viii) os supostos indícios, sobre os quais laborou a fiscalização, não se prestam para efeitos probatórios, pois não conseguem infirmar a veracidade das operações, constituindo-se, apenas, em juízos subjetivos das autoridades fiscais, sem que haja qualquer disposição de lei que lhes dê guarida;
(ix) o Direito Tributário e nosso ordenamento jurídico não acolhem acusações sem provas e baseadas em meros indícios, pois, além de afrontar a legalidade, violaria a própria certeza do direito e a segurança jurídica;
(x) não tendo restado provada e caracterizada a declaração enganosa de vontade,

essencial à simulação, não há como subsistir a exigência do tributo e a imposição de penalidade agravada sob o argumento de que ocorreu, in casu, negócio simulado;
(xi) não basta a simples suspeita de fraude para que o negócio jurídico seja desconsiderado pela autoridade lançadora, por simulação, mister se faz provar efetivamente que o ato negociai deu-se em direção contrária à norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, porquanto a simulação não se presume, precisa ser, necessariamente, provada (art. 149, do CTN).

- 4.2. Procedência quanto ao mérito do Recurso Especial:

4.2.1. a operação efetuada pela Recorrente não tinha como objetivo a economia de tributos; em verdade, conforme comprovado nos autos, tratava-se de operação visando a associação entre a Recorrente e o Grupo SONAE, tanto que, após os negócios realizados, a Recorrente permaneceu com considerável participação acionária na empresa SONAE DISTRIBUIÇÃO BRASIL S.A. detendo, assim, de forma indireta, participação acionária em
4.2.2. a operação realizada pela Recorrente foi um negócio verdadeiro e representou efetivamente a vontade das partes, não podendo ser classificada como simulação;
4.2.3. os alegados indícios de simulação não se sustentam diante dos argumentos apresentados;
4.2.4. o ato de integralização de capital com ágio, erroneamente considerado como simulado, não foi sequer praticado pela Recorrente; e
4.2.5. no máximo, para fins de argumentação, a operação poderia ser classificada como negócio jurídico indireto, não tributável ante a inexistência de norma (geral ou especial) antielisiva;

Por fim, requer a contribuinte seja, no mínimo, parcialmente provido o presente recurso para excluir dos autos de lançamento os valores referentes à participação acionária indireta que a Recorrente passou a ter em Nacional Supermercados S.A. após a realização das operações erradamente classificadas como simuladas.

O Recurso Especial da contribuinte foi recepcionado por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 1224 ss.) que iniciou demarcando que este traria como matérias "conceito de simulação e necessidade de existência de norma (geral ou específica) antielisiva para possibilitar a tributação de negócio jurídico dito indireto", registrou que seria inviável o reexame de fatos e provas em recurso especial e assim concluiu: "*Pois bem; do confronto entre o acórdão recorrido e os paradigmas formei convencimento de que há divergência de entendimento entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados, especialmente quanto ao primeiro paradigma, de n°. 106-14.483, que não foi objeto de recurso à CSRF.*"

Por fim, a Fazenda Nacional ofereceu **contrarrazões** (E-fls. 1219 ss.), sustentando que teria sido caracterizada a simulação, devendo-se manter a tributação do negócio realizado, não havendo que se falar em ausência de fundamentação legal.

Passa-se, então, à apreciação do recurso.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora.

Conhecimento do Recurso Especial

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que divirjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, (1) na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (i) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (ii) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; (iii) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF; ou (2) de sua interposição, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente.

Voltando-se ao caso concreto, consideram-se preenchidos os requisitos acima, nos termos dos despachos de admissibilidade, **vontando-se por CONHECER os dois recursos em questão**.

Mérito

Ultrapassado o conhecimento dos recursos especiais, devolve-se ao julgamento (i) a manutenção da exigência principal baseda na questão do conceito de simulação e necessidade de norma antielisiva e (ii) a qualificação da multa.

Já me posiciono, desde já, por adoção integral do voto vencedor proferido pelo Ilustre Conselheiro Mário Junqueira Frando Junior no acórdão recorrido, que embora se referisse somente à redução da penalidade, trouxe digressão farta e subsanciosa esclarecendo a qualificação dos mesmos fatos ora analisados como simulação relativa, antes que se concluísse sobre a inexitência de intuito fraudulento.

Se verificado o início do acórdão recorrido, observa-se que a Ilustre Conselheira Sandra Faroni fez questão de pontuar, desde o príncípio, que não estaria em questão a licitude ou ilicitude dos atos particados, mas a sua oponibilidade ao Fisco.

Muito embora eu possua o entendimento de que ao administrador é dado organizar a pessoa jurídica buscando economia financeira e, assim, fiscal, não penso que esse direito – ou mesmo dever – seja ilimitado para fins de oponibilidade ao Estado, quando não se respeita a causa do negócio jurídico diante de outras normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro que traduzem vetores nesse sentido.

Vejo a presente situação contendo elementos que, malgrado não constituam ilícitos, reunidos, são capazes de demonstrar não se haver atendido a referida causa do negócio jurídico declarado, como de aumento de capital com a itenção de associação entre as empresas Nacional Administração e Participações S.A. e a SONAE, como o exíguo prazo de um dia entre o aumento de capital, a incorporação da reserva de ágio e a cisão, em que esta sociedade assumiu, ao afinal, praticamente a integralidade do negócio pretendido; a expressividade do valor do ágio de R$ 296.331.177,00 no total de R$ 300.000.000,00; o pagamento pela SONAE deste valor da totalidade do negócio, segundo o laudo de avaliação, por uma participação de cerca de 9%; para enumerar alguns fatores.

Revelam, sim, ao meu ver, a possibilidade de requalificação dos fatos como efetiva integralização e incorporação da reserva de ágio para aumento do valor patrimonial, seguida de cisão, que corresponderiam a uma efetiva alienação de participações, sem tributação do ganho de capital que haveria, se realizada a compra e venda efetiva, razão pela qual, posicionando-me no que tange à primeira divergência, considera-se prodecente a autuação fiscal quanto ao principal.

Por outro lado, agora adentrando-se no recurso especial da Fazenda Nacional, também não vislumbro a possibilidade de se imputar penalidade qualificada pela operação praticada, justamente porque a própria Conselheira relatora aduz não estar trabalhando no campo da ilicitude, o que ensejou a dicussão colocada na divergência apresentada pela contribuinte.

Mais do que isso, o Relatório de Trabalho Fiscal tratou os atos como simulação, mas não logrou demonstrar o evidente intiuito fraudulento necessário à qualificação da penalidade, cujo dolo de fazê-lo é essencial. Ao meu ver, afora a insuficiência da demonstração fiscal, também não identifico dolo de fraudar ou sonegar, entendo, sim, ter havido a escolha de um caminho fiscal menos oneroso, mas que por fugir à causa do negócio jurídico, torna-se inoponível ao Fisco.

Diz-se isso, aliás, por se tratar de operação praticada em 1999, quando a doutrina e a própria jurisprudência desse colegiado era controversa sobre a validade de operações da espécie. Como, então, imputar ilicitude à conduta da contribuinte, se nem este órgão se posicionava assim em todos os casos? Penso que não se pode imputar, desse modo, essa consciência do ilícito e dolo à contribuinte.

Nesse sentido, adota-se, como dito, as razões de decidir do voto vencedor do acórdão recorrido, transcrito abaixo:

> *"VOTO VENCEDOR*
> *Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Redator Designado*
> *A questão do planejamento tributário, ou melhor, da elisão fiscal, tem provocado acirrados debates nos Conselhos de Contribuintes.*
> *Há poucos anos, o conceito conferido ao contribuinte de se auto-regular era considerado como absoluto, derivado do que se convencionou chamar de princípio da legalidade estrita, o que levava à interpretação dos fatos muito mais pelo seu formalismo do que pelo seu conteúdo.*
> *Também era comum adotar-se hermenêutica em face do sentido literal da norma, sem maiores avaliações do seu intuito, desprestigiando-se o seu conteúdo finalístico ou teleológico. Tudo isso em prol da almejada segurança jurídica.*
> *Não são raros os pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais a esse respeito:*
> *(...)*
> *Hoje em dia, no entanto, mais e mais se forma a consciência da responsabilidade social do contribuinte, mormente após o advento das modificações radicais introduzidas pela Constituição Federal de 1988.*
> *O assunto tem forte matiz ideológico, porém pode e deve ser ancorado nos princípios constitucionais, que nos servem de guia na conformação dos atos praticados pelos contribuintes, vis a vis a sua liberdade de agir.*
> *A Carta Magna de 1988 traz como norte principal a vontade de contrabalançar direitos e deveres, raramente conferindo um conteúdo absoluto a qualquer direito, salvo o direito à vida. Assim é que, como exemplos, o direito à propriedade está jungido ao seu uso conforme a sua função social, enquanto o direito ao sigilo de dados e comunicações pode ser temperado pelo interesse público de investigação, desde que devidamente autorizado pelo Poder Judiciário.*
> *No campo tributário, o princípio que norteia tanto a instituição de tributos quanto a prática de atos pelo contribuinte é o da capacidade contributiva, pois*

embute aspectos de isonomia e solidariedade, dispostos nos artigos iniciais de nossa constituição.
(...)
Assim é que a liberdade vem de mãos dadas com a justiça e a solidariedade, impondo a todos os cidadãos e aos seus representantes, agir com responsabilidade social, fator limitador da liberdade.
Por isso é que no Direito Tributário a legalidade não pode ser considerada estrita, pelo menos quando tal adjetivo vier com a acepção de que tudo é possível, desde que formalmente lícito o ato praticado. A legalidade existe e deve ser respeitada, mas no sentido da definição dos fatos geradores, pois não se vai exigir prestação pecuniária sem existir lei que tenha instituído certo tributo.
Legalidade estrita não pode ter o condão de permitir atos que, embora formalmente lícitos, sejam desprovidos de propósito negociai efetivo, transgredindo o ordenamento mediante formas vazias de conteúdo, cujo único desiderato seja contornar norma impositiva tributária, fulminando o princípio da capacidade contributiva.
(...)
O segundo ponto a considerar é a profunda mudança no desenho do próprio texto constitucional.
Esta mudança de perfil do Estado repercute, também, no âmbito da tributação, que deixa de ser vista da perspectiva do confronto entre contribuinte e Fisco — a partir do que as respectivas normas constitucionais assumem o papel de instrumentos de limitação do poder do Estado e proteções ao patrimônio do indivíduo — para ser vista como instrumento de viabilização da solidariedade no custeio do próprio Estado. Daí a necessidade contributiva ser guindada à condição de princípio geral do sistema tributário, a teor do § 1°do artigo 145 da CF.
Portanto, a compreensão e a interpretação do ordenamento tributário começam, a rigor, no preâmbulo da CF/88 e desdobram-se pelos princípios fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos até chegar ao Capítulo tributário. O sistema tributário não é o bastante em si, não existe isolado do contexto, não é o núcleo da Constituição. É parte inegavelmente relevante que encontra seu significado quando visto de fora (à luz do conjunto dos valores constitucionais) e da repercussão que a Constituição como um todo traz para este campo específico.
Daí não ser absoluto o direito do contribuinte de se auto-regular. Deve fazê-lo tendo como contorno a capacidade contributiva, bem como o conteúdo material dos atos, e não o meramente formal.
Essa linha de entendimento chega forte ao Direito Tributário, na esteira do que estabelecido nas relações privadas com a edição do novo Código Civil, pois princípios basilares do convívio em sociedade devem ser observados em nossas condutas, como o da eticidade e o da boa-fé objetiva, bem como privilegiando a função social do contrato.
Já defendi esta posição no Acórdão 101-94.741, no qual destaquei: O ordenamento jurídico tem suas bases muito mais ligadas a interpretações sistemáticas e finalísticas, a ensejar um conjunto sustentado em certa axiologia, ainda que mutável no tempo, do que a restritivas interpretações literais, que insistem em produzir a falácia de que tudo deve estar minuciosamente escrito, como se a tanto o ser humano fosse capaz. Tais interpretações restritivas, que se apóiam, indevidamente, no dito princípio da legalidade estrita e da segurança jurídica, levando ambos ao extremo e deturpando seu conteúdo, apenas fazem

sucumbir, como num passe de mágica, a verdadeira capacidade contributiva, e eliminam, com ares de juridicidade, um dever de contribuir, inerente ao convívio em sociedade'.

Para que seja lícita a economia fiscal decorrente de um conjunto de atos os mesmos devem possuir conteúdo próprio, com riscos assumidos inerente aos institutos adotados, e propósito diverso de simplesmente driblar a aplicação de norma tributária impositiva, conforme nos ensina ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, in O Planejamento Fiscal e a Interpretação no Direito Tributário, ed. Mandamentos, p.69:

Para nós, em primeiro lugar, para que tivéssemos 'poupança fiscal", tornaria necessário que a hipótese resultasse de atos ou negócios lícitos, nos quais as partes, de boa-fé, obtivessem, racionalmente, utilidades recíprocas, sendo que o resultado não poderia ser contrário ao ordenamento jurídico tributário. A 'economia de opção', dessa forma, resultaria explicitamente da própria lei, sem atentar contra o espírito e a finalidade da norma de incidência tributária, mesmo estando fragilizada pelas deficiências da técnica legislativa.

Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

No caso dos autos isso é patente. Trata-se de conhecido planejamento de venda de participação societária, visando afastar tributação sobre ganho de capital. Ao invés de alienação direta, recebe-se um novo sócio, com investimento acima do valor patrimonial, ou seja, com ágio, retirando-se da sociedade incontinente o sócio mais antigo, levando consigo os valores monetários, enquanto o novo sócio permanece com as ações que originalmente pretendia adquirir. Pode ser o total da participação ou apenas parte dela, mas sempre visando escapar do ganho de capital que seda gerado na parte das ações que se pretendia alienar.

Há várias formas de se implementar tal objetivo. Quando, por exemplo, as ações pertencem a pessoas físicas, normalmente conferem-se as cotas em empresa de passagem (conduit company), a fim de que o ágio possa repercutir em equivalência patrimonial no novo patrimônio dos sócios.

A empresa que recebe investimento com ágio, se anteriormente de responsabilidade limitada, é transformada em companhia, para que a reserva não seja tributada.

Existem casos também nos quais se procede a uma "cisão branca", conferindo-se ativos em uma outra empresa (drop down), sendo esta última a receptora do ágio, com subsequente cisão.

Há ainda as "cash companies", nas quais o adquirente constitui uma empresa cujo único ativo é dinheiro em caixa, permutando ações com os antigos sócios, normalmente após uma operação de separação de ativos em empresa específica, conforme antes destacado.

Em todos esses exemplos, inclusive o caso dos autos, o interesse é exclusivamente de escapar à manifestação patente de capacidade contributiva, excluindo a necessária imposição da norma tributária.

Não há qualquer desejo de associação verdadeira. Ou se existir, pela remanescente participação, de fato o que se quer é conferir participação maior ao adquirente daquela que ele mesmo conferiu inicialmente, em percentual sempre ínfimo, pois o restante de sua inversão se faz através de ágio, não tributável, cuja contabilização no patrimônio líquido, em conta diversa da do

capital, beneficia a todos os antigos proprietários da empresa.
Há sempre abuso na utilização do ágio como instrumental, haja vista que a não tributação dessa parcela tem como raiz a continuidade da sociedade, fomentando os negócios que lhes são próprios. No entanto, a parcela do dinheiro entregue à sociedade é sempre ato contínuo transferida ao antigo sócio, mediante cisão ou outra forma de retirada da sociedade.
Toda norma tem um caráter positivo de acordo com as suas finalidades.
A do ágio vem da necessidade de fomento da sociedade, pelos futuros rendimentos que esta proporcionará ao novo sócio, por isso que o valor em dinheiro entregue à empresa supera o valor patrimonial da ação adquirida.
Ora, desprovido de sentido o ato de adquirir participação ínfima, com concomitante acentuado ágio, para que este valor seja retirado da empresa logo em seguida.
Outro aspecto sempre presente nessas operações são as cláusulas de segurança, que evitam acabem quaisquer das partes em situação não desejada. Um primeiro sintoma dessas disposições é o fator tempo. A integralização de capital e o ágio são executados em espaço de tempo curtíssimo, senão instantaneamente, com a retirada dos antigos sócios, por cisão, permuta ou outra forma qualquer. É claro que o adquirente da companhia não quer permitir que os alienantes mantenham controle da companhia com os valores já entregues.
Muitas das vezes, como no presente caso, há contratos prévios, determinando a cada uma das partes o que se irá fazer, impondo-lhe restrições incontornáveis à manutenção de uma verdadeira associação.
Por todos esses aspectos é que considero não oponível ao fisco a forma de apresentação adotada pela contribuinte, devendo ser cobrado o tributo correspondente ao ganho de capital efetivamente existente, que traduz a verdadeira capacidade contributiva existente nos fatos apresentados.
Cabe ressaltar que não se está a utilizar de analogias ou interpretações de cunho econômico. Para que essas formas de interpretações sejam aplicadas é necessário que os fatos cotejados possuam substrato econômico efetivo, com efeitos semelhantes ou idênticos. No caso, o que se está a fazer é perquirir qual o verdadeiro fato, já que não há conteúdo material pela forma apresentada, pois, como visto acima, todos os efeitos derivados da associação e do ágio conferido nunca puderam ser produzidos, seja por força contratual ou pelo mecanismo adotado na realização do negócio.
Mas concluir-se pela manutenção do lançamento não me parece suficiente para a qualificação da penalidade, matéria que reconheço, sujeita a sinceras controvérsias.
Ocorre que podemos qualificar os atos de planejamento como os dos autos em duas figuras que implicam em dissimulação: Simulação relativa ou fraude à lei.
Não havendo atos antedatados ou pós-datados, ou falsidade material nos documentos apresentados, afasto de antemão a figura da simulação absoluta, à luz do que dispunha o Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos apontados na autuação, bem como pelos contornos das novas regras do Código Civil de 2002.
A questão fica vinculada ou à dissociação da vontade externada com dissimulação, ou ao interesse restrito na obtenção do benefício tributário através do negócio jurídico querido e formalizado, porém para mero contorno de norma imperativa.
A simulação relativa representa a dissimulação pura e simples de um fato. Não existe mais nada além do ato dissimulado.

O MINISTRO MOREIRA ALVES assim define a simulação relativa, in Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ESAF, Brasília, 2002, p. 64:
(...)
A fraude à lei, por seu turno, é um drible na norma imperativa. Exemplo clássico é citado por MARCO AURÉLIO GRECO na obra supracitada, no qual um contribuinte, impossibilitado de importar um veículo por expressa vedação legal, importa todas as peças para produzi-lo, pois havia permissão para importação de peças visando reposição dos veículos importados antes da vedação.
O objetivo era importar um carro, e foi alcançado através de um drible no ordenamento, utilizando-se de uma norma que tinha fins diversos ao pretendido pelo contribuinte, o qual era em verdade expressamente vedado.
É a burla ao ordenamento; aos seus fins.
(...)
Também nesses casos se trata de ato ou negocio jurídico querido ou de complexo de atos ou negócios jurídicos queridos, havendo coincidência entre a vontade e a sua manifestação, ao contrário do que ocorre na simulação.
Tenho dificuldades em afirmar, de forma peremptória, em qual categoria estaria um planejamento como o do caso em tela, embora me incline para a simulação relativa, pois o negócio jurídico praticado não foi desejado pelas partes.
Não houve interesse na associação. Houve interesse de alienação das ações.
Nos exemplos acima de fraude à lei o negócio é sempre desejado: importar peças para fazer um carro ou doar dinheiro. Entretanto, foram realizados de maneira a burlar a norma.
No entanto, percebo no caso desse processo todos os elementos que compõem os institutos.
Há dissimulação, falta de substância na forma escolhida, cláusulas de segurança quanto à produção de efeitos diversos dos verdadeiramente pretendidos etc.
O drible na imposição tributária também está presente.
Ou seja, em matéria tributária, tirante a simulação absoluta, que se externa pela falsidade material ou ideológica dos atos praticados, os vícios das patologias de fraude à lei e simulação relativa muita das vezes se confundem, podendo-se vislumbrar, igualmente, abuso na utilização dos institutos, pois em dissonância com as suas inerentes finalidades.
Por esse motivo, devo analisar a imposição da penalidade qualificada em cada um dos vícios supramencionados, já que, no meu entender, está só seria aplicável, no momento atual, em casos de simulação absoluta.
Faço uso da expressão "no momento atual", pois não posso conceber que diante de tanta divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do ato praticado pelo contribuinte, possamos, vários anos após a sua execução, elevá-lo a status de crime de sonegação fiscal.
Vale ressaltar que, até mesmo nos dias atuais, há correntes a defender tratar-se meramente de um negócio jurídico indireto, cuja licitude é avaliada tão somente pela forma de apresentação dos atos, sem análise da existência de qualquer conteúdo ou finalidade.
Cito como exemplo o Acórdão 106-14.483, do ano passado:
"GANHO DE CAPITAL. SIMULAÇÃO. PROVA. A ação do contribuinte de procurar reduzir a carga tributária por meio de procedimentos lícitos, legítimos e admitidos por lei releva o planejamento tributário. Para a invalidação dos atos ou negócios jurídicos realizados, cabe à autoridade fiscal a ocorrência do fato gerador ou que o contribuinte tenha usado de estratagema para revesti-lo

de outra forma. Não havendo impedimento legal para a realização das doações, ainda que delas tenha resultado a redução de ganho de capital produzido pela alienação das ações recebidas, não há como qualificar a operação de simulada. A reduzida permanência das ações no patrimônio dos donatários/doadores e doadores/donatários, por si só, não autoriza a conclusão de que os atos e negócios jurídicos foram simulados. No ano-calendário de 1997 não havia a incidência de imposto sobre ganho de capital produzido pela diferença entre o custo de aquisição pelo qual o bem foi doado e o valor de mercado atribuído no retorno do mesmo bem."

Tratava-se de doação feito pelo filho ao pai, com imediata antecipação de legítima feita pelo pai, esta por valor de mercado, possibilitando a alienação sem posterior ganho de capital. A análise feita pela colenda Sexta Câmara indica forte entendimento no sentido dos aspectos formais, pois norma antielisiva específica só foi editada posteriormente, demonstrando convicção de que o planejamento pode existir se não houver expressa vedação legal, mesmo que o imediatismo das operações pudesse extemar o intuito meramente tributário das doações realizadas.

Assim, nesse ambiente de conflito doutrinário, não há dificuldades a um contribuinte em ancorar seu procedimento em precedentes jurisprudenciais, nem tampouco de obter pareceres de juristas de escol a fundamentar sua pretensão.

Alicerçar o lançamento na nova doutrina da interpretação dos fatos, privilegiando a verificação da verdadeira capacidade contributiva, não pode enveredar a ação fiscal para conclamar a aplicação da penalidade qualificada.

Aplica-se à espécie, sem pretensões de maiores conhecimentos no campo de Direito Penal, o denominado erro de proibição, a afastar, pela razoabilidade do desconhecimento da ilicitude do ato praticado, punibilidade diversa daquela do simples retardar no recolhimento do tributo, ou seja, a multa de lançamento de ofício de 75%.

O erro de proibição está assim definido por LUIZ REGIS PRADO, in Elementos de Direito Penal, vol. 1, Ed. RT, 2005, p.132: Erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço art. 21, CPC).

Trata-se de erro que tem por objeto a proibição jurídica do fato. É dizer: o agente perde, em decorrência de erro de proibição, a compreensão da ilicitude do fato. Constitui o lado oposto da consciência do injusto: supõe erroneamente que atua de forma lícita, conforme a norma, v.g., o agente acredita que ter em depósito cocaína não é vedado.

A diferença decisiva entre erro sobre os elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato "não se refere à oposição fato-conceito jurídico, mas sim à diferença too-ilicitude".

Assim, quem se apodera de coisa alheia, que erroneamente considera sua, encontra-se em erro de tipo, pois não sabe que subtrai coisa alheia; mas quem acredita ter direito de fazer justiça pelas próprias mãos e se apodera de coisa alheia (caso do credor/devedor insolvente), encontra-se em erro de proibição, sobre a ilicitude de sua conduta...

Perceba-se a justificativa que tem um contribuinte, ao pesquisar a jurisprudência vacilante e a doutrina divergente, em considerar que estava agindo licitamente. Há pouco tempo, inclusive, prevalecia o entendimento de que a adoção de formas lícitas era suficiente para garantir a economia tributária visada com a seqüência de atos, independentemente do seu tempo ou ausência de qualquer outro propósito negocial.

Inaceitável a qualificação da multa, principalmente para atos praticados há

muitos anos, quando ainda incipientes as discussões a respeito das patologias que tomam não oponível ao fisco determinado planejamento tributário.
Talvez não tenha sido outra a razão da edição dos artigos 13 a 19 da MP 66/2002, que exigia apenas a penalidade moratória, após a requalificação dos fatos, conforme abaixo:
(...)
Tal dispositivo, infelizmente, deixou de ser convertido em regra procedimental específica para lançamentos desse tipo, o que poderia ter em muito beneficiado o relacionamento do fisco com o contribuinte, estabelecendo contraditório antecipado das razões do ato, e oportunizando o recolhimento do tributo com apenas acréscimos moratórios.
Para aqueles que entendem existir fraude à lei, vale destacar que esta não se confunde com a fraude criminal, conforme novamente nos ensina MARCO AURÉLI GRECO, op. cit., pp. 223 e 230:
...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 a 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.
Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável — não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.
Ora, todas as operações realizadas foram devidamente informadas pelo contribuinte, com as devidas declarações e registros contábeis, inclusive a declaração da cisão realizada. O Fisco não teve qualquer dificuldade em apurar os elementos do negócio realizado, e devidamente qualificá-lo, para exigir o tributo devido.
Esse mesmo entendimento foi esposado pela colenda Terceira Câmara, em caso do planejamento denominado "incorporação às avessas", conforme excerto do voto condutor do Acórdão 103-21047/2002:
Verificada a impropriedade, para efeitos fiscais, da incorporação realizada, pois contaminada por vício de simulação, fica obstada a compensação de prejuízos oriundos da empresa SUPREMA S/A, tornando-se inócua a preliminar suscitada que, por isso, deve ser rejeitada.
No que concerne à penalidade imposta, esta foi a cominada no art. 992, inc. II, do RIR/94, aplicável "nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4502, de 30 de novembro de 1964", os quais, expressamente, contemplam hipóteses de intenção dolosa do agente, a saber:
"Art. 71 - Soneqação é toda ação ou omissão dolosa."
"Art. 72- Fraude é toda ação ou omissão dolosa.."
"Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso."
O comando legal que remete aos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4502/64, delimita a aplicação da multa agravada aos casos de evidente intuito de fraude.
A "evidência" indicada na lei exige que o intuito de fraude aflore com tal clareza que não se possa pôr em dúvida ter havido má-fé nos atos praticados, com inequívoco propósito de violar disposição legal.

A matéria objeto destes autos compreende caso de "simulação relativa" ou "dissimulação", e a doutrina maciçamente alerta para a dificuldade de definir, com precisão, a linha fronteiriça que separa o ato elisivo do negócio dissimulado.
Também é comum recomendação de cautela, por parte do intérprete e aplicador da lei, pelas dificuldades práticas de se concluir por hipótese de evasão ou elisão, pois é insuficiente o elemento temporal (antes ou depois de ocorrência do fato gerador), especialmente em casos de simulação relativa, cuja determinação vincula-se, via de regra, a fatos, indícios e presunções, por isso que cada situação deve ser analisada isoladamente.
Em face de tais circunstâncias, vejo-me diante de muitas dificuldades para caracterizar a "evidência" exigida pela lei, cumulada com o "intuito de fraude" (este de caráter manifestamente subjetivo), pelas seguintes razões:
- as empresas envolvidas nas operações acoimadas de simulatórias são todas sociedades anônimas, em razão do que os atos praticados impõem divulgação e registro nos órgãos públicos, o que foi feito;
- todas as operações estavam devidamente lançadas na escrituração comercial e fiscal, não se vislumbrando qualquer hipótese de ocultação ou resistência a fornecimento de informações ou documentos solicitados pela Fiscalização;
- foram cumpridas, junto à Receita Federal e demais órgãos públicos, as formalidades próprias aos atos de incorporação.
- O que não padece de dúvidas é a intenção do contribuinte em economizar imposto, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos, na forma da lei. Se conseguiu o "desideratum" é outro aspecto da questão, mas dai a afirmar-se estar configurado um "evidente" intuito de fraude há, no meu juízo, um considerável distanciamento.
Em assim sendo, não se pode olvidar que o Código Tributário Nacional, em seu Livro II - Normas Gerais de Direito Tributário, no capítulo IV que trata da Interpretação e Integração da Legislação Tributária, acha-se incluído no art. 112, que dispõe:
(...)
Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para agravamento da penalidade, a recomendar a aplicação da multa destinada às infrações.
Brilhante o raciocínio desenvolvido pelo nobre Relator do aresto apontado. De fato, em circunstância envolvendo planejamento tributário, na qual o contribuinte registra todos os seus atos, cumpre todas as obrigações acessórias, dando pleno conhecimento ao fisco de sua atividade, impertinente a aplicação da pena qualificada, pois a regra de interpretação da imposição da multa há de se amoldar ao inciso IV do artigo 112 do CTN, mormente quando existam conflitantes e respeitáveis correntes doutrinárias e precedentes jurisprudenciais.
Pelo exposto, peço vênias à Conselheira Relatora, para divergir do seu brilhante voto, mas apenas quanto à qualificação da penalidade, a qual reduzo para o percentual de 75%.
É como voto." (grifou-se)

Por essas razões, **vota-se por NEGAR PROVIMENTO aos recursos da contribuinte e Fazenda Nacional**, mantendo-se a autuação quanto ao principal e a desqualificação da multa, como feito pelo acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator Designado.

Não obstante o substancioso voto da I. Relatora, manifesto minha divergência em relação ao mérito do recurso especial da PGFN, que versa sobre a qualificação da multa de ofício.

A situação versa sobre a alienação de 100% das ações da NACIONAL SUPERMERCADOS (NSA), detidas pela NACIONAL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES (NAP), para ao grupo SONAE.

Contudo, a operacionalização do negócio não se deu mediante operação regular entre adquirente e alienante, no qual o primeiro pago o preço para o segundo.

Pelo contrário, ocorreu mediantes eventos permeados de particularidades.

Vale transcrever excerto do Termo de Verificação Fiscal:

> *Em conformidade com item 1.1 do referido contrato, o objetivo do mesmo seria disciplinar a associação da NAP com o Grupo SONAE-ITA visando á operação conjunta da rede de supermercados e hipermercados pertencentes aos dois grupos econômicos, a ser implementada a partir de 01/04/99.*
>
> *De acordo com as cláusulas 2.1 e 2.13 do contrato (folhas 91 e 96), para implementação da associação, NAP transferiria a totalidade das ações que detinha na empresa NACIONAL SUPERMERCADOS S/A, doravante denominada de NACIONAL SUPERMERCADOS, para a empresa Sonae Distribuição Brasil S.A, doravante denominada de SONAE. Em decorrência desta transferência o SONAE pagaria R$ 300.000.000,00 a NAP.*
>
> *Por outro lado, a partir da implementação da associação, a NAP passa a ter participação no capital do SONAE equivalente a 17,56%. Por esta participação, NAP pagaria R$ 120.000.000,00 ao SONAE.*
>
> *(...)*
>
> *Cabe ainda destacar que a cláusula 2.13 do Contrato de Associação (folhas 96 a 98) estabelece o mecanismo de constituição da associação a ser utilizado para garantir a eficiência financeira e fiscal para ambas as partes. As etapas e*

> *procedimentos que levariam a esta eficiência financeira e fiscal a serem implementadas são:*
>
> *(...)*
>
> *c) Aumento de capital de NACIONAL SUPERMERCADOS, no valor total de R$300.000.000,00, a ser subscrito e integralizado pelo SONAE;*
>
> *d) Cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS, imediatamente após o aumento de capital referido no item anterior, com versão do Caixa para NAP, permanecendo o SONAE com 100% da sociedade cindida;*
>
> *e) Aumento de capital no SONAE, no valor total de R$ 120.000.000,00, a ser subscrito e integralizado por NAP que assim passará a deter 17.56% das ações ordinárias do SONAE.*

Vale verificar os contornos que foram assumidos na transação de compra e venda (NAP alienante, NSA investimento e SONAE adquirente), tudo para afastar a tributação de ganho de capital.

O que se observa é que o adquirente (SONAE) aumentou o capital do investimento para R$300 milhões, na sequência houve uma cisão do investimento, no qual precisamente o caixa foi vertido para o alienante (NAP) e a participação societária foi vertida para a adquirente (NSA).

Como dizer que os negócios entabulados não foram efetuados com plena consciência das partes?

Transcrevo mais um excerto do Termo de Verificação Fiscal:

> *A Ata da AGE de 31/03/1999 (folhas 73 a 78) quer fazer crer que o SONAE pagou R$300.000.000,00 para adquirir 9,96% da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS, quando o contrato de associação (folhas 87 a 202) firmado em 29/0111999 e o Laudo de Avaliação Econômico (folhas 306 a 380) produzido por Artur Andersen apontam este como sendo este o valor de 100% da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.*
>
> *O que levaria o SONAE a pagar o valor correspondente a 100% de uma companhia por apenas 9,96% do seu capital social? Consideramos que tal procedimento somente foi adotado pelo SONAE pela certeza de estar adquirindo por este valor (R$ 300.000.000,00) a totalidade da empresa NACIONAL SUPERMERCADOS.*
>
> *E esta certeza decorre do contrato de associação firmado com a NAP em 29/01/1999 que lhe garantia que, após a integralização de capital com ágio, a empresa NACIONAL SUPERMERCADOS seria cindida parcialmente, cabendo ao SONAE o controle acionário integral de NACIONAL SUPERMERCADOS.*
>
> *E isto de fato ocorreu. No dia seguinte (01/04/1999), houve a cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS. Em*

> *decorrência desta cisão, NAP se retira da sociedade, recebendo os R$300.000.000,00 pagos pelo SONAE e o SONAE passa a ser o único proprietário de NACIONAL SUPERMERCADOS.*
>
> *De que forma aceitar como verdadeiro instrumento representativo de ato jurídico que estabelece que NAP receberia, em 01/04/1999, R$ 300.000.000,00 em decorrência da cisão parcial de NACIONAL SUPERMERCADOS, quando está documentalmente comprovado que parte deste valor (R$ 180.000.000,00) já havia sido repassada para NAP em 31/03/1999?*
>
> *Portanto, consideramos que fica inquestionavelmente demonstrado que o objetivo do negócio foi à aquisição, pelo SONAE, das atividades de varejo do NACIONAL SUPERMERCADOS, incluindo suas instalações, estoques e créditos, deduzidos as dividas e obrigações relacionadas com estas atividades, como está definido no contrato de associação, firmado em 29/01/1999.*
>
> *O aumento de capital social com ágio e a posterior cisão parcial do NACIONAL SUPERMERCADOS foram meros instrumentos utilizados para implementar o verdadeiro negócio com o intuito de iludir um terceiro (no caso o Fisco) e evitar o pagamento de tributos, caracterizando a simulação.*

Resta ainda mais evidente a tentativa de ser mascarar a real intenção do negócio ao verificar que a SONAE pagou o valor correspondente a 100% do investimento (NSA) por apenas 9,96% do seu capital social. Mas tal percentual era fictício, tendo em vista que no dia seguinte a NSA foi cindida, 100% da sua participação foi vertida para a SONAE, e para a alienante (NAP) foi vertido o caixa.

A fratura é exposta.

Já me manifestei sobre o assunto no Acõrdão nº 9101-002.953, da sessão de 03 de julho de 2017.

A interpretação de que as operações foram legais, transparentes, e por isso não poderiam ser opostas ao Fisco, reflete uma visão ultrapassada do ordenamento jurídico como um todo.

Ora, não é porque a operação foi legal no âmbito civil, empresarial, que se reveste de uma blindagem que a torna insuscetível de análise por outros ramos do direito. Se passa a ser apreciada sob a perspectiva tributária, para ser legal, também deve atender à norma tributária.

E colocar princípios como a livre liberdade negocial no topo da pirâmide dos princípios constitucionais tampouco socorre a Contribuinte. A Lei Maior tem vários princípios, que devem ser ponderados. De fato a liberdade negocial é princípio a ser respeitado, mas deve caminhar ao lado de outros princípios da Lei Maior, que zelam pela existência e manutenção do Estado. O princípio de legalidade não implica que, se o negócio foi celebrado em consonância com a lei civil e empresarial encontra-se blindado dos outro ramos normativos.

Pelo contrário, o princípio da legalidade abrange o ordenamento jurídico em sua integralidade. Para ser legal, o negócio jurídico tem que ser legal sob a ótica de todos os ramos do direito.

Nessa perspectiva, a legislação tributária é clara ao contestar a ocorrência de negócios eivados de dolo, fraude ou simulação. É dispositivo positivado no art. 149, inciso VII do CTN [1].

Da mesma maneira, é expressa na legislação que negócios envolvendo ocorrência de dolo ensejam qualificação da multa de ofício [2], na forma da sonegação, fraude ou conluio [3].

Apreciando-se o caso concreto, impossível não se deparar com o *plus* na conduta. Não se trata de mero descumprimento da norma. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo[4], consumando-se o dolo.

Ora, o *plus* na conduta é evidente, ultrapassando o tipo objetivo da norma tributária. Não se trata de mero descumprimento do dispositivo legal. Verifica-se a presença dos elementos cognitivo e volitivo, consumando-se o dolo, cuja definição é apresentada com clareza por CEZAR ROBERTO BITENCOURT[5].

Não há que se tolerar o desvirtuamento dos institutos jurídicos. Legalidade não é dizer que se o negócio jurídico é legal para um ramo do direito encontra-se intocável para todo o ordenamento jurídico. Legalidade é verificar se o negócio jurídico é legal sob o âmbito

---

[1] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...)
VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

[2] Vide Lei nº 9.430, de 1996:
Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
(...)
§ 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 2007)

[3] Vide Lei nº 4.502, de 1964:
Art . 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:
I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
Art . 72. Fraude é tôda 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 impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.
Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

[4] Ver BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, volume 1, 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 269:
Para a configuração do dolo exige-se a consciência daquilo que esse pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada. (...)A vontade, incondicionada, deve abranger a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexo causal. A vontade pressupõe a previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão aquilo que se previu ou representou na nossa mente, pelo menos, parcialmente.

[5]

de todo o direito. Princípio da liberdade negocial não se encontra no topo da pirâmide constitucional, mas caminha ao lado do princípio da legalidade (que predica a apreciação do ordenamento jurídico de maneira integrada), e dos princípios que zelam pela manutenção do Estado, com a capacidade contribuinte e isonomia entre contribuintes.

Não há reparos a fazer, portanto, no entendimento da Fiscalização, quando decidiu pela qualificação da multa de ofício, com base nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, conforme Termo de Verificação Fiscal:

> *Como já ficou amplamente demonstrado, a forma como o negócio entre a NAP e o SONAE foi formalizado demonstra de forma inequívoca a intenção de "impedir (...) o conhecimento por parte da autoridade fazendário da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária", configurando-se assim a sonegação definida no art. 71 da Lei 4.502/64.*
>
> *Além disto, a forma dada ao negócio teve ainda o objetivo de "modificar as suas características essenciais (do fato gerador) de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento", caracterizando assim a fraude definida no art. 72 da mesma Lei.*
>
> *Finalmente, o conluio definido no art. 73 fica caracterizado pelo fato de todos os atos simulados terem envolvido duas empresas e seus diretores — a NAP e o SONAE. Isto sem falar nos fortes indícios de conluio também em relação aos peritos contratados para elaboração de laudos encomendados, de forma a tentar revestir a operação das formalidades legais necessárias.*

Deve, nesse contexto, ser reformada a decisão recorrida, para se restabelecer a qualificação da multa de ofício (150%).

Diante do exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura