



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 11080.007081/2002-12
Recurso nº. : 138.474
Matéria : IRPJ E OUTROS
Recorrente : MLSP – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ – PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 15 de junho de 2005
Acórdão nº. : 101-95.018

IRPJ – ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – O erro de identificação do sujeito passivo representa vício insanável, quanto à existência do Ato Administrativo de Lançamento.

LANÇAMENTOS DECORRENTES – CSLL - A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se, no que couber, ao lançamento decorrente, quando não houver fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MLSP – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em DAR provimento ao recurso, por erro na identificação do sujeito passivo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Caio Marcos Cândido e Sandra Maria Faroni que negaram provimento ao recurso.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

VALMIR SANDRI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 AGO 2005

Processo nº. : 11080.007081/2002-12
Acórdão nº. : 101-95.018

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.



Recurso : 138.474
Recorrente : MLSP – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

MLSP – COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., já qualificado nos autos, recorre a este E. Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, que julgou procedente o lançamento relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e reflexos – CSLL, PIS e COFINS - (fls. 03/20), na importância total de R\$ 31.521.300,85, referente ao ano-calendário de 1999 – exercício 2000, objetivando a reforma da decisão recorrida.

O lançamento decorreu da constatação, em ação fiscal direta, de ter o contribuinte efetuado as seguintes infrações:

01 – RECEITA NÃO OPERACIONAL OMITIDA – A PARTIR DO AC

93

GANHO DE CAPITAL

Omissão de receitas referentes a ganho de capital, relativo a alienação de participação societária, apurado conforme relatório de ação fiscal, que é parte integrante do presente auto de infração.

Fato Gerador Multa %	Valor	Tributável	ou	Imposto
30/06/1999		R\$ 31.957.229,86		150,00

Enquadramento Legal
Arts. 521, 522 e 528, do RIR/99

02 – OUTRAS RECEITAS

RECEITAS FINANCEIRAS – CDB e SWAP

Valor referente a receitas financeiras contabilizadas como receitas de equivalência patrimonial, apurado conforme relatório de ação fiscal, que é parte integrante do presente auto de infração.

Fato Gerador Multa %	Valor	Tributável	ou	Imposto
30/09/1999		R\$ 850.617,60		75,00



Enquadramento Legal
Art. 521 do RIR/99.

A exigência do PIS e da COFINS decorre das receitas financeiras contabilizadas pela contribuinte como receitas de equivalência patrimonial.

No extenso e bem elaborado Relatório de Ação Fiscal com 90 folhas (fls. 23/112), as autoridades lançadoras, demonstraram, passo a passo, os procedimentos adotados pela Recorrente, o que será aqui relatado em breve síntese:

No início do ano de 1999, os acionistas da empresa NUTEC Informática S/A., dentre eles a empresa MLSP – Comércio e Participações Ltda., ora Recorrente, tinham interesse em admitir um novo acionista com experiência e penetração internacional no mercado de Internet.

Com este objetivo, contrataram os serviços da BT Alex, Brown Incorporated, empresa com sede no exterior, ficando esta encarregada de agenciar uma venda, "joint venture" ou qualquer outra modalidade de transação, em que o novo acionista adquirisse 40% ou mais do capital votante da empresa NUTEC Informática S/A., ou uma porção importante de seu capital.

Em 15 de junho de 1999, através de um Contrato de Subscrição de Ações, os acionistas da empresa NUTEC, juntamente com a empresa Telefônica Interactiva Brasil Ltda., pactuaram o seguinte:

- a) Era do interesse dos controladores transferir o controle acionário da NUTEC Informática S/A. à Telefônica Interactiva Brasil Ltda..
- b) Os controladores da empresa NUTEC Informática S/A., realizaram na mesma data uma Assembléia Extraordinária, onde seria deliberada a emissão de 3.323.498 ações ordinárias, equivalentes a 16,67% do capital social total, que seriam totalmente subscritas pela Telefônica Brasil Ltda.




- c) O preço de subscrição seria R\$ 411.847.872,16, equivalentes na referida data a US\$ 233.077.460,20, o que correspondia a R\$ 123,92 (US\$ 70,13) por ação.

Também em 15 de junho de 1999, os acionistas da NUTEC Informática S.A., em conjunto com a Telefônica Interactiva Brasil Ltda., realizaram Assembléia Geral Extraordinária, deliberando, por unanimidade dos acionistas presentes, com a expressa anuência da totalidade dos acionistas detentores de ações preferenciais, a criação de duas classes de ações ordinárias nominativas, ou seja, Classe A e Classe B, esta última conversível em ações preferenciais, sendo aprovado aumento de capital de R\$ 4.638.764,16 para R\$ 5.569.343,60, com emissão de 3.323.498 ações ordinárias nominativas Classe A, sem valor nominal, subscrita na sua totalidade pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda., passando esta a deter 50,01% das ações ordinárias e 16,67% do total das ações da NUTEC Informática S.A..

Também na data de 15 de junho de 1999, foi celebrado acordo de acionistas, que vigoraria pelo prazo de 1 (um) ano, em que os acionistas não controladores se comprometeram a votar suas ações ordinárias de forma uniforme, sempre em consonância com o voto da Telefônica Interactiva Brasil Ltda., a ele não se opondo.

Entretanto, pelo Acordo de Acionistas, os acionistas não controladores, a qualquer momento, mediante notificação escrita a NUTEC Informática S/A. e à Telefônica Interactiva Brasil Ltda., poderiam exercer o direito de resgate da totalidade de suas ações, em que os demais acionistas votariam favoravelmente ao resgate, e o pagamento seria efetuado em recursos ou títulos de investimentos.

Posteriormente, em 05 de agosto de 1999, as partes que celebraram o Acordo de Acionistas descrito acima, formalizaram um Termo de Rescisão de Acordo de Acionistas, tendo em vista que as partes não alcançaram consenso em diversas questões fundamentais para a continuidade da associação

entre os acionistas, destratando, portanto, o Acordo de Acionistas anteriormente celebrado, deixando de ser acionistas na NUTEC Informática S.A., a ora Recorrente, a empresa RBS Administração e Cobranças Ltda. e os Srs. Afonso Antunes Motta e Luiz Alberto Barichello.

Nesta mesma data, 05 de agosto de 1999, os acionistas da NUTEC Informática S.A., por unanimidade, deliberaram o resgate das ações dos sócios retirantes, em que o valor de resgate das ações foi estabelecido com base no balanço patrimonial da empresa NUTEC de 30 de junho de 1999, apurando-se o valor patrimonial por cada ação, a importância de R\$ 20,5553.

Ainda em 05 de agosto de 1999, a Telefônica Interactiva Brasil Ltda., através de contrato de compra e venda de ações (fls. 875/879), por ser de seu interesse a permanência da ora Recorrente como acionista da NUTEC, vendeu a mesma 102.197 ações ordinárias (3,07% das ações ordinárias), tendo sido pago o valor de R\$ 10.244.861,03, o que corresponde a um valor de cada ação de R\$ 100,2462, apesar do valor de cada ação resgatada na mesma data ter sido de R\$ 20,5553.

Na opinião da fiscalização, este fato detona, por si só, que o motivo explicitamente declarado como determinante do resgate (dissenso na condução dos negócios), não era condizente com a realidade, aliado ao fato, ainda, de que o percentual adquirido pela MLSP (3%) ser exatamente aquele constante do Acordo de Acionistas, celebrado em 15.06.1999, entre Telefônica, Silva e MLSP, o que demonstra que tal situação já era prevista desde aquela data, sendo a aquisição apenas um passo necessário para alcançar a situação nele prevista.

Após tecer uma série de considerações acerca dos procedimentos adotados pela Recorrente e pela empresa NUTEC, concluiu a fiscalização que houve efetivamente uma compra e venda de participação societária, porquanto, quando do Acordo de Acionistas (Acordo 2 assinado entre a Telefônica e os demais sócios que permaneceram como acionistas da NUTEC), celebrado em 15 de junho de 1999, para entrar em vigência em 05 de agosto de 1999, já descrevia os fatos que viriam a ocorrer, o que na verdade ocorreram na data de 15 de junho de

1999, ou seja, a entrada da Telefônica no quadro societário da NUTEC via subscrição e a saída da Recorrente via resgate de ações e o seu reingresso no quadro societário com a nova compra de ações efetivada na data de 05 de agosto de 1999.

Em relação à ausência de Laudo de Avaliação da NUTEC, em junho de 1999, a fiscalização concluiu que, para ter subscrito 16,67% das ações da NUTEC, pagando R\$ 411.847.872,16, ou US\$ 233.077.460,20, a companhia deveria valer R\$ 2.470.593.114,34, valor este incompatível com todas as avaliações até então referidas, o que demonstra que o valor subscrito pela Telefônica (16,67%), pelo equivalente a US\$ 233.077.460,20, foi estabelecido tendo em vista a necessidade de dar aos restantes das ações representativas de 83,33% do capital da NUTEC, um valor que estivesse de acordo com o valor de compra da empresa, equivalente a US\$ 200.000.000,00 para 100% das ações.

Também concluiu a fiscalização que, apesar de possuir ações em seu Ativo (Ações da NUTEC), não possuir recursos suficientes em caixa, outras disponibilidades, direitos de curto prazo e nem operações que pudessem gerá-los, tendo em vista que somente iniciou suas atividades em 09 de julho de 1999, contraiu empréstimos junto ao Banco de Investimentos Credit Suisse First Boston Garantia S/A., nas datas de 07 e 14 de julho de 1999, nos valores de R\$ 4.000.000,00 e 2.700.000,00, respectivamente, com vencimentos para 16.08.1999, o que evidencia que já havia sido pactuada entre as partes a alienação de sua participação societária que detinha junto a NUTEC, e com os recursos liquidar os empréstimos contraídos.

Alega também a fiscalização que, apesar de não possuir condições de quitação dos empréstimos tomados, imediatamente após tê-los contraído, entregou seus respectivos valores aos sócios, na forma de lucros distribuídos (apurados via equivalência patrimonial), deixando a empresa sem disponibilidades e mantendo a obrigação de quitação dos empréstimos em 16 de agosto de 1999, o que tornaria a empresa insolvente, sem condição de honrar o compromisso assumido, caso a mesma não tivesse a certeza da ocorrência de

algum negócio a ser formalizado ulteriormente, que garantisse o numerário necessário à quitação dos empréstimos contraídos, o que foi procedido com os resgates dos CDB's recebidos por ocasião do resgate das ações.

A fiscalização questiona também a não apropriação mensal dos rendimentos das aplicações efetuadas em CDB pela NUTEC junto aos bancos Deutsche, JP Morgan e CSFB Garantia, o que demonstra que estas aplicações não mais pertenciam a NUTEC, pois se destinavam para pagamento do resgate das ações dos sócios retirantes.

Por fim, após as verificações e constatações acima, entendeu a fiscalização que ficou demonstrado o seguinte:

- 1) foi formalizada uma "reorganização societária" na empresa NUTEC, através da integralização de aumento de capital, com ágio, seguida de resgate de ações e procedimentos adicionais (compra e venda de ações);
- 2) os atos formais, levados a cabo pelas partes envolvidas na "reorganização societária" acima citada, estão eivados de vício de vontade, pois:
 - a) o valor do aporte de capital feito pela Telefónica, em 15 de junho de 1999, é incompatível com o valor do negócio efetivamente buscado pelas partes;
 - b) o motivo alegado pela MLSP para efetivação do resgate de ações é incompatível com a natureza de tal instituto, bem como com o acordado pelas partes no que diz respeito à administração da NUTEC;
 - c) o valor do resgate de ações efetuado pela MLSP é incompatível com o valor de aquisição de ações da mesma empresa na mesma data.
- 3) Tal procedimento resultou em prejuízo ao fisco.



- 4) Pelas evidências coletadas por esta fiscalização, constatou-se que a operação efetivamente ocorrida consistiu em simples alienação de participação societária;
- a) a data da alienação foi 15 de junho de 1999;
 - b) o objeto da alienação foram ações de emissão da empresa NUTEC Informática S/A.;
 - c) o valor do negócio foi de US\$ 200.000.000,00 – para 100% das ações;
 - d) o adquirente foi a Telefónica Interactiva Brasil Ltda.;
 - e) os alienantes foram os acionistas que tiveram suas ações resgatadas, entre eles, a MLSP, ora fiscalizada.

Assim, de acordo com o entendimento da fiscalização, o procedimento adotado pela autuada foi, intencionalmente, tentar demonstrar formalmente algo diferente do que efetivamente ocorreu, ou seja, teve como único objetivo prejudicar o fisco, evitando pagamento do tributo devido, e possui todas as características, definidas na lei, de sonegação, fraude e conluio, justificando, portanto, o agravamento da penalidade estabelecida pelo art. 44, inciso II, da Lei n. 9.430/96 (150%).

Em relação ao item 2 do Auto de Infração – OUTRAS RECEITAS – RECEITAS FINANCEIRAS – CDB e SWAP, a fiscalização procedeu à tributação do valor relativo ao rendimento dos CDB's registrados pela Recorrente como receita de equivalência patrimonial.

Intimada dos lançamentos, a contribuinte apresentou, em peças distintas, embora de mesmo conteúdo, impugnações aos Autos de Infração, juntadas, respectivamente, às fls. 1.218/1.301 (CSLL), 1346/1429 (Cofins), fls 1.477/1560 (PIS) e 1606/1689 (IRPJ), cujos fundamentos foram apropriadamente sintetizados na decisão recorrida.



À vista dos termos das Impugnações, a 5ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS, por unanimidade de votos (fls. 1940/1965), julgou procedente o lançamento, ficando a decisão assim ementada:

“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 a integralização de capital com ágio seja válida e produza efeitos é indispensável que a vontade manifestada nesse ato esteja em conformidade com a vontade real das partes; havendo 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.

RECEITAS FINANCEIRAS CONTABILIZADAS COMO RESULTADO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. Devem ser tributados como sendo de receitas financeiras os valores efetivamente em conta de resultado de equivalência patrimonial.

INCONSTITUCIONALIDADES. Aos órgãos da administração tributária cabe apenas aplicar a legislação tributária, inclusive a que estipula a incidência de juros conforme a taxa Selic, sendo-lhes defeso manifestar-se sobre sua inconstitucionalidade.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. A decisão dada ao tributo principal aplica-se aos demais lançamentos decorrentes das mesmas infrações.

Lançamento Procedente”.

Em suas razões de decidir, entendeu aquela Turma que consta dos autos uma prova concreta de simulação, consubstanciada no chamado “acordo 2”, que atribui efeitos ao ato de subscrição de ações por parte da Telefônica Interactiva diferentes do simples aumento de capital, como seria usual, tendo em vista que por força do referido acordo, já se encontrava contratada, ajustada, em 15 de junho de 1999, data da pretensa integralização de capital, redução de sua participação na Nutec para 3%.



A Turma julgadora se convenceu de que o aumento de capital foi simulado e de que os recursos aportados na Nutec estavam destinados a um resgate de ações, única forma de a Telefônica ter sua participação aumentada de 16,67% para 96%. Além disso, entendeu que os atos praticados pela autuada serviram apenas para formalizar a alienação, que já se encontrava contratada, ajustada em 15 de junho de 1999, conforme o mencionado contrato de fl. 206.

O órgão julgador considerou como indícios de simulação a tomada de empréstimos por parte da autuada para pagar dividendos aos sócios, bem como o tratamento contábil dado pela autuada à integralização de capital, o resgate em 05 de agosto de 1999 com base no valor patrimonial das ações em 30 de junho de 1999 e a contabilização no livro diário de fl. 413 e recibo de fl. 616 dos rendimentos dos CDB, desde a emissão em 15 de junho de 1999 até 11 de agosto de 1999, como se fossem resultado de equivalência patrimonial e adiantadamente, rendimentos que os CDB só produziram em 11 de agosto seguinte.

Portanto, conclui a decisão recorrida que à vontade de integralizar capital não foi real, que o conteúdo dos atos jurídicos praticados não foi o indicado nos instrumentos em que eles se formalizaram e, assim, houve simulação. Desconsiderou, por esse motivo, o aumento de capital simulado, o ganho de equivalência patrimonial e o acréscimo no custo da participação societária. A partir daí entendeu que houve um ganho de capital tributável e manteve integralmente o crédito tributário declarando procedentes os lançamentos de IRPJ, CSLL, Cofins e PIS.

Acerca da inconstitucionalidade da utilização da Taxa Selic como juros de créditos tributários sustentada na Impugnação, decidiu-se que sua utilização está prevista em lei e que a administração não pode deixar de aplicá-la.

Intimada da decisão de primeira instância, a Recorrente ingressou, tempestivamente, com recurso a este E. Conselho de Contribuintes (1974/2082), aduzindo como razões, em síntese, o seguinte:



Cerceamento do seu direito de defesa em face da omissão da DRJ/POA, em analisar os argumentos e a documentação apresentada na impugnação, tal qual o IPO, elemento essencial ao exame da questão, que comprova o propósito negocial de todas as transações realizadas e justificadas pelo iminente evento do lançamento mundial das ações da Terra Networks no mercado internacional.

A Recorrente ataca o lançamento de ofício, por entender que o mesmo decorreu de interpretação meramente econômica, falaciosa e equivocada, de elementos jurídicos sérios, consistentes e lastreados em fatos reais, tendo sido cuidadosamente selecionados apenas aspectos parciais e danosos ao contribuinte – quando retirados de seu contexto – pinçados arbitrariamente de todo um complexo contexto que lhes dava sentido, operacionalidade e propósito negocial lícito e concreto a todas as transações entabuladas pelo contribuinte com relação a Nutec.

Após tecer considerações acerca das conclusões firmadas no auto de infração e na decisão recorrida, a Recorrente alega, em síntese que:

- (i) A empresa Nutec foi criada e progrediu no mercado brasileiro de Internet, como expressão da chamada “nova economia”;
- (ii) Para ganhar dimensão que possibilitasse o lançamento mundial de suas ações, no primeiro semestre de 1999 foi identificado um parceiro estratégico com poder econômico para investir valores superiores a US\$ 200 milhões de dólares na Nutec e promover a abertura de capital da empresa no mercado internacional, no menor prazo possível, a fim de a todos beneficiar com o *boom* da Internet nas bolsas internacionais;
- (iii) Com a potencial entrada da Telefônica, os fundadores da Nutec podiam alimentar esperanças de participar de um lançamento mundial de ações – IPO. Assim, quanto maior fosse a participação societária que pudessem manter na Nutec, maiores poderiam ser as vantagens que obteriam quando houvesse o IPO;

- (iv) O grupo Telefônica investiu, em 15 de junho de 1999, cerca de US\$ 233 milhões de dólares na Nutec, para adquirir o controle da empresa, representado por 16,67% do capital social;
- (v) Contudo, a sócia minoritária MLSP, pelo acordo de acionistas 2, logrou resguardar apenas a não-diluição de sua participação mínima de 3% para o lançamento mundial de ações (IPO), caso o grupo RBS decidisse sair da Nutec;
- (vi) A RBS decidiu não ficar para o IPO e, discordando sobre critérios de gestão da nova controladora, saiu da Nutec em 5 de agosto de 1999 pelo resgate de ações previsto no acordo de acionistas 1;
- (vii) Impulsionada pelo resgate das ações por parte da RBS, a MLSP viu-se constrangida a também resgatar suas ações na Nutec e por força do Acordo 2 que passou então a ter vigência, manteve apenas os 3% garantidos pela cláusula de não-diluição do referido Acordo 2;
- (viii) Tendo a MLSP legalmente corrigido o custo de suas ações na Nutec pelo método de equivalência patrimonial, não houve impacto fiscal quando do resgate de suas ações, por meio de legítima fruição de lícito tratamento tributário neutro, favorável na hipótese em questão;
- (ix) Por decorrência da saída do grupo RBS, a Telefônica foi obrigada a aportar novos recursos na Nutec, repondo as importâncias perdidas com o resgate das ações. Assim, a empresa espanhola comprovadamente investiu na Nutec mais de US\$ 452 milhões de dólares entre junho de 1999 e julho de 2002;
- (x) Com o lançamento mundial de ações pela Telefônica, operado em novembro de 1999, a Nutec alcançou valores da ordem de US\$ 2,5 bilhões de dólares (ou cerca de R\$ 4,5 BILHÕES de reais);
- (xi) Todas estas circunstâncias e fatos foram solenemente IGNORADOS no auto de infração e na decisão recorrida, que apenas pinçaram vestígios isolados, desconectados da realidade global, para justificar o lançamento de ofício lastreado em “simulação”, em total desrespeito às leis fiscais, societárias e civis brasileiras – inclusive desprezando sadia e legítima economia tributária por legítima fruição de tratamento fiscal favorável



quando do resgate de ações, pela correção do custo de aquisição das participações na Nutec por meio de adequada equivalência patrimonial;

- (xii) A decisão ora recorrida não se preocupou em julgar a Impugnação da Recorrente, resumindo-se a dizer que já havia sido decidido um caso anterior de outro sócio da Nutec. No mais, apenas repetiu algumas conclusões do lançamento de ofício e tentou “criar” uma interpretação teratológica sobre contabilização de CDBs, mostrando – de forma manifesta – o desprezo e o evidente pouco caso com a análise da matéria, pois a simples leitura dos autos impedia a afoita e claramente incorreta conclusão da DRJ/POA (vide item IV, c.2.2, adiante)”.

Ainda, argumenta que a decisão recorrida não corrigiu as imprecisões cometidas pela fiscalização, no sentido de que:

- (i) não questiona a correção e validade dos documentos que formalizam as transações e não nega que o aumento do custo de aquisição das ações detidas na Nutec pela MLSP (via método da equivalência patrimonial) é lícito e conforme a legislação fiscal, societária e civil de regência da espécie (há uma breve e superficial discussão, de caráter incidental, sobre critérios de escrituração de CDBs, discussão equivocadamente requestrada pela DRJ/POA, que será analisada no item IV, c.2.2., adiante, e que em nada colabora para as conclusões do lançamento de ofício);
- (ii) não nega, portanto, a correção e licitude na utilização do método de equivalência patrimonial pela MLSP;
- (iii) não concorda (porque não deseja compreender os fatos e as circunstâncias reais ocorridas) com as intenções das partes, voltadas ao lançamento mundial de ações por decorrência do fenômeno de valorização das empresas de alta tecnologia, o que é o principal propósito comercial de todas as transações ocorridas com a MLSP e a Nutec, naquela época. Por isso, o que a autoridade fiscal considera e afirma ser um “vício de vontade” das partes, na realidade se traduz por sua limitada ótica de interpretação, que sobremaneira menospreza o *boom* da Internet




e as expressivas vantagens astronômicas que as empresas da “nova economia” obtiveram nas bolsas de valores mundiais, naquele período.

- (iv) omite, em todo o relatório, tudo o que contraria os “mitos” criados pela fiscalização e que levaria a explicações possíveis, razoáveis e até mesmo lógicas para a conduta das partes envolvidas nas transações de 1999, e que põe por terra as falsas premissas e as equivocadas conclusões do lançamento de ofício”.

Em relação aos atos praticados pelas partes na operação, entende que os mesmos estão revestidos de licitude e legitimidade, aponta a inconsistência dos indícios apontados pela fiscalização para a suposta simulação, e que ocorreu omissão da análise pela decisão recorrida dos argumentos apresentados e comprovados na impugnação, tendo em vista que:

O Acordo 2 não descreve aspectos fundamentais do que ocorrerá em 5 de agosto de 1999, posto que o Aditivo ao Acordo 2 (fls. 290/296) – CUJOS TERMOS QUE COMPROMETEM A SUPOSIÇÃO DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO SÃO OMITIDOS NO RELATÓRIO FISCAL – confirma uma moldura jurídica e negocial complexa, nascida durante as negociações entre as partes no mês de julho de 1999, ante a possibilidade real de a RBS realmente deixar a Nutec, por discordar de critérios de gestão da Telefônica.

O conteúdo e alcance do Acordo 2, quando adequadamente interpretado na perspectiva dos eventos ocorridos de junho de 1999 até o lançamento das ações por via de IPO (fls. 305 e seguintes), deixam patente a intenção dos cotistas da MLSP de seguirem para o IPO – e isso com a maior participação possível. Caso não conseguissem melhorar seu percentual de participação no IPO, que seria proporcional ao volume de ações que então detinham na Nutec, a estrutura jurídica adotada, com total transparência e legitimidade, estaria proporcionando efeito tributário neutro relativamente às ações resgatadas, como fruição de justo **negócio jurídico indireto**. A perfunctória e tendenciosa análise feita pela r. decisão recorrida em nada concorre para superar os evidentes defeitos da autuação questionada.



O “considerando” pinçado pela DRJ/POA demonstra, no máximo, má técnica redacional, mas nunca que a RBS estaria comprometida a sair da Nutec (pois ela sequer é parte do documento). A data para possível vigência do Acordo 2 era flexível e todos os demais documentos firmados e circunstâncias reais ocorridas não permitem concluir nada mais além do que estarem à minoritária (MLSP) e a nova controladora (Telefônica), resguardando legitimamente seus interesses caso a sócia majoritária (RBS) decidisse, de fato, sair da Nutec”.

Para rebater o argumento do valor da Nutec e a falta de Laudo de Avaliação, alega, em síntese, a Recorrente que usando-se critérios objetivos e conservadores, o valor da Nutec foi apurado em agosto de 2000 (com apoio em séries históricas do pregão de bolsas mundiais), em US\$ 1.400.000.000,00, ou seja, R\$ 2.477.602.501,00 (dois bilhões, quatrocentos e setenta e sete milhões, seiscentos e dois mil e quinhentos e um real), aliado ao fato ainda, que a Telefônica investiu na Nutec, cerca de US\$ 452 milhões de dólares, mais do que o dobro do que a fiscalização, sem qualquer fundamento legal, acreditava ser o máximo que a Nutec poderia valer em 15/06/99.

Continuando, alega que não houve um laudo técnico obtido em junho de 1999 pela impossibilidade de se prever, com dados confiáveis, qual seria a variação e valoração real de mercado da Nutec quando do IPO, não auxiliando a fiscalização, portanto, para inteligência da transação ocorrida entre junho e agosto de 1999, um laudo obtido em dezembro de 2000, para uma operação, circunstâncias, escopo e finalidades diversas, visando apenas e tão-somente suportar, por um limitado mecanismo de fluxo de caixa descontado, um ágio devido por uma investidora do grupo Telefônica na Terra Networks Brasil.

Questiona também o argumento da fiscalização que supostamente demonstraria a utilização financeira de valores em julho de 1999, anteriormente à entrega formal de títulos oriundos do resgate de ações, como também da escrituração dos rendimentos auferidos nas aplicações em CDB's utilizados no resgate de ações, e ainda da aquisição da MLSP próxima à data da integralização de capital pela Telefônica na Nutec.



Discorre acerca do controle de legalidade dos atos administrativos pela vinculação do lançamento à lei e ao princípio da verdade material, do conceito de simulação, dos meios de prova da simulação, do negócio jurídico indireto, transcrevendo doutrina e jurisprudência neste sentido, concluindo que os indícios trazidos à baila pela fiscalização não são suficientes para comprovar a simulação, vez que, o ato supostamente dissimulado, “compra e venda” de participação societária não era proibido; e foi obedecida a forma e os efeitos próprios dos atos praticados, tendo a ora Recorrente e as partes se submetido ao regime jurídico deles decorrentes e assumido as funções, riscos e obrigações de todas as transações em obediência à legislação societária, civil, contábil e fiscal.

Argúi a deliberada “inflação” do valor do auto de infração e da incoerente não desconsideração da personalidade jurídica da MLSP pela fiscalização, utilizando-se do uso de dois pesos e duas medidas, para num primeiro momento questionar a sua aquisição, pois que tão-somente teria sido utilizada, na visão reducionista espelhada no auto de infração, para perpetração daquilo que julgaram equivocadamente ser uma lesão ao fisco, para num segundo momento utilizá-la para inflar, de forma substancial, o valor da autuação, diante da enorme diferença de alíquotas sobre ganho de capital, a época de 15% de IR para pessoas físicas e 33% de IR e CSLL para as pessoas jurídicas.

Apresenta argumentos acerca da correção do resgate devido a um “direito de solicitação da ora Recorrente” e da compatibilidade do valor de resgate com o valor pago pelas ações na data de 05/08/99.

Alega a improcedência da exigência do PIS e da COFINS sobre a receita de equivalência patrimonial relativa às receitas financeiras da Nutec, como também, a sua exigência sobre alienação de investimento do ativo permanente.

Insurge-se em relação à exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC por inconstitucional e da MULTA AGRAVADA, por



entender que não ficou comprovada a fraude e muito menos o “evidente intuito de fraude”.

Ao final de seu recurso conclui que:

1. Apesar da magnitude e novidade da Internet e das empresas de alta tecnologia inseridas no inédito contexto da “nova economia”, tanto a fiscalização como a DRJ/POA descrevem, de forma distorcida e parcial, os fatos, as circunstâncias e a estrutura documental das transações, omitindo o propósito comercial e econômico das operações realizadas pela ora Recorrente, com a legítima intenção de participar do lançamento mundial de ações (IPO);
2. Toda a estrutura documental das transações, nos aspectos formais, escriturais e substanciais foi válida, legítima e escorreita, do ponto de vista contábil, fiscal societário e civil. Questiona-se apenas a “intenção” das partes, de modo claramente equivocado;
3. A r. decisão recorrida deixou de analisar documentos essenciais à compreensão das operações realizadas de junho a agosto de 1999, incorrendo em ofensa ao princípio da verdade material e cerceamento ao direito de defesa da Recorrente;
4. As transações ocorridas no período de junho a agosto de 1999, que culminariam com o posterior lançamento mundial de ações (IPO), correspondem a uma série de negócios jurídicos absolutamente lícitos e legítimos para os fins perseguidos, quais sejam:
 - (i) o aumento de capital da Nutec mediante emissão de novas ações, subscritas pela Telefônica, com pagamento de ágio (art.170 da Lei das S/A) e a capitalização do respectivo ágio (art.169 da Lei das S/A);
 - (ii) obrigatória avaliação da participação societária da Recorrente (MLSP) na Nutec pelo método de equivalência patrimonial com o conseqüente aumento do custo contábil de aquisição das ações da Recorrente (art. 248 da Lei da S/A); e

- (iii) resgate das ações da Recorrente na Nutec (arts. 44, §1º, da Lei das S/A) pelo mesmo valor do custo de aquisição já corrigido pelo método de equivalência patrimonial com legítimo resultado fiscal neutro;
5. Entretanto, como a fiscalização não aceita a neutralidade tributária resultante das transações supra realizadas – sem qualquer índole fraudulenta – e em absoluta conformidade à legislação societária, contábil e tributária de regência, simplesmente desconsidera todas as transações suprajulgando os fatos ocorridos e a sua fundamentação jurídica irrelevantes – sob a pecha de simulação;
6. No entanto, o máximo que se poderia construir dos fatos e das transações, é que se trataria de **negócio jurídico indireto**, pelo qual o efeito atípico – lícita economia tributária – decorreria da natural fruição da estrutura jurídica adotada;
7. Como exaustivamente demonstrado, os cinco indícios apontados pela fiscalização apenas demonstram a inconsistência e fragilidade de seus argumentos, que isolam os fatos e circunstâncias de seu real contexto econômico e propósito comercial, a fim de erroneamente concluir pela ocorrência de negócio simulado:
- (i) O acordo 2, firmado em 15/06/99, **prontamente fornecido aos fiscais** pela MLSP e **facilmente acessível na Internet** desde muito antes do início da fiscalização (em *sites* pesquisados detidamente pelos srs. Agente, fato este omitido no relatório fiscal) não constitui qualquer indício de simulação, pois:
- (a) O acordo 2 era um documento precário que não descreveu “toda” a situação que ocorreria em 05/08/99, uma vez que diversos aspectos fundamentais foram negociados durante o mês de julho de 1999 – quando a RBS sinalizou que poderia sair da Nutec – conforme demonstra o Aditivo ao Acordo de Acionistas 2 (fls. 216/200), firmado na data de resgate de ações pela RBS;



- (b) O Acordo 2 tinha sua vigência estabelecida para o futuro e em data flexível (5 de agosto ou qualquer outra data que viesse a ser acordada pelas partes);
 - (c) O Acordo 2 não poderia obrigar a RBS a resgatar as suas ações. Assim, o máximo que o documento demonstra é que a controladora (Telefônica) e os sócios minoritários (MLSP) procuraram proteger os seus legítimos interesses, no caso de a sócia majoritária RBS resgatar suas ações, conforme possível pelo Acordo 1;
 - (d) A MLSP procurou uma garantia mínima no IPO e a Telefônica a continuidade dos fundadores da Nutec na empresa, caso a RBS resolvesse sair da Nutec, com base no resgate de ações previsto no Acordo 1; e
 - (e) O “considerando” citado pela DRJ/POA está claramente redigido de forma imprecisa e deve ser interpretado à luz de todos os demais documentos e circunstâncias fáticas que demonstram que a vigência do Acordo 2 estava sujeita a condição suspensiva (art.118 do CC de 1916) e a data de vigência futura e flexível;
- (ii) É insustentável a alegação de simulação sob o fundamento da fiscalização no sentido de que o valor total da Nutec seria de, no máximo, US\$ 200 milhões de dólares, diante da inegável realidade dos valores atribuídos à empresa pelo próprio mercado mundial de ações:
- (a) de **US\$ 1,4 bilhão de dólares**, segundo critérios objetivos mais conservadores, baseados na efetiva alienação das ações da Terra Networks espanhola por decorrência da conversão das ações da Nutec com o IPO;
 - (b) de **US\$ 2,5 bilhões de dólares**, segundo a participação da Nutec na composição global de faturamento, por assinantes, no grupo Terra Networks, com base no IPO;



- (c) de **US\$ 42 bilhões de dólares**, segundo a participação da Nutec na composição global de faturamento, por receitas de marketing, no grupo Terra Networks, com base no IPO;
- (d) controladora Telefônica investiu, comprovadamente, na Nutec, **mais de US\$ 452 milhões de dólares**, mais que o dobro, portanto, do que a fiscalização supôs poderia a empresa valer em junho de 1999;
- (e) A inexistência de laudo de avaliação para o aumento de capital pela Telefônica se deveu ao fato de ser impossível, impraticável e legalmente inexigível elaborar-se um laudo de avaliação a valor de mercado para uma empresa de Internet, na “nova economia”, que promoverá um lançamento mundial de ações (IPO) em uma época de elevadíssima valorização de empreendimentos do gênero. Apenas o mercado investidor poderia dizer o quanto valeria uma empresa em tais circunstâncias, com o efetivo lançamento das ações no pregão;
- (f) No caso, em se tratando de empresa da “nova economia”, é importante destacar que o *boom* da Internet, em dezembro de 2000, já havia arrefecido, tornando um laudo neste período desconectado das expectativas reais e comprovadas em junho de 1999. Assim, o laudo para suportar o ágio na Nutec, elaborado mais de 18 meses após o evento de subscrição de capital na Nutec pela Telefônica, foi elaborado pelo método do fluxo de caixa descontado e não tinha maiores pretensões do que suportar, fiscalmente, o referido ágio, segundo os parâmetros aceitos pela legislação de regência. Nem de longe pretende avaliar o valor de uma empresa pertencente a um grupo multinacional que promoveria uma abertura mundial de capital (IPO), cujo valor transacionado em bolsas seria único possível para correta avaliação.



(iii) Nada houve de ilegal ou extraordinário no fluxo financeiro da operação, representado por dois empréstimos de valor muito inferior a 1/3 do total que se resgatará em 05/08/99, tomados em julho pela MLSP e distribuídos a seus sócios. Os sócios da MLSP suportariam, com facilidade, mesmo sem o resgate, os valores emprestados (ademais, a MLSP também tomou recursos financeiros bancários em 06/08/99, ou seja, mesmo após o resgate operado em 05/08/99).

- (a) Como os juros decorrentes da aplicação financeira em CDB são frutos civis, que são auferidos dia por dia, tais juros pertenciam ao proprietário do principal, até a data da cessão deste (resgate das ações em 05/08/99). Vale dizer, não pertenciam a MLSP até 05/08/99. Assim, se até esta data a MLSP não era proprietária nem do principal e muito menos dos juros, não poderia reconhecer tais receitas financeiras como suas.
- (b) A decisão da DRJ/POA é notoriamente errada, uma vez que o swap dos CDBs para CDI's tornava-os aplicação pós-fixada de renda variável, era impossível, em 30/06/1999, saber os valores dos rendimentos finais, razão pela qual os juros só foram conhecidos e escriturados pela MLSP após 05/08/99.
- (c) No mesmo sentido, é absurda é hipótese da DRJ/POA de serem os respectivos CDBs parte do preço de alienação antecipado para a Recorrente em virtude da contabilização de juros futuros, pois estes somente são existentes à medida do tempo (art. 512 do Código Civil de 1916). A contabilização de juros relativos a período futuro – cujo valor é desconhecido – consiste em registro de algo inexistente no mundo dos fatos. E se tais juros inexistiam, logo seu registro consiste em contabilização do nada. Ora, é cediço que a ilação de uma simulação a partir do nada não passa de mera ficção de



simulação, o que é inadmissível! O mero registro contábil é impotente para dar existência ao inexistente.

- (iv) A aquisição da pessoa jurídica MLSP foi legítima e expressou o desejo de Marcelo Lacerda e Sérgio Pretto de continuarem ligados societariamente, como já faziam desde 1987, apresentando-se com características institucionais ao mercado, e não como indivíduos, e também para fins dos prospectos do IPO. Ademais, nada haveria de irregular ou ilegítimo, ainda que tivessem isto por objetivo acessório, em cumprir a lei, reconhecendo receitas não tributáveis de **equivalência patrimonial da Nutec**, pela variação no seu patrimônio líquido decorrente da subscrição de capital pela Telefônica;
- (v) Não houve qualquer "declaração" da Terra Networks convalidando, nem na mais remota acepção do termo, as conclusões do relatório ao auto de infração. A parte que os Srs. Fiscais OMITEM do prospecto do IPO (fls. 339/340), transcrito apenas parcialmente na pág. 51 do relatório do auto de infração, esclarece que todas as operações que culminaram com a Telefônica detendo 96% da Nutec se deram por uma série de transações societárias entre junho e agosto de 1999. A folha de propaganda institucional no *site* TERRA, com uma mensagem telegráfica, sem qualquer ambição ou pretensão legal, histórica ou documental, de duas breves linhas sobre o Brasil, somadas a inúmeras outras informações de outros países, em nada acresce à fiscalização ou às suas mal lançadas conclusões, absolutamente despidas de qualquer seriedade jurídica;

8. Diante da inconsistência dos indícios acima tratados e à luz das normas que regem os negócios em tela, conclui-se que não houve simulação, tendo em vista que:

- (i) A incidência tributária e o lançamento regem-se pelos princípios da estrita legalidade (art. 150, I, da CF/88 e art. 3º, e 142 do CTN) e da verdade material;

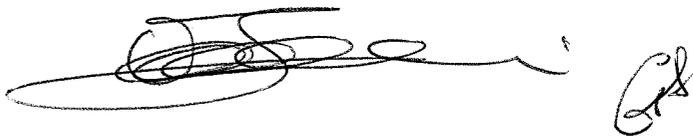
- (ii) A simulação deve decorrer de ato praticado pelo contribuinte, em violação à lei ou com o intuito de prejudicar terceiros (art. 103 do CC de 1916) efetuada **por meio ilícito**, mediante um ato ou negócio que lhe seria proibido por lei (negócio dissimulado);
- (iii) A lícita escolha de estrutura tributariamente menos onerosa não viola, nem prejudica, qualquer interesse juridicamente tutelado pelo Fisco;
- (iv) A simulação não se presume, mas deve ser provada com **certeza e precisão**, pois a **regra é a validade** dos atos praticados pelo contribuinte, sendo sua desconsideração uma exceção;
- (v) Entra duas casas – uma verdadeira e outra supostamente simulada – ambas igualmente possíveis, o direito e a justiça impõem que prevaleça a primeira e seja reconhecida a validade do negócio;
- (vi) **Negócio jurídico indireto** não se confunde com simulação, mas representa lícita estruturação jurídica de um negócio que pode resultar em economia fiscal válida e justa;
- (vii) Nenhum documento que fundamenta as operações é falso ou foi forjado;
- (viii) As acusações não são comprovadas, mas apenas intuídas arbitrariamente com base em meros indícios;
- (ix) Na jurisprudência administrativa, simulação só se caracteriza quando o ato supostamente dissimulado for legalmente vedado e quando o ato praticado for diverso do ato documentalmente manifestado;
- (x) No caso da Recorrente, o ato supostamente dissimulado (“alienação de ações”) não possui vedação alguma e ela submeteu-se integralmente a forma e aos efeitos de fato e de direito decorrentes de toda estrutura documental das transações;
- (xi) Segundo jurisprudência administrativa, as transações praticadas – subscrição de novas ações com ágio na investida, acréscimo do custo de aquisição das ações na investidora e resgate das mesmas ações – são legítimas como negócio jurídico indireto e não podem ser desconsideradas pelo Fisco;

- (xii) Não há prejuízo ao fisco, pois nenhum tributo foi devido nas transações questionadas;
 - (xiii) Não constitui motivo sério para simulação um “crédito tributário de alto valor”, pois: (a) segundo a pacífica jurisprudência administrativa, é lícito ao contribuinte escolher a alternativa tributária menos onerosa; e (b) motivo sério, segundo bem interpretado pela jurisprudência, seria a ocultação de negócio legalmente verdade, que não seria o caso de uma hipotética alienação de ações;
9. Quanto ao resgate de ações, a cláusula do Acordo 1 pertinente: (a) dispõe sobre “um direito de solicitar”, e não um direito de resgatar; e (b) não teria eficácia para implementar o resgate, pois o direito de solicitá-lo e o dever dos demais de votarem favoravelmente, por si sós, não dispensariam a deliberação expressa da companhia, aprovando a pretensão. À falta desta deliberação expressa, restaria ao acionista minoritário apenas a via judicial para pleitear execução específica ou indenização por perdas e danos;
10. Os srs. Fiscais procuram demonstrar o óbvio, que o valor de aquisição e de resgate das ações, na data de 05/08/99, eram equivalentes. Isto se dá porque o Acordo 2, ao estabelecer, para a MLSP, a garantia mínima de 3% de participação na Nutec, conversível em ações da empresa que promoveu o IPO, estabeleceu, para tal finalidade, o valor de referência de US\$ 200 milhões de dólares, correspondendo a US\$ 6 milhões a participação de 3% dos cotistas da MLSP;
11. Tendo em vista que, nos termos do art. 3º, §2º, II, da Lei 9.718/98, para fins de PIS e COFINS, exclui-se da receita bruta o resultado positivo de equivalência patrimonial, é absolutamente indevida a pretensão fiscal de sujeitar este resultado a tais contribuições sociais;
12. Ainda que as receitas da Nutec reconhecidas pela MLSP via equivalência patrimonial fossem, por absurdo, consideradas parte de pagamento de uma suposta “venda” de Ativo Permanente (Investimento) da MLSP, tais receitas seriam isentas de PIS e COFINS, nos termos do art. 3º, §2º, IV, da Lei 9.718/98;

13. A utilização da taxa SELIC como sucedâneo ora dos juros moratórios, ora dos juros remuneratórios, para correção dos débitos tributários é ilegal e inconstitucional, como já decidido e pacificado na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça;
14. A não desconsideração da personalidade jurídica da Recorrente demonstra que não houve simulação e que a fiscalização partiu de premissas falsas;
15. Demonstrada a inexistência de simulação, não houve fraude, nem tampouco "evidente intuito de fraude" a justificar a aplicação de multa agravada à Recorrente;
16. A r. decisão da DRJ/POA, modifica uma série de critérios jurídicos que fundamentam o lançamento de ofício, em violação ao art. 146 do CTN".

Requer ao final, seja dado integral provimento ao presente recurso, a fim de ser reformada a r. decisão recorrida, com o cancelamento dos lançamentos.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

VOTO

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

A questão ora examinada, diz respeito à lavratura de auto de infração em decorrência da apuração de suposta operação de compra e venda de participações societárias na Nutec Informática S/A, ocorrida entre as empresas MLSP – Comércio e Participações Ltda., ora Recorrente (suposta vendedora), e Telefônica Interactiva do Brasil Ltda. (suposta compradora).

Conforme relatado, em 15 de junho de 1999, a Telefônica integralizou aumento de capital com ágio na empresa Nutec, gerando o efeito de aumentar o valor do investimento registrado na MLSP, em razão da aplicação da regra de equivalência patrimonial.

Posteriormente a isso, foi realizado resgate de capital, recebendo a ora Recorrente o valor equivalente à sua participação sem tributação, dado que foi recebido valor correspondente ao registrado em sua contabilidade. A autoridade fiscal descaracterizou a operação de resgate de capital e procedeu ao lançamento do respectivo valor da equivalência patrimonial por ela apurado, como resultado não operacional, tributando-o como ganho de capital.

Trata-se, portanto, a hipótese de desconsideração de operação apresentada e registrada contabilmente pela Recorrente como resgate de capital em sociedade investida, revestida das respectivas formalidades de equivalência patrimonial, que foi caracterizada e reenquadrada pela autoridade fiscal como compra e venda de ações, na suposição de ter sido essa a operação efetivamente realizada.



Com base nos elementos que levaram a autoridade a desconsiderar o negócio jurídico realizado e exigir o tributo com base no ganho de capital, tributou-se também, em decorrência, as receitas oriundas de aplicações financeiras em CDB e SWAP -, com o conseqüente agravamento da multa de ofício por ter o procedimento da Recorrente haver sido capitulado como crime de sonegação fiscal, fraude e conluio.

Inicialmente, cumpre salientar que esta E. Câmara, na sessão de 09 de setembro de 2003 – Acórdão n. 101-94.340 -, já se pronunciou acerca de operação similar envolvendo as empresas RBS Administração e Cobranças Ltda. e a Telefônica Interactiva do Brasil Ltda.

Por ter sido designado Relator daquele processo, na ocasião, ao proferir meu voto dando provimento ao recurso voluntário, o qual foi acompanhado pela maioria dos Conselheiros que compunha esta E. Câmara até então, concluí que a fiscalização não conseguiu enquadrar o procedimento da então Recorrente com infringência a qualquer dispositivo legal, ou seja, não ficou demonstrado naqueles autos a prática de um negócio simulado praticado entre as partes – que deveria ser tributável -, ao qual teriam se sujeitado, em lugar de estarem subordinadas ao negócio declarado por elas, ou melhor, não se demonstrou que os atos praticados não foram realizados, não eram válidos e que ocorreu negócio jurídico oculto, o que, a meu ver, é imprescindível para se concluir pela existência de simulação.

Entretanto, não é o que ocorre nos presentes autos, eis que naquele processo houve de fato o resgate das ações pela RBS com sua saída definitiva do quadro societário da NUTEC, ao passo que aqui, restou provada e caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial à simulação, qual seja, a saída da ora Recorrente do quadro societário da NUTEC, com a finalidade exclusiva de realização de lucros, para em seguida retornar novamente ao quadro societário da referida empresa.



Ou seja, da análise dos autos e das provas carreadas aos autos, verifica-se que os fatos revelados nos documentos negociais se oculta outro propósito comercial, que era tão somente realizar e transferir aos sócios quotistas da ora Recorrente o lucro advindo da operação, sem o conseqüente pagamento de tributo ali incidente.

Soma-se a isto, o fato da empresa ora Recorrente, anteriormente denominada L. C. Dutra, ter sido adquirida pelos antigos acionistas da Nutec, Srs. Marcelo Lacerda e Sérgio Pretto, e integralizado seu capital social com as ações que possuíam até então na empresa Nutec, uma semana antes da entrada da Telefônica Interactiva do Brasil nesta empresa, o que comprova que o único objetivo da aquisição da referida empresa foi tão somente para neutralizar, via equivalência patrimonial, o futuro ganho de capital que adviria em caso de resgate ou alienação das ações que os mesmos possuíam na Nutec, o que por sinal veio a ocorrer após o ingresso da Telefônica no capital da empresa Nutec.

É fato que é perfeitamente admissível ao contribuinte utilizar-se de todos os meios lícitos para economizar tributos e, por decorrência, deve-se considerar como legítimo e válido o planejamento tributário.

Entretanto, o que deve ser observado é se a estrutura adotada foi legítima e se o seu regime jurídico foi observado. Ou seja, impende confirmar a circunstância concreta se o negócio jurídico realizado pelas partes é autorizado pelo direito privado e se revelam às verdadeiras intenções das partes, pois, se assim não for, é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização no ordenamento jurídico por meio de estratagemas, formalizados através de negócios simulados, com o objetivo de causar prejuízos ao Erário Público.

E foi exatamente o que ocorreu com os negócios jurídicos praticados entre as partes, pois, a forma jurídica revelada, apesar de perfeita e válida sob o aspecto do Direito Civil e Comercial, não condiz com a realidade econômica do fato gerador efetivamente ocorrido, havendo uma discrepância entre elas, o que



demonstra o intuito da contribuinte de tão somente evitar a incidência da tributação por ocasião do resgate das ações.

Inquestionável, portanto, que a utilização por parte da contribuinte de atos e negócios jurídicos visaram tão somente à economia de tributos, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, consistente numa discordância entre a vontade real e a vontade declarada, pressupostos da simulação, prevista nos artigos 102 a 105 do Código Civil brasileiro vigente à época do fato gerador da obrigação tributária, cujas disposições, hoje consta do art. 167 do Novo Código Civil, aprovado pela Lei n. 10.406/2002.

Diante de tal situação, outra opção não restaria a fiscalização senão descaracterizar todos os atos e negócios jurídicos praticados entre as partes e exigir o tributo devido com base no negócio efetivamente realizado, porquanto, a vista de todas as provas constantes dos autos, a conclusão a que se chega é que toda a operação foi realizada tão somente com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária.

Contudo, apesar das provas carreadas aos autos levarem a uma só direção, ou seja, a simulação, contaminando, em conseqüência, todos os atos jurídicos praticados pela ora Recorrente, entendo, com a devida *venia*, que o lançamento peca em eleger como sujeito passivo da obrigação tributária a ora Recorrente.

Isto porque, não há como separar apenas uma parte do conjunto de atos e negócios jurídicos praticados de forma dolosa pela Recorrente visando a exonerar-se da incidência tributária como se fossem válidos e legítimos, se estes atos e negócios jurídicos eram necessários e estavam intrinsecamente ligados para atingir o fim almejado pela contribuinte, ou seja: ou toda a operação é ilegítima e irreal, e por conseguinte todos os conjuntos de atos e negócios foram simulados; ou toda a operação é legítima e real, e neste caso não há o que se falar em simulação e em decorrência não há base para a exigência do crédito tributário.

Todavia, embora a fiscalização tenha reconhecido que a empresa MLSP – Comércio e Participações Ltda., anteriormente denominada L. C. Dutra, tenha sido adquirida uma semana antes da entrada da Telefônica na Nutec pelos sócios Marcelo Lacerda e Sérgio Pretto, com a exclusiva finalidade de aportar as ações que os mesmos possuíam naquela empresa (Nutec Informática), e com isso, via equivalência patrimonial, livrar-se do ganho de capital que teriam como pessoa física após o aporte de capital efetuado pela Telefônica, reconheceu como legítima e real aqueles atos e negócios jurídicos, porquanto só desconsiderou para efeito de simulação apenas a parte final da operação, qual seja, a parte relativa ao pretense resgate de ações efetuadas pela Recorrente após o ingresso da Telefônica Interactiva do Brasil na Nutec.

Ocorre que, pelos elementos constantes do processo não há como desassociar todo o conjunto de atos e negócios jurídicos desencadeado pela Recorrente no período que antecedeu a operação do pretense resgate efetuado na data de 05 de agosto de 1999, como o ato/negócio que desencadeou o fato gerador da obrigação tributária, tendo em vista que todo o conjunto estava viciado, pois armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, que era tão somente produzir efeito diverso daquele ostensivamente indicado no resgate das ações, e desta forma deveria ter sido tratado pela fiscalização, ou seja, além de desconsiderar o negócio que gerou o fato gerador da obrigação tributária, deveria também ter desconsiderado todos aqueles atos e negócios que lhe antecederam, tributando, dessa forma, o ganho de capital auferido diretamente nas pessoas dos sócios – Marcelo Lacerda e Sérgio Pretto -, reais beneficiários econômicos dos rendimentos auferidos na operação realizada, e por conseguinte sujeitos passivos da obrigação tributária, *ex vi* do art. 121 c/c o art. 43 do Código Tributário Nacional.

De fato, a lei confere a obrigação de pagar o tributo à pessoa que tenha estado em relação econômica com a situação que constitua o fato gerador respectivo, ou seja, a pessoa que dela auferiu uma vantagem econômica sobre o qual recai o dever de realizar e cumprir a prestação pecuniária.

Desse modo, para que haja o dever de pagar tributo é imprescindível que sejam corretamente identificado os sujeitos dessa relação jurídica: sujeito ativo e sujeito passivo. Sem que se conheça com exatidão quem tem o direito de exigir e o dever de pagar a exação não pode haver qualquer imposição ou exigência tributária.

Tratando-se de tributo da competência da União, dúvidas não existem acerca da pessoa que ocupa o pólo passivo da relação jurídico-tributária, tendo em vista que o CTN, no seu artigo 121, expressamente coloca como sujeito passivo da obrigação tributária, a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, identificando como elementos necessários para caracterizar o sujeito passivo: i) na qualidade de contribuinte a pessoa que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e ii) na qualidade de responsável tributário, aquele cuja obrigação decorra de lei.

Assim, para que uma pessoa seja colocada no pólo passivo da relação tributária como contribuinte, é imprescindível que preencha as condições previstas na lei como aquele sujeito que realiza a materialidade do fato gerador, isto é, aquela pessoa que pratica no mundo concreto o fato previsto em abstrato na hipótese de incidência, bem assim que seja a pessoa que auferir os benefícios econômicos do respectivo fato gerador e pode deles usufruir, estando, portanto, diretamente obrigado a pagar o tributo.

Ainda, em atendimento ao princípio da legalidade, o sujeito passivo de cada relação jurídico-tributária é aquele eleito pela lei que esteja diretamente vinculado ao fato que gerou o crédito tributário. Conseqüentemente, somente poderá ser sujeito passivo da obrigação tributária aquele que realize a materialidade do respectivo fato gerador e auferir os seus benefícios econômicos. Para tanto, mister se faz identificar com exatidão e comprovar quem é esse sujeito passivo, sob pena de não existir qualquer vínculo jurídico que dê suporte à exigência tributária.

Da análise dos documentos carreados ao processo, constata-se que os verdadeiros beneficiários da renda auferida em decorrência das operações realizadas foram os sócios da Recorrente, que se beneficiaram economicamente do

ganho auferido sobre as ações que possuíam junto à empresa Nutec, ficando claro que a Recorrente foi usada tão somente como uma embalagem, um veículo para alcançar a economia de impostos incidentes na operação, sem qualquer vínculo com a realidade fática.

Portanto, entendo que todos os atos e negócios jurídicos praticados pela Recorrente, ou seja, desde a aquisição da empresa L.C. Dutra, foram realizados de forma dolosa, pois visaram tão somente a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado, e sendo assim, todos aqueles atos deveriam ter sido descaracterizado pela fiscalização, porque comprovados tratar-se de atos simulados.

Em conseqüência, restava ao Fisco exigir o tributo devido na operação nas pessoas dos reais beneficiários dos rendimentos, quais sejam: dos Srs. Marcelo Lacerda e Sergio Preto, e não na pessoa da Recorrente.

Não o fazendo, resta caracterizado o erro de identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, porquanto não devidamente identificado, conforme dispõe o art. 142 do CTN e o art. 10 do Decreto n. 70.235/72.

Por todo o exposto, voto no sentido de CANCELAR o lançamento por evidente erro de identificação do sujeito passivo.

Da mesma forma em relação aos lançamentos reflexos, ante a relação de causa e efeito que os une ao lançamento principal.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 15 de junho de 2005


VALMIR SANDRI

