



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 11080.008088/2001-71
Recurso nº. : 133140
Matéria: : IRPJ e OUTROS
Recorrente : RBS ADMINISTRAÇÃO E COBRANÇAS LTDA.
Recorrida : 5ª. TURMA DA DRJ/PORTO ALEGRE-RS
Sessão de : 09 de setembro de 2003
Acórdão nº. : 101-94.340

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO - Não basta a simples suspeita de fraude, conluio ou simulação para que o negócio jurídico realizado seja desconsiderado pela autoridade administrativa, *mister* se faz provar que o ato negocial praticado deu-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN).

SIMULAÇÃO – Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador, efetivamente, realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO – Configura-se negócio jurídico indireto, quando um contribuinte se utiliza de um determinado negócio, típico ou atípico, para obtenção de uma finalidade diversa daquela que constitui a sua própria causa, em que as partes querem efetivamente o negócio e os efeitos típicos dele realizado e submete-se a sua disciplina jurídica.

Recurso provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RBS ADMINISTRAÇÃO E COBRANÇAS LTDA..

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Cortez e Edison Pereira Rodrigues.

Processo nº. : 11080.008088/2001-71
Acórdão nº. : 101-94.340

2


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


VALMIR SANDRI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 OUT 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, RAUL PIMENTEL, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

Recurso n.: 133140
Recorrente: RBS ADMINISTRAÇÃO E COBRANÇAS LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente recurso do inconformismo da empresa RBS ADMINISTRAÇÃO E COBRANÇAS LTDA. – CNPJ n. 94.995.693/0001-43, de decisão da 5ª. Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS, que julgou procedente os autos de infrações de fls. 05/93, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social Sobre o Lucro, relativo ao ano-calendário de 1999 – Exercício 2000.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal, os lançamentos foram efetuados, por terem sido apuradas as seguintes irregularidades em relação ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

001 – GANHOS E PERDAS DE CAPITAL ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Registro indevido do resultado da alienação de investimento, avaliado pelo Patrimônio Líquido, como receita não tributável, conforme relatório de ação fiscal que é parte integrante deste auto de infração (fls. 07 e 11).

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/12/1999	R\$ 286.042.247,71	150,00

002 – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Registro indevido do resultado da alienação de investimento, avaliado pelo Patrimônio Líquido, como receita não tributável, conforme relatório de ação fiscal que é parte integrante deste auto de infração.



Fato Gerador	Vlr. Tributável ou Contribuição	Multa (%)
31/12/1999	R\$ 286.042.247,71	150,00

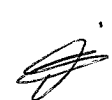
No extenso e bem elaborado Relatório de Ação Fiscal de fls.19/96, as autoridades lançadoras, demonstraram, passo a passo, os procedimentos adotados pela Recorrente, o que será aqui relatado em breve síntese:

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

Com este objetivo, a empresa RBS Administração e Cobranças Ltda., contratou 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 MLSP – Comércio e Participações Ltda. e o Sr. Afonso Antunes Motta.

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.

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, o qual 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.

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, a Recorrente e sua ligada RBS Participações S.A., em 15 de junho de 1999, tomaram empréstimos no valor de R\$ 153.700.000,00, com vencimento para 16.08.1999, sendo que R\$ 148.700.000,00, foram garantidos por direitos sobre CDB's de propriedade da NUTEC, o que demonstra que a Recorrente teve disponibilidade financeira para mais da metade do valor das ações resgatadas em 15 de junho de 1999, mesmo sem ter, formalmente, se desfeito das suas ações ou obtida a propriedade dos respectivos CDB's.



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 outro lado, assevera a fiscalização que a não apropriação dos rendimentos de aplicações financeiras obtidos junto aos bancos Bilbao Vizcaya e Banco do Brasil S.A., no mês de junho de 1999, destinou-se a não influenciar o valor patrimonial das ações que foram resgatadas dos sócios retirantes, o que demonstra que já em junho de 1999, era sabido que os valores aplicados nestes bancos permaneceriam como de propriedade da NUTEC.

Em relação à criação de classes de ações ordinárias da empresa NUTEC, concluiu a fiscalização que a mesma permitiu o posterior resgate destas ações sem a necessidade de realização de sorteio, tendo todos os acionistas se comprometido a votar a favor do resgate de ações a qualquer momento.

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

- a) a operação de troca de controle acionário da NUTEC informática S/A., foi venda efetiva das ações desta empresa, que eram de propriedade da RBS Administração e Cobranças Ltda., para a empresa Telefônica Interactiva Brasil Ltda.. A data desta venda foi 15 de junho de 1999.
- b) na tentativa de dar aos fatos uma aparência jurídica diferente do realmente ocorrido, as partes revestiram a operação com toda a documentação aplicável à subscrição de ações com ágio, seguido pelo resgate de ações pelo seu valor patrimonial.
- c) a alienante das ações, RBS administração e Cobranças Ltda., que deveria ter apurado um ganho de capital tributável para efeitos de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro, contabilmente



apurou um resultado positivo de equivalência patrimonial, não tributável.

- d) tal procedimento causou evidente prejuízo ao fisco, uma vez que, através de ações positivas do contribuinte, procurou-se encobrir a ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias.

Desta forma, concluiu-se que a operação que envolveu a troca do controle acionário da empresa NUTEC Informática S/A., foi uma operação de compra e venda, resultando em ganho de capital aos acionistas anteriores.

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%).

Intimada do auto de infração, impugnou o feito às fls. 1382/1438, alegando, em síntese, o seguinte:

que em 1999, a Impugnante era acionista da empresa NUTEC Informática S/A., juntamente com outros sócios minoritários. No mês de junho de 1999 foi aprovado, pela totalidade dos sócios da NUTEC, aumento de capital que foi subscrito pela empresa Telefônica Interactiva do Brasil Ltda. (TIB) que, assim, passou a ser acionista controladora da NUTEC. O aumento do capital e sua subscrição pela TIB foram fruto de uma decisão que visava manter a NUTEC e a marca do provedor de internet de sua propriedade – o “ZAZ” – competitivas em um mercado em franca expansão.

que, posteriormente, a Impugnante pleiteou, conforme lhe facultava acordo de acionistas que firmou com a TIB, que fosse promovido o resgate de suas ações na NUTEC, na forma da lei, o que ocorreu, levando-a a sair da sociedade. Sendo assim, não houve ganho de capital, pois o valor do investimento da Impugnante



na NUTEC era relevante e tinha que ser calculado pelo método da equivalência patrimonial, tendo sido feito o resgate de acordo com o patrimônio líquido da NUTEC.

que inobstante a fiscalização entender que a operação formalizada de sorte a atingir os efeitos econômicos próprios de uma compra e venda, o que fez a partir de supostos indícios, o fato é que a operação realizada foi legítima e adequada, tendo em vista os interesses das partes envolvidas no negócio do portal de internet "ZAZ".

que a operação praticada é válida em face do direito privado e não é possível falar em compra e venda, porque ocorreu a aprovação de aumento de capital, por meio de Assembléia Geral (art. 166, da Lei 6.404/76), sendo tal aumento subscrito e integralizado por uma outra empresa (art. 170, da citada Lei), o qual refletiu-se corretamente no patrimônio líquido.

que o acordo de acionista assinado por todos os acionistas em 15.06.99 também é legítimo, já que essa figura jurídica encontra-se explicitamente prevista no art. 118 da legislação societária, e por fim, que o resgate de capital, ocorrido no caso em questão em 05.08.99, é regido pela mesma Lei das S/A..

que a operação é válida em face da legislação do imposto sobre a renda, citando dispositivo da Lei das S/A., que prescreve o método de avaliação de investimentos qualificados como relevantes em sociedades coligadas ou controladas, instrução da Comissão de Valores Mobiliários e da legislação do imposto de renda.

que a tributação com base em meros indícios não é possível, pois, para que os indícios sejam válidos como meio de provas, devem guardar uma ligação com o fato que se deseja provar, de modo que o indiquem, e serem capazes de gerar presunções dotadas de gravidade, precisão e coerência, o que não ficou demonstrado pela Administração Fiscal.

que, mesmo que a operação fosse considerada um negócio indireto, a pretensão fiscal não tem como se sustentar, tendo em vista que a realização de



negócio jurídico indireto, desde que se trate de operação lícita, encontra-se dentro do campo da legítima elisão fiscal, que assegura ao contribuinte o direito de dispor de seus negócios da forma menos onerosa, dentro dos limites da lei.

Alega a inaplicabilidade da multa de ofício qualificada de 150%, porquanto, não ficou demonstrado nos presentes autos pelas autoridades lançadoras, o “*evidente intuito de fraude*” que justifique a exasperação da multa.

Insurge-se também, da impossibilidade da aplicação dos juros SELIC, por agredir o ordenamento jurídico de diversas formas.

Às fls. 1763/1863, a Recorrente traz novas razões a sua impugnação e consulta formulada ao eminente jurista Modesto Carvalhosa, a respeito de questões societárias relacionadas com aumento de capital seguido de resgate de ações na NUTEC Informática S/A., o qual entendeu que a operação objeto dos autos de infrações, foi todo realizado dentro do bom direito.

À vista de sua impugnação, a 5ª. Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento (fls. 1982/2002).

Após fazer uma abordagem acerca dos atos e fatos jurídicos e do conceito de simulação, transcrevendo, inclusive doutrina, o julgador *a quo* concluiu que houve efetivamente grande descompasso entre a participação societária adquirida pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda. e o preço que ela pagou, sendo esse um dos pilares da argumentação da fiscalização, que deixou claro que o preço pago pelas ações subscritas correspondia ao valor integral da Nutec e não apenas 16,67% como formalmente ficou estabelecido. Prova esse fato a avaliação feita pela BT Alex Brown Incorporated (fls. 1.137/1.145).

Continuando, alega que tampouco ocorreu execução material do aumento de capital, pois os recursos aportados, em sua maior parte, jamais estiveram disponíveis para a Nutec, mas sim, desde o início, para a autuada, através de



operações triangulares garantidas pelas aplicações financeiras realizadas com os recursos da integralização.

Entende que a conduta das partes também aponta para a simulação, pois a omissão da Nutec em contabilizar rendimentos de aplicações financeiras utilizadas para resgate de ações demonstra que ela nem ao menos se considerava titular delas.

Também pesam nesse sentido os obstáculos opostos à fiscalização a respeito do “Acordo 2”;; num primeiro momento entrega uma cópia, sem que tenha sido solicitada a tanto; num segundo, intimada, não o entrega; num terceiro, fornece, mas afirma que obteve cópia com a controladora e que o instrumento não estava arquivado em sua sede.

Em relação ao “Acordo 2”, entende o julgador *a quo* que há aspectos obscuros, quando em 15 de junho de 1999, foram firmados um contrato de subscrição e dois acordos de acionistas. Do primeiro e de um dos acordos de acionistas, foi parte a autuada. Do último, o “Acordo 2”, não. Mas nele os demais acionistas manifestam, expressamente, que por força do contrato de subscrição, são detentores da totalidade do capital da Nutec. No mesmo dia do contrato de subscrição e do outro acordo de acionistas.

Assim, no mesmo dia da subscrição, os demais acionistas já sabiam que a autuada não permaneceria na sociedade, ou melhor, antes, tendo em vista que um acordo tão complexo não é negociado em questão de horas; ele já estava acertado e pronto para assinatura antes da integralização, não conferindo, portanto, com as alegações de que havia apenas a possibilidade de saída da autuada.

Desta forma, entende que se houvesse apenas a possibilidade de saída, o “Acordo 2”, tão minuciosamente elaborado, certamente trataria da hipótese da autuada não se retirar, para regular as relações entre os pactuantes nessa situação, o que não houve, pois havia certeza absoluta dos demais acionistas de que a autuada resgataria suas ações, não se sustentando, assim, a insinuação da autuada de que a Interactiva, acionista controladora, teria manobrado para forçar sua saída. Se este



evento dependesse de manobras da controladora que a deixassem insatisfeita, não poderia haver certeza quanto a ele, pois sempre haveria a possibilidade de permanecer, assim como, a certeza de resgate de ações dos demais sócios.

Alega que tal fato é corroborado por declarações da Terra Networks S.A., arquivadas na Nasdaq Stock Market, Inc. e disponibilizadas na internet. Na tradução pública (fls. 1.870), a Terra (do Grupo Telefônica), informa ter adquirido 96% da Nutec em junho de 1999, não em agosto quando foi formalmente ultimado o resgate das ações da autuada, e que, embora não sendo uma afirmação da autuada, provém da outra parte do negócio e serve para mostrar a verdadeira intenção com que ele foi feito, isto é, em junho, quando foi formalizado o aumento de capital, a Interactiva já se considerava detentora de 96% do capital da Nutec, e não apenas de 16,67% como levam crer os instrumentos contratuais por meio dos quais se estruturou o dito negócio jurídico indireto.

Ao final, conclui 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, mas sim um ato simulado, que desconsiderado o aumento de capital simulado, não há ganho de equivalência patrimonial, nem acréscimo no custo da participação societária, o que faz aflorar, um ganho de capital, conduzindo, para fins de tributação, o mesmo resultado que indicar ter ocorrido uma dissimulação de compra e venda.

Em relação ao agravamento da multa, entendeu a decisão recorrida que ficou comprovada a simulação, tendo em vista que o único efeito obtido com a prática dos atos simulados foi reduzir a tributação, evidenciando o intuito de fraude, pressuposto ensejador do agravamento.

Por outro lado, em relação à aplicação da taxa Selic para cálculos dos juros, entendeu a decisão recorrida que a administração esta diante de texto de lei em pleno vigor, não podendo se furtar em aplica-la.



Intimada da decisão de primeira instância, tempestivamente recorre a este E. Conselho de Contribuintes (fls. 2006/2067), no qual contesta, em síntese, preliminarmente a decisão recorrida, por entender que a mesma manteve o auto de infração por razões que não as que fundamentaram a autuação, ignorando a explicação da Recorrente a propósito das razões negociais para a escolha da estrutura jurídica adotada; contornou a questão do negócio jurídico indireto; não enfrentou as explicações dadas na impugnação em relação aos supostos indícios, escolheu citações doutrinárias que não compunham a simulação ao negócio jurídico indireto; evitou as considerações feitas em parecer do jurista Modesto Carvalhosa cometendo equívocos em sua fundamentação.

Alega que a decisão recorrida incorreu em diversos equívocos, sendo o principal deles o exame parcial de quem não procurou comparar a simulação e o negócio jurídico indireto, resultantes imediatos da negação de examinar esse último, não conseguindo identificar claramente a delimitação do conceito de simulação, já que não a distinguiu de figuras que têm algum ponto de contato com ela, como se dá com o negócio jurídico indireto.

Neste sentido, alega que as duas figuras – simulação e negócio jurídico indireto – podem até aparentar certa semelhança à primeira vista, mas suas diferenças são marcantes e inegáveis: a simulação está no reino da mentira, já que se afirma a prática de um ato jurídico enquanto na verdade vigora outro; em contraposição, no negócio jurídico indireto não há mentira, pois se afirma e é praticado um negócio, que é verdadeiro, embora a finalidade econômica que com ele se almeja não seja típica desse negócio.

Continuando, afirma que enquanto na simulação há uma divergência entre atos jurídicos – um é afirmado, enquanto outro, escondido, é o verdadeiro -, no negócio jurídico indireto poder-se-ia afirmar existir uma divergência entre o fim econômico normal do negócio realizado (que é verdadeiro), e o fim econômico buscado pelas partes ao praticar esse negócio.



Em suma, após citar doutrina, alega que no negócio indireto não há duplicidade de negócios, ele é sério e efetiva-se realmente (Ferrara), pois as partes querem efetivamente (i) o negócio jurídico que realizam e (ii) submeter-se juridicamente à disciplina jurídica deles (Ascarelli). Em contraste, na simulação, há duplicidade de negócios (na simulação relativa), e o ato simulado é mera aparência.

Após transcrever acórdãos deste E. Conselho de Contribuintes, alega que o mesmo já vem, desde há muito, diferenciando simulação e negócio jurídico indireto, como também foi feito pela MP 66/02, na parte que regulamenta o § único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, na redação dada pela Lei Complementar n. 104/01, que segundo seus próprios termos, não é aplicável a casos de simulação, mas a situações de negócio jurídico indireto, porém, somente após sua publicação (art. 63).

Assim, alega que como a autuação foi feita sem a acusação de prática de simulação, mas sim porque os atos praticados teriam alegadamente os efeitos econômicos de uma compra e venda, a conclusão seria que a Recorrente foi autuada pela prática de um negócio jurídico indireto, o que só poder ser feito em relação a atos praticados após a data da publicação da MP 66/02, tornando-se, portanto, insustentável, a menos que se conseguisse transfigura-lo na acusação de prática de simulação, o que se tentou fazer, de forma inconsciente na r. decisão recorrida.

Em conclusão a este tópico, alega a Recorrente que as partes não escolheram o negócio jurídico de compra e venda, não tiveram vontade de praticá-lo e tampouco a ele se submeteram. As partes desejaram e efetivamente realizaram operações de cunho societário, não sendo relevante perquirir qual o motivo que a ora Recorrente tinha para ter a vontade de realizar esses atos jurídicos, como equivocadamente entendeu a DRJ, e sendo assim, também não cabe falar em simulação no caso concreto.

Em relação ao preço pago pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda., por 16,67% das ações da NUTEC, alega que se provou não ser elevado, tendo em vista o sucesso do lançamento da IPO – Initial Public Offering e a valorização alcançada pelas ações da empresa controladora da NUTEC/Terra (a Terra mundial). Essa empresa



chegou a valer mais de 37 bilhões de dólares, em um momento em que as operações brasileiras representavam cerca de 40% das vendas líquidas e prestações de serviços das empresas controladas pela Terra mundial. Isso significaria um valor aproximado de quase 15 bilhões de dólares para Nutec, os quais foram ignorados pela decisão recorrida.

Alega que a fiscalização não produziu a alegada “prova” de que o preço pago pelas ações subscritas corresponderia ao valor integral da NUTEC, e mesmo que a Fiscalização tivesse logrado êxito em demonstrar que o montante integralizado pela Telefônica fosse próximo à noção de valor que a ora Recorrente tinha para sua participação, ainda assim isso apenas e tão-somente demonstraria a verdade dos fatos tal qual exposta pela Recorrente e não a versão imaginada pela Fiscalização ou a nova versão criada pela DRJ, pois não há nela gravidade e precisão.

Em relação aos valores aportados na NUTEC relativo ao ingresso da Telefônica via aumento de capital, alega que o mesmo foi aprovado regularmente por meio de acordo de acionistas e assembléia geral, instrumentos adequados para tanto, aplicando-os da melhor forma que lhe conviera. Assim, o fato de alguns CDB's terem sido utilizados como garantia para empréstimos tomados pela ora Recorrente e pela RBS Participações S.A. nada prova, uma vez que tal conduta não possui qualquer característica estranha.

Na verdade, esses empréstimos tiveram sempre como garantidoras outras empresas do Grupo RBS e foram das notas promissórias das empresas tomadoras dos empréstimos como caução. No entanto, nos empréstimos contratados com os Bancos JP Morgan e Deutsche, alegam também que foram dados de maneira subsidiária, como caução secundária, CDBs da NUTEC, enquanto que o empréstimo tomado no Banco Garantia, não foram utilizados CDBs da NUTEC.

Em relação à apropriação contábil mensal dos rendimentos originários das aplicações em CDBs, alega que o fato ocorreu em razão de uma confusão apenas em relação ao seu regime de apropriação, e que todos os CDBs tiveram o mesmo tratamento contábil – renda variável – algo uniforme até 30.06.99, ou seja, tanto os



que permaneceram com a NUTEC após o resgate, bem como os utilizados para reembolsar a ora Recorrente que tiveram um só tratamento contábil.

Tece uma série de considerações acerca de que não teria havido obstáculos opostos à Fiscalização, em relação ao "Acordo 2", como também, supressão de informações em relação à aquisição do controle acionário da empresa NUTEC pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda., arquivadas na Nasdaq quando da IPO da empresa mundial Terra Networks, informando que inicialmente a Telefônica adquiriu 16% do capital da NUTEC em junho de 1999, para somente em agosto de 1999 passar a deter 96%.

Em relação à conclusão da Fiscalização de que ocorreu na verdade uma compra e venda, alega a Recorrente que para ela ocorrer, é imprescindível que o comprador possa exigir do vendedor o cumprimento de sua obrigação: a entrega do objeto vendido. Se uma das partes não tiver tal obrigação de entregar, não existirá uma compra e venda. Assim, não é possível a convivência da obrigação que tem por objeto a entrega do bem supostamente vendido (que no caso concreto seria a participação societária da Recorrente na empresa Nutec), com a possibilidade de a Recorrente permanecer na sociedade indefinidamente, se o quisesse.

Alega que a inexistência de uma compra e venda ficaria ainda mais patente ao se perceber que um dos elementos essenciais desse negócio jurídico não estava presente nas operações societárias praticadas: o objeto.

Assim, alega que na imaginação da Fiscalização, respaldada pela DRJ, o objeto vendido teria sido a participação societária na empresa Nutec. Se fosse assim, as participações societárias dos supostos vendedores, antes do início das operações, e a participação da TIB, suposta compradora, ao final delas, deveriam ser as mesmas, o que não ocorreu, de vez que a soma das participações dos supostos vendedores era de 99,5% em 14.06.99, e a participação da TIB passou a ser de 97,56% após o resgate de capital dos acionistas minoritários que se retiraram da sociedade, não tendo como se concluir daí a prática de uma compra e venda, porquanto o que foi vendido não teria passado para as mãos dos suposto comprador.



Entende que não prospera a alegação da decisão recorrida que bastaria, à Fiscalização, ter caracterizado a suposta simulação, para afastar a eficácia do ato simulado, sendo desnecessário caracterizar qual teria sido o verdadeiro ato, supostamente dissimulado, pois a figura da simulação, em que, sendo relativa, como seria no caso concreto, deveria existir o negócio simulado (aparente, falso, irreal, mentiroso) e o dissimulado (verdadeiro, efetivo, real).

Desta forma, entende que se forem simplesmente descaracterizados o aumento de capital e o resgate, mas não for apontado qual é o negócio dissimulado, nada existirá, nenhum negócio, nem mesmo o alegado ganho de capital tributável, o que não foi procedido, já que a suposta compra e venda não foi demonstrada.

Em relação à multa agravada, alega que todos os procedimentos negociais adotados estão previstos e amparados pelo ordenamento jurídico pátrio, realizando uma opção negocial perfeitamente razoável e dentro dos padrões normais do comércio. Sendo assim, ainda que tal opção pudesse revelar uma intenção de reduzir tributos, é incabível falar em adoção de mecanismos fraudulento na hipótese, pois comete fraude quem age contrário ao direito e não aquele que segue estritamente todas as suas disposições.

Assim, alega que para caracterizar a fraude, exige-se a evidência da intenção de fraudar a lei que se dá com a demonstração inequívoca do artifício, do ardil, do próprio ato contrário ao Direito utilizado como meio fraudulento, eleito pelo contribuinte como forma de ludibriar o Fisco, tal qual a existência de notas fiscais frias, adulteradas e calçadas, ou de CPFs falsos e empresas fantasmas, não bastando possíveis conjecturas ou suspeitas.

Alega também, que a MP 66/02, trouxe previsão de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.



Todavia, alega que mesmo na hipótese de a autoridade administrativa concluir pela descon sideração da ocorrência de negócio jurídico indireto, somente será aplicada multa moratória ao eventual débito fiscal (ART. 17, § 2º). A aplicação da multa de ofício (75%) ficará reservada para aqueles casos em que o contribuinte deixar transcorrer *in albis* o prazo de 30 dias concedido para o recolhimento do tributo entendido como devido (art.. 18), mas que em nenhuma hipótese a MP previu a aplicação da multa agravada (150%), deixando claro que o simples intuito de economizar tributos não significa prática de simulação, muito menos revela intuito de fraude.

Desta forma, entende que antes da MP 66/02, o Fisco não poderia sequer descon siderar os chamados “negócios jurídicos indiretos”, e atualmente, ainda que diante da hipótese de descon sideração, o contribuinte jamais será penalizado com a multa majorada de 150% se optar por adotar forma negocial licita, com o intuito de reduzir tributos.

Em suas conclusões finais, a Recorrente assevera que:

(i) a decisão recorrida manteve o Auto de Infração por outra razão jurídica que não aquela que levou os Fiscais Autuantes a lavrarem o lançamento, discordando da fiscalização quanto ao fato supostamente identificado, entendendo ter ocorrido um outro fato, ou seja, simulação, que também levaria à autuação, mantendo, assim, a exigência.

(ii) a decisão recorrida, ao simplesmente negar-se à análise da questão do negócio jurídico indireto, fez um exame incompleto e falho da autuação, pois não é possível pretender qualificar um determinado ato como simulatório sem antes bem delimitar o conceito de simulação e de figuras jurídicas com certa proximidade, como a do negócio jurídico indireto, confundindo, assim, as duas figuras e onde só poderia visualizar um negócio jurídico indireto, inclusive em razão dos supostos indícios apontados, defendeu ter ocorrido uma simulação.



(iii) na simulação (relativa) há dualidade de negócios: o mentiroso, irreal e aparente, por isso chamado simulado, e o verdadeiro, efetivo, real e encoberto, por isso conhecido como dissimulado. Pressupõe que as partes afirmem um negócio mas realmente estejam submetidas a uma outra relação jurídica, está sim existente no mundo jurídico. Já o negócio indireto as partes declararam um negócio e efetivamente submetem-se a ele, embora tenham um motivo para adota-lo que não é típico de sua causa. Assim, se simplesmente se busca demonstrar que um contribuinte, ao praticar certos atos jurídicos, tinha uma intenção indireta de obter uma redução do ônus fiscal, ter-se-á no máximo um negócio jurídico indireto, jamais uma simulação, e que a diferença entre as duas figuras jurídicas está bem assinalada na jurisprudência do Conselho de Contribuintes, estando ressaltada ainda, na Medida Provisória n. 66/02.

(iv) o alegado descompasso entre a participação adquirida pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda. na Nutec, e o preço por ela pago não foi demonstrado pela Fiscalização sem que dúvidas razoáveis surjam, como demonstrou a ora Recorrente em sua Impugnação, com variadas razões apresentadas. Essas razões, no entanto, foram inexplicavelmente ignoradas pela decisão recorrida, como também, a constatação de que, mesmo se tivesse ocorrido tal demonstração, ela nada demonstraria de preciso e grave, pois estaria consentânea com os fatos verdadeiramente ocorridos, tal como descritos pela Recorrente em sua Impugnação.

(v) diferentemente do afirmado pela decisão recorrida, houve sim execução material dos atos jurídicos realizados, como se infere, inclusive, do parecer do jurista Modesto Carvalhosa. A garantia dada na obtenção de alguns empréstimos da Recorrente e pela RBS Participações S.A., consistente em alguns CDB's, foi meramente secundária, não esteve presente em todos os empréstimos tomados na ocasião e foi condição do negócio praticado entre a TIB e a Recorrente, dado que não seria possível a aplicação imediata na própria atividade da Nutec de todos os recursos nela aportados. Ademais, ainda que se suponha que prova fosse, o seria apenas até o limite das garantias dadas, que foram na metade do valor ao final resgatado pela Recorrente.



(vi) não é verdadeira a insinuação de que teriam ocorrido obstáculos ao trabalho da Fiscalização por parte da ora Recorrente ou parte de qualquer outra pessoa. O chamado "Acordo 2" foi obtido pela Fiscalização no início de suas atividades e estava disponível em site público, como veio a ser verificado pela Fiscalização posteriormente. Esse "Acordo 2", conforme informações colhidas durante o trabalho fiscalizatório, explica-se pelas condições das partes e circunstâncias do negócio, como uma proteção para TIB e para outros acionistas minoritários, que desejaram regular sua convivência na sociedade Nutec na hipótese de saída da Recorrente.

(vii) em absurda e incompreensível atitude, a r. decisão recorrida escolheu trecho das declarações da Terra Networks S.A. arquivadas na Nasdaq, distorcendo seu significado e ignorando outros trechos que sinalizavam em sentido diametralmente oposto às conclusões defendidas no v. acórdão.

(viii) se os indícios isoladamente considerados não permitem uma presunção grave e precisa, já que cada um deles aponta para várias conclusões – sempre as mesmas -, também o conjunto deles não levará ao convencimento seguro, já que padecerá de falta de concordância. Tal falta evidencia-se ainda mais quando se verifica existirem indícios ou provas efetivas de que ocorreu verdadeiramente uma série de operações societárias.

(ix) a decisão recorrida tergiversa ao defender que a Fiscalização não teria feito referência à forma da compra e venda e sim ao seu conteúdo. O conteúdo de uma compra e venda pressupõe a obrigatoriedade de o suposto vendedor entregar o objeto da venda para o suposto comprador, o que inexistia no caso, dado que a Recorrente, se o desejasse, poderia ter permanecido na Nutec. Ademais, nem sequer pode-se falar em um objeto de compra no caso concreto, conforme demonstrado.

(x) era essencial, contrariamente ao que afirmou simploriamente a decisão recorrida, que fosse demonstrada pela Fiscalização a realização de uma compra e venda (o negócio dissimulado na conclusão da DRJ). Se assim não for, ainda que fossem descaracterizados os atos societários praticados, não existiria nada,



inclusive a alienação e o alegado ganho de capital decorrente. Na falta dessa demonstração – implicitamente admitida pela DRJ – só resta cancelar a autuação.

(xi) não era possível manter a autuação com base na acusação de prática de simulação, que não consta do Auto de Infração, como fez a decisão recorrida. A par disso, não há evidência no caso, mas sim uma coleção de supostos indícios que deixam, no mínimo, margem à larga dúvida, não sendo possível falar em simulação no caso concreto, mas sim, no máximo, em negócio jurídico indireto, assim, até em razão da Medida Provisória n. 66/02, não sendo, portanto, cabível a aplicação da multa de ofício agravada de 150%, frente à ausência de qualquer intuito de fraude.

Requer ao final, o cancelamento do Auto de Infração

É o Relatório.

A 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 a 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, entre as empresas RBS Administração e Cobranças Ltda., ora Recorrente (suposta vendedora), e Telefônica Interactiva do Brasil Ltda. (suposta compradora).

Em 1999, a Telefônica integralizou aumento de capital com ágio na empresa Nutec, gerando o efeito de aumentar o valor do investimento registrado na RBS, em razão da aplicação da regra da equivalência patrimonial. Posteriormente a isso, foi realizado resgate de capital com a RBS, recebendo esta o valor equivalente à sua participação registrado em sua contabilidade, sem tributação. 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, foi aplicada a multa agravada por ter o procedimento da Recorrente haver sido capitulado como crime de sonegação, fraude e conluio. Note-se que a autoridade fiscal não especificou exatamente qual o tipo legal em que se enquadrava o procedimento da Recorrente objeto de autuação.



De se notar, ainda, que no lançamento de ofício, a autoridade fiscal não conseguiu enquadrar o procedimento da Recorrente com infringência a qualquer dispositivo legal, apenas, desconsiderou a operação realizada de resgate de capital em sociedade investida, avaliado pelo método de equivalência patrimonial, e considerou que houve outra operação, ou seja, venda de participação societária.

Cumpre esclarecer também, que apesar de a autoridade autuante em nenhum momento haver caracterizado o procedimento da Recorrente como de simulação, o fundamento que motivou a decisão de primeira instância, foi exatamente no sentido de enquadrar a hipótese naquele tipo legal. Portanto, é flagrante a falta de conexão entre a autuação e a r. Decisão, o que demonstra a falta de subsídios para dar suporte à exigência.

A hipótese encerra a discussão sobre o tênue limiar existente entre os procedimentos e operações praticadas pelos contribuintes com total amparo legal, por isso considerados como lícitos, por se encontrarem ao abrigo dos comandos legais e não existir nenhuma norma que vede o comportamento ou obrigue em contrário, e aqueles procedimentos que encerram manobras, artifícios ou subterfúgios que contrariam leis ou normas e contêm no seu bojo comportamentos revestidos da característica de dolo, fraude, conluio ou simulação e, portanto, enquadra-se como evasão ilícita, configurando o tipo legal dos crimes tributários. Para concluir a propósito da correção ou não das operações realizadas, verifiquemos, inicialmente, se foram lícitos os atos jurídicos praticados pela Recorrente.

Examinando-se, minuciosamente, as operações realizadas sob o foco do ordenamento vigente, constata-se que elas encontram respaldo e estão em perfeita consonância com as leis vigentes no País, nada podendo ser imputado à Recorrente que contrarie norma legal, pois não existia lei que proibisse ou vedasse à realização das operações, bem assim é público e notório que efetivamente as transações foram realizadas pelas partes às claras e com registro documental.

A operação realizada foi perfeitamente legítima e obedeceu a todas as exigências e requisitos colocados pela Lei das S/A, tendo em vista que foi autorizada e



votada em Assembléia Geral Extraordinária, para que fosse aberta a possibilidade de subscrição de ações e admitido novo acionista. Desta forma, em nada desnatura a operação o fato de, posteriormente, ter ocorrido à retirada de acionistas

Sob o ponto de vista das leis tributárias, igualmente, nada há a ser oposto pelo Fisco, tendo em vista que nenhum dispositivo legal foi violado ou afrontado, pois, inclusive, a operação de subscrição de ações com ágio, o registro deste na conta de reserva de capital e a obrigatoriedade de ser efetuada equivalência patrimonial para os acionistas controladores nesta hipótese, foram inteiramente obedecidas.

Assim, para que se possa fundamentar os motivos que justificam as conclusões do presente voto, contudo, mister se faz, inicialmente, colocar, detalhada e cronologicamente, quais as operações praticadas na NUTEC S/A., pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda. (a subscritora das novas ações) e pela Recorrente:

1º) Na data de 12 de junho de 1998, portanto, um ano antes da subscrição das ações pelo novo acionista, foi votado e aprovado em Assembléia Geral Extraordinária, consoante documento de fls. 627 do processo, o aumento de capital social da NUTEC S/A. – vale ressaltar, que a autoridade fiscal desconheceu tal fato e o omitiu quando da autuação, preferindo colocar, apenas, como indícios às operações havidas em um lapso temporal menor e mais próximo das operações por ele descaracterizadas, na tentativa de construir indícios que pudessem justificar as suas açodadas conclusões;

2º) No início de 1999, os acionistas da NUTEC S/A., dentre eles a RBS, ora Recorrente, manifestaram desejo em admitir novo acionista com experiência e penetração internacional no mercado de internet, fato esse admitido pela própria autoridade fiscal, consoante trecho do auto de infração de fls. 25, abaixo transcrito:

“No início do ano de 1999, os acionistas da empresa NUTEC S/A., dentre eles a empresa RBS, sua acionista controladora, tinham

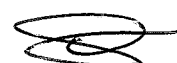


interesse em admitir um novo acionista com experiência e penetração internacional no mercado da internet”.

3º) Para atingir tal objetivo, fato esse igualmente descrito pela autoridade fiscal, foram contratados em 23/03/1999, os serviços de uma terceira empresa - BT Alex Brown Incorporated, documento de fls. 1.147 e 1.148 dos autos, como responsável pelo agenciamento e consultoria que pudessem levar a uma possível transação entre a NUTEC S/A. e outras empresas com desejo de investir. Abriu-se a possibilidade de que a transação com essas empresas fosse efetuada por diversas formas, como p. ex.: venda, fusão, associação ou por qualquer outra modalidade, inclusive “*joint venture*”, 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 social.

4º) Em 15.06.1999, foi pactuado entre os controladores da NUTEC S/A., a transferência de seu controle acionário para a Telefônica Interactiva Brasil Ltda.. Na mesma data, os acionistas acordaram que, pelo prazo de 01 (um) ano, os acionistas não controladores se comprometeriam a votar de forma uniforme, sempre em consonância com o voto da Telefônica Interactiva Brasil Ltda., a ele nada opondo. Contudo, era assegurado, a qualquer momento, aos acionistas não controladores, mediante simples notificação a NUTEC e à Telefônica Interactiva Brasil Ltda., a opção de exercer o direito de resgate da totalidade das suas ações, em que os acionistas votariam favoravelmente ao resgate, e o pagamento seria efetuado em recursos ou títulos de investimentos.

5º) Em 05 de agosto de 1999 – três meses após a subscrição de capital -, sem que as partes chegassem a um consenso sobre vários pontos fundamentais para a continuidade da sociedade, foi formalizado Termo de Rescisão de Acordo de Acionistas, com a retirada dos acionistas RBS (ora Recorrente), a empresa MLSP – Comércio e Participações Ltda., Luiz Alberto Barichello e o Sr. Afonso Antunes Motta.



6º) Todas as operações foram contabilmente registradas, tanto na NUTEC S/A. como na RBS, inclusive, no tocante à subscrição e recebimento dos respectivos valores. Em decorrência, foi procedido o registro da equivalência patrimonial na forma exigida pela lei fiscal.

7º) Na data de 10.08.2001, foi lavrado Auto de Infração contra a Recorrente. O motivo que fundamentou a autuação, foi o fato de que a subscrição das ações pela Telefônica Interactiva Brasil Ltda., deu-se com ágio, seguido de resgate, pela Recorrente, de ações avaliadas pelo seu valor patrimonial, operação essa da qual não resultou tributação. A fiscalização desconsiderou a operação efetivamente realizada, sob a justificativa de ter havido fraude, conluio ou sonegação, pois, considerou que foi realizada uma compra e venda.

Examinando-se as provas materiais anexadas aos autos, constata-se que:

- 1) A composição do patrimônio líquido da NUTEC S/A., pode ser assim visualizado:
 - a) antes da subscrição de capital R\$ 4.638.764,16
 - b) valor da subscrição recebido R\$ 411.847.872,16
 - c) patrimônio líquido após a subscrição R\$ 416.486.636,32
 - d) patrimônio líquido após resgate de capital R\$ 76.698;655,22
- 2) Destino dos valores recebidos pela NUTEC S/A., como resultado da subscrição de ações:
 - a) valor recebido e depositado R\$ 411.847.872,16
- 3) Pagamento do resgate das ações a RBS:
 - a) valor total recebido em moeda R\$ 97.535,89
 - b) valor recebido em CDB R\$ 290.173.680,82
 - c) valor total recebido R\$ 290.271.216,71
- 4) Empréstimo tomado pela RBS e garantido com CDB de propriedade da NUTEC S/A. – fls. 71 R\$ 148.701.276,00



Confrontando as operações realizadas com as leis vigentes à época da ocorrência dos fatos, constata-se que nenhum procedimento contrário à lei poderá ser imputado à Recorrente, senão vejamos.

As sociedades anônimas podem assumir o tipo aberto ou fechado. No primeiro tipo, enquadram-se aquelas que negociam os valores mobiliários de sua emissão no mercado aberto, captando recursos junto a investidores em geral e submetem-se a um rigoroso controle e fiscalização, com vista à segurança dos investidores e do mercado acionário em geral. Já o tipo fechado, é formado por um grupo de particulares, com interesses comuns, que desejam explorar uma atividade econômica e para tanto a lei lhes confere maior flexibilidade para os acionistas decidirem, livremente, sobre os seus interesses privados, exercendo a autonomia da vontade, desde que não contrariem dispositivo expresso de lei.

Nas sociedades anônimas de capital fechado, o Acordo de Acionistas é o instrumento mais adequado para que aqueles que compõem a companhia, possam estabelecer as regras que regerão as respectivas relações.

Assim, neste tipo de sociedade e tendo em vista a essência dos interesses envolvidos, prevalecerá, sempre, à vontade dos acionistas, pois, os interesses em foco da sociedade coincide com a dos fundadores da companhia, por isso fica a critério deles estabelecerem e fixarem as condições, formas e valores, para quaisquer negociações, desde que revestidas de licitude e obedecidos os requisitos impostos pela lei.

A Lei das S/A, que rege as relações da NUTEC S/A., não cria óbices sobre a entrada de novos acionistas ou retirada de acionistas na companhia, pelo contrário, estabelece os procedimentos exigidos para que sejam realizados tais atos sociais, inclusive, a única exigência, diz respeito à necessidade de que haja deliberação em Assembléia Geral. A citada lei, ainda, como forma de proteger os acionistas e terceiros, somente exige que, dentro de trinta dias do respectivo ato, o



mesmo seja averbado junto ao Registro de Comércio, acompanhada da Ata da Assembléia em que houve a deliberação, conforme se depreende dos arts. 121, 131, 135, 166 e 170 da Lei n. 6.404/64.

Art. 121. A assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Art. 131. A assembléia geral é ordinária quando tem por objeto as matérias previstas no art. 132, e extraordinária nos demais casos.

Art. 135. A assembléia geral extraordinária que tiver por objeto a reforma do estatuto somente se instalará em primeira convocação com a presença de acionista que representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital com direito a voto, mas poderá instalar-se em segunda com qualquer número

§ 1º - Os atos relativos a reformas do estatuto, par valerem contra terceiros, ficam sujeitos as formalidades de arquivamento e publicação, não podendo, todavia, a falta de cumprimento dessas formalidades ser oposta, pela companhia ou por seus acionistas, a terceiros de boa fé.

Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

I – por deliberação da assembléia geral ordinária, para correção da expressão monetária do seu valor;

II – por deliberação da assembléia geral ou do conselho de administração, observado o que a respeito dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite no estatuto (art. 169);

IV – por deliberação da assembléia geral extraordinária convocada ora decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar a mesma esgotada.

§ 1º - dentro dos 30 (trinta) dias subseqüentes à efetivação do aumento, a companhia requererá ao registro do comércio a sua averbação, nos casos dos números I a III, ou o arquivamento da ata da assembléia de reforma do estatuto, no caso do número IV.

Art. 170. Depois de realizados $\frac{3}{4}$ (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

§ 1º o preço de emissão deve ser fixado tendo em vista a cotação das ações no mercado, o valor de patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia, sem diluição

injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las.

§ 2º - A assembléia geral, quando for de sua competência deliberar sobre aumento, poderá delegar ao conselho de administração a fixação do preço de emissão de ações a serem distribuídas no mercado.

...

§ 5º - No aumento de capital observar-se-á, se mediante subscrição pública, o disposto no art. 82, e se mediante subscrição particular, o que a respeito for deliberado pela assembléia geral ou pelo conselho de administração, conforme dispuser o estatuto. (grifos não são do original)

No caso das companhias fechadas, cabe à Assembléia Geral Extraordinária resolver sobre o aumento de capital dessa modalidade. A Lei das Sociedades por Ações, permite que seja feito aumento de capital desde que integralizados três quartos, no mínimo, do capital social. A subscrição pode ser pública ou particular, obedecendo às disposições da lei a respeito.

Sobre a subscrição de ações de companhia e o respectivo preço de emissão dessas ações, Fábio Ulhoa Coelho, assim se manifesta:

“A subscrição é o ato unilateral de vontade da pessoa interessada em se tornar titular da ação emitida. Por meio dele, o subscritor adere às condições estabelecidas pela sociedade emissora, isto é, manifesta a sua concordância com o preço de emissão, condições de pagamento, datas de vencimento das obrigações etc.”

Segundo o citado autor, a lei proíbe à sociedade anônima de negociar com suas próprias ações, no sentido de preservar a integridade do capital social. As únicas exceções, diz respeito aos casos de resgate (destinado a retirar ações definitivamente do mercado), de reembolso (feito em favor de sócio dissidente, para desligá-lo da companhia) e de amortização (antecipação da estimativa de quinhão correspondente à partilha).

Acrescenta esse autor que:

“Nessas operações, atendidos os respectivos pressupostos da lei, estão a sociedade anônima e seus representantes devidamente amparados para a concretização do pagamento



para o acionista. A rigor, não haveria necessidade de específica previsão dessas hipóteses entre as exceções de proibição de negociação, simplesmente porque negociação não é. No resgate, no reembolso e na amortização, companhia e acionista não entabulam entendimento com vistas ao encontro de vontade acerca do preço; pelo contrário, paga-se o valor determinado por lei ou pelo estatuto.”

Importa observar no presente caso, que o objetivo da lei fazer essa distinção entre o capital e a reserva do capital, reside, exatamente, na proteção e limitação do uso do capital, pois, na dependência de onde esteja registrado é diferente o destino que se pode fazer do respectivo valor.

Os recursos capitalizados tornam-se intangíveis, não podem ser utilizados, por exemplo, para pagamento de dividendos ou juros sobre o capital próprio para os acionistas. Eles somente poderão ser empregados nas hipóteses expressas da lei, p. ex. restituição aos sócios na dissolução da companhia, na redução de capital ou no reembolso de sócio feito à conta do capital social.

Por outro lado, com os ingressos de recursos, a companhia investida poderá aplica-los na sua atividade fim, como também no mercado financeiro, não havendo destinação específica regulada em lei, até porque, referidos recursos vêm em benefício da empresa investida com a capitalização, como também em benefícios de todos os acionistas.

Com relação ao valor da ação, é importante, novamente, buscar-se o magistério de Fábio Ulhoa Coelho, para quem se deve distinguir o preço de emissão do valor nominal, em que o primeiro é a importância paga pelo investidor para se tornar titular da ação e o segundo resulta da operação aritmética de divisão do capital social pelo número de ações.

De acordo com esse professor:

“A lei impede que o preço de emissão seja inferior ao valor nominal (LSA, art. 13), mas não afasta a possibilidade inversa, isto é, pode ocorrer de o preço de emissão superar o valor nominal da ação. (...) Em suma, o total das contribuições dos



acionistas pode ser maior que a conta do capital social. A diferença entre o preço de emissão e o valor nominal da ação (ou entre o preço de emissão e a divisão do capital social pelo número de ações sem valor nominal, denominado de ágio, alimenta uma conta diversa da sociedade: a reserva de capital."

No tocante ao preço das ações, impende considerar que o valor da subscrição poderá estar acima do valor nominal da ação. Para tanto, a lei reconhece que poderá haver a subscrição pelo preço de mercado ou com base na expectativa de rentabilidade futura.

Ainda, quanto à forma de valoração das ações, a lei exige maior rigor quando se tratar de companhia aberta, visando proteger os acionistas minoritários. Contudo, nas companhias fechadas, há maior liberdade dos acionistas fazerem transações de acordo com os seus interesses. Nestas, o aumento de capital por subscrição de ações, de acordo com a Lei das S/A, não é oposta restrição ou impõe-se a necessidade da existência de laudo. Apenas, estabelece que o preço de emissão deve ser fixado em função da cotação das ações no mercado, do valor de patrimônio líquido ou da perspectiva de rentabilidade, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscreve-las.

Portanto, aquele diploma legal deixa a critério da Assembléia Geral deliberar sobre o aumento, podendo delegar ao Conselho de Administração a fixação do preço de emissão de ações a serem oferecidas à subscrição no mercado. Somente é exigido laudo no caso da subscrição de ações, quando sua integralização se dá pela realização de bens, devendo ressaltar-se que prevalece sempre a deliberação da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração.

Não há, portanto, na lei comercial ou fiscal, qualquer impedimento ou restrição colocada à liberdade de que a companhia possa promover a subscrição de suas ações por valor superior ao registro nominal, colocando o respectivo ágio em conta de reserva de capital. Igualmente, não existe óbice a que um acionista possa retirar-se da companhia quando bem lhe convier, recebendo a restituição do valor do seu capital investido pelo total registrado como valor da ação na respectiva conta.



Pelo contrário, a própria lei fiscal reconhece essa possibilidade e prescreve a forma de registrar o ágio, considerando-o, inclusive, como não tributável.

Neste sentido, os artigos 442 e 658 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), prescrevem:

Contribuições de Subscritores de Valores Mobiliários

Art. 442. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38):

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinada à formação de reservas de capital;

II - valor da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;

III - prêmio na emissão de debêntures;

IV - lucro na venda de ações em tesouraria.

Parágrafo único. O prejuízo na venda de ações em tesouraria não será dedutível na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38, § 1º).

Incorporação de Lucros ou Reservas ao Capital com Isenção do Imposto

Art. 658. Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrerão tributação do imposto na fonte (Lei nº 8.849, de 1994, art. 3º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 2º).

§ 1º A isenção estabelecida neste artigo se estende aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, beneficiárias de ações, quotas ou quinhões resultantes do aumento do capital social, e ao titular da firma ou empresa individual (Lei nº 8.849, de 1994, art. 3º, § 2º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 2º).

A Lei das S/A, ainda, no seu artigo 182, manda classificar como reserva de capital, o valor da subscrição de ações que ultrapassar o valor nominal, e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social. Além disso, o recurso entregue à sociedade investida na forma de ágio e registrados em reserva de capital somente poderão ser



empregados nas hipóteses expressas da lei (art. 200 da Lei das S/A), p. ex., no resgate de ações. Portanto, o ágio pago no caso concreto e que possibilitou o resgate veio a ser utilizado em uma de suas funções expressas na legislação. Não há, assim, incompatibilidade entre o ágio pago e o resgate efetuado, mesmo que, a título de argumentação, a operação tivesse sido realizada com a intenção ulterior de obter indiretamente uma economia fiscal.

Sob esse aspecto, nada há a ser oposto aos procedimentos da NUTEC S/A., tendo em vista que foram obedecidas todas as exigências das leis comerciais, societárias e fiscais, bem como todos os procedimentos e princípios contábeis geralmente aceitos. Ressalte-se, igualmente, que a autoridade fiscal em nenhum momento questionou a existência, a legalidade ou legitimidade de tais operações, ou, apresentou a prova cabal da existência de fraude ou artifício nas transações realizadas pelas partes.

A verdade é que os acionistas podem contratar sobre quaisquer assuntos relativos aos interesses comuns de todos os acionistas, pois, desde que haja acordo e os fins visados sejam lícitos, eles gozam de ampla liberdade contratual. A lei somente veda que haja acordo sobre a venda de voto.

Sendo assim, o Acordo de Acionistas previsto no art. 118 da Lei das S/A, é um instrumento destinado a estabilizar as relações entre os acionistas, no qual são negociadas obrigações recíprocas que garantam certa permanência de posições. Para que ele tenha validade e possa ser oposto contra terceiros, a lei impõe tão somente como requisito seu arquivamento na sede da companhia.

No presente caso, todos os procedimentos previstos em lei em relação aos Acordos de Acionistas foram observados, não havendo um só ato apurado pela fiscalização que maculasse todo o procedimento.

Por conseqüência, sendo lícitos os atos praticados pela Recorrente, desconsiderá-los, restaria a possibilidade de ser comprovada a existência da



simulação, de fraude, de conluio ou de sonegação. Para tanto, deveria ser demonstrada a prática de um negócio dissimulado praticado pela Recorrente – que deveria ser tributável -, ao qual as partes teriam se sujeitado, em lugar de estarem subordinadas ao negócio declarado por elas.

Ressalte-se que no auto de infração, a autoridade fiscal não fez qualquer menção à figura da simulação; tal caracterização somente apareceu na decisão recorrida. Igualmente, não foi descaracterizado qualquer documento, nem tampouco, constatada qualquer fraude documental ou formal, nem mesmo provada qualquer ilicitude ou falta de atendimento de requisito legal.

Assim, todas as operações foram efetivamente queridas e realizadas pelas partes como pode se constatar do exame da farta documentação, consoante admitido pela própria autoridade fiscal. Após a subscrição de ações e mesmo com a retirada de acionistas, a NUTEC S/A. teve o seu capital aumentado (em mais de 10 vezes), bem assim, alcançou o mercado internacional com expressiva valorização.

Neste diapasão, importa examinar se no caso houve ou não simulação, ou se as operações praticadas pelas empresas envolvidas na operação encontram-se revestidas de licitude e têm amparo legal.

A simulação é visualizada como algo que se apresenta como falseamento da realidade, indicando a aparência de algo que não existe. Diferentemente é a dissimulação, embora essa, também, apresente-se como falseamento da realidade, ela contém no seu bojo um disfarce, no qual encontra-se escondida uma operação por meio de manipulação, artifício ou subterfúgio, em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade.

A doutrina, ainda, faz a distinção entre a simulação absoluta, identificada quando não há relação negocial entre as partes, e a simulação relativa, quando dois negócios se sobrepõem: o simulado, que não espelha o íntimo querer das



partes e o negócio dissimulado que se encontra oculto, esse como o negócio real efetivamente concretizado pelas partes.

Efetivamente, de acordo com as provas dos autos, as operações que se revelaram foram aquelas efetivamente queridas e realizadas pelas partes, não se vislumbram qualquer comportamento que possa ser identificado como simulado ou operações dissimuladas; não subsiste, por conseqüência, qualquer vestígio de simulação. Não houve qualquer disfarce de uma operação ou manobra para encobrir a operação realizada. Tanto é assim que a operação de subscrição como a de resgate das cotas estão às claras, registradas e são inteiramente conhecidas, inclusive, com acesso amplo do próprio Fisco. Sob esse aspecto, não há simulação ou dissimulação a ser imputada a qualquer das partes.

Admitir-se a desconsideração de negócio jurídico realizado nessas condições, aí sim, iria de encontro ao consagrado princípio da legalidade e tipicidade cerrada, como bem ensina o mestre Alberto Xavier, quando assevera que, *no campo tributário, para serem evitadas arbitrariedades ou abuso do Fisco, deve ser exigida a tipicidade cerrada no sentido de que somente poderá ser cobrado tributo quando o evento do mundo fático se subsumir inteira e integralmente à hipótese abstrata esculpida na lei.*

A simulação é um vício que contamina o ato jurídico e encontra-se regulamentada nos artigos 102 a 105 do Código Civil brasileiro vigente à época do lançamento do crédito, cujas disposições hoje consta do artigo 167, do Código Civil atualmente vigente, aprovado pela Lei nº 10.406/2002, que estavam assim expresso:

“Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

- I - Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem;
- II – Quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III – Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.



Art. 103. A simulação não se considera defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.”

Por conseguinte, a simulação caracteriza-se por produzir uma falsa imagem da realidade e em cujo conteúdo se encerra uma fraude à lei.

Acerca da simulação, Perez de Royo ensina que existe uma contradição entre a vontade interna e a declarada, criando-se uma aparência jurídica para encobrir a verdadeira realidade, porém, entre as partes não existe nada oculto, como por exemplo, quando se celebra uma compra e venda em que não existe, por acordo das partes, pagamento do preço o que leva à conclusão de que na verdade a transação se refere a uma doação. Neste caso, segundo ele, o negócio existe e é efetivamente realizado, porém o fim perseguido é distinto daquele negócio sob o qual se apresenta. Para ele, a simulação se caracteriza quando embaixo da aparência de um negócio jurídico normal se oculta outro propósito negocial.

Para o mestre Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.

Já para Orlando Gomes, ocorre a simulação quando:

“Em um negócio jurídico se verifica intencional divergência entre a vontade real e a vontade declarada com o fim de enganar terceiros”.

Segundo Silvio Rodrigues, negócio simulado:

“É aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes. Estes fingem um negócio que na realidade não desejam.”



Luiz Carlos Andrezani, manifestando-se sobre a simulação, expõe o seguinte pensamento:

“Afastadas as discussões sobre aspectos periféricos da questão, o ponto central que merece análise mais demorada, diz respeito à identificação da hipótese limite chamada economia lícita, e correspondente ingresso no campo da simulação, já que é este o possível argumento que pode ser utilizado para questionamento do negócio pretendido.

A contextura da hipótese legal da simulação prevista no artigo 102 do Código Civil, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

A par disso, subdivide-se doutrinariamente a simulação em absoluta e relativa. Diz-se absoluta, a simulação originada de ato praticado com o fito de nenhuma eficácia produzir e, para tanto, contém cláusula, declaração ou confissão não verdadeira. A simulação é relativa quando o ato praticado tem por objetivo encobrir, dissimular, um outro que possui natureza diversa.

No âmbito tributário, as situações encontradas suscitam, normalmente, as simulações da segunda espécie mencionada: pratica-se um ato – que irrompe legal e formalmente perfeito no mundo físico – mas que serve somente como embalagem e veículo para consecução de outro – dissimulado – este sim em conformidade com a real e interior vontade do agente.”

Para Washington de Barros Monteiro, igualmente, existem duas espécies de simulação: a absoluta e a relativa. Enquadra-se como absoluta quando a declaração de vontade exprime aparentemente um ato jurídico, não sendo intenção das partes efetuar ato algum. Já a relativa, diz respeito à intenção da parte de realizar um ato jurídico, mas este é de natureza diversa daquele que, de fato, pretende-se ultimar.

Nas lições de Miguel Delgado Gutierrez:

“A doutrina distingue, ainda, a simulação absoluta da relativa: A simulação é considerada absoluta quando não há relação negocial efetiva entre as partes. As partes celebram um negócio jurídico apenas aparentemente, pois, na realidade este não existe. O ato é fictício, pois, na realidade este não existe.

Na simulação relativa, dois negócios se sobrepõem: o simulado ou aparente, que não espelha o íntimo querer das partes e o dissimulado, oculto ou real, que as partes efetivamente desejam celebrar. A dissimulação oculta ao conhecimento dos outros a existência da verdadeira relação jurídica havida entre as partes. Este tipo de simulação é o mais encontrado no âmbito do direito tributário. Corresponde à dissimulação onde se oculta ao conhecimento dos



outros uma situação existente. O negócio simulado ou aparente mascara o negócio oculto ou real que as partes não querem fazer aparecer.

Na elisão, as partes que celebram o negócio, ainda que por meio de formas jurídicas alternativas, pretendem, efetivamente, realiza-lo como estipulado. Não há uma falsa, aparente ou simulada declaração de vontade. A declaração é real, efetiva, verdadeira, condizente com a vontade das partes. Não se pretende burlar, enganar ou ocultar alguma coisa do fisco. A conduta das partes é lícita, ao contrário da simulação, onde a conduta é ilícita.

O ônus da prova na simulação cabe à administração, pois, como é cediço, cabe a ela, e não ao contribuinte, constituir a prova que embasa o lançamento.”

O fato é que, a autoridade fiscal, apesar do seu louvável esforço, não logrou êxito em demonstrar que os atos praticados não foram realizados ou não eram válidos. Também não se demonstrou a existência de negócio jurídico oculto, o que, a meu ver, é imprescindível para se concluir pela existência de simulação.

Realmente, como leciona Humberto Theodoro Júnior, em recente obra, na simulação as partes criam um negócio que não corresponde à realidade de seu efetivo relacionamento jurídico. Nela: “ *Há duas ordens de negócio: uma verdadeira e operante entre as partes; outra falsa para conhecimento de terceiros, mas que só se presta a evitar que estes conheçam o verdadeiro negócio praticado entre os seus sujeitos*” (“Comentários ao novo Código Civil”, vol.3, t.1, Forense, 2003, p.476).

No caso concreto, não ficou demonstrada em nenhum momento do curso processual, a existência de dois negócios, mas apenas um, ao qual as partes observaram e submeteram-se ao seu regime jurídico. Isto porque, houve entrada de recursos na conta-corrente da Nutec, aumento de capital, aplicação dos recursos integralizados, perda de controle pela RBS, realização de acordo de acionistas, registro contábil de todas as operações e manutenção de expressivo valor decorrente do aumento de capital mesmo após a realização do resgate. Todos esses atos foram registrados contabilmente e praticados de acordo com a legislação de regência e por essa razão não podem ser tidos como ilegais.



Para afirmar a prática de simulação, foram apontados apenas indícios de que haveria uma intenção da Recorrente em alcançar indiretamente, por meio dos atos realizados, os efeitos práticos (econômicos) de uma compra e venda. Essa intenção, no entanto, ainda que comprovada, não conduz à conclusão de ter havido simulação. Indicaria apenas ter ocorrido, no máximo, planejamento fiscal.

Da análise dos supostos indícios apresentados pela fiscalização, em nenhum momento leva à presunção da ocorrência de uma simulação, como se passa a demonstrar:

1. O aumento de capital social de uma companhia requer o cumprimento de uma série de formalidades, cujo atendimento é imprescindível para legitimar devidamente a respectiva operação. A lei exige a convocação de assembléia geral extraordinária, com o atendimento, igualmente, de todos os pressupostos nela previstos, bem assim a alteração do estatuto e respectivos registros nos órgãos de registro de comércio. Sob esse aspecto, nada há a ser oposto aos procedimentos da NUTEC S/A, tendo em vista que foram obedecidas todas as exigências das leis comerciais, societárias e fiscais, bem como todos os procedimentos e princípios contábeis. Ressalte-se, igualmente, que a autoridade fiscal em nenhum momento questionou a existência a legalidade ou legitimidade de tais operações ou apresentou a prova cabal da existência de fraude ou artifício nas transações realizadas pelas partes.
2. O Contrato de Subscrição de Ações firmado traz regras próprias para uma integralização de aumento de capital com valor elevado. É normal que aquele que investe R\$ 411 milhões em uma empresa queira ter garantias de que não há contingências ocultas de responsabilidade da antiga administração. Assim, não é de se estranhar que haja cláusulas contratuais prevendo a responsabilidade dos antigos acionistas sobre tais contingências. Ao contrário, é comumente usual este procedimento em negócios envolvendo grandes corporações;
3. Em relação à liberação da caução das ações da Nutec, de propriedade da RBS, caucionada junto ao Banco Chase Manhattan, ocorrida antes da entrada da



Telefônica, na qual a autoridade lançadora entendeu que foi feito apenas para evitar que tais ações pudessem passar a mão de terceiros, no caso, o Banco, e por esta razão presumir, sem qualquer respaldo fático ou legal, que a operação efetivamente realizada foi uma compra e venda entre RBS e Telefônica, em nada desnatura o negócio jurídico concretizado. Ao contrário, isto demonstra que antes mesmo da entrada da Telefônica na Nutec, a RBS possuía empréstimos bancários garantidos com patrimônio da Nutec, afastando, desta forma, a alegação de que por ocasião da entrada da Telefônica na Nutec, os recursos foram disponibilizados a favor da RBS, via garantias em CDB's, tendo em vista que o que ocorreu foi apenas troca de garantias;

O fato de parte dos CDB's da Nutec ter sido dada em garantia de empréstimo da RBS também não é anormal nesse tipo de negócio. Ao contrário, parece claro que quem assume o controle de uma sociedade queira que as ações da empresa investida, antes caucionadas, estejam livres, o que explica que os empréstimos tomados anteriormente pela RBS tenham tido a garantia substituída pelos CDB's.

Portanto, é razoável que essa providência tenha decorrido da negociação entre as partes que precedeu à integralização de capital. De resto, as garantias foram de R\$ 148 milhões, o resgate de R\$ 290 milhões e o aporte de capital de R\$ 411 milhões. Não me parece aceitável supor, a partir desses fatos, que o valor tenha sido inteiramente disponibilizado para a RBS como parte do pagamento do preço de uma suposta compra e venda.

4. O resultado da aplicação em CDB's não foi contabilizado em 30.06.99, por a operação envolver swap de CDB para CDI. Nesse sentido, é ilustrativo o que consta do contrato de fls. 345 celebrado com o Deutsche Bank. O procedimento parece razoável pelo fato de a taxa do CDI ser pós-fixada, o que significa que o rendimento efetivo só seria conhecido no vencimento. Por outro lado, o fato de a Nutec ter contabilizado os rendimentos dos CDB's que restaram na empresa no balanço relativo a 31.07.99, decorreu segundo a resposta da Nutec do Termo de Intimação de 15.02.01 (fls. 220), de impropriedade contábil cometida pela nova administração da empresa, até porque o efetivo levantamento desse



balanço sempre ocorre posteriormente à data indicada (31.07.99), quando já se sabia do resgate das ações.

Portanto, tendo em vista que a autoridade fiscal em nenhum momento considerou ilegítimo ou ilegal o procedimento da Nutec, não prospera o argumento no sentido de que a não apropriação dos rendimentos de aplicação financeira em junho de 1999, que permaneceram na empresa após o resgate, evitou que esses rendimentos influenciassem o valor patrimonial das ações, com a conseqüente transferência de parte dos mesmos aos acionistas retirantes, até porque, representavam uma importância de pequena monta, considerando a importância total investida, e ainda, por representar um período de apenas 15 (quinze) dias, quando se sabe que o balanço utilizado para o cálculo do valor patrimonial das ações foi o do mês de junho de 1999, o que geraria pouca influência no valor patrimonial das ações se contabilizados.

5. O Acordo de Acionistas do qual a Recorrente não participou ("Acordo 2") não tinha eficácia imediata, estando condicionado à saída da RBS. O que eventualmente se poderia concluir, é que existiria intenção de a RBS sair em 05.08.99, mas não que ela não seria mais sócia desde 15.06.99. Esta intenção, todavia, ainda que provada, não demonstra ter ocorrido simulação, mas apenas um planejamento tributário, tendo em vista que não existe lei vedando ou proibindo tal procedimento.

Ressalte-se que o acordo de acionista é o instrumento legítimo para tomada de deliberações entre os acionistas, a fim de revestir as operações de maior segurança para ambas as partes. A previsão da possibilidade de uma posterior saída de um acionista, fato esse que poderia ou não ocorrer, não é suficiente para transformar a subscrição de ações em uma compra e venda como pretendido pela autoridade fiscal.

6. A previsão de saída da RBS contida no Acordo de Acionistas do qual ela participou ("Acordo 2") não é isolada. Há estipulação de obrigações para o caso da saída de todos os acionistas, para impor, p. ex., obrigação de não concorrência. Mesmo, entretanto, que se entenda que tal previsão constitua



indício de haver intenção de a RBS sair da empresa, ainda assim não se caracteriza compra e venda, pois a estrutura jurídica adotada não fica afastada.

7. No tocante á acusação da autoridade fiscal que considerou o preço da operação como elevado, igualmente, descabe qualquer respaldo legal ou fático, pelo contrário, a própria Lei das S/A, no seu artigo 170 abaixo, prevê a justificativa que autoriza o preço de emissão ser superior ao valor nominal, como se constata na hipótese em foco, com base na perspectiva de rentabilidade da companhia, circunstância essa que realmente aconteceu a posteriori, com a grande valorização da Nutec no mercado internacional:

Art. 170. Depois de realizados $\frac{3}{4}$ (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

§ 1º o preço de emissão deve ser fixado tendo em vista a cotação das ações no mercado, o valor de patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las.

8. Em relação à ausência de laudo de avaliação e memória de cálculo que avaliou o valor econômico da Nutec para efeito de referida subscrição, deve ser observado que a Lei das S/A. (art. 13), não impõe quaisquer restrições ou impõe necessidades de laudos para o caso do preço de emissão superar o valor nominal da ação, a não ser no caso da integralização se dar pela realização de bens.

Da mesma forma, a própria lei fiscal reconhece essa possibilidade e prescreve a forma de registrar o ágio, considerando-o, inclusive, como não tributável. (arts. 442 e 658 RIR/99).

Quanto à função do ágio, não se nega que o mesmo pode ser utilizado na atividade econômica da empresa Investida. Da mesma forma, nada impede que o mesmo possa ser utilizado no resgate de ações de sócios dissidentes, com a conseqüente redução do capital social.

O fato é que, o ágio justifica-se como meio de proteção aos interesses dos acionistas, mais do que o da própria sociedade, não existindo na legislação, na doutrina ou na jurisprudência nada que impeça a sua contabilização, sua capitalização e a utilização dos valores em redução de capital que ocorra em um prazo razoavelmente breve.



9 Em relação a conclusões da fiscalização de que a criação de classes de ação, serviu apenas para posterior resgate sem a necessidade de realização de sorteio, não pode também prosperar, porquanto, para um negócio desta magnitude, seria ilógico para a Telefônica subscrever novas quotas com ágio no montante de R\$ 411.372.643,75, sem ter a maioria do capital votante da sociedade.

Desta forma, demais conclusões apresentadas pela fiscalização no seu longo relatório, por si só não são suficientes para desconsiderar o negócio jurídico realizado pela Recorrente, sem prova cabal de que na verdade ocorreu simulação, quando é sabido que a mesma deve estar, necessariamente, tipificada.

Assim, todos os indícios apontados pela fiscalização não se prestam a tirar a ilação de que ocorreu negócio jurídico estruturado como compra e venda. O fato é que, os contribuintes podem adotar a forma jurídica que lhes parecer mais adequada, desde que não seja ilícita, proibida ou vedada por lei, como reiteradamente de modo manso e já pacificado vem decidindo esse Egrégio Colegiado.

. Apontar para a vontade subjetiva de a RBS dispor de suas ações não significa ter sido praticada uma compra e venda. A intenção/vontade referida é típica de negócio jurídico indireto, só havendo simulação se as partes não tiverem se submetido à disciplina do negócio adotado. No caso, a estrutura adotada foi legítima, como procurei demonstrar, não havendo negócio jurídico que tenha sido realizado de forma oculta. Daí parecer-me exagero a afirmação de que a Nutec tenha servido em benefício da Recorrente e da Telefônica na operação. A empresa existia, teve efetivamente seu capital aumentado, continuou existindo após o resgate e teve seu valor aumentado em muitas vezes quando da oferta pública de ações realizada na NASDAQ e na Bolsa de Madrid.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que é dever das autoridades fiscais coibir práticas de utilização do ordenamento jurídico por meio de



estratagemas, formadas como negócios simulados, com fraude à lei ou com dolo que causem prejuízo ao Erário Público.

Contudo, não se pode admitir que considerações ou interpretações subjetivas da autoridade fiscal, possam descaracterizar operações legítimas e revestidas de licitude praticadas pelos contribuintes com total amparo da lei.

Logo, não pode prevalecer o entendimento e a possibilidade do aplicador da lei, com base em meras interpretações pessoais, no sentido de que, se uma determinada operação fosse realizada de modo diverso ensejaria uma tributação maior, possa identificar conteúdos econômicos diversos daqueles efetivamente queridos e realizados pelos contribuintes, e desconsiderar as operações formalmente legítimas para exigir tributo de acordo com as suas convicções subjetivas, sob a suposição de outra operação considerada por ele como sendo a real.

Via de conseqüência, na hipótese, o que se poderia supor é tratar-se de um planejamento tributário, por meio de um negócio indireto.

No negócio indireto, explica Tullio Ascarelli: *“As partes querem efetivamente o negócio que realizam; querem efetivamente submeter-se à disciplina jurídica dele, e não a uma disciplina jurídica diversa; querem também os efeitos típicos do negócio adotado, pois sem estes não alcançariam o objetivo que visam, o qual, embora não se identifique com a consecução de tais efeitos, necessariamente os pressupõe”* (“Problemas das sociedades anônimas e direito comparado”, 1ª ed., Bookseller, 2001, p.179).

Para ele, não se deve confundir o negócio indireto com a simulação, tendo em vista que a simulação pressupõe discordância entre a vontade das partes e a declaração formal, nem também se confunde com a fraude, pois nesta a ilegalidade não recai sobre a causa típica do negócio adotado pelas partes e sim recai no objetivo último por este concretamente visado.



Abílio Manuel de Almeida Morgado, defende ser o negócio indireto válido e não se caracterizar como ilícito, por configurar-se como “a celebração pelas partes de um negócio nominado, cujos efeitos são realmente queridos, não havendo, portanto, simulação, mas por um motivo ou para finalidade ulterior diversos dos que estão de acordo com a função típica, com a causa desse negócio, e correspondente a outro negócio típico ou tipificável”.

A mesma opinião tem o moderno Humberto Theodoro Júnior: “ (...) o negócio indireto usa uma via oblíqua, em lugar da via normal; usa um negócio típico fora de seu fim específico, mas o seu fim é, de fato perseguido, embora não dentro da normalidade. Tudo o que aparenta o negócio praticado é realmente querido. A divergência é de função apenas. É o que se passa com o uso do cheque pré-datado em lugar da nota promissória. Na simulação relativa, a diferença é de substância. Não se desvia o negócio aparente da função apenas. O negócio realmente querido é outro, essencialmente diverso: pratica-se, aparentemente, uma compra e venda, quando na realidade o que houve foi uma doação” (ob. Cit., p. 479 e 480).

Desta forma, se de tal operação resultou em lucro substancial que não é alçando por tributação, por não existir nenhuma previsão normativa nesse sentido, não cabe à autoridade administrativa, por faltar-lhe competência, poder descaracterizar fatos válidos e lícitos que se encontram acobertados e previstos pelas leis civis, comerciais e fiscais, para exigir imposto onde não existe hipótese de incidência e, por absoluta impossibilidade fática, não poderá ocorrer o fato gerador tributário.

Mesmo que considerados a operação ora questionada como negócio jurídico indireto, não haveria o que tributar, por absoluta falta de previsão legal, porquanto, se foram lícitos os meios e os processos utilizados, se a intenção das partes é alcançar o fim prático por meio do negócio adotado e declarado, e por conseguinte não está presente a simulação, é absolutamente lícito e legítimo o negócio jurídico indireto visando à economia fiscal.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de outros países, por opção, adotou a máxima constitucionalização do sistema tributário exatamente para



evitar usurpações de competências ou invasões injustificadas na esfera dos direitos dos cidadãos.

A legalidade no campo do Direito Tributário, à semelhança do Direito Penal, como ensinam Alberto Xavier e Paulo de Barros, revela-se exatamente por meio da tipicidade cerrada, um *plus a mais*, no sentido de que os fatos do mundo terão que se enquadrar minuciosa e integralmente ao tipo contido na norma. Nesse sentido prevalece o brocardo latino, *Nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*.

Para tanto, mister se faz que exista uma previsão normativa que vede, proíba ou obrigue a determinado comportamento. Sem que exista norma expressa em lei nesse sentido, prevalece a liberdade de interesse e de ação para os contribuintes em respeito à autonomia privada consagrada pela *Lex Mater*.

Logo, nenhum comportamento pode ser exigido dos contribuintes de modo diverso daquele por eles desejados, desde que sejam praticados por meios lícitos, sem manobras ou artifícios.

Nas lições de Gilberto Ulhôa Canto, *o legislador deve formular a norma de tal maneira que ela tenha o máximo de eficiência, abrangendo todas as situações econômicas de cada tipo. Entretanto, se ele não o faz, ao aplicador da norma falece poder de estender a sua incidência a hipóteses que, embora de conteúdo econômico parecido, não foram juridicizadas por dispositivo legal. O imposto deve levar em conta a capacidade contributiva do sujeito passivo; mas, sendo sua exigibilidade a resultante necessária da lei, somente desta poderá emanar obrigação tributária, já que o fato gerador é ato, negócio ou situação por ela definida, e não o resultado da respectiva dimensão econômica enquanto não tenha por ela sido encampado.*"

Como no entender de Lapatza, admitir-se a interpretação econômica seria "*permiten al intérprete, lisa y illanamente, prescindir de la Ley para establecer una igualdad de trato que sólo a la Ley está permitido establecer.*" Segundo ele, dar poder



ao intérprete para transcender a norma positiva aplicável ao caso concreto para buscar tratamento igual em situações economicamente similares, resultaria em uma dose de incerteza na aplicação dos tributos, com as negativas conseqüências econômicas que dela derivam e são incompatíveis com o princípio da segurança jurídica que todo Estado de Direito deve reconhecer em suas normas e aplicar na realidade.

Para Luciano Amaro, “se o legislador quiser tributar forma alternativa, basta fazê-lo de modo expresso, sem deixar para o intérprete a tarefa (ilegal) de estender o tributo para situações não previstas.” Deste modo, para ele, a legalidade estaria protegida, pois os negócios ou contratos serão alcançados pela tributação “não por terem igual conteúdo econômico, e sim porque a lei lhes conferiu igual tratamento jurídico”, não sendo admissível, portanto, que a consideração do conteúdo econômico possa transfigurar o negócio jurídico privado, sob pena de se sacrificar os princípios da legalidade, segurança jurídica e certeza do direito e contrariar, inclusive, o próprio CTN que veda a tributação e a isenção por analogia.

A consagração do princípio da legalidade traduzido por *nullum tributum sine lege*, por si só bastaria para rechaçar a aplicabilidade da interpretação econômica se ao lado dele não se colocasse, igualmente, por decorrência da legalidade, a obrigatoriedade do Fisco de procurar a real capacidade contributiva para realizar a isonomia tributária.

Sobre a isonomia em Direito Tributário, mister se faz ir em busca das lições de Alberto Xavier, um dos que melhor expressa o que seja a legalidade em matéria tributária, para quem a igualdade juntamente com a legalidade são os dois princípios cardiais do Estado, que tem por fim a justiça e a lei como meio de sua realização.

Para aquele mestre, a igualdade se apresenta sob duas facetas: uma negativa – a generalidade (todos são iguais perante a lei), e uma positiva – a medida da capacidade contributiva. Ainda, segundo ele, o princípio da legalidade se traduz pela reserva de lei, ou seja, todo e qualquer ato será inválido se e na medida em que contrariar uma lei preexistente, “todo e qualquer ato administrativo que interfira na liberdade ou na propriedade do cidadão carece de lei prévia que o autorize.”



Consoante aquele mestre, em matéria de criação de deveres e obrigações no campo tributário, exige-se a reserva de lei, sem exceção, com relação ao estabelecimento do conteúdo e elementos essenciais do tributo, de tal modo que ao juiz ou administrador tributário “não resta qualquer margem de liberdade na aplicação da lei ao caso concreto”.

Ainda, para Xavier, o Direito Tributário exige a tipicidade (a adequação e o ajustamento que o fato impositivo deve ter com a hipótese de incidência, em todos os seus aspectos, para que o efeito jurídico se produza), que é a própria idéia de segurança jurídica ínsita à proteção da confiança na lei fiscal que permite ao contribuinte conhecer antecipadamente o significado que o órgão aplicador das normas tributárias vai a estas imprimir.

Deste modo, legalidade ou tipicidade cerrada em matéria tributária significa que a ninguém é dado fazer ou deixar de fazer algo se não expresso em lei, não se pode exigir tributo sem expressa previsão de lei (*nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*), como também não se pode, sem lei, apurar infração e impor qualquer penalidade aos contribuintes.

A exigência de previsão expressa de lei busca, antes de qualquer outra coisa, evitar a possibilidade de que por considerações subjetivas, sejam praticadas arbitrariedades consubstanciadas por meio da inquisitorialidade do Fisco, que podem ser exarcebadas se facultada a apuração apriorística e discricionária da extensão da lei a hipóteses não expressamente tipificadas, o que implicaria em incerteza e insegurança para os contribuintes.

A tipicidade tributária, de conformidade com Abílio Manuel de Almeida Morgado, ocorre em *numerus clausus* e assemelha-se à tipicidade penal em um duplo aspecto, no sentido de que o legislador deve descrever taxativamente, de forma clara e precisa, os elementos essenciais constitutivos do crime ou infração, e que o intérprete limitar-se-á a subsumir o fato à norma, independentemente de qualquer valoração pessoal, o que implicaria na vedação da aplicação da analogia e da



interpretação extensiva, no sentido de atender à exigência constitucional da legalidade e da anterioridade da lei, com vistas a assegurar a liberdade e a segurança dos indivíduos.

Em defesa da possibilidade que é aberta ao contribuinte, no sentido de se admitir o planejamento tributário como um comportamento lícito, pode-se ir em busca das lições dos mestres José Souto Maior Borges e Lourival Vilanova, para os quais, o comportamento humano somente pode estar normativamente regulado em três modalidades: o permitido, o proibido e o obrigatório, não existindo outro modal deôntico que lhe possa ser referido, sendo que o estar obrigado é tão-só uma especificação das modalidades deônticas de regulação.

Desse modo, inexistindo norma proibitiva ou que obrigue o contribuinte a determinado comportamento, ou crie obrigação, não há como poder exigir dele comportamento que não se encontre expressamente previsto ou determinado por lei.

Portanto, sob esta ótica é perfeitamente admissível que o contribuinte possa se utilizar de quaisquer meios lícitos para economizar tributos e, por decorrência, deve-se considerar como legítimo o planejamento tributário.

A conclusão deste voto está rigorosamente afinada com a jurisprudência desta E. Câmara, que tem entendido ser legítimo o negócio jurídico indireto ainda que utilizado como instrumento de planejamento fiscal. Aliás, todo o debate em torno do presente caso merece correção de foco. A questão não é saber se houve ou não intenção de realizar negócio cujo efeito prático pode ser equiparado ao de uma compra e venda. O que deve ser investigado é se a estrutura adotada foi legítima e se seu regime jurídico foi observado. Em outras palavras, impende confirmar a circunstância concreta de que o negócio jurídico realizado pelas partes é autorizado pelo direito privado como foi demonstrado..

Neste sentido, esta E. Câmara ao analisar casos análogos em que a autoridade fiscal desconsiderou operações legítimas para reenquadrá-las e exigir tributos, afastou a exigência sob o argumento de que a simulação há que ser feita com



a intenção de prejudicar terceiros ou violar preceito legal, sendo indispensável, para caracteriza-la, que o ato praticado não pudesse ser realizado, quer por vedação legal, quer por outra razão, conforme expresso nos brilhantes votos da ilustre Relatora Dra. Sandra Maria Faroni, proferidos nos Acórdãos cujas ementas e trechos, transcreve-se a seguir:

Acórdão nº 101-94.127 – 28/02/2003 – 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que, por unanimidade de votos foi dado provimento ao recurso voluntário:

“IRPJ – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de ‘evasão ilícita’.” (Ac. CSRF/01-1.857/95 e 01.874/94 -).

IRPJ – INCORPORAÇÃO ATÍPICA – A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.”

“(…) Não há, na lei, qualquer restrição, quer a que a sociedade controladora incorpore controlada, quer a que sociedade deficitária incorpore uma superavitária, quer a que uma sociedade incorpore outra com patrimônio líquido negativo. Sendo o evento motivado por legítimos desígnios de reorganização societária, e desde que respeitados os direitos da minoria, não há obstáculos à incorporação. (….) A jurisprudência deste Conselho tem se firmado no sentido de que, para que se possa caracterizar a simulação em atos jurídicos, é indispensável que os atos praticados não pudessem ser realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. No caso, não havia qualquer impedimento para que fosse concretizado o ato jurídico que a fiscalização aponta como dissimulado (incorporação da Focom Fomento pela recorrente). Apenas não conseguiria, a nova empresa, a economia tributária via compensação de prejuízos.”

Acórdão nº 101-93704 – 06/12/2001 – 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes. Relatora: Dra. Sandra Maria Faroni. Por unanimidade de votos negar provimento ao recurso de ofício.

“GANHO DE CAPITAL – ACRÉSCIMO DO CUSTO ANTES DA ALIENAÇÃO DO INVESTIMENTO, POR SUBSCRIÇÃO DE NOVAS AÇÕES COM ÁGIO NA INVESTIDA - se todas as operações que precederam a alienação do investimento estão efetivamente comprovadas, foram operações independentes e possíveis de serem



realizadas, não pode o Fisco ignorá-las para considerar que tivesse ocorrido um único negócio.

(...) No caso, não havendo dúvidas quanto à efetividade dos atos praticados (aumentos de capital na RICE pela CAMIL, Holdinhs e na CAMIL Alimentos pela RICE, com formação de reserva de ágio), só podem ser eles impugnados pela fiscalização se restar provado terem eles sido simulados.

Não há dúvida de que as operações tal como praticadas, tiveram por objetivo diminuir o ônus tributário. Aliás, isto está declarado na Ata da AGE que aprovou a proposta de compra das ações pela ARFEI (que afinal foi concretizada com a RICE), que registra: 'competirá à proponente e à Comissão de Liquidação da COOPERATIVA buscar a forma jurídica e legal mais adequada e econômica do ponto de vista tributário à implementação dos objetivos manifestados neste instrumento'. Resta definir se o que ocorreu foi um recurso a meio legítimo para pagar menos tributo (planejamento tributário), ou a simulação, meio fraudulento em prejuízo da Fazenda Nacional.

Conforme define Clóvis Beviláqua, a simulação é uma declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito distinto do ostensivamente indicado. Constitui uma deformação do ato ou negócio jurídico para fugir à disciplina legal prevista. Na lição de Rubens Gomes de Souza, 'se o contribuinte agiu antes de ocorrer o fato gerador, a obrigação tributária ainda não tinha surgido e o direito do fisco ainda se encontrava em sua tese absoluta, não caracterizada nem individualizada em relação a um fato e a um contribuinte determinado: por conseguinte, o fisco nada poderá objetar se determinado contribuinte consegue, por meios lícitos, evitar a ocorrência do fato gerador, ou fazer com que essa ocorrência se dê na forma, na medida ou no tempo que lhe sejam favoráveis.'

A simulação há que ser feita com a intenção de prejudicar terceiros ou violar preceito legal, sendo indispensável, para caracteriza-la, que o ato praticado não pudesse realizado, quer por vedação legal, quer por outra razão.

(...) O presente caso enquadra-se perfeitamente na caracterização de negócio indireto descrita por Alberto Xavier. Efetivamente, as partes queriam e realizaram negócios jurídicos (aumento de capital na Camil Alimentos pela Rice com registro de ágio na investida e subsequente alienação do investimento da Cooperativa na Camil Alimentos à Rice) para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico do aumento de capital na CAMIL Alimentos pela RICE foi efetivamente querido, só que se limitou a funcionar como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes. Não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade.

Por todas as razões assinaladas, conclui-se não ter sido demonstrada e tipificada a simulação cogitada pela decisão de 1º grau tendo, ao contrário, sido



demonstrado a legalidade dos atos praticados e a submissão da Recorrente às suas conseqüências jurídicas, o que só poderia indicar, como referido, ter sido praticado planejamento fiscal lícito.

Sobre o agravamento da multa de ofício, impende observar que, de acordo com o artigo 957, II, do vigente Regulamento do Imposto sobre a Renda, a multa será de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que dispõe:

Art. 71. Sonegação é toda 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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.”

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, visando a qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.”

Da leitura dos dispositivos acima, verifica-se que a lei exige que o intuito de fraude seja evidente, que aflore com tal clareza que não se possa suscitar dúvidas acerca da má fé nos atos praticados, com o inequívoco propósito de violar a lei.

Partindo-se da premissa albergada no nosso ordenamento jurídico, no sentido de que quem acusa tem o dever de provar e de que ninguém pode ser acusado sem provas e sem que lhe seja dado o direito de opor-se e apresentar prova em contrário, especialmente na fraude, impõe-se à exigência de que cabe a autoridade fiscal apresentar as provas, irrefutáveis, da conduta configurada, além de contrária à lei, como fraudulenta.



Em outras palavras, a fraude consiste na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de excusar-se ao pagamento do tributo ou de pagar importância a menor.

Portanto, o núcleo caracterizador da fraude, assim como, da sonegação fiscal e do conluio é a exclusão ou redução de tributo, resultante da intenção dolosa de praticar manobras tendentes a enganar a Administração Tributária, posteriormente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

De acordo com as lições de Lapatza, a fraude pode ser detectada quando alguém *“actúa ‘en fraude de ley’, amparándose en una norma dictada com outra finalidad, consigue un resultado contrario a la ley”*. Para ele a fraude pressupõe uma dualidade de normas jurídico-tributárias, onde um ou vários atos dão origem a um resultado contrário a uma norma, encontrando-se eles amparados em outra norma ditada com finalidade diferente, podendo ser identificado por meio do abuso de formas ou pelo propósito de evadir total ou parcialmente o tributo.

Segundo Perez de Ayala, a palavra fraude é empregada no Direito Tributário para designar uma categoria ampla de infrações à lei fiscal, haja vista que em todas elas se pode detectar uma nota comum de realização com base em engano e tem o propósito de enganar a Fazenda Pública acerca dos elementos constitutivos da relação jurídico-tributária, realizando manipulações contábeis, declarações falsas ou incompletas, etc..

Por meio da fraude se busca obter um resultado econômico através de meios jurídicos diferentes dos normais, meios estes que natural e primariamente tendem à obtenção de fins diversos e que não se encontram gravados ou o estão em medida mais reduzida que os meios normais e usuais, podendo detectar duas normas, cujo comportamento abusivo e artificioso visa iludir (norma defraudada) por meio da aplicação de outra norma distinta, porém, mais benéfica (norma de cobertura).



No tocante à fraude, Lapatza recomenda, inclusive, cautela à Administração Tributária quanto à identificação dos respectivos elementos, pois tal hipótese somente deverá ser aberta quando patente o abuso ou o uso insólito de formas jurídicas previstas pelo legislador para outros fins, e o propósito provado de ilidir a incidência tributária com o fim único da evasão, pois, segundo ele, o uso abusivo da fraude pela Administração poderá introduzir um grau de incerteza incompatível com a segurança jurídica, a certeza e previsibilidade mínima exigida para que a economia e os agentes que nela intervêm possam atuar com o necessário nível de efetividade.

A necessidade de ser provada a fraude é tão cristalina, que, com a introdução do parágrafo único do artigo 116 do CTN, por meio da Lei Complementar nº 104, ficou ainda mais patente que para haver a desconsideração, é mister a prova de que a operação realizada, na verdade é uma simulação da operação real existente.

Não é o que se configura a hipótese em causa. Vale salientar, contudo, que o fato gerador objeto de autuação ocorreu no ano de 1999, e a edição do citado diploma legal deu-se no de 2001, portanto, mesmo admitida a sua aplicação, o que não é o caso, tal norma não poderia retroagir para ser aplicada a hipóteses pretéritas.

A tentativa de regulamentação desse dispositivo pela MP 66/02, que dava poderes à administração fiscal de desconsiderar negócios indiretos e que foi frustrada, em razão de sua rejeição pelo Congresso Nacional, atesta em definitivo a admissibilidade do negócio indireto para alcançar uma economia fiscal (ao menos até que a LC 104/01 venha a ser regulamentada).

Portanto, se as operações realizadas foram as, efetivamente, queridas pelas partes, gerando efeitos próprios e exclusivos delas e encontram-se ao abrigo da lei, não tendo afrontado ou violado norma expressa, não pode o Fisco desconsiderá-las e caracteriza-las como fraudulentas, pelo simples fato de ter sido obtido na operação, um efeito econômico diverso do normalmente gerado por tais operações,



especialmente quando a autuação encontra-se respaldada em meros indícios, interpretações e considerações meramente subjetivas da autoridade fiscal, sem que tenha sido apresentada qualquer prova cabal e irrefutável da suposta fraude.

O fato é que, foi realizada operação de subscrição de ações com ágio e, posteriormente, houve a retirada de acionistas. Nenhuma destas operações foram realizadas às escondidas ou resultado de artifício. Não poderia, como era desejo da autoridade fiscal, obrigar a Recorrente a fazer um negócio de compra e venda, simplesmente porque desta resultaria tributação, quando ela quis e realizou outras operações que se encontravam previstas em lei. Se dessas operações não resultou tributo a ser pago, nada há o que se fazer.

Caso se queira tributar tais operações, deve o Fisco coibi-la por meio de norma expressa que crie a hipótese de incidência tributária, quando posteriormente à subscrição com ágio, houver a restituição de capital a sócio. Inclusive, várias hipóteses como essa foram inseridas em dispositivo legal, como, por exemplo, no caso da distribuição disfarçada de lucros, dos preços de transferência, etc..

Todo o conjunto de atos e operações praticadas entre as partes, não revela ou indica que o negócio, tal como declarado, seria falso, que ele não teria sido colocado em prática efetivamente, e que teria vigorado entre as partes um outro negócio, oculto. Logo, só é possível supor que teria ocorrido um planejamento fiscal lícito, por meio de um negócio indireto, não passível de imposição de multa qualificada por fraude.

Assim é, porque na hipótese em causa, todas as operações foram praticadas de forma lícita, legítima e clara, com obediência de todos os requisitos legais e objeto de registros contábeis, os quais foram apresentados às autoridades fiscais e são do conhecimento de todos, não havendo qualquer outro ato ou operação mascarada.

Os atos realizados foram todos revestidos de legitimidade. Em nenhum momento a autoridade fiscal logrou invalidar ou argüir a falsidade de qualquer dos



documentos e atos praticados, bem assim imputar-lhes qualquer vício material ou de forma, portanto, trata-se de negócios válidos, lícitos e legítimos.

Em conclusão de todo o exposto, a Carta Magna, assegura a liberdade de fazer qualquer coisa que não seja vedada por lei (art. 5º, II), sendo um dos fundamentos do estado Brasileiro a livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170).

O fato é que a Recorrente não poderia ser obrigada a realizar uma compra e venda de suas ações e submeter-se a um suposto ganho de capital e tributação, somente em decorrência do desejo da autoridade fiscal, por que de tal ato resultaria tributo a ser pago. Como boa gestora de seus negócios, adotou um dos comportamentos previsto na lei. Se desse comportamento legítimo não resultou em tributo a pagar, repita-se, nada há o que ser feito, a não ser o legislador tributário que poderá alterar o alcance de institutos de direito privado.

Somente a título de argumentação, mesmo que a única intenção das partes fosse economizar tributos, e se considerasse a hipótese como planejamento tributário, ainda assim não haveria fraude, tributo a ser exigido ou penalidade a ser aplicada, porquanto, não se vislumbra no presente caso a figura da simulação, pois, nada foi escondido ou se encontra encoberto sob mantos artificiosos ou subterfúgios.

Ainda, e extremado-se toda a interpretação que poderia ser dado aos atos praticados pelas partes, é que se trataria de um planejamento tributário legítimo e acobertado de licitude, nunca a hipótese de simulação como quer a autoridade julgadora, ou caso de fraude, conluio ou sonegação, tudo sem qualquer especificidade, como quer a autoridade autuante.

Segundo o mestre Sampaio Dória, ninguém pode ser obrigado a adotar um caminho mais oneroso do ponto de vista tributário se a lei lhe abre possibilidades por meio das quais poderá fazer economia de imposto. Inclusive, um dos grandes princípios da boa gestão negocial é buscar formas de reduzir custos e economizar impostos.



Consoante o professor Sacha Calmon Navarro Coelho, não se discute que os contribuintes possam, por opção do sistema jurídico, economizar custos fiscais (leasing em lugar da compra-e-venda). Igualmente, que os contribuintes possam, também por ausência de proibição e inexistência de tipificação, pagar menos impostos como dever gerencial irrenunciável. (*A Norma Geral Antielisiva. In Tributação e Antielisão. Coleção Tributação em Debate. Curitiba: Juruá, 2003*).

Aplicando-se a extensa exposição aos fatos, objeto de autuação, conclui-se que na hipótese em causa, inexistente qualquer prova cabal da existência de fraude ou simulação, como exigido na legislação por serem crimes tipificados.

O Fisco não logrou comprovar qualquer artifício ou fingimento por parte da Recorrente que pudesse ser caracterizado como simulação.

Assim, 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 por crimes tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64.

Na hipótese em causa, todas as operações foram praticadas formalmente de forma lícita, legítima e clara, prevalecendo, portanto, o ato jurídico perfeito como instituto garantidor, tanto do interesse privado envolvido como do interesse público que demanda a segurança dos cidadãos no estado democrático de direito.

Por todo o acima exposto, conclui-se que:

1. os eventos acontecidos no mundo real, efetivamente guardam inteira consonância com a intenção e desejo querido e realizado pela Recorrente e pela NUTEC S/A., bem assim, os fatos ocorridos foram os efetivamente concretizados, sem que se vislumbre qualquer simulação;



2. não se detectam artifícios ou operações subjacentes acobertadas pelas transações efetivamente realizadas;
3. 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;
4. 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;
5. 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;
6. 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 do ato jurídico praticado pela Recorrente;
7. inexistente qualquer vedação ou óbice à realização das operações expressas nas leis fiscais, tendo em vista que os procedimentos adotados encontram fundamento legal;
8. 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;
9. as operações foram realizadas em benefício da sociedade NUTEC S/A., com os seus interesses plena e concretamente efetivados e o respectivo objetivo inteiramente cumprido. Ressalte-se que tal fato não foi questionado pela autoridade fiscal. O sucesso da operação e o benefício inquestionável da sociedade foi alcançado à medida em que, após a operação, o valor das ações foi infinitamente valorizado, a sociedade atingiu o mercado internacional com expressivo sucesso e o seu capital social foi efetivamente aumentado, apesar da saída de alguns dos antigos acionistas;



- 10.0 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;
11. 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.
12. 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 negocial 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).

Desta forma, ao que pese o bem elaborado trabalho da fiscalização, o esforço despendido pela decisão recorrida para enquadrar o negócio jurídico praticado pela Recorrente como simulação e, posteriormente, pela brilhante intervenção e argumentos despendidos pelo Nobre Procurador da Fazenda Nacional, entendo que todas as supostas evidências carreadas para os autos não são suficientes para invalidar os efeitos do negócio jurídicos praticado pela Recorrente, de vez que os fatos encontram-se devidamente respaldados nas leis civis, comerciais e tributárias, não se vislumbrando, portanto, qualquer hipótese de resistência ou ocultação de qualquer fato, pois tudo está às claras e encontram-se registradas e escrituradas na escrituração comercial e fiscal da Recorrente.

Sendo assim, e a vista de todo o exposto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 09 de setembro de 2003


VALMIR SANDRI - RELATOR

Processo nº: 11080.008088/2001-71
Acórdão nº: 101-94.340

RBS
Rec. 133 140

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL:

Como visto do minucioso Relatório, das sustentações orais do Patrono da Rcte. e do Senhor Procurador da Fazenda, dos memoriais por eles apresentados e, finalmente, do voto proferido pelo Relator, estão sob apreciação as exigências do IRPJ e da CSLL, bem como juros e multa, esta aplicada para as hipóteses de sonegação fiscal, sob o fundamento de que a recorrente teria deixado de submeter à tributação o ganho de capital na alienação investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, quando da baixa da participação societária que mantinha na empresa Nutec Informática.


Para assim concluir, a Fiscalização desconsiderou diversas transformações societárias ocorridas a partir de 15/06/99 na Nutec, abrangendo a entrada de uma nova sócia, a Telefônica, que subscreveu o aumento de capital social com ágio, passando à condição de controladora. Na data de seu ingresso foi celebrado acordo de acionistas estabelecendo o direito de os minoritários solicitarem o resgate de suas ações, de que se utilizou a recorrente e alguns outros acionistas, através da assembléia geral de 05/08/99.

Para sustentar a exigência a decisão recorrida louvou-se, exclusivamente em indícios, qualificando os atos societários de simulados, dado que o seu conjunto produziu os efeitos de uma compra e venda.

Antes, porém, de analisar os indícios que teriam induzido a Fiscalização a concluir pela ocorrência de simulação, mister se faz assinalar que, sendo o indício uma **prova indireta**, declara a doutrina processual que a presunção nele baseada, somente se prestaria para provar a ocorrência de fato a ser provado, quando reunir os requisitos de **gravidade, precisão e concordância**.

Em sua “Prova judiciária no civil e no comercial”, vol. V, 3ª ed. Max Limonad, 1968, págs. 398/399, o Ministro Amaral Santos, apresenta o entendimento de diversos tratadistas sobre cada uma dessas **condicionantes**, todavia, a fim de evitar tornar demasiado extenso este voto, transcreveremos apenas o consignado por um dos autores mencionados pelo Ministro, a respeito de cada um desses requisitos.

Assim, a **gravidade**, que diz respeito ao convencimento que as presunções infundem, segundo “CONIGLIO e LAURENT consistem nas que não induzem simples probabilidade mas probabilidade com a eficácia lógica de seguro convencimento”; **precisas** – “considera LESSONA – são as presunções inequívocas, sito é, quando delas não se pode deduzir mais que determinadas conseqüências” e; **concordantes**, assi-



Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

nala o Ministro, “quando todas convergem para o mesmo objeto, isto é, quando todas convergem para o mesmo resultado”.

Resumindo, o indício pode ser utilizado como meio de prova indireta, dando origem a uma presunção, quando: (i) propiciar um convencimento seguro, isto é, que não comporte dúvida razoável, (ii) não permitir que se extraia mais de uma consequência possível, ou seja, impossibilidade de existir alternativa, e (iii) apontar diretamente para o fato desconhecido de forma a não ser possível alcançar outro fato.

Outra consideração preliminar a respeito da prova simplesmente indiciária é a de que, segundo doutrina e farta jurisprudência administrativa, não pode ela ser aceita para a comprovação das infrações fiscais qualificadas pela simulação ou fraude, valendo atentar exemplificativamente para o consignado no Acórdão nº 103-11.865, prolatado em sessão de 05/12/91, acostado aos autos, *verbis*:

*“Porém, pra começo de abordagem, é sabido que indícios, **data venia**, apenas, não são suficientes para demonstrar a ocorrência concreta de figuras como a simulação, a fraude, a sonegação.*

*Indícios, autorizam, quando muito, a **presunção**, assim, mesmo, não dos/para os tipos supra referidos. Admitem-se as presunções, assim mesmo, quando expressamente prevista em lei, para se concluir no sentido de que a lei a acolhe com base suficiente para o lançamento.*

(...)

*Em direito, à guisa de **princípio maior**, tem-se assente que a simulação, a fraude, o conluio, etc., não se presumem.*

*Devem ficar sobejamente comprovados, estreme em qualquer dúvida a nível de princípio geral, tanto que há a regra maior do **in dubio** do C.T.N., art. 112.”.*

Feitas essas considerações preliminares, vejamos se os indícios apontados pela decisão recorrida possuem aqueles atributos de **gravidade, precisão e concordância**, que autorizariam, com segurança, a afirmar ter ocorrido a prática de simulação reveladora de uma compra e venda, isto é, se os fatos-indícios não permitem qualquer outra conclusão, dado serem eles a única sustentação apresentada pela Fisco para a grave acusação de sonegação, mediante simulação.

O primeiro desses indícios consistiria no fato de que parte dos valores aportados pela Telefónica na empresa NUTEC (e que se encontravam investidos em CDB's em nome da própria NUTEC) fora oferecida como garantia de empréstimos tomados pela recorrente, indicando, assim, que a ela já possuiria disponibilidade sobre os valores que lhe viriam a ser entregues por ocasião do resgate de suas ações. Embora parcialmente correto o alegado, incorretas são as deduções dele extraídas.

Como geralmente ocorre, nunca os vultosos valores aportados de uma só vez são investidos de imediato na própria atividade, ciente disso as partes concordaram que

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

uma parte dos CBD's fosse utilizada como garantia de empréstimos tomados pela recorrente e por outra empresa do grupo, viabilizando ou reforçando as garantias oferecidas pelo acionista detentor de 70,83 % das ações.

A autorização para caução não demonstra disponibilidade alguma pela recorrente, no máximo poderia implicar algum risco que, com certeza, os demais acionistas devem ter ponderado, adotando as providências para que ele não se consumasse.

Os empréstimos tinham prazo de vencimento coincidente com o vencimento dos CBD's, findo o qual as coisas retornariam ao estado anterior.

Por outro lado, afirmar que o acordo para que a recorrente oferecesse em garantia CBD's de apenas R\$ 148 milhões, quando era certo que o valor integralizado pela Telefónica atingiu R\$ 411 milhões, enquanto que o valor das ações resgatadas pela recorrente foi de R\$ 290 milhões, não faz o menor sentido, pois a desproporcionalidade entre os valores movimentados demonstra a impossibilidade de se alegar que a recorrente possuísse a disponibilidade sobre o suposto "preço" a ser pago pela sua participação societária.

Consigna o ilustre Procurador da Fazenda Nacional que a recorrente teria assumido obrigações não condizentes com a espécie de contrato celebrado (subscrição de capital), entendendo que as cláusulas de garantia seriam mais compatíveis com um negócio de compra e venda.

Todavia, outra é a conclusão, se considerada a dimensão do aporte realizado e o fato de ter havido troca do controle acionário da companhia, sendo natural que a Telefónica tivesse interesse em fazer com que os antigos controladores assumissem formalmente a responsabilidade pela regularidade contábil, fiscal, comercial, etc., da companhia, exigindo ainda o compromisso da recorrente quanto à regularidade das demais ações.

Com isso, evitaria o risco de descobrir, após a celebração dos negócios, que a sociedade possuía dívidas vultosas ou mesmo que um terceiro pudesse se tornar acionista da companhia, por conta da execução de garantias oferecidas pelos antigos acionistas.

Outro indício apresentado pelo Fisco estaria no fato de que apenas os CBD's que permaneceram na propriedade da NUTEC, após o resgate das ações, tiveram seus rendimentos apropriados, o que demonstraria que as partes já sabiam que os demais CBD's seriam entregues à recorrente para pagamento do resgate de suas ações. Quanto a este fato cabe esclarecer:

Primeiro: todos os CBD's foram devidamente contabilizados pela NUTEC no momento da realização do investimento;

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

Segundo: a não contabilização, em 30.06.99, dos rendimentos decorrentes de **todos** os CDB's, teve origem, segundo se alega, na espécie de rendimento para eles estabelecido, pois em razão do "swap" desses títulos para CDI (taxa pós-fixada), deveriam tais rendimentos ser contabilizados como decorrentes de renda variável.

Valendo assinalar, portanto, a inexistência de qualquer indício nesse fato, eis que foi dado idêntico tratamento contábil a **todos** os títulos em 30.06.99.

Como salienta a decisão recorrida "todos os CDBs foram utilizados pela NUTEC em operações de "swap" para troca das taxas pré-fixadas pela taxa CDI, deste modo não havia condições, em 30.06.99, de conhecer qual seria o rendimento efetivo da aplicação, cuja taxa só seria determinada por ocasião do vencimento do título (16.08.99). Nesse sentido, confirma-se, exemplificativamente, a cláusula 3.1 de contrato com o Deutsche Bank (fls. 345);

Igualmente nada comprova o fato de ao proceder aos registros dos resultados de **31.07.99**, a NUTEC somente ter registrado como receita os rendimentos que decorriam dos CDB's que continuaram a lhe pertencer após o resgate, pois certamente quando se procedeu à efetiva contabilização dos resultados desse mês (o que sempre ocorre após alguns dias do encerramento do mês), já se sabia ou já tinha ocorrido o resgate das ações.

Conclui-se, portanto, que a igualdade de tratamento para todas as aplicações em 30/06/99 e a diversidade em 31/07/99, encontra plena justificativa: (i) na incerteza quanto ao procedimento contábil e/ou rendimento a ser adotado nas aplicações suapadas; (ii) no conhecimento, quando foram contabilizadas as operações referentes ao mês de julho, da ocorrência do resgate e conseqüente outorga dos CDB's à recorrente.

Por outro lado, como alega a recorrente, se tivesse ocorrido o reconhecimento dos rendimentos em 30.06.99 aumentaria o valor contábil do patrimônio líquido da empresa, aumentando, em conseqüência, o valor do resgate. Por este prisma, não havia interesse na opção por uma das formas possíveis de contabilização, visto que, se fossem contabilizados, a recorrente sairia com maior valor nominal, em caso contrário, sairia com menor, todavia, em sua substância, seria equivalente ao primeiro, pois receberia CDB's pelo seu valor nominal, mas com os rendimentos neles embutidos.

Outro suposto indício seria a existência de um outro acordo ("acordo 2"), firmado entre a nova controladora e outros acionistas da NUTEC, de que não foi parte a recorrente, portanto, a ela não pode ser imposta qualquer obrigação dele decorrente. Além do mais, nele se afirma ser sua vigência "**no dia 05 de agosto de 1999, ou outra data que venha a ser acordada pelas partes por escrito**". Vale dizer, havia uma possibilidade de o "acordo 2" entrar em vigor em 05/08/99 ou em qualquer outra data que a recorrente decidisse solicitar o resgate de suas ações, sendo certo que poderia nunca entrar em vigor, se a recorrente optasse por permanecer na sociedade.

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

O referido “acordo 2” não obrigava a recorrente a sair da NUTEC, já que ela não era parte nele, não sendo possível imputar-lhe conseqüências de contrato celebrado sem o seu conhecimento e participação. A recorrente e todos os demais acionistas minoritários, em face do assumido no Acordo nº 1, poderia permanecer na sociedade se o desejasse, não sendo possível opor a esse direito o pactuado no “acordo 2”.

A menção à data de 05/08/99, tem origem no acerto informal entre a recorrente e a Telefônica, como consta da informação à resposta da questão nº 6 do Termo de Intimação de 02/03/01, fls 153 dos autos, quando se reuniram para a apresentação do planejamento estratégico da sociedade.

O interesse da controladora de celebrar dois acordos seria justificável pelo fato de cada um reger uma situação específica: o primeiro regraria as relações sociais na hipótese de permanência da recorrente na sociedade, ao passo que o segundo (“acordo 2”) conteria disposições que obrigariam apenas os sócios remanescentes, na hipótese de a recorrente solicitar o resgate de suas ações.

Tanto assim é que a vigência do “acordo 2” era condicionada a um evento futuro e incerto: ele somente entraria em vigor se e quando a recorrente viesse a se decidir pelo resgate de suas ações, o que veio a ocorrer na data previamente agendada para discussão de questões relevantes para a condução dos negócios sociais (05.08.99).

Conclusivamente afirmou o comercialista, Dr. MODESTO CARVALHOSA, em Parecer acostado aos autos:

*“É necessário, entretanto ressaltar que **nenhum dos instrumentos contratuais criou para a consulente a obrigação de se retirar da sociedade em momento determinado.** Ao contrário, foi-lhe assegurada a opção de retirar-se ou não, opção essa cujo exercício dependeria unicamente do consulente*

*Assim, como não havia nenhuma obrigação de retirar-se da sociedade, mas uma **mera faculdade**, também não havia qualquer possibilidade jurídica de ser a consulente excluída da sociedade contra sua vontade” (negritamos)”*

De qualquer forma, a existência do “acordo 2” só poderia demonstrar, por um lado, a intenção pré-existente da Telefônica de permanecer no negócio sem a recorrente. De outro lado, poderia demonstrar, até com elementos constantes do “Acordo 1”, que também a recorrente estava apta a sair da sociedade. Tais intenções não permitem concluir tratar-se de simulação, isto é, não é prova de qualquer compra e venda em 15/06/99.

Os negócios jurídicos pertinentes à adesão do novo sócio e sua qualificação como novo controlador atenderam a todas as formalidades necessárias, produzindo suas conseqüências jurídicas, sendo certo inexistir lei no País que obrigue as partes a adotar estruturas formais que as levem a pagar mais tributos.

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

A Fazenda Nacional sustenta que o ágio pago pela Telefónica teria sido utilizado de forma indevida, dado que não foi diretamente aplicado nos objetivos sociais da NUTEC e que os fatos, tal como ocorridos – integralização de um aumento de capital com ágio e posterior resgate de capital de acionista minoritário –, sinalizariam um desvirtuamento da função do ágio pago pela Telefónica, que teria sido utilizado em benefício da recorrente.

Ao contrário do alegado, como demonstrado em considerações adicionais ao memorial anteriormente apresentado, diversas foram as conseqüências no seio da empresa com o ágio pago no ingresso do novo sócio, não procedendo a afirmação de que os valores aportados teriam a final sido entregues à recorrente.

Entre elas, a materialidade no aumento de capital havido, pois enquanto antes da integralização o Capital da NUTEC era de R\$ 4.638.764,16, após o resgate do capital da recorrente passou a ser de R\$ 76.698.565,22.

A NUTEC no período que mediou entre a entrada do novo sócio e a saída da recorrente teve a disponibilidade dos recursos aportados, permitindo-lhe a adoção de diferentes aplicações financeiras (CDB's com swap para CDI e fundos de investimento) em variadas instituições financeiras, declara-se ainda que nesse período adquiriu outros portais de Internet, utilizando-se dos valores integralizados com o aumento de capital.

Sob a óptica jurídica, ocorreu total reorganização societária, com a criação de novas ações, a possibilidade de conversão e troca de ações ordinárias em preferências, a saída de outros acionistas etc.

O mais importante, porém é que o ágio pago por um acionista ao integralizar aumento de capital é registrado na sociedade investida em conta de reserva de capital, que, nos termos do artigo 200 da Lei nº 6.404/76, a Lei das SA, somente pode ser utilizada em objetivos específicos, entre os quais o resgate de ações. Logo, é incorreto falar-se em desvirtuamento da função do ágio, quando ele é utilizado para cumprir um de seus possíveis objetivos.

Sendo certo que, segundo os fundamentos do direito societário, uma das funções do ágio é a proteção do acionista, vez que impede a diluição injustificada da participação dos acionistas originários: não é correto afirmar que o destino dado aos valores pagos a título de ágio foi entregue a recorrente.

Em conclusão, não é correta a afirmativa de que o valor do ágio que - em um primeiro momento registrado em conta de reserva de capital – teria tido utilização incompatível com sua natureza, a ponto de autorizar a conclusão de que teria sido o instrumento de uma simulação.



Do exposto, verifica-se serem tantas as motivações/razões/finalidades para os procedimentos adotados, que nenhum dos supostos fatos apontados como indícios se reveste daqueles requisitos de gravidade, precisão e concordância que a doutrina considera indispensáveis para a formação de presunção comprovadora da existência de uma simulação, isso para alegar, se a simulação por indícios pudesse ser provada, o que a jurisprudência nega, como já vimos.

Para reforçar e ainda se contrapor aos supostos indícios, consta no Relatório da própria decisão recorrida que, após a integralização do capital, havia sido “ainda deliberado que os membros da administração e os acionistas elaborariam em conjunto até o fim do mês um plano trienal de negócios da Nutec” (fls. 5 da decisão recorrida).

Do mesmo modo, também reforça a inexistência de qualquer suposta compra e venda em 15/06/99, o documento apresentado pela própria Fiscalização, quando, *a posteriori*, pediu a juntada aos autos de parte do documento da oferta pública de subscrição de ações (IPO) da TERRA NETWORKS, S/A., devidamente traduzido, no qual a empresa ao apresentar ao público o rol dos grupos que a formavam, em relação a TERRA NETWORKS DO BRASIL, S/A. - BRASIL., declara:

“Atualmente, a Telefónica Interactiva Brasil, Ltda (“TIB”), uma sociedade controlada 99,99% pela TERRA, é titular de 96% das ações da Terra Networks Brasil, S.A. (antes denominada Nutec Informática, S.A.), tendo sido pago um valor de 192.000.000 de dólares norte-americanos pela referida participação, sem que interviesse informe de valoração independente. O valor teórico contábil na data de compra da Terra Networks Brasil era de 6.171 milhões de pesetas.

A obtenção do controle da Terra Networks Brasil S.A. foi realizado em duas fases:

*1. Em 15 de junho de 1999, os acionistas da Terra Networks Brasil S.A. (antes denominada Nutec Informática, S.A.) ajustaram um aumento de capital por um montante equivalente a 17,67%, com o objeto de que fosse assinado pela Telefónica Interactiva Brasil, Ltda (“TIB”), uma sociedade controlada 100% pela TERRA. Nesta mesma data, a TIB e o restante dos acionistas da Terra Networks Brasil S.A. assinaram um contrato entre acionistas onde era estabelecido que a TIB **era titular da maioria de votos e dava-se ao restante dos acionistas a possibilidade de separação da sociedade.***

2. Posteriormente, em virtude de um contrato datado de 5 de agosto de 1999, a RBS Administração e Cobranças Ltda e determinados acionistas minoritários da Terra Networks Brasil S.A. ajustaram sua desvinculação com esta sociedade. A referida separação deu lugar à conseqüente redução de capital social, que permitiu a participação da RTIB na Terra Networks Brasil S.A. aumentar de 16,67% para 96%.” (negritos da transcrição)

Como se consigna no último memorial da recorrente ainda que se admitisse, para argumentar, que tivesse havido a intenção de dispor das ações, isso não significaria ter ocorrido uma compra e venda. De fato, como se verá, tal intenção revelaria ter ocorrido negócio jurídico indireto, cujo resultado prático implicou que, ao final, a Tele-

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

fónica tenha ficado com ações da NUTEC, que haviam sido subscritas por ela, e a recorrente, sem suas ações que foram objeto de resgate.

Isso porque, se na hipótese de ser descoberta a intenção de uma das partes de dispor e da outra parte de ficar com a coisa, tivéssemos *sempre e necessariamente* configurada a realização de uma compra e venda, ter-se-ia que todas as demais estruturas jurídicas possíveis que viessem a ser adotadas e que produzissem resultados práticos *equivalentes* corresponderiam a um negócio simulado e o negócio equivalente (a compra e venda) seria o negócio verdadeiro e dissimulado.

A distinção entre simulação relativa e negócio jurídico indireto, é que naquela, as partes adotam uma determinada estrutura jurídica – o negócio *simulado* –, mas não se sujeitam às regulares conseqüências jurídicas decorrentes dessa estrutura. Na verdade, o negócio jurídico ao qual as partes se subordinam é outro, oculto e *dissimulado*. O negócio simulado é um mero disfarce, uma ficção, um embuste. Não produz, nem pode produzir, conseqüências jurídicas próprias. As partes não respeitam o regime jurídico do negócio declarado (simulado), porque ele é, na verdade, inexistente. O que há é o negócio dissimulado, oculto, que corresponde àquilo que as partes querem e a cujo regime se submetem.

Adotando-se o entendimento da recorrente plasmada no referido memorial, dada a sua clareza, tem-se que:

“Na simulação, há um simulacro de negócio jurídico (negócio aparente), mas as partes rejeitam as conseqüências jurídicas que dele decorreriam, submetendo-se, ao contrário, à estrutura jurídica do negócio dissimulado, que permanece oculto. É por essa razão que Emílio Betti assinala que na simulação relativa o sentido do negócio é dado pelo que as partes convencionaram “através da contra-declaração que mantêm oculta”. E continua:

“A contra-declaração é uma espécie de negócio auxiliar, que se incorpora no negócio simulado, e desempenha a função de uma interpretação autêntica, com a qual as partes determinam o significado subjetivo da declaração aparente, neutralizando-lhe o significado objetivo, tanto no sentido de paralisá-lo em parte (por ex., quanto ao correspondente convencionado), quer no sentido de desviá-lo (da pessoa interposta para o sujeito dissimulado), quer no sentido de retificá-lo.”¹

Vale ainda citar Caio Mário da Silva Pereira, que assinala: “*Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tenha a aparência normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente devia produzir*” (sublinha nossa)².

¹ “Teoria Geral da Relação Jurídica”, tradutor e anotador Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN Ed., 2003, p. 288.

² “Instituições de direito civil”, 19ª ed., vol. 1, Forense, p. 339.

Como se verifica, na simulação há declaração enganosa. O verdadeiro negócio é o que resulta da contra-declaração a que se refere Betti. Ademais, as partes querem alcançar os efeitos que decorrem da contra-declaração e não os efeitos jurídicos que deveriam ser produzidos a partir do negócio simulado, como ensina Caio Mário.

O conceito exato de simulação já basta para concluir pela impossibilidade de se falar nessa figura jurídica no caso concreto, por não haver contra-declaração alguma. Em nenhum momento demonstrou-se existir declaração que negasse os efeitos jurídicos próprios dos negócios realizados. O aumento de capital, o acordo de acionistas, as assembléias gerais e o resgate realizaram-se ostensivamente, foram objeto de todos os registros contábeis e societários e seus efeitos jurídicos foram rigorosamente observados. Não há como se entender, no caso, que se trata de simulação.

De outro lado, no negócio jurídico indireto as partes adotam determinada estrutura, sujeitando-se às suas conseqüências jurídicas. No entanto, pretendem elas, por meio da efetiva utilização dessa estrutura jurídica, alcançar resultado prático ulterior que não é típico dela. No negócio jurídico indireto, há sempre resultado prático diverso do que seria próprio da forma ou estrutura adotada. Esta, precisamente, a intenção das partes: eles *querem, realizam e subordinam-se* à estrutura jurídica do negócio adotado para atingir *resultado prático ulterior não típico* desse negócio. Para que o negócio jurídico indireto seja válido, é necessário que cada ato praticado seja lícito à luz da legislação de regência e que não haja norma proibitiva que vede o resultado final alcançado, já que, nesta última hipótese, restaria configurada uma fraude à lei.

Esta, portanto, a nota característica e específica do negócio jurídico indireto: nele há *necessariamente* a intenção das partes na consecução de uma finalidade ulterior, que vai além das finalidades típicas do negócio celebrado. Todavia, nada obstante busquem a realização de um fim atípico, as partes querem efetivamente realizar todos os atos que praticam, submetendo-se *integralmente* à estrutura jurídica do negócio escolhido. Nesse sentido a lição de Ascarelli:

“A característica do negócio quando usado com fins indiretos, está no fato de que as partes visam a alcançar um fim que não é o típico do negócio adotado: usam da transmissão da propriedade para fins de garantia; da adoção para nomeação de um herdeiro, e assim por diante. Mas, como já se notou, a disciplina a que se sujeitam às partes continuam a ser sempre, fundamentalmente, aquela do negócio adotado.”³



³ “O Negócio Indireto”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, p. 171 (sublinhado nosso).

No caso concreto, não há como negar que a disciplina jurídica adotada foi diversa da disciplina de uma compra e venda. Realmente, como se viu acima, os negócios foram praticados e as partes se sujeitaram às suas conseqüências jurídicas. Ademais, a estrutura adotada consistiu em dar à recorrente a opção de ficar na sociedade ou dela sair. Tal opção é incompatível com o contrato de compra e venda. O fato de a recorrente ter efetivamente saído da sociedade não afasta o que se disse quanto à estrutura adotada; nem provaria algo diverso, o fato de se supor que a opção confirmasse a suposta intenção de a recorrente dispor de suas ações. Isto porque, ainda que assim se entendesse, seria de rigor chegar à conclusão de que se pretendeu realizar negócio jurídico indireto.

Conclui-se, portanto, que a diferença entre a simulação e o negócio jurídico indireto é o fato de que, na primeira, as partes não se subordinam à estrutura jurídica do negócio adotado. Elas não querem que o negócio adotado produza as suas conseqüências jurídicas, subordinando-se a um outro negócio, oculto e dissimulado. No negócio indireto, ao contrário, as partes querem e efetivamente submetem-se às conseqüências jurídicas do negócio praticado, pois é através delas que será possível a obtenção dos resultados ulteriores não típicos desse negócio, almejados pelas partes. O civilista português Manuel A. Domingues de Andrade aponta com precisão a distinção entre as figuras aqui tratadas, como se lê, *in verbis*:

“De toda maneira também o negócio indirecto sempre se distinguirá da simulação (relativa), uma vez que as partes querem verdadeiramente o negócio-meio, com os efeitos que lhe são próprios, embora só para conseguirem através dele um resultado prático diverso do que lhe é normal.”⁴

Novamente reportando-se ao caso concreto, verifica-se que as partes teriam desejado verdadeiramente o aumento de capital com ágio, como negócio-meio, pois somente com os efeitos que lhe são próprios teria sido possível alcançar os resultados supostamente pretendidos: aumento de capital, equivalência patrimonial e resgate.

O negócio indireto, a par de ser feito à luz do dia, contém muitas das vezes, em suas cláusulas, elementos que permitem identificar o fim prático perseguido. É nesse sentido que Ascarelli assinala que *“muitas vezes, esse escopo (o ulterior, não típico da estrutura negocial adotada) transparece claramente das cláusulas do negócio, que não são subtraídas ao conhecimento de terceiros e, não raro, ressaltam do próprio documento que menciona o negócio realizado entre as partes. O processo desenvolve-se, às vezes, à luz do sol e não há homem experimentado que se engane sobre suas finalidades.”⁵*

⁴ “Teoria Geral da Relação Jurídica”, vol. II, 7ª reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 180.

⁵ Ob. cit., p. 180 – esclarecemos.

A citação feita auxilia grandemente o deslinde da presente questão. Com efeito, como visto do exame dos indícios apontados pela Fiscalização, há várias cláusulas que poderiam apontar para solução prática que envolvesse a disposição das ações pela recorrente e a permanência da Telefónica na qualidade de controladora da empresa. Ainda que tal intenção pudesse resultar de uma ou outra cláusula dos negócios realizados, isto só demonstraria ter ocorrido verdadeiro negócio jurídico indireto. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, tais cláusulas não revelam qualquer simulação, até porque decorrem do negócio declarado e não de uma contra-declaração”.

O próprio Emílio Betti, no clássico *Teoria Geral do Negócio Jurídico*⁶, trazido à colação pelo ilustre Procurador da Fazenda Nacional, reconhece que nem sempre há simulação, mesmo quando a estrutura adotada não é exatamente a prevista pelo direito para a finalidade visada pelas partes.

Quando as partes têm intenção (finalidade prática) que não é própria e inteiramente adequada à estrutura adotada, pode haver negócio jurídico indireto se, através dessa estrutura, for possível alcançar o resultado prático pretendido. Neste caso, há discordância relativa, que, entretanto, não tem o caráter de incompatibilidade (que é total) entre os meios adotados e os fins perseguidos, *tratando-se de simples inadequação (que é relativa)*. Neste caso, há negócio jurídico indireto.

Leia-se, a propósito, o ensinamento de Betti:

*“A discrepância entre a causa típica do negócio escolhido e a intenção prática pretendida em concreto, pode configurar uma verdadeira incompatibilidade: e então teremos o fenômeno da simulação. Mas também pode ter o caráter de uma simples incongruência ou discordância (inadequação), entre meios e escopos que são entre si compatíveis: e nesse caso teremos o fenômeno do negócio indireto, ou o do negócio fiduciário.”*⁷

Portanto, no caso concreto, mesmo se considerada fosse a tese de que o objetivo visado era o resgate das ações, inexistiria incompatibilidade, que só se verifica quando as conseqüências do negócio não têm qualquer possibilidade de realizar o intento subjetivo das partes. A incompatibilidade é essencial para distinguir a simulação do negócio jurídico indireto, pois sua total inadequação supõe uma contra-declaração através da qual as partes podem alcançar o que pretenderam.

Ressalte-se, por oportuno, que ao contrário da simulação, que é um defeito do ato jurídico que acarreta a anulação ou a nulidade do negócio (caso se adote a sistemática do Código Civil de 1916 ou a do Código Civil atual), o negócio jurídico indireto é legítimo, desde que todos os atos tenham sido praticados licitamente, com observância da legislação de regência.

⁶ Ob.cit., p. 277 e ss.

⁷ Ob.cit., p. 278 – destaques no original.

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

Em conclusão, não tendo sido feita demonstração de que os atos jurídicos-societários não teriam sido praticados, que eram irrealis ou mentirosos, não há como qualificar essas operações societárias como atos simulatórios, confundindo a figura da simulação com o negócio indireto, eis que são distintas, como expressamente declara Orlando Gomes:

“Para haver negócio indireto é preciso que, através de negócio típico, que as partes quiseram realmente realizar, seja visado fim diverso do que lhe corresponde. O negócio é querido pelas partes; por isso não se pode identificar o negócio indireto com o negócio simulado. Há quem os assimile, mas sem razão. Neste, como sabe, ou o negócio verdadeiro não existe ou é aparente.” (“Introdução ao direito civil”, 1ª ed., Forense, 1989, p. 370).

O reconhecimento do negócio jurídico indireto, como meio legítimo de planejamento fiscal sem ofensa à lei, isto é, quando os meios utilizados forem considerados lícitos em face do direito privado, como ocorre na espécie, têm sido reiteradamente afirmado por esta Câmara e pela CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS.

Não havendo prova da existência e prática de um negócio oculto e que o negócio declarado não teria se realizado, não se pode falar em simulação relativa. É o que foi decidido, por unanimidade, por esta 1ª Câmara, em sessão de 16.10.02, através do acórdão nº 101-93.983, do qual fui relator:

“LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. – Presente a relação negocial entre as partes contratantes, do que resulta celebração de negócio jurídico efetivo, afastada está a figura do ato jurídico simulado.”.

Igualmente se verifica do Acórdão 101-93.616, unânime, de que foi Relatora a eminente Conselheira Sandra Maria Faroni, quando consignou:

“Pode ser que as operações de swap contratadas entre a CTVM e o Banco, especialmente aquelas em que a Recorrente. garantia a variação do CDI contra a variação do ouro, tenham tido por objetivo diminuir ônus tributário do GRUPO CCF. (...)

Resta definir se o que ocorreu foi um recurso a meio legítimo para pagar menos tributo (planejamento tributário), ou uma simulação, meio fraudulento em prejuízo da Fazenda Nacional.

(...)

(...) Efetivamente, as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico do swap (troca de posições financeiras) foi realmente querido, só que se limitou a funcionar como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes.”



Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

A CÂMARA SUPERIOR já proclamou que os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado e se o ato praticado for lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita. Leia-se o consignado na Ementa do Acórdão – CSRF/01 – 01.874, de que foi Relatora a então Presidente, Dra. MARIAM SEIF, *verbis*:

“I.R.P.J. – SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO – Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há com qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a pratica do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas com casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.”

A ratificação desse entendimento está em manifesta concordância com o direito tributário vigente, em face da rejeição da alteração visada com a edição da MP 66/02, que previa a possibilidade de descaracterizar negócios jurídicos, praticados com o objetivo de economizar tributos, a fim de submetê-los à tributação que adviria caso os negócios jurídicos tivessem sido outros, ou seja, aqueles preteridos em face do planejamento, como expressamente se lê no art. 14 e seus parágrafos daquela medida, *verbis*:

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

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

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

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

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

Finalmente, *ad argumentandum*, também não teria o menor cabimento cogitar-se, na hipótese dos autos, da aplicação da multa agravada, prevista na legislação vigente para os casos de “evidente intuito de fraude”, dado que, como assinala a Rcte, “evi-

Processo nº: 11080.008088/2001-71

Acórdão nº: 101-94.340

dente intuito de fraude” não significa evidente intenção de não pagar tributo, mas sim a constatação, de forma **evidente**, do uso de uma fraude.

Evidente é aquilo que não oferece dúvida, dispensando demonstração, que é manifesto, assinalando De Plácido e Silva, no seu vocabulário jurídico que:

“O fato é evidente quando está exuberantemente provado. E a prova é evidente quando não pode haver contra ela qualquer oposição ou impugnação.”

É postulado básico de hermenêutica que a lei não possui palavras inúteis. Se da norma consta o adjetivo **evidente** é porque ele significa algo ao simples **intuito de fraude**, qualificando-o.

Em face de todo o exposto, conheço do recurso por tempestivo e, no mérito, voto para dar-lhe provimento.

Brasília (DF), em 9 de setembro de 2003.


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Conselheiro.

73