



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**OITAVA CÂMARA**

---

<b>Processo nº</b>	11080.009668/2004-28
<b>Recurso nº</b>	149.392 Voluntário
<b>Matéria</b>	IRPJ - Ex.: 2000
<b>Acórdão nº</b>	108-09.227
<b>Sessão de</b>	28 de fevereiro de 2007
<b>Recorrente</b>	EPART ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
<b>Recorrida</b>	1ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

---

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 1999

Ementa:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO - ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - Configura erro na identificação do sujeito passivo, quando o Fisco não lavra o auto de infração na empresa onde foram efetuados os aportes financeiros e para qual foi dirigido o ganho econômico, quando ela permanece ativa após os fatos considerados como simulados e controlada pela pessoa física beneficiada, direta ou indiretamente, pela não tributação do ganho de capital na alienação de participação societária.

IRPJ E CSLL - DECADÊNCIA - O Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquidos, são tributos cuja legislação prevê a antecipação de pagamento sem prévio exame pelo Fisco, está adstrito à sistemática de lançamento dita por homologação, na qual a contagem da decadência do prazo para sua exigência tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (art. 150 parágrafo 4º do CTN). Ocorrendo a ciência do auto de infração pela contribuinte no ano de 2005, cabível a preliminar de decadência suscitada para os tributos lançados no ano-calendário de 1999.

PENALIDADE QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - INOCORRÊNCIA - SIMULAÇÃO RELATIVA - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos

*Handwritten signature and initials*

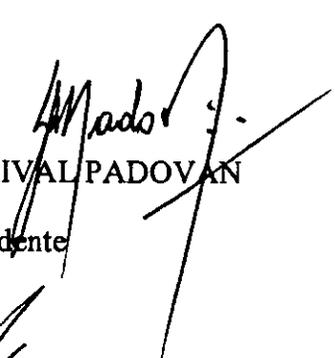
públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos.

Preliminar de nulidade acolhida.

Preliminar de decadência acolhida.

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

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade por erro de identificação do sujeito passivo em relação ao item 001 (ganhos e perdas de capital) e, no mérito, em relação ao item 002 (adições não computadas na apuração do lucro real), por unanimidade de votos, REDUZIR a multa de ofício para 75% e, em decorrência da redução da multa, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência das exigências (IRPJ e CSL), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Nelson Lósso Filho (Relator), Ivete Malaquias Pessoa Monteiro e José Carlos Teixeira da Fonseca que acolhiam a decadência apenas em relação ao IRPJ. Designado o Conselheiro Margil Mourão Gil Nunes para redigir o voto vencedor.



DORIVAL PADOVAN

Presidente



MARGIL MOURÃO GIL NUNES

Redator Designado

FORMALIZADO EM:

30 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAREM JUREIDINI DIAS, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e JOSÉ HENRIQUE LONGO.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'HJ' or similar, written in a cursive style.

## Relatório

Contra a empresa Epart Administração e Participações Ltda., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls. 160/165, CSL, fls. 166/173, por ter a fiscalização constatado as seguintes irregularidades no ano-calendário de 1999, descritas às fls. 04:

*"1- Ganhos e Perdas de Capital – Alienação de Investimento Avaliado pelo Valor do Patrimônio Líquido – Falta de contabilização do ganho de capital apurado na alienação de investimento permanente avaliado pelo valor do Patrimônio Líquido, conforme Relatório de Atividade Fiscal, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito à tributação.*

*2- Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real – Reavaliação de Bens na Coligada ou Controlada – Alienação/Liquidação do Investimento ou Capitalização da Reserva de Reavaliação.- Ausência de adição ao lucro líquido do período, na determinação da base de cálculo do tributo, da Reserva de Reavaliação Reflexa decorrente do investimento na controlada ELEVADORES SÛR, a qual deveria ter sido realizada por ocasião da alienação do referido investimento."*

A descrição dos fatos é complementa pelo Relatório da Atividade Fiscal de fls. 175/234, do qual transcrevo o seguinte excerto:

*"Para uma adequada compreensão das operações realizadas, mister um breve resumo dos principais negócios jurídicos implementados pelas partes envolvidas, que culminou com a celebração, em 08/09/99, do CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE AÇÕES (Anexo I):*

*Em 22/09/98, através de uma Assembléia Geral Extraordinária (AGE), os acionistas de ELEVADORES SÛR deliberaram pelo cancelamento do registro de capital aberto de ELEVADORES SÛR, tornando a sociedade companhia de capital fechado;*

*No dia 04/08/99<sup>1</sup>, os ALIENANTES ingressaram no quadro societário da 5246 PARTICIPAÇÕES, subscrevendo um aumento de capital de R\$ 700,00, bem como a formação de reserva de capital no valor de R\$ 1.400,00, mediante a emissão de 7.000.000 de ações. Com isso, o capital social da 5246 PARTICIPAÇÕES passou a ser dividido em 17.000.000 de ações. A subscrição do aumento de capital se deu de tal forma, que foi mantida, aproximadamente, a mesma participação que os acionistas detinham em ELEVADORES SÛR;*

*No dia 04/08/99, um dos antigos acionistas de 5246 PARTICIPAÇÕES, EDUARDO DUARTE, até então detentor (juntamente MÁRCIA LÚCIA COELHO DOS SANTOS) de 100% das ações de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES, renunciou ao cargo de diretor da empresa. MÁRCIA LÚCIA COELHO DOS SANTOS já havia renunciado ao cargo anteriormente, em 20/04/99;*

<sup>1</sup> Embora tenha sido realizada em 04/08/99, o protocolo na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA) está datado de 03/09/99;

No dia 05/08/99, EDUARDO DUARTE e MÁRCIA LÚCIA COELHO DOS SANTOS, alienaram as 10.000.000 de ações que detinham na 5246 PARTICIPAÇÕES para a própria 5246 PARTICIPAÇÕES pelo valor de R\$ 1.400,00. Com isso, a 5246 PARTICIPAÇÕES passou a deter 10.000.000 de AÇÕES EM TESOURARIA, ou seja, passou a deter 10.000.000 de ações de sua própria emissão;

No dia 15/08/99<sup>2</sup>, os ALIENANTES subscrevem um aumento de capital na empresa 5246 PARTICIPAÇÕES no valor de R\$ 36.653.340,00, o qual foi integralizado mediante a conferência das ações que eles detinham na empresa ELEVADORES SÚR;

No dia 27/08/99<sup>3</sup>, a THYSSEN INDUSTRIES, juntamente com a THYSSEN ELETEC LTDA., CNPJ 01.189.622/0001-72, constituíram, no Brasil, a empresa THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES, com um capital social subscrito de R\$ 100,00, a ser integralizado no prazo de um ano;

No dia 05/09/99, EDUARDO DUARTE e SIMONE BÜRCK SILVA, até então detentores de 100% das ações de emissão da 5256 PARTICIPAÇÕES, transferem suas ações para ADROALDO AUMONDE, renunciando aos cargos de Diretores no dia 08/09/99;

No dia 08/09/99, os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS (além da pessoa jurídica domiciliada no exterior, a EWEN LTD.) transferem as ações que acabaram de subscrever na 5246 PARTICIPAÇÕES para a 5256 PARTICIPAÇÕES em decorrência de uma integralização de aumento de capital subscrito pelos ALIENANTES nesta empresa no montante de R\$ 25.032.000,09;

No dia 08/09/99, a 5246 PARTICIPAÇÕES (VENDEDORA) vende para THYSSEN INDUSTRIES, S/A, as 10.000.000 (3.340.000 ON e 6.660.000 PN) de AÇÕES de sua emissão que estavam EM TESOURARIA, pelo preço de R\$ 202.337.000,00, equivalentes, naquela data, a US\$ 107.000.000,00, as quais 5246 PARTICIPAÇÕES havia acabado de adquirir;

O preço de R\$ 202.337.000,00 foi pago no ato de celebração do contrato através de crédito em conta corrente da VENDEDORA mantida junto ao BANCO PACTUAL S/A, outorgando a VENDEDORA à COMPRADORA a mais ampla, geral e irrestrita quitação pelo recebimento da totalidade do preço, inscrevendo-se a COMPRADORA no Livro Registro de Ações Nominativas da VENDEDORA;

Ato contínuo, a THYSSEN INDUSTRIES (COMPRADORA) subscreveu um aumento de capital na empresa THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES no valor de R\$ 226.919.901,00, integralizado da seguinte forma: a) R\$ 202.337.000,00, mediante a conferência das 10.000.000 de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES, que a THYSSEN INDUSTRIES havia acabado de adquirir da própria 5246 PARTICIPAÇÕES; b) pagamento em dinheiro no valor de R\$ 3.782.000,00; e c) o saldo remanescente deveria ser integralizado em dinheiro ou bens no prazo de 24 meses. Como consequência do aporte de capital feito pela THYSSEN INDUSTRIES, a THYSSEN KRUPP

<sup>2</sup> A Ata da AGE foi protocolizada na JUCERJA apenas no dia 03/09/99;

<sup>3</sup> O Instrumento Particular de Contrato de Constituição da THYSSEN KRUPP foi protocolizado na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP);



*PARTICIPAÇÕES* foi inscrita no Livro Registro de Ações Nominativas da VENDEDORA;

Em seguida, e no mesmo dia 08/09/99, a THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES (PERMUTANTE) permuta com a 5246 PARTICIPAÇÕES (VENDEDORA), passando a titularidade das 10.000.000 (3.340.000 ON e 6.660.000 PN) de ações de emissão de 5246 PARTICIPAÇÕES para a própria 5246 PARTICIPAÇÕES e a titularidade das ações de emissão de ELEVADORES SÚR e de ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA para a THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES. Com isso, as 10.000.000 de ações de emissão de 5246 PARTICIPAÇÕES voltaram a ser AÇÕES EM TESOURARIA e a THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES passou a deter o controle societário de ELEVADORES SÚR e de ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA (98,66% e 99,9999%);

No dia 09/09/99, a 5246 PARTICIPAÇÕES remeteu para o exterior uma considerável parcela do valor recebido na venda de ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA (R\$ 172.101.510,00) a título de investimento direto na subsidiária GRANITE HOLDINGS CORPORATION, com sede em Nassau, Ilhas Bahamas (fl. 208 do Anexo II);

No dia 30/12/99, os quotistas da THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES resolvem, por unanimidade, aprovar a incorporação da THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES pela THYSSEN SÚR ELEVADORES.

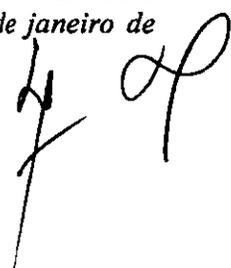
Com base em uma análise mais detida nos negócios jurídicos acima, é possível afirmar, de maneira resumida, que os controles societários de ELEVADORES SÚR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram vendidos para o GRUPO THYSSENKRUPP pelo valor de R\$ 202.337.000,00, através de uma complexa seqüência de atos societários que tiveram por objetivo MASCARAR a operação de compra e venda, acarretando a falta de recolhimento dos tributos devidos pelos ALIENANTES sobre o ganho auferido na operação.

Além da falta de recolhimento dos tributos devidos, a operação teve por objetivo gerar um ágio dedutível para o GRUPO THYSSENKRUPP, sem o qual a operação não seria vantajosa para o adquirente.

*Da Utilização por Parte de Adroaldo Aumonde de Interpostas Pessoas Jurídicas Domiciliadas no Exterior*

Antes de passarmos a analisar os principais elementos caracterizadores das fraudes levadas a efeito pelos ALIENANTES na venda de suas participações societárias, MISTER destacar a utilização, em larga escala, de interpostas pessoas jurídicas domiciliadas no exterior por parte de ADROALDO AUMONDE.

Em resposta a intimação desta fiscalização para informar e comprovar se o ADROALDO AUMONDE mantinha ou já manteve quaisquer relações (direta ou indireta e/ou societária, comercial ou empresarial), com várias pessoas jurídicas domiciliadas no exterior e no País, bem como a informar, ainda, teria atuado como procurador ou como representante legal das referidas empresas no período de janeiro de



1997 até a presente data<sup>4</sup>, ADROALDO AUMONDE respondeu o que segue:

*“Não mantenho e nunca mantive relações de administrador, procurador, ou representante legal em nenhuma das empresas mencionadas. Também nunca fui sócio nem acionista em nenhuma dessas empresas.”*

*Dentre as pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, para as quais foram solicitadas as informações, constavam a MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, com sede no Uruguai, e a GRANITE HOLDINGS CORPORATION, com sede nas Bahamas.*

*Com relação à primeira, é no mínimo curiosa a negativa de ADROALDO AUMONDE sobre eventuais relações por ele mantidas com a empresa, principalmente, quando se confronta essas informações com aquelas prestadas ao DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL por LUIZ HENRIQUE PILLA DIAS (advogado de ADROALDO AUMONDE), o qual foi inquirido e reinquirido nos autos do Inquérito Policial nº IPL 056/04 – SR/DPF/RS (fl. 07 a 18 do Anexo II).*

*Com efeito, LUIZ HENRIQUE PILLA DIAS informou que ADROALDO AUMONDE possuía uma participação societária na empresa MILLERI SOCIEDAD ANONIMA e que teria sido através desta empresa que ADROALDO AUMONDE teria participado de um empreendimento em Punta Del Este, no Uruguai.*

*É estranho, ainda, que ADROALDO AUMONDE negue ter tido participação na MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, quando o procurador da empresa é o advogado e contador ANTÔNIO CARLOS DE CASTRO PALÁCIOS (ANTÔNIO CARLOS PALÁCIOS), CPF 148.280.060-87 (fl. 246 do Anexo II), seu principal assessor jurídico e contábil.<sup>5</sup>*

*Já com relação à segunda empresa, causa estranheza a informação prestada por ADROALDO AUMONDE, já que, em uma certidão original da EURO-AMERICAN INTERNATIONAL SERVICES (BAHAMAS) LIMITED, datada de 08/07/2004, ADROALDO AUMONDE consta como um dos DIRETORES da GRANITE HOLDINGS CORPORATION<sup>6</sup>.*

*Tal fato NÃO CAUSA NENHUMA SURPRESA, principalmente, se analisarmos a participação da GRANITE HOLDINGS CORPORATION na operação de compra e venda das ações de ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

<sup>4</sup> As informações deveriam ser prestadas de maneira detalhada, completa e deveriam ser acompanhadas das respectivas documentações comprobatórias (tais como atos constitutivos e alterações posteriores, procurações, contratos, comprovantes de pagamentos etc.);

<sup>5</sup> Embora regularmente intimado, ANTÔNIO CARLOS PALÁCIOS alegou sigilo profissional, deixando de apresentar documentos relacionados com sua atuação de procurador das empresas de “fachada” de ADROALDO AUMONDE;

<sup>6</sup> A certidão original foi encaminhada pelo Ministério Público Federal através do Ofício OF/PR/RS nº 7956/2004, de 06/12/2004. A certidão autenticada pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá, devidamente reconhecida pela Embaixada do Brasil naquele país, foi encaminhada, juntamente com a Tradução Pública Juramentada, pelo Ministério Público Federal através do Ofício OF/PR/RS nº 1855/2005, de 11/04/2005;

*Com efeito, a GRANITE HOLDINGS CORPORATION foi utilizada por ADROALDO AUMONDE e demais ALIENANTES para remeter recursos para o exterior, em uma operação muito conhecida de "BLINDAGEM PATRIMONIAL". Essas "blindagens patrimoniais", via de regra, tem como principais objetivos a realização de operações simuladas com o intuito de suprimir indevidamente tributos incidentes sobre negócios jurídicos, bem como proteger o patrimônio pessoal dos fraudadores contra terceiros, dentre eles, o Fisco. Senão, vejamos.*

*No dia seguinte ao da operação, em 09/09/99, a empresa 5246 PARTICIPAÇÕES remeteu para o exterior a quantia de R\$ 172.101.510,00 (considerável parcela do valor recebido na venda de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA) a título de investimento direto na subsidiária GRANITE HOLDINGS CORPORATION, com sede em Nassau, Ilhas Bahamas.*

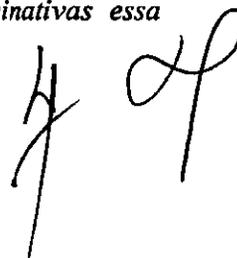
*NÃO por COINCIDÊNCIA o valor remetido para o exterior corresponde, aproximadamente, à participação de ADROALDO AUMONDE (92,10%) na venda das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, tanto através de sua própria pessoa física, como de suas pessoas jurídicas EWEN LTD. (59,16%), EWEM PARTICIPAÇÕES (21,43%), BW PARTICIPAÇÕES (7,25%) e EPART PARTICIPAÇÕES (4,26%).*

*Já a EWEN LTD. (ou, sabe-se lá, EWEM LTD.) é um ente VIRTUAL que, se não estivesse a serviço daqueles que costumam fazer uso do emprego da fraude, poderia ser classificado como um ser ETÉREO, existindo tão somente no papel e muitas vezes nem nele. É mais uma interposta pessoa utilizada por ADROALDO AUMONDE para "blindar" seu patrimônio pessoal e realizar operações fraudulentas, com a que transferiu o controle societário da ELEVADORES SÛR para a ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA para o GRUPO THYSSENKRUPP.*

*Com efeito, a EWEN LTD. é, de longe, a maior acionista de ELEVADORES SÛR, possuindo mais de 60% do seu capital social, e 100% do capital social da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA. No entanto, a maior parte das 2.026.422 ações detidas por EWEN LTD. na ELEVADORES SÛR é representada por ações preferenciais nominativas, ou seja, sem direito a voto.*

*Já ADROALDO AUMONDE detém, no mínimo, mais de 70% (através de sua pessoa física e, por exemplo, da EPART PARTICIPAÇÕES) das ações com direito a voto na empresa. Assim, causa estranheza que um investidor, responsável por mais de 60%, não só não tenha qualquer poder de deliberação nas decisões de sua investida, como também CONFIE plenamente seu investimento a uma ÚNICA pessoa.*

*Investigando a origem da participação acionária da EWEN LTD. na ELEVADORES SÛR esta fiscalização se deparou com uma situação simplesmente ESTARRECEDORA. Embora no Livro Registro de Ações Nominativas (fl. 130, 131, 152 e 153 do Anexo V) seja possível identificar que uma parte das ações preferenciais detidas pela EWEN LTD. tenham sido transferidas da MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, empresa de ADROALDO AUMONDE, SIMPLEMENTE NÃO CONSTA nos Livros de Transferência de Ações Nominativas essa SUPOSTA operação.*



*Esta situação causa mais estranheza ainda, quando os procuradores da empresa são a mesma pessoa, ANTÔNIO CARLOS PALÁCIOS (fl. 168 do Anexo V), principal assessor de ADROALDO AUMONDE.*

*Uma outra parte das ações preferenciais (1.012.236) foi adquirida pela EWEN LTD. da empresa EVERTS EN VAN DER WEIJDEN EXPLOITATIE MAATSCHAPPIJ EWEM B.V. (EWERTS EWEM), com sede na Holanda, que, não por coincidência, vem sendo representada aqui no Brasil pelo assessor ANTÔNIO CARLOS PALÁCIOS (fl. 47, 76, 77 e 78 do Anexo V).*

*Também não é coincidência constar a expressão "EWEM" na denominação social da EVERTS EWEM, afinal, esta empresa "compartilha" investimentos com ADROALDO AUMONDE, conforme pode ser observado nos quadros societários das empresas de ADROALDO AUMONDE<sup>7</sup>:*

Quistas	Ewem Participações		Acapar Participações		BW Participações		Epart Participações	
	Quistas	%	Quistas	%	Quistas	%	Quistas	%
Acapar Participações	11.087.525	59%	-	0%	-	0%	-	0%
Everts Ewen	8.847.974	44%	-	0%	207.685	42%	-	0%
Ewem Participações	-	0%	1.991.867	50%	283.314	58%	2.205.332	22%
Adroaldo Carlos Aumonde	-	0%	1.165.752	29%	-	0%	7.984.668	78%
Paulo Ronei Reali	-	0%	304.841	8%	-	0%	-	0%
BW Participações	-	0%	286.214	7%	-	0%	-	0%
Alcio da Silva Leal	-	0%	98.585	2%	-	0%	-	0%
José Carlos Elscognin Panzenhagen	-	0%	58.768	1%	-	0%	-	0%
Relantino Fioravante Aumonde	-	0%	53.973	1%	-	0%	-	0%
Epart Participações	-	0%	40.000	1%	-	0%	-	0%
Karina Aumonde Velhinho	-	0%	-	0%	-	0%	1.000	0%
<b>Quistas</b>	<b>1</b>	<b>0%</b>	<b>-</b>	<b>0%</b>	<b>1</b>	<b>0%</b>	<b>-</b>	<b>0%</b>
	19.935.500	100%	4.000.000	100%	491.000	100%	10.191.000	100%

*É interessante observar que a ACAPAR PARTICIPAÇÕES ingressou no quadro societário da EWEM PARTICIPAÇÕES através de uma cessão de quotas feitas, por nada menos, que a MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, empresa de ADROALDO AUMONDE.*

*Curiosa é a constatação da participação recíproca entre a ACAPAR PARTICIPAÇÕES<sup>8</sup> (acrônimo de ADROALDO CARLOS AUMONDE PARTICIPAÇÕES) e a EWEM PARTICIPAÇÕES, o que inclusive, é vedado pela legislação societária<sup>9</sup>.*

*A aberração societária implementada por ADROALDO AUMONDE em suas empresas leva à seguinte situação: a ACAPAR PARTICIPAÇÕES CONTROLA a EWEM PARTICIPAÇÃO, a qual, por sua vez, CONTROLA a ACAPAR PARTICIPAÇÕES.*

*Em outras palavras, a CONTROLADA CONTROLA a CONTROLADORA, que por sua vez CONTROLA a CONTROLADA, a qual, na verdade, é a CONTROLADORA que ...*

<sup>7</sup> À exceção da EPART PARTICIPAÇÕES (que, embora regularmente intimada, não apresentou a esta fiscalização todos os contratos sociais), as informações relacionadas com o quadro societário das empresas de ADROALDO AUMONDE referem-se à época da venda da ELEVADORES SÚR;

<sup>8</sup> Empresa que tem, inclusive, como representante a filha de ADROALDO AUMONDE, KARINA AUMONDE VELHINHO;

<sup>9</sup> Art. 244 da Lei de S/A, como o art. 18 do Decreto n.º 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada;

*Anulando as participações recíprocas, é possível concluir que ADROALDO AUMONDE é quem, efetivamente, controla não somente a ACAPAR PARTICIPAÇÕES como também a EWEM PARTICIPAÇÕES (através da ACAPAR PARTICIPAÇÕES) e a BW PARTICIPAÇÕES (através da EWEM PARTICIPAÇÕES).*

*É o CAOS SOCIETÁRIO a serviço dos escusos interesses de ADROALDO AUMONDE na omissão de tributos e na "blindagem" de seu patrimônio pessoal através da utilização de titeres e "testas de ferro", "empresas de fachada", participações recíprocas, paraísos fiscais, apenas para relacionar alguns artifícios.*

*E neste PROMÍSCUO e INSIDIOSO emaranhado de participações societárias, encontra-se a EVERTS EWEM, participando diretamente da EWEM PARTICIPAÇÕES e da BW PARTICIPAÇÕES, que tem como procurador o "braço direito" de ADROALDO AUMONDE.*

*Mas, apesar disso tudo, ADROALDO AUMONDE afirma não ter nenhuma relação com a EVERTS EWEM. Ao que tudo indica, esta seria mais uma informação falsa prestada por ele a esta fiscalização.*

*E as aberrações societárias não param por aqui. A maior delas é aquela havida por ocasião da venda das empresas ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA e que denuncia a EWEN LTD. como INTERPOSTA PESSOA de ADROALDO AUMONDE.*

*Conforme visto, a EWEN LTD. era a principal investidora da ELEVADORES SÚR, detendo mais de 60% do capital social da empresa. No entanto, de maneira mais do que esdrúxula, não tinha nenhum poder de deliberação, já que as ações por ela detidas (preferenciais) não davam direito algum de voto. Assim, todo investimento de EWEN LTD. era confiado à pessoa de ADROALDO AUMONDE, que através de suas empresas, detinha o controle societário da ELEVADORES SÚR.*

*No entanto, com a utilização por parte dos ALIENANTES da interposta pessoa 5246 PARTICIPAÇÕES para a concretização da venda de suas participações societárias, a EWEN LTD., que simplesmente **NÃO TINHA QUALQUER PODER DE DELIBERAÇÃO** sobre ELEVADORES SÚR, passou a deter, de repente, **MAIS DE 60% do capital VOTANTE da 5246 PARTICIPAÇÕES**, a qual, naquele exato momento, passou a deter a quase totalidade das ações da ELEVADORES SÚR<sup>10</sup>.*

*A seguir, apresentamos o quadro societário da 5246 PARTICIPAÇÕES logo após a integralização realizada em 08/09/99:*

<sup>10</sup> É importante lembrar que a outra metade do capital social da empresa, no total de 10.000.000 de ações, encontrava-se em tesouraria naquele momento, tendo passado rapidamente pelas mãos do GRUPO THYSSENKRUPP e retornado para tesouraria da 5246 PARTICIPAÇÕES;



Acionistas	ON		FN		Total	
	Quant.	%	Quant.	%	Quant.	%
Ewen Ltd	3.868.197	62,9467%	883.294	22,9441%	4.751.491	47,5149%
Epart - Administração e Participações Ltda	1.271.089	20,6843%	1.101.493	28,5749%	2.372.582	23,7288%
Evem- Administração e Participações Ltda	455.083	7,4059%	219.716	5,6998%	674.799	6,7480%
Adroaldo Carlos Aumonde	183.997	2,9877%	634.493	16,4998%	818.490	8,1809%
Paulo Rensi Reali	130.334	2,1209%	113.190	2,9969%	243.524	2,4352%
EW- Administração e Participações Ltda	72.878	1,1899%	798.699	20,7198%	871.577	8,7158%
Alceu Paz de Albuquerque	64.261	1,0473%	18.343	0,4788%	82.704	0,8270%
Alcib da Silva Leal	41.777	0,6798%	36.460	0,9488%	78.237	0,7824%
José Carlos Eisgrün Panzerhagen	24.760	0,4029%	21.608	0,5604%	46.368	0,4636%
Relantiro Fioravante Aumonde	22.710	0,3698%	19.813	0,5140%	42.523	0,4252%
Paulo Augusto Weber	4.033	0,0656%	3.523	0,0914%	7.556	0,0756%
Cirno Sergio Schmidt	1.746	0,0284%	1.527	0,0399%	3.273	0,0327%
Fábio Luis Zaron	1.716	0,0279%	1.026	0,0269%	2.742	0,0274%
Paulo Nascimento Rocha	1.510	0,0246%	946	0,0249%	2.456	0,0246%
Segnied Alexandre Ellwanger	777	0,0126%	177	0,0046%	954	0,0095%
Luiz Ribeiro dos Santos	433	0,0070%	377	0,0098%	810	0,0081%
Sebastião Lopes Machado	193	0,0031%	126	0,0033%	319	0,0032%
<b>Total</b>	<b>6.145.194</b>	<b>100,0000%</b>	<b>3.854.806</b>	<b>100,0000%</b>	<b>10.000.000</b>	<b>100,0000%</b>

*Ora, como é possível que ADROALDO AUMONDE, o ONIPOTENTE acionista da ELEVADORES SÛR, tenha perdido gratuitamente essa condição em favor da EWEN LTD., uma empresa que ele insiste em afirmar não ter tido qualquer relação?*

*O questionamento ganha força, se levarmos em consideração, ainda, que a EWEN LTD. passou a exercer o controle integral, através da 5246 PARTICIPAÇÕES, da empresa GRANITE HOLDINGS CORPORATION, com sede em um conhecido paraíso fiscal, escolhido por ADROALDO AUMONDE e suas pessoas jurídicas, para aterrissarem, em porto seguro, os recursos por eles auferidos na venda da ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Como é possível que ADROALDO AUMONDE tenha concedido à EWEN LTD. um pleno poder de deliberação sobre os destinos dos R\$ 172.101.510,00, ou seja, da quase totalidade da parcela a que ADROALDO AUMONDE e suas empresas teria direito?*

*Teria sido uma retribuição da confiança depositada pela EWEN LTD. em ADROALDO AUMONDE durante o tempo em que este permanecia à frente do investimento da primeira em ELEVADORES SÛR? É EVIDENTE QUE NÃO!!!!*

*Todos esses atos não passaram de mais uma seqüência de fraudes e de negócios simulados, os quais são promovidos por ADROALDO AUMONDE e suas empresas SEM O MENOR PUDOR.*

*As ANOMALIAS societárias pretendidas por ADROALDO AUMONDE somente seriam possíveis de ocorrer em um cenário de completa ESQUIZOFRENIA JURÍDICA, como, por exemplo, aquele que serviu de palco para a venda, ao GRUPO THYSSENKRUPP, das ações de ELEVADORES SÛR e de ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Como se não bastassem os ARDIS empregados por ADROALDO AUMONDE em sua busca incessante de uma "blindagem patrimonial" satisfatória, a GRANITE HOLDINGS CORPORATION concedeu empréstimos de longo prazo, no montante superior a US\$*

90.000.000,00, com vencimentos entre 30/08/2030 e 03/04/2032, à empresa INCHEON HOLDINGS LIMITED.

Vale mencionar, ainda, a utilização de outra "empresa de fachada" por ADROALDO AUMONDE para internalização no País de parte de recursos por ele mantidos no exterior. É a GALLION INDUSTRIAL HOLDINGS LIMITED, com sede em Nassau, Bahamas, com a qual ADROALDO AUMONDE teria celebrado a venda de suas ações na 5256 PARTICIPAÇÕES pela quantia de US\$ 8.400.000,00, a ser pago através de 24 parcelas TRIMESTRAIS. Além da utilização novamente da "empresa de fachada" 5256 PARTICIPAÇÕES, ADROALDO AUMONDE fez uso de mais uma "empresa fictícia", novamente em um conhecido paraíso fiscal, a qual, ainda por cima, foi representada por um de seus vários advogados, SYLVIO TORRES REIS.

A utilização, por parte de ADROALDO AUMONDE, da EWEN LTD. como interposta pessoa tem como consequência direta a tributação do ganho de capital que caberia a esta (mas que, na verdade, pertence a ADROALDO AUMONDE) na pessoa física de ADROALDO AUMONDE.

*Dos Elementos Caracterizadores da Simulação nos Negócios Jurídicos Celebrados para Ocultar a Compra e Venda de Ações*

A partir do item seguinte, passaremos a analisar detalhadamente os principais elementos que caracterizam as operações societárias realizadas pelas partes como SIMULADAS, encobrendo uma VERDADEIRA OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA de 3.356.797 ações de emissão de ELEVADORES SÛR e de 1.234.999 ações de emissão da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, realizada por EPART PARTICIPAÇÕES e pelos DEMAIS ALIENANTES.

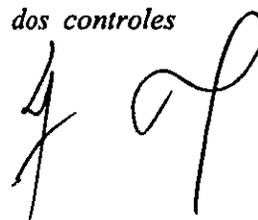
Por oportuno, incorporamos ao nosso relatório os principais argumentos e conclusões (no sentido da existência de fraude nos negócios jurídicos) trazidos pelos juristas PAULO DE BARROS CARVALHO (item 0), GALENO LACERDA e JAGUARÊ TORELLY TEIXEIRA (item 0) em seus Pareceres, os quais, por sua vez, foram contratados pela CIACORP para analisar as operações realizadas entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP.

*Vícios nos Elementos Volitivos Constantes dos Negócios Jurídicos Exteriorizados*

O principal elemento denunciador da simulação é a divergência entre a vontade íntima das partes envolvidas e as declarações por elas externadas nos diversos atos societários e demais negócios jurídicos implementados cujo encadeamento compõe o suposto "planejamento tributário".

Com efeito, resta evidente, pela análise dos negócios jurídicos celebrados, que a real intenção dos ALIENANTES e do GRUPO THYSSENKRUPP era a de realizar uma operação de compra e venda do controle societário das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

O GRUPO THYSSENKRUPP nunca teve a intenção de adquirir 50% de ações de emissão da "EMPRESA DE FACHADA" 5246 PARTICIPAÇÕES, mas sim em adquirir a totalidade dos controles societários das duas empresas mencionadas.



*A própria seqüência de atos celebrados entre as partes denuncia o vício de vontade nos negócios jurídicos formalizados. A contratação da PERMUTA no mesmo ato em que havia sido formalizada a compra das AÇÕES EM TESOURARIA da 5246 PARTICIPAÇÕES deixam mais do que evidente a falsa vontade das partes em negociar essas ações.*

*A cronologia dos atos, mais uma vez anuncia os vícios nos elementos volitivos dos negócios jurídicos celebrados entre as partes, ou seja, a realização da venda de ações em tesouraria com a imediata e subsequente aquisição através de permuta (inclusive, no mesmo instrumento contratual).*

*Além disso, as próprias Demonstrações Financeiras da empresa ELEVADORES SÚR, relativas ao exercício social findo em 30/09/2001, admitem, embora de maneira oblíqua, a simulação, quando, ao explicar a origem do ágio pago no investimento, simplesmente omitem a 5246 PARTICIPAÇÕES<sup>11</sup>:*

*"O ágio foi apurado quando da aquisição da THYSSEN SÚR S/A ELEVADORES E TECNOLOGIA (antiga ELEVADORES SÚR) pela empresa incorporada em 1999, THYSSEN KRUPP INDUSTRIES PARTICIPAÇÕES LTDA. e tem como fundamento econômico a perspectiva de rentabilidade futura. A amortização está sendo realizada no período de dez anos. Em 2000, houve um reembolso de R\$ 6.272.806,00 e, conseqüentemente, uma redução no ágio neste montante."*

*Apesar de o ágio ter surgido (formalmente) quando da aquisição da 5246 PARTICIPAÇÕES e NÃO da ELEVADORES SÚR, ela NEM SEQUER é mencionada nas notas explicativas das referidas demonstrações contábeis.*

*A própria empresa contratada por ELEVADORES SÚR, a ARTHUR ANDERSEN BUSINESS CONSULTING S/C LTDA. (ARTHUR ANDERSEN), para emitir um Laudo de Avaliação para ser usado como base para identificação do fundamento econômico do ágio pago no investimento, comete o mesmo ato falho, expondo, mais uma vez, a manobra das partes envolvidas na introdução do trabalho:*

*"A Thyssen Eletec International adquiriu recentemente, através de sua Holding denominada Thyssen Krupp Participações S.A., o controle acionário da Thyssen Súr S.A. (antiga Elevadores Súr S.A.- Indústria e Comércio), apurando ágio na aquisição do investimento."*

*As omissões acima somente reforçam que as operações societárias celebradas entre as partes somente existiram na literalidade das estipulações, tendo sido formalizadas com total desprezo da rigorosa intenção dos envolvidos e dos fins econômicos por eles visados, assim como da essência do verdadeiro negócio jurídico celebrado entre as partes, qual seja, o de uma verdadeira operação de compra e venda de participações societárias.*

*Utilização de Interpostas Pessoas Jurídicas ("Empresas de Fachada") na Celebração dos Negócios Jurídicos*

<sup>11</sup> Esse mesmo ato falho, já havia se repetido nas Demonstrações Financeiras de ELEVADORES SÚR relativas ao exercício findo em 30/09/2000;

*Para a concretização dos negócios jurídicos simulados, os ALIENANTES utilizaram-se das “empresas de fachada” 5246 PARTICIPAÇÕES e 5256 PARTICIPAÇÕES.*

*Com efeito, para que a operação pudesse ser formalizada tal como foi, era IMPRESCINDÍVEL a utilização de uma sociedade anónima, já que, nos termos do art. 442 do RIR/99 (a seguir transcrito), a isenção aplica-se tão somente às sociedades constituídas sob a forma de companhia:*

*“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 (Decretos-lei n.º 1.598/77, art. 38):*

*(...)*

*I – 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 (Decretos-lei n.º 1.598/77, art. 38, § 1º)” (destacamos)*

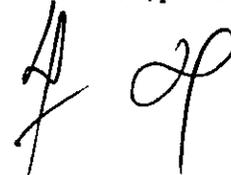
*Foi justamente visando o aproveitamento desta isenção que os ALIENANTES resolveram transferir suas participações societárias (em ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA) para a “empresa de fachada” 5246 PARTICIPAÇÕES, conferindo-as através de uma integralização de capital, para, ato contínuo, transferirem o controle das duas empresas para o GRUPO THYSSENKRUPP através de uma venda fictícia de ações em tesouraria, com subsequente e imediato recebimento de volta dessas mesmas ações em tesouraria, através de uma enganosa permuta.*

*A transferência das participações societárias detidas pelos ALIENANTES para a 5246 PARTICIPAÇÕES às vésperas da negociação revela a CONDENÁVEL e LESIVA prática de utilização de interpostas pessoas.*

*Da mesma forma, a transferência das ações, realizada no dia 08/09/99 (desta vez no MESMO dia da formalização do negócio com o GRUPO THYSSENKRUPP) de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES para a 5256 PARTICIPAÇÕES, em virtude de integralização de aumento de capital, também confirma a prática de interposição de pessoas.*

*Enquanto a utilização da 5246 PARTICIPAÇÕES teve por objetivo a criação fictícia do lucro na venda de ações em tesouraria, o uso da 5256 PARTICIPAÇÕES teve como finalidade possibilitar uma distribuição de lucros isentos para os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS, assim como para a pessoa jurídica domiciliada no exterior<sup>12</sup>.*

<sup>12</sup> Os ALIENANTES PESSOAS JURÍDICAS (domiciliadas no Brasil) não precisaram fazer uso da 5256 PARTICIPAÇÕES, em virtude dos seus investimentos na 5246 PARTICIPAÇÕES serem avaliados contabilmente pelo método de equivalência patrimonial. Com isso, o lucro auferido pela 5246 PARTICIPAÇÕES na venda de ações em tesouraria se reflete por equivalência patrimonial nos resultados dos ALIENANTES PESSOAS JURÍDICAS, possibilitando, inclusive, a imediata distribuição de lucros. Isto não ocorre com as pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior. Por este motivo, estes fizeram uso da 5256 PARTICIPAÇÕES, transferindo seus investimentos para esta sociedade “veículo”, para que esta reconhecesse por equivalência patrimonial, o lucro da 5246 PARTICIPAÇÕES na venda de ações em tesouraria, permitindo, com isso, a distribuição de lucros e dividendos;



Com efeito, no ano-calendário de 2000, a 5256 PARTICIPAÇÕES distribuiu dividendos no montante de R\$ 97.700.000,00, conforme ATA de AGE realizada em 25/01/2000, assim distribuídos entre os acionistas<sup>13</sup>:

Acionistas	Dividendos	
	Distribuídos	%
Ewen Ltd.	76.326.449,34	78,1233%
Adroaldo Carlos Aumonde	13.157.442,19	13,4672%
Paulo Ronei Reali	3.911.892,55	4,0040%
Aiceu Paz de Albuquerque	1.328.691,55	1,3600%
Aldo da Silva Leal	1.256.774,44	1,2864%
José Carlos Bisognin Panzenhagen	744.760,58	0,7623%
Relantino Fioravante Aumonde	683.076,03	0,6992%
Paulo Augusto Weber	121.377,20	0,1242%
Olimro Sergio Scheidt	52.576,44	0,0538%
Fabio Luis Zanon	44.046,62	0,0451%
Paulo Nascimento Rocha	39.452,41	0,0404%
Siegried Alexandre Ellwanger	15.324,75	0,0157%
Luiz Ribeiro dos Santos	13.011,58	0,0133%
Sebastião Lopes Machado	5.124,32	0,0052%
<b>Total</b>	<b>97.700.000,00</b>	<b>100,0000%</b>

Uma parcela dos dividendos distribuídos, no montante de R\$ 77.494.378,00, foi revertida para aumento de capital da 5256 PARTICIPAÇÕES, tendo sido integralizado tão somente por ADROALDO AUMONDE (no valor de R\$ 3.853.109,00) e EWEN LTD. (no valor de R\$ 73.641.269,00). Com isso, a participação acionária dos ALIENANTES no quadro societário da 5256 PARTICIPAÇÕES ficou assim:

Acionistas	Ações Subscritas			Integralização	
	QN	PN	%	Valor	%
Ewen Ltd.	77.509.466	883.294	99,7988%	73.641.269,00	95,0279%
Adroaldo Carlos Aumonde	4.036.706	634.493	5,5892%	3.853.109,00	4,9721%
Paulo Ronei Reali	130.334	113.190	0,2914%	-	0,0000%
Aiceu Paz de Albuquerque	64.361	18.343	0,0990%	-	0,0000%
Aldo da Silva Leal	41.777	36.460	0,0936%	-	0,0000%
José Carlos Bisognin Panzenhagen	24.760	21.603	0,0559%	-	0,0000%
Relantino Fioravante Aumonde	22.710	19.813	0,0509%	-	0,0000%
Paulo Augusto Weber	4.033	3.523	0,0090%	-	0,0000%
Olimro Sergio Scheidt	1.746	1.527	0,0059%	-	0,0000%
Fabio Luis Zanon	1.716	1.026	0,0039%	-	0,0000%
Paulo Nascimento Rocha	1.510	946	0,0029%	-	0,0000%
Siegried Alexandre Ellwanger	777	177	0,0011%	-	0,0000%
Luiz Ribeiro dos Santos	433	377	0,0010%	-	0,0000%
Sebastião Lopes Machado	193	126	0,0004%	-	0,0000%
<b>Total</b>	<b>81.840.522</b>	<b>1.734.898</b>	<b>100,0000%</b>	<b>77.494.378,00</b>	<b>100,0000%</b>

A venda foi realizada justamente através de negociações simuladas realizadas pela 5246 PARTICIPAÇÕES com ações de sua própria emissão.

Uma análise dos Livros Registros de Atas das Reuniões de Diretoria e de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal, previstos no art. 100 da Lei nº 6.404/76, da 5246 PARTICIPAÇÕES e da 5256 PARTICIPAÇÕES

<sup>13</sup> De acordo com a contabilidade da 5256 PARTICIPAÇÕES, os pagamentos dos dividendos foram registrados a crédito da conta 1.1.01.001 – CAIXA;

corroborar a constatação de as empresas serem meramente de "fachada", haja vista que **NÃO HÁ UM ÚNICO REGISTRO SEQUER de reuniões daqueles órgãos (fl. 220 a 243 do Anexo III e 209 a 232 do Anexo IV).**

Dessa forma, os ALIENANTES fizeram uso de interpostas pessoas no Brasil (5246 PARTICIPAÇÕES e 5256 PARTICIPAÇÕES), também chamadas de "empresas laranjas", com o único intuito de viabilizar a venda de suas participações societárias em ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA sem o recolhimento dos tributos devidos sobre o ganho de capital auferido na operação.

Caso não tivesse feito uso dessas "empresas de fachada" os ALIENANTES teriam que transferir suas participações societárias através de uma INDESEJADA e INCONVENIENTE operação de compra e venda, ou, caso insistissem em não recolher os tributos devidos neste tipo de negociação, teriam que empregar qualquer outra fraude ou simulação.

*Das Restrições às Companhias de Negociarem com suas Próprias Ações*

A lei proíbe, de maneira geral, à sociedade negociar com ações de sua própria emissão, autorizando o ato apenas em hipóteses excepcionais. As razões da vedação são no sentido de preservar o capital social da empresa (evitando negociações simuladas com restituição do capital ao sócio, por exemplo), bem como no sentido de evitar que recursos da companhia sejam utilizados em cotações artificiais de suas ações. No entanto, o legislador excepcionou quatro situações, nas quais se autoriza a companhia a negociar com as ações de sua emissão.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho<sup>14</sup>, uma delas é "a compra de ações com a finalidade de mantê-las 'em tesouraria' – este é o status da ação negociável, enquanto a titularidade cabe à própria companhia emissora – ou cancelá-las". Senão, vejamos:

"Art.30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações.

§ 1º Nessa proibição não se compreendem:

- a) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei;
- b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação;
- c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea "b" e mantidas em tesouraria;
- d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída.

§ 2º A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la a prévia autorização em cada caso.

<sup>14</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, vol.2. 5ª ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA - São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118 a 120.

§ 3º *A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores.*

§ 4º *As ações adquiridas nos termos da alínea "b" do § 1º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto.*

§ 5º *No caso da alínea "d" do § 1º, as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação." (destacamos)*

*E é aqui que reside um outro elemento denunciador do vício de vontade nos negócios jurídicos celebrados entre as partes, qual seja, NUNCA houve a intenção da 5246 PARTICIPAÇÕES de adquirir suas próprias ações para MANTÊ-LAS em tesouraria, ou ainda, para que lá elas PERMANECESSEM.*

*Pelo contrário, a 5246 PARTICIPAÇÕES negociou com suas próprias ações com o único intuito de obter um LOGRO TRIBUTÁRIO para os seus acionistas, ou seja, para os ALIENANTES, que dela se utilizaram de maneira DESPUDORADA para obter um ganho fiscal ilícito.*

*Com efeito a 5246 PARTICIPAÇÕES teria comprado suas próprias ações (10.000.000) em 05/08/99. No dia 08/09/99, a 5246 PARTICIPAÇÕES VENDE essas ações em tesouraria para o GRUPO THYSSENKRUPP e, NA MESMA DATA, recebe essas mesmas ações de volta, dando em troca, as ações que detinha nas empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Ora, se o legislador restringe as negociações de ações de emissão da própria companhia justamente para evitar fraudes e operações societárias simuladas, como é possível aceitar como válido o EMBUSTE promovido pelos ALIENANTES, através da seqüência de atos jurídicos (compra, venda e permuta) celebrados pela 5246 PARTICIPAÇÕES com suas próprias ações?*

*Da mesma forma, a legislação tributária ao estabelecer isenção para o lucro na venda de ações em tesouraria, tem como claro objetivo a preservação do mercado de capitais, ou seja, incentivar o investimento, evitando a tributação de aportes ou "injeções" de capital e, conseqüentemente, o comprometimento do patrimônio líquido das empresas investidas.*

*A isenção não existe para incentivar operações de compra e venda de participações societárias ACOBERTADAS por negociações fraudulentas de ações em tesouraria.*

*É importante destacar que os cuidados tidos pelas partes na observância dos requisitos para a aquisição de ações em tesouraria (criação, poucos dias antes da operação, de saldo suficiente de lucros ou reservas, não diminuição do capital social etc.), somente confirmam a maneira premeditada com que os ALIENANTES agiram na tentativa de obterem êxito nos seus objetivos ESCUSOS.*

*Subavaliação das Ações de Emissão de ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA na Integralização de Aumento de Capital na 5246 PARTICIPAÇÕES*

*É interessante destacar que, para atingir seus objetivos, os ALIENANTES tiveram que promover uma BRUTAL SUBAVALIAÇÃO no valor pelo qual as ações de ELEVADORES SÛR e ASTEL*



*ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram dadas como integralização do aumento de capital na 5246 PARTICIPAÇÕES.*

*Assim, os ALIENANTES subscreveram um aumento de capital na 5246 PARTICIPAÇÕES no montante de R\$ 36.653.344,00, o qual foi integralizado mediante a conferência das ações de emissão de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, as quais, por sua vez, foram avaliadas, respectivamente, em R\$ 35.918.540,00 e R\$ 734.804,00, conforme demonstrado a seguir:*

Acionistas	Ações Subscritas			Integralização	
	QN	PN	%	Valor	%
Ewen Ltd.	1.160.458	264.988	47,5149%	21.683.208,00	59,1575%
Epart - Administração e Participações Ltda.	381.327	330.448	23,7258%	7.855.230,00	21,4311%
Ewem - Administração e Participações Ltda.	136.525	66.915	6,7480%	2.655.195,00	7,2441%
Adroaldo Carlos Aumonde	55.079	190.348	8,1809%	1.562.466,00	4,2628%
Paulo Ronei Reali	39.100	33.957	2,4352%	805.671,00	2,1981%
BW - Administração e Participações Ltda.	21.862	239.611	8,7158%	1.112.349,00	3,0348%
Alceu Paz de Albuquerque	19.308	5.503	0,8270%	364.053,00	0,9932%
Aldo da Silva Leal	12.533	10.938	0,7824%	258.408,00	0,7050%
José Carlos Bisognin Panzenhagen	7.428	6.481	0,4636%	153.147,00	0,4178%
Relantino Fioravante Aumonde	6.813	5.944	0,4252%	140.466,00	0,3832%
Paulo Augusto Weber	1.210	1.057	0,0756%	24.951,00	0,0681%
Climro Sergio Scheidt	524	458	0,0327%	10.806,00	0,0295%
Fábio Luis Zanon	515	308	0,0274%	10.194,00	0,0278%
Paulo Nascimento Rocha	453	284	0,0246%	9.006,00	0,0246%
Siegried Alexandre Ellwanger	233	53	0,0059%	4.353,00	0,0119%
Luiz Ribeiro dos Santos	130	113	0,0081%	2.679,00	0,0073%
Sebastião Lopes Machado	58	38	0,0032%	1.158,00	0,0032%
<b>Total</b>	<b>1.843.556</b>	<b>1.156.444</b>	<b>100,0000%</b>	<b>36.653.340,00</b>	<b>100,0000%</b>

*Ocorre que essas transferências das ações que os ALIENANTES detinham nas empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA NÃO se deram pelo valor constante de suas declarações de bens, mas pelo SUPOSTO valor de mercado da empresa.*

*Assim, de acordo com a Lei n.º 9.249/95:*

*Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.*

*§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei n.º 2.065, de 26 de outubro de 1983.*

*§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital." (destacamos)*

*Em virtude do referido dispositivo legal, os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS (além da pessoa jurídica domiciliada no exterior<sup>15</sup>)*

<sup>15</sup> De acordo com o art. 18 da Lei n.º 9.249/95, "o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País" (destacamos).

recolheram<sup>16</sup>, em 29/10/99, o imposto de renda sobre o que seria a diferença entre o valor pelos quais essas ações constavam de suas declarações de bens e o valor pelo qual elas foram transferidas para a 5246 PARTICIPAÇÕES, conforme demonstrado a seguir:

<u>Acionistas</u>	<u>IRPF</u>
Ewen Ltd.	2.685.180,82
Adroaldo Carlos Aumonde	234.369,00
Paulo Ronei Reali	78.913,19
Alceu Paz de Albuquerque	54.608,15
Aldo da Silva Leal	25.842,71
José Carlos Bisognin Panzenhagen	22.971,28
Relantino Fioravante Aumonde	21.069,31
Paulo Augusto Weber	3.742,94
Olimro Sergio Scheidt	1.621,09
Fabio Luis Zanon	1.529,60
Paulo Nascimento Rocha	1.351,44
Siegried Alexandre Ellwanger	653,25
Luiz Ribeiro dos Santos	401,26
Sebastião Lopes Machado	173,24
<b>Total</b>	<b>3.132.427,28</b>

No entanto, o valor (R\$ 36.653.344,00) pelo qual as ações de ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram integralizadas em aumento de capital na 5246 PARTICIPAÇÕES É NOTORIAMENTE INFERIOR ao valor de mercado das duas empresas.

E não é só a venda subsequente (ocorrida apenas poucos dias após a integralização) para o GRUPO THYSSENKRUPP pelo valor de R\$ 202.337.000,00 que anuncia o ARDIL empregado pelos ALIENANTES. Uma análise dos documentos coletados no curso da ação fiscal aponta para a mesma direção. Senão, vejamos.

De acordo com o Laudo de Avaliação emitido em 15/08/99 (com data-base em 30/06/99) pela ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA S/C (CNPJ 28.005.734/0001-82), para a determinação do VALOR DE MERCADO das ações de emissão de ELEVADORES SÚR,<sup>17</sup> foi eleito o método de avaliação patrimonial, ou seja, valor líquido contábil.

Nas palavras do Contador que emitiu o documento:

"este método nos parece aquele mais adequado nas circunstâncias, considerando que trata-se de participação relevante no capital da emissora dos títulos, que os títulos não possuem negociação continuada e que não foram expostos a nenhum fato conjuntural que possa ser invocado para justificar a sua sobrevalorização" (sic).

Ao mencionar os exemplos de métodos baseados no valor de ativos líquidos, a ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA novamente comete o "equivoco" acerca do método de avaliação patrimonial utilizado, afirmando que:

---

Assim, aplica-se tanto às pessoas físicas residentes, como às jurídicas domiciliadas no exterior, as mesmas regras aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil;

<sup>16</sup> Na verdade os recolhimentos foram efetuados pela 5256 PARTICIPAÇÕES, em nome dos ALIENANTES, a qual, por sua vez, registrou os valores em seu ativo, como uma conta corrente com os acionistas;

<sup>17</sup> Embora regularmente intimada, a 5246 PARTICIPAÇÃO NÃO apresentou o Laudo de Avaliação das ações de emissão da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA;

*Este enfoque de valoração é usado para determinar o valor justo de mercado de ativos específicos, fornecer a base para certos ajustes ao valor contábil líquido (como mencionado acima) e como o ponto de partida para a estimativa do valor da liquidação. Além disso, a avaliação patrimonial fornece também uma base adequada do valor do negócio e é freqüentemente utilizada em operações de negociação de empresas, sendo o valor ajustado pelas depreciações e obsolescência aplicáveis.*

*É notório que a informação acima está completamente dissociada da realidade. Nenhum empresário em sã consciência, arriscaria vender seu negócio pelo seu valor de patrimônio líquido, sem antes se socorrer dos vários modelos de avaliação que existem, dentre os quais destacam-se: 1) técnicas comparativas de mercado; 2) técnicas baseadas em ativos e passivos contábeis ajustados; e 3) técnicas baseadas no desconto de fluxos futuros de benefícios (geralmente, caixa).*

*Vejamos o que diz ELISEU MARTINS<sup>18</sup> a respeito do assunto:*

*A avaliação de uma empresa normalmente se inicia pelas demonstrações contábeis. Devido, porém, à adoção dos princípios contábeis e à influência da legislação tributária, elas geralmente são incapazes de refletir o valor econômico de um empreendimento.*

*De acordo com ELISEU MARTINS, o modelo de avaliação patrimonial contábil é de uso MUITO RESTRITO.*

*A diferença entre o valor de mercado de uma empresa e o seu valor contábil ou seu valor de patrimônio líquido não é nenhuma novidade e vem sendo objeto de muito estudo e preocupação por parte da doutrina contábil e até econômica desde longa data.*

*Uma empresa pode ter um valor de mercado maior, menor ou igual ao seu valor contábil, no entanto, a grande dificuldade, na maioria dos casos, é identificar os itens que contribuem para a diferença entre esses dois valores, ou seja, alocar essa diferença de maneira individualizada aos diversos itens que compõem o patrimônio de uma empresa.*

*Vários são os aspectos que inviabilizam a utilização das demonstrações contábeis para a obtenção do valor econômico ou de mercado da empresa. Dentre eles, destacamos os seguintes:*

*as demonstrações financeiras normalmente se baseiam em custos históricos, dissociados dos valores correntes ou de mercado;*

*o princípio contábil da prudência ou do conservadorismo tende a subestimar os valores do ativo e a superestimar os do passivo;*

*existem diversos ativos relevantes que normalmente não são registrados pela contabilidade ou o são por valores inferiores ao seu valor econômico, tais como: goodwill, capital intelectual, imagem da empresa junto ao mercado, marcas, patentes e outros intangíveis.*

*Na prática, o avaliador geralmente aplica vários modelos e pondera seus resultados para o caso concreto. Isso favorece a identificação de*

<sup>18</sup> MARTINS, Eliseu (organizador), *Avaliação de empresas: da mensuração contábil à econômica/FIPECAFI*. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001;

*um valor que represente uma adequada aproximação do valor econômico da empresa.*

*Ainda de acordo com ELISEU MARTINS, o valor justo de mercado é aquele que receberíamos (ativos) ou pagaríamos (passivo) caso decidíssemos transacionar um patrimônio em um mercado eficiente e em condições normais. Em condições normais, esse valor de mercado não deve divergir muito do valor econômico.*

*Entre os modelos existentes, o FLUXO DE CAIXA DESCONTADO é aquele que "melhor revela a capacidade de geração de riqueza de determinado empreendimento", ou seja, o seu valor econômico ou de mercado. Segundo ELISEU MARTINS, o valor presente do fluxo futuro de caixa do patrimônio avaliado pode ser considerado um valor justo quando a obtenção de uma cotação de mercado for impraticável.*

*E é justamente esse modelo de fluxo de caixa descontado que a ARTHUR ANDERSEN utilizou para fundamentar o ágio apurado pelo GRUPO THYSSENKRUPP na aquisição de ELEVADORES SÚR, no montante de R\$ 164.071.689,76, que, somados ao valor do patrimônio líquido da empresa (R\$ 37.147.000,00), em 31/08/99, se atinge o valor econômico ou de mercado das ações de ELEVADORES SÚR, aproximadamente, R\$ 200.000.000,00. Não por coincidência, um valor muito próximo àquele pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP.*

*O Laudo de Avaliação das ações de emissão de ELEVADORES SÚR emitido pela ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA parte de premissas equivocadas em sua metodologia de trabalho, revelando uma notória inconsistência técnica.*

*E são justamente as premissas "equivocadas" na metodologia de trabalho da ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA, que fizeram com que o valor de mercado por ela encontrado fosse bastante inferior àquele encontrado pela ARTHUR ANDERSEN, apesar de as datas e patrimônios líquidos que serviram de base para a avaliação serem bem próximos<sup>19</sup>.*

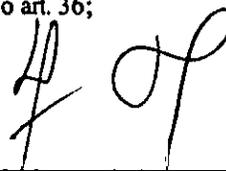
*Esses "equivocos" fizeram, por conseqüência, com que o valor de mercado encontrado pela ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA fosse TAMBÉM MUITO INFERIOR àquele efetivamente pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP.*

*Além de mais uma vez revelar a ASTÚCIA dos ALIENANTES na busca pelo ganho fiscal ilícito, a SUBAVALIAÇÃO assume uma relevância CRUCIAL na exigência do crédito tributário.*

*É que, caso se considere, por algum absurdo, não ter havido simulação (o que se admite TÃO SOMENTE para argumentar) nas operações de compra, venda e permuta de ações em tesouraria realizadas pela 5246 PARTICIPAÇÕES, AINDA ASSIM, os tributos seriam devidos pelos ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS, por força do disposto no art. 23 da Lei nº 9.249/95, e PESSOA JURÍDICAS<sup>20</sup>, tendo*

<sup>19</sup> O Laudo de Avaliação da ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA teve como data-base 30/06/99 e utilizou um patrimônio líquido de R\$ 35.918.540,00;

<sup>20</sup> A única previsão de diferimento do ganho de capital auferido por pessoas jurídicas nessas situações foi veiculada pelo art. 39 da Medida Provisória nº 66/2002, com vigência a partir de 30/08/2002. A citada Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.637/2002, quando o dispositivo assumiu o art. 36;



*em vista que o valor de mercado das ações de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA era de, aproximadamente, R\$ 200.000.000,00, e NÃO de apenas R\$ 36.000.000,00, como tentaram fazer parecer os seus acionistas.*

*É importante observar que os ALIENANTES poderiam ter efetuado as transferências das ações pelos valores constantes de suas declarações de bens ou de suas escriturações contábeis. No entanto, não o fizeram, preferindo transferi-las a valor de mercado, ou melhor, a um valor de mercado SUBAVALIADO.*

*Um dos principais motivos para que os ALIENANTES não tenham exercido a opção de transferência pelos valores constantes de suas declarações é que seria INVIÁVEL CONCILIAR os interesses individuais relacionados aos valores que cada um dos ALIENANTES pretendia receber na venda, com a proporção calculada levando em consideração os valores que cada um informou em suas declarações de bens.*

*Dessa forma, os ALIENANTES resolveram utilizar o valor patrimonial de seus investimentos (notoriamente muito inferior ao valor econômico das empresas), tendo em vista que este é mais facilmente CONFUNDÍVEL com o valor de mercado de uma empresa.*

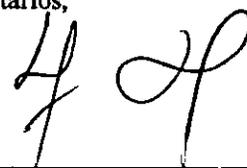
*A SUBAVALIAÇÃO DELIBERADA no valor de mercado pelo qual as ações de emissão de ELEVADORES SÛR foram integralizadas na 5246 PARTICIPAÇÕES, também CARACTERIZA o DOLO, a FRAUDE e o CONLUIO dos ALIENANTES, que assim agiram com o claro intuito de reduzir a tributação sobre ganho de capital auferido na venda das ações de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Subavaliação das Ações de Emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES na Integralização de Aumento de Capital na 5256 PARTICIPAÇÕES*

*Com o objetivo de possibilitar uma distribuição de dividendos (a qual é isenta de tributação), os ALIENANTES subscreveram um aumento de capital na empresa 5256 PARTICIPAÇÕES, integralizando-o mediante a conferência das ações por eles detidas na empresa 5246 PARTICIPAÇÕES.*

*Com essa integralização, o quadro societário da 5256 PARTICIPAÇÕES passou a ser o seguinte<sup>21</sup>:*

<sup>21</sup> Comparando o quadro societário no momento da integralização do aumento de capital na 5256 PARTICIPAÇÕES e aquele após a distribuição de dividendos, com o subsequente aporte de capital efetuado por ADROALDO AUMONDE e EWEN LTD. (item 0), fica evidente a diluição de participação societária dos DEMAIS ALIENANTES na proporção do recebimento de uma parte dos valores a que eles tinham direito na venda de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA. Essa diluição expõe, ainda, um outro aspecto da operação, qual seja, a segregação entre os valores pertencentes aos acionistas majoritários (ADROALDO AUMONDE e EWEN LTD.) e aqueles devidos aos minoritários;



Acionistas	Ações Subscritas			Integralização	
	QN	PN	%	Valor	%
Even Ltd	3.868.197	883.294	78,1361%	21.684.453,55	86,6269%
Adroaldo Carlos Aumonde	183.597	634.493	13,4531%	1.562.555,78	6,2422%
Paulo Ronci Reali	130.334	113.190	4,0046%	805.720,12	3,2188%
Alceu Paz de Albuquerque	64.361	18.343	1,3600%	364.078,67	1,4545%
Alcides Silva Leal	41.777	36.460	1,2866%	258.424,40	1,0324%
José Carlos Elsingrin Panzerhagen	24.760	21.603	0,7624%	153.155,35	0,6118%
Relatino Fioravente Aumonde	22.710	19.813	0,6999%	140.473,64	0,5612%
Paulo Augusto Wéber	4.033	3.523	0,1243%	24.950,31	0,0997%
Climro Sergio Scheidt	1.746	1.527	0,0538%	10.803,31	0,0432%
Fábio Luis Zaron	1.716	1.026	0,0451%	10.190,38	0,0407%
Paulo Nascimento Rocha	1.510	946	0,0404%	9.005,91	0,0360%
Sergio Alexandre Elhwanger	777	177	0,0157%	4.355,35	0,0174%
Luiz Ribeiro dos Santos	433	377	0,0133%	2.677,65	0,0107%
Sebastião Lopes Michado	193	126	0,0052%	1.155,67	0,0046%
<b>Total</b>	<b>4.346.144</b>	<b>1.734.898</b>	<b>100,0000%</b>	<b>25.032.000,09</b>	<b>100,0000%</b>

Ocorre que, para terem êxito na empreitada de NÃO recolherem os tributos sobre os ganhos auferidos na venda de suas participações societárias na ELEVADORES SÛR e na ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, os ALIENANTES NOVAMENTE TIVERAM que promover uma BRUTAL DISTORÇÃO no valor pelo qual as ações foram integralizadas.

Ao contrário da SUBAVALIAÇÃO promovida quando da integralização de aumento de capital na 5246 PARTICIPAÇÕES, a qual se deu às vésperas do fechamento da venda da empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, a BRUTAL DISTORÇÃO nos valores das ações dadas como integralização do aumento de capital na 5256 PARTICIPAÇÕES se deu NA MESMA DATA DA ASSINATURA do CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PERMUTA DE AÇÕES.

Analisando o Laudo de Avaliação da empresa 5246 PARTICIPAÇÕES, datado de 06/09/99, o qual foi novamente assinado pela ACAL CONSULTORIA E AUDITORIA, é possível identificar as mesmas inconsistências encontradas no Laudo de Avaliação das ações de emissão de ELEVADORES SÛR, com um agravante que é a maior proximidade entre a data de sua emissão e a da venda das duas empresas.

Com efeito, CAUSA ESTRANHEZA que, NA MESMA DATA em que o controle acionário da ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA foi vendido para o GRUPO THYSSENKRUPP, os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS tenham dado as ações da 5246 PARTICIPAÇÕES, que naquele momento era proprietária das ações das duas empresas (e que seriam, logo em seguida, seriam transferidas para o GRUPO THYSSENKRUPP), por um valor MUITO INFERIOR ao do recebimento na venda para o GRUPO THYSSENKRUPP, sob o INFUNDADO argumento de que este valor MUITO INFERIOR seria o JUSTO VALOR DE MERCADO da empresa.

Cabe repetir, aqui, as mesmas considerações realizadas no item anterior (0), qual seja, caso, por algum absurdo, se entenda não ter havido simulação alguma (o que se admite TÃO SOMENTE para argumentar) nas operações de compra, venda e permuta de ações em

*tesouraria realizadas pela 5246 PARTICIPAÇÕES, AINDA ASSIM, os tributos seriam devidos pelos ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS, por força do disposto no art. 23 da Lei nº 9.249/95, tendo em vista que o valor de mercado das ações de 5246 PARTICIPAÇÕES era de, aproximadamente, R\$ 120.000.000,00<sup>22</sup>, e NÃO de apenas R\$ 25.000.000,00, como tentaram fazer parecer os seus acionistas.*

*Novamente, os ALIENANTES resolveram utilizar o valor patrimonial de seu investimento em 5246 PARTICIPAÇÕES (notoriamente inferior ao valor econômico da empresa), tendo em vista que este é mais facilmente CONFUNDÍVEL com o valor de mercado de uma empresa.*

*A SUBAVALIAÇÃO DELIBERADA no valor de mercado pelo qual as ações de emissão de 5246 PARTICIPAÇÕES foram integralizadas na 5256 PARTICIPAÇÕES, também CARACTERIZA o DOLO, a FRAUDE e o CONLUÍO dos ALIENANTES, que assim agiram com o claro intuito de reduzir a tributação sobre ganho de capital auferido na venda das ações de ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Incompatibilidade entre o Valor Pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP à 5246 PARTICIPAÇÕES e o Controle Acionário Indireto Adquirido na ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA*

*Outra inconsistência lógica na fraude implementada pelas partes é a desproporção entre o preço pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP na compra de ações em tesouraria de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES e os direitos por ele adquiridos, representados pelo controle acionário INDIRETO nas empresas ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*Com efeito, é sabido que o valor econômico de uma empresa para o adquirente, ou seja, o valor que ele estaria disposto a pagar para adquirir uma participação, depende DIRETAMENTE de como é ou como será exercido o seu controle societário.*

*É mais do que elementar que uma empresa, do ponto de vista econômico-empresarial, valha muito mais quando se tem uma gerência dotada de plena liberdade, conferida pelo controle acionário integral, do que um empreendimento gravado pelo controle compartilhado das ações, ou seja, quando dois grupos de acionistas detêm 50% cada um de ações com direito a voto.*

*É ainda mais do que básico que ações de uma empresa que permitam a um investidor o controle acionário de uma empresa tenha um valor econômico muito superior do que a mesma quantidade de ações que não lhe confirmam essa prerrogativa.*

*Assim, a heterogeneidade dos bens negociados se reflete diretamente no seu preço, ainda mais quando não se está comprando ações de maneira pulverizada, mas sim, negociando-se em quantidade tal que tenha influência no próprio controle empresarial.*

<sup>22</sup> A participação societária detida pelos ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS (mais a EWEN LTD.) na 5246 PARTICIPAÇÕES era um pouco superior a 60%. Com a transferência, essa participação passou a ser da 5256 PARTICIPAÇÕES. A 5246 PARTICIPAÇÕES, por sua vez, detinha, quase que integralmente, o controle societário das empresas ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA. Assim, o valor de econômico da 5256 PARTICIPAÇÕES pode ser obtido pela aplicação do seu percentual de participação indireta nas duas empresas (60%) sobre o valor de mercado delas (R\$ 200.000,00);

*Sem dúvida alguma, o Laudo de Avaliação da ARTHUR ANDERSEN, ao avaliar o valor econômico do "controle acionário" (fl. 35 do Anexo V) da ELEVADORES SÚR, chegou ao valor aproximado de R\$ 200.000.000,00.*

*O GRUPO THYSSENKRUPP, por sua vez, pagou essa quantia, ou seja, um montante correspondente à integralidade do controle acionário da ELEVADORES SÚR, para adquirir TÃO SOMENTE, 35% (3.340.000/9.485.194) das ações com direito a voto da 5246 PARTICIPAÇÕES, quais sejam, as ações ordinárias.*

*O controle acionário INDIRETO da ELEVADORES SÚR, exercido via 5246 PARTICIPAÇÕES, no momento da aquisição das ações em tesouraria por parte do GRUPO THYSSENKRUPP, era detido pelos ALIENANTES, tendo a EWEN LTD., individualmente, como a acionista com maior número de ações ordinárias (3.868.197) na 5246 PARTICIPAÇÕES, representativa de 41% do capital votante da empresa.*

*Essa disparidade revela não somente os absurdos na operação de compra de ações em tesouraria promovida pelo GRUPO THYSSENKRUPP, o que contamina o negócio de vícios insanáveis, como denuncia também que o que estava sendo adquirido, desde o início, era o controle societário da ELEVADORES SÚR e NÃO ações em tesouraria de uma "empresa de fachada".*

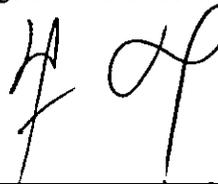
*É curioso observar que, com o intuito de ludibriar os mais desavisados, as partes tomaram vários cuidados com os detalhes envolvidos nas operações por eles FORJADAS. No entanto, algumas particularidades passaram despercebidas. Esta inconsistência foi apenas um desses detalhes não notados<sup>23</sup>.*

*Um desses cuidados foi o de guardar uma proporção entre o que seria o valor econômico das ações em tesouraria adquiridas e o valor por elas pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP. Com efeito, os compradores pagaram, aproximadamente, R\$ 200.000.000,00 na aquisição de 50% do capital social da 5246 PARTICIPAÇÕES, a qual por sua vez, tinha um investimento (na ELEVADORES SÚR) que valia R\$ 200.000.000,00 (embora contabilmente estivesse registrado por, aproximadamente, R\$ 36.000.000,00).*

*Como o valor pago por ações em tesouraria termina sendo registrado no patrimônio líquido da empresa que as aliena, pode-se afirmar que a 5246 PARTICIPAÇÕES passou a valer R\$ 400.000.000,00, ou seja, R\$ 200.000.000,00, em decorrência de seu investimento na ELEVADORES SÚR, e R\$ 200.000.000,00, referente ao lucro auferido na venda de ações em tesouraria. Com isso, o valor pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP estaria proporcional ao valor econômico de seu investimento na 5246 PARTICIPAÇÕES.*

*No entanto, esse simplório e astuto raciocínio aritmético utilizado pelas partes envolvidas, parte da premissa equivocada, de que o valor da mesma quantidade de ações de uma empresa é idêntico, seja ela*

<sup>23</sup> O engano cometido pelas partes é até compreensível, já que são tantas as minúcias e pessoas envolvidas (executivos, contadores, escritórios de advocacia, consultores etc.) no emprego de fraudes dessa natureza, que alguns detalhes terminam escapando ao controle dos participantes;



*com direito a voto ou não. E isto, como se demonstrou, não encontra a menor correspondência dentro da realidade do mercado societário.*

*Vícios e Irregularidades Encontradas nos Livros Societários das Empresas Envolvidas*

*De acordo com o art. 100 da Lei de S/A:*

*Art. 100. A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais:*

*I - os livros de 'Registro de Ações Nominativas' e 'Registro de Ações Endossáveis', para inscrição, anotação ou averbação:*

- a) do nome do acionista e do número das suas ações;*
- b) das entradas ou prestações de capital realizado;*
- c) das conversões de ações, de uma em outra forma, espécie ou classe;*
- d) do resgate, reembolso e amortização das ações, ou de sua aquisição pela companhia;*
- e) das mutações operadas pela alienação ou transferência de ações;*
- f) do penhor, usufruto, fideicomisso, da alienação fiduciária em garantia ou de qualquer ônus que grave as ações ou obste sua negociação.*

*II - o livro de 'Transferência de Ações Nominativas', para lançamento dos termos de transferência, que deverão ser assinados pelo cedente e pelo cessionário ou seus legítimos representantes;*

*(...)*

*V - o livro de 'Atas das Assembléias Gerais';*

*VI - o livro de 'Presença dos Acionistas';*

*VII - os livros de 'Atas das Reuniões do Conselho de Administração', se houver, e de 'Atas das Reuniões da Diretoria';*

*VIII - o livro de 'Atas e Pareceres do Conselho Fiscal'.*

*Já o art. 104 do mesmo diploma legal, dispõe que:*

*Art. 31. A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de 'Registro das Ações Nominativas'.*

*§ 1º A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro de 'Transferência de Ações Nominativas', datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes.*

*(...)"*

*Não obstante as disposições societárias acerca do registro de acionistas e das transferências de ações, CHAMA ATENÇÃO a quantidade de irregularidades encontradas nos livros societários da empresa ELEVADORES SÚR. A seguir, relacionamos os principais vícios:*

*1) A principal acionista da empresa, a EWEN LTD., consta do Livro Registro de Acionistas como EWEM LTD. - ROAD TWON - TORTOLA (folhas 0090 e 0091 do referido livro);*



2) O acionista MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, que teria efetuado diversas transferências de ações para a EWEM LTD. – ROAD TWON – TORTOLA NÃO consta do Livro Registro de Acionistas da ELEVADORES SÚR;

3) As transferências de ações de emissão de ELEVADORES SÚR realizadas em 08/09/99 pelos ALIENANTES para a empresa 5246 PARTICIPAÇÕES simplesmente NÃO se encontram registradas no Livro Registro de Transferência de Ações Nominativas. No referido Livro constam as transferências posteriores das ações de emissão de ELEVADORES SÚR, da empresa 5246 PARTICIPAÇÕES para a THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES (Termos de Transferência nos 335 e 627), realizada por permuta no mesmo dia 08/09/99;

4) As supostas transferências de ações realizadas pela MILLERI SOCIEDAD ANONIMA para a EWEM LTD. – ROAD TWON – TORTOLA TAMBÉM NÃO SE ENCONTRAM registradas no Livro Registro de Transferência de Ações Nominativas.

É interessante observar que o mesmo apego excessivo dos ALIENANTES e do GRUPO THYSSENKRUPP às formalidades da seqüência de atos societários, como justificativa para se eximir do recolhimento dos tributos devidos sobre o ganho na operação de compra e venda de ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, PARADOXALMENTE, não foi demonstrado por ocasião dos registros societários decorrentes da realização dos negócios jurídicos celebrados.

Cumprir destacar que, conforme preceitua o § 1º do art. 31 da Lei de S/A, a transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro de 'Transferência de Ações Nominativas', datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes.

Ora, como foi possível a EWEN LTD. (ou EWEM?) ter transferido ações que supostamente havia recebido da MILLERI SOCIEDAD ANONIMA se não consta qualquer registro dessa transferência no Livro de Transferência de Ações Nominativas?

Da mesma forma, como é possível a 5246 PARTICIPAÇÕES ter efetuado a transferência de 1.130.545 ações ordinárias de emissão de ELEVADORES SÚR e 2.226.252, de ações preferenciais, sem que essas ações SEQUER houvesse sido transferidas para a 5246 PARTICIPAÇÕES?

Essas irregularidades nos livros societários somente demonstram a maneira ATABALHOADA com que agiram os ALIENANTES no AFÃ de SUPRIMIR INDEVIDAMENTE os tributos devidos nas operações de compra e venda de participações societárias.

Por oportuno, vale destacar a responsabilidade (ou falta dela) da empresa ELEVADORES SÚR, no que diz respeito à correta escrituração dos livros societários da empresa, conforme preceitua a Lei nº 6.404/76:

“Art. 104. A companhia é responsável pelos prejuízos que causar aos interessados por vícios ou irregularidades verificadas nos livros de que tratam os números I a IV do artigo 100.

*Parágrafo único. A companhia deverá diligenciar para que os atos de emissão e substituição de certificados, e de transferências e averbações nos livros sociais, sejam praticados no menor prazo possível, não excedente do fixado pela Comissão de Valores Mobiliários, respondendo perante acionistas e terceiros pelos prejuízos decorrentes de atrasos culposos.”*

*Parecer da Consultoria Tributária ERNST & YOUNG*

*A CIACORP contratou a ERNST & YOUNG – SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS S/C LTDA.<sup>24</sup> para analisar, interpretar e opinar sobre a operação de transferência do controle acionário das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA para o GRUPO THYSSENKRUPP. Na condução dos trabalhos, a ERNST & YOUNG examinou os documentos e relatórios relacionados à referida operação, os quais foram apresentados pela CIACORP.*

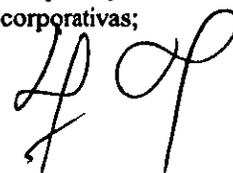
*Como resultado do trabalho, a ERNST & YOUNG emitiu o relatório “Análise da Transferência do Controle Societário da ELEVADORES SÛR para o GRUPO THYSSEN”, datado de 25/03/2003 (fl. 123 a 154 do Anexo II). As conclusões a que chegou a ERNST & YOUNG sobre as operações são bastante semelhantes às desta fiscalização.*

*A primeira delas é a de que, para a transferência do controle acionário de ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, foi adotada uma forma estruturada para que, além de atender os objetivos do negócio que estava sendo realizado, houvesse a redução ou eliminação da carga tributária sobre o ganho de capital. Nos dizeres da empresa “a forma adotada para a realização da operação não se configurou uma simples alienação de ações ou quotas, mas, sim, uma transação complexa, onde, ao final, ocorre o que podemos denominar de ALIENAÇÃO INDIRETA” das ações de ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.*

*A segunda é a de que o objetivo final das partes envolvidas, que era a transferência das participações societárias que os ALIENANTES detinham, “poderia ter sido atingido sem que fosse necessário a utilização de uma operação cuja estrutura é bastante complexa”. Uma das razões para a utilização dessa estrutura complexa “foi a redução da carga tributária, através da redução ou eliminação do ganho de capital que seria obtido caso a transferência ocorresse mediante um simples contrato de compra e venda de participações societárias (...). A cronologia dos atos societários indica os procedimentos adotados para que a operação atingisse os objetivos que as partes envolvidas desejavam. Portanto, ambos os grupos consentiram nos atos que intervieram” (destacamos).*

*Ao ser indagada pela CIACORP, entre outros assuntos, acerca de sua opinião sobre a operação, a ERNST & YOUNG respondeu, em 25/03/2003 (fl. 155 a 161 do Anexo II), que o GRUPO THYSSENKRUPP poderia simplesmente ter adquirido da 5246 PARTICIPAÇÕES as ações que esta detinha na empresa ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, evitando ter participado do capital social da 5246 PARTICIPAÇÕES e,*

<sup>24</sup> A ERNST & YOUNG é um grupo multinacional com destacada atuação na prestação de serviços nas áreas de auditoria independente, gestão de riscos, assessoria tributária e transações corporativas;



*conseqüentemente, a permuta desta participação pelas participações naquelas duas empresas. O GRUPO THYSSENKRUPP evitaria, ainda, todos os demais atos jurídicos celebrados. Todas essas operações tiveram como uma das finalidades, evitar o ganho de capital pela transferência da propriedade das ações das empresas envolvidas.*

*A CIACORP questionou, ainda, a ERNST & YOUNG se a operação, da forma como foi realizada, dificultaria o seu entendimento por parte de terceiros ou do mercado.*

*A resposta da ERNST & YOUNG foi afirmativa, já que a operação foi efetuada utilizando-se de empresas constituídas sob a forma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada e de sociedade por ações com capital fechado. Além disso, em virtude do diminuto número de acionistas, as informações públicas são mínimas, dificultando a recuperação de todos os passos das operações realizadas.*

*Parecer de PAULO DE BARROS CARVALHO*

*A CIACORP contratou o parecer do renomado tributarista PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>25</sup> acerca das repercussões tributárias decorrentes dos negócios jurídicos celebrados, que objetivaram a transmissão do controle acionário das empresas ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, formulando as seguintes perguntas:*

*“Tendo em vista as evidências antes apontadas, pode-se afirmar que a forma eleita constitui planejamento tributário ou teve por fim dissimular ou ocultar a verdadeira natureza jurídica do negócio realizado?”*

*“Em caso afirmativo da segunda hipótese, podem-se identificar benefícios fiscais indevidos para a empresa compradora? Quais?”*

*“Em caso afirmativo, ainda, podem-se identificar benefícios fiscais indevidos para o detentor do controle acionário do grupo vendedor? Quais?”*

*A operação negocial descrita entra no conceito de planejamento tributário lícito?”*

*“Se negativa a resposta ao número anterior, quais as conseqüências legais?”*

*“É possível identificar, na operação, concilium fraudis?”*

*Em Parecer datado de 08/09/2004, o ilustre tributarista chega às mesmas conclusões a que esta fiscalização chegou, e responde às indagações da CIACORP, resumidamente, da seguinte forma:*

*1) Ao invés de celebrarem um simples contrato de compra e venda, as partes envolvidas fizeram constar pessoas jurídicas interpostas controladas por cada um dos sujeitos interessados. Com isso, e diante da ausência de qualquer outra finalidade comercial, aparentaram negociar direitos para pessoas diversas daquelas que efetivamente realizaram a transação. Esta conduta ajusta-se fielmente à hipótese de simulação. A estratégia adotada configura, pelos resultados alcançados, outra modalidade de ilícito tributário, a fraude. Com efeito, o conceito jurídico-positivo de “fraude” abrange todo e*

<sup>25</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO é um dos mais respeitáveis advogados tributaristas do País e dispensa maiores apresentações;



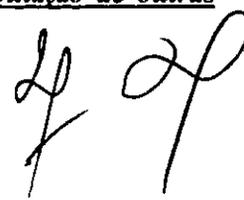
*qualquer ato que, por ação ou omissão dolosa impeça, retarde ou atenuar os efeitos da ocorrência do fato tributário, reduz o montante do tributo devido ou postergue o seu pagamento. A sucessão de atos societários permitiu obtenção de ganho de capital e formação de ágio sem o dever de pagar tributo. O ganho de capital foi, fraudulentamente, ocultado pela existência de outras pessoas jurídicas e a realização de permuta. Caso tivesse sido realizada uma simples compra e venda, o fato tributário não teria sido ocultado. Assim, além de ser simulada, a ação dos ALIENANTES (GRUPO AUMONDE) em conjunto com o GRUPO THYSSENKRUPP pode ser classificada como fraudulenta. Diante desses argumentos, não cabe falar em planejamento tributário lícito, mas sim em típico caso de evasão tributária.*

*2) O GRUPO THYSSENKRUPP obteve ágio susceptível de ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nos anos subsequentes. Esse ágio decorre da diferença a maior entre o valor investido pela THYSSEN INDUSTRIES na sua controlada THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES, a quem coube efetivar permuta com a 5246 PARTICIPAÇÕES, adquirindo o controle das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA. Com isso, além de obter o controle acionário que pretendia, o GRUPO THYSSENKRUPP acumulou ágio em montante superior ao valor patrimonial das duas empresas adquiridas.*

*3) Os ALIENANTES (pessoas físicas e jurídicas) obtiveram benefícios fiscais diretos e indiretos com a operação. Os diretos são aqueles auferidos por eles como pessoas físicas, enquanto que os indiretos são aqueles obtidos pelas pessoas jurídicas por eles controladas. Entre ganhos diretos e indiretos, deve-se destacar, como principal benefício dos ALIENANTES a obtenção de ganho de capital pela permuta de um patrimônio avaliado em, aproximadamente, R\$ 36 MILHÕES, por outro de mais de R\$ 200 MILHÕES, sem que tenha havido o pagamento dos tributos devidos em uma operação convencional. Assim, surge a OCULTAÇÃO do ganho de capital e o conseqüente não-pagamento dos tributos incidentes, como sendo o principal benefício obtido pelos ALIENANTES, inclusive, por meio das pessoas jurídicas por eles controladas.*

*4) As operações analisadas NÃO se enquadram no conceito de planejamento tributário lícito, pelos motivos expostos na resposta da questão 1.*

*5) Diante dos documentos analisados, é possível afirmar a existência de, pelo menos, quatro conseqüências legais imediatas: (i) possibilidade de lançamento de ofício por parte da Administração Tributária, nos termos do art. 149, VII, do CTN, para a cobrança dos tributos que deixaram de ser recolhidos sobre o ganho de capital auferido pelos ALIENANTES com a venda do controle societário das duas empresas; (ii) dilação no prazo de decadência pela interpretação em conjunto dos arts. 150, § 4º, e 173, I, ambos do CTN; (iii) glosa dos valores deduzidos a título de ágio pela compradora; (iv) aplicação de multa de 150% sobre o valor que deixou de ser pago em face da configuração de fraude. Essas conseqüências, vistas do âmbito exclusivamente tributário, não comprometem a imputação de outras*



sanções de ordem penal, cível, administrativa e comercial pela prática dos ilícitos.

6) É possível, sim, a identificação, nas operações, de *concilium fraudis*. Para realizar o complexo rol de operações descritas no caso concreto é IMPRESCINDÍVEL que exista um concurso de vontades entre as partes que, de maneira consciente e deliberada, atuem em conjunto para a consecução dos fins pretendidos. Há amplos indícios de que, no caso, houve a intenção das partes de realizar as condutas evasivas comentadas acima, quais sejam: (i) existência de auditoria (*due diligence*) da empresa ELEVADORES SÚR (que à época era companhia de capital aberto) muito antes de celebrados os negócios jurídicos entre as partes, sem que fosse dado o regular conhecimento aos demais acionistas e às autoridades públicas, em afronta ao que prescreve a legislação societária. Além de infringir a lei, esta omissão evidencia o propósito de alienação do controle acionário; (ii) presença, no Brasil, de executivos do GRUPO THYSSENKRUPP muito antes dos negócios terem sido concluídos; (iii) celebração do CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE AÇÕES, no lugar de um simples contrato de compra e venda; (iv) utilização das pessoas jurídicas 5246 PARTICIPAÇÕES e 5256 PARTICIPAÇÕES, além da THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES, sem NENHUM PROPÓSITO EMPRESARIAL que não a OCULTAÇÃO do negócio de compra e venda e dos efeitos tributários; (v) eleição de ALCEU ALBUQUERQUE para exercer, no GRUPO THYSSENKRUPP, a mesma função que desempenhava na ELEVADORES SÚR sob o controle dos ALIENANTES, qual seja, a de principal executivo da empresa. Por esses elementos, é INDUBITÁVEL a conclusão de que, no caso, houve *concilium fraudis*.

Parecer de GALENO LACERDA

A CIACORP contratou também o parecer do eminente mestre GALENO LACERDA acerca dos negócios jurídicos celebrados entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP, que objetivaram a transmissão do controle acionário das empresas ELEVADORES SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

O Parecer, assinado pelo professor GALENO LACERDA<sup>26</sup> em 04/02/2003, foi assim ementado:

“Fraude contra credores, caracterizada pela criação, dentro e fora do País, de empresas fictícias, de modo a propiciar a transferência de patrimônios de grande vulto para o exterior, em prejuízo dos credores nacionais, lesados pela frustração das penhoras, e do próprio Fisco, pela conseqüente evasão de divisas e sonegação fiscal.

Processos e atos jurídicos fictícios, concertados no Uruguai, e colusão de importante empresa multinacional na prática das manobras jurídicas fraudulentas.

Incidência do art. 109 do Código Civil.” (destacamos)

Pela sua pertinência com a presente autuação, transcrevemos trecho de algumas considerações prévias do renomado advogado.

<sup>26</sup> Professor Catedrático aposentado de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Porto Alegre/RS da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

*"A criação de pessoas jurídicas civis ou comerciais tem servido de instrumento à prática de atos nocivos a direitos de terceiros de boa-fé. O tema tem sido objeto de trabalhos de eminentes juristas nacionais e estrangeiros e da elaboração de normas legais tendentes a obviar as práticas nefastas." (destacamos)*

*Ao analisar o caso concreto, GALENO LACERDA é categórico ao afirmar que houve ESCANCARADA e ACINTOSA FRAUDE por parte dos ALIENANTES e do GRUPO THYSSENKRUPP.*

*Com relação à 5246 PARTICIPAÇÕES, GALENO LACERDA destaca o inusitado artificialismo dessa "INVENÇÃO" de sociedade anônima, que não possui nome algum, simplesmente um número, capital fantasista e irrisório, dividido em ações sem nenhum valor nominal, como a confessar, de antemão, tratar-se de mera burla, com objetivo de fraudar incautos.*

*Recorrendo ao auxílio do não menos eminente jurista JAGUARÊ TORELLY TEIXEIRA (mestre no assunto), GALENO LACERDA destaca os seguintes aspectos:*

*a nulidade da ata de constituição da 5246 PARTICIPAÇÕES, por infringência ao art. 80, I e III, da Lei de Sociedades Anônimas, bem como ao art. 5º, § 5º, do Estatuto Social da empresa;*

*A AGO de 20/04/99 aceita a renúncia de um dos diretores e reelege o outro, ficando a 5246 PARTICIPAÇÕES com um único diretor, em completa afronta ao disposto no art. 143, I, da Lei das Sociedades Anônimas e do art. 9º do Estatuto Social da empresa;*

*Em 17/06/99, foi constituída a 5256 PARTICIPAÇÕES, com capital social de R\$ 1.000,00, do mesmo modo que a 5246 PARTICIPAÇÕES. Como se percebe, a nova empresa, também "numérica", com número quase igual ao da primeira, de modo a aumentar a confusão, facilitando a consumação da fraude. A Assembléia de constituição da 5256 PARTICIPAÇÕES seria nula, por infração ao art. 80, I e III, da Lei das S/A;*

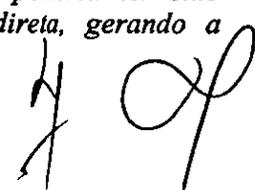
*Em 04/08/99, a AGE da empresa 526 PARTICIPAÇÕES aprova o desdobramento de ações à razão de 1 ação para 10.000, passando o capital social da empresa a dividir-se em 10.000.000 de ações e, a seguir, aprova também o aumento do capital para R\$ 17.000.000,00, com incorporação do ágio. A AGE teria violado o art. 170, §§ 1º e 7º da Lei de S/A, bem como o art. 5º, § 5º do Estatuto Social da empresa;*

*GALENO LACERDA, cita, ainda, as conclusões de JAGUARÊ TORELLY TEIXEIRA, a qual resumimos a seguir:*

*a grande maioria dos atos e instrumentos, individualmente considerados, viola dispositivos estatutários e, sobretudo, normas cogentes da Lei de S/A, autorizando a sua anulação, por não revestir a forma prescrita em lei ou por preterir requisito essencial a sua validade;*

*analisados em conjunto, a nulidade de um ato retira a sustentação dos atos subseqüentes, afora as nulidades próprias desses atos posteriores (efeito dominó);*

*a alienação do controle de ELEVADORES SÜR poderia ter sido alcançada de forma bem mais simplificada e direta, gerando a*



*suspeição de que o caminho adotado (afora benefícios de ordem tributária) procurou dissimular e/ou ocultar os diversos passos da operação dificultando sua compreensão;*

*a operação acarretou a alienação da parcela mais significativa do patrimônio de ADROALDO AUMONDE, seguida de remessa ao exterior dos recursos daí auferidos;*

*a apontada nulidade dos atos e instrumentos sob exame assume notável relevância, se for considerado o panorama global: (i) a adoção de uma montagem jurídico-societária complexa e desnecessária; (ii) o uso abusivo de interpostas pessoas jurídicas, de duração efêmera e imotivada; (iii) evasão e expatriação dos recursos resultantes da alienação da parcela mais significativa do patrimônio de ADROALDO AUMONDE; e (iv) a existência de vultosa dívida de ADROALDO AUMONDE, em data anterior e próxima à realização da operação.*

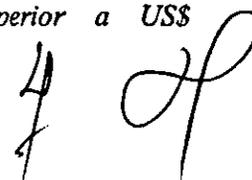
*Por fim, GALENO LACERDA passa a responder, em seu parecer, aos questionamentos da CIACORP, destacando que: a) a sucessão de manobras societárias realizadas pelos ALIENANTES e pelo GRUPO THYSSENKRUPP, com a utilização de empresas de fachada (duas delas, inclusive, tendo como razão social "números") que impediram o acompanhamento real de transferência do controle acionário que os ALIENANTES detinham sobre a empresa ELEVADORES SÚR; b) a concordância da adquirente, GRUPO THYSSENKRUPP, com essas manobras dos ALIENANTES, constituindo, ela própria, novas empresas (como, por exemplo, THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES) exclusivamente para se ajustar no quadro das empresas criadas pelos ALIENANTES; c) a aquiescência não apenas passiva, mas ativa, da adquirente, GRUPO THYSSENKRUPP, com tais operações que, ao fim e ao cabo, possibilitaram a drenagem para o exterior, através de uma empresa "numérica", de todo o pagamento por ela efetuado ao ALIENANTES, configuram, sem dúvida, a responsabilidade solidária da adquirente, na fraude cometida pelos ALIENANTES para lesar terceiros.*

*GALENO LACERDA destaca, ainda, que a criação de pessoas jurídicas e a sua extinção, a bel prazer pelas partes envolvidas, para promover o nascimento e o sumiço de patrimônio, configura não apenas grave ilícito civil extracontratual, como tipifica também o crime de sonegação fiscal, passível de ação penal pública incondicionada, conforme Súmula 609 do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do ilustre jurista, "o caso é, pois, gravíssimo".*

#### *Laudo do Perito Judicial*

*De acordo com o Laudo Pericial emitido pelo Perito Contador CARLOS EDBERTO DE ALMEIDA GUEDES, CRC 1RJ028206/T-9, em 05/10/2004 (fl. 188 a 206 do Anexo II), o capital social da empresa GRANITE HOLDINGS CORPORATION (com sede em Nassau, Bahamas) era, em 31/12/2003, de US\$ 84.600.000,00, dividido em 84.600.000 de ações ordinárias, com valor nominal de US\$ 1,00 cada, as quais, por sua vez, pertenciam, integralmente, à 5246 PARTICIPAÇÕES.*

*De acordo com o Laudo Pericial e o Balanço Patrimonial da GRANITE HOLDINGS CORPORATION, a empresa teria concedido empréstimos de longo prazo no montante superior a US\$*



90.000.000,00, com vencimentos entre 30/08/2030 e 03/04/2032, à empresa INCHEON HOLDINGS LIMITED.

De acordo com o Perito Contador, a GRANITE HOLDINGS CORPORATION constituiu uma provisão para perdas desses empréstimos, no montante correspondente a, aproximadamente, 50%, restando um valor líquido a receber em torno de apenas US\$ 46.000.000,00. Essas perdas teriam começado a ocorrer no exercício encerrado em 31/12/2001, não existindo informações que identifiquem os elementos que fundamentam essas provisões, bem como se elas irão continuar ocorrendo até o prazo de resgate dos empréstimos.

A utilização da GRANITE HOLDINGS CORPORATION foi mais um dos muitos artificios utilizados pelo controlador majoritário, ADROALDO AUMONDE, para a "BLINDAGEM" de seu patrimônio pessoal, já que a parcela que foi remetida para o exterior, quando da constituição dessa empresa (R\$ 172.101.510,00), correspondia, aproximadamente, à parcela a que ele teria direito<sup>27</sup> na venda da ELEVADORES SÚR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

Assim, ADROALDO AUMONDE manteve esse valor no exterior, exercendo o controle da GRANITE HOLDINGS CORPORATION através da 5246 PARTICIPAÇÕES, a qual, por sua vez, passou a ser controlada, em 08/09/99, pela EWEN LTD. (outra empresa de "fachada" de ADROALDO AUMONDE)."

Foi lavrado pelo Fisco o Termo de Sujeição Passiva Solidária indicando como sujeito passivo solidário pelos tributos lançados contra a empresa Epart Administração e Participações Ltda, o senhor Adroaldo Carlos Aumonde.

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolada em 08 de julho de 2005, fls. 257/288, e a do sujeito passivo solidário Adroaldo Carlos Aumonde, em 07 de julho de 2005, fls. 409/505, em cujo arrazoado alega, em apertada síntese, o seguinte:

Introdução:

1- o auto de infração surgiu em razão de um inquérito policial instaurado por meio de denúncia feita por particular, com o qual o administrador da empresa, Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, mantém litígios cíveis;

2- a atividade de fiscalização tributária envolveu tão-somente três intimações à empresa;

3- a autoridade tributária não produziu prova mas utilizou prova produzida por particular e por autoridade policial;

4- essas provas não poderiam ter sido simplesmente transplantadas para o processo tributário, pois foram produzidas com métodos e propósitos incompatíveis com os métodos e propósitos da atividade de fiscalização tributária;

<sup>27</sup> Tanto como pessoa física, como através de suas pessoas jurídicas EPART PARTICIPAÇÕES, EWEM PARTICIPAÇÕES, BW PARTICIPAÇÕES e EWEN LTD.;

5- a prova entregue por particular é prova unilateral, o que inviabiliza sua utilização sem que a autoridade tributária se certifique da licitude da sua obtenção, procedendo fiscalização ampla tanto dos fatos alegados quanto dos fatos omitidos pelo particular;

6- a prova policial é prova produzida com objetivo diverso da apuração da falta de pagamento de tributo;

7- os documentos utilizados pela polícia federal foram entregues e obtidos para fins de instrução ao inquérito penal, não podendo ser utilizados pelo Fisco, ainda mais sem a devida averiguação e comprovação, sob pena de desvio de finalidade;

8- conseqüentemente, o processo administrativo instaurado pela Receita Federal está calcado em provas que não correspondem à verdade dos fatos;

9- a legalidade dos atos praticados pela empresa é patente. Trata-se de atos societários perfeitamente delineados nas legislações societária e tributária nacionais, não se podendo deles inferir qualquer vício, fraude ou simulação. As operações de venda de ações em tesouraria e permuta realizadas pela empresa 5246 não podem ser consideradas como geradoras de exigibilidades de tributos;

10- a validade dos negócios jurídicos praticados não depende única e exclusivamente da convergência de vontades, disciplinados à época no artigo 82 do Código Civil de 1916, art. 104 do Código Civil de 2002;

11- no âmbito do direito privado, diferentemente do direito público, às partes envolvidas é possível acordar negócios ou realizar operações sob a única condição de não serem vedados pela lei, não sendo necessária sua expressa previsão;

12- a favor da patente legalidade dos atos praticados pela empresa concorre a publicidade dada às operações julgadas irregulares, as quais foram oportunamente escrituradas nos seus livros contábeis/fiscais, que agindo de boa-fé, informou aos órgãos competentes, tendo cumprido todas as obrigações principais e acessórias derivadas de seus atos;

13- uma vez em harmonia com os pressupostos previstos não há falar em ilegitimidade dos atos praticados, devendo essa suposição ser afastada;

14- uma vez dotados de legalidade os atos praticados pela empresa, não há que falar em fraude ou simulação, não se amoldando eles a tipos delituosos, não ocorrendo dolo, falsidade ou falta de declaração;

15- não houve simulação absoluta nos atos praticados, ao teor do artigo 102 do Código Civil de 1916, não tendo a empresa se prestado a esconder nenhum outro negócio, não realizando ato diverso daquele oficialmente escriturado;

Em Preliminar:

a) Da decadência do crédito tributário.

1- a decadência do direito de a Fazenda Nacional realizar o lançamento relativo a fatos geradores ocorridos em setembro de 1999, pois o IRPJ e a CSL amoldam-se ao

lançamento por homologação, cuja contagem do lapso de decadencial de cinco anos inicia-se na data da ocorrência do fato gerador do tributo;

2- não é razoável dizer que o objeto da homologação é o pagamento, porque este é sempre um ato próprio do sujeito passivo, e não da autoridade. Quando se fala em homologação do pagamento, quer se dizer homologação da atividade que apurou o valor pago;

3- tratando os autos de infração do IRPJ e CSL incidente sobre ganho de capital deve-se frisar que se alguma tributação fosse devida, tal ocorreria de forma definitiva. Isso significa que, tão logo ocorresse o fato gerador (ganho na alienação de bens e direitos), deveria o contribuinte apurar o imposto devido e providenciar o seu recolhimento, sem que este constitua espécie de antecipação sujeita a ajuste no final do ano;

4- no caso em tela, não havia tributo devido porque a investidora era obrigada a fazer equivalência patrimonial do investimento da empresa coligada;

5- considerando-se que o auto de infração sustenta que houve ganho de capital na operação realizada em 08/09/99, e sendo esse o termo inicial do prazo decadencial, ela ocorreu em 08/09/2004;

6- como não ficou provada o caso de dolo, fraude ou simulação, não pode ser deslocada a contagem do prazo decadencial para o art. 173, I, do CTN;

7- a operação que incidiu os tributos lançados ocorreu em 08 de setembro de 1999, devendo o ganho de capital ser recolhido até o último dia do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, 31 de outubro de 1999. O prazo decadencial começou a contar a partir de 1º de novembro de 1999, ou seja, no primeiro dia seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado (31/10/1999), decaindo o direito ao lançamento cinco anos após a ocorrência do fato gerador, pois somente em 07 de junho de 2005 o contribuinte foi notificado das exigências;

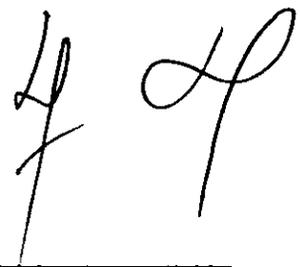
8- mesmo que seja aplicada a regra do artigo 173, I, do CTN o termo inicial recairia em 01/01/2000, estando dessa forma decadente o crédito tributário;

b) Da nulidade do auto de infração por vício no lançamento – inaplicabilidade da norma geral antielisão.

1- é inaplicável a norma geral anti-elisão introduzida pela Lei Complementar nº 104/2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do CTN, por sua não-regulamentação e por conta do princípio da irretroatividade das leis;

2- a fiscalização fez uso de instrumento novo no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a chamada norma geral antielisão, representada no parágrafo único do artigo 106 do CTN, acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 2001, não aplicável à época das operações;

3- os efeitos de uma nova ordem atingem apenas os fatos geradores que vieram a ocorrer a partir da sua promulgação, exceto quando mais benéfica ao contribuinte ou meramente interpretativa, situações essas em que se admite a sua retroatividade;



4- a norma geral antielisão não poderia ser aplicada como fundamento para a descaracterização dos atos praticados, eis que se verificaram anteriormente (1999) à sua entrada em vigor (2001). Por esse motivo, deve o lançamento ser julgado nulo;

5- ainda que os atos praticados pela empresa configurem hipótese de elisão fiscal sujeita ao artigo 116, parágrafo único, do CTN, a autoridade administrativa não poderia sob tal fundamento desconsiderá-los e pretender lançar diferenças, pois os fatos ocorreram antes do advento da Lei Complementar n.º 104 – que instituiu tal faculdade/poder à Administração – e tal dispositivo ainda não foi regulamentado, não sendo auto-aplicável.

c) Do erro na identificação do sujeito passivo – Do sujeito passivo realizador do suposto ganho de capital.

1- a nulidade do lançamento em virtude de ilegitimidade passiva, uma vez que o ganho de capital, objeto dos lançamentos do IRPJ e CSL, não lhe diz respeito, pois quem realizou a permuta das ações foi a empresa 5246 e sobre ela é que deveria incidir os tributos;

2- foi a empresa 5246 quem realizou a permuta e acabou por entregar as ações que recebera como integralização de seu capital;

3- a atuada não auferiu qualquer valor em decorrência da operação. O custo contábil do novo investimento (participação na sociedade 5246 Participações) ficou igual ao custo contábil que a empresa detinha no investimento anterior (elevadores SÜR);

4- ainda que se admita a hipótese de não ser devido o cálculo da equivalência patrimonial, só poderia se falar em ganho de capital em relação a diferença entre o valor pelo qual estava registrada contabilmente a participação na Elevadores SÜR, confrontado com o valor pelo qual foi avaliada essa participação e integralizada como capital na sociedade 5246 Participações. Jamais em relação ao valor de R\$ 202 milhões, pois esse foi recebido pela empresa 5246 e não pela empresa EPART;

5- se ganho houve na operação ele ficou na empresa 5246, sendo lá que ele deve ser apurado;

6- a atuada não auferiu qualquer benefício econômico do respectivo fato gerador, permuta de ações, nem mesmo realizou o fato gerador, que foi gerado pela empresa 5246 Participações, sendo ela o sujeito passivo da exigência tributária;

7- em caso análogo ao presente, o Conselho de Contribuintes entendeu que a pessoa jurídica responsável pela operação é que deve ser atuada e não seus sócios, pois foi ela quem efetuou a operação e auferiu seus benefícios;

8- por um lado o Fisco afirma que tudo foi feito simuladamente pela pessoa física, de outro cobra os tributos com base em alíquota aplicável à pessoa jurídica. Ou houve simulação e os atos foram praticados pela pessoa física, e a consequência é a desconsideração das pessoas jurídicas e a aplicação da legislação relativa às pessoas físicas, ou as pessoas jurídicas são mantidas, mas não há simulação, e por consequência, não tributos que deixaram de ser pagos.

No Mérito:

1- as sociedades indicadas efetivamente existiram e existem, as operações indicadas foram praticadas, os negócios jurídicos e comerciais foram efetivamente praticados. Não há que se falar em planejamento fiscal ilícito, não há que se falar em simulação;

2- a atuada não omitiu ganho de capital que teria obtido com a pretensa venda de sua participação na empresa Elevadores SÚR, até porque a operação realizada não foi de compra e venda, não havendo ganho de capital e nem tributos devidos, posto que na qualidade de investidora da coligada cumpri-lhe tão somente efetuar a equivalência patrimonial;

3- não que se falar em evasão fiscal, mas sim planejamento lícito, uma vez que ninguém é obrigado a elaborar seus negócios através do meio mais oneroso quando a lei permite a sua realização pelo modo menos gravoso;

4- só há prova de simulação se restar demonstrado existirem duas vontades e que uma é diferente da outra. Se existir uma única vontade consistente que assume as conseqüências ainda indesejáveis do negócio praticado, não existe simulação;

5- nunca houve outra vontade que não transferência do controle acionário da empresa Elevadores Súr. O interesse sempre foi a viabilização da operação de venda, o que jamais foi negado. Mas se esta foi feita por compra e venda direta ou por compra e venda de ações em tesouraria para posterior permuta, isto é uma faculdade legal do contribuinte;

6- vontade real das partes sempre foi uma só: viabilizar a operação de venda, maximizar os resultados para o adquirente e reduzir a carga tributária, sempre sob a proteção do princípio constitucional da liberdade negocial e da autonomia de vontade;

7- o que as partes fizeram não foi nada além de planejar suas atividades por meio da prática lícita de operações reais de modo a viabilizar a alienação através do modo menos oneroso;

8- não houve simulação nos atos praticados, pois as sociedades indicadas existem, as operações foram praticadas e os negócios jurídicos e comerciais foram efetivamente praticados, tendo documentado e registrado formalmente as operações;

9- não houve dissimulação, pois declarou a ocorrência precisamente daquilo que ocorreu, tanto que as declarações e registros correspondem ao efetivamente ocorrido;

10- somente após a introdução do parágrafo único ao artigo 116 do CTN é que a Administração possui competência para desconsiderar os atos/negócios jurídicos praticados por ele. Antes dessa inovação, somente pela via Judicial;

11- o Auto de Infração, no tocante à simulação, comprova o contrário do fundamentado: as operações foram reais, tanto que registradas conforme documentos anexados; daí a sua nulidade por falta de fundamentação e falta de comprovação da ocorrência do fato gerador;

12- o ônus da prova da simulação ou dissimulação incumbe à Fazenda Pública;

13- os valores remetidos ao exterior estão lá até os dias atuais. Este fato é de crucial importância, pois se os valores legalmente remetidos ao exterior tivessem retornado ao Brasil, até poderia se admitir a dissertação sobre a utilização de artifícios meramente formais,

ou seja, que possuem apenas a formalização de um ato sem corresponder à verdadeira intenção. Claro que este não é o caso;

14- terem ocorrido assertivas exageradas e adjetivação impertinente por parte do Auditor-Fiscal da Receita Federal, fazendo crer que o mesmo tenha sido contaminado pelo material que a Ciacorp lhe encaminhou;

15- as sociedades 5246 e 5256 Participações não são “empresas de fachada”, elas já existiam previamente ao fato gerador e não foram criadas por ele, cujo objeto era a participação em outras sociedades, fato permitido pelo § 3º do art. 2º da Lei das S.A.;

16- a Lei permite às companhias negociarem com suas próprias ações. A aquisição para permanência em tesouraria configura uma efetiva negociação de ações pela própria sociedade, sendo necessários à manutenção do capital social e se valer de reservas livres e lucros acumulados;

17- o dolo, a fraude e a simulação não podem ser presumidos e os agentes da Receita Federal não têm o poder para decidir e nem determiná-los, sendo tal premissa privativa do Poder Judiciário, nem podem ser utilizados para alcançar um direito já atingido pela decadência;

18- incabível a multa qualificada de 150%, porque os atos praticados jamais se consubstanciaram na hipótese de sonegação ou fraude, como disposto nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964;

19- somente planejou suas atividades por meio da prática lícita de operações, reais de modo a viabilizar a operação de venda e reduzir a carga tributária;

20- o parecer da Ernest Young se constitui num atestado de que a operação foi consolidada de forma utilizada normalmente em operações dessa forma e não afrontou nenhum dispositivo legal de ordem tributária ou comercial;

21- os atos praticados estão em perfeita consonância com a legislação em vigor, não havendo se falar em “simulação dos fatos apresentados” ou em dissonância entre o objeto contratado e os interesses da sociedade; as operações de venda de ações em tesouraria e permuta realizada pela empresa 5246 não podem ser consideradas para gerar exigibilidade de tributos para si;

22- sobre o Parecer do Prof. Galeno Lacerda discute inicialmente a Ação impetrada contra os acionistas da Elevadores Sûr, por venda com fraude a credores nacionais; posteriormente, traça o perfil da impetrante/consulente, levantando a suspeita de sua idoneidade/capacidade e, ao final, conclui que o parecerista partiu de premissas equivocadas e chegou a conclusões, obviamente, também equivocadas;

23- registra sua discordância com o Laudo do Perito Judicial, que deve ser desconsiderado;

24- para reforçar seu entendimento transcreve excerto de texto de juristas e ementas de acórdãos deste Conselho.

A petição do Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, além de repetir as alegações da Epart Administração e Participações, acrescenta que não é responsável solidário da sociedade Epart Participações posto que o mesmo não é e nem era, á época dos fatos, administrador da empresa autuada, além de estar o Relatório de Atividade Fiscal recheado de afirmações levianas e injuriosas, não respeitante à pessoa do Sr. Adroaldo Aumonde.

Em 17 de novembro de 2005 foi prolatado o Acórdão n.º 6.781, da 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre, fls. 568/653, que considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

*"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*

*Data do fato gerador: 31/12/1999*

*Ementa: PRELIMINARES DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.*

*Não se configurando nenhuma das hipóteses arroladas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/72 que rege o processo administrativo fiscal, não há falar em nulidade.*

*PODER-DEVER EM CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO.  
DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.*

*1. No presente caso, não se operou a decadência do poder-dever do Fisco em constituir o crédito tributário*

*a) quer por existir evidente intuito de simulação, o que, segundo determinados critérios, impõe a regra do art. 173, I, do CTN para chegar-se ao termo inicial do prazo decadencial,*

*b) quer por haver entendimentos administrativos de o prazo decadencial ter seu termo inicial na data de entrega da declaração de rendimentos,*

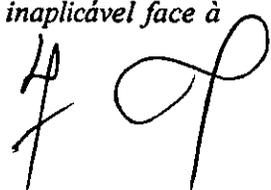
*c) quer por existir lei expressa prevendo ser de dez anos o prazo decadencial das contribuições para a seguridade social, gênero do qual a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CSLL) é espécie. (art. 45, I, da Lei n.º 8.212/91) e*

*d) quer, ademais e suficientemente, em atenção à firme posição do Superior Tribunal de Justiça – por meio das mais recentes decisões de sua Primeira Seção e ambas as Turmas – no sentido do termo inicial do prazo decadencial somente iniciar após o prazo homologatório de 05 (cinco) anos.*

*2. A vigência do art. 45 da Lei n.º 8.212/91 pode ser analisada em face do princípio da legalidade ou da impossibilidade de ser realizado controle repressivo de constitucionalidade por qualquer Órgão do Poder Executivo.*

*3. Na seara do princípio da legalidade, o conflito entre leis resolve-se por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto-lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942, ou seja, lei posterior derroga a anterior no que for com ela incompatível.*

*4. Sob outro aspecto, a questão, para ser conhecida, demandaria a possibilidade de ser realizado controle repressivo de constitucionalidade por Órgãos da Administração Pública. Uma vez que a legislação que prevê o prazo dilatado de decadência é posterior ao CTN, para afastá-la seria necessário entendê-la inaplicável face à*



*necessidade de lei complementar para regular a matéria, decorrente do art. 146, III, 'b' da Constituição, que é questão atinente ao controle repressivo de constitucionalidade, o qual não pode ser realizado por Órgãos da Administração Pública.*

**SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS. MEIOS DE PROVA. EXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL.**

*1. A simulação se caracteriza pela divergência entre a exteriorização e a volição, isto é, pela prática formal de determinados atos, enquanto subjetivamente os que se perfazem são outros.*

*2. Portanto, para fins de caracterizar, ou não, simulação, é irrelevante terem as partes manifestado publicamente vontade de formalizar determinados atos, por natureza lícitos, pois tal fato em nada influi sobre a simulação, que é a divergência entre exteriorização e vontade.*

*3. Para não se configurar simulação, é necessário que as partes queiram efetivamente praticar esses atos, não apenas no aspecto formal, mas também em sua materialidade.*

*4. Por se tratar da simulação de divergência entre realidade e subjetividade, é difícil, quando não impossível, comprová-la diretamente, pelo que se admite que seja provada por todos os meios admitidos em Direito, inclusive indícios e presunções.*

*5. Os principais indícios admitidos como prova da simulação são (a) a existência de motivo sério, (b) a falta de execução material da vontade exteriorizada, (c) a discrepância entre esses atos e a conduta das partes e (d) a divergência entre a natureza e a quantidade dos bens e direitos e o preço pelo qual são negociados.*

*6. Na apuração do ganho de capital, é considerada a operação que importe "alienação" a qualquer título de bens ou direitos, ou cessão, ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição.*

*7. No caso concreto, a contribuinte confessa que "o interesse sempre foi a viabilização da operação de compra e venda" e "a real vontade das partes sempre foi uma só: viabilizar a operação de venda", o que caracteriza, juntamente com os demais elementos de prova, a divergência entre exteriorização e vontade, caracterizadora de simulação.*

**MULTA QUALIFICADA. EXIGIBILIDADE.**

*Mantém-se a multa qualificada de 150%, estando configurado o intuito de fraude, utilizada a simulação, com a conseqüente redução dos tributos devidos.*

*Lançamento Procedente"*

Cientificada em 19 de dezembro de 2005, AR de fls. 658, e novamente irresignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolado em 18 de janeiro de 2006, em cujo arrazoado de fls. 726/846 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando, ainda, não ser admitido o prazo decadencial da CSL de 10 anos previsto no artigo 45 da Lei nº 8.212/91, por sabidamente inconstitucional.

É o Relatório.



## Voto Vencido

Conselheiro NELSON LÓSSO FILHO, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

À vista do contido no processo, constata-se que a contribuinte, cientificada do Acórdão de Primeira Instância, apresentou seu recurso arrolando bens, fls. 661/662, e processo n.º 11080.004705/2005-92 onde consta o arrolamento de ofício, entendendo a autoridade local, pelo despacho de fls. 890, restar cumprido o que determina o § 2º, do art. 33, do Decreto n.º 70.235/72, na nova redação dada pelo art. 32 da Lei n.º 10.522, de 19/07/02.

As matérias em litígio dizem respeito às preliminares de nulidade do lançamento, por erro na identificação do sujeito passivo, e a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetuar a exigência e, no mérito, a prática de planejamento fiscal lícito, além da redução do percentual da multa de 150%, pela não ocorrência de fraude, dolo ou simulação.

Antes de analisar as questões preliminares apresentadas, prejudiciais de mérito, a decadência do direito de a Fazenda Nacional efetivar os lançamentos do IRPJ e da CSL, bem como a preliminar de nulidade do lançamento por erro de identificação do sujeito passivo, para auxiliar na fundamentação deste acórdão, faz-se necessária uma pequena digressão a respeito de simulação e dissimulação, figura apontada pelos auditores autuantes como ocorrida nas operações efetivadas pela atuada.

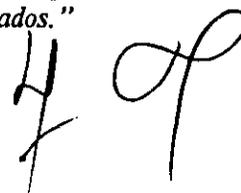
A simulação pode ser definida como um ato fictício que tem por objetivo o disfarce real da vontade, um falseamento da realidade, mostrando a aparência de algo que inexistente. Já a dissimulação, embora também tenha a característica de falseamento da realidade, utiliza-se de disfarce, que esconde uma manipulação, artifício ou subterfúgio de determinado fato que não guarda correspondência com o fato real.

O mestre Alberto Xavier *in* Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, Editora Dialética, 1ª edição 2002, às fls. 52/53, leciona a respeito das características da simulação:

*“A simulação é um caso de divergência entre a vontade (vontade real) e a declaração (vontade declarada), procedente de acordo entre o declarante e o declaratário e determinada pelo intuito de enganar terceiros.*

*Os seus elementos essenciais são, pois (i) a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração; (ii) o acordo simulatório (pactum simulationis); (iii) o intuito de enganar terceiros.*

*O Código Civil brasileiro, especificando este conceito geral, enumera no seu art. 102 três formas típicas de simulação dos atos jurídicos: (i) quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem, realmente, se conferem ou transmitem ( a chamada interposição fictícia de pessoas); (ii) quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; (iii) quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados.”*



A doutrina classifica a simulação em absoluta ou relativa. A simulação absoluta é aquela em que não existe relação negocial entre as partes envolvidas. A simulação relativa surge quando dois fatos se sobrepõem: o fato simulado, aquele que acontece sem espelhar a vontade das partes e o negócio oculto, aquele que se encontra dissimulado, o negócio verdadeiramente real, querido e concretizado pelas partes.

Ainda Alberto Xavier no livro prefalado, às fls. 53/54, classifica os principais tipos de simulação:

*“A mais importante classificação das espécies de simulação é a que distingue a simulação absoluta da simulação relativa: na simulação absoluta aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum; na simulação relativa, as partes celebram, efetivamente, um contrato, mas, para enganar terceiros, o ocultam com um contrato aparente distinto do primeiro pela sua natureza ou pelas suas cláusulas e condições. E daí que, enquanto na simulação absoluta existe apenas um negócio jurídico correspondente à vontade declarada – o contrato simulado – na simulação relativa existem dois negócios jurídicos: o negócio simulado, correspondente à vontade declarada enganadora e o contrato, por baixo dele oculto ou encoberto – o negócio dissimulado, correspondente à vontade real dos seus autores.*

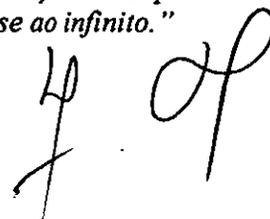
*Numa imagem bem sugestiva, alguns autores chamam à simulação absoluta simulação nua e à simulação relativa simulação vestida.”*

Prosseguindo em seu livro, às fls. 56, o professor Alberto Xavier indica, dentre outros, este tipo de simulação fiscal:

*“Difícilmente se compreende o alcance da expressão natureza dos elementos, pois se o sentido da lei foi o de descrever a abrangência possível do fenómeno simulatório, melhor teria sido a referência à dissimulação de qualquer dos elementos da obrigação tributária do que a referência, aparentemente limitativa, à dissimulação da natureza dos referidos elementos.*

*No que concerne ao fato gerador, a simulação é necessariamente relativa, uma vez que a vontade real das partes é a realização do ato ou negócio jurídico tipificado na lei como fato constitutivo da obrigação tributária. E daí que, para enganar ou prejudicar o Fisco, os autores do negócio real se vejam forçados a dissimulá-lo, a ocultá-lo, a encobri-lo sob as vestes de um negócio aparente que não corresponde à sua vontade real e cuja natureza é distinta do negócio jurídico tipificado como fato gerador pela lei tributária.*

*Se a lei fiscal tributa por qualquer forma o mútuo, os simuladores aparentam uma doação, pactuando paralelamente, às ocultas, contra-declaração pela qual o donatário aparente se obriga a restituir os valores aparentemente doados. Se a lei fiscal tributa a doação por alíquota superior à da compra e venda, os simuladores ostentam às claras uma compra e venda, combinando na sombra o perdão da dívida de preço. Se a lei fiscal tributa o mútuo concedido a pessoa jurídica, as partes efetuam à luz do sol um aumento de capital, enquanto na penumbra ajustam uma subsequente redução de capital acrescida de juros. E os exemplos podem multiplicar-se ao infinito.”*



Luiz Carlos Andrezani também assim se manifesta a respeito de simulação:

*“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.*

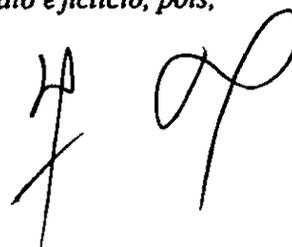
*No âmbito tributário, as situações contraditórias suscitam, normalmente, as simulações da segunda espécie mencionada: pratica-se um ato – que irrompe legal e formalmente perfeito no mundo físico – mas que serve somente como embalagem e veículo para consecução de outro – dissimulado – este sim em conformidade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

O Ministro Moreira Alves, *in* Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ESAF, 2001, p. 68 afirma:

*“Na simulação absoluta, cria-se apenas uma aparência que não se destina a ocultar negócio que realmente se deseja. É o caso, por exemplo, de, ocorrendo uma revolução, e havendo perspectiva de confisco dos bens dos anti-revolucionários, um deles celebra simuladamente – simulação absoluta – contrato de compra e venda com um amigo que não corre esse risco por ser partidário da revolução, tornando-se aparentemente proprietário da coisa, e não correndo, portanto, o risco de tê-la confiscada. Criou-se a aparência sem que se oculte por baixo dela um negócio jurídico que é realmente desejado. Na simulação relativa, não. Nela tem-se um negócio jurídico simulado, que é aquele que cria a aparência, e tem-se o negócio jurídico dissimulado, que é aquele ocultado pela aparência. Aqui, portanto, se tem um negócio jurídico que aparenta ser aquilo que não é, que é o negócio simulado, e o negócio dissimulado, que é aquele oculto pelo negócio jurídico simulado e que é o negócio realmente desejado. Isso ocorre, por exemplo, quando o marido, não podendo fazer doação à sua concubina, simula compra e venda, pois não recebe o preço, para que essa compra e venda, na realidade, oculte doação.”*

Cabe transcrever texto de Miguel Delgado Gutierrez sobre o assunto:

*“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, realizá-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."*

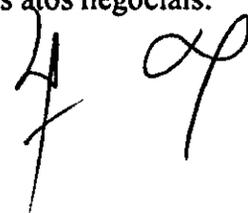
Ricardo Mariz de Oliveira em seu livros "Fundamentos do Imposto de Renda", 1977, Ed. Revista dos Tribunais, p. 303 e em "Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto Sobre a Renda", ensaio publicado no Livro do 13º Simpósio IOB de Direito Tributário leciona:

*"A elisão fiscal lícita, buscada pelo planejamento tributário, diferencia-se da evasão fiscal ilícita por três - e apenas três - elementos: (1) decorrer de atos ou omissões da pessoa (que não é contribuinte) anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação que ela quer elidir, (2) decorrer de atos ou omissões conformes à lei, e (3) decorrer de atos ou omissões reais e não simulados."*

*"A simulação, que vicia o ato jurídico e invalida a economia tributária pretendida, está regida pelo art. 102 do Código Civil (novo Código Civil, parágrafo 1º do art. 167), e se prova pela densidade de indícios e circunstâncias, que a jurisprudência administrativa vem aplicando com bastante sabedoria, tais como: a proximidade temporal de atos; a disparidade infundada de valores entre eles; o desfazimento dos efeitos do ato simulado; a prática de certos atos entre partes ligadas, por exemplo, ao final do período-base de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, com a transferência incabível e inexplicável de lucro de uma pessoa jurídica lucrativa para outra deficitária; a existência ou inexistência de outra causa econômica além da economia fiscal; a exagerada arrumação dos fatos"*

Por tais definições e análises da doutrina, claro está que a simulação tem como elemento essencial o falseamento da realidade.

De todo o exposto, concluo que a simulação deve ser provada pelo Fisco com base em elementos que identifiquem a intenção do agente de operar, por meio legais, situações jurídicas que levem a resultados tributários diversos daqueles previstos nos atos negociais.



Sustenta a recorrente que ao contrário do que afirma a fiscalização, o caso em exame não é de simulação e sim de um planejamento tributário lícito, uma elisão fiscal, e não uma evasão de tributos.

Verifico, pelos textos acima transcritos que o Fisco caracterizou perfeitamente a simulação para a fuga da tributação do ganho de capital na venda da participação societária, tendo sido engendrada uma verdadeira parafernália de situações, de aquisição e venda de participação societária, com intuito de mascarar a realidade dos fatos, operações realizadas em questão de horas, em alguns dias.

Para ser considerada lícita a operação realizada, não basta que as partes tenham pactuado e queiram se submeter à disciplina dos atos, além de terem sido legais, é necessário também, que sejam não lesivos ao Fisco.

No caso em voga, todas as situações descritas por Ricardo Mariz de Oliveira no seu livro confirmam a simulação: a proximidade temporal dos atos praticados, todas as operações aconteceram no decorrer de horas ou dias; a ausência de motivação econômica para as operações realizadas, que foi apenas um artifício para a pretendida alienação de participação societária; a conclusão de todos os atos questionados e os efeitos das incorporações realizadas e a permuta das ações.

Portanto, constatada a ocorrência de simulação, passo agora ao exame das preliminares suscitadas.

Acolho a preliminar de nulidade pela ocorrência de erro na identificação do sujeito passivo, porque o Fisco não lavrou o auto de infração na empresa intitulada 5246, onde foram efetuados os aportes financeiros e que obteve o ganho econômico, tendo ela permanecido em atividade após os fatos tidos como simulados, além de continuar sendo controlada indiretamente pela pessoa física que foi beneficiada pela não tributação do ganho de capital na alienação de participação societária. O planejamento tributário ilícito teve como fundamento básico a continuidade da pessoa jurídica.

Para o deslinde da questão é importante distinguir a extensão da figura da simulação. Está claro que o fato oculto nos negócios perpetrados foi o ganho de capital na alienação das ações que o Sr. Adroaldo Aumonde detinha na Elevadores Sur para o GrupoThyssen.

Deve ser feita uma distinção entre as etapas das operações engendradas pela pessoa física e o comprador de suas ações. A personalidade jurídica da empresa 5246 continuou existindo, foi a ela que se destinaram os recursos e ali ficaram sob o controle indireto do Sr. Adroaldo Aumonde.

Quando no pólo passivo da simulação produzida pelo vendedor e comprador figura uma empresa onde todas as operações foram realizadas e esta pessoa jurídica continua sendo controlada indiretamente pelo sócio vendedor, é nela que a tributação deve recair.

A matéria não é nova nesta Câmara. No julgamento do recurso nº 136.234, processo nº 10882.003600/2002-75, acórdão nº 108-08.603, foi rejeitada a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, em virtude do auto de infração ter sido lavrado na empresa beneficiária da movimentação financeira e econômica, não se acatando a pretensão da

recorrente para que a exigência tributária recaísse na figura do sócio da pessoa jurídica, tendo sido mantido o lançamento.

Naquela oportunidade, decidiu esta Câmara que o procedimento de fiscalização adequado ao caso é a lavratura do auto de infração na empresa para qual os aportes financeiros foram dirigidos, o que na situação aqui analisada corresponde à 5246.

Assim, tendo sido lavrado o auto de infração na pessoa jurídica Epart Administração e Participações Ltda. ao invés de na pessoa jurídica 5246, onde as operações societárias ocorreram e que foram destinados os ganhos econômico e financeiro, tendo o recurso lá permanecido sob o controle da pessoa física interessada na simulação, deve ser acolhida a preliminar de nulidade do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo.

Quanto à preliminar de decadência, vejo que para sua análise é importante definir a manutenção da exigência da multa qualificada, haja vista que o regime de decadência em tais casos é deslocado do artigo 150 do CTN para o artigo 173 do mesmo código.

Em recente julgado, esta Câmara decidiu que nos casos de autuação por planejamento tributário ilícito, uma simulação relativa, a multa deve ser desqualificada para o percentual de 75%.

Adoto os fundamentos do Acórdão 108-09.037, prolatado na sessão de 18 de outubro de 2006, da lavra da ilustre conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, a qual pessoa vênia para transcrever a seguir o seguinte excerto do seu voto:

*"Em relação ao agravamento da multa de ofício, de acordo com o artigo 957, II, do Regulamento do Imposto sobre a Renda, RIR/1999, 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;*

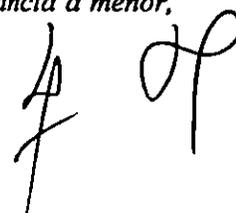
*I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*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."*

*Por estes dispositivos a lei exige que o intuito de fraude seja evidente, que o ato não suscite dúvida quanto sua má fé, com o claro propósito de violar a lei, sendo o ônus da prova da autoridade fiscal. A conduta, além de contrária à lei como fraudulenta, deve ter o objetivo de escusar-se ao pagamento do tributo ou de pagar importância a menor,*



*ou seja, a intenção dolosa de esconder o fato gerador da obrigação tributária da Administração.*

*Nos autos, após desconsiderar as operações de subscrição de capital, cisão e de incorporação e exigir o tributo com base em ganho de capital, o autuante procedeu a qualificação e ao agravamento da multa de ofício para 225%, produzindo, por consequência, a representação fiscal para fins penais, por entender que ocorreu, no caso, simulação em contrato de compra e venda de participação societária, disfarçada de subscrição de ações emitidas com ágio.*

*Neste ponto utilizei os fundamentos expendidos no PAT: 11040.001473/96-07, Recurso n.º: 124.045, Acórdão n.º: 103-21.047, de 16/10/ 2002, da lavra do ilustre Conselheiro PASCHOAL RAUCCI, a quem peço vênia para transcrever as bem articuladas razões de decidir, cuja conclusão, no tocante à exasperação da multa, me alinhio, por bem definirem a matéria.*

*Porque a discussão se fez no sentido de verificar se os procedimentos utilizados pelo contribuinte, seus propósitos e os resultados alcançados, se o conjunto de atos e fatos jurídicos implementados constituíram infração à legislação fiscal e, se estaria caracterizado o evidente intuitivo de fraude, tal como preceituado nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4502/64.*

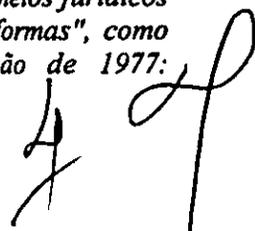
*Responder a este questionamento implica em análise das correntes doutrinárias sobre elisão e evasão fiscal. Renomados tributaristas discordam conceitualmente embora apoiados em sólidos fundamentos teóricos. Mas esta incursão visa apenas a busca da verdade material e o firmamento de minha convicção.*

*Saltam dos autos o interesse da Recorrente de realizar um ato jurídico perfeito sem incidência tributária. Buscou o manto da legalidade tentando se albergar nas frestas que a própria lei oferecia (artigo 442, I, do RIR/99). Mas sua análise deverá abranger tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional.*

*DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, em seu trabalho "ELISÃO TRIBUTÁRIA", publicado na obra "Textos Seleccionados para o XI CURSO DE APERFEIÇOAMENTO EM DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO" - Ed. Resenha Tributária - 1985, reportando-se a KARL LENS (Metodologia de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1966), assim se manifesta: "os tipos descritos nas hipóteses de incidência podem ser "abertos" ou "fechados"; no tipo aberto, o fato ocorrido apenas deve-se coordenar ao tipo legal descrito na hipótese da norma, enquanto que no tipo fechado deve haver perfeita e rigorosa correspondência entre os aspectos essenciais do fato ocorrido com os definidos no tipo legal da norma, para que possa operar-se a subsunção.*

*No sistema aberto as normas estabelecem diretrizes gerais sob as quais se aplicarão a legislação tributária, com predominância para o resultado econômico, observando os princípios da capacidade contributiva e da isonomia.*

*Neste sistema o conteúdo econômico prevalece sobre os meios jurídicos utilizados, mais visível quando se observa "abuso de formas", como expressamente previsto no Código Tributário Alemão de 1977:*



*"Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenómenos económicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada" (§ 42).*

*Este código também acolhe, em relação aos negócios e atos simulados, o conceito da consideração económica: "São irrelevantes para os fins da tributação os negócios e atos simulados. Se por meio de um negócio simulado se encobre outro negócio, leva-se em conta para fins de tributação o negócio encoberto." (§ 41, inc. 2º).*

*Com isto o sistema aberto deixa ao intérprete a análise da intenção que norteou o fato, e assim concluir pela incidência do tributo sempre que restar demonstrado o intuito de alterar a lei se utilizando de forma jurídica não usual, com notório abuso da forma jurídica "(A.A. Falcão, in Fato Gerador da Obrigação Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1971)".*

*Nos regimes fechados o princípio da legalidade estrita é quem predomina, com observância da lei formal, com reserva absoluta da lei, princípio da tipicidade cerrada dos quais decorrem os subprincípios da seleção, do exclusivismo e da determinação.(A.P.Xavier).*

*No sistema fechado há uma exata justaposição dos atos e negócios jurídicos celebrados, nos estritos termos da lei tributária, cuja interpretação se dará com o enfoque exclusivamente no fato impositivo. O que se observará será tão somente o fato ocorrido se subsumindo à hipótese legal."os caracteres que tenham sido contemplados pela lei (h.i.); os demais são desprezíveis por irrelevantes (Geraldo Ataliba, mencionado por Diva Malerbi, op. Cit.).*

*Por fim Gilberto de Ulhoa Canto ensina:"O legislador deve formular a norma de tal maneira que ela tenha o máximo de eficácia, abrangendo todas as situações económicas de cada tipo. Entretanto, se ele não o faz, ao aplicador da norma falece poder para estender a sua incidência a hipóteses que, embora de conteúdo económico 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 definido, e não o resultado da respectiva dimensão económica enquanto não tenha por ela sido encampado."(ELISÃO E EVASÃO FISCAL, Cad. Pesq. Trib. nº 13, Ed. Resenha Tributária, 1988, fls. 49/50).*

*O sistema brasileiro, é tido como "fechado", não permitindo a interpretação económica na aplicação da legislação fiscal, tanto que o art. 74 do projeto do CTN, que a admitia, foi excluído do texto final. Referido dispositivo, que integrava o Capítulo IV – Da Interpretação da Legislação Tributária, estabelecia:*

*"A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes."*

*Justificando o dispositivo constou expressamente: "A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação em função dos resultados,*

*efetivos ou potenciais, ainda que não nominalmente referidos na própria lei." Como essas disposições não integraram o Código Tributário Nacional vários autores entendem que não há respaldo para a consideração econômica na interpretação e aplicação da legislação tributária.*

*A. A.BECKER, referindo-se à interpretação das normas tributárias segundo a realidade econômica, informa que essa interpretação é também chamada de "constitutiva", mas que "na verdadeira realidade faz é a demolição do que há de jurídico no direito tributário. Em nome da defesa do direito tributário, eles matam o "direito" e ficam apenas com o "tributário" "(in Teoria Geral do Direito Tributário).*

*Mas a doutrina não proíbe, mesmo nos sistemas tributários fechados, a prática de procedimentos elisivos.*

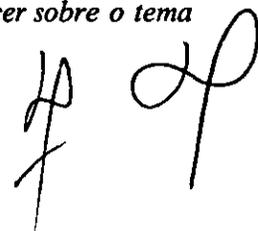
*"Rubens Gomes de Souza, in Pareceres - 3 - Imposto de Renda, Ed. Resenha Tributária, 1976, ao distinguir "elisão" de "evasão", cita Randolph E. Paul, que define a "elisão" ("tax avoidance") como a atividade do contribuinte que procura, por meios lícitos, amoldar os fatos futuros ao objetivo de excluir ou reduzir a respectiva tributação; e como "evasão" ("tax evasion"), a atividade do contribuinte que procura, por meios que podem ser objetivamente lícitos, excluir ou reduzir o débito tributário decorrente de fatos pretéritos e, portanto, já existentes."*

*Nessa mesma obra às fls. 215 ensina: "Para resumir: a elisão consiste em evitar (portanto antecipadamente) obrigação tributária ainda não existente; evasão consiste em escapar-se (portanto posteriormente) de obrigação tributária já existente. O professor espanhol Narciso Amoros disse isso numa fórmula extremamente feliz: "A elisão é não entrar na relação fiscal. A evasão é dela sair: exige, portanto, estar, haver estado, ou podido estar dentro dela em algum momento."*

*Ricardo Mariz de Oliveira afirma que: "a melhor doutrina, surpreendendo esta distinção básica entre elisão e evasão, também acrescenta que a economia, para ser legítima, deve decorrer de atos ou omissões que não contrariem a lei, e de atos ou omissões efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal." (Evasão e Elisão Fiscal, Cad. Pesq. Trib. - Vol.13, pág. 150).*

*Esse tributarista, na linha de vários outros, lembra que a interpretação da lei tributária, pelos efeitos econômicos dos atos praticados, não cabe como regra geral no sistema brasileiro, pois sequer existe como norma expressa. Mas a intenção de economizar tributos é legal e os administradores das empresas, aos quais incumbe gerir os negócios sociais da forma mais rentável possível, devem ter em mente que deverão se utilizar do caminho jurídico mais factível, na conformidade dos arts. 153 e 154 da Lei 6404/76. Contudo, adverte que a linha divisória entre o lícito e o ilícito em muitas situações é extremamente tênue, o que exige cuidadosa análise de cada caso em particular. (Op.cit., págs. 152, 156, 157 e 164).*

*Luiz Carlos Andrezani, citado por R. Mariz, em parecer sobre o tema teceu as seguintes considerações:*



*"Afastadas as discussões sobre aspectos periféricos da questão, o ponto central que merece análise mais demorada, diz respeito à identificação da hipótese limite da 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 ato que possui natureza diversa.*

*No âmbito tributário, as situações contraditórias 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." (Op. cit., págs. 165/166)."*

*Washington de Barros Monteiro lembra que a doutrina distingue duas espécies de simulação: a absoluta e a relativa. Na absoluta a declaração de vontade apenas transparece um ato jurídico, que vem desprovido da intenção das partes de efetuar aquele ato ("colorem habens, substantiam vero nullam"). É relativa quando a intenção de realizar algum ato jurídico é real, mas sua natureza é diversa daquele que, de fato, se realizou ("colorem habens, substantiam vero alteram"). (Curso de Direito Civil, Vol. I, Ed. Saraiva, 1993, pág. 209).*

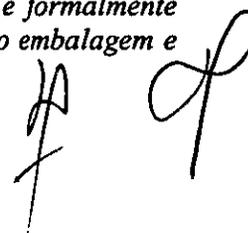
*Ele diferencia simulação da dissimulação, mas diz que em ambos casos o autor quer o engano; na simulação, pretende encobrir uma situação inverídica. Na dissimulação pretende que não aflore a situação real. "Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara." (Op. cit., pág. 213).*

*No caso dos autos houve o negócio jurídico de compra e venda de participação societária, bem capitulado pelo autuante se fez com base nos artigos 3º, § 2º, inciso IV da Lei 9718/1998; art. 247, 248, 251 e parágrafo, 418 e 426 do RIR/99, enquanto a Recorrente pretendeu se albergar no permissivo do inciso I do artigo 442 do RIR/99.*

*Mas, voltando aos comentários do ilustre Relator PASCHOAL RAUCCI, "é praticamente unânime o entendimento de que as situações que envolvem propósitos elisivos devem ser examinadas caso a caso, com ênfase para os elementos de prova carreados para os autos".*

*O autuante atribuiu ao ato de incorporação características de simulação. L.C.Andrezani, ao comentar sobre o tema ensina:*

*"No âmbito tributário, as situações contraditórias suscitam, normalmente, as simulações da segunda espécie (relativa) 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."

Por seu turno W.B. Monteiro (op. cit, pág. 210) leciona: "Passemos agora aos casos de simulação relativa, principiando pelo da ocultação do caráter jurídico do ato. Vislumbram-se, nesse caso, dois aspectos distintos, o do ato que se aparentou fazer e do ato que na realidade foi feito, o fingido e o real, o invólucro e o conteúdo. Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpra examinar a validade do que restou, do conteúdo." Tratando de interpretação Ruy Barbosa Nogueira lembra que esta deverá ser a favor da lei sem benefício de ordem quer para o contribuinte ou para o fisco." (Da Interpretação e Aplicação das Leis Tributárias - Ed. Revista dos Tribunais, 1965).

Nos autos, os autuantes instruíram o processo com uma série de dados e fatos mais do que suficientes para a caracterização de procedimento dissimulatório, para evitar a situação que se tipificou nos artigos 418 e 426 do RIR/99, tal como capitulado no auto de infração contestado. E não no permissivo do artigo 442, I do mesmo Regulamento conforme pretendido pela Recorrente.

No tocante à penalidade imposta, esta foi aquela cominada no art. 957, inc. II, do RIR/99, aplicável "nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502, de 30 de novembro de 1964", os quais, contemplam as hipóteses de intenção dolosa, quais sejam: "Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa." "Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa." "Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso". O dispositivo cuja base legal são os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64, deixa claro que a aplicação da multa agravada cabe nos casos onde o evidente intuito de fraude seja patente. A "evidência" preconizada na lei exige a certeza desta intenção.

A fraude tem que ser patente de tal sorte que não se duvide da má fé dos atos praticados, com o firme propósito de burlar a lei, o que não consegui enxergar no caso dos autos. Pareceu-se que a Recorrente pretendeu realizar o negócio usando a evasão que a lei concedia (inciso I do artigo 442), mas sob a qual não se albergava.

Assim entendo que a matéria sob exame compreendeu uma "simulação relativa" ou "dissimulação", e a doutrina maciçamente alerta para a dificuldade de definir, com precisão, a linha fronteira que separa o ato elisivo do negócio dissimulado.

Aqui lembrou o Ilustre Relator do acórdão que tomei por suporte em minhas presentes razões que é "comum recomendação de cautela, por parte do intérprete e aplicador da lei, pelas dificuldades práticas de se concluir por hipótese de evasão ou elisão, pois é insuficiente o elemento temporal (antes ou depois de ocorrência do fato gerador), especialmente em casos de simulação relativa, cuja determinação vincula-se, via de regra, a fatos, indícios e presunções, por isso que cada situação deve ser analisada isoladamente." E mais uma vez o que me chamou a atenção neste caso foi a peculiaridade do negócio realizado. Nos casos julgados nesta Câmara tínhamos as simulações com realização de fusões/cisões/incorporações de empresas que nasciam e morriam em uma mesma ocasião. E aqui vemos uma empresa que se partiu mas continuou existindo, o que obriga a considerar tal fato. Diante desta circunstância, tenho dificuldades para

*caracterizar a "evidência" exigida pela lei, cumulada com o "intuito de fraude" (este de caráter manifestamente subjetivo), porque as operações ditas simuladas como se tratou de uma sociedade anônima, todos os atos praticados impuseram divulgação e registro nos órgãos públicos, o que foi feito; todas as operações estavam devidamente lançadas na escrituração comercial e fiscal, foram cumpridas, junto à Receita Federal e demais órgãos públicos, as formalidades próprias aos atos de incorporação. O que não deixou dúvidas foi a intenção do Recorrente em economizar imposto. Ele praticou todos os atos que entendeu válidos, na forma da lei para tal fim. Não conseguiu materializar sua vontade mas este é outro aspecto da questão. Contudo não tenho segurança em afirmar que esteve configurado um "evidente" intuito de fraude, como saltou a vista nos casos anteriormente analisados por este Colegiado nos quais os negócios eram realizados apenas "de fachada" sem respaldo na verdade material. O Código Tributário Nacional, em seu Livro II - Normas Gerais de Direito Tributário, no capítulo IV onde trata da Interpretação e Integração da Legislação Tributária, deverá ser observado. O comando do "Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade ou punibilidade; à natureza da penalidade aplicável, ou à sua gradação." Para mim, cabe com perfeição.*

*Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para agravamento da penalidade, a recomendar a aplicação da multa destinada às infrações não dolosas, prevista no art. 957, inciso I, do RIR/94, então vigente.*

*Por isto entendo que a qualificação da multa deverá ser excluída."*

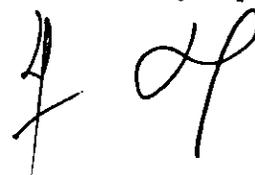
Portanto, deve ser reduzido o percentual de multa de ofício de 150% para 75%.

Excluída a qualificação da multa de ofício, o regime decadencial deve seguir os ditames do artigo 150 do CTN.

Quanto à decadência do direito de a Fazenda Nacional realizar as exigências, vejo que tem esta E. Câmara assentado o entendimento de que o IRPJ insere-se entre os tributos cuja modalidade de lançamento é definida pelo CTN no art. 150, vale dizer, lançamento por homologação, onde se leva em consideração a data da ocorrência do fato gerador do tributo.

Já há algum tempo, por conveniência da administração tributária, por facilitar os procedimentos arrecadatórios e pelo ingresso mais célere dos recursos, a quase totalidade dos tributos passou a submeter-se àquele regime de constituição do crédito tributário conhecido como "lançamento por homologação".

Destarte, nos tributos cuja exigência assim se opera, ocorrido o fato jurídico tributário descrito hipoteticamente na Lei, independentemente de manifestação prévia da



administração tributária, deve o próprio sujeito passivo determinar o *quantum debeatur* do tributo e providenciar seu pagamento.

A autoridade tributária fica com o direito de verificar, *a posteriori*, a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo em relação a cada fato gerador, sem que, previamente, qualquer informação lhe tenha sido prestada.

A definição do regime de lançamento ao qual se submete o tributo é indispensável para determinar qual a regra relativa à decadência será aplicada em cada caso.

Em se tratando de lançamento por declaração, para a contagem do prazo quinquenal de decadência, impõe-se a observância do estatuído no art. 173, I, do CTN, *verbis*:

*“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*(Omissis).”*

A regra prefalada, relativamente aos tributos lançados por homologação, é afastada, aplicando-se, nesse caso, o disposto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN:

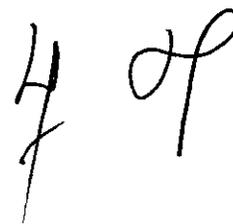
*“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a fazenda pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

Como se percebe, o termo inicial da contagem do quinquênio decadencial passa a ser o momento da ocorrência de cada fato gerador que venha a ensejar o nascimento da obrigação tributária, não sendo condição necessária para tal enquadramento a existência de pagamento do tributo no período, pois desde esse momento dispõe o sujeito ativo da relação jurídica tributária do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Em defesa dessa tese, à qual nos alinhamos, trazemos à colação a sempre lúcida lição de Paulo de Barros Carvalho:

*“Prevê o Código o prazo de cinco anos para que se dê a caducidade do direito da fazenda de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Nada obstante, fixa termos iniciais que dilatam por período maior o aludido prazo, uma vez que são posteriores ao acontecimento do fato jurídico tributário. O exposto já nos permite uma inferência: é incorreto mencionar prazo quinquenal de decadência, a não ser nos casos em que o lançamento não é da essência do tributo - hipóteses de lançamento por homologação - em que o marco inicial de contagem é a data do fato jurídico tributário.” (Curso de Direito Tributário - Saraiva - 10ª edição - p. 314).*

Do mesmo mestre, em reforço da idéia por nós esposada de tratar-se o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica de tributo lançado por homologação, pedimos vênia para transcrever:



*"... O IPI, o ICMS, o IR ( atualmente, nos três regimes - jurídica, física e fonte) são tributos cujo lançamento é feito por homologação." ( Op. Cit. p. 284).*

Os mesmos fundamentos são aplicáveis à Contribuição Social sobre o Lucro, apenas o prazo decadencial para essa contribuição é diferente, sendo de 10 anos, por força do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Com efeito, a partir do ano de 1991 o prazo decadencial para a exigência das contribuições sociais está determinado pela Lei nº 8.212/91, onde a previsão contida no artigo 45 estabelece o lapso temporal de dez anos para que a Fazenda Nacional efetue o lançamento de crédito tributário, *in verbis*:

*"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."*

Este também é o entendimento do ilustre Professor Roque Antonio Carrazza, em seu Curso de Direito Constitucional Tributário, 17ª Edição - 02/2002, fls. 793/794, de onde extraio o seguinte excerto:

*"Concordamos em que as chamadas "contribuições previdenciárias" são tributos, devendo, por isso mesmo, obedecer às normas gerais em matéria de legislação tributária".*

*Também não questionamos que as normas gerais em matéria de legislação tributária devam ser veiculadas por meio de lei complementar.*

*Temos ainda, por incontroverso que as normas gerais em matéria de legislação tributária devem disciplinar a prescrição e a decadência tributárias.*

*O que, porém, pomos em dúvida é o alcance destas "normas gerais em matéria de legislação tributária", que para nós, nem tudo podem fazer, inclusive nestas matérias.*

*De fato, também a alínea b do inciso III do artigo 146 da CF não se sobrepõe ao sistema constitucional tributário. Pelo contrário, com ele deve se coadunar, inclusive obedecendo aos princípios federativos, da autonomia municipal e da autonomia distrital.*

*O que estamos tentando dizer é que a lei complementar ao regular a prescrição e a decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. Não poderá, por um lado, abolir os institutos em tela (que foram expressamente mencionados na carta suprema) nem, por outro, descer a detalhes, atropelando a autonomia das pessoas políticas tributantes. O legislador complementar não recebeu um "cheque em branco" para disciplinar a decadência e a prescrição tributárias.*

*Melhor esclarecendo, a lei complementar poderá determinar - como de fato determinou (art. 156, V do CTN) - que a decadência e a prescrição são causas extintivas de obrigações tributárias. Poderá, ainda,*



*estabelecer - como de fato estabeleceu (art. 173 e 174 do CTN) - o dies a quo destes fenômenos jurídicos, não de modo a contrariar o sistema jurídico, mas a prestigiá-lo. Poderá igualmente, elencar - como de fato elencou (art. 151 e 174, parágrafo único, do CTN) - as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição tributária. Neste particular, poderá, aliás, até criar causas novas (não contempladas no Código Civil brasileiro), considerando as peculiaridades do direito material violado. Todos esses exemplos enquadram-se perfeitamente, no campo das normas gerais em matéria de legislação tributária.*

*Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada economia interna, vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas.*

*Estas, ao exercitarem suas competências tributárias, devem obedecer, apenas às diretrizes constitucionais. A criação in abstracto de tributos, o modo de apurar o crédito tributário e a forma de se extinguirem obrigações tributárias, inclusive a decadência e a prescrição, estão no campo privativo das pessoas políticas, que lei complementar alguma, poderá restringir, nem, muito menos, anular.*

*Eis porque, segundo pensamos, a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais dependem de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar.*

*Nesse sentido, os artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, enquanto fixam prazos decadenciais e prescricionais, tratam de matéria reservada à lei ordinária de cada pessoa política.*

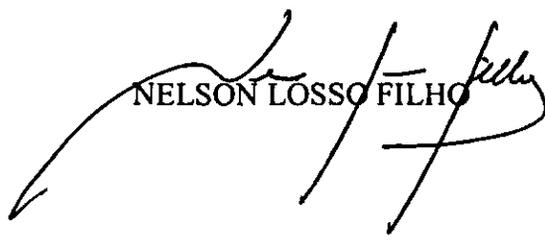
*Portanto, nada impede que uma lei ordinária federal fixe novos prazos prescricionais e decadenciais para um tipo de tributo federal. No caso, para as "contribuições previdenciárias".*

*Falando de modo mais exato, entendemos que os prazos de decadência e de prescrição das "contribuições previdenciárias" são, agora, de 10(dez) anos, a teor, respectivamente, dos artigos 45 e 46 da Lei 8212/91, que, segundo procuramos demonstrar, passam pelo teste de constitucionalidade."*

Assim, tenho como ocorrida a decadência em relação à exigência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica para o fato gerador acontecido em 31 de dezembro de 1999, pois a ciência do auto de infração pela contribuinte ocorreu em 09 de junho de 2005, mais de cinco anos, portanto.

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido acolher a preliminar de nulidade do lançamento em relação ao item 01 do auto de infração, pela ocorrência de erro na identificação do sujeito passivo, reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% e acolher a preliminar de decadência da exigência do IRPJ.

Sala das Sessões-DF, em 28 de fevereiro de 2007.

  
NELSON LOSSÓ FILHO 

## Voto Vencedor

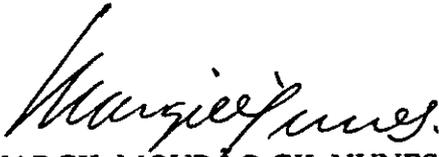
Conselheiro, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, Redator designado

Inicialmente gostaria de enaltecer a clareza do relatório, e profundidade do voto proferido do ilustre Relator, Dr. Nelson Lóssó Filho.

Peço vênua, para dele discordar somente quanto à regra do prazo decadencial para os tributos decorrentes do IRPJ, no caso a CSLL, pois entendo que para esta também é aplicável a mesma regra dos tributos, cuja modalidade de lançamento é definida pelo Código Tributário Nacional no art. 150, parágrafo 4º., vale dizer lançamento por homologação, transcrito pelo i. relator em seu voto.

Pelo exposto, acolho também a decadência em relação à exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, para os fatos geradores que ocorreram no ano-calendário de 1999, sendo a ciência dos autos em 2005.

Sala das Sessões-DF, em 28 de fevereiro de 2007.

  
MARGIL MOURÃO GIL NUNES

