



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.009668/2004-28
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-006.170 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EPART ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 1999

OPERÇÕES SIMULADAS PARA AFASTAR A TRIBUTAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. REQUALIFICAÇÃO DOS FATOS PELO FISCO. LEGITIMIDADE PARA COBRAR OS TRIBUTOS DOS EFETIVOS ALIENANTES.

A formalização de negócios jurídicos simulados permite o fisco requalificar juridicamente os fatos, exigindo do verdadeiro alienante os tributos incidentes sobre o ganho de capital que deixou de ser oferecido à tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “erro de sujeição passiva”, e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial para afastar a nulidade por erro de sujeição passiva, determinando o retorno dos autos ao colegiado *a quo* para apreciar as demais questões de mérito, notadamente a multa qualificada e a decadência. Votaram pelas conclusões os conselheiros Livia De Carli Germano e Gustavo Guimarães da Fonseca.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls. 1.035/1.058) interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) em face do Acórdão n.º **108-09.227** (fls. 974/1.030), o qual foi assim ementado:

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 incontestada 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 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.

Em síntese, o litígio decorre de Autos de Infração (fls. 162/172) que exigem IRPJ e CSLL, referentes ao ano base de 1999, em razão da caracterização das seguintes infrações:

(i) falta de contabilização do ganho de capital apurado na alienação de investimento(s) permanente(s) avaliado(s) pelo valor do Patrimônio Líquido, conforme Relatório de Atividade Fiscal, gerando, em consequência, redução indevida do lucro sujeito tributação; e

(ii) 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 SCR, a qual deveria ter sido realizada por ocasião da alienação do referido investimento, conforme Relatório de Atividade Fiscal.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 177/237) que motivou as infrações:

(...)

Conforme será detalhado no curso do presente Relatório de Atividade Fiscal, foi constatado que EPART PARTICIPAÇÕES OMITIU DELIBERADAMENTE o GANHO DE CAPITAL apurado na alienação de sua participação societária na empresa ELEVADORES SÛR S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (ELEVADORES SCR), CNPJ 90.347.840/0001-18.

Além disso, a EPART PARTICIPAÇÕES NÃO realizou a reserva de reavaliação reflexa no investimento em ELEVADORES SÛR, por ocasião de sua alienação. Com isso, o valor da reserva NÃO foi adicionado na apuração das bases de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

(...)

3.3. DA DOCUMENTAÇÃO ENCAMINHADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nos dias **12/11/2004** e **06/12/2004**, quando os trabalhos de investigação por parte desta fiscalização já estavam em curso, o Ministério Público Federal encaminhou à Secretaria da Receita Federal, através dos Ofícios OF/PR/RS n.º 7489/2004 (**fl. 02 a 266, 268 a 305 do Anexo II**) e 7956/2004 (**fl. 267 306 e 307 do Anexo II**), diversos documentos obtidos junto aos autos do inquérito policial n.º 2004.71.00.008263-4 (conduzido pela Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários do Departamento de Polícia Federal), bem como apresentados em virtude de requisição ministerial, os quais noticiam a prática em tese, de sonegação fiscal e evasão de divisas por parte de ADROALDO AUMONDE e outros, em razão da venda do grupo empresarial ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA para o GRUPO THYSSENKRUPP.

O inquérito policial teve como origem uma representação apresentada pela CIACORP INTERNACIONAL CORPORATION (CIACORP)¹, protocolizada sob o número 08430.029355/2003 — SECOR/SR/DPF/RS.

No dia **11/04/2005**, o Ministério Público Federal encaminhou, através do Ofício OF/PR/RS n.º 1855/2005, a certidão original **autenticada** pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá, **devidamente reconhecida** pela Embaixada do Brasil naquele país, juntamente com a Tradução Pública Juramentada (**fl. 308 a 311 do Anexo II**).

3.4. Dos FATOS APURADOS

3.4.1. Da Operação de Compra e Venda de ELEVADORES SUR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA

3.4.1.1. Breve Resumo dos Principais Negócios Jurídicos Implementados pelas Partes Envolvidas

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**, 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

¹ A CIACORP seria credora de ADROALDO AUMONDE, tendo, inclusive, ingressado em juízo com uma ação ordinária visando a decretação da ineficácia ou anulabilidade dos atos praticados com fraude contra credores pelos ALIENANTES e pelo GRUPO THYSSENKRUPP com relação à venda das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA;

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 MARCIA LUCIA COELHO DOS SANTOS) de 100% das ações de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES, renunciou ao cargo de diretor da empresa. MARCIA LUCIA COELHO DOS SANTOS já havia renunciado ao cargo anteriormente, em **20/04/99**;
- No dia **05/08/99**, EDUARDO DUARTE e MARCIA LUCIA 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**, os ALIENANTES subscvem 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 SÛR;
- No dia **27/08/99**, 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 BORCK 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 subscver na 5246 PARTICIPAÇÕES para a 5256 PARTICIPAÇÕES em decorrência de uma integralização de aumento de capital subscrito pelos ALIENANTES nesta empresa no montante de **RS 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) subscveu 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 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 SÛR 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 SÛR 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 SÛR 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 PARTICIPAÇÕES resolvem, por unanimidade, aprovar a incorporação da THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES pela THYSSEN SÛR ELEVADORES.

Com base em uma análise mais detida nos negócios jurídicos acima, é possível afirmar, de maneira resumida, que os controles societários de ELEVADORES SÛR e da ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram vendidos para o GRUPO THYSSENKRUPP pelo valor de **R\$ 202.337.000,00**, através de uma complexa sequência 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.

3.4.2. 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.

(...)

3.4.3. 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, encobrindo 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 **3.4.5**), GALENO LACERDA e JAGUARÊ TORELLY TEIXEIRA (item **3.4.6**) em seus Pareceres, os quais, por sua vez, foram contratados pela CIACORP para analisar as operações realizadas entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP.

3.4.3.1. 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 SÛR, relativas ao exercício social findo em 30/09/2001, admitem, embora de maneira obliqua, a simulação, quando, ao explicar a origem do ágio pago no investimento, simplesmente omitem a 5246 PARTICIPAÇÕES:

"O ágio foi apurado quando da aquisição da THYSSEN AIR S/A ELEVADORES E TECNOLOGIA (antiga ELEVADORES SÛR) 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\$ 6.272.80600 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 SÛR, ela **NEM SEQUER** é mencionada nas notas explicativas das referidas demonstrações contábeis.

A própria empresa contratada por ELEVADORES SÛR, 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 Sûr S.A. (antiga Elevadores Sûr 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.

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

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 anônima, 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 nº 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 nº1.598/77, art. 38, .sS 1 °)" (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 as 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.

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:

<u>Acionistas</u>	<u>Dividendos</u>	
	<u>Distribuídos</u>	<u>%</u>
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%
Alceu 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%
Siegfried Alexandre Ellwanger	15.324,75	0,0157%
Luiz Ribeiro dos Santos	13.011,58	0,0133%
Sebastião Lopes Machado	5.124,32	0,0052%
Total	97.700.000,00	100,0000%

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	
	ON	PN	%	Valor	%
Ewen Ltd.	77.509.466	883.294	93,7988%	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%
Aloeu 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	0,0555%	-	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	0,0039%	-	0,0000%
Fabio Luis Zanon	1.716	1.026	0,0033%	-	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%
Total	81.840.522	1.734.898	100,0000%	77.494.378,00	100,0000%

A venda foi realizada justamente através de negociações simuladas realizadas pela 5246 PARTICIPAÇÕES com ações de sua própria emissão, conforme detalhado no item **3.4.3.3.**

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 n.º 6.404/76, da 5246 PARTICIPAÇÕES e da 5256 PARTICIPAÇÕES corrobora a constatação de as empresas serem meramente de "fachada", haja vista que NÃO HA 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.

3.4.3.3. 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 Fabio Ulhoa Coelho¹⁵, 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 "h" 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.

§ 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 "h" do §1º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto.

§ 5º No caso da alínea "a" 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 LUCRO 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.

3.4.3.4. Subavaliação das Ações de Emissão de ELEVADORES SUR 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	65.915	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 Parzenhagen	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%
Olimro Sergio Scheidt	524	458	0,0327%	10.806,00	0,0295%
Fabio 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	0,0095%	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%
Total	1.843.556	1.156.444	100,0000%	36.653.340,00	100,0000%

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.

§ ° 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 exterior¹⁶) recolheram¹⁷ [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 um conta corrente com os acionistas], 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 PARTICIPAÇÃO, conforme demonstrado a seguir:

Acionistas	IRPF
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
Olimiro Sergio Scheidt	1.621,09
Fabio Luis Zanon	1.529,60
Paulo Nascimento Rocha	1.351,44
Siegried Alexandre Ellwanger	653,25
Luiz Ribetro dos Santos	401,26
Sebastião Lopes Machado	173,24
Total	3.132.427,28

No entanto, o valor (**R\$ 36.653.344,00**) pelo qual as ações de ELEVADORES SÛR 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 SÛR 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:

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 frequentemente 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 a respeito do assunto:

A avaliação de uma empresa normalmente se inicia pelas demonstrações contábeis. Devido, porém, a 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:

- a) as demonstrações financeiras normalmente se baseiam em custos históricos, dissociados dos valores correntes ou de mercado;
- b) o princípio contábil da prudência ou do conservadorismo tende a subestimar os valores do ativo e a superestimar os do passivo;
- c) 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 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 SÛR, 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 SÛR, 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 SÛR 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.

Esses "equivocos" fizeram, por consequência, 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 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 JURÍDICAS²¹, tendo 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.

3.4.3.5. 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 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:

Acionistas	Ações Subscritas			Integralização	
	ON	PN	%	Valor	%
Ewen 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 Ronei Reali	130.334	113.190	4,0046%	805.720,12	3,2188%
Aloeu Paz de Albuquerque	64.361	18.343	1,3600%	364.078,67	1,4545%
Aldo da Silva Leal	41.777	36.460	1,2866%	258.424,40	1,0324%
José Carlos Bisognin Panzenhagen	24.760	21.603	0,7624%	153.155,35	0,6118%
Relantino Fioravante Aumonde	22.710	19.813	0,6993%	140.473,64	0,5612%
Paulo Augusto Weber	4.033	3.523	0,1243%	24.950,31	0,0997%
Olimiro Sergio Scheidt	1.746	1.527	0,0538%	10.803,31	0,0432%
Fabio Luis Zanon	1.716	1.026	0,0451%	10.190,38	0,0407%
Paulo Nascimento Rocha	1.510	946	0,0404%	9.005,91	0,0360%
Siegried Alexandre Ellwanger	777	177	0,0157%	4.355,35	0,0174%
Luiz Ribeiro dos Santos	433	377	0,0133%	2.677,65	0,0107%
Sebastião Lopes Machado	193	126	0,0052%	1.155,67	0,0046%
Total	4.346.144	1.734.898	100,0000%	25.032.000,09	100,0000%

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 FÍSICA 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 (**3.4.3.4**), 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 n.º 9.249/95, tendo em vista que o valor de mercado das ações de 5246 PARTICIPAÇÕES era de, aproximadamente, R\$ 120.000.000,00²³, 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 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.

3.4.3.6. Incompatibilidade entre o Valor Pago pelo GRUPO THYSSENKRUPP à 5246 PARTICIPAÇÕES e o Controle Acionário Indireto Adquirido na ELEVADORES SÛR 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 SÛR 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.

E 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 detém 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.

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 SÛR, chegou ao valor aproximado de **R\$ 200.000.000,00**.

O GRUPO THYSSENKRUPPP, por sua vez, pagou essa quantia, ou seja, um montante correspondente à integralidade do controle acionário da ELEVADORES SÛR, 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 SÛR, 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 SÛR 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 notados²⁴.

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

3.4.3.7. Vícios e Irregularidades Encontradas nos Livros Societários das Empresas Envolvidas

(...)

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 SÛR. 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 SÛR;
- 3) As transferências de ações de emissão de ELEVADORES SÛR 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 SÛR, 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 SÛR 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 SÛR 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 SÛR, 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."

3.4.4. Parecer da Consultoria Tributária ERNST & YOUNG

A CIACORP contratou a ERNST & YOUNG — SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS S/C LTDA.²⁵ 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 SUR 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 as desta fiscalização.

(...)

3.4.5. Parecer de PAULO DE BARROS CARVALHO

(...)

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:

(...)

3.4.6. Parecer de GALENO LACERDA

(...)

3.4.7. 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 H), 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 artifícios 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 direito²⁸ [Tanto como pessoa física, como através de suas pessoas jurídicas EPART PARTICIPAÇÕES, EWEM PARTICIPAÇÕES, BW PARTICIPAÇÕES e EWEN LTD.] 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).

3.4.8. Da Definição de Simulação

Através da análise detalhada das operações, verificamos que o proceder do contribuinte é exatamente aquele citado pelos doutrinadores como caracterizador da simulação, qual seja, mostrar o irreal como verdadeiro, buscando o prejuízo de terceiros.

As operações de compra e venda de ações em tesouraria e posterior permuta celebradas entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP não são verdadeiras, NÃO EXPRESSAM O EXATO NEGÓCIO QUE AS PARTES QUERIAM REALIZAR. A DECLARAÇÃO DE VONTADE É ENGANOSA E TEM O OBJETIVO DE PRODUZIR UM RESULTADO DIFERENTE DAQUELE QUE FOI OSTENSIVAMENTE INDICADO. E, fundamentalmente, buscam o prejuízo de terceiro, qual seja, o do Fisco.

Se os ALIENANTES NÃO tivesse o interesse em se eximir da tributação do **GANHO DE CAPITAL** na alienação do investimento em ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, poderiam ter simplesmente efetuado a alienação de suas ações nessas empresas para o GRUPO THYSSENKRUPP. O resultado do ponto de vista da organização societária e da valoração do patrimônio seria o mesmo. Mas, houveram por bem as PARTES ENVOLVIDAS (ALIENANTES e GRUPO THYSSENKRUPP) aparentarem uma SIMULADA operação de compra e venda de ações em tesouraria e posterior permuta, impossíveis de serem realizadas sob a ótica empresarial, burlando a legislação tributária e societária para lograr proveito com a economia (ILÍCITA) de tributos.

Dessa forma, as partes envolvidas tentaram proceder à substituição de um ato jurídico (operação de compra e venda de ações de duas empresas) por outro (compra e venda de ações de uma empresa de fachada com imediata e subsequente permuta), ou seja, praticaram um ato sob aparência de outro, alterando, portanto, o seu conteúdo, com o intuito de esconder a realidade do que se pretendia.

Não obstante a tributação favorecida incidente sobre o ganho de capital no Brasil, os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS e o GRUPO THYSSENKRUPP BUSCARAM de maneira DESENFREADA E SEM LIMITES o LOGRO TRIBUTÁRIO.

(...)

Agindo dessa maneira, incidiram na prática de simulação, tal como caracterizada no inciso II do art. 102 do Código Civil, qual seja a realização de ato jurídico com cláusula não verdadeira.

(...)

Demonstrado, então, que a venda do investimento efetivamente ocorreu, legítimo é que o Fisco desconsidere a integralização efetuada pelos alienantes na 5246 PARTICIPAÇÕES, assim como as operações de compra, venda e permuta de ações, e faça incidir a legislação tributária sobre o verdadeiro fato gerador, que no presente caso, é a aquisição, por parte dos ALIENANTES, de disponibilidade econômica e financeira oriunda da alienação de sua participação societária na ELEVADORES SÛR. e na ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

A operação apresentada pelo contribuinte como sendo uma compra e venda de ações em tesouraria com imediata e subsequente permuta teve, única e exclusivamente, a finalidade de DISFARÇAR a operação de compra e venda das empresas ELEVADORES SÛR e na ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, ajustada entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP, REVESTINDO, dessa forma, o GANHO DE CAPITAL AUFERIDO PELOS PRIMEIROS SOB O MANTO DE UMA SUPOSTA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA, a qual, por sua vez, da maneira como foi MONTADA pelas partes, seria MAIS APROPRIADAMENTE chamada de "FRAUDE SOCIETÁRIA".

As operações celebradas entre as partes NÃO SÃO VERDADEIRAS, NÃO EXPRESSAM O EXATO NEGÓCIO QUE AS PARTES QUERIAM REALIZAR. A DECLARAÇÃO DE VONTADE É ENGANOSA e tem por OBJETIVO PRODUZIR UM RESULTADO DIFERENTE DAQUELE QUE FOI OSTENSIVAMENTE INDICADO, buscando, fundamentalmente, o prejuízo de terceiro, qual seja, o Fisco.

Vários são os elementos que DENUNCIAM A OPERAÇÃO COMO SENDO SIMULADA, CARACTERIZANDO-A COMO UMA NEGOCIAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

São os ASPECTOS ABSURDOS que as negociações simultâneas de ações em tesouraria trazem consigo, e como tais **IMPOSSÍVEIS de serem aceitas sob a ótica empresarial**, que denuncia o emprego de SIMULAÇÃO no negócio. São as INCONSISTÊNCIAS e INCOMPATIBILIDADES existentes APRESENTADOS que apontam para a FRAUDE na negociação.

O próprio CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE AÇÕES é uma verdadeira CONFISSÃO da fraude empregada pelas partes, já que, além de deixar mais do que evidente a PREMEDITAÇÃO da burla da tributação da compra e venda através da implementação de uma série de negócios jurídicos, é possível identificar em várias passagens as reais intenções pretendidas no negócio.

Além dos prejuízos causados ao Fisco decorrentes da falta de recolhimento dos tributos incidentes sobre o ganho de capital apurado na alienação, conforme demonstrado anteriormente, os procedimentos adotados pelas partes permitiram que fosse gerado um **ÁGIO**, no GRUPO THYSSENKRUPP, em MONTANTE SUPERIOR A **R\$ 160.000.000,00**, o qual vem sendo tratado como **despesa dedutível** para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, tendo em vista a incorporação da THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES pela ELEVADORES SÛR.

Esse é apenas MAIS UM ASPECTO PERVERSO DAS OPERAÇÕES FRAUDULENTAS ajustadas entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSENKRUPP e que mais uma vez demonstra os prejuízos causados ao fisco.

É importante salientar que o **ÁGIO** existiria mesmo se a operação tivesse sido concretizada da maneira usual, ou seja, através de uma operação de compra e venda de ações. A diferença, entretanto, é que, na compra e venda, os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS, teriam tributado o ganho obtido na venda a uma alíquota de 15%, o que, minimizaria os efeitos, na arrecadação tributária, da amortização do **ÁGIO** aproveitado pelo GRUPO THYSSENKRUPP, que vem sendo deduzido a uma alíquota de 34% (25% do IRPJ e 9% da CSLL).

3.5. DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

(...)

3.6. DAS CONCLUSÕES DA ANÁLISE

Ante o exposto, percebe-se que as operações tais quais realizadas, OU MELHOR, TAIS QUAIS APRESENTADAS PELAS PARTES se afiguram totalmente ABSURDAS e INACEITÁVEIS, o que nos leva a concluir que houve simulação nos fatos apresentados tendo, como intuito obter vantagens fiscais ilícitas, conforme explicado anteriormente.

A sucessão de atos mostra claramente que os ALIENANTES venderam suas participações societárias nas empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA, substituindo tal ato por uma seqüência de atos societários com **intuito** de obter ganhos tributários ilícitos.

Buscou, isto sim, através de um INFELIZ e MALFADADO "PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO", aproveitar o benefício provocado por uma falsa integralização de ações e de venda de ações em tesouraria com posterior permuta, na tentativa de encobrir o ganho de capital obtido nessa operação sob o manto de uma falsa REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.

E não são necessárias provas mais irrefutáveis do que aquelas antes apresentadas que, aliadas à seqüência dos fatos, demonstram o completo absurdo do negócio e a real intenção das pessoas envolvidas, confirmando, portanto, o ajuste entre as partes como uma verdadeira operação de compra e venda.

4. DAS INFRAÇÕES APURADAS

Em razão dos procedimentos adotados por EPART PARTICIPAÇÕES e pelos DEMAIS ALIENANTES em suas declarações de rendimentos (**Anexo VI**), bem como da falta de recolhimento do IRPJ sobre o ganho de capital na alienação de sua

participação societária em ELEVADORES SÛR faz-se necessário a constituição do crédito tributário mediante a lavratura de Auto de Infração.

O Relatório de Atividade Fiscal é anexado ao processo fiscal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica é parte integrante do Auto de Infração.

O valor do crédito tributário constituído através do presente Auto de Infração monta a quantia de **R\$ 40.330.064,76** e encontra-se detalhado no "**Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo**" (fl. 02).

(...)

4.1. GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS

O valor do ganho de capital apurado por EPART PARTICIPAÇÕES na venda de sua participação societária em ELEVADORES SÛR levou em consideração os seguintes aspectos:

1) O valor da venda (R\$ 43.363.133,41) foi calculado proporcionalmente ao valor pelo qual as ações de ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA foram integralizadas na "empresa de fachada" 5246 PARTICIPAÇÕES, conforme demonstrado na tabela abaixo:

<u>Acionistas</u>	<u>Participação</u> %	<u>Valor da</u> <u>Venda</u>
Ewen Ltd.	59,1575%	119.697.557,09
Epart - Administração e Participações Ltda.	21,4311%	43.363.133,41
Ewem - Administração e Participações Ltda.	7,2441%	14.657.441,61
Adroaldo Carlos Aumonde	4,2628%	8.625.262,61
Paulo Ronei Reali	2,1981%	4.447.536,11
BW - Administração e Participações Ltda.	3,0348%	6.140.487,05
Alceu Paz de Albuquerque	0,9932%	2.009.677,48
Aldo da Silva Leal	0,7050%	1.426.486,63
José Carlos Bisognin Panzenhagen	0,4178%	845.415,58
Relantino Fioravante Aumonde	0,3832%	775.412,80
Paulo Augusto Weber	0,0681%	137.736,71
Olimro Sergio Scheidt	0,0295%	59.652,23
Fabio Luis Zanon	0,0278%	56.273,82
Paulo Nascimento Rocha	0,0246%	49.715,72
Siegried Alexandre Ellwanger	0,0119%	24.029,81
Luiz Ribeiro dos Santos	0,0073%	14.788,85
Sebastião Lopes Machado	0,0032%	6.392,49
Total	100,0000%	202.337.000,00

2) O custo de aquisição utilizado na apuração do ganho de capital (R\$ 7.855.230,00)³⁷, relativo ao investimento em ELEVADORES SÛR foi o correspondente ao seu valor de patrimônio líquido, qual seja, o percentual de participação (21,8696%) detido pelo contribuinte no capital social do investimento alienado aplicado sobre o patrimônio líquido da investida (R\$ 35.918.540,00). Com efeito, a avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial³⁸ decorre do fato de seu enquadramento nos conceitos de coligada e de relevância³⁹. No quadro abaixo, demonstramos a participação de cada investidor e o valor de patrimônio líquido das investidas;

Acionistas/Quotistas	Ações/Quotas		Elevadores	Astel
	Sûr %	Astel %	Sûr 35.918.540,00	As. Téc. 734.804,00
Ewen Ltd.	60,3677%	0,0000%	21.683.205,65	-
Epart - Administração e Participações Ltda.	21,8696%	0,0000%	7.855.229,50	-
Ewem - Administração e Participações Ltda.	7,3923%	0,0000%	2.655.190,13	-
Adroaldo Carlos Aumonde	4,3500%	0,0000%	1.562.460,03	-
Paulo Ronci Reali	2,2430%	0,0000%	805.664,02	-
BW - Administração e Participações Ltda.	1,0512%	100,0000%	377.568,74	734.804,00
Alceu Paz de Albuquerque	1,0136%	0,0000%	364.054,33	-
Aldo da Silva Leal	0,7194%	0,0000%	258.410,84	-
José Carlos Bisognin Panzenhagen	0,4264%	0,0000%	153.141,86	-
Relantino Fioravante Aumonde	0,3911%	0,0000%	140.462,08	-
Paulo Augusto Weber	0,0695%	0,0000%	24.952,96	-
Olimro Sergio Scheidt	0,0301%	0,0000%	10.807,24	-
Fabio Luis Zanon	0,0284%	0,0000%	10.197,33	-
Paulo Nascimento Rocha	0,0251%	0,0000%	9.009,60	-
Siegried Alexandre Ellwanger	0,0121%	0,0000%	4.355,00	-
Luiz Ribeiro dos Santos	0,0074%	0,0000%	2.675,06	-
Sebastião Lopes Machado	0,0032%	0,0000%	1.155,63	-
Total	100,0000%	100,0000%	35.918.540,00	734.804,00

4.2. FALTA DE REALIZAÇÃO DA RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA

Além da omissão do ganho de capital na alienação do investimento na empresa ELEVADORES SÛR, a EPART PARTICIPAÇÕES deixou de adicionar ao seu lucro líquido (na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL) a RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA, decorrente do investimento naquela empresa, por ocasião da sua alienação.

Com efeito, ELEVADORES SÛR constituiu, em 29/12/1998, uma Reserva de Reavaliação no valor de R\$ 21.015.849,25, o que, considerando a participação de 21,87% detida pela EPART PARTICIPAÇÕES no capital social de ELEVADORES SÛR, bem como a avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial, o que provocaria uma RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA da ordem de RS 4.596.166,23.

Em virtude das realizações da Reserva de Reavaliação original (por depreciação) efetuadas pela empresa ELEVADORES SÛR, o saldo não realizado da RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA (e que deveria ter sido oferecido tributação pelo contribuinte) era, por ocasião da alienação do referido investimento, de R\$ 4.406.740,36 (fl. 115).

Com relação à tributação da RESERVA DE REAVALIAÇÃO REFLEXA, além do disposto na legislação tributária federal, é importante destacar alguns aspectos:

- a) a tributação da reserva de reavaliação original, ou seja, nas empresas que têm a propriedade dos bens reavaliados, é efetuada para compensar o valor da depreciação sobre a parte reavaliada do bem que foi contabilizada como despesa de depreciação reduzindo o resultado;
- b) por sua vez, a tributação da reserva de reavaliação reflexa, ou seja, na investidora tem por objetivo anular a parcela do custo de aquisição, aumentado com a reavaliação, e contabilizado a débito do resultado por ocasião da alienação ou transferência do investimento.

Portanto não há aumento nem diminuição da carga tributária, ou ainda, dupla incidência dos mesmos tributos sobre os mesmos fatos, como talvez entenda o contribuinte. O efeito tributário seria o mesmo descrito acima, caso não houvesse sido efetuada a reavaliação original dos bens, pois:

- a) os resultados contábeis da empresa investida não seriam reduzidos pelo registro da depreciação sobre a parcela reavaliada dos bens. Por outro lado não haveria adição alguma, a título de realização de reserva de reavaliação de ativos próprios, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da referida empresa;

b) a empresa investidora, por sua vez, não teria o seu ganho na alienação do investimento reduzido pelo aumento no custo de aquisição do investimento. Em compensação, não teria que adicionar valor algum a título de reserva de reavaliação.

4.3. DAS MULTAS APLICADAS

Diante da ocorrência concomitante de SONEGAÇÃO, FRAUDE e CONLUÍO, conforme exaustivamente demonstrado no presente Relatório de Atividade Fiscal, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64 (os quais se encontram transcritos abaixo), as multas de ofício aplicadas na constituição dos Autos de Infração foram de 150%, de acordo com os incisos I e II do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96.

"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 de 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 qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72."

Em virtude dos fatos apurados na fiscalização indicarem a ocorrência dos **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA** previstos nos artigos 10 e 2º da Lei n.º 8.137/90, foi protocolizada **Representação Fiscal para Fins Penais**, na forma da Portaria SRF n.º 2.752, de 11 de outubro de 2001, sob o n.º **11080.00967112004-41**.

4.4. DA DECADÊNCIA

Uma outra implicação importante decorrente da existência do dolo por parte do contribuinte nas infrações apuradas pela fiscalização refere-se ao **prazo decadencial para constituição do crédito tributário**. Em virtude da ocorrência de dolo, fraude, simulação e conluio, **a contagem do prazo se dá com base no art. 173, inciso I, do CTN, ficando afastado, portanto, a aplicação do art. 150, § 4º do CTN.**

5. DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

Por ser controlador da EPART PARTICIPAÇÕES, conforme demonstrado no item **3.4.2**, bem como pelo fato dos atos praticados serem caracterizados com infração à lei, ADROALDO AUMONDE é responsável pelo crédito tributário constituído através do presente Auto de Infração nos termos do inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66). A esse respeito, é importante mencionar ainda que ADROALDO AUMONDE teve participação ativa na venda, tendo, inclusive, assinado contrato de compra e venda como representante das empresas 5246 PARTICIPAÇÕES e BW PARTICIPAÇÕES.

(...)

A contribuinte e o solidário apresentaram impugnações (fls. 260/291; 328/392 e 420/516), que foram assim resumidas pelo relatório constante da decisão ora recorrida:

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;
- 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 policia 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, as 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 as 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 10 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 antielisão introduzida pela Lei Complementar n.º 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 n.º 104, de 2001, não aplicável 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 com 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 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 autuada 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 SÛR);

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 SÚR, confrontado com o valor pelo qual foi avaliada essa participação e integralizada como capital na sociedade 5246 Participações. Jamais em relação ao valor de RS 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 autos 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 SOR, 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 consequências ainda indesejáveis do negócio praticado, não existe simulação;

5- nunca houve outra vontade que não transferência do controle acionário da empresa Elevadores Sur. 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 a 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 a 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 n.º 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/consultante, 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 h pessoa do Sr. Adroaldo Aumonde.

Em Sessão de 17 de novembro de 2005, a 1ª Turma da DRJ/POA negou provimento à impugnação da contribuinte por meio do Acórdão n.º 6.781 (fls. 584/653).

Quanto à responsabilidade solidária, a DRJ decidiu que “*o comparecimento do peticionário ao processo, apresentando defesa, não é possível, face a não ser o processo administrativo fiscal a via adequada a tal discussão, uma vez que o mesmo não é sujeito passivo no auto de infração. Suas razões, portanto, não serão consideradas*”.

Contra essa decisão a empresa interpôs recurso voluntário (fls. 784/904), onde basicamente repisa as alegações de defesa e rebate determinados pontos da decisão de piso.

Encaminhados os autos para julgamento, o recurso voluntário foi provido por meio do referido Acórdão n.º **108-09.227** (fls. 974/1.030), que assim decidiu:

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 Losso 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 Mourdo Gil Nunes para redigir o voto vencedor.

Em seguida a PGFN apresentou recurso especial (fls. 1.035/1.058), com fundamento no artigo 7º, II, da Portaria MF 147/2007, que foi admitido nos seguintes termos (fls. 1.089):

(...)

A FAZENDA NACIONAL, em face da decisão consubstanciada no Acórdão n. 108-09.227, fl. 915/971, interpõe, tempestivamente, RECURSO ESPECIAL.

Primeiramente, alega divergência de interpretação com o acórdão 103-22.822.

O acórdão paradigma entendeu que o lançamento na empresa 5246 seria despiendo porque esta empresa, ainda que permanecesse em continuidade, isto foi só no plano formal, considerando que o ganho econômico decorrente da alienação da participação societária já foi remetido ao exterior. O acórdão guerreado entendeu ao contrário, pois entendeu que a 5246 foi onde as operações societárias ocorreram e que foram destinados os ganhos financeiros.

Assim, clara é a divergência neste item.

Quanto aos atos simulados e desqualificação da multa e a decorrente decadência, claramente se vê que os fundamentos do acórdão guerreado são contrários a Lei n.º 9.430/1996, pois, o intuito de fraude foi evidente. Dessa forma, não sendo desqualificada a multa não teria ocorrido à decadência.

Assim, neste item houve contrariedade à lei.

Dessa forma, de acordo com o § 6º do art. 15 do RICSRF, aprovado pela Portaria n.º 147, de 25 de junho de 2007, admito o RECURSO ESPECIAL.

Chamada a se manifestar, a contribuinte ofereceu contrarrazões (fls. 1.093/1.114), sustentando, em resumo, que nenhum reparo cabe ao acórdão recorrido.

Ato contínuo, após despacho de saneamento (fls. 3.124/3.126) emitido para fins de apreciação da *divergência na interpretação da lei tributária relativamente à multa qualificada e decadência, analisando-se o acórdão paradigma 103-22.822*.

Foi, então, proferido despacho de admissibilidade complementar (fls. 3.137/3.141), *in verbis*:

(...)

O recurso especial objeto deste exame complementar teve sua admissibilidade inicialmente realizada por meio do despacho de admissibilidade (fls. 1.030 e ss. do Vol.05), na ocasião já sendo verificada a sua tempestividade. A Fazenda Nacional alegou divergência na interpretação da lei tributária, quanto aos seguintes temas:

(i) erro na identificação do sujeito passivo, com o acórdão paradigma nº 103-22.822

(ii) exigência de multa qualificada e decadência, com o paradigma 103-22.822

O Presidente da 8ª Câmara admitiu integralmente o recurso especial, contudo tratou o segundo tema como “contrariedade à lei” (art. 7, inciso I da Portaria MF nº 147/2007).

Nesse passo, o **despacho de saneamento** assinado pela presidente da CSRF identificou uma anomalia no regular processamento do despacho de admissibilidade ao tratar a “matéria ii” como estivesse submetida ao rito do art. 7, inciso I da Portaria MF nº 147/2007, ou seja à simples demonstração da “contrariedade a lei”, quando na verdade deveria tal matéria ter sido submetida ao rito do inciso II do mesmo dispositivo legal (demonstração da divergência através de algum precedente (paradigma), uma vez que foi dado provimento a essa matéria **por unanimidade de votos**, e não por maioria (um requisito de admissibilidade).

Neste caso, segundo o despacho de saneamento, naquele exame deveria ter sido levado em consideração a divergência da interpretação à lei tributária, em relação a essa segunda matéria, também através do paradigma nº 103-22.822; ou seja através do rito do indigitado art. 7, inciso II, **rito este inclusive aduzido pela Fazenda Nacional em seu recurso especial**.

Foi nesse contexto que o despacho propôs a devolução do presente processo para saneamento, dessa feita fazendo a admissão pelo rito mais adequado, nos termos abaixo:

[...] Diante disso, proponho o encaminhamento do processo ao Presidente de Câmara para apreciação da admissibilidade do recurso especial da Procuradoria quanto à alegada divergência na interpretação da lei tributária, com o paradigma 103-22.822 no tocante à segunda matéria do recurso (multa qualificada e decadência).

Destarte, o presente despacho de admissibilidade é **complementar** ao despacho de admissibilidade (fls. 1.030 e ss. do Vol.05), e, dessa feita, o paradigma nº103-22.822 será analisado no contexto da divergência da matéria “**(ii) exigência de multa qualificada e decadência**”, no rito do art. 7, inciso II do antigo RICARF, correspondente aos arts. 67 e 68 do atual RICARF.

II) Exigência de multa qualificada e decadência

Apesar de tal matéria possuir em seu bojo 2(dois) temas distintos, estes serão analisados de forma conjunta em face da natureza lógica de conexão entre eles: o segundo tema (decadência) sendo um reflexo do primeiro (multa qualificada a partir evidente intuito de fraude). Decidido a primeira, está decidida o destino da segunda, tal qual também ocorreria no paradigma.

O paradigma indicado para esta matéria e não reformado é o ac. nº103-22.822, cuja ementa abaixo se transcreve:

APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI NÃO REGULAMENTADA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INEXISTÊNCIA. Não há que se falar em aplicação retroativa da Lei Complementar n.º 104/2001 porque nela não se fundamentou a autuação, nem, tampouco em erro na identificação do sujeito passivo, quando o lançamento se volta contra o contribuinte que realmente auferiu o ganho de capital.

DECADÊNCIA. No caso de simulação, o prazo decadencial deixa de ser regido pelo art. 150, § 4º, para se submeter ao regramento do art. 173, I, do CTN.

SIMULAÇÃO. CARACTERÍSTICAS. RECONHECIMENTO.

Evidenciado, por indícios e por expressa declaração do contribuinte, o desacordo entre a vontade real e a vontade declarada nos atos exteriorizados, o reconhecimento de simulação se impõe.

Como se vê, trouxe paradigma de outra Câmara, bem assim anexou também cópia do inteiro teor do seu voto. Também se verifica que a matéria não foi sumulada, cumprindo, portanto os demais requisitos formais de admissibilidade.

Da análise da Divergência

A similitude fática e divergência é de fácil constatação, pois a matéria envolvida não é de todo “fático dependente”, na medida em que o ac. recorrido traduziu a realidade fática particular de um caso de planejamento tributário - envolvendo infração relacionada à empresa veículo para aproveitamento de ágio - para uma situação de “simulação” (relativa).

A partir daí de forma silogística cancelou a qualificação da multa por se tratar de uma simulação relativa e por reflexo afastou a aplicação do art. 173, I do CTN, para efeito de decadência.

De outra banda, em situação também bastante assemelhada a envolver planejamento tributário de ágio, o paradigma também fez confluir a realidade fática do caso para uma situação também de **simulação**, também relativa (embora não dito de forma expressa).

Porém, **em sentido diametralmente oposto**, em face dessa mesma constatação de ocorrência de simulação, tomou-se como certo no paradigma que isso ensejaria por si só, o intuito de fraudar o fisco e assim manteve-se a qualificação da multa e também por consequência a aplicação do art. 173, I do CTN para efeito de contagem do prazo decadencial.

Seguem trechos do ac. recorrido e do paradigma que dão sustentação à conclusão acima:

Trechos do Ac. Recorrido:

[...] **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, urna 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 vênha para transcrever a seguir o seguinte excerto do seu voto [...] (Destacou-se).

Trechos do Paradigma:

Com efeito, o motivo que levou à simulação é evidente, outro não sendo, senão esconder o fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital e criar o ágio; salta aos olhos a desnecessidade dos negócios jurídicos celebrados que, apesar de documentados e registrados formalmente, não retratam uma realidade negocial; a utilização de pessoas jurídicas interpostas está fartamente demonstrada, havendo até mesmo participação recíproca; a não realização material das vontades exteriorizadas fica evidenciada, não só pela velocidade cronológica em que os negócios foram celebrados, mas também pela inexistência de qualquer razão comercial e propósito empresarial que possa justificá-los; a subavaliação das ações das empresas Elevadores Sal- e ASTEL para efeitos de integralização ao capital subscrito na empresa 5246 caracteriza o preço vil.

[...]

De igual modo, **comprovada a simulação**, o prazo decadencial deixa de ser regido pelo art. 150, § 4º, para se submeter ao regramento do art. 173, I, do CTN, pelo que nenhuma parcela do crédito tributário foi atingida pela decadência.

[...]

No tocante à **multa de lançamento de ofício**, a sua imposição no percentual de 150% é decorrência imperiosa do reconhecimento da **simulação** fraudulenta.

[...] (Destacou-se).

Portanto, está caracterizada a divergência da matéria relacionada à qualificação da multa e seu consectário lógico relacionado à decadência.

CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, considerando atendidos os pressupostos de admissibilidade e demonstrado o dissídio jurisprudencial OPINO no sentido de que deva ser DADO **SEGUIMENTO** ao recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional também para a **segunda matéria (“ii) exigência de multa qualificada e decadência”)**, no escopo deste **exame de admissibilidade COMPLEMENTAR**.

(...)

Cientificada, a contribuinte apresentou contrarrazões complementares (fls. 3.150/3.161), onde basicamente reitera seus argumentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

Conhecimento

Conforme visto, o presente processo é decorrente de Autos de Infração que envolvem duas infrações, quais sejam: (i) a não tributação de ganho de capital após a requalificação jurídica de fatos considerados simulados; e (ii) a não adição da reserva de reavaliação reflexa na base de cálculo dos tributos exigidos.

Ainda que haja um *ponto em comum* entre essas infrações, qual seja, a *baixa do investimento*, elas não se confundem, caracterizando matérias autônomas.

Tanto é assim que, embora o voto condutor da decisão ora recorrida não tenha tratado de cada uma das infrações em itens próprios (ou individualizados), mas sim de *forma global*, a parte dispositiva do acórdão deixa claro que o Colegiado *a quo*: (i) afastou a primeira infração - *tributação do ganho de capital* - por entender que houve *erro de sujeição passiva*; e (ii) reconheceu a decadência das cobranças decorrentes da segunda infração - *não tributação da reserva de reavaliação* - , como reflexo do afastamento da qualificação da multa de ofício para este item.

Para que não paire dúvida dessa afirmativa, reproduzo novamente o respectivo dispositivo do *decisum*:

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 Losso 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 Mourdo Gil Nunes para redigir o voto vencedor. *(grifamos)*

Nesse contexto, e conforme relatado, o primeiro despacho de admissibilidade (fls. 1.089), com fundamento no artigo 7º, II, da Portaria MF 147/2007, reconheceu existir divergência jurisprudencial quanto à matéria *nulidade por erro de sujeição passiva* com base no Acórdão *paradigma* n.º 103-22.822 (fls. 1.060).

Nenhum reparo cabe ao juízo prévio de admissibilidade, afinal, analisando a mesma operação, as decisões de fato são conflitantes. Enquanto o acórdão recorrido reconheceu a nulidade por erro de sujeição passiva, este *erro* foi afastado pelo *paradigma*, que considerou o lançamento legítimo. Daí a divergência em relação à *primeira matéria*.

Pois bem.

Relativamente às matérias *multa qualificada e decadência* – cuja divergência acabou sendo caracterizada em sede de despacho complementar em face do mesmo precedente -,

é preciso pontuar que a autoridade responsável, com a devida vênia, parece não ter levado em conta a restrição conferida pelo texto do dispositivo do acórdão recorrido, o qual, repita-se, limitou os seus efeitos às exigências referentes à infração 02 (*não tributação da reserva de reavaliação*).

Ocorre que essa infração não foi objeto de análise pelo Acórdão n.º 103-22.822 (*paradigma*), decisão esta que apenas apreciou a *multa qualificada* e a *decadência* em relação às exigências decorrentes da tributação sobre o ganho de capital apurado porque, diferentemente daqui, já havia decidido pelo afastamento do alegado *erro de sujeição passiva*.

Feitas essas considerações, conclui-se que o recurso especial deve ser conhecido parcialmente, apenas em relação à matéria *erro de sujeição passiva*.

Mérito

A operação considerada simulada, e descrita pela fiscalização como motivação da presente autuação, já foi analisada no âmbito desse E. Tribunal Administrativo em algumas oportunidades.

Em Sessão de 28 de fevereiro de 2007, a 8ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes – Turma Julgadora *a quo* -, mesmo reconhecendo a ocorrência de *simulação* nos negócios praticados pelas partes, considerou que o ganho de capital deveria ter sido tributado pela empresa 5246, razão pela qual acatou o argumento de erro de sujeição passiva, fato este que motivou o “cancelamento” da autuação fiscal.

Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do voto condutor da decisão ora recorrida:

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 Grupo Thyssen.

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.

Esse entendimento, porém, foi em seguida reformado pela própria 8ª Câmara do antigo Primeiro Conselho. Em sessão de 05 de dezembro de 2007, esse mesmo Colegiado, ao analisar autuação fiscal dirigida a BW PARTICIPAÇÕES (empresa que também tinha participação na ELEVADORES SUR e que foi, assim como a recorrida, considerada *alienante*), julgou o lançamento procedente por meio do Acórdão n.º **108-09.507**.

Transcrevo, abaixo, o fundamento que levou ao afastamento do alegado *erro de sujeição passiva* nesse julgado:

Destas premissas, concluo que não houve erro de sujeição passiva, porquanto a necessária concordância e precisão na construção do fato jurídico demonstram que a empresa 5246 Participações de fato recebeu como sócios os alienantes pessoas jurídicas, a 5256 Participações e a Thyssen Industries, com o fim exclusivo de aquisição da participação societária pela última e venda pelas primeiras. Portanto, reputo correto o lançamento quando indicou como sujeito passivo a alienante BW participações, uma vez que esta auferiu o benefício do não pagamento do imposto pelo ganho de capital na venda da sua participação na Elevadores Sûr e Astel. Ora, se devem ser desconsiderados os atos dissimulatórios, estes devem ser em sua integralidade.

Nesse sentido caminhou o *paradigma* (Acórdão n.º **103-22.822**), o qual, ao julgar autuação contra a EWEN ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. - outra pessoa jurídica considerada alienante na mesma operação -, assim motivou o não provimento do argumento de erro de sujeição passivo:

Na companhia da melhor doutrina, não vejo "ilicitude na escolha de um caminho fiscalmente menos oneroso, mesmo que a menor onerosidade seja a (única razão da escolha desse caminho)", sob pena de se ter de admitir "o absurdo de que o contribuinte seria sempre obrigado a escolher o caminho de maior onerosidade fiscal" (Luciano Amaro).

Da Constituição Federal advém o direito "á utilização de estruturas jurídicas válidas, sem violação da lei, que sejam capazes de evitar incidências tributárias, ou de minorar os seus ônus" (Ricardo Mariz de Oliveira).

Todos os meios e formas lícitas de que se vale o contribuinte para evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, reduzindo ou impedindo o surgimento de dever ou da obrigação tributária são designados pelo nome de elisão fiscal, cuja distinção básica da evasão ilícita reside nos meios empregados, como ensina SAMPAIO DORIA:

"O primeiro aspecto substancial que as extrema é a natureza dos meios eficientes para sua consecução: na fraude, atuam meios ilícitos (falsidade) e, na elisão, a licitude dos meios é condição sine qua non de sua realização efetiva".

(Elisão e Evasão Fiscal, São Paulo, José Bushataky, Editor, p. 58).

O exame da licitude ou não dos meios empregados conduz necessariamente à apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma)

utilizado. Se a forma não reflete o fato concreto, é aparente, e aí estamos diante da simulação, assim definida no Código Civil de 1916:

(...)

Como os atos simulados são praticados com o objetivo de ludibriar, escondendo os atos dissimulados e efetivos, a prova da simulação é difícil, árdua, às vezes impossível, pois divergência psicológica de intenção das partes que é, escapa a uma prova direta, dificilmente os que simulam deixam evidências, a prova escrita do fingimento é impossível e a contra-declaração, reveladora do negócio dissimulado, raríssima.

Por isso, o fisco, a quem incumbe desconstituir a presunção de legitimidade de que gozam os atos e negócios jurídicos atacados, provando que não passam de mera aparência ou ocultam uma outra relação jurídica de natureza diversa, escamoteando a ocorrência do fato gerador, há de se valer da prova indireta, de indícios, que hão de ser graves, precisos, concordantes entre si, resultantes de uma forte probabilidade e indutores de ligação direta do fato desconhecido com o fato conhecido.

Dentre os indícios apontados pela doutrina como capazes de provar a simulação, guardam maior pertinência com o caso em análise os seguintes: a existência de motivo para a simulação, a causa simulandi, o interesse que move as partes para celebrar um ato simulado, para mascarar um negócio sob uma forma diferente; a necessidade de realização do negócio simulado; a interposição de pessoas; a falta de execução material do negócio simulado; o pagamento de preço vil, desproporcional ao bem, objeto do negócio.

A recorrente expressamente declara que a vontade real das partes sempre foi uma só, qual seja, a transferência do controle acionário das empresas Elevadores Sür e ASTEL, com o que, implicitamente, confessa que a operação apresentada como sendo uma compra e venda de ações em tesouraria com subsequente e imediata permuta não corresponde à vontade real das partes.

A essa declaração, reveladora da realidade subsistente entre as partes, bastante, por si só, para caracterização da simulação, se soma um conjunto de indícios que reforça a convicção da sua prática.

Com efeito, o motivo que levou à simulação é evidente, outro não sendo, senão esconder o fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital e criar o ágio; salta aos olhos a desnecessidade dos negócios jurídicos celebrados que, apesar de documentados e registrados formalmente, não retratam uma realidade negocial; a utilização de pessoas jurídicas interpostas está fartamente demonstrada, havendo até mesmo participação recíproca; a não realização material das vontades exteriorizadas fica evidenciada, não só pela velocidade cronológica em que os negócios foram celebrados, mas também pela inexistência de qualquer razão comercial e propósito empresarial que possa justificá-los; a subavaliação das ações das empresas Elevadores Sal- e ASTEL para efeitos de integralização ao capital subscrito na empresa 5246 caracteriza o preço vil.

A esses indícios se acrescenta a existência dos vícios e irregularidades nos livros sociais da Elevadores Sür apontados pela fiscalização, que vão, desde a grafia errada do nome de acionistas, à falta de registro de acionista e de transferências de ações, a demonstrar a artificialidade da estrutura montada.

Diante disso, resta evidenciado o desacordo entre a vontade real (realizar a venda do controle acionário) e a vontade declarada nos atos exteriorizados (aumento de capital e formação de reserva de capital na 5246; colocação de ações em tesouraria, aumento de capital da 5246 com a conferência, pela recorrente, das ações da Elevadores SW- e da ASTEL; compra e venda das ações em tesouraria da Elevadores Sür e da ASTEL pelo valor de mercado; permuta pela 5246 das ações em tesouraria que acabara de alienar, pelas ações da Elevadores Sür e da ASTEL), a maioria dos quais, os últimos, praticados no mesmo dia e por meio do mesmo instrumento de contrato.

Desse modo, sob pena de se considerar a simulação eficaz como instrumento de economia de tributo, há de se ter por escorreito o lançamento quando tributou o negócio

jurídico realmente realizado, sem considerar os atos simulados, havidos por ineficazes, tendo a conduta fiscal amparo no art. 149, VII, do CTN que, como norma geral de direito tributário, abre para a administração tributária, em havendo suspeita de simulação, a competência para investigar a sua existência e, se comprovada, praticar o ato de lançamento de ofício, independentemente de sua decretação ou declaração pelo Poder Judiciário.

Dessarte, inexistiu erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que, afastados os atos simulados, o ganho de capital objeto do lançamento tem como sujeito passivo a recorrente, juntamente com os demais alienantes das ações da Elevadores Sûr e da ASTEL.

De fato, realmente estamos diante de uma tentativa de *planejamento tributário* que não se sustenta sob o prisma jurídico: formalizando negócios sob o manto de uma *integralização do investimento em empresa interposta*, seguida de uma *venda de ações em tesouraria* e conseqüente *permuta*, as partes envolvidas, dentre eles a recorrida, na qualidade de alienante, na realidade dissimularam a **venda** de suas participações societárias em ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA para o GRUPO THYSSENKRUPP.

Analisando “o filme”, e não “as fotos”, percebe-se que a reorganização societária adotada buscou contornar a verdadeira operação praticada pela recorrida, qual seja, a alienação direta dos referidos investimentos, objetivando, com isso, buscar uma economia tributária que não se mostra válida ante a tipicidade da *verdadeira* operação, que foi a compra e venda.

Com efeito, os elementos colhidos pela fiscalização bem evidenciam que o GRUPO THYSSENKRUPP, apesar de formalizar uma aquisição de 50% de ações de emissão da “empresa interposta” 5246 PARTICIPAÇÕES, na verdade adquiriu, dos próprios acionistas, a totalidade do controle societário das duas empresas mencionadas.

A seqüência dos atos que foram celebrados é mais do que suficiente para denunciar o vício de vontade nos negócios jurídicos formalizados, chamando atenção especial a celebração de uma *permuta* no mesmo ato de formalização de uma compra de *ações em tesouraria* de uma empresa que comprovadamente mostrou-se ter sido interposta pelos efetivos titulares dos atos praticados.

Tal como motivado e instruído o presente lançamento, me parece não haver dúvidas de que a Recorrente sempre foi a proprietária e alienante das participações societárias, tendo as partes se valido de uma *interposição fictícia* de sociedade anônima, a 5246 PARTICIPAÇÕES, para que esta figurasse como receptora do investimento para, em seguida, buscar se beneficiar de uma isenção aplicável ao lucro de ações em tesouraria como meio de desviar a tributação do ganho auferido na verdadeira *causa* da operação.

Ao assim proceder, concordo que *as partes buscaram aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem*, o que bem evidencia a simulação², legitimando, assim, que o fisco cobre os tributos que deixaram de ser pagos pelos efetivos alienantes e detentores da capacidade contributiva representada pelo lucro que acabou sendo omitido.

² Código Civil. Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

(...)

A requalificação jurídica dos fatos, aliás, é medida que se impõe nessa situação fática à luz do artigo 149, VII, do CTN, *in verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;

Caracterizada, então, a *simulação* por interposição de pessoa, afasto o erro de sujeição passiva que restou caracterizado no acórdão recorrido.

Conclusão

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, no mérito, dou-lhe provimento parcial para afastar a nulidade por erro de sujeição passiva, determinando o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para apreciar as demais questões de mérito, notadamente a *multa qualificada* e a *decadência*.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli