



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.009668/2004-28
ACÓRDÃO	1301-007.456 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	EPART ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO. REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA - VERDADEIRA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM GANHO DE CAPITAL. SIMULAÇÃO.

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

A caracterização de ato simulado impõe a qualificação da multa de ofício, nos termos do at. 44, § 1º, VI, da Lei nº 9.430, de 1996, limitada a 100% em razão da nova redação do dispositivo atribuída pela Lei nº 14.689, de 2023.

DECADÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE SIMULAÇÃO. ART. 173, I, DO CTN.

Configurado o evidente intuito de fraude com o emprego de simulação, mediante procedimentos de efêmera reorganização societária, que ali-1m resultou tão somente em alienação de participação societária sem a apuração e pagamento dos tributos devidos sobre o ganho de capital, mantém-se a multa qualificada, com repercussão na contagem do prazo decadencial que se desborda a regra do art. 150, para a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de decadência e em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Relator, José Eduardo Dornelas Souza, e Eduardo Monteiro Cardoso, que acolhiam a preliminar e lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Iágaro Jung Martins.

Assinado Digitalmente

JOSÉ EDUARDO DORNELAS SOUZA – Relator

Assinado Digitalmente

RAFAEL TARANTO MALHEIROS – Presidente

Assinado Digitalmente

IÁGARO JUNG MARTINS – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de retorno dos autos ao colegiado *a quo*, para apreciação de questões pendentes consignadas em Recurso Voluntário, notadamente a multa qualificada e a decadência, tudo em conformidade com o acórdão nº 9101-006.170, proferido pela CSRF/1ª Turma.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me parcialmente do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo na 1ª Turma da CSRF, complementando-o ao final:

[...]

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 SÚR 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 SÚR, 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 nº 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 nº 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 SÚR 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 nº 1855/2005, a certidão original autenticada pelo Ministério das Relações Exteriores do Panamá, devidamente reconhecida pela Embaixada do

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 SÚR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA;

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 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 subscrevem um aumento de capital na empresa 5246 PARTICIPAÇÕES no valor de R\$ 36.653.340,00, o qual foi integralizado mediante a conferência das ações que eles detinham na empresa ELEVADORES 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 subscrever na 5246 PARTICIPAÇÕES para a 5256 PARTICIPAÇÕES em decorrência de uma integralização de aumento de capital subscrito pelos *ALIENANTES* nesta empresa no montante de **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) subscreveu um aumento de capital na empresa *THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES* no valor de R\$ 226.919.901,00, integralizado da seguinte forma: a) R\$ 202.337.000,00, mediante a conferência das 10.000.000 de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES, que a *THYSSEN INDUSTRIES* havia acabado de adquirir da própria 5246 PARTICIPAÇÕES; b) pagamento em dinheiro no valor de R\$ 3.782.000,00; e c) o saldo remanescente deveria ser integralizado em dinheiro ou bens no prazo de 24 meses. Como consequência do aporte de capital feito pela *THYSSEN INDUSTRIES*, a *THYSSEN KRUPP 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 subseqüente 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 oblíqua, 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 nº 1.598/77, 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 Romei Reali	3.911.892,55	4,0040%
Aloeu Paz de Albuquerque	1.328.691,55	1,3600%
Aldo da Silva Leal	1.256.774,44	1,2864%
José Carlos Bisognin Panzenhagen	744.760,58	0,7623%
Relantino Fioravante Aumonde	683.076,03	0,6992%
Paulo Augusto Weber	121.377,20	0,1242%
Olimro Sergio Scheidt	52.576,44	0,0538%
Fabio Luis Zanon	44.046,62	0,0451%
Paulo Nascimento Rocha	39.452,41	0,0404%
Siegried Alexandre Ellwanger	15.324,75	0,0157%
Luiz Ribeiro dos Santos	13.011,58	0,0133%
Sebastião Lopes Machado	5.124,32	0,0052%
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:

<u>Acionistas</u>	<u>Ações Subscritas</u>			<u>Integralização</u>	
	<u>ON</u>	<u>PN</u>	<u>%</u>	<u>Valor</u>	<u>%</u>
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 Romei 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	0,0553%	-	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 nº 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 contrario, 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 Panzenhagen	7.428	6.481	0,4636%	153.147,00	0,4178%
Relantino Fioravante Aumonde	6.813	5.944	0,4252%	140.466,00	0,3832%
Paulo Augusto Weber	1.210	1.057	0,0756%	24.951,00	0,0681%
Olimiro 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° 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°1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-lei n°2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2° 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:

<u>Acionistas</u>	<u>IRPF</u>
Ewen Ltd.	2.685.180,82
Adroaldo Carlos Aumonde	234.369,00
Paulo Ronei Reali	78.913,19
Alceu Paz de Albuquerque	54.608,15
Aldo da Silva Leal	25.842,71
José Carlos Bisognin Panzenhagen	22.971,28
Relantino Fjoravante 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 Ribeiro 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%
Olímero 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.**

Analizando 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 nº 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 CONLUÍO dos ALIENANTES, que assim agiram com o claro intuito de reduzir a tributação sobre ganho de capital auferido na venda das ações de ELEVADORES 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 THYSSENKRUPPP, 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 THYSSENKRUPPP, 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 THYSSENKRUPPP. 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 SÛR 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 subseqüente 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 patrimonial¹³⁸ 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;

<u>Acionistas/Quotistas</u>	<u>Ações/Quotas</u>		<u>Elevadores</u>	<u>Astel</u>
	<u>SÛr</u> %	<u>Astel</u> %	<u>SÛr</u>	<u>As. Téc.</u>
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 Ronei 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 R\$ 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 CONLUIO, conforme exaustivamente demonstrado no presente Relatório de Atividade Fiscal, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 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 nº 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 e 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 nº 8.137/90, foi protocolizada Representação Fiscal para Fins Penais, na forma da Portaria SRF nº 2.752, de 11 de outubro de 2001, sob o nº 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 nº 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 polícia federal foram entregues e obtidos para fins de instrução ao inquérito penal, não podendo ser utilizados pelo Fisco, ainda mais sem a devida averiguação e comprovação, sob pena de desvio de finalidade;

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

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

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

11- no âmbito do direito privado, diferentemente do direito público, 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° 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° 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° 104 — que instituiu tal faculdade/poder Administração — e tal dispositivo ainda não foi regulamentado, não sendo autoaplicável.

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

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

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

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

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 R\$ 202 milhões, pois esse foi recebido pela empresa 5246 e não pela empresa EPART;

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

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

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

8- por um lado o Fisco afirma que tudo foi feito simuladamente pela pessoa física, de outro cobra os tributos com base em alíquota aplicável à pessoa jurídica. Ou houve simulação e os 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 nº 4.502/1964;

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

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

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

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

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

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

A petição do Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, além de repetir as alegações da Epart Administração e Participações, acrescenta que não é responsável solidário da sociedade Epart Participações posto que o mesmo não é e nem era, á época dos fatos, administrador da empresa autuada, além de estar o Relatório de Atividade Fiscal recheado de afirmações levianas e injuriosas, não respeitante 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 nº 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 nº 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 despiciendo 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 nº 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 nº 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), [...]

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

Incluído em pauta de julgamento, por meio do acórdão nº 9101-006.170, de 12 de julho de 2022, a CSRF decidiu conhecer parcialmente o Recurso Especial da Fazenda Nacional, apenas em relação à matéria “erro de sujeição passiva”, e na parte conhecida, deu parcial provimento 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.

Na sequência, os autos foram distribuídos a este Conselheiro, por novo sorteio, em vista da extinção do colegiado *a quo* (8ªCam/1ªCC).

É o Relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator.

O recurso apresentado é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, dele conheço.

Em conformidade com a decisão da Câmara Superior, veiculada no acórdão nº 9101-006.170, esta Turma de Julgamento passa ao exame das questões de mérito até então não analisadas no CARF, notadamente a multa qualificada e a decadência.

De início, vale o registro que a operação descrita pela fiscalização, como fundamento para a lavratura do auto de infração sob análise, já foi apreciada pelo CARF, pelo menos em duas oportunidades, citando aqui como exemplo as discussões que ocorreram nos processos administrativos nºs 11080.009670/2004-05 e 11080.009669/2004-72, prevalecendo em ambos processos, o entendimento pela aplicação de multa qualificada e por consequência, que a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, I do CTN.

Não obstante este entendimento, após detida análise dos autos, sobretudo porque as operações ocorreram em época remota, nos idos de 1999, entendo que, no tocante **à multa qualificada**, a questão merece a interpretação consignada em voto vencido proferido no acórdão nº 108-09.507, nos autos do processo nº 11080.009670/2004-05. Assim, por concordar com os fundamentos lá utilizados, transcrevo-os a seguir, adotando os referidos fundamentos como razão de decidir neste voto:

Linhas gerais, a não tributação se deu em razão de terem os alienantes se utilizado de instrumentos jurídicos da seara societária, comercial e fiscal no interregno compreendido entre agosto de 1999 e setembro do mesmo ano. Houve o ingresso em quadro societário de uma empresa, por meio da integralização de seu capital com o bem objeto da venda e, em momento subsequente, foi aceita a entrada de novo sócio, o qual adquire ações em tesouraria por valor significativamente superior ao dos livros e, ato contínuo, há a dissolução da sociedade então constituída, por meio da entrega do bem objeto da venda ao último acionista ingressante.

Daí, concluo que, i) não houve simulação absoluta frente aos fatos apresentados; ii) os atos foram formalmente documentados; iii) verifica-se dissonância entre os atos volitivos assim documentados e o objetivo real que permeava a operação.

Referida dissonância fica evidente quando se verifica tratar-se de operação que, apesar de comum entre aqueles que se valem deste tipo de planejamento fiscal, não é usual.

Isto porque, a análise dos fatos orienta no sentido de efetiva compra e venda de bem e não para uma união com o fim de desenvolvimento conjunta de atividades empresariais, seja pelo curto espaço de tempo seja pelo fato final alcançado.

Assim, não se trata de simulação com enfoque fraudulento, mas de evidente vício de vontade incutido nos atos formalmente legais, com intuito exclusivo de evitar a tributação, o que alguns denominam de simulação relativa ou abuso de forma, o que, adiantado, a meu ver não se confunde com a fraude fiscal.

Na simulação relativa, o ato jurídico que se pretende realizar é diverso daquele que se apresentou legal e formalmente perfeito. No caso dos autos, depreende-se

ter ocorrido compra e venda de participação societária, bem identificado pela Autoridade atuante, enquanto a Recorrente pretendeu se albergar em reorganização societária com "permuta/devolução de capital".

Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil, Vol. I, Ed. Saraiva, 1993, pág. 210) leciona: "*Passemos agora aos casos de simulação relativa, principiando pelo da ocultação do caráter jurídico do ato. Vislumbra-se, nesse caso, dois aspectos distintos, o do ato que se aparentou fazer e do ato que na realidade foi feito, o fingido e o real, o invólucro e o conteúdo. Desfeito o ato aparente, roto o invólucro, cumpra examinar a validade do que restou do conteúdo*".

Nos autos, os autuantes instruíram o processo com uma série de dados e fatos mais do que suficientes para a caracterização de procedimento dissimulatório, para evitar a situação que se tipificou como alienação com apuração de ganho de capital.

Se assim é, não há que se exigir a atuação das Autoridades Fazendária sob o manto de regulamentação do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Não houve, portanto, no lançamento, desrespeito ao princípio da legalidade ou tipicidade fechada. Ora, se existe na convicção da Autoridade atuante, como existe para esta Relatora, gravidade, precisão e concordância acerca dos fatos efetivamente ocorridos: Alienação com ganho de capital, então, estes fatos subsumem-se à hipótese legal que contempla sua tributação.

Vale dizer, a discricionariedade somente existe na interpretação do evento jurídico, constituição do fato jurídico, e não na subsunção deste ao antecedente da norma de incidência tributária. Tal discricionariedade na construção do fato jurídico é inerente à atividade do operador do direito e à própria condição humana. O que se exige, é que esta construção esteja suportada por provas ou indícios não passíveis de refutação, do que se verifica com precisão nos presentes autos.

[...]

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

A fraude tem que ser patente de tal sorte que não se duvide da má fé dos atos praticados, com o firme propósito de burlar a lei, o que não consegui enxergar no caso dos autos. Entendo que a matéria sob exame compreendeu uma "simulação relativa" ou "dissimulação", e a doutrina e jurisprudência, inclusive deste Tribunal, entendiam que a elisão fiscal não poderia ser contestada pelo Fisco, sendo

questão a ser debatida no âmbito cível. Haveria, então, no mínimo que se atribuir à Recorrente o benefício do erro de proibição. Não poderia a Recorrente, à época dos fatos, estar segura de que este tipo de negócio não seria acatado pelas autoridades administrativas.

Também não há como atribuir à Recorrente a mesma penalidade aplicável a casos como de utilização de conta de interposta pessoa, nota fiscal inidônea, entre outros. Os atos foram registrados e estavam disponíveis para análise das Autoridades. O vício de vontade não pode ser equiparado à fraude. A simulação relativa ou dissimulação, vincula-se, via de regra, a indícios e presunções para a constituição do fato jurídico, não correspondendo à materialidade dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/69.

Como ensina Marco Aurélio Greco, nos casos de fraude à Lei, os quais não se confundem com a fraude criminal, não há como constatar o evidente intuito de enganar já que, pelo contrário, o contribuinte age de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária. Vale registrar que a própria Medida Provisória nº 66/2002, nos artigos 13 a 19, exigia apenas a penalidade moratória após a requalificação dos fatos nos casos de identificação de "dissimulação" com fins de planejamento fiscal.

Como bem lembrou o acórdão que tomei por suporte em minhas presentes razões, é "comum recomendação de cautela, por parte do intérprete e aplicador da lei, pelas dificuldades práticas de se concluir por hipótese de evasão ou elisão, pois é insuficiente o elemento temporal (antes ou depois de ocorrência do fato gerador), especialmente em casos de simulação relativa, cuja determinação vincula-se, via de regra, a fatos, indícios e presunções, por isso que cada situação deve ser analisada isoladamente." Sobre este aspecto, o artigo 112 do Código Tributário Nacional dispõe que: A lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida quanto: à capitulação legal do fato: à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos à autoria, imputabilidade ou punibilidade; à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduacão.

Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para a qualificação da penalidade, pelo que entendo que a mesma deve ser reduzida para o patamar normal de 75% (setenta e cinco por cento). Este também tem sido o entendimento demonstrado no acórdão nº 108-09.037 e acórdão nº 101 -95.537:

"PENALIDADE QUALIFICADA - INOCORRÊNCIA DE VERDADEIRO INTUITO DE FRAUDE - ERRO DE PROIBIÇÃO - ARTIGO 112 DO CTN - SIMULAÇÃO RELATIVA - FRAUDE À LEI - Independentemente da patologia presente no negócio jurídico analisado em um planejamento tributário, se simulação relativa ou fraude à lei, a existência de In

Planejamento Tributário, Dialética, São Paulo, p. 230 Processo n.º 11080.009670/2004-05 Acórdão n.º 108-09.507 Fls. 18 confinantes e respeitáveis correntes doutrinárias, bem como de precedentes jurisprudências contrários à nova interpretação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal, implica em escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie o erro de proibição. Pelo mesmo motivo, bem como por ter o contribuinte registrado todos os atos formais em sua escrituração, cumprindo todas as obrigações acessórias cabíveis, inclusive a entrega de declarações quando da cisão, e assim permitindo ao fisco plena possibilidade de fiscalização e qualificação dos fatos, aplicáveis as determinações do artigo 112 do CTN. Fraude à lei não se confunde com fraude criminal."(Acórdão n.º101 - 95.537 - Relator Mário Junqueira Franco Junior - Sessão de 24/05/06)

Portanto, por estes fundamentos, compreendo que a multa aplicada na ordem de 150% deve ser reduzida para o percentual de 75%.

Decadência.

A Recorrente alega ter ocorrido a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário em questão, aduzindo que uma vez afastada a existência de dolo, fraude e simulação, deve-se aplicar a regra do art. 150, §4º do CTN. Assim, considerando que o fato gerador ocorreu no dia 31/12/99, e que apenas foi intimada em 07/06/2005, ou seja, após transcorridos mais de cinco anos da data da ocorrência do fato gerador e o lançamento, deve-se reconhecer a decadência (no caso, apenas da multa em discussão).

Prospera sua alegação.

Sobre o assunto, importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial nº 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, no sentido de que o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados:

- (i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento, ainda que parcial, e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou
- (ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento, e quando inexistir declaração prévia do débito (art. 173, I, CTN).

No caso concreto, como se viu, afastou-se o dolo e a fraude, reduzindo a multa aplicada de 150% para o percentual de 75%. Logo, cumprindo-se a primeira condição, deve-se perquirir se há prova nos autos de antecipação de pagamento, ainda que parcial.

Compulsando os autos, encontro às fls. 2095 comprovação de pagamento de Imposto de Renda no ano de 1999, por meio de retenções na fonte incidente sobre receitas

financeiras, conforme balancete, permitindo a aplicação da regra prevista no artigo 150, §4º do CTN.

5246 PARTICIPAÇÕES S/A		BALANCETE		PERIODO DE 01/12/99 A 31/12/99		PAG. 1
NOME		SALDO ANTERIOR	DEBITOS	CREDITOS	SALDO ATUAL	
1	ATIVO	23				
1.1	CIRCULANTE	30				
1.1.01	DISPONIVEL	46				
1.1.01.0001	CAIXA	52	1.157,72	0,00	0,00	1.157,72
	** Total de DISPONIVEL		1.157,72	0,00	0,00	1.157,72
1.1.03	APLICAÇÕES FINANCEIRAS	98				
1.1.03.0001	PIF PACTUAL HIGH YIELD-60	106	10.298.966,73	168.865,05	33.773,01	10.434.058,77
1.1.03.0002	PIF PACTUAL YIELD-60	951	11.717.612,62	182.389,52	269.513,52	11.630.479,92
	** Total de APLICAÇÕES FINANCEIRAS		22.016.579,35	351.245,87	303.286,53	22.064.538,69
	** Total de CIRCULANTE		22.017.737,07	351.245,87	303.286,53	22.065.696,41
1.2	OUTROS CREDITOS	129				
1.2.01	DEPOSITO EM CAUCAO	135				
1.2.01.0001	BANCO DO BRASIL	141	100,00	0,00	0,00	100,00
	** Total de DEPOSITO EM CAUCAO		100,00	0,00	0,00	100,00
1.2.02	IMPOSTOS A RECUPERAR	164				
1.2.02.0001	IRRF S/APLIC. 1999	1117	195.557,22	70.249,18	0,00	265.806,40

Logo, deve ser acolhida a alegação de decadência, reconhecendo-se a sua ocorrência, especialmente na hipótese da multa aplicada, ante ao transcurso do prazo decadencial de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme preceitua o artigo 150, §4º do CTN.

Conclusão

Diante do exposto, acolho a alegação de decadência para o caso da multa aplicada e, vencido, no mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário para reduzir a multa aplicada para o percentual de 75%.

Assinado Digitalmente

JOSÉ EDUARDO DORNELAS SOUZA

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Iágaro Jung Martins**, Redator designado.

Em que pese o entendimento do i. Relator, a Turma, pelo voto de qualidade, entendeu que no caso em concreto, houve simulação e, por consequência, a contagem do prazo decadencial tem termo de início a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

As razões que levaram a Turma a concluir pela existência de simulação, isto é, de que os eventos societários, conforme discriminados no Relatório, foram planejados e executados com o objetivo claro de ocultar a real operação de alienação de participação societária.

Nesse sentido, por concordar com as razões do voto vencedor do Acórdão nº 108-09.507, que competiu ao então Conselheiro Cândido Rodrigues Neuber, na qualidade de redator designado *ad hoc*, adoto-as por refletir a posição prevalente da Turma:

A corrente vencida, acompanhando o voto proferido pela ilustre Conselheira Relatora, concluiu que a hipótese dos autos era de simulação relativa, não caracterizadora do evidente intuito de fraude, ótica sobre a qual não se justificaria a penalidade exasperada, tendo como consequência a redução da multa de lançamento ex officio agravada, de 150%, para a multa normal de 75%, hipótese em que, se afastada a situação agravante, a contagem do prazo decadencial ocorreria pelas regras do art. 150, §4º, do CTN, circunstância em que teria se operado a decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário, em virtude de o lançamento tributário ter sido realizado após cinco anos constados da data da ocorrência do fato gerador. Já a corrente vencedora, em sentido contrário, entendeu que os fatos consignados nos autos caracterizaram o evidente intuito de fraude a justificar o deslocamento da contagem do prazo decadencial da regra do art. 150, §4º, para a do art. 173 do CTN, situação em que não caducou o direito de o fisco efetuar o lançamento tributário.

Com efeito, segundo noticiam os autos, a contribuinte e as outras pessoas físicas e jurídicas referenciadas no relatório, desejavam a venda do controle societário da ELEVADORES SÜR e ASTEL para o GRUPO THYSSENCRUPP.

A operação usual e corriqueira na praxe comercial e societária, neste caso, seria de alienação de participação societária, mas que resultaria em ganho de capital sujeito à incidência tributária.

Entretanto, ao invés de utilizar-se da operação usual e corriqueira neste tipo de negócio e apurar e pagar os tributos devidos sobre o ganho de capital que viesse a auferir, a contribuinte valeu-se de efêmera, custosa e 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" conforme consignado nos levantamentos elaborados pelas autoridades fiscais lançadoras, que instruíram o processo com uma série de dados e fatos mais do que suficientes para a caracterização de procedimento simulatório, para evitar a situação que se tipificou como alienação com apuração de ganho de capital.

Esmiuçados os fatos, deduzem-se não remanescer dúvidas sobre os objetivos vislumbrados com os procedimentos impugnados pelo fisco, como se vê dos seguintes excertos do voto vencido: "Isto porque, a análise dos fatos orienta no sentido de efetiva compra e venda de bem e não para uma união com o fim de desenvolvimento conjunta de atividades empresariais, seja pelo curto espaço de tempo seja pelo fato final alcançado."

E mais: "Ora, se existe na convicção da Autoridade atuante, como existe para esta Relatora, gravidade, precisão e concordância acerca dos fatos efetivamente ocorridos: alienação com ganho de capital, então, estes fatos subsumem-se à hipótese legal que contempla sua tributação."

Então os procedimentos da efêmera reorganização societária não tinham nenhum ânimo societário objetivando a convivência e desenvolvimento de algum empreendimento, mas ao contrário, foram engendrados com o fito não declarado, porém desejado e obtido, de escamotear a tributação do ganho de capital.

Vale dizer, de todos os procedimentos reorganização societária adotados, alfim o resultado perseguido e consumado foi a alienação da participação societária sem a tributação do ganho de capital.

A propósito deste tema, por contribuir à compreensão e solução do litígio, neste particular, rogo vênia para transcrever excerto do voto vencedor que proferi nos autos do processo administrativo fiscal nº 11080.010888/00-08, acórdão nº 103-21.226, na assentada de 13/05/2003, no âmbito da Egrégia Terceira Câmara deste Conselho de Contribuintes, ocasião em que foi analisada questão semelhante, in verbis:

"[...]

A penalidade cominada no presente caso, de 150%, está prevista no art. 44, inciso 11, da Lei nº9.430, de 1996, aplicável 'nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº4.502, de 30 de novembro de 1964'. Referido dispositivo utiliza os arts. 71,72 e 73, para definir o 'intuito de fraude'.

Conforme amplamente analisado, neste voto, a corrente vencedora firmou o convencimento de que os elementos de provas constantes nos autos caracterizaram a ocorrência de simulação nos atos jurídicos praticados e considerando que o efeito da simulação é ocultar a verdadeira natureza daqueles atos, é possível vislumbrar a ocorrência do evidente intuito de fraude definido no art. 71, da Lei nº4.502, de 1964:

'Art. 71 — Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

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

II — das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.'

Neste passo, valho-me do seguinte excerto dos fundamentos da decisão de primeira instância, no sentido de embasar a manutenção da exasperadora qualificada, a saber:

'[...]

Aceita a simulação, necessariamente será aceita a caracterização de ação visando a toldar o conhecimento por parte do fisco de elementos essenciais à apuração do crédito tributário, como previsto na norma. Enquadram-se no inciso 1 as duas simulações anteriormente ressaltadas: tanto a simulação envolvendo o momento do pagamento do preço como a que buscou ocultar o real negócio jurídico praticado tenderam a 'impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais'.

O texto legal estabelece ainda que tal ação ou omissão deve ser dolosa, o que cria um problema, decorrente da imprecisão de sentido de 'doloso'. Dolo significa 'má-fé, logro, fraude, astúcia, maquinação' (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, 2ª ed. rev. e amp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 606). Esse significado, que contém uma carga implícita de intencionalidade, é o empregado no direito civil, sendo tratado nos arts. 92 a 97 do Código Civil. Já no direito penal está ligado apenas à intencionalidade, sendo irrelevante, neste campo, ter havido astúcia, má-fé, ou outra figura assemelhada. Essa intencionalidade pode ser relativa à prática do ato ou à obtenção do resultado, dependendo da teoria que se adote.

Ora, o que ressalta da estruturação negociada como um todo é que ela foi muito bem articulada, muito analisada. Dela participaram grandes empresas. Não é crível que em tal contato não esteja presente a intenção de simular, e com isso externar declarações contrárias à realidade. Contrárias à realidade material, no caso da declaração falsa sobre o momento do pagamento do preço de subscrição.

Contrárias a uma realidade psicológica, no que tange ao efetivo negócio que desejavam praticar. E essas simulações, intencionais, não podiam ter outro alvo que não a administração tributária, pois só com relação a ela produziu efeitos. Fica com isso estabelecida a intencionalidade, o intuito.

Por outro lado, toda simulação envolve ardil, de forma que torna-se irrelevante, no caso, o sentido do termo 'doloso'. Quer seja o de ardil, quer seja o de intencionalidade, está ele presente nos atos praticados.

Ressalte-se: não há como afastar o agravamento ainda que se limite o fundamento da autuação ao fato de não ter ocorrido a integralização do capital subscrito previamente à cisão, conforme descrito no item 3.1.1, porque a autuada prestou declaração falsa a esse respeito, como restou esclarecido no item 3.2.1.6. Em qualquer dos casos, acrescentou à infração tributária o ingrediente da simulação, incorrendo inequivocamente na multa agravada. Como se vê, present a simulação independentemente da ótica adotada, a multa agravada só poderia ser afastada caso se concluísse pelo cancelamento do crédito. Mantido esse, adequada será aquela.

[...]

Mantenho a exigência da multa de lançamento ex officio qualificada de 150%."

Assim, na esteira dessas razões formei convencimento de que os procedimentos de reorganização societária adotados, noticiados nestes autos, tratam-se de simulação, não de mero vício de vontade, restando caracterizado o evidente intuito de fraude, praticados com o propósito de burlar a lei tributária, suficiente para a aplicação da multa de ofício qualificada de 150%.

Destarte, tendo prevalecido o entendimento da ocorrência da circunstância agravante da penalidade, em fase das disposições da parte final do art. 150, § 4º, do CTN, o evidente intuito de fraude, a contagem do prazo decadencial, no presente caso, desloca-se para a regra do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, situação em que não consumou a decadência, considerando que o fato gerador ocorreu em 31/12/1999 e o lançamento foi notificado à contribuinte em 07/06/2005.

É como voto, expressando o desejo da maioria dos membros deste Colegiado, no sentido de manter a exigência da exasperadora qualificada e, em consequência, considerar não decaído o direito de o fisco constituir o crédito tributário.

Ressalte-se, ainda, que o Relator do Acórdão nº 9101-006.170, Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, foi didático ao concluir que a situação trazida aos autos é caso clássico de simulação:

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 consequente 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 THYSSENICRUPP.

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 THYSSENICRUPP, 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 sequência 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.

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, afasta o erro de sujeição passiva que restou caracterizado no acórdão recorrido.

Dispositivo

Diante das percucientes análises dos fatos, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a multa qualificada em razão da simulação das operações e, por consectário lógico, por afastar a alegação de decadência com base no art. 150, IV, do CTN. Registre-se que a multa qualificada, por força da nova redação do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, atribuída pela Lei nº 14.689, de 2023, deve ser limitada ao percentual de 100%.

(assinado digitalmente)

Ílvaro Jung Martins

ACÓRDÃO 1301-007.456 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 11080.009668/2004-28

DOCUMENTO VALIDADO