



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Recurso nº : 149.582
Matéria : IRPJ e OUTRO
Recorrente : EWEM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 07 de dezembro de 2006.
Acórdão nº : 103-22.822

APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI NÃO REGULAMENTADA. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INEXISTÊNCIA. Não há que se falar em aplicação retroativa da Lei Complementar nº 104/2001 porque nela não se fundamentou a autuação, nem, tampouco em erro na identificação do sujeito passivo, quando o lançamento se volta contra o contribuinte que realmente auferiu o ganho de capital.

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

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

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do auto de infração suscitada pela contribuinte; REJEITAR as preliminares de erro na identificação do sujeito passivo e de decadência do direito de constituir o crédito tributário e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto, que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

FORMALIZADO EM: 27 ABR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCINIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, FLÁVIO FRANCO CORREA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO e LEONARDO DE ANDRADE COUTO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

Recurso nº : 149.582
Recorrente : EWEM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

Aos 07/06/2005, por via postal, se deu ciência à contribuinte do auto de infração que constituiu os créditos tributários de IRPJ e CSLL, relativos ao ano-calendário de 1999, pela falta de contabilização do ganho de capital apurado na alienação de investimento permanente.

O auto de infração está acompanhado do Relatório de Atividade Fiscal que, encimado pelo subtítulo "Omissão de Ganho de Capital na Alienação de Participação Societária através de Operações Simuladas de Compra e Venda de Ações em Tesouraria com Subseqüente Permuta", ao longo de suas 55 páginas, aborda diversos tópicos, dos quais destaco:

Das empresas e pessoas envolvidas

- ELEVADORES SÜR, empresa objeto da compra e venda, atuava no ramo de elevadores, escadas e esteiras rolantes, detendo 22,55% e 12,77% do mercado nacional de elevadores e escadas rolantes, respectivamente, com um faturamento anual de R\$ 50.000.000,00, 15 filiais em 14 estados, 1.323 funcionários, com sede em São Paulo e fábrica em Guaira/RS.
- ASTEL MANUTENÇÃO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE ELEVADORES LTDA, também objeto da compra e venda, detinha 9,51% do mercado nacional, faturando R\$ 5.000.000,00 anualmente.
- THYSSEN INDUSTRIES S/A, compradora, com sede na Espanha, integra o grupo alemão THYSSEN KRUPP, dedicado ao transporte automatizado e que fatura 9,5 bilhões de euros/ano.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

- THYSSEN KRUPP INDUSTRIES PARTICIPAÇÕES LTDA, sediada em São Paulo/SP, figura como permutante na operação e em 31/12/1999 foi incorporada por Elevadores Sûr.
- ADROALDO CARLOS AUMONDE, principal acionista das empresas Elevadores Sûr e ASTEL, exercendo o controle das mesmas através das seguintes empresas: EPART ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, BW ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, EWEM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA e EWEM LTD, sediada no exterior, é um dos alienantes.
- ALCEU PAES DE ALBUQUERQUE, executivo da Elevadores Sûr, hoje seu Diretor Superintendente, é também um dos alienantes, como o são todos os demais acionistas.
- 5246 PARTICIPAÇÕES S/A, empresa de fachada, figura como vendedora.
- 5256 PARTICIPAÇÕES S/A, outra empresa de fachada, não figura no contrato.

A negociação envolveu um total de 3.356.797 ações da Elevadores Sûr e de 1.273.195 quotas da ASTEL, representativas de 98,66% e 99,99% do Capital das duas empresas, respectivamente.

Da ação fiscal

Intimada, a contribuinte apresentou os atos constitutivos e alterações posteriores, as procurações dos representantes das pessoas jurídicas integrantes do seu quadro societário, os Livros Diário, Razão e LALUR relativos ao período de janeiro/1999 a dezembro/2003.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

Intimada a esclarecer porque avaliara seu investimento na Elevadores Sûr pelo método de equivalência patrimonial e não pelo método do custo de aquisição, respondeu que não sabia as razões pelas quais assim procedera, parecendo ter ocorrido um erro, já sob exame dos seus assessores tributários, para que procedessem às devidas correções e retificações, se fosse o caso.

Vários documentos foram obtidos junto às empresas 5246 PARTICIPAÇÕES, 5256 PARTICIPAÇÕES e THYSSEN KRUPP, destacando-se o desinteresse desta última em colaborar com a fiscalização com vistas a protelá-la ao máximo, face a proximidade do prazo decadencial para a constituição do crédito.

O Ministério Público Federal encaminhou à Receita Federal diversos documentos que compõem os autos de inquérito policial conduzido pela Polícia Federal, originado por uma representação apresentada pela CIACORP INTERNATIONAL CORPORATION, noticiando a prática, em tese, de sonegação fiscal e evasão de divisas por parte de ADROALDO AUMONDE e outros, em razão da venda da Elevadores Sûr e da ASTEL.

Resumo dos Negócios Jurídicos Implementados pelas Partes Envolvidas na Operação de Compra e Venda.

- Em 22/09/1998, Elevadores Sûr, que era uma sociedade de capital aberto, se transformou em companhia de capital fechado.
- Em 04/08/1999, os Alienantes se tornaram acionistas da 5246 Participações, subscrevendo um aumento de capital de R\$ 700,00 e a formação de reserva de capital de R\$ 1.400,00, mediante a emissão de 7.000.000 de ações. Com isso, o capital social passou a ser dividido em 17.000.000 de ações. Na subscrição do aumento de capital foi mantida, aproximadamente, a mesma participação que os acionistas detinham na Elevadores Sûr.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

- No dia 05/08/1999, Eduardo Duarte e Márcia Lúcia Coelho dos Santos alienaram para a 5246 Participações, pelo valor de R\$ 1.400,00, as 10.000.000 de ações que nela detinham, passando esta a deter 10.000.000 de ações em tesouraria.
- No dia 15/08/1999, os alienantes subscrevem um aumento de capital na 5246 Participações no valor de R\$ 36.653.340,00, integralizando-o com a conferência das ações que detinham na Elevadores Sûr.
- No dia 27/08/1999, a Thyssen Industries e a Thyssen Eletec Ltda. constituem a Thyssen Krupp Participações, com um capital subscrito de R\$ 100,00, a ser integralizado no prazo de um ano.
- No dia 05/09/1999, Eduardo Duarte e Simone Bürck Silva, detentores de 100% das ações da 5256 Participações, transferem suas ações para Adroaldo Aumonde e renunciam aos cargos de Diretores no dia 08/09/1999.
- No dia 08/09/1999, os alienantes pessoas físicas e a Ewen Ltd transferem as ações que haviam subscrito e integralizado na 5246 Participações para a 5256 Participações a título de integralização de aumento de capital por eles subscrito no montante de R\$ 25.032.000,09.
- No mesmo dia 08/09/1999, a 5246 Participações vende à Thyssen Industries, pelo preço de R\$ 202.337.000,00, equivalentes a US\$ 107.000.000,00, as 10.000.000 de ações de sua emissão que estavam em tesouraria, preço este pago no ato do contrato.
- Ato Contínuo, a Thyssen Industries subscreve um aumento de capital na 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 ações de emissão da 5246 Participações; b) pagamento em dinheiro no valor de R\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

3.782.000,00; e c) o saldo remanescente em dinheiro ou bens no prazo de 24 meses.

- No mesmo dia 08/09/1999, a Thyssen Krupp Participações celebra permuta com a 5246 Participações, trocando a titularidade das 10.000.000 de ações de emissão da própria 5246 Participações pela titularidade das ações de emissão da Elevadores Sûr e da Astel Assistência Técnica, voltando as 10.000.000 de ações da 5246 Participações a serem ações em tesouraria e passando a Thyssen Krupp Participações a deter o controle societário da Elevadores Sûr e da Astel Assistência Técnica.
- No dia seguinte, 09/09/1999, a 5246 Participações remete para o exterior R\$ 172.101.510,00, para investimento direto na subsidiária Granite Holdings Corporation, com sede em Nassau, Bahamas.
- No dia 30/12/1999, a Thyssen Krupp Participações é incorporada pela Thyssen Sûr Elevadores.

Da utilização de interpostas pessoas jurídicas domiciliadas no exterior

Inobstante o Sr. Adroaldo Aumonde afirme jamais ter sido administrador, procurador, representante legal, sócio ou acionista de qualquer empresa sediada no exterior, o seu advogado, Luiz Henrique Pilla Dias, depondo no Inquérito Policial nº 056/04-SR/DEPFIRS, informou que ele era acionista da empresa MILLERI SOCIEDAD ANÔNIMA, sediada no Uruguai e através desta teria participado de um empreendimento em Punta Del Este; enquanto o seu principal assessor jurídico e contábil, Antonio Carlos de Castro Palácios, é o procurador dessa empresa.

Ademais, em certidão emitida pela Euro-American International Services (Bahamas) Limited, Adroaldo Aumonde figura como um dos diretores da Granite Holding Corporation utilizada para a remessa para o exterior da quantia de R\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

172.101.510,00, feita pela empresa 5246 Participações a título de investimento direto nesta empresa, quantia que corresponde, aproximadamente, à participação de Adroaldo Aumonde no valor da venda das empresas Elevador Sûr e Astel Assistência Técnica, através da sua pessoa física e das pessoas jurídicas EWEM LTD, EWEM PARTICIPAÇÕES, BW PARTICIPAÇÕES e EPART PARTICIPAÇÕES.

Embora a EWEM LTD seja a maior acionista da ELEVADORES SÛR, detendo mais de 60% do seu capital social, a maior parte desta participação é representada por ações preferenciais sem direito a voto, enquanto Adroaldo Aumonde detem mais de 70% das ações com direito a voto, causando estranheza que o detentor de mais de 60% do capital não tenha qualquer poder de deliberação nas decisões, confiando todo seu investimento a uma terceira pessoa.

Parte das ações da ELEVADORES SÛR adquiridas pela EWEM LTD da MILLERI SOCIEDAD ANONIMA, embora constem do Livro de Registro de Ações Nominativas, não constam no Livro de Transferência de Ações.

Uma outra parte das ações foi adquirida da empresa EVERTS EN VAN DER WEIJDEN EXPLOITATIE MAATSCHAPPIJ EWEM B . V. (EWERTS EWEM), com sede na Holanda, sendo o Sr. Antonio Carlos Palácios, que também é procurador da ELEVADORES SÛR e da EWEM LTD, o seu representante no Brasil.

A ACAPAR PARTICIPAÇÕES detém 56% do capital da EWEN PARTICIPAÇÕES, e esta, por sua vez, detem 50% do capital da ACAPAR, em confessada participação recíproca, que somente confirma que é ADROALDO AUMONDE quem efetivamente controla essas empresas.

A utilização da 5246 PARTICIPAÇÕES que, no momento da venda, detinha a quase totalidade das ações da ELEVADORES SÛR e cujo capital votante pertencia majoritariamente à EWEM LTD, fez com que esta, que não tinha qualquer poder de deliberação, assumisse a condição de acionista onipotente, antes ocupado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

por Adroaldo Aumonde, com pleno poder de deliberação inclusive sobre o destino dos recursos auferidos por ele e suas pessoas jurídicas na venda, que foram remetidos para investimento na GRANITE HOLDING CORPORATION que, com vistas a aumentar a blindagem patrimonial, concedeu empréstimos de longo prazo, da ordem de US\$ 9.000.000,00, com vencimentos em 2030 e 2032, à empresa INCHEON HOLDINGS LIMITED.

Uma outra empresa de fachada, a GALLION INDUSTRIAL HOLDING LIMITED, sediada nas Bahamas, à qual ADROALDO teria vendido suas ações na 5246 PARTICIPAÇÕES, é utilizada para a internação de parte dos recursos mantidos no exterior.

Do Vício de Vontade

O principal elemento denunciador da simulação é a divergência entre a vontade das partes e as declarações externadas nos diversos atos societários e demais negócios jurídicos implementados para a consecução do suposto planejamento tributário.

A seqüência e a cronologia dos atos celebrados denunciam que a real intenção era a de realizar uma operação de compra e venda do controle societário das empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL ASSISTÊNCIA TÉCNICA e não a de adquirir 50% das ações de emissão da empresa de fachada 5246 PARTICIPAÇÕES.

As notas explicativas das Demonstrações Financeiras da ELEVADORES SÛR, admitem a simulação quando, ao explicar a origem do ágio pago no investimento, omitem a 5246 PARTICIPAÇÕES cuja aquisição, formalmente, é que deu origem ao ágio.

No introito do laudo de avaliação destinado a ser usado como base para identificação do fundamento econômico do ágio pago no investimento, a manobra das partes, por ato falho da empresa que o elaborou, restou exposta:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

“A Thyssen Eletec International adquiriu recentemente, através de sua Holding denominada Thyssen Krupp Participações S.A., o controle acionário da Thyssen Sür S.A. (antiga Elevadores Sür S/A – Indústria e Comércio), apurando ágio na aquisição do investimento”.

Da utilização de empresas de fachada

Visando o aproveitamento da isenção de que cogita o art. 442 do RIR/99, os alienantes transferiram suas participações societárias em ELEVADORES SÛR e ASTEL para a 5246 PARTICIPAÇÕES, conferindo-as através de integralização de capital, para, ato contínuo, transferirem o controle das duas empresas para o GRUPO THYSSEN KRUPP, 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, tudo para criar ficticiamente lucro na venda de ações em tesouraria.

De igual modo, a transferência das ações de emissão da 5246 PARTICIPAÇÕES para a 5256 PARTICIPAÇÕES, também através de integralização de capital, teve como finalidade possibilitar uma distribuição de lucros isentos.

Da negociação com as próprias ações

No dia 05/08/99, a 5246 PARTICIPAÇÕES compra suas próprias ações (10.000.000). No dia 08/09/99, pouco mais de um mês depois, a 5246 PARTICIPAÇÕES vende essas ações em tesouraria para o GRUPO THYSSEN KRUPP e, no mesmo dia, recebe essas ações de volta, dando em troca as ações que detinha nas empresas ELEVADORES SÛR e ASTEL.

Fica, assim, claro que a 5246 PARTICIPAÇÕES jamais quis adquirir suas próprias ações para as manter em tesouraria, ao contrário, negociou com as suas próprias ações para obter um ganho fiscal ilícito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

Da subavaliação das ações da ELEVADORES SÛR e da ASTEL

Os ALIENANTES subscreveram um aumento de capital na 5246 PARTICIPAÇÕES no montante de R\$ 36.653.344,00, integralizando-o com a conferência de ações de emissão de ELEVADORES SÛR E ASTEL, que foram avaliadas, pelo valor de mercado, em R\$ 35.918.540,00 e R\$ 734.804,00, respectivamente, tendo os ALIENANTES PESSOAS FÍSICAS e a pessoa jurídica domiciliada no exterior recolhido o imposto de renda sobre o que seria a diferença entre o valor das ações constante das suas declarações de bens e o valor pelo qual foram transferidas.

Acontece que o valor pelo qual as ações foram integralizadas é notoriamente inferior ao valor de mercado das duas empresas, como evidencia a venda subsequente para o Grupo THYSSEN KRUPP, feita poucos dias depois, pelo valor de R\$ 202.357.000,00, bem como o ágio apurado pelo GRUPO THYSSEN GRUPP na aquisição de ELEVADORES SÛR, no montante de R\$ 164.071.689,76 que, somados ao valor do patrimônio líquido de R\$ 37.147.000,00, atinge o valor econômico ou de mercado das ações de ELEVADORES SÛR, de aproximadamente R\$ 200.000.000,00, muito próximo do valor pago.

A subavaliação deliberada do valor das ações integralizadas na 5246 PARTICIPAÇÕES caracteriza a fraude, o dolo e o conluio dos ALIENANTES, com o claro intuito de reduzir a tributação sobre o ganho de capital.

Da subavaliação das ações da 5246 PARTICIPAÇÕES

Para possibilitar uma distribuição de dividendos, que é isenta de tributação, os ALIENANTES subscreveram aumento de capital na 5256 PARTICIPAÇÕES, integralizando-o com a conferência das ações que possuíam na 5246 PARTICIPAÇÕES, promovendo uma brutal distorção no valor das ações integralizadas, querendo fazer crer ser ele de apenas R\$ 25.000.000,00 quando, na verdade, era de R\$ 120.000.000,00, sob o infundado argumento de que esse valor



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

muito inferior seria o justo valor de mercado da empresa, tudo no intuito de reduzir a tributação sobre o ganho de capital auferido na venda das ações de ELVADORES SÛR e ASTEL.

Dos vícios e irregularidades nos Livros Fiscais da ELEVADORES SÛR

- A principal acionista, a EWEM LTDA, consta do Livro Registro de Acionistas como EWEM LTD.
- A acionista MILLERI SOCIEDAD ANONIMA não consta do Livro Registro de Acionistas.
- As transferências de ações realizadas em 08/09/99 para a 5246 PARTICIPAÇÕES não se acham registradas no Livro Registro de Transferência de Ações Nominativas, constando as transferências posteriores, realizadas no mesmo dia, por permuta, da 5246 PARTICIPAÇÕES para a THYSSEN KRUPP PARTICIPAÇÕES.
- As transferências das ações da MILLERI SOCIEDAD ANÔNIMA para a EWEM LTD também não se acham registradas no Livro Registro de Transferência de Ações Nominativas.

Em seguida, a fiscalização resume os Pareceres encomendados pela CIACORP à ERNEST & YOUNG – SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS S/C LTDA, a PAULO DE BARROS CARVALHO e a GALENO LACERDA e o Laudo Pericial emitido pelo Perito Judicial CARLOS GILBERTO DE ALMEIDA GUEDES, para concluir que:

“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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

ASSISTÊNCIA TÉCNICA, ajustada entre os ALIENANTES e o GRUPO THYSSEN KRUPP, REVESTINDO, dessa forma, o GANHO DE CAPITAL AUFERIDO PELOS PRIMEIROS SOB O MANTO DE UMA SUPOSTA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA, a qual, por sua vez, da mesma 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 REPRODUZIR UM RESULTADO DIFERENTE DAQUELE QUE FOI OSTENSIVAMENTE INDICADO, buscando, fundamentalmente, o prejuízo de terceiro, qual seja, o Fisco".

Ao depois, cita o Acórdão nº 4.639, de 03/10/2003, da DRJ de Curitiba/PR, mantido pela Primeira Câmara deste Primeiro Conselho de Contribuintes através do Acórdão nº 101-94.771, de 11/11/2004 e o Acórdão nº 265, de 12/12/2001, da DRJ de Porto Alegre/RS, confirmado pelo Acórdão nº 103-21.227, de 13/05/2004, desta Terceira Câmara, que reconhecem tratar-se de simulação operações em tudo semelhantes à versada nestes autos.

Esclarece que, na apuração de ganho de capital, o valor da venda foi calculado proporcionalmente ao valor pelo qual as ações de ELEVADORES SÛR e ASTEL foram integralizadas na 5246 PARTICIPAÇÕES e que o custo de aquisição relativo ao investimento em ELEVADORES SÛR foi ZERO, haja vista que, embora regularmente intimado, o contribuinte não logrou comprová-lo, sequer informando o seu valor, não podendo ser considerado o custo do investimento registrado na contabilidade porque avaliado indevidamente pelo método de equivalência patrimonial.

Por entender ocorrentes concomitantemente SONEGAÇÃO, FRAUDE e CONLUIO, aplicou as multas de ofício de 150% e considerou o prazo decadencial



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

com base no art. 173, I, do CTN, apontando o Sr. ADROALDO AUMONDE como responsável solidário e formulando Representação Fiscal para Fins Penais.

Aos 07/07/2005, a autuada e o Sr. Adroaldo Carlos Aumonde impugnaram o lançamento, aduzindo a autuada:

Em preliminar, a nulidade do auto de infração, a uma, por vício do lançamento, dada a inaplicabilidade da norma anti-elisão, inaugurada pela Lei Complementar nº 104/2001, acrescentando o parágrafo único ao art. 116 do CTN, por sua não-regulamentação e pelo princípio da irretroatividade das leis, a duas, por sua ilegitimidade passiva, uma vez que o ganho de capital objeto do lançamento, não lhe diz respeito, pois quem realizou a permuta das ações foi a 5246 PARTICIPAÇÕES.

No mérito, pugna pelo cancelamento do auto, face as seguintes razões:

- o auto surgiu em razão de um inquérito policial instaurado por denúncia feita por particular; a autoridade tributária não produziu prova, utilizando a prova unilateral feita por particular com a finalidade de vingança e por autoridade policial com a finalidade de apurar crime, o que é incompatível com os métodos e propósitos da fiscalização tributária, impedindo a validade das mesmas, conforme decidido pelo STF; as provas em que assenta o processo não correspondem à verdade, como é o caso das fls. 250/255, do volume II do anexo II, cujo conteúdo foi desmentido pelo Sr. Jorge Rodrigues, que, através de declaração pública, atesta a sua falsidade; os documentos de fls. 22 a 219 do volume I do anexo II, foram enviados pelo Sr. Carlos de Freitas de Castro Smith, presidente da CIACORP, a denunciante, sem averiguação da forma, tipo, veracidade e validade; a certidão da Euro-American International Services (Bahamas) Limited não é verdadeiro, haja vista que o Sr. Adroaldo Aumonde é diretor da GRANITE HOLDING CORPORATION somente a partir de 22/08/2003;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

- as assertivas exageradas e as adjetivações impertinentes do auditor fiscal demonstram que ele se contaminou pelo material viciado que a CIACORP lhe encaminhou, havendo de se questionar a ética e a validade da prova produzida;
- o parecer da Ernest Young atesta que a operação se processou na forma usual em operações da espécie e não afrontou qualquer dispositivo legal;
- os atos praticados estão conforme a legislação, não podendo ser taxados de simulados, inexistindo discordância entre o objeto do contrato e os interesses da sociedade;
- as operações de venda de ações em tesouraria e permuta realizadas pela 5246 PARTICIPAÇÕES não podem gerar exigibilidade de tributos para a impugnante;
- a integralização da sua participação na 5246 PARTICIPAÇÕES, mediante aporte das ações da SÜR a valor patrimonial não tem nenhum impedimento legal;
- a multa de 150% é inaplicável, pois não houve dolo, falsidade, simulação ou falta de declaração;
- praticou um planejamento fiscal lícito, e não evasão fiscal;
- para que haja simulação é necessário que existam duas vontades, uma diferente da outra;
- no caso, jamais existiu outra vontade que não a transferência do controle acionário da Elevadores Sür, apenas, no uso de faculdade legal, ao invés de viabilizá-la por compra e venda direta, a transferência se deu por compra e venda de ações em tesouraria para posterior permuta;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

- os atos praticados não são simulados, pois as sociedades que os praticaram existem e foram todos documentados e registrados;
- tampouco, houve dissimulação, pois as declarações e registros correspondem ao efetivamente ocorrido;
- antes da introdução do parágrafo único ao art. 116 do CTN, somente pela via judicial era possível a desconsideração dos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte;
- o auto de infração é nulo por falta de fundamentação e de comprovação de ocorrência do fato gerador;
- as empresas 5246 e 5256 PARTICIPAÇÕES, não são de fachada, preexistiam ao fato gerador e têm por objeto a participação em outras sociedades, como permitido pela Lei das S/A;
- a lei permite às companhias negociarem com suas próprias ações, configurando a aquisição para permanência em tesouraria uma efetiva negociação de ações pela própria sociedade;
- a decadência do direito de constituir o crédito tributário;
- o dolo, a fraude e a simulação não podem ser presumidos, não possuindo os agentes fiscais competência para determiná-los, sendo tal prerrogativa privativa do Poder Judiciário, não podendo serem invocados para alcançar um direito já decaído;
- erro na base de cálculo que faz com que a exigência ascenda a R\$ 13.454.370,68 quando o crédito tributário correto, caso se entenda devido algum tributo, seria de R\$ 1.978.583,92.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

Ao final, invocando o princípio da verdade material, protesta por provas e anexa à impugnação considerações sobre os pareceres apresentados e sobre o laudo do perito judicial.

Por sua vez, o Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, ao tempo em que reproduz as alegações da autuada, alega não ser responsável solidário uma vez que não é e nem era, à época dos fatos, administrador da empresa e solicita sejam riscadas as expressões levianas e injuriosas a seu respeito contidas no Relatório de Atividade Fiscal.

A DRJ de Porto Alegre, entendendo que o Sr. Adroaldo Carlos Aumonde, enquanto provável responsável tributário, carece de capacidade processual para impugnar o lançamento, não conheceu da impugnação por ele oferecida e, no tocante à impugnação apresentada pela contribuinte, inacolheu as preliminares e rejeitou as razões de mérito, mantendo, na íntegra, o lançamento, em decisão assim ementada:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1999

Ementa: imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IRPJ) e contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CSL).

PRELIMINARES DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

- a) *quer por existir evidente intuito de simulação, o que, segundo determinados critérios, impõe a regra do art. 173, I, do CTN para chegar-se ao termo inicial do prazo decadencial;*
 - b) *quer por haver entendimentos administrativos de o prazo decadencial ter seu termo inicial na data de entrega da declaração de rendimentos;*
 - c) *quer por existir lei expressa prevendo ser de dez anos o prazo decadencial das contribuições para a seguridade social, gênero do qual a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CSLL) é espécie. (art. 45, I, da Lei nº 8.212/91) e*
 - d) *quer, ademais e suficientemente, em atenção à firme posição do Superior Tribunal de Justiça – por meio das mais recentes decisões de sua Primeira Seção e ambas as Turmas – no sentido do termo inicial do prazo decadencial somente iniciar após o prazo homologatório de 05 (cinco) anos.*
2. *A vigência do art. 45 da Lei nº 8.212/91 pode ser analisada em face do princípio da legalidade ou da impossibilidade de ser realizado controle repressivo de constitucionalidade por qualquer Órgão do Poder Executivo.*
 3. *Na seara do princípio da legalidade, o conflito entre leis resolve-se por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, ou seja, lei posterior derroga a anterior no que for com ela incompatível.*
 4. *Sob outro aspecto, a questão, para ser conhecida, demandaria a possibilidade de ser realizado controle repressivo de constitucionalidade por Órgãos da Administração Pública. Uma vez que a legislação que prevê o prazo dilatado de decadência é posterior ao CTN, para afastá-la seria necessário entendê-la inaplicável face à necessidade de lei complementar para regular a matéria, decorrente do art. 146, III, 'b', da Constituição, que é questão atinente ao controle repressivo de constitucionalidade, o qual não pode ser realizado por Órgãos da Administração Pública.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

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

- 1. A simulação se caracteriza pela divergência entre a exteriorização e a volição, isto é, pela prática formal de determinados atos, enquanto subjetivamente os que se perfazem são outros.*
- 2. Portanto, para fins de caracterizar, ou não, simulação, é irrelevante terem as partes manifestado publicamente vontade de formalizar determinados atos, por natureza lícitos, pois tal fato em nada influi sobre a simulação, que é a divergência entre exteriorização e vontade.*
- 3. Para não se configurar simulação, é necessário que as partes queiram efetivamente praticar esses atos, não apenas no aspecto formal, mas também em sua materialidade.*
- 4. Por se tratar da simulação de divergência entre realidade e subjetividade, é difícil, quando não impossível, comprová-la diretamente, pelo que se admite que seja provada por todos os meios admitidos em Direito, inclusive indícios e presunções.*
- 5. Os principais indícios admitidos como prova da simulação são (a) a existência de motivo sério, (b) a falta de execução material da vontade exteriorizada, (c) a discrepância entre esses atos e a conduta das partes e (d) a divergência entre a natureza e a quantidade dos bens e direitos e o preço pelo qual são negociados.*
- 6. Na apuração do ganho de capital, é considerada a operação que importe 'alienação' a qualquer título de bens ou direitos, ou cessão, ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição.*
- 7. No caso concreto, a contribuinte confessa que 'o interesse sempre foi a viabilização da operação de compra e venda' e 'a real vontade das partes sempre foi uma só: viabilizar a operação de venda', o que caracteriza, juntamente com os demais elementos de prova, a divergência entre exteriorização e vontade, caracterizadora de simulação.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

MULTA QUALIFICADA. EXIGIBILIDADE.

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

Lançamento Procedente".

Intimada da decisão de primeira instância no dia 22/12/05, no dia 20/01/06 dela recorre a contribuinte, sustentando:

Em preliminar:

- face a inexistência de simulação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário;
- a nulidade do auto de infração, dada a inaplicabilidade da norma geral antielisão, por conta do princípio da irretroatividade e por sua não regulamentação;
- o erro na identificação do sujeito passivo, pois a recorrente não auferiu qualquer benefício econômico do respectivo fato gerador (PERMUTA das ações), aliás, ela nem mesmo realizou o fato gerador, que foi gerado pela empresa 5246 PARTICIPAÇÕES, que é o sujeito passivo da exigência tributária.
- A invencível contradição do auto de infração que ao tempo em que atribui ao Sr. Adroaldo Aumonde a responsabilidade solidária, aponta os requisitos da responsabilidade pessoal e exclusiva.

No mérito, repete toda a argumentação esposada na impugnação e pede, preliminarmente, a declaração da decadência do direito do fisco de autuar quaisquer débitos referentes ao IRPJ e a CSLL relativos ao ano de 1999; ou o reconhecimento da inaplicabilidade do parágrafo único do art. 116 do CTN, ou o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

acolhimento do erro na identificação do sujeito passivo, e, no mérito, a improcedência do lançamento e, no caso de procedência, o reconhecimento da existência de erro na forma do cálculo apresentado pela fiscalização e o acolhimento do apresentado por ela, se declarando em qualquer caso, a inaplicabilidade da multa agravada de 150%.

O arrolamento, conforme atesta a autoridade preparadora, foi feito de ofício pela fiscalização em processo apartado.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

VOTO

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator

A indicação, no relatório fiscal, de responsáveis tributários não passa de uma mera informação, destinada a subsidiar a Procuradoria da Fazenda Nacional no momento da inscrição do débito em dívida ativa e não confere aos indicados a qualidade de sujeito passivo, até mesmo porque não há previsão legal de multiplicidade de sujeitos passivos no lançamento tributário.

Por outro lado, ainda que a Procuradoria da Fazenda Nacional, concordando com a indicação do Fisco, faça constar no termo de inscrição de dívida ativa, como responsáveis, as pessoas indicadas pela fiscalização, não significa que essas pessoas estejam revestidas, em definitivo, dessa condição, que somente pode ser determinada pelo Poder Judiciário, em sede de exceção de pré-executividade ou de embargos à execução, momento próprio para se discutir se a situação fática determina ou não a existência desse vínculo obrigacional, entendendo a jurisprudência judicial majoritária que o responsável pode figurar como sujeito passivo na execução fiscal, independentemente do seu nome constar na certidão de dívida ativa.

Assim, carece este Conselho de competência para apreciar o recurso apresentado pelo Sr. Adroaldo Aumonde, indicado como responsável, com vistas ao afastamento da imputação de responsabilidade solidária, pelo que, por ausência de condição de procedibilidade, o recurso por ele apresentado não pode ser conhecido.

Diversamente, preenchendo o recurso manifestado pela atuada as condições de admissibilidade, dele conheço.

Suscita a recorrente, em preliminar, a nulidade do auto de infração, apontando duas causas dela ensejadora: (i) a impossibilidade de aplicação da norma geral anti-elisiva introduzida pela Lei Complementar nº 104/2001, que acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do CTN, em face da sua não regulamentação e por conta



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

do princípio da irretroatividade das leis, e (ii) o erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que o ganho de capital, objeto do lançamento, não lhe diz respeito, pois quem realizou a permuta das ações foi a empresa 5246.

Argüi, também, como preliminar, a decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário, defendendo a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista a inexistência dos motivos ensejadores da sua não aplicação.

Afasta-se, de logo, a primeira causa indicada como determinante da nulidade do lançamento, uma vez que a autoridade lançadora não fundamentou o seu entendimento de simulação e desconsideração do ato jurídico na norma geral anti-elisão, e sim no Código Civil contemporâneo ao fato gerador.

No tocante à segunda causa de nulidade do lançamento e à decadência, o exame passa pelo enfrentamento do mérito, uma vez que ambas perdem o sentido se acolhida a ocorrência de simulação, prosperando se diversa for a conclusão.

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

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

Todos os meios e formas lícitas de que se vale o contribuinte para evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, reduzindo ou impedindo o surgimento de dever ou da obrigação tributária são designados pelo nome de elisão fiscal, cuja



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

distinção básica da evasão ilícita reside nos meios empregados, como ensina SAMPAIO DÓRIA:

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

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

O exame da licitude ou não dos meios empregados conduz necessariamente à apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. Se a forma não reflete o fato concreto, é aparente, e aí estamos diante da simulação, assim definida no Código Civil de 1916:

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

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

No lapidar ensinamento de CLÓVIS BEVILÁQUA, *in* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica, Editora Rio, Volume I, p. 353:

“Simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

Explicitando esse conceito de simulação ofertado pelo autor do Projeto que veio a se converter no Código Civil de 1916, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, didaticamente leciona que:

“Como o erro, simulação traduz uma inverdade. Ela caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico, que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido”.
(Curso de Direito Civil, Parte Geral, Edição Saraiva, 1975, p. 207).

A simulação pressupõe, em regra, uma declaração bilateral de vontade; resulta, sempre, de um conluio, um concerto, entre as partes, de tal sorte que nenhuma das partes é iludida, uma e outra têm conhecimento da burla urdida para prejudicar terceiro e traduz, invariavelmente, uma proposital divergência entre a vontade interna ou real e a vontade declarada no ato, que não corresponde à verdadeira intenção das partes.

Na simulação, ocorrem dois negócios: um real, encoberto, dissimulado, destinado a operar e valer entre as partes, e um outro, ostensivo, aparente, simulado, destinado a operar e valer perante terceiros, como bem apreendido por UBALDINO MIRANDA, que ensina:

“Com efeito, a simulação é um procedimento complexo a que as partes recorrem para a criação de uma aparência enganadora. Nesse procedimento, mediante uma só intenção, as partes emitem duas declarações: uma destinada a permanecer secreta e a outra com o fim de ser projetada para o conhecimento de terceiros, isto é, do público em geral. A declaração, destinada a permanecer secreta, consubstanciada numa contra declaração ou ressalva, constata a realidade subsistente entre os simuladores.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

O procedimento simulatório é deliberado pelas partes mediante um acordo ou pacto (pactum simulationis) pelo qual celebram um negócio jurídico aparente: umas vezes, por lhes interessar apenas essa aparência, frente a terceiros, os quais, na intenção dessas partes que simulam, devem tornar a aparência como realidade, nenhuma relação jurídica efetiva é estabelecida entre elas (simulação absoluta). Outras vezes, as partes têm em vista a formação de uma determinada relação jurídica, mas pactuam a celebração de uma forma negocial aparente, a fim de ser projetada ao conhecimento de terceiros para, sob essa forma aparente, subsistir, entre elas, aquela relação jurídica que visam (simulação relativa).

Assim, na primeira hipótese, quando uma das partes simula com o seu comparsa uma venda fictícia (imaginaría venditio), para fugir ao assédio dos seus parentes sucessíveis; e, na segunda hipótese, quando alguém simula uma venda a outrem, quando na realidade lhe doa”.

(Teoria Geral do Negócio Jurídico, São Paulo, Atlas, 1991, p. 115).

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

forte probabilidade e indutores de ligação direta do fato desconhecido com o fato conhecido.

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

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

das empresas Elevadores Sür e ASTEL para efeitos de integralização ao capital subscrito na empresa 5246 caracteriza o preço vil.

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

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 11080.009669/2004-72
Acórdão nº : 103-22.822

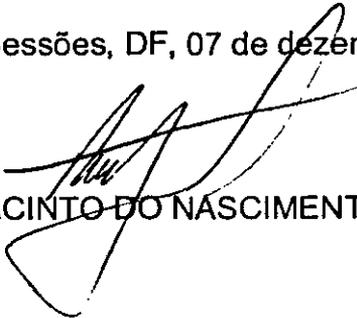
De igual modo, comprovada a simulação, o prazo decadencial deixa de ser regido pelo art. 150, § 4º, para se submeter ao regramento do art. 173, I, do CTN, pelo que nenhuma parcela do crédito tributário foi atingida pela decadência.

Inexiste, por outro lado, erro na base de cálculo dos tributos lançados, uma vez que, na apuração do ganho de capital, o valor da venda foi calculado proporcionalmente ao valor pelo qual as ações de Elevadores Sür e ASTEL foram integralizadas na 5246, enquanto o custo de aquisição relativo ao investimento na Elevadores Sür foi zero porque a recorrente, embora tenha sido intimada, não se manifestou, sequer informou seu valor, não podendo ser considerado o custo registrado na contabilidade porque avaliado indevidamente pelo método de equivalência patrimonial.

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

Face ao exposto, voto pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Sala das Sessões, DF, 07 de dezembro de 2006


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO 