



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16643.000032/2010-60
Recurso n° 909.875 Voluntário
Acórdão n° **1302-001.056 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de abril de 2013
Matéria IRPJ - PASSIVO FICTÍCIO
Recorrente TAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

AÇÕES EM TESOURARIA. VENDA. SIMULAÇÃO.

Constatada a simulação nas vendas de ações de emissão da própria pessoa jurídica, mantidas em tesouraria, é cabível a tributação do ganho de capital auferido na alienação.

MULTA QUALIFICADA.

Constatado o dolo na prática de fraude e conluio nos atos societários, de forma a criar de forma indevida, consciente e deliberada uma hipótese de exclusão do lucro real, é cabível qualificação da multa de ofício, aplicada no percentual de 150%.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO *HOMINIS*.

As denominadas presunções *hominis* podem, sob certas circunstâncias, servir de suporte para tributação, mas devem estar acompanhadas de elementos subsidiários que confirmam alto juízo de probabilidade à infração tributária.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em lei com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF n° 02.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: a) por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para afastar tão somente o lançamento relativo a omissão de receitas no valor de R\$500.000,00 baixado do saldo de contas correntes com a Aerosystem e manter o lançamento relativo ao ganho de capital na venda de ações em tesouraria; b) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, para manter a multa qualificada no que tange ao ganho de capital na venda de ações em tesouraria. Vencidos os conselheiros Márcio

Processo nº 16643.000032/2010-60
Acórdão n.º **1302-001.056**

S1-C3T2
Fl. 469

Frizzo e Guilherme Pollastri, que davam provimento para desqualificar a multa de ofício no percentual de 150%, reduzindo-a para 75%.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade (presidente da turma em exercício), Alberto Pinto Souza Junior, Márcio Rodrigo Frizzo, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Trata-se de apreciar Recurso Voluntário interposto em face de acórdão proferido nestes autos pela 4ª Turma da DRJ/SP1, no qual o colegiado decidiu, por unanimidade, considerar procedentes os lançamentos, conforme ementa que abaixo reproduzo:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

NULIDADES.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A impugnação demonstra perfeita compreensão das infrações imputadas. Preliminar indeferida.

CAPITULAÇÃO LEGAL.

A eventual falha na capitulação legal não causa nulidade se a descrição do fato não impediu a ampla defesa. Preliminar indeferida.

DESCRIÇÃO DO FATO.

A descrição de operações societárias de planejamento tributário são, via de regra, de complexa compreensão. Preliminar indeferida.

PRESUNÇÃO.

A utilização de presunção não é tema de preliminar. Preliminar indeferida.

SIMULAÇÃO.

A acusação de simulação não é tema de preliminar. Preliminar indeferida.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

A diligência é desnecessária. Preliminar indeferida.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2005

VENDA DE AÇÕES EM TESOURARIA. GANHO DE CAPITAL.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO.

A falta de propósito negocial demonstra que as operações societárias visavam apenas a alienação de ações sem pagamento de imposto sobre o ganho de capital, de forma que a simulação está configurada e o lançamento deve ser mantido.

OMISSÃO DE RECEITA. PASSIVO FICTÍCIO.

Não comprovada a origem do conta-corrente de passivo, é de manter-se o lançamento.

AUTO REFLEXO. CSLL. PIS. COFINS.

O decidido no mérito do IRPJ repercute no auto reflexo.

Os eventos ocorridos até o julgamento na DRJ, foram assim relatados no acórdão recorrido:

O interessado foi autuado no IRPJ e reflexos, em 18/03/2010, em razão de (I) não tributação de ganho de capital de R\$ 134.440.713,00 que foi disfarçado em venda de suas próprias ações mantidas em Tesouraria, à AEROSYSTEM, com multa de 150%, e de (II) omissão de receita de R\$ 500.000,00 caracterizada pela quitação dessa parte do preço da venda de ações de sua própria emissão à AEROSYSTEM S/A, quitação esta efetuada em conta-corrente de passivo do interessado com a AEROSYSTEM - que alegadamente seria proveniente do recebimento integral, pelo interessado, do valor da venda da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A efetuada pela AEROSYSTEM, em 2004, venda esta não declarada, assim como não há créditos com pessoas jurídicas ligados declarados nas DIPJ's da AEROSYSTEM, com multa de 75%, tendo sido exigido o crédito tributário total de R\$ 134.266.300,46, incluindo imposto, contribuições, multas e juros de mora calculados até 26/02/2010 (fls. 1 a 310).

O Termo de Verificação Fiscal (TVF), de fls. 296 a 310, revela que:

“(…)

O procedimento ... relativo à TAM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A., (... fiscalizado ou TEP) ... abrangendo ... (IRPJ) ... anos-calendário de 2004 a 2007.

(…)

E da análise dos documentos recebidos, bem como das respostas fornecidas, concluímos que:

TRIBUTAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL, QUE FORAM DISFARÇADOS EM AÇÕES EM TESOURARIA (art. 442 - RIR/99 - concede não tributação de ganho na venda destas ações)

2 - Dos atos sociais

2.1-Ata de reunião de cotistas realizada em 06/01/2004 - formalização do ingresso, por sucessão do Comandante Rolim Adolfo Amaro, dos sócios Noemy Almeida Oliveira Amaro, Maria Claudia Oliveira Amaro Demenato, Mauricio Rolim Amaro, Marcos Adolfo Tadeu Senamo Amaro, que receberam quotas de capital. (fls 51 a 55)

2.2- Ata de Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30/03/2004 - aumento de capital social mediante a subscrição de novas ações, pelo preço total de subscrição de R\$ 2.738.303,00 e Redução de capital social para absorção dos prejuízos acumulados em exercícios anteriores, no valor de R\$ 160.000.240,00. Alteração de Ltda, para S/A com reversão de quotas para ações ordinárias nominativas, sem valor nominal. (fls 56 a 59) (fls 17 a 19)

CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO	DÉBITO	160.000.240,00
LUCROS/PREJ ACUMULADOS	CRÉDITO	160.000.240,00
ADTO FUTURO AUM CAPITAL	DÉBITO	2.738.303,00
CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO	CRÉDITO	2.738.303,00

2.3 - AGE em 15/04/2005 - foi aprovada a aquisição, pela Sociedade, de 16.081.424 ações ordinárias de sua própria emissão, para manutenção em tesouraria, ficando a Diretoria autorizada a praticar os atos para formalização da aquisição referida. (fls 17 a 19 e 60)

AÇÕES ORDINÁRIAS MANTIDAS EM TESOURARIA	DÉBITO	6.915.012,00
AÇÕES A PAGAR AOS ACIONISTAS	CRÉDITO	6.915.012,00

2.4- AGE EM 20/04/2005 - foi aprovada a alienação de 12.865.140 ações ordinárias de emissão própria mantidas em tesouraria (80% do total adquirido conforme item anterior). (fls 17 a 19, 28 e 61)

AEROSYSTEM S/A	DÉBITO	139.972.723,20
GANHO NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES	CRÉDITO	134.440.713,00
AÇÕES ORDINÁRIAS MANTIDAS EM TESOURARIA	CRÉDITO	5.532.010,20

O valor de alienação das ações da TEP foi determinado com base no valor de mercado (bolsa de valores) das ações da TAM S/A (CNPJ = 01.832.635, tendo em vista que este é o seu principal ativo).

A quitação do preço pela Aerosystem se deu conforme segue (fl 26):

BAIXA DE SALDO EM CONTAS CORRENTES C/ A TEP	20/04/2005	500.000,00
QUITAÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA EM VIRTUDE DA CISÃO PARCIAL DA TEP	15/05/2005	10.637.897,00
QUITAÇÃO PARCIAL ATRAVÉS DO DEBITO EM C/C - BANCO PACTUAL	20/06/2005	67.134.397,37
QUITAÇÃO PARCIAL ATRAVÉS DO DEBITO EM C/C - BANCO PACTUAL	23/06/2005	3.200.638,30
QUITAÇÃO PARCIAL ATRAVÉS DO DEBITO EM C/C - BANCO PACTUAL	01/09/2005	814.000,00
QUITAÇÃO PARCIAL ATRAVÉS DO DEBITO EM C/C - BANCO PACTUAL	23/03/2006	20.318.495,64
SOMA		102.605.428,31
VALOR DA VENDA		-139.972.723,20
SALDO		-37.367.294,89

Quanto ao valor de R\$ 500.000,00 (fl 26) tido como quitação por meio de contas correntes, o contribuinte respondeu que: "tem sua origem em uma venda de ações do capital da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A, ocorrida em 2004 e cujo valor foi recebido integralmente pela TEP"

A partir desta informação verificamos as declarações de imposto de renda da Aerosystem, que primeiramente em 2003 apresentava apenas o controle da empresa Transamérica Línea Aérea S/A, localizada no Paraguai, possuindo 9,93% do capital total que valia conforme ficha 45A Ativo - Balanço Patrimonial o valor de R\$ 4.177.882,48 e apresentava um deságio de R\$ 2.365.475,00, totalizando a conta de investimento em R\$ 1.812.407,48, que na seqüência informa se referir ao custo inicial das ações ordinárias nominativas da TAM S/A detidas pela Aerosystem (fl 165 a 235).

Na declaração de 2004, onde cita que houve a venda da empresa Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A (que não aparece em nenhuma declaração como sendo investimento da Aerosystem) na ficha 6 correspondente a resultados de ganhos não operacionais (onde se situa vendas de ativos e investimentos) não há valores, assim como não há valores em créditos com pessoas jurídicas ligadas nas fichas do ativo.

2.5- AGE em 10/05/2005 - foi aprovada a reforma do Estatuto Social para adequá-lo ao disposto no regulamento - nível 2, nos exatos termos do prospecto fornecido pela companhia, estabelecendo o limite máximo de diluição de 2% da participação da Sociedade em função de eventual plano de opção de compra de ações que venha a ser aprovado no futuro, além do desdobramento da totalidade de ações de forma que os detentores de cada ação passarão a deter 2 ações da mesma espécie e classe. (fls 62/63).

2.6- AGE de 12/05/05 - Deliberação de proposta de cisão parcial da sociedade, com a incorporação pela AEROSYSTEM S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES (CNPJ 63.904.585/0001-94), da parcela do patrimônio líquido cindido, conforme protocolo de Justificação e cisão parcial e incorporação. (fls. 64 a 70).

Em função da cisão, também é aprovada a redução de capital no valor de R\$ 65.120,00 equivalente a 12.865.140 ações da sociedade de titularidade da AEROSYSTEM S/A, passando o capital a ser de R\$ 748.880,00 dividido em 147.949.100 ações ordinárias nominativas.

O protocolo de justificação registra que a cisão tinha como objetivo atender aos interesses dos sócios de ambas as empresas (lembrar que os sócios são os mesmos), para segregar e transferir da cindida para a incorporadora parcela do patrimônio líquido representada pelos ativos descritos no laudo de avaliação, a fim de preparar uma estrutura societária segregada daquela que mantém o controle acionário da TAM S/A, com vistas a possíveis alternativas estratégicas. (fls 80/84).

Pelo Laudo de Avaliação a parcela cindida é de R\$ 23.998.457,00, correspondendo a 3.500.240 ações preferenciais nominativas de emissão da TAM S/A de titularidade da TEP ... no valor estimado de R\$ 13.360.560,00 e crédito devido contra a incorporadora no valor de R\$ 10.637.897,00, constante da conta a receber do balanço especial da cindida de 30/04/05, totalizando R\$ 23.998.457,00. (fls 85/87).

CAPITAL SUBSCRITO	DÉBITO 65.120,00
LUCROS/PREJUÍZOS ACUMULADOS	DÉBITO 5.529.305,28
GANHO NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES	DÉBITO 10.755.257,04
REAVALIAÇÃO (EP) TAM S/A	DÉBITO 7.759.414,82
INVESTIMENTO TAM S/A	CRÉDITO 13.360.560,00
AÇÕES ORDINÁRIAS MANTIDAS EM TESOURARIA	CRÉDITO -110.640,14
AEROSYSTEM	CRÉDITO 10.637.897,00

Ainda, em 2005, foram apontados resultados não operacionais na DIPJ da Aerosystem, cuja informação foi assim apresentada:

17/06/05 RECEITA COM VENDA DE AÇÕES DA TAM S/A	76.622.220,00
18/07/05 RECEITA COM VENDA DE AÇÕES DA TAM S/A	714.700,80 77.336.920,80
17/06/05 BAIXA DO CUSTO REF VENDA AÇÕES DA TAM S/A	81.627.277,35
18/07/05 BAIXA DO CUSTO REF VENDA AÇÕES DA TAM S/A	765.231,37 82.392.508,72
(=) PREJUÍZO APURADO NA VENDA DE AÇÕES DA TAM S/A A TERCEIROS	-5.055.587,92

2.7- AGO e AGE de 13/06/05 - aprovou a participação da Companhia nos instrumentos relacionados com a distribuição pública primária e secundária de ações de emissão de sua controlada TAM S/A (cnpj 01.832.635/0001-18) (distribuição particular de contrato de distribuição de ações preferenciais da TAM S/A, "Placement facilitation agreement", "lock-up agreement" e instrumentos de adesão às práticas diferenciadas de governança corporativa nível 2 da Bolsa de Valores de São Paulo, na qualidade de acionista da TAM S/A). (fl 71)

2.8-AGE de 20/06/05 - deliberou-se distribuir aos sócios a totalidade dos resultados decorrentes da alienação de ações de emissão da Companhia à AEROSYSTYEM, ocorrida em 20/04/05, à conta de antecipação de resultados não operacionais, na proporção das participações acionárias. (fl.72).

CONTAS A RECEBER AEROSYSTEM DÉBITO	67.134.397,37
CONTAS A PAGAR A ACIONISTAS CRÉDITO	6.337.608,50
ADIANTAMENTO A ACIONISTAS CRÉDITO	60.796.788,87

Registramos que o valor de **R\$ 67.134.397,73** recebido pelos acionistas foi exatamente parte do valor pago pela Aerosystem na aquisição de ações da TEP, cujo principal e único ativo era ações da TAM S/A (vide item 2.4 deste relatório);

2.9- AGE DE 01/11/05 - Aumento de capital social, mediante o aproveitamento de parte da reserva de capital, sem emissão de novas ações, no valor de R\$ 115.985.700,00 e redução do capital social em R\$ 7.296.942,00, mediante o cancelamento de 9.248.125 ações, com versão parcial do patrimônio da Companhia aos sócios, na proporção de suas participações. (fls 73/75).

O capital social passou para R\$ 116.734.580 {dividido em 147.949.100 ações} e após redução passou para R\$ 109.437.638 (dividido em 138.700.975 ações)

RESERVA DE GANHO NA ALIENAÇÃO DE AÇÕES DÉBITO	115.985.700,00
CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO CRÉDITO	115.985.700,00
CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO DÉBITO	7.296.942,00
CUSTO NA ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTOS DÉBITO	1.267.186,26
INVESTIMENTO NA TAM S/A CRÉDITO	8.564.128,26

2.10 - AGE de 09/03/06 - deliberou-se pela aprovação da participação em instrumentos relacionados com a distribuição pública primária e secundária de ações da controlada TAM S/A ("Lock-up agreement"). (fls 76/7).

2.11- - AGE DE 29/06/07 - aprovou a distribuição aos acionistas de R\$ 56.766.949,48 a título de dividendos, R\$ 8.821.340,40 a título de juros sobre o capital próprio (relativo a 2006) destinando o saldo à reserva de lucros a realizar e incorporação da Aerosystem. (fls 78/9)

2.12- INSTRUMENTO JUSTIFICAÇÃO E PROTOCOLO DE CISÃO PARCIAL DA TEP DE 27/07/07 E AGE DE 31/07/07 (fls 80/84 e 88/89)

Com a saída da sociedade do Sr. Marcos Adolfo Tadeu Senamo Amaro, 15,300636% foi cindida e assumida pela AMARO & AVIATION PARTICIPAÇÕES (CNPJ 08.720.707/0001-84) , nos seguintes valores conforme laudo: (fls 85/87)

Disponibilidades	24.158,55
IR a compensar	298.229,19
Investimento TAM S/A - referente a 9.133.912 ações ordinárias e 13.434.200 ações preferenciais	125.831.156,30
Ágio - ações TAM S/A	5.256.722,26

Total do PL a cindir	131.410.266,32
----------------------	----------------

Em face da cisão o capital da TEP é reduzido em R\$ 21.999.525,90, mediante o cancelamento de 21.554.146 ações pertencentes a Marcos A T S Rolim, passando o capital de R\$ 143.781.769,60 para R\$ 121.782.243,70, dividido em 122.533.049 ações.

20/07/07 - CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO DÉBITO 21.999.525,90
20/07/07 - RESERVA DE GANHOS AÇÕES TESOURA DÉBITO 1.178.111,60
20/07/07 - REAVALIAÇÃO DE ATIVOS DÉBITO 11.666.489,90
20/07/07 - RESERVA LEGAL DÉBITO 3.156.736,83
20/07/07 - LUCROS/PREJUÍZOS ACUMULADOS DÉBITO 88.906.678,87
20/07/07 - RESULTADO DO EXERCÍCIO DÉBITO 4.502.723,22
20/07/07 BANCOS CONTA MOVIMENTO CRÉDITO 24.158,56
20/07/07-IMPOSTOS A COMPENSAR CRÉDITO 298.229,20
20/07/07 -INVESTIMENTOS CRÉDITO 131.087.878,56
31/07/07 - BANCOS CONTA MOVIMENTO DÉBITO 16.513,86
31/07/07 IMPOSTOS A COMPENSAR DÉBITO 218,56
31/07/07 -INVESTIMENTOS DÉBITO 2.906.447,59
31/07/07 - REAVALIAÇÃO TAM S/A DÉBITO 387.863,06
31/07/07 - LUCROS/PREJUÍZOS ACUMULADOS CRÉDITO 387.863,06
31/07/07 - RESULTADO DO EXERCÍCIO CRÉDITO 2.923.180,01

Afirmam que em junho de 2007, uma vez deliberado pelos acionistas que as razões estratégicas que justificavam a manutenção da Aerosystem deixaram de existir, decidiu-se por sua incorporação total, razão porque os saldos de todas as contas foram vertidas para a incorporadora.

IMPOSTOS A COMPENSAR DÉBITO 299.609,30
ADTO DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS DÉBITO 2.420.026,38
INVESTIMENTOS DÉBITO 70.236.931,43
MARCAS E PATENTES DÉBITO 188,34
BANCOS CONTA MOVIMENTO DÉBITO 864.870,84
APLICAÇÕES FINANCEIRAS DÉBITO 845.844,88
OBRIGAÇÕES FISCAIS CRÉDITO 61.176,82
OBRIGAÇÕES FISCAIS CRÉDITO 2.789,52
CONTAS A PAGAR CRÉDITO 472.029,47
DIVIDENDOS A PAGAR CRÉDITO 2.420.026,38
AEROSYSTEM CRÉDITO 22,49
AEROSYSTEM CRÉDITO 37.367.294,89
CAPITAL SOCIAL SUBSCRITO CRÉDITO 34.344.131,60

No que se refere ao saldo da conta de investimento na TAM S/A as movimentações foram as seguintes:

EVENTO	VALOR	PATR	ÁGIO
SALDO INICIAL	1.812.407,48		
(+) PELA CISÃO TEP	13.360.560,00	115.974.268,20	
(-) BAIXA POR VENDAS DAS AÇÕES A TERCEIROS	-9.425.515,98	-81.618.035,54	
(+) EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL	30.133.247,27		
SALDOS FINAIS	35.880.698,77	34.356.232,66	
Soma	70.236.931,43		

Informam que o valor de R\$ 134.440.713,00 antes referido é o saldo da conta de reserva de capital formada pela TEP e o valor de R\$ 10.755.257,04 corresponde ao percentual do patrimônio líquido cindido sobre o valor desta

reserva de capital que foi transferida para a incorporadora da parcela cindida juntamente com as demais contas que compuseram aquela parcela.

Informam que o valor de R\$ 30.133.247,27, tido no quadro anterior como equivalência patrimonial, que é diferente do valor apontado como equivalência patrimonial registrado na DIPJ 2008 ano-calendário de 2007 (R\$ 1.385.227,11) mostrando diferença de R\$ 28.748.020,16 corresponde aos resultados de equivalência patrimonial de 2005 e 2006.

Para certificar estas informações montamos quadro de dados extraídos das Declarações de Imposto de Renda da Aerosystem, conforme segue:

A-C	EQUIV	INVEST	ÁGIO/ DESÁGIO	SALDO	INVESTIDA	%	CR PJ LIGADA	
							TOTAL	ATIVO
2003	0,00	4.177.882,48	-2.365.475,00	1.812.407,48	PARAGUAI	9,93%	0,00	
2004	0,00	1.812.407,48		1.812.407,48	TAM S/A	1,24%	0,00	
2005	15.327.622,77	22.270.650,61	44.804.959,76	67.075.610,37	TAM S/A	2,93%		57.699.295,89
2006	20.603.057,94			0,00				
2006	-3.451.887,57			0,00				
SOMA	17.151.170,37	34.495.471,66	34.356.232,66	68.851.704,32	S/ REG	S/ REG		37.829.141,00
29/06/2007	1.385.227,11	35.880.698,77	34.356.232,66	70.236.931,43				37.829.163,49

Deste quadro é possível constatar que:

A - Em momento algum é citada a empresa que alegam ter vendido

B- O valor de R\$ 1.812.407,48 que era o saldo de 2003 da conta de investimento - deságio na empresa do Paraguai, se transforma em investimento na TAM S/A

C- Nunca foi registrado valor no ativo de crédito com pessoas jurídicas ligadas, pois se a TEP recebeu valor que não era seu deveria registrar no seu passivo tal valor e como correspondência a Aerosystem deveria registrar no ativo o mesmo valor (referencia aos R\$ 500.000,00, com que a Aerosystem pagou a TEP pela aquisição de ações em tesouraria).

D- Informa que a equivalência lançada de R\$ 33.133.247,27 refere-se aos resultados dos anos-calendário de 2005 e 2006, todavia foi registrado, conforme quadro, valores neste anos-calendário (vide fichas 6 e 9 das DIPJs)

Informam que a "Aero.rystem adquiriu 12.865.140 ações de emissão da TEP por R\$ 139.972.723,30. Posteriormente, a TEP foi cindida parcialmente e a parcela do patrimônio líquido cindida foi vertida para a Aerosystem. Tal parcela de patrimônio líquido da TEP vertida tinha seguinte composição";

Contas a receber - Aerosystem	10.637.897,00
Investimento Tam S/A - ações PN	13.360.560,00
Soma	23.998.457,00

"Tendo em vista o necessário desdobramento do custo de aquisição das ações da TAM S/A, conforme exigido pelo art. 385 do RIR/99, o referido investimento restou assim registrado na Aerosystem":

Valor equivalente ao patrimônio líquido	13.360.560,00
Valor do ágio apurado	115.974.268,20
Total da conta de investimentos	129.334.828,20

"Como se pode verificar, a diferença de R\$ 10.637.897,00, corresponde a um dos ativos que compôs a parcela do patrimônio líquido cindido, correspondente a parte do contas a receber que a TEP tinha para com a Aerosystem"

Observo que do valor da venda R\$ 139.972.723,30, excluído R\$ 5.532.010,20 que é o valor do investimento, reproduz saldo de R\$ 134.612.163,30 como ágio e não o registrado de R\$ 115.974.268,20, porque os R\$ 10.637.897,00 é valor que a TEP devia receber da Aerosystem e que foi diminuído do ágio, sem uma explicação clara e adequada, ou seja, a Aerosystem adquiriu ações da TEP pagando com valor que ela devia a própria TEP, via cisão.

3- CONCLUSÃO

Recapitulando, temos resumidamente as seguintes movimentações societárias:

data	descrição	quant ações	valores	tempo decorrido
15/04/2005	compra de ações próprias	16.081.424	6.915.012,00	0
20/04/2005	venda de ações a Aerosystem	12.865.140	139.972.723,20	5 dias após
12/05/2005	cisão com incorporação pela Aerosystem			22 dias após
17/06/2005	Aerosystem vende ações a terceiros		77.336.920,80	36 dias após
01/11/2005	aumento de capital com ganhos na alienação		115.985.700,00	137 dias após
29/06/2007	incorporação pela TEP da Aerosystem			240 dias após

Antes de entrar no mérito desta conclusão é imprescindível a indicação dos sócios, tanto da TEP como da Aerosystem e TAM S/A, durante o período em pauta:

TEP	2004	13/06/2005	31/12/2005	2006	31/07/2007	31/12/2007
João Francisco Amaro	8,35%	8,35%	8,00%	8,00%	8,00%	9,68%
Maria Cláudia Amaro	15,27%	15,27%	37,00%	37,00%	37,00%	43,64%
Maurício Rolim Amaro	15,27%	15,27%	37,00%	37,00%	37,00%	43,64%
Marcos Adolfo T S Amaro	15,28%	15,28%	15,00%	15,00%	15,00%	
Noemy A Oliveira Amaro	45,83%	45,83%	1,00%	1,00%	1,00%	3,04%
SOMA	100,00%	100,00%	98,00%	98,00%	98,00%	100,00%
INVESTIMENTO NA TAM S/A	71,30%	71,98%	55,88%	52,17%	52,17%	46,20%
AEROSYSTEM						29/06/2007
João Francisco Amaro			0,02%	0,02%		0,02%
Maria Cláudia Amaro			16,66%	16,66%		16,66%
Maurício Rolim Amaro			16,66%	16,66%		16,66%
Marcos Adolfo T S Amaro			16,66%	16,66%		16,66%
Noemy A Oliveira Amaro			50,00%	50,00%		50,00%
SOMA			100,00%	100,00%	0,00%	100,00%
INVESTIMENTO NA TAM S/A	1,24%		2,93%			
SOMA DO INVESTIMENTO NA TAM S/A	72,54%		58,81%			
TAM S/A		2004	2005	2006		2007
AEROSYSTEM TOTAL	1,24%		2,82%	1,01%		1,27%
AEROSYSTEM VOTANTE	2,53%					
BRASIL PRIVATE	16,82%		12,22%			
BRASIL EQUITY	3,63%		2,64%			
LATIN AMERICA	4,34%		3,16%			
LATIN AMERICA	1,10%					
TEP TOTAL	71,30%		55,08%	48,52%		44,82%
TEP VOTANTE	97,27%					
OUTROS PEQUENOS	1,57%		24,08%			24,96%
JP MORGAN						21,22%
AMARO & AVIATION						7,73%
CIA. BRASILEIRA DE LIQ CUSTÓDIA				50,19%		
TOTAL TOTAL	98,43%		100,00%	99,72%		100,00%

Assim, fica possível verificar que a verdadeira intenção do contribuinte era de vender determinada quantidade de ações a terceiros, e para tanto fez uso

de pretensas ações em tesouraria e o uso da empresa Aerosystem como passagem transitória da efetiva negociação.

A Aerosystem conforme pode ser evidenciado nas DIPJ's, nunca teve recursos para bancar esta compra, pertencia aos mesmos sócios da TEP, observando-se que não houve aumento de capital, não houve recursos oriundos de lucros e tampouco originados de empréstimos e fundamentalmente que os valores com que honrou a quitação da aquisição das pretensas ações em tesouraria **foram com repasses dos valores recebidos pela vendas destas mesmas ações a terceiros (vide extratos bancários da Aerosystem).**

O real motivo para execução deste planejamento, ou seja, aquisição de ações para tesouraria apenas 5 dias depois vender 80% destas ações para empresa pertencente aos mesmos sócios, seguida de cisão parcial da TEP com incorporação pela Aerosystem, venda a terceiros das ações da TAM S/A em breve lapso de tempo da aquisição/cisão, aumento de capital com a reserva de capital fruto do ágio "pago" pela Aerosystem e finalmente incorporação da Aerosystem pela TEP, voltando ao "status quo", com liquidação da aquisição pela Aerosystem junto a TEP com valores, principalmente, repassados pelos terceiros adquirentes das ações da TAM S/A (fls. 29 a 31 - extrato bancário da Aerosystem), tinha como objetivo fugir da tributação do ganho de capital aproveitando-se desta não tributação via art. 442 do RIR/99, que determina:

Contribuições de Subscritores de Valores Mobiliários

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

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

II -

III -

IV - lucro na venda de ações em tesouraria.

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

Assim entendido, não havia outra necessidade ou outra obrigação que impusesse à fiscalizada o tratamento como ações em tesouraria, pois devido ao pequeno lapso de tempo, não é normal que uma empresa deste porte tenha tomado decisões desta natureza, ou seja, trata-se de uma atitude planejada para obter ganho de capital sem qualquer tributação.

Na alienação de investimento sujeito a avaliação pelo método de equivalência patrimonial para determinação do ganho de capital, o valor contábil a ser tomado como custo é a soma algébrica das parcelas representadas pelo valor do patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte, pelo ágio ou deságio na aquisição do investimento e pela provisão de perda que tiver sido computada na determinação do lucro real.

O parágrafo anterior remete ao art. 426 do RIR/99 que trata exatamente da determinação do ganho e perda de capital na alienação e liquidação de investimento em controlada ou coligada avaliado pelo patrimônio líquido (art. 384).

Isto posto, tributa-se como ganho de capital o valor de R\$ 134.440.713,00.

OMISSÃO DE RECEITAS - VALOR DE GANHO DE VENDA DE AÇÕES NÃO COMPUTADAS NO LUCRO REAL.

Como demonstrado a Aerosystem quitou parcialmente a aquisição de ações da TEP com o chamado contas correntes entre ambas empresas, segundo informação do contribuinte com R\$ 500.000,00 referente a suposta venda de ações da empresa Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A. Registre-se que não há, em nenhuma declaração de Imposto de renda, menção deste investimento.

Ocorre que como foi constatado, não foi oferecido nenhum resultado nas declarações de imposto de renda da Aerosystem durante o período indicado e tampouco nos outros períodos.

Também, não há registro de qualquer valor no ativo da Aerosystem como no passivo da TEP que apontasse o registro deste valor.

Assim, tributamos o valor de R\$ 500.000,00 no ano-calendário de 2005 por ausência da indicação do registro deste valor pela origem informada pelo contribuinte, ou seja, ganho de capital na venda de ativos (no caso, ações de empresa).

São juntados ao processo, cópia dos balancetes (fls 92 a 112), cópia dos livros Lalur (fls 113 a 119), cópia das Declarações de Imposto de Renda tanto da fiscalizada (fls 120 a 164) como da empresa peão Aerosystem (fls 165 a 235), além das movimentações ocorridas em equivalência patrimonial por força de alteração de percentuais de participações (fls. 18 a 19, 28, 39 a 50).

Por força do entendimento que a ação foi simulada, foi efetuada ... representação fiscal para fins penais, processo nº 16.643.000033/2010-12.”

Os extratos dos sistemas da RFB constam às fls. 248 a 262. Os formulários FAPLI e FACS e demonstrativos de compensação constam às fls. 264 a 271. Os Autos de Infração constam às fls. 272 a 295.

O interessado apresentou impugnação, em 13/04/2010 (fls. 313 a 333), por meio de seus advogados (fls. 333 a 343), acompanhada de contrato de compra e venda de ações (fls. 344 a 346), alegando, em resumo, que:

PRELIMINARES.

1 - quanto ao ganho de capital, há **nullidade**, por **cerceamento do direito de defesa**, pois:

a) nenhum dos dispositivos legais mencionados trata de apuração de ganho de capital **disfarçado**, mas contém apenas as regras de apuração do IRPJ e da CSLL;

b) a descrição é contraditória, visto que no auto de infração a irregularidade seria "**falta de contabilização** do ganho de capital apurado na alienação de investimento" mas, no TVF, o ganho na alienação de ações em tesouraria (que não é tributado por força do disposto no art. 442, IV, do RIR/99), teria sido "**contabilizado**", de forma que há confusão de conceitos e conclusões;

c) essa situação impede o exercício da ampla defesa, visto que há mera presunção, sem base legal ou factual;

2 - em homenagem ao princípio da eventualidade, a defesa se dará como se a falta fosse o "disfarce" referido às fls. 2 e 13 do TVF;

3 - o TVF permite concluir que há a presunção humana de que a operação de venda de ações em tesouraria foi planejada para proporcionar ganho de capital sem tributação, não havendo indicação da disposição legal pertinente; não se alegue que o parágrafo único do art. 116 do CTN autoriza esse entendimento, visto que falta a necessária lei ordinária para poder desconsiderar atos ou negócios jurídicos; assim, é a opinião do fiscal que embasa o lançamento, pois a mera descrição das operações realizadas não comprova a existência do alegado disfarce;

4 - por isso, houve descumprimento do art. 10 do Decreto n.º 70.235/72;

5 - mesmo que o auto de infração não seja nulo pelos motivos anteriores, ao presumir a existência de um "disfarce", ou, como dito em outra passagem do TVF, "fugir da tributação do ganho de capital", o fiscal conclui que houve "simulação" de atos destinada a produzir menor carga tributária; a simulação, definida no § 1º do art. 167 do Código Civil, traz como consequência, segundo o "caput", a nulidade do negócio jurídico simulado, com subsistência do que se dissimulou, se válido for na substância e na forma;

6 - ora, o valor do pretense ganho de capital refere-se ao valor do lucro na venda de parte das ações de sua emissão, que estavam em tesouraria; se tal operação foi simulada, deve ser considerada nula, nulidade a ser pronunciada pelo Juiz (§ único do Art. 168 do CC); o que subsistiria para fins do lançamento tributário seria a operação que se buscou simular (*sic*);

7 - mas em nenhum momento o agente fiscal identificou o negócio que se teria buscado simular (no seu dizer, disfarçar), preferindo apenas desconsiderar o inciso IV do art. 442 do RIR/99, que determina a não tributação de referido ganho, desde que contabilizado como reserva de capital (o que foi feito, como atesta o fiscal);

8 - a não observância dos artigos 167 e 168 do Código Civil, pelo fiscal, causa a nulidade do auto de infração;

9 - ademais, a alienação de ações em tesouraria não se equipara a alienação de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, como referido pelo fiscal, pois as ações de emissão da própria

sociedade que estão em seu poder não se sujeitam a avaliação com base no patrimônio líquido, sendo inaplicáveis, portanto, as normas dos artigos 418 e 426 do RIR/99, relacionadas no auto de infração como infringidas;

10 - quanto à omissão de receita, há **nulidade por erro de sujeito passivo**, em razão de o fiscal atribuir à impugnante a obrigação de registrar o resultado na alienação de ações da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A que eram de titularidade da AEROSYSTEM, conforme doc. 4;

11 - a **descrição** do fato comprova a **nulidade** do lançamento, visto que apoiado em informação fornecida pelo contribuinte quanto à origem dos recursos utilizados para o pagamento de obrigação originada de outras operações; a despeito disso, resolveu o fiscal que o valor assim utilizado corresponderia a uma receita da impugnante não registrada, utilizando, mais uma vez, presunção não autorizada por lei; a resposta ao Termo de Intimação Fiscal n.º 3 foi de que R\$ 500.000,00, constante de uma conta-corrente com a AEROSYSTEM (esta, como credora), referia-se a uma venda de ações de emissão da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A, de titularidade da AEROSYSTEM e cujo resultado, como não poderia deixar de ser, foi registrado na contabilidade da mencionada AEROSYSTEM, que não estava sujeita aos trabalhos da fiscalização; a par disso, o fiscal não pediu informações ou documentos que comprovassem o alegado, especialmente porque, como dito, tal resultado foi tributado na empresa titular das ações vendidas, como se pode verificar pela cópia do contrato de compra e venda de ações (doc. 4);

12 - além disto, por se tratar de investimento em coligada, sua contabilização na investidora se deu em conta de ativo permanente, e quando de sua alienação, o resultado auferido constituiu-se em resultado não operacional, não sujeito à incidência das contribuições para o PIS e COFINS, nos termos do inciso IV do § 2º do art. 3º da Lei n. 9.718/98, reprisado nas Leis n.ºs. 10.637, de 2002 e 10.833, de 2003, que instituiu o regime não cumulativo para as referidas contribuições;

MÉRITO.

13 - quanto ao ganho de capital, é certo que o lançamento não pode originar-se da desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados na forma da lei, sob o argumento de que tais atos ou negócios "escondem" a intenção, manifesta ou não, de reduzir tributo incidente sobre operação a ser realizada no futuro (planejamento tributário), pois o § único do art. 116 do CTN ("norma antielisão") exige uma ainda inexistente lei ordinária para regram os procedimentos de desconsideração de atos ou negócios jurídicos;

14 - vez que, repita-se, o auto de infração lavrado não contém dispositivo legal que o fundamente, constata-se que após longa e confusa descrição de fatos e negócios jurídicos realizados, o fiscal concluiu que a operação em tela teria sido realizada com o objetivo de *"fugir da tributação do ganho de capital aproveitando-se desta não tributação via art. 442 do RIR/99 ..."* (parte final do último parágrafo da fl.12 do TVF);

15 - ainda que se aceite como regular a desconsideração do negócio jurídico realizado, levada a efeito pelo fiscal, razão não lhe assiste, posto que nada há de simulado, nem de dissimulado, nos negócios em questão, como se verá a seguir:

“41. De fato, e como historiado no relatório fiscal, a IMPUGNANTE adquiriu de seus acionistas um lote de ações de sua própria emissão, correspondente a 10% (dez por cento) do capital social, com o objetivo de criar um mecanismo de remuneração aos seus acionistas, porquanto, desde 2001, em face de prejuízos acumulados no período, a empresa não distribuía lucros. Ao mesmo tempo, e também como noticiado no relatório referido, as ações de emissão da IMPUGNANTE, antes um sociedade limitada, foram distribuídas aos acionistas que constam do quadro societário, com exceção do Sr. João Francisco Amaro, pela partilha dos bens deixados pelo Comandante Rolim, falecido em junho de 2001. Entretanto, um dos acionistas, o Sr. Marcos Adolfo S. Amaro, cuja condição era de herdeiro somente do falecido Rolim, demonstrou interesse em não mais participar da sociedade com seus meio-irmãos, com a viúva Dna. Noemy, e o irmão do Comandante Rolim, o Sr. João Francisco Amaro (vide quadro de participação acionária constante da fl. 11 do relatório).

42. Iniciadas as tratativas para a referida saída, a primeira alternativa vislumbrada foi a segregação de uma parte das ações do controle da TAM S/A, companhia aberta com ações negociadas em bolsa de valores, para uma outra sociedade que, ao final, pudesse ser transferida para o acionista retirante. Para tanto, a empresa escolhida foi a Aerosystem S/A Empreendimentos e Participações, porque que já possuía uma pequena participação na TAM S/A e era uma *holding*, sem outros ativos ou obrigações, desde que tinha transferido as ações que possuía da TAM Transportes Aéreos Mercosur S/A, com sede em Assunção no Paraguai, para a TAM S/A. Ainda em fase de negociação e sem definição final do montante da participação a ser entregue ao acionista minoritário retirante, tendo em conta outros bens possuídos em conjunto com os demais herdeiros, decidiu-se transferir para a Aerosystem o equivalente a 80% (oitenta por cento) das ações de emissão da IMPUGNANTE que se encontravam em tesouraria e que corresponderiam a 3.500.240 ações preferenciais da TAM S/A. Por se tratar de empresa ligada e em atendimento às disposições contidas no art. 464, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda, que caracteriza como distribuição disfarçada de lucros a alienação de bem do ativo realizada pela pessoa jurídica a pessoa ligada, por valor notoriamente inferior ao de mercado, adotou-se como preço deste negócio o valor de mercado (de bolsa do dia) do ativo principal da IMPUGNANTE, a saber, as ações da TAM S/A.

43. Afora esta negociação, que se encontrava em curso entre acionistas, o grupo controlador da TAM S/A vinha sendo assediado para realizar uma fusão da empresa aérea brasileira com outra empresa aérea estrangeira, destinada a criar uma grande empresa aérea na América Latina, além de se encontrar em estudo uma possível aquisição ou fusão com a então

concorrente Varig. Todas estas alternativas em estudo naquela ocasião passavam por esquemas societários que preservassem o controle acionário na mão da família Amaro, o que demonstrava ser acertado ter um veículo societário próprio e segregado deste controle, para a eventual implementação destes planos. Como informado ao agente fiscal, haviam razões estratégicas para a operação envolvendo a Aerosystem, muito embora não tenha sido solicitado à IMPUGNANTE ou a seus representantes qualquer informação adicional sobre tais razões.

44. Além destas frentes de negócio, que justificavam a segregação de um lote de ações da TAM S/A em empresa apartada daquela que exercia o seu controle acionário, e logo após a realização desta segregação, os acionistas da TAM S/A, fora do bloco de controle, que eram fundos de investimentos e de *private equity*, sugeriram que a empresa promovesse uma oferta pública de ações novas, visando à capitalização daquela empresa e, em conjunto e se o mercado comportasse, uma oferta pública para venda de ações pertencentes aos acionistas, entre eles os próprios fundos referidos, haja vista o bom momento que o mercado de ações apresentava. Aprovada tal iniciativa, deu-se partida na oferta pública referida, abandonando-se e adiando-se os projetos anteriores, haja vista que em razão desta oferta a Aerosystem vendeu no mercado, em várias oportunidades (entre junho e setembro de 2005 a março de 2006), uma parte do lote de ações da TAM S/A que possuía. Tais vendas, conforme atestado pelo agente fiscal, foram realizadas em bolsa de valores, pelo preço do dia e de acordo com a procura do mercado pelo título, por meio de corretoras e para terceiros sem qualquer vínculo com a vendedora ou com empresas ligadas.

45. Embora entenda desnecessário trazer para o âmbito do processo, informações no mais das vezes, bastante sigilosas, por conta da condição de controladora da companhia aberta TAM S/A, a IMPUGNANTE julga ser seu dever dar ditas informações, para que se desfaça o enredo urdido pelo agente fiscal no sentido de provar, muito embora não haja prova alguma, a tentativa de disfarçar uma real intenção de se obter um ganho de capital não tributável. Havia sim, razões estratégicas para o negócio realizado pela IMPUGNANTE e que teria sido desconsiderado pelo agente fiscal. E para corroborar tal assertiva, basta notar que em 30/07/2007 se confirmou a saída do acionista Marcos Adolfo T. S. Amaro, por meio de versão de parcela cindida do patrimônio da IMPUGNANTE para empresa nova por ele criada (vide notícia na fl. 7 do relatório fiscal), em substituição da anteriormente eleita para tanto e, que por terem deixado de existir as razões estratégicas antes referidas, foi incorporada pela IMPUGNANTE, como noticia o relatório fiscal.

46. Como antes referido, o valor pelo qual as ações de emissão da IMPUGNANTE, que se encontravam em sua tesouraria, foram alienadas a empresa ligada, foi determinado em estrita obediência da legislação vigente, não tendo sido extraído em função desta ou daquela finalidade. O preço de mercado praticado naquele negócio visou tão somente obedecer à disposição contida no inciso I do art. 464 do Regulamento do Imposto de Renda, de modo a evitar que se pudesse atribuir a tal operação a presunção legal da distribuição disfarçada de lucros. Também por este aspecto, nenhuma

ressalva há que aplicar à operação realizada, como aliás não o fez o agente fiscal.

47. Ora, na situação sob análise, a operação realizada foi a alienação de ações de emissão da própria IMPUGNANTE, que se encontravam em tesouraria. Em tal operação, a teor do disposto no já citado inciso IV do art. 442 do Regulamento do Imposto de Renda, o lucro obtido não é computável no lucro real da pessoa jurídica alienante, desde que tal valor seja creditado em conta de reserva de capital, o que foi cumprido pela IMPUGNANTE. Em razão desta disposição regulamentar, que reproduz a norma constante do art. 38 do Decreto-lei n.º 1.598, de 1977, há uma isenção condicionada do IRPJ e da CSLL e portanto, embora haja a ocorrência do fato gerador dos mencionados tributos, sua incidência está afastada pela norma legal. Cumprindo o mandamento do CTN, ao agente fiscal caberia tão-somente verificar o cumprimento da condição imposta pela lei para afastar a incidência dos referidos tributos, nada mais.”

16 - quanto à simulação, a primeira barreira a ser ultrapassada é subsumir a situação sob análise a uma das hipóteses previstas nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 167 do Código Civil, que dispõe:

"Parágrafo primeiro: Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

II - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados."

17 - a operação sob análise não pode ser enquadrada em nenhuma das hipóteses de simulação, pois:

a) os direitos, transferidos e conferidos às pessoas declaradas, são autênticos;

b) todas as condições, confissões, declarações e cláusulas contratuais são fidedignas e incontestáveis; e

c) todos os documentos são atuais e verdadeiros, consignando as datas das efetivas realizações dos atos nele consubstanciados;

18 - conclui-se que essa a operação não pode ser considerada simulação, pois:

a) a existência de simulação se esgota nas hipóteses do dispositivo retrotranscrito, que contém relação exaustiva e taxativa ("numerus clausus");

b) as hipóteses legais descritas são impotentes para arrostar sob os respectivos espectros a situação analisada; e

c) o princípio da estrita legalidade segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, afasta a possibilidade de considerar como simuladas outras situações que não as expressamente previstas;

19 - outra barreira, impossível de ser ultrapassada, é a produção de prova efetiva de ter havido simulação, pois esse o ônus incumbe àquele que acusa, o que não ocorreu;

20 - simulação, conforme a doutrina, é a discrepância entre a vontade efetiva do agente e o ato por ele praticado; assim, ela não pode ser provada diretamente, isto é, pela utilização de fatos indutores de conclusão passível de ser tomada como verdade irrefutável, restando a prova indireta, mediante indícios e presunções; presunções comuns (humanas) não possuem valor no âmbito tributário, de forma que a prova da simulação exigiria a existência de indícios densos e veementes que pudessem ser guindados à condição de prova;

21 - essa densidade, no caso dos autos, é impossível de ser obtida, na medida em que todos os atos praticados dão conta da inequívoca vontade de as partes, ao final, praticarem o negócio tido por simulado;

22 - no caso presente, não há possibilidade de manter os lançamentos, porquanto está patente que o fiscal os promoveu apenas com base em mera presunção, o que não se coaduna com a realidade dos fatos e fere os arts, 108, 114, 116 e 142, do CTN, violando os princípios da tipicidade fechada, da estrita legalidade, da verdade material, da interpretação mais favorável ao contribuinte, e da vedação ao enriquecimento sem causa, pois:

a) a situação final coincide com a situação pretendida; e

b) a operação não pode ser enquadrada nas hipóteses do art. 167 do CC;

23 - protesta especialmente pela juntada de documentos complementares, com fundamento no artigo 17 do Decreto n.º 70.235/72 e suas alterações, bem como realização de diligências suplementares, apresentação de memoriais e sustentação oral.

A recorrente, na peça recursal submetida à apreciação deste colegiado, alegou, em síntese, preliminarmente, que:

- a base legal utilizada não é adequada ao lançamento feito, sendo nulos o lançamento e a decisão que o manteve. O acórdão não apreciou todos os argumentos da recorrente neste sentido;

No mérito:

- a presunção não pode ser admitida como meio de prova, aduzindo que deve produzir prova negativa para desfazer os fatos constituídos por presunção. A prática adotada

viola, ainda, o princípio da verdade material. Nenhuma prova foi juntada pela autoridade, mas tão somente presunções;

- a realização dos lançamentos sem base em fatos viola os art.108,114,116,142 do CTN;

- o lançamento carece de liquidez e certeza;

- relativamente à omissão de rendimentos pela venda de ações da empresa Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A, não houve aprofundamento pelo fiscal. O acórdão recorrido afirma que não havia registro de valor no ativo da Aerosystem, mas o balancete da Aerosystem traz este valor (R\$500.000,00) lançado, além de ter sido apresentado o contrato de compra e venda das ações da Agropecuária acima referida;

- o resultado relativo à Agropecuária, por se tratar de investimento em sociedade coligada, cujo registro é feito em conta de ativo permanente, é não operacional, não se sujeitando, portanto, às contribuições ao PIS e à Cofins;

- a norma antielisão do art. 116 do CTN não pode ser aplicada por faltar a lei ordinária ali mencionada em nosso Ordenamento, e o agente não identificou qual o negócio que a recorrente buscou simular;

- a transformação da recorrente em S/A, ocorrida um ano antes da operação com as ações em tesouraria, deu-se para acomodar os interesses dos sucessores do falecido comandante Rolim, mediante fixação de regras de decisão e compartilhamento do controle da sociedade e de sua controlada TAM S/A, que ainda era e é uma companhia aberta;

- o propósito específico da operação com ações em tesouraria foi remunerar os acionistas, pois desde 2001 não recebiam dividendos, haja vista os prejuízos acumulados;

- A não indicação, pelo fiscal, do negócio que foi dissimulado viola os art. 167 e 168 do CC, sendo o lançamento nulo;

- os acionistas alienaram à recorrente 10% do capital social para criar mecanismo de remuneração de seus acionistas, que desde 2001 não recebiam dividendos. Ao mesmo tempo, as ações da recorrente foram distribuídas aos acionistas, com exceção de João Francisco Amaro, pela partilha dos bens deixados pelo Comandante Rolim, falecido em junho/2001. Entretanto, o acionista Marcos Adolfo S. Amaro quis desligar-se do quadro social. Para resolver esta questão, segregou-se uma parte das ações do controle da TAM S/A para a Aerosystem S/A Empreendimentos e Participações, porque já possuía participação na TAM S/A e era uma *holding*;

- ainda em negociação e sem definição final do montante da participação a ser entregue ao acionista minoritário, transferiu-se 80% das ações da recorrente (que se encontravam em tesouraria), a preço de mercado das ações da TAM S/A;

- por outro lado, à época, havia negociação com a LAN CHILE para uma fusão destinada a criar uma grande empresa aérea na América Latina, bem como um estudo para uma possível aquisição da Varig. As alternativas deveriam preservar o controle acionário na mão da família Amaro para atender a exigência constitucional de que a detenção do controle fosse de nacionais;

- além disso, os acionistas da TAM S/A fora do bloco de controle (fundos de investimentos e de *private equity*) *sugeriram* uma oferta pública de ações novas, visando à capitalização daquela empresa e, em conjunto e se o mercado comportasse, uma oferta pública para venda de ações pertencentes aos acionistas, haja vista o bom momento que o mercado de ações passava. A oferta pública foi realizada e a Aerosystem vendeu (entre junho e setembro de 2005 a março de 2006) uma parte do lote de ações que possuía. As vendas foram realizadas em bolsa de valores e a preço de mercado;

- em 30/07/2007 confirmou-se a saída do acionista Marcos Adolfo T. S. Amaro, por meio de versão de parcela cindida do patrimônio da recorrente para empresa nova por ele criada, em substituição da anteriormente eleita para tanto e, que em face da inexistência das razões estratégicas anteriores, foi incorporada pela recorrente;

- o valor de alienação das ações a empresa ligada foi a preço de mercado para atender o art. 464 do RIR/99 e evitar presunção legal de distribuição disfarçada de lucros;

- foram cumpridas as condições para isenção do art. 442 do RIR;

- a operação não se subsume ao art. 167 do Código Civil. Sendo as hipóteses de simulação de enumeração taxativa, não sendo a operação em comento nelas subsumida, e qualquer outra possibilidade nova sujeita ao princípio da estrita legalidade, a operação não pode ser considerada Simulação;

- não há prova de simulação e o ônus incumbe a quem acusa;

- as presunções do homem não possuem valor tributário e não há indícios veementes que possam ser guindados à condição de prova;

- a situação final coincide com a situação pretendida;

- há, portanto, ofensa aos princípios da verdade material, estrita legalidade, interpretação mais favorável ao contribuinte e vedação de enriquecimento sem causa;

- a penalidade de 150% só é cabível nos casos de fraude e dolo, o que não ocorreu no caso presente. Além disso, a fraude não pode ser presumida, devendo ser provada;

- a penalidade de 150%, assim como a de 75% têm caráter confiscatório;

- pede a nulidade da decisão recorrida. Caso assim não se entenda, requer a improcedência do auto de infração pela ausência de comprovação do fato gerador das obrigações tributárias. Por fim, as multas aplicadas são inaplicáveis e confiscatórias.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

O recurso é tempestivo, e portanto, dele conheço.

Relativamente à preliminar de nulidade, de que a base legal utilizada não é adequada ao lançamento feito, sendo nulos o lançamento e a decisão que o manteve, entendo que em face da complexidade da matéria não possa ser neste momento apreciada, posto que o auto de infração foi lavrado por autoridade competente e não houve cerceamento do direito de defesa. Deixo, assim, para apreciar tal questão no exame de mérito da matéria.

No que tange à alegação de que a DRJ não analisou todos os argumentos levantados, vejo que a matéria restou bem apreciada pelo acórdão recorrido. Neste sentido, tenho para mim que a afirmação não procede, tendo a decisão de primeira instância apreciado todas as razões relevantes para o deslinde da questão.

Demais disso, ainda que o fosse, o julgador não está obrigado a apreciar argumento por argumento, especialmente se já formou sua convicção acerca do tema e motivou sua decisão com base em alguns deles. Neste sentido, segue forte corrente jurisprudencial.

Acórdão 108-06.877 – 8ª Câmara do 1º Conselhos de Contribuintes

NULIDADE DE DECISÃO - A ausência de análise minuciosa e exaustiva dos argumentos de defesa, não acarreta a nulidade da decisão quando esta aprecia todos os itens defendidos.

No mesmo sentido.

Acórdão 104-21.617 – 4ª Câmara do 1º Conselhos de Contribuintes

DECISÃO - NULIDADE - NÃO EXAME DE ARGUMENTO - Não ocorre a hipótese ensejadora da nulidade da decisão, quando o acórdão, ainda que não tenha enfrentado todas as questões argüidas, tenha se valido de argumentos suficientes para a conclusão do julgado.

Assim, rejeito as preliminares, e passo ao exame do mérito.

A fiscalização efetuou lançamento para cobrar omissão de receitas no valor de R\$500.000,00, fato gerador 31/12/2005, multa de ofício em 75%, e ganhos de capital por alienação de investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido no valor de R\$134.440.713,00, fato gerador 31/12/2005 também, e multa de ofício aplicada em 150%.

Tributação de Ganhos de Capital disfarçados em ações de tesouraria

Relativamente à segunda infração (Tributação de Ganhos de Capital disfarçados em ações de tesouraria), a fiscalização entendeu que houve ganho de capital, o qual foi disfarçado por meio de venda de ações em tesouraria.

Faço, abaixo, um breve resumo dos atos societários relevantes para o entendimento da matéria:

Ato societário	Ações Aprovadas
Ata de quotistas-06/01/2004 (fl.51)	Promove, por sucessão, o ingresso dos herdeiros do falecido Comandante Rolim Amaro. No mesmo ato societário é decidida a transformação do tipo societário, de sociedade por quotas de responsabilidade limitada para o de sociedade anônima.
AGE - 30/03/2005 (fl.56)	Aumento do capital da sociedade em R\$2.738.303,00 (mediante emissão de 2.738.303 ações) aumentando o capital social de R\$158.075.937,00 para R\$160.814.240,00, e no mesmo ato reduz o capital social de R\$160.814.240,00 para R\$814.000,00 (dividido em 160.814.240 ações ordinárias nominativas), mediante absorção de prejuízos acumulados em exercícios anteriores
AGE - 15/04/2005 (fl.60)	Aquisição pela sociedade, de 16.081.424 ações ordinárias de emissão da própria companhia (das 160.814.240 existentes - ou seja, 10% do total de ações), para manutenção em tesouraria
AGE - 20/04/2005 (fl.61)	Alienar 12.865.140 ações ordinárias de emissão da própria companhia (80% do total adquirido), sendo a alienação feita a valor de mercado. A quitação da maior parte do valor foi feita por débito em conta corrente, exceto parcela de R\$500.000,00 que foi quitada mediante baixa de saldo de conta corrente entre a Aerosystem e a TEP (objeto da primeira infração), e o valor de R\$10.637.897,00, quitado na cisão parcial da TEP em 15/05/2005.

Assim, em resumo, verifica-se que a TAM Empreendimentos e Participações (TEP) admite por sucessão os herdeiros do sócio majoritário falecido, transforma-se em sociedade anônima, baixa em mais de 90% seu capital social (que passa a ser de R\$814.000,00), adquire 10% das ações de sua emissão, e revende 8% destes 10% a valor de mercado para a Aerosystem, empresa que possui os mesmos sócios da TEP. A venda, todavia, é feita a valor de mercado, gerando considerável ágio, o qual é considerado não tributável pela TEP, que o reconhece como feito nos moldes do art. 442 do RIR/99.

Após tais atos, sucedem-se novos atos societários que promoverão o término da operação, com o retorno do *status quo ante*. Vejamos:

Ato societário	Ações Aprovadas
AGE - 12/05/2005	Aprovação da proposta de <u>cisão parcial da sociedade, com a incorporação pela Aerosystem da parcela do patrimônio líquido cindido</u> . Decorrente da cisão, é também aprovada a redução de capital no valor de R\$65.120,00, equivalente a 12.865.140 ações de titularidade da Aerosystem, passando o capital a ser de R\$748.880,00, dividido em 147.949.100 ações ordinárias nominativas
AGE - 20/06/2005	Distribuição dos resultados decorrentes da alienação de ações de emissão da TEP à Aerosystem, à conta de antecipação de resultados não operacionais. A fiscalização

	ressaltou que o valor de R\$67.134.397,73, recebido pelos acionistas, foi exatamente parte do valor pago pela Aerosystem na aquisição de ações da TEP.
AGE – 01/11/2005	Aumento do capital por aproveitamento da reserva de capital (conta que foi acrescida pelo lucro na venda de ações em tesouraria), que passa a ser de R\$116.734.580,00, dividido em 147.949.100 ações ordinárias nominativas.
AGE – 29/06/2007	Aprovou a distribuição aos acionistas de R\$56.766.949,48 a título de dividendos, , ratificou o pagamento R\$8.821.340,40 a título de juros sobre o capital próprio (relativo a 2006), destinando o saldo à reserva de lucros, e <u>aprovou a incorporação da Aerosystem pela TEP.</u> Como decorrência da incorporação da Aerosystem o capital social foi aumentado em R\$34.344.131,60, com emissão de 5.386.230 novas ações ordinárias nominativas

Entendeu, assim, a fiscalização que:

- ficou evidenciada a intenção do contribuinte de vender determinada quantidade de ações a terceiros, e para tanto fez uso de pretensas ações em tesouraria e da empresa Aerosystem como passagem transitória da efetiva negociação;

- a Aerosystem (conforme suas DIPJ) nunca teve recursos para liquidar a aquisição de ações. Ela quitou as ações com repasses dos valores recebidos pelas vendas destas mesmas ações a terceiros (conforme extratos bancários da Aerosystem);

- 5 dias após a aquisição das ações houve a venda de 80% delas à empresa pertencente aos mesmos sócios;

- finalmente, com a incorporação da Aerosystem pela TEP tudo volta ao *status quo ante*;

- assim, o real motivo do planejamento era fugir da tributação do ganho de capital, aproveitando-se da isenção veiculada pelo art. 442 do RIR/99, pois não havia qualquer outra necessidade ou obrigação que impusesse o tratamento como ações em tesouraria. Foi, portanto, uma atitude planejada para obter ganho de capital sem qualquer tributação;

- como no caso de investimento sujeito a avaliação pelo método de equivalência patrimonial (art. 426, RIR/99) , para determinação do ganho de capital o valor contábil considerado é a soma das parcelas representadas pelo valor do patrimônio líquido, ágio ou deságio na aquisição do investimento, e provisão de perda computada, o valor assim obtido monta R\$ 134.440.713,00, valor este utilizado pela fiscalização para efetuar o lançamento.

Tenho me manifestado, nestes casos envolvendo planejamentos tributários, em que quando a intenção por detrás dos atos societários é de difícil compreensão, face a costumeira e usual realidade comercial, que é simples por natureza (e pela exigência de lucro), é necessário, antes, um exame do direito tributário, em especial no que tange à economia tributária envolvida, para a perfeita compreensão da lógica comercial envolvida. Tal situação faz a compreensão da matéria se deslocar do âmbito meramente comercial para o âmbito tributário, com o posterior retorno ao âmbito comercial, para análise comparativa da forma simples abandonada, da forma complexa adotada, da situação final em um e em outro caso, e da economia tributária lograda.

Neste sentido, lembro a citação que fiz em recente julgamento, no caso ALLIANCE ONE, acórdão nº 1302-000.991, e que me vem a calhar após o exame dos fatos, *verbis*:

Assim, não me convence a alegação de que a recorrente optou por uma dentre as várias opções legais disponíveis e que é vedado à Administração escolher dentre elas a mais gravemente tributada. Fica evidente que foi adotada uma estrutura às avessas (com confusão de papéis entre investidor e investido), contrária à lógica simples negocial, apenas para permitir a criação e amortização do ágio. A recorrente não optou dentre as opções possíveis. A versão negocial adotada não foi optada. Ela foi gestada, criada em laboratório jurídico, e por isso é tão estranha, é não usual, é tão exótica. Ela não deriva do mundo dos negócios, mas do mundo do planejamento tributário.

Lembro, também, pela coincidência de pontos mencionados, que em obra recente sobre ágio, na qual é analisada a jurisprudência recente do Carf sobre a matéria, Schoueri¹ conclui que a reorganização societária pode ser desconsiderada se à luz do caso concreto ficar demonstrada a simulação. Diz o jurista

Nos acórdãos analisados acima, em que o CARF desconsiderou operações em que foi gerado ágio “dentro da casa”, havia vários indícios de que as transações não eram válidas. Pode-se citar, nesse sentido, o curtíssimo lapso temporal entre as etapas das transações (por exemplo, a aquisição com ágio ocorrendo em um dia e a incorporação, no dia seguinte), e o fato de que, como já se apontou, ao final, a situação verificada era idêntica à situação inicial, exceto pela geração de um ágio que estava sendo aproveitado para reduzir o lucro tributável das empresas envolvidas. (grifos meus)

No caso vertente, verifica-se o curtíssimo lapso temporal entre as etapas (as ações em tesouraria são vendidas após 5 dias de sua aquisição), bem como a situação final igual à inicial (com a venda das ações com ágio pela Aerosystem, e a incorporação desta pela TEP com a AGE de 29/06/2007).

Além disso, salta aos olhos a falta de substrato econômico para a operação intragrupo, dada a impossibilidade (verificada pela análise das DIPJ) da Aerosystem em conseguir adimplir a aquisição das ações da TEP, não fosse a imediata venda das ações e repasse dos valores recebidos à TEP, o que demonstra que sua intermediação é totalmente dispensável do ponto de vista meramente econômico.

O que se vê por detrás dos atos negociais adotados é o desejo dos sócios da TEP em alienar parte de suas ações, mas sem que esta alienação ostentasse ganho de capital e fosse, portanto, sujeita à tributação. Assim, eles usaram a TEP para lograr a venda destas mesmas ações sob uma forma que imediatamente, a seu entender, era isenta de tributos.

Assim, a TEP foi inicialmente usada pelos sócios na deliberação que determinou a aquisição das de 16.081.424 ações ordinárias de emissão da própria companhia (das 160.814.240 existentes – ou seja, 10% do total de ações), para manutenção em tesouraria, ou de pelo menos, 80% destas ações. Posteriormente, a TEP foi novamente usada pelos sócios na deliberação que determinou a alienação de 12.865.140 ações ordinárias de emissão da própria companhia (80% do total adquirido).

Por fim, a TEP foi também usada pelos mesmos sócios na deliberação que determinou a distribuição aos acionistas de R\$56.766.949,48 a título de dividendos, ratificou o

¹ Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários), Luís Eduardo Schoueri, Dialética, 2012, p.117

pagamento R\$8.821.340,40 a título de juros sobre o capital próprio (relativo a 2006), destinando o saldo à reserva de lucros, e aprovou a incorporação da Aerosystem pela TEP.

Com esta última operação, os sócios da TEP (os mesmos da Aerosystem) lograram capitalizar os resultados da complexa operação societária, voltando ao *status quo ante*. E em sua visão, lograram ainda economizar os tributos devidos pelo ganho de capital na alienação das ações, que evidentemente estavam contabilizadas a um custo baixíssimo, face a seu valor de mercado.

O fato de a TEP ter sido usada por seus sócios não implica erro quanto ao sujeito passivo, porquanto os atos foram efetivamente praticados pela TEP, embora sempre mediante deliberação prévia do quadro de acionistas, que a todo instante tinham o controle integral do procedimento e o exerciam nas Assembléias Gerais Extraordinárias.

Assim, em que pese a recorrente alegar que não foi demonstrada a simulação, tenho-a como clara e evidente, e manifestada - como quase sempre o é - nas declarações, condições e cláusulas não verdadeiras e na transmissão de direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se transmitem.

A demonstração disso reside quase sempre nas motivações negociais declinadas. No caso vertente, por exemplo, afirma a recorrente na impugnação que adquiriu de seus acionistas um lote de ações de sua própria emissão, correspondente a 10% (dez por cento) do capital social, com o objetivo de criar um mecanismo de remuneração aos seus acionistas, porquanto, desde 2001, em face de prejuízos acumulados no período, a empresa não distribuía lucros.

É justo e legítimo que uma empresa que sofreu prejuízos acumulados de 2001 até 2006 (época dos negócios) não distribua lucros. É também justo e legítimo que ela resolva criar um mecanismo para reverter este quadro, passando a lucrar. Mas não um mecanismo para simplesmente remunerar seus acionistas. A lucratividade deve passar por um saneamento comercial, se a justificativa é esta. Até porque se os acionistas quisessem se remunerar, bastava venderem as ações que possuíam (embora aí tivessem que apurar ganho de capital). Mas, mediante as operações aqui debatidas, foi isso que a empresa fez. Ao criar o “mecanismo de remuneração”, ela simplesmente substituiu o que eles próprios fariam (alienação de ações), independentemente dela, o que prova que foi usada por eles (para venderem as ações sem sofrer tributação), já que não se vê qualquer revitalização comercial da empresa nestas operações.

Mas a recorrente prossegue nesta linha de raciocínio afirmando que:

Iniciadas as tratativas para a referida saída, a primeira alternativa vislumbrada foi a segregação de uma parte das ações do controle da TAM S/A, companhia aberta com ações negociadas em bolsa de valores, para uma outra sociedade que, ao final, pudesse ser transferida para o acionista retirante. Para tanto, a empresa escolhida foi a Aerosystem S/A Empreendimentos e Participações, porque que já possuía uma pequena participação na TAM S/A e era uma holding, sem outros ativos ou obrigações, desde que tinha transferido as ações que possuía da TAM Transportes Aéreos Mercosur S/A, com sede em Assunção no Paraguai, para a TAM S/A. Ainda em fase de

negociação e sem definição final do montante da participação a ser entregue ao acionista minoritário retirante, tendo em conta outros bens possuídos em conjunto com os demais herdeiros, decidiu-se transferir para a Aerosystem o equivalente a 80% (oitenta por cento) das ações de emissão da IMPUGNANTE que se encontravam em tesouraria e que corresponderiam a 3.500.240 ações preferenciais da TAM S/A. Por se tratar de empresa ligada e em atendimento às disposições contidas no art. 464, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda, que caracteriza como distribuição disfarçada de lucros a alienação de bem do ativo realizada pela pessoa jurídica a pessoa ligada, por valor notoriamente inferior ao de mercado, adotou-se como preço deste negócio o valor de mercado (de bolsa do dia) do ativo principal da IMPUGNANTE, a saber, as ações da TAM S/A.

Veja-se que a idéia defendida para o “mecanismo de remuneração” foi a segregação de uma parte *das ações do controle da TAM S/A* para empresa que posteriormente seria transferida para o acionista retirante (Aerosystem). Isto não ocorreu.

Mas aí então, decidiu-se transferir 80% das ações de emissão da recorrente (em tesouraria) à Aerosystem, e ponto. Nenhuma explicação há para isso. Apenas que o valor de transferência foi o de mercado para atender ao art. 464, I, do RIR/99.

Veja-se que tal explicação está longe de esclarecer a motivação dos atos societários empreendidos.

A recorrente ainda sustenta que *o grupo controlador da TAM S/A vinha sendo assediado para realizar uma fusão da empresa aérea brasileira com outra empresa aérea estrangeira, destinada a criar uma grande empresa aérea na América Latina, além de se encontrar em estudo uma possível aquisição ou fusão com a então concorrente Varig. Todas estas alternativas em estudo naquela ocasião passavam por esquemas societários que preservassem o controle acionário na mão da família Amaro, o que demonstrava ser acertado ter um veículo societário próprio e segregado deste controle, para a eventual implementação destes planos. Como informado ao agente fiscal, haviam razões estratégicas para a operação envolvendo a Aerosystem, muito embora não tenha sido solicitado à IMPUGNANTE ou a seus representantes qualquer informação adicional sobre tais razões.*

Tal explicação absolutamente nada tem que ver com os fatos ocorridos e nada explica. A tentativa é de explicar o porquê da Aerosystem, uma empresa já vinculada à família Amaro. Todavia, o caso vertente cuida de venda de ações em tesouraria que poderiam ter sido vendidas diretamente pelos próprios sócios. Em nada ajudam, para o entendimento do caso, as referências positivas da Aerosystem.

Prossegue a recorrente em sua tentativa de justificar os atos negociais:

Além destas frentes de negócio, que justificavam a segregação de um lote de ações da TAM S/A em empresa

apartada daquela que exercia o seu controle acionário, e logo após a realização desta segregação, os acionistas da TAM S/A, fora do bloco de controle, que eram fundos de investimentos e de private equity, sugeriram que a empresa promovesse uma oferta pública de ações novas, visando à capitalização daquela empresa e, em conjunto e se o mercado comportasse, uma oferta pública para venda de ações pertencentes aos acionistas, entre eles os próprios fundos referidos, haja vista o bom momento que o mercado de ações apresentava. Aprovada tal iniciativa, deu-se partida na oferta pública referida, abandonando-se e adiando-se os projetos anteriores, haja vista que em razão desta oferta a Aerosystem vendeu no mercado, em várias oportunidades (entre junho e setembro de 2005 a março de 2006), uma parte do lote de ações da TAM S/A que possuía. Tais vendas, conforme atestado pelo agente fiscal, foram realizadas em bolsa de valores, pelo preço do dia e de acordo com a procura do mercado pelo título, por meio de corretoras e para terceiros sem qualquer vínculo com a vendedora ou com empresas ligadas.

Em tais assertivas, vejo uma afirmação possivelmente verdadeira: o desejo de aproveitar o bom momento que o mercado de ações apresentava. E outra que não pode ser aceita: por este motivo foram abandonados todos os projetos anteriores. Isto porque estes (os projetos anteriores) em nada explicam os atos praticados, conforme já analisado, e, portanto, em minha visão, sua invocação é meramente retórica.

De se ver, portanto, que as declarações de vontade estampadas nos atos societários que definiram a aquisições de ações e sua manutenção em tesouraria e a alienação de 80% destas à Aerosystem não são verdadeiras, maculando o ato societário que as veicula. Individualmente, em cada ato societário, o quadro societário vai decidindo que a empresa: deve comprar; noutro, que a empresa deve vender 80% do que comprou; depois que quer que a empresa seja incorporada pela que comprou; depois que quer que a empresa que comprou incorpore a empresa que vendeu. Mas, vistos todos eles de uma só vez, percebe-se que as vontades individuais não são verdadeiras, já que volta-se ao *status quo ante*, com exceção de um detalhe: tributo foi economizado. Assim, e somente assim, descobre-se a declaração de vontade que faltou: o desejo de alienar ações sem pagar tributo sobre o ganho de capital.

Vê-se nada além do *modus operandi* típico de outros planejamentos tributários: há uma macro-operação, formada por várias micro-operações aparentemente válidas em sua estrutura intrínseca. Todavia, vista a obra pelo conjunto (macro-operação) percebe-se que as declarações de vontades individuais estavam viciadas.

Afirmar que porque o auditor-fiscal não declinou nestes exatos termos a simulação não induz concluir que ele não verificou, não demonstrou e não atacou a simulação. Suas palavras são categóricas no sentido de que a operação foi simulada. No termo de verificação fiscal, o auditor fiscal:

- faz um quadro que demonstra os intervalos de tempo curtíssimos entre as operações, o que é um indicador da simulação;

Recapitulando, temos resumidamente as seguintes movimentações societárias:

data	descrição	quant ações	valores	tempo decorrido
15/04/2005	compra de ações próprias	16.081.424	6.915.012,00	0
20/04/2005	venda de ações a Aerosys	12.865.140	139.972.723,20	5 dias após
12/05/2005	cisão com incorporação pela Aerosys			22 dias após
17/06/2005	Aerosystem vende ações a terceiros		77.336.920,80	36 dias após
01/11/2005	aumento capital com ganhos na alienação		115.985.700,00	137 dias após
29/06/2007	incorporação pela TEP da Aerosuyste,			240 dias após

- verifica que o controle das operações esteve totalmente sob o domínio dos mesmos sócios (tanto da TEP quanto da Aerosystem), pois os sócios são comuns, e além disso, detêm eles, também, o controle absoluto da TAM S/A;

Antes de entrar no mérito desta conclusão é imprescindível a indicação dos sócios, tanto da TEP como da Aerosystem e TAM S/A, durante os período em pauta:

TEP	2004	13/06/2005	31/12/2005	2006	31/07/2007	31/12/2007
JOÃO FRANCISCO AMARO	8,35%	8,35%	8%	8%	8%	9,68%
MARIA CLAUDIA AMARO	15,27%	15,27%	37%	37%	37%	43,64%
MAURICIO ROLIM AMARO	15,27%	15,27%	37%	37%	37%	43,64%
MARCOS ADOLFO T S AMARO	15,28%	15,28%	15%	15%	15%	
NOEMY A OLIVEIRA AMARO	45,83%	45,83%	1%	1%	1%	3,04%
SOMA	100,00%	100,00%	98%	98%	98%	100,00%
INVESTIMENTO NA TAM S/A	71,30%	71,98%	55,88%	52,17%	52,17%	46,20%
AEROSYSTEM						29/06/2007
JOÃO FRANCISCO AMARO			0,02%	0,02%		0,02%
MARIA CLAUDIA AMARO			16,66%	16,66%		16,66%
MAURICIO ROLIM AMARO			16,66%	16,66%		16,66%
MARCOS ADOLFO T S AMARO			16,66%	16,66%		16,66%
NOEMY A OLIVEIRA AMARO			50,00%	50,00%		50,00%
SOMA			100,00%	100,00%	0,00%	100,00%
INVESTIMENTO NA TAM S/A	1,24%		2,93%			
SOMA INVENSTIMENTO S/A	72,54%		58,81%			
TAM S/A	2004		2005			2007
AEROSYSTE TOTAL	1,24		2,82	1,01		1,27
AEROSYSTEM VOTANTE	2,53					
BRASIL PRIVATE	16,82		12,22			
BRASIL EQUITY'	3,63		2,64			
LATIN AMERICA	4,34		3,16			
LATIN AMERICA	1,1					
TEP TOTAL	71,3		55,08	48,52		44,82
TEP VOTANTE	97,27					
OUTROS PEQUENOS	1,57		24,08			24,96
JP MERGAN						21,22

AMARO E AVIATION				7,73
CIA BRAS. LIQ CUSTODIA			50,19	
TOTAL TOTAL	98,43	100	99,72	100

- concluiu que os atos societários foram simulados;

Assim, fica possível de verificar que a verdadeira intenção do contribuinte era de vender determinada quantidade de ações a terceiros, e para tanto fez uso de pretensas ações em tesouraria e o uso da empresa Aerosystem como passagem transitória da efetiva negociação.

- indicou a falta de substrato econômico da Aerosystem para conduzir as operações;

A Aerosystem conforme pode ser evidenciado nas DIRPs, nunca teve recursos para bancar esta compra, pertencia aos mesmos sócios da TEP, observando-se que não houve aumento de capital, não houve recursos oriundo de lucros e tampouco originados de empréstimos e fundamentalmente que os valores com que honrou a quitação da aquisição das pretensas ações em tesouraria foram com repasses dos valores recebidos pela vendas destas mesmas ações a terceiros. (vide extratos bancários da Aerosystem).

- concluiu que toda operação societária foi conduzida com o único objetivo de economizar tributo;

O real motivo para execução deste planejamento, ou seja aquisição de ações para tesouraria, apenas 5 dias depois vender 80% destas ações para empresa pertencente aos mesmos sócios, as seguir cisão parcial da TEP com incorporação pela Aerosystem, venda a terceiros das ações da TAM S/A em breve lapso de tempo da aquisição/cisão, aumento de capital com a reserva de capital fruto do ágio "pago" pela Aerosystem e finalmente incorporação da Aerosystem pela TEP, voltando ao "status quo", com liquidação da aquisição pela Aerosystem junto a TEP com valores, principalmente, repassados pelos terceiros adquirentes das ações da TAM S/A (fls 29 a 31 – extrato bancário da Aerosystem), tinha como objetivo fugir da tributação do ganho de capital aproveitando-se desta não tributação via art. 442 do RIR/99, que determina:

- e, por fim, concluiu haver simulação:

Por força do entendimento que a ação foi simulada, é simultaneamente efetuada a devida representação fiscal para fins penais que recebe o numero de processo nº 16.643.000033/2010-12.

Sendo assim, voto para que seja mantido o lançamento deste item tal qual lavrado.

Multa qualificada

Da análise do contexto exsurge que a ação concertada consistente na reestruturação societária perpetrada pela recorrente visou inegavelmente a reduzir indevidamente o montante devido de IRPJ e CSLL.

Os atos societários, vistos pelo conjunto da obra, são simulados, pois a vontade real não é declinada, e a vontade declarada diverge do que na verdade desejam os declarantes, sendo que ao final é mantido o *status quo ante*.

Tendo em vista que as ações de reorganização societária foram planejadas com antecipação, executadas com cuidado, gerando um ganho de capital mascarado com exclusão a ele não destinada, não é possível alegar-se inocência quanto à finalidade pretendida e quanto ao domínio dos fatos praticados.

Não vejo como possível, também, alegar-se o cumprimento aparente das normas para afastar o dolo. Isto porque há nos atos um elemento ideológico não verdadeiro por detrás das ações manifestadas. As normas foram cumpridas somente se analisadas as operações de forma individual. Passando-se ao contexto geral, percebe-se o descumprimento da norma tributária e da norma civil, gerando-se indevidamente uma dedutividade, vez que as operações praticadas não podem ser sustentadas pelos propósitos negociais alegados e pela inexistência de efeitos econômicos decorrentes. E aí, não há como se afastar a vontade, o dolo, na prática dos atos destinados a reduzir o IRPJ e a CSLL.

Assim, ou bem se reconhece que tudo foi legal e não há dolo, ou bem se admite que houve dolo, mediante fraude, nas ações destinadas a reduzir o montante de tributos devido, e então, a fraude impõe a qualificação da multa. Esta última opção parece-me a mais correta ao caso vertente.

No mesmo sentido segue forte jurisprudência do Carf. Vejamos:

Acórdão nº 10196066 do Processo 10735003228200533

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. Constatada a existência de simulação nos atos jurídicos com o objetivo de prejudicar o Fisco, caracterizado está o evidente intuito de fraude definido no art. 72 da Lei nº 4.502/1964, devendo ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

No mesmo sentido

Acórdão nº 10195168 do Processo 10768015727200162

PRELIMINAR - DECADÊNCIA - SIMULAÇÃO - comprovada a simulação a regra decadencial desloca-se, para os tributos lançados por homologação, do artigo 150, parágrafo 4º, para a

do artigo 173, I, ambos do CTN. OPERAÇÕES DE OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR - PREJUÍZOS - ALEGAÇÃO DE FRAUDE - Comprovada a simulação nas operações de opções flexíveis de dólar, sem garantia, há que ser mantido o lançamento que glosou as perdas decorrentes daquelas operações. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - presente o verdadeiro intuito fraudulento, na figura da simulação do negócio jurídico, a que se manter a qualificação da multa de ofício. Recurso voluntário não provido.

No mesmo sentido

Acórdão nº 10323441 do Processo 10980009452200618

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 2005 Ementa: DESPESAS COM ÁGIO. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. INDEDUTIBILIDADE. PROVAS. É indedutível as despesas com ágio quando provado nos autos que as mesmas foram levadas a efeito a partir da prática de simulação através de negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade da operação em causa se enquadrar como simulação, isso porque faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal, simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS - DESNECESSIDADE. A tão só coexistência, com aplicações financeiras remuneradas a taxas inferiores, de empréstimos tomados a pessoas relacionadas não autoriza a inferência de serem desnecessárias as despesas havidas com estes empréstimos. RESERVA DE REAVALIAÇÃO. REALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. A entrega de bens em pagamento do valor do capital subscrito, fato permutativo que é, não implica em realização da reserva de reavaliação. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - SIMULAÇÃO - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Publicado no D.O.U. nº 141 de 24/07/2008.*

Sou, pois, pela manutenção da multa qualificada.

Omissão de Receitas

A segunda infração objeto de lançamento pela fiscalização foi a omissão de receitas caracterizada como receita de venda de ações não contabilizada.

Segundo apurou a fiscalização, a recorrente não recebeu a parcela de R\$500.000,00 decorrente da venda de ações para a Aerosystem. A Aerosystem, por sua vez, simplesmente baixou este valor em 20/04/2005 do conta-correntes com a TEP.

A recorrente afirmou à fiscalização que o valor de R\$500.000,00 *tem sua origem em uma venda de ações do capital da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A, ocorrida em 2004 e cujo valor foi recebido integralmente pela TEP.*

A fiscalização, de posse de tal informação, verificou as DIPJ da Aerosystem desde 2003. Na declaração de 2004 é citada a venda da Agropecuária Santa Maria do Pantanal S/A (Agropecuária). Todavia, nem nesta nem em nenhuma outra declaração a Agropecuária é declarada como investimento da Aerosystem. Também não são indicados ganhos não operacionais na ficha 6, nem há declaração de crédito com pessoa jurídica ligada nas fichas do ativo.

A recorrente se defende, alegando que o embora o acórdão recorrido tenha dito que não havia registro de valor no ativo da Aerosystem, o balancete da Aerosystem traz este valor (R\$500.000,00) lançado, além de ter sido apresentado o contrato de compra e venda das ações da Agropecuária acima referida. Além disso, o resultado relativo à Agropecuária, por se tratar de investimento em sociedade coligada, cujo registro é feito em conta de ativo permanente, é não operacional, não se sujeitando, portanto, às contribuições ao PIS e à Cofins;

Afirma, ainda, que a norma antielisão do art. 116 do CTN não pode ser aplicada por faltar a lei ordinária ali mencionada em nosso Ordenamento, e o agente não identificou qual o negócio que a recorrente buscou simular;

Ressalto que o contrato de compra e venda de ações da Agropecuária, citado pela recorrente, somente foi apresentado na impugnação. Este contrato é apresentado na forma simples, sem registro ou reconhecimento de firma. Demais disso, o contrato nada afirma sobre o cumprimento dos direitos ali estabelecidos. Portanto, ele nada afirma sobre a baixa dos valores em aberto (R\$500.000,00), ação que deveria ter sido provada pelo comprovante de pagamento e recibo, bem como estar devidamente escriturada em ambas as contabilidades (da Aerosystem e da TEP), além de constar das linhas relativas e este tipo de operação em suas declarações (como na DIPJ).

Relativamente ao suposto balancete da Aerosystem, após compulsar todas as folhas do processo, não o encontrei. Não tendo ele sido acostado pela fiscalização, e tendo sido sua existência suscitada pela recorrente - e nesta peculiar situação em que os sócios da recorrente são comuns ao quadro societário da Aerosystem - deveria a recorrente tê-lo acostado, posto que se deseja contestar o direito de crédito alegado, alegando existência de fato extintivo do seu direito, nos termos do art. 333 do CPC, deveria juntar os elementos de prova que demonstram suas alegações, verbis:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, verifica-se que a recorrente efetivamente baixou, sem qualquer explicação, seu ativo contra a Aerosystem (empresa cujo quadro social é o mesmo da recorrente), e não foi tal fato escriturado, nem foi apresentada qualquer prova da baixa nem pela recorrente nem mesmo pelas DIPJ prestadas pela Aerosystem.

Todavia, ainda assim, tendo em vista que o caso de omissão de receita apontado carece de fundamentação legal específica, há de se constatar que efetivamente o lançamento é feito com base na presunção *hominis*.

No caso, a presunção *hominis* feita pela fiscalização é no sentido de que os valores relativos à baixa foram efetivamente recebidos à margem da contabilidade (por qualquer forma de acerto entre partes). Ou é isto, ou o próprio investimento era falso, e a manutenção dele no ativo era fictícia. Mas nesse caso, o trabalho fiscal deveria ter-se pautado pelo avanço nesta linha investigativa. Além disso, não me parece ser esta a situação, posto que o usual é exatamente o contrário, ou seja, para *contabilizar* receitas à margem da escrituração sem pagar o tributo devido pelo cômputo delas, o sonegador cria passivos fictícios, lançando em conta de passivo valores que deveriam constar de conta de resultado.

Poder-se-ia cogitar, ainda, que na alienação do investimento houve ganho de capital e o ganho deste teria sido omitido. Porém, vê-se que a alienação é feita entre empresas do mesmo grupo, situação em que para gerar economia tributária, usualmente as operações são realizadas a preço de custo, excetuados os contornos feitos para evitar a incidência da legislação sobre distribuição disfarçada de lucro. E a parcela que restaria omitida deveria ser relativa tão somente ao ganho de capital na operação, nada tendo que ver com o ativo alienado.

Por fim, o lançamento feito nestes autos diz respeito tão somente a operações entre empresas do mesmo grupo econômico. Nada se diz sobre eventuais indícios de sonegação fiscal relativos a receitas operacionais omitidas. E a principal função das presunções legais hoje é positivar as máximas da experiência verificadas na lide dos trabalhos fiscais, possibilitando a prova da omissão da receita, que geralmente é derivada das operações normais e usuais da empresa.

Vejo, portanto, como distante e isolado o fato indiciário, não sendo possível, a partir dele chegar-se, por meio do raciocínio lógico, à infração desconhecida que efetivamente possa ter sido praticada.

Em casos como este, já me manifestei no sentido de que para ser aceita a presunção *hominis* deve ela estar acompanhada de outros elementos que permitam concluir-se com alto juízo de probabilidade pela efetiva ocorrência da infração, como no julgamento do PA 16707.003963/2006-41, julgado à unanimidade por este colegiado em 24/02/2011 *verbis*:

OMISSÃO DE RECEITAS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS.

As denominadas presunções hominis podem, sob certas circunstâncias, servir de suporte para tributação, porém, neste caso, torna-se necessário que elas venham acompanhadas de elementos subsidiários que as tornem incontestáveis.

Assim, voto para dar provimento ao recurso nesta matéria.

Arguição de inconstitucionalidade de lei

O recorrente se insurgiu contra parte da decisão da DRJ que não conheceu de matéria que questionava inconstitucionalidade de lei, em especial a confiscatoriedade das multas de 75% e 150%.

Não lhe assiste razão neste ponto.

Ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Tal restrição não elimina a possibilidade de que, inconformado, deduza o contribuinte sua pretensão em juízo, assegurando-se do conteúdo prescritivo do art. 5º, XXXV, da CF.

O direito positivou tal restrição no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, e, ademais, a matéria já se encontra sumulada, dadas as reiteradas e uniformes decisões tomadas pelo Colegiado no mesmo sentido, através da Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

***Súmula CARF nº 2:** O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Assim, voto para dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para tão somente afastar o lançamento relativo a omissão de receitas no valor de R\$500.000,00 baixado do saldo de contas correntes com a Aerosystem.

Sala das Sessões, 09 de abril de 2013.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator