



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 19515.723039/2012-79  
**Recurso** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** **9101-006.858 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 6 de março de 2024  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 67 DO ANEXO II DO RICARF. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial que aponta como paradigma de divergência acórdão sem similitude fática com o aresto recorrido, ou que, por si só, não é suficiente para reformar a decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votou pelas conclusões o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Eduardo Dornelas Souza (substituto), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jeferson Teodorovicz (substituto) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício). Ausentes o Conselheiro Luciano Bernart, substituído pelo Conselheiro Jeferson Teodorovicz, e a Conselheira Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, substituída pelo Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

**Relatório**

Trata-se de Recurso Especial interposto pela PGFN em face do Acórdão nº 1401-001.239, de 26/08/2014 cuja ementa, e respectivo dispositivo, restaram assim redigidos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008

**NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. INOPONIBILIDADE AO FISCO.**

O fato de ser um negócio jurídico indireto não traz a consequência direta de tornar eficaz o procedimento da interessada, pois essa figura não é oponível ao fisco quando visar apenas a mera economia de tributos. No caso concreto, houve fraude à lei do imposto de renda que comanda a tributação do ganho de capital na alienação de ações através da utilização de norma de cobertura. O negócio jurídico indireto se deu através de compra e venda de ações mascarada a partir de um aumento de capital não vivenciado.

**NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. MULTA.**

No negócio jurídico indireto, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

**JUROS SOBRE MULTA.**

A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido. Não procede o argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário. Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não toma como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.** Estende-se ao lançamento decorrente, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, DERAM provimento PARCIAL ao recurso de ofício, nos seguintes termos:

I) pelo voto de qualidade, DAR provimento PARCIAL ao recurso de ofício para restabelecer os autos de infração do IRPJ/CSLL, vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira (Relator), Sérgio Luiz Bezerra Presta e Karem Jureidini Dias que negavam provimento ao recurso de ofício;

II) por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso de ofício, para desqualificar a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento);

III) pelo voto de qualidade, NEGAR o pedido de baixar o processo em diligência para averiguação de postergação no pagamento de tributos, vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira (Relator), Sérgio Luiz Bezerra Presta e Karem Jureidini Dias que acolhiam o pedido; e

IV) por maioria de votos, mantiveram os juros sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Sérgio Luiz Bezerra Presta e Karem Jureidini Dias.

Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Bezerra Neto. O pedido de vistas da Conselheira Karem Jureidini Dias foi negado pelo Presidente. O Conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta substitui o Conselheiro Maurício Pereira Faro que declarou-se impedido.

Trata-se de contencioso decorrente de ação fiscal segundo a qual a autoridade responsável considerou que a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) teria deixado de oferecer à tributação o ganho de capital auferido com a alienação de 40% de sua participação acionária na Nacional Minérios S.A.(Namisa).

Sobre o ganho de capital apurado pela autoridade fiscal, procedeu-se aos lançamentos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), sobre os quais incidiu a multa qualificada de 150%, por entender o fisco ter ocorrido uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/1964.

Remanesce, na atual fase processual, a discussão sobre a qualificação da multa de ofício imposta ao Contribuinte.

Sobre esta matéria, a Contribuinte, desde a Impugnação, sustenta que seria descabida a qualificação da multa, já que não teria sido caracterizada a prática de simulação ou fraude, tampouco houve produção de documento falso ou ocultação dos atos praticados que findaram por resultar na autuação fiscal.

A DRJ de São Paulo, responsável pelo julgamento do feito em primeira instância administrativa, deu provimento à impugnação e exonerou o crédito tributário constituído. Tal decisão foi objeto de recurso de ofício, cujo julgamento culminou com a decisão acima ementada.

Após a prolação do Recurso Voluntário, foram interpostos Recursos Especiais pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pela Contribuinte, sendo que, esta, posteriormente desistiu do apelo apresentado.

Levado o feito a julgamento por esta 1ª Turma da CSRF, entendeu o Colegiado, com composição diversa da atual, que o processo deveria ser saneado em função da constatação de incongruências que o teriam maculado. A Resolução (9101-000.041, de 07/02/2018) restou assim redigida:

Resolvem os membros do colegiado, por voto de qualidade, (i) estabelecer que o voto vencedor discutido no recurso, em relação à multa qualificada, é do relator do acórdão recorrido, o conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto e Flávio Franco Corrêa, que entenderam ser do redator designado para o referido acórdão, o conselheiro Antônio Bezerra Neto; e (ii) converter o julgamento do recurso em diligência para saneamento dos autos, com abertura de novo prazo para interposição de recurso especial pela Fazenda Nacional e apresentação de contrarrazões pela Contribuinte, nos termos do voto vencedor, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que entenderam não ser possível a conversão do julgamento em diligência. Votou pelas conclusões, em relação à conversão em diligência, o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Manifestaram intenção de

apresentar declaração de voto os conselheiros Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo e Luís Flávio Neto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura. Entretanto, findo o prazo regimental, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

Em suma, entendeu o Colegiado que no acórdão de Recurso Voluntário havia duas linhas com fundamentos distintos para redução da multa qualificada. Decidiu a Turma que deveria prevalecer a que fora apresentada pelo Relator do feito. Ademais, determinou a baixa dos autos para concessão de novo prazo recursal à Fazenda Nacional e de Contrarrazões à Contribuinte, como consequência da fundamentação que deveria prevalecer no acórdão recorrido.

Cientificada da resolução, a Fazenda Nacional manejou novo Recurso Especial (fls. 6.160 a 6.195) alegando, em suma, divergência interpretativa quanto à aplicação da multa qualificada, que fora exonerada pelo acórdão de Recurso Voluntário.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 6.198 a 6.201 admitiu o Apelo Fazendário para dar seguimento à matéria suscitada, nos seguintes termos:

Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *apesar de o negócio ter sido considerado simulado, afastando-se os seus efeitos para fins de tributação, identificando-se ser o tributo devido, resta evidente que a Recorrente agiu certa de que estaria praticando o chamado negócio jurídico lícito, afastando o dolo apontado*, os **acórdãos paradigmas apontados** (Acórdãos n.ºs 9101-00.528, de 2010, e 9101-001.876, de 2014) decidiram, **de modo diametralmente oposto**, que *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, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996 (primeiro acórdão paradigma) e que, constatada a prática de simulação, perpetrada mediante a articulação de operações com o intuito de evitar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada (segundo acórdão paradigma)*.

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização da divergência de interpretação suscitada**.

Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROPONHO seja **ADMITIDO** o Recurso Especial interposto.

[...]

Com fundamento nas razões acima expendidas, nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **ADMITO** o Recurso Especial interposto.

Intimada em 17/12/2018 (fl. 6.227) da Resolução da CSRF, do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e do despacho que o admitiu, a Contribuinte apresentou em 02/01/2019 (fl. 6.229) tempestivas Contrarrazões de fls. 6.230 a 6.263.

Em sua defesa, a Contribuinte questiona o conhecimento do Recurso Especial aduzindo para tanto que não haveria similitude fática entre os paradigmas apresentados e o recorrido.

No mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido, ratificando sua defesa de que não houve prática de atos fraudulentos ou simulados, fato que teria sido inclusive decidido por unanimidade nas duas instâncias de julgamento.

Registro, por fim, que a Contribuinte ora Recorrida impetrou ação anulatória do crédito tributário objeto deste PAF perante a Justiça Federal, Seção Judiciária de São Paulo (5021979-48.2017.4.03.6100). Tal ação, contudo, encontra-se sobrestada, a pedido da própria autora, até o trânsito em julgado de dois Mandados de Segurança também relacionados a este processo.

Acórdão proferido em apelação movida pela PGFN no Mandado de Segurança n.º 1002288-25.2017.4.01.3400 decidiu, ainda que incidentalmente, que a existência daquela ação anulatória, posto sobrestada, não implica renúncia da instância administrativa, *verbis*:

Sustenta a União, ao final das razões recursais, a ausência de interesse processual da ora Apelada, para anular o resultado do julgamento do recurso de ofício julgado pelo CARF em favor da Fazenda, ao fundamento, em síntese, de que, “(...) **com o ajuizamento da ação anulatória, a via administrativa restou encerrada e a análise do mérito da autuação fiscal será feita, agora, exclusivamente, pela 14ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo.**” (ID 128289070, Pág. 40).

No entanto, a preliminar de ausência de interesse processual não merece ser acolhida.

Isto porque não há que se falar, na espécie, *data venia*, em renúncia à instância administrativa, haja vista que a ora Apelada requereu o sobrestamento da ação anulatória, ajuizada perante a Seção Judiciária de São Paulo (autos n.º 5021979-48.2017.4.03.6100), em virtude da relação de prejudicialidade entre o julgamento da referida ação e o do presente mandado de segurança (ID 128289087).

E o MM. Juízo da Seção Judiciária de São Paulo acolheu o requerimento de suspensão do feito relativo à ação anulatória até o julgamento definitivo do presente mandado de segurança e do mandado de segurança de n.º 1007133-03.2017.4.01.3400 (ID 128289087).

Portanto, com a licença de ótica distinta, a Apelada não renunciou ao direito de discutir o lançamento tributário na esfera administrativa perante o CARF, tendo, inicialmente, buscado, na via do presente mandado de segurança, a anulação do julgamento realizado naquela esfera (CARF) e o prosseguimento do processo administrativo com a renovação do julgamento.

Em seguida, os autos foram submetidos a sorteio, cabendo-me o seu relato.

Posteriormente, o Recorrente apresentou petição de fls. 6333-6336 solicitando o reconhecimento de perda de objeto do Recurso Especial da Fazenda Nacional “*em decorrência de alteração legislativa promovida pela Lei n.º 14.689/2023*” em razão de o acórdão recorrido ter decidido o mérito da exigência por voto de qualidade, decisão essa definitiva no âmbito administrativo, e ainda submetido a discussão judicial, no âmbito dos autos da Ação Ordinária Anulatória de Lançamento Fiscal n.º 5021979-48.2017.4.03.6100, “*ação essa que se encontra atualmente pendente de julgamento em primeira instância pela MM. 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, situação abrangida pela hipótese do artigo 15 da Lei n.º 14.689/23*”.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

### 1 CONHECIMENTO

O Recurso Especial é tempestivo, conforme já evidenciado no relatório.

O Contribuinte, em Contrarrazões (fls. 6.230 a 6.263), sustenta que o Recurso Especial Fazendário não deve ser conhecido.

Preliminarmente, alega a impossibilidade de se restabelecer o lançamento por motivos diversos de seus fundamentos. Sustenta que não consta na peça recursal argumentos quanto à suposta inexistência da BIG JUMP, que teria sido o fundamento único, segundo a Contribuinte, da qualificação da multa.

Acrescenta que também não teria havido manifestação da Recorrente quanto ao segundo motivo alegado pela Fiscalização para a qualificação da multa. Esta segunda causa seria a publicação, pela Contribuinte, de sua intenção de vender 40% da Namisa.

Considera que no Recurso Especial, a PGFN deveria sustentar que de fato teriam ocorridos os fatos apontados pela acusação fiscal, e que sequer tentou fazer esta prova.

Conclui a preliminar afirmando que o recurso não pode ser conhecido ou provido para restabelecer a multa por fundamentos diversos daqueles adotados na ação fiscal.

Sem razão o Contribuinte nestas alegações.

Como é cediço, o Recurso Especial é apelo de cognição específica destinado a conferir a melhor interpretação à legislação tributária dentre duas adotadas por Colegiados deste CARF.

Diante desta especificidade, a Turma Julgadora não procederá à reanálise ou reavaliação das provas dos autos, mas definirá o marco normativo que deve imperar para o deslinde da questão posta.

As questões fáticas levantadas pela Recorrida, no âmbito do Recurso Especial, podem ensejar, eventualmente, o não conhecimento de determinada matéria, se restar comprovado que não há similitude entre os fatos levados a julgamento nos acórdãos cotejados.

Pelo exposto, não acolho a preliminar suscitada e passo à análise do conhecimento do recurso especial interposto pela PGFN.

O Contribuinte oferece resistência ao conhecimento do Recurso Especial proposto pela Fazenda Nacional sob o argumento de inexistência de dissídio jurisprudencial entre os acórdãos paragonados.

Nesse sentido, afirma que não há similitude entre o recorrido e os paradigmas apresentados. Sustenta que o primeiro paradigma (acórdão 9101-00.528) trata de caso típico de operação “*casa-separa*”, hipótese distinta da ora em julgamento, onde teria havido uma real associação entre as partes envolvidas.

Quanto ao segundo paradigma, sustenta a diferença entre os fatos por considerar que restou claro naquele julgado (acórdão 9101-001.876) que as operações investigadas pelo Fisco aconteceram apenas no papel e que no caso concreto não teria havido questionamento quanto à efetividade das operações, mas apenas foram afastados seus efeitos tributários e fiscais.

Nesse ponto, entendo assistir razão à Recorrida.

O primeiro acórdão paradigma, de fato, trata de caso típico de operação “*casa-separa*”. A autuação fiscal daquele caso decorreu da constatação, pelo Fisco, da existência de ganho de capital decorrente da alienação de participação societária.

As empresas envolvidas (M. Serviços, alienante, e Audatex, adquirente), visando ocultar o ganho de capital auferido, teriam simulado a participação comum em terceira empresa (M. Sistemas, esta objeto da alienação), com participação no capital social completamente desproporcional ao valor integralizado por cada sócia.

Originalmente, a M. Serviços detinha o total do capital social (R\$ 162.498,00) da M. Sistemas, integralizado com equipamentos utilizados pelo sistema Molicar. Em junho de 2020, deliberou-se pelo aumento do capital social para R\$ 203.123,00 (duzentos mil reais), admitindo-se na sociedade a Audax, com cotas no valor de R\$ 40.625,00 (20% do total).

Na mesma ocasião, foi aprovada a emissão de novas ações cujo aporte de R\$ 8.893.877,99 destinar-se-iam a reserva de capital. Tal valor fora subscrito e integralizado pela Audatex.

Contudo, mesmo diante da disparidade dos respectivos aportes, a M. Serviços continuou sendo detentora de 80% do capital social da investida e, poucos dias após o relevante aumento de capital, retirou-se da sociedade, recebendo em devolução o valor correspondente às suas cotas (acima dos 7.000.000,00 – sete milhões de reais) cuja exclusão da base de cálculo do IRPJ restaria autorizada pelo preconizado no art. 225, § 1º do RIR/1999, já que o investimento

era submetido à equivalência patrimonial. Ressalte-se que o aumento de capital aconteceu em 09/06/2020 e a retirada da M. Serviços da sociedade operou-se em 20/06/2020.

A conclusão da autoridade autuante, diante de todos os fatos apurados, foi pela comprovação da existência de fraude e de simulação, considerando indevida a exclusão, por equivalência patrimonial, do ganho auferido com o aumento no capital social da investida.

Peço vênha para reproduzir as principais conclusões alcançadas pela autoridade fiscal naquele caso, extraído do acórdão de recurso voluntário (101-95.552, de 25/05/2006):

#### CONCLUSÃO FINAL:

#### SIMULAÇÃO PARA OCULTAR VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA — EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO LÍQUIDO

Analisando as operações envolvendo a M. SERVIÇOS, a M.SISTEMAS e a AUDATEX respectivamente, fica evidente a tentativa do contribuinte M. SERVIÇOS de valer-se de procedimentos visando utilizar artifícios para permitir a venda da M. SISTEMAS, que tem como principal ativo o SISTEMA MOLICAR, sem sofrer a tributação devida na operação.

Entretanto, esta fiscalização entende que a série de operações realizadas em 9 e 20 de junho de 2000 constantes das Atas de Assembléia da M. SISTEMAS, caracterizam fraude por abuso de formas de direito privado, mediante simulação, conforme previsto no então vigente Código Civil: Inciso I do art. 102: "Haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem".

A indevida distribuição social, que concedia 80% de participação à M.SERVIÇOS, prestou-se tão-somente a permitir que a mesma efetuasse a avaliação de seu investimento na M. SISTEMAS pelo Método da Equivalência Patrimonial.

Em suma, a Equivalência Patrimonial realizada na M. SERVIÇOS é indevida, uma vez que a participação de 80% na M. SISTEMAS foi apenas simulada, inexistindo de fato. As empresas M.SERVIÇOS e AUDATEX valeram-se de instrumentos jurídicos para simular a ocorrência de uma composição social que não ocorreu de fato na M. SISTEMAS.

Através da equivalência patrimonial, indevidamente realizada, a M. SERVIÇOS obteve o ganho em participações societárias de R\$ 7.115.102,39, excluído na apuração do lucro real para efeito de tributação pelo IRPJ, mediante amparo do disposto no § 1º do art. 225 do RIR/99.

Conclui-se, portanto, que os atos simulatórios praticados pela M. SERVIÇOS visaram ocultar o fato gerador do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro no ganho auferido com a venda de sua participação social na M SISTEMAS.

O caso ora em exame, por sua vez, envolve ganho de capital decorrente da alienação de participação societária do Contribuinte na empresa investida (subsidiária da atuada). Embora vencido quanto ao mérito da exigência, reproduzo o resumo dos fatos

apresentado pelo relator do feito (tese prevalente) em relação aos fundamentos da decisão recorrida que reduziu a multa para 75%:

1. As empresas investidoras estrangeiras (seis empresas japonesas e uma sul-coreana) constituem uma sociedade no Brasil com o objeto de adquirir a participação societária no montante de 40% da Namisa. Nesse contexto, é criada a Big Jump;
2. As investidoras estrangeiras remetem ao Brasil R\$7,40 bilhões e capitalizam a Big Jump;
3. Com aquele montante, a Big Jump paga à CSN R\$87,56 milhões pela aquisição de 0,7907% das ações da Namisa, e ainda, integraliza ao capital social da Namisa o montante de R\$7,28 bilhões por meio de emissão de novas ações;
4. Somando-se o percentual de 0,7907% às novas ações emitidas pela Namisa, as investidoras estrangeiras, por meio da Big Jump, passam a deter 40% da Namisa;
5. O valor integralizado ao capital social da Namisa (R\$7,28 bilhões) é utilizado para antecipar à CSN pagamento por conta dos contratos firmados para prestação de serviços portuários e de fornecimento de minério;
6. Os referidos contratos vêm sendo regularmente cumpridos pela Recorrida, que emite a fatura de venda dos produtos (minério de ferro) ou prestação de serviços portuários. Por esses fornecimentos de serviços e de produtos, a Recorrida recebe metade das faturas emitidas e a outra metade é abatida do montante de antecipação dos pagamentos que recebeu;
7. Quando da venda dos produtos ou das prestações de serviços, as faturas emitidas pelo seu valor cheio tal valor compõe o resultado tributável da Recorrida;
8. Em função do adiantamento recebido, a Recorrida deve pagar à Namisa 12,5% de juros ao ano, sendo que 34% desse valor são pagos em dinheiro e 66% são incorporados à dívida.

Note-se que a Namisa é empresa do ramo da mineração, possui existência incontestável e foi objeto de autuação fiscal por dedução indevida de despesa com ágio relativo à mesma operação.

Ademais, o investimento foi promovido por 7 empresas diferentes, todas estrangeiras, e não resultou na retirada do Contribuinte autuado da participação societária da investida, embora tenha havido redução no percentual desta participação em função da emissão de novas ações, adquiridas pelos investidores.

O resultado auferido pelo Contribuinte autuado com a alienação das ações foi a ele repassado a título de antecipação por contrato celebrado com a investida visando fornecimento de minério e serviços portuários por 34 anos. Consta, conforme resumo dos fatos acima transcrito, que o contrato vem sendo regularmente cumprido.

Relembre-se, a controvérsia devolvida a este Colegiado refere-se à imposição da multa qualificada.

Nesse cenário, não resta evidenciado que as situações enfrentadas pelos dois Colegiados paradigmáticos tenham a similitude necessária com os fatos tratados no recorrido para dar azo à alegada divergência na interpretação da norma jurídica. Veja-se as conclusões a que chegaram as respectivas Turmas Julgadoras para decidir sobre a multa qualificada.

Início pelo acórdão paradigma (9101-00.528, de 11/10/2010), valendo-me da reprodução da seguinte passagem do voto vencedor do julgado:

Verificando-se os autos, nota-se que a autoridade lançadora constatou, pela análise da causa jurídica das operações, a ocorrência de simulação. O Termo de Verificação Fiscal (fls. 136/146) descreve a sequência dos negócios jurídicos que foram requalificados para fins fiscais e que resultaram no lançamento do IRPJ e da CSLL sob exame. Peço licença para transcrever excertos do relatório fiscal:

[...]

A fiscalização entendeu que a contribuinte praticou atos simulatórios com a finalidade de ocultar a venda de participação societária, deixando de oferecer os ganhos auferidos na operação. Como bem destacou a Ilustre Relatora, trata-se de planejamento fiscal visando a entrega da “Molicar Sistemas”, para a “Audatex”, por meio de retirada da “Molicar Serviços” da “Molicar Sistemas”, levando a “Molicar Serviços” sua parte do capital correspondente a 80% da participação societária.

Segundo a fiscalização, a empresa “Molicar Serviços” utilizou-se de institutos jurídicos que divergiram da verdadeira intenção das partes, qualificando-os como atos simulatórios, cuja finalidade foi a de ocultar a ocorrência do fato gerador do imposto relativo à alienação de sua participação societária.

Estes fatos subsumem-se ao disposto no art. 71 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, *verbis*:

[...]

Com efeito, o conjunto probatório carreado aos autos atestam que as operações engendradas pelas empresas caracterizam a sonegação fiscal nos termos da legislação vigente. Uma vez tipificada a conduta evasiva, restou constituído o suporte fático que embasa a aplicação da sanção pertinente, qual seja, a aplicação da multa qualificada prevista no art. 44, inciso II da Lei n. 9.430/96, *verbis*:

[...]

No presente caso, verificou-se esta discrepância entre os negócios jurídicos celebrados (reorganização societária) e a intenção prática querida pelas partes (alienação de participação societária). Portanto, entendo não restar dúvidas de que trata-se da realização de atos simulados com a finalidade de reduzir a incidência de tributos, o que de pronto enseja a qualificação da multa de ofício.

No campo tributário, a realização de atos simulados configura a conduta tipificada na legislação vigente como sonegação, entendida como *a ação dolosa tendente a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da*

*ocorrência do fato gerador da obrigação tributária* (art. 71, inciso I da Lei n. 4.502/1964).

[...]

Compulsando-se os autos, verifica-se que a contribuinte celebrou atos societários formais que aparentemente teriam por escopo uma associação e uma simultânea reorganização das empresas envolvidas. Porém, a intenção subjacente a essas operações era a de efetuar uma simples operação de compra e venda de participação societária. Entretanto, esta geraria ganho de capital tributável, daí a simulação para tentar ocultar a ocorrência do fato gerador do imposto.

Esta conclusão é respaldada pelos detalhes expostos na autuação e no acórdão de primeira instância, onde constata-se a premeditação dos atos realizados, o que deixa patente que a intenção das partes era diferente daquela ostentada nos atos celebrados. No caso em questão, restou claro que as operações realizadas não tinham objetivos autônomos, já que não existe qualquer lógica em, premeditadamente, efetuar-se uma associação empresarial em uma semana e desfazê-la em duas semanas seguintes.

Ora, presentes estes elementos, a conduta deve ser tipificada como ação dolosa, subsumida ao art. 71 da Lei n. 4.502/1964 e sujeita, portanto, à multa de ofício qualificada, nos exatos termos do art. 44, inciso II da Lei n. 9.430/1996. A fiscalização, acertadamente, identificou tais elementos e concluiu que a sequência das operações tiveram o objetivo de ocultar a alienação da participação societária e o consequente ganho de capital tributável, configurando a prática de sonegação prevista no art. 71 da referida Lei n. 4.502/1964.

A conclusão do Colegiado paradigmático, conforme o transcrito, é que restou comprovada a prática de atos simulados subsumidos ao previsto no art. 71 da Lei nº 4.502/1964. Tal conclusão foi respaldada, no dizer do Redator, por detalhes expostos na autuação e na decisão de primeira instância, dentre os quais a convicção que “[...] *não existe qualquer lógica em, premeditadamente, efetuar-se uma associação empresarial em uma semana e desfazê-la em duas semanas seguintes*”.

Já o recorrido caminha por outra vertente.

Superada a questão de quais fundamentos deveriam ser utilizados para a exoneração da multa de ofício, conforme Resolução deste Colegiado já referida alhures, pode-se colher os seguintes fundamentos para a decisão, obtidas no voto vencido quanto ao mérito, vencedor nesta matéria:

Assim, aplicou-se a multa qualificada pela “*intenção livre e consciente da contribuinte de evitar a ocorrência do fato gerador do IRPJ mediante simulação, conduta caracterizada no art. 72 da lei nº 4.502/64*”.

[...]

A dúvida é saber se, num caso como o presente, em que todos os atos praticados pela Recorrente, apesar de a Turma Julgadora, pelo voto de qualidade, terem sido considerados como simulação, mas mediante ampla publicidade de todo o

processado, permitiria a identificação do chamado evidente intuito de fraude ou a prática de sonegação fiscal.

Isso por que a simulação importaria necessariamente em práticas de encobrir o fato realizado, de forma a que a conduta do Contribuinte tenha necessariamente de vir acobertada por um doloso véu de ocultação.

No caso dos autos, vejo que, apesar do julgamento de mérito, ainda assim não houve a presença do dolo relacionado à conduta que levou à pretendida redução de tributo. Nos casos de planejamento tributário, é necessário que seja identificado o dolo relacionado à ilicitude da conduta praticada, e não com relação ao objetivo de redução de tributo. Mesmo porque está no cerne do conceito de elisão fiscal a existência do direito do contribuinte de planejar seus negócios com o objetivo de redução ou não pagamento de tributos.

No entanto, frustrado o planejamento tributário e ausente a evidência de que o contribuinte sabia e queria praticar o ilícito, deve ser afastada a multa qualificada. Tem-se, assim que, apesar de o negócio ter sido considerado simulado, afastando-se os seus efeitos para fins de tributação, identificando-se ser o tributo devido, resta evidente que a Recorrente agiu certa de que estaria praticando o chamado negócio jurídico lícito, afastando o dolo apontado.

Entendo, pois, que não existiu, assim, o dolo específico pedido pelo *caput* dos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502, de 1964, elemento essencial para se promover a qualificação da multa de ofício, ainda que tenha havido alteração das chamadas *circunstâncias materiais* ou a modificação das *características essenciais* do fato gerador.

Importante ressaltar que o fundamento legal para afastar a simulação (art. 167 do Código Civil) é diverso daquele que respalda a qualificação da multa (arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502).

No recorrido, conforme se observa, o fundamento que prevaleceu para o afastamento da multa qualificada está ligado à ausência de dolo específico quanto à ilegalidade da conduta praticada. Considerou o julgado que, diante da publicidade de todos os atos realizados, a Contribuinte agiu acreditando que suas condutas seriam lícitas, ainda que visando reduzir a incidência tributária, motivo pelo qual não deveria ser sancionada com a multa qualificada, já que não se mostraram configurados os tipos previstos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964. Ressaltou ainda que o fundamento para afastar a simulação está previsto no art. 167 do Código Civil, não se lhe aplicando o previsto na Lei nº 4.502/1964.

Os fatos levados a julgamento, de acordo com todo o exposto, não guardam, como antes afirmado, similitude para fins de existência de divergência interpretativa entre as Turmas Julgadoras.

O paradigma julgou operação que foi considerada inteiramente simulada e construída unicamente para evitar a incidência tributária. Não houve real associação entre as empresas envolvidas; no curtíssimo tempo que a associação meramente formal existiu, a distribuição da participação societária entre as participantes não refletia o esforço financeiro despendido por cada uma delas para sua consecução; e a “sociedade” extinguiu-se poucos dias após sua constituição, revelando existência meramente formal, efêmera e, portanto, irreal. Ainda, conclui o Colegiado que restou comprovada a prática de sonegação fiscal (art. 71 da Lei

n.º 4.502/1964), suporte fático necessário para a qualificação da multa, tida por regular segundo a decisão proferida.

No recorrido, por outro lado, a empresa objeto do aporte de capital tem sólida existência comprovada e a Contribuinte atuada não deixou de fazer parte de sua participação societária. Ademais, restou comprovado que o contrato celebrado entre a investida e a CSN para fins de fornecimento de minério tem sido cumprido, com remessas regulares do produto mediante redução do saldo a pagar em função do adiantamento recebido.

São situações fáticas distintas que justificam, por si, a diferença entre as decisões proferidas por cada Turma Julgadora. Ademais, não parece que o paradigma indicado supere o teste de aderência, já que naquele julgado restou sedimentada a prática do tipo previsto no art. 72 da Lei n.º 4.502/1964, ao passo que no caso concreto a Turma Julgadora afastou as figuras delitivas previstas nos arts. 71 a 73 da mesma Lei. Para infirmar a decisão recorrida, a PGFN deveria apresentar julgado que considerasse tipificada uma dessas condutas quando da prática de atos similares aos verificados no acórdão ora combatido o que, convenhamos, não logrou êxito em demonstrar com este primeiro paradigma analisado, que abordou a clássica operação casa-separa, que não se assemelha, definitivamente, ao caso ora em julgamento.

Descarto, pois, o primeiro paradigma indicado pela Fazenda Nacional em seu Recurso Especial.

Já quanto ao segundo paradigma (Acórdão n.º 9101-001.876) indicado, também evidencia-se a dessemelhança com o recorrido, incluindo-se o fundamento apontado pelo Contribuinte com vistas a eximir-se da tributação pelo ganho de capital.

De início, reproduzo, com a devida permissão e visando apresentar os fatos levados a julgamento, trechos do voto condutor do Acórdão em Recurso Voluntário n.º 101-96.688, de 17/04/2008, cuja decisão fora objeto de Recurso Especial que culminou com o paradigma ora analisado:

Relativamente à situação de fato que a Fiscalização descreve como observada, temos primeiramente que a empresa HELAN PARTICIPAÇÕES LTDA., sucedida por LGN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, ora Recorrente detinha investimentos na ordem de 28% de participação no capital social da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., juntamente com PIRAMIDE PARTICIPAÇÕES LTDA. (48%) e DAMA PARTICIPAÇÕES LTDA. (24%).

Em março de 2000 foi efetuado pagamento a HELAN PARTICIPAÇÕES LTDA. Sucedida pela fiscalizada, através de cheques que totalizavam R\$ 13.577.200,00, mais aqueles efetuados em favor das outras duas empresas que detinham parte do capital social da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., promovendo-se, conseqüentemente, a transferência de 50% (cinquenta por cento) das quotas do capital social para as empresas que formavam o grupo denominado WRVPAR, quais sejam: ARANTES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., L. M. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e V. M. PARTICIPAÇÕES LTDA.

Afirmam as autoridades lançadoras que diante da constatação de elevado ganho de capital obtido na alienação da participação societária e, principalmente, a incidência do Imposto de Renda e da Contribuição Social, as partes contratantes procuraram dar ao negócio jurídico uma roupagem de "reestruturação societária", procurando com isso "ocultar o fato gerador dos tributos".

No que se refere à denominada "reestruturação societária", informam as autoridades lançadoras que o objetivo visado era permitir que cada grupo de empresas viesse a ser detentor de 50% das ações representativas do capital social da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., sendo certo que o grupo WRVPAR desembolsaria em favor do grupo PHDPAR o montante de R\$ 48.500.000,00, para pagamento pela cessão das mencionadas ações.

Visando a alcançar o objetivo foram planejadas ações identificadas pela Fiscalização, que estão indicadas às fls. 34/50 dos presentes autos, as quais podem ser assim resumidas:

I — alteração do tipo societário, passando de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada para Sociedade Anônima, o que resultou concretizado com a realização da AGE de 21 de fevereiro de 2000, levada a registro em datas de 15 e 29 de março de 2000.

[...]

II — Emissão de ações com ágio com o objetivo de permitir a realização do negócio jurídico nos moldes com planejado, tudo visando usufruir do benefício de que cuida o artigo 442 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto nº 3000, de 1999.

A negociação foi realizada mediante aumento do capital social da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S. A., com a consequente emissão das ações que restaram adquiridas pelo grupo WRVPAR em razão do não exercício do direito de subscrição pelos antigos acionistas.

Tendo presente a participação no capital social pelas empresas PIRÂMIDE PARTICIPAÇÕES LTDA., HELAN PARTICIPAÇÕES LTDA. e DAMA PARTICIPAÇÕES LTDA., e a versão do capital em face da cisão que restou promovida, a Fiscalização apresenta o seguinte quadro:

[...]

Concretizada a cisão, o capital social alcançou o valor de R\$ 60.000,00, resultante da adição do seu valor anteriormente fixado (R\$ 20.000,00) com o aumento promovido no importe de R\$ 40.000,00.

[...]

Destacando que os negócios jurídicos estariam impregnados pela figura do "vício de vontade", a Fiscalização ressalta o fato de já haver previsão de aquisição da participação acionária ao nível de 50% do capital social, desde a assinatura do "ACORDO DE ACIONISTAS" como também a co-gestão do empreendimento por representantes de ambos os grupos de empresas.

III — No tocante à integralização do capital subscrito, as autoridades lançadoras deixam consignado que em face de nesta fase ocorrer, necessariamente, a tradição do objeto da operação de compra e venda, com a conseqüente entrega dos recursos financeiros, há preocupação em se criar mecanismos para garantir a concretização ou de cumprimento do que restou pactuado entre as partes, vez que, no caso, em não se concretizando o negócio jurídico, o grupo adquirente por certo que arcaria com consideráveis prejuízos, vez que estaria desembolsando a elevada quantia para receber tão-somente 0,06% do capital social da empresa.

[...]

Aspecto relevante diz respeito ao conteúdo do artigo 442 do Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto nº3.000, de 1999, cuja matriz legal é o artigo 38 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977. Tal dispositivo é firme em determinar a não adição ao lucro real das importâncias que o contribuinte receber de subscritores de valores mobiliários de sua emissão, desde que creditadas à conta de reservas de capital, a título de ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal.

[...]

Resta evidenciado, portanto, que o objetivo visado pela regra jurídica é nada mais nada menos que capitalizar a Companhia, na medida em que para os recursos captados ela obriga que seja constituída uma reserva de capital cuja destinação só poderá ser o aumento do capital social ou a compensação de prejuízos verificados no exercício de suas atividades.

Qualquer outra destinação que não aquela ditada pelo ordenamento jurídico, implica incidência do imposto de renda, inclusive na fonte.

[...]

Ora, no caso sob exame, corno o objetivo visado era o de transferir para as empresas do Grupo WRVPAR 50% (cinquenta por cento) da propriedade do empreendimento e, ao mesmo tempo, aquinohar as sócias alienantes com a parcela dos recursos ingressados na Companhia, o negócio jurídico realizado não se limitou à operação de emissão, subscrição e conseqüente alienação das ações com ágio.

Através das operações de cancelamento de ações e de cisão parcial, o real objetivo visado restou alcançado, mediante as operações que podem ser assim resumidas:

i) com o ingresso das empresas (através do grupo WRVPAR), a divisão do capital restou assim definida:

a) PIRÂMIDE PARTICIPAÇÕES LTDA —9.600 ações;

b) HELAN PARTICIPAÇÕES — 5.600 ações; e

c) DAMA PARTICIPAÇÕES LTDA — 4.800 ações;

d) ARANTES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA —04 ações;

e) LM EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA —04 ações;

f) VM PARTICIPAÇÕES LTDA. —04 ações, totalizando 20.012 ações.

ii) ato contínuo promoveu-se o cancelamento de 19.988 ações, ficando o capital social reduzido a 24 ações, correspondendo a R\$ 24,00.

iii) Através de aumento do capital social para R\$ 60.000,00, foram emitidas 59.976 ações, com utilização de reserva livres, o que permitiu a seguinte distribuição:

- Pirâmide Participações Ltda. 12.500 ações;
- Helem Participações Ltda. 10.000 ações;
- Dama Participações Ltda. 4.900 ações;
- VM Participações Ltda. 10.000 ações;
- LM Participações Ltda. 10.000 ações;
- Arames Empreend. e Part. Ltda. 10.000 ações.

iv) com a nova divisão cada grupo empresarial passou a deter 50% (cinquenta por cento) do capital social da Companhia Sabará Empreendimentos e Participações Ltda..

v) por meio de cisão parcial, com utilização dos recursos recebidos em face da alienação das ações emitidas com ágio, mais aquelas derivadas do cancelamento das ações, cada uma das antigas sócias da empresa Sabará Empreendimentos e Participações Ltda. foi aquinhoadada com os valores que aqui se destaca:

NOME	VERSÃO CAPITAL (R\$)	VERSÃO RESERVA (R\$)
Pirâmide	9.595,00	23.265.605
Helem	5.596,00	13.571.604
Dama	4.797,00	11.632.803
Totais	19.988,00	48.490.012

Com as manobras arquitetadas restou frustrado o objetivo visado pela regra jurídica descrita no artigo 442 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto n.º 3.000, de 1999, vez que ocorreu a descapitalização da Companhia que emitiu as ações com ágio, na medida em que o volume de recursos obtidos foi sistematicamente vertido, com as correspondentes reservas, para as empresas que anteriormente detinham a totalidade do capital social da empresa Sabará Empreendimentos e Participações Ltda.. Vale dizer, as operações que aparentemente conferiam à Companhia o aporte de recursos que, de acordo com a Lei, deveriam constituir reserva de capital, na verdade acobertaram outra operação que consistiu na remuneração, às pessoas jurídicas detentoras do capital social da empresa Sabará Empreendimentos e Participações Ltda., pela cessão de parte substancial de suas participações no empreendimento, o que implica reconhecer que a reserva de capital restou

utilizada em distinta finalidade daquela eleita pela regra jurídica, qual seja, aumento do capital social ou amortização de prejuízos.

Ao revés, ocorreu, no caso, redução do capital social, com a conseqüente diminuição do patrimônio líquido da empresa Sabará Empreendimentos e Participações Ltda.

De acordo com o transcrito, os fatos levados a julgamento consistiram na alienação da participação social detida na Sabará Empreendimentos para o grupo WRVPAR. Visando elidir a tributação do ganho de capital auferido com a operação, as partes simularam capitalização da investida (Sabará) por meio do aumento do capital social via emissão de ações com ágio. Entretanto, como o objetivo pretendido era a alienação de parte da participação societária do grupo PHDPAR, quando o valor referente às ações emitidas com ágio foi integralizado, processou-se a cisão da investida, de modo que os recursos que deveriam ser destinados ao seu aumento de capital restaram como remuneração das empresas integrantes do grupo PHDPAR pela alienação de parte de sua participação societária na Sabará.

Note-se, ainda, que a autoridade fiscal logrou demonstrar a existência de “*acordo de acionistas*” celebrado previamente entre os dois grupos envolvidos e que demonstrava que o real interesse existente entre os grupos era a alienação de 50% da participação do grupo PHDPAR na Sabará, mediante remuneração de R\$ 48.500.000,00 por parte do grupo WRVPAR, em contrato de compra e venda de ações e outras avenças, conforme cláusulas seguintes, transcritas no voto do Acórdão em Recurso Voluntário:

2) PHDPAR deverá, do mesmo modo, constituir empresa que venha a assumir as suas ações na empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., de sorte que, ao final do processo de reestruturação societária, cada grupo que compõe o presente ACORDO venha a deter 50% (cinquenta por cento) do controle acionário da empresa SABARÁ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.

3) Pelo potencial e capacidade instalada na empresa DMA DISTRIBUIDORA S.A., citada no tópico 4 do caput deste ACORDO, o grupo WRVPAR pagará ao grupo PHDPAR a importância certa e ajustada de R\$ 48.500.000,00 na proporção da participação de PIRÂMIDE PARTICIPAÇÕES LTDA, HELAN PARTICIPAÇÕES LTDA, e DAMA PARTICIPAÇÕES S.A.

4) A negociação será formalizada através de "CONTRATO DE COMPROMISSO DE ASSOCIAÇÃO MEDIANTE A COMPRA E VENDA DE AÇÕES E OUTRAS AVENÇAS", que passará a fazer parte integrante do presente ACORDO"

Diante deste contexto, e dado o improvimento do Recurso Voluntário no que respeita à aplicação da multa qualificada, a Contribuinte manejou Recurso Especial que culminou com a decisão ora apontada como paradigma. Dela, peço vênha para reproduzir as seguintes passagens:

Primeiramente observe-se que a acusação é de simulação. No próprio TVF se lê (fl. 34):

*A partir daí, a ‘reestruturação’ seguiu uma receita de ‘planejamento tributário’ que, pela forma conduzida, nada tem de ‘negócio indireto’,*

*tratando-se, em tese, de mera simulação com intuito de fraude, haja vista as inconsistências apuradas e indicadas a seguir: [segue a descrição dos fatos sob a ótica da Auditoria Fiscal]*

[...]

Ou seja, acórdão recorrido manteve a tributação do ganho de capital, por entender haver simulação e manteve multa qualificada com a seguinte fundamentação (fl. 625):

*Com relação a qualificação da multa de ofício, entendo que agiu com acerto a fiscalização, eis que conforme acima demonstrado, não restou dúvida que a operação de reorganização societária engendrada pela Recorrente e demais empresas do grupo foi simulada, objetivando esconder a operação efetivamente ocorrida, querendo, com isso, esconder a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária com intuito de não pagar o tributo efetivamente devido na operação de ganho de capital subsumindo-se. portanto, à hipótese prevista no art. 72. da Lei n.º 4.502,64.*

[...]

A fraude fiscal conforme definida no art. 72 acima transcrito é diferente da fraude civil, nos termos previstos no Código Civil, e dos casos de fraude *stricto sensu*, a exemplo da falsificação de documentos. Ela é mais ampla. Assim, a ocorrência de simulação, ilícito civil previsto no art. 167 do Código Civil, que macula o negócio jurídico e o torna nulo, o que me parece, está claramente presente na situação sob discussão, implica fraude fiscal, pois na figura da simulação é intrínseca a existência de uma ação ou omissão dolosa (intenção de fazer determinada coisa com determinado objetivo específico - não pagar tributo), que no caso modificou uma característica essencial do fato gerador (em seu aspecto material, pois o que aparece documentalmente não sofreria tributação). Neste sentido, há que concordar com as contrarrazões apresentadas pela Fazenda quando diz (fl. 903):

[...]

Sendo que essa situação, no presente caso, é reforçada pelo modo que a ação foi encadeada, com fortes indícios de fraude documental, fraude *stricto sensu* (que também leva à fraude fiscal). Assim, em havendo o entendimento de que há simulação, decorre daí a multa qualificada. Há diversos acórdãos do CARF neste sentido, e.g., Acórdão n.º. 105-13.069, de 26 de janeiro de 2000, Acórdão n.º. 05-16.292, de 28 de fevereiro de 2007, Acórdão n.º. 101-96.087, de 29 de março de 2007, e o Acórdão n.º 9101-000.528, de 11 de março de 2010, da 1ª T. da CSRF, cuja ementa segue transcrita:

[...]

Ademais, *in casu*, incide também a figura do conluio, em virtude de que concorreram para o resultado pretendido duas ou mais pessoas jurídicas, conforme previsto no art. 73.

[...]

A acusação de simulação, por si só, é suficiente para manter a multa qualificada e foi isto que fez o acórdão recorrido, sem entrar na seara da fraude *stricto sensu*. Não há necessidade, como quer a recorrente, de analisar os outros aspectos, pois à vista de sequência de atos e dos prazos entre eles, evidencia-se claramente a ocorrência de simulação. Há uma máscara de reorganização societária, com transformações, aquisições e cisão, que escondem uma compra e venda de participação societária. Simulação, nos termos do art. 167 do Código Civil, e passível da aplicação da multa qualificada, pois incide aqui o art. 72 da Lei 4.502/1964.

Assim, comungo com a mesma opinião do acórdão recorrido de que a sequência de atos praticados pelo contribuinte, independentemente da existência de fraude *stricto sensu* (que na minha opinião também existe, pois a sequência das datas dos documentos societários e dos cheques não é verossímil), configura simulação e leva à desconsideração da operação "formal" para efeitos tributários e à incidência da multa qualificada.

Do exposto voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a multa qualificada.

De acordo com o transcrito, a Turma Julgadora decidiu que a acusação de simulação, por si só, é suficiente para manter a multa qualificada. Esta conclusão, aparentemente, conflita-se com a do recorrido, que taxativamente afirmou que a comprovação da simulação prevista no art. 167 do Código Civil não implica, no caso concreto, a conformação de uma das figuras dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964.

Contudo, tal divergência é tão somente aparente. Não há como dissociar as conclusões a que chegaram os Colegiados dos respectivos suportes fáticos.

O caso paradigmático resultou na comprovação que toda a operação de reorganização societária foi meramente formal, notadamente o descaracterizado aumento de capital pela subscrição de ações com ágio. Descaracterizado porque, mal aumentado o capital social pela emissão das ditas ações, operou-se cisão parcial, de modo que os recursos que seriam (formalmente) destinados à investida restaram como remuneração pela alienação de participação societária nas empresas alienantes.

Mais, comprovou-se que ao fim da sequência de atos praticados, a empresa investida teve seu capital social reduzido, ao invés de aumentado, numa evidente demonstração de que as operações levadas a registro nada mais foram que uma tentativa de ludibriar, via simulação, o Fisco Federal.

O caso concreto tem diferenças relevantes. Noto, de início, que a informação sobre o ganho de capital fora, inclusive, declarada na DIPJ da Contribuinte autuada.

A Contribuinte, portanto, não ocultou do Fisco o ganho de capital auferido, mas o considerou não tributável em função do permissivo disposto no art. 428 do RIR/1999, então vigente.

#### 4.3 - DA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL DISSIMULADO

1 A fiscalizada alegou que obteve um ganho de capital não tributável por variação do percentual de investimento, avaliado pelo método da equivalência

patrimonial, conforme define o artigo 428 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, a seguir transcrito.

*Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. f. inciso V).*

*Parágrafo único. Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, decorrentes da variação no percentual de participação, no capital da investida, serão o tratamento previsto no art 394 (lei nº 9.249, de 1995, art 25. §6º)*

2. É claro que o benefício previsto no artigo 428 do RIR/99 não pode ser utilizado por empresa que, para tentar se colocar em condições de usufruí-lo, compartilha de um intrincado mecanismo de simulação, praticado para dissimular o real ganho de capital que obteve quando alienou participação no Capital Social de empresa por ela controlada.

E não é apenas isso que diferencia os dois casos. Peço licença para novamente reproduzir a sequência de atos praticados, objeto do voto vencido no mérito, mas vencedor relativamente à multa, quanto aos fundamentos para exonerar a qualificação da multa:

Antes de analisar os argumentos em que se escoram a alegação de simulação pela Autoridade Fiscal, é importante tecer um breve resumo sobre os fatos ora discutidos:

1. As empresas investidoras estrangeiras (seis empresas japonesas e uma sul-coreana) constituem uma sociedade no Brasil com o objeto de adquirir a participação societária no montante de 40% da Namisa. Nesse contexto, é criada a Big Jump;
2. As investidoras estrangeiras remetem ao Brasil R\$7,40 bilhões e capitalizam a Big Jump;
3. Com aquele montante, a Big Jump paga à CSN R\$87,56 milhões pela aquisição de 0,7907% das ações da Namisa, e ainda, integraliza ao capital social da Namisa o montante de R\$7,28 bilhões por meio de emissão de novas ações;
4. Somando-se o percentual de 0,7907% às novas ações emitidas pela Namisa, as investidoras estrangeiras, por meio da Big Jump, passam a deter 40% da Namisa;
5. O valor integralizado ao capital social da Namisa (R\$7,28 bilhões) é utilizado para antecipar à CSN pagamento por conta dos contratos firmados para prestação de serviços portuários e de fornecimento de minério;
6. Os referidos contratos vêm sendo regularmente cumpridos pela Recorrida, que emite a fatura de venda dos produtos (minério de ferro) ou prestação de serviços portuários. Por esses fornecimentos de serviços e de produtos, a

Recorrida recebe metade das faturas emitidas e a outra metade é abatida do montante de antecipação dos pagamentos que recebeu;

7. Quando da venda dos produtos ou das prestações de serviços, as faturas emitidas pelo seu valor cheio tal valor compõe o resultado tributável da Recorrida;

8. Em função do adiantamento recebido, a Recorrida deve pagar à Namisa 12,5% de juros ao ano, sendo que 34% desse valor são pagos em dinheiro e 66% são incorporados à dívida.

Relembre-se, a Recorrida havia celebrado com a Namisa contrato de fornecimento de minério e de prestação de serviços portuários pelo qual recebera, a título de adiantamento, o valor investido pelo grupo estrangeiro na investida (Namisa). Não está mais em discussão se houve ou não ganho de capital, esta matéria restou decidida em desfavor da Contribuinte e não é mais objeto de recurso no âmbito administrativo. O objeto aqui é a qualificação da multa de ofício.

De acordo com o resumo dos fatos apresentados pelo relator do feito, a constatação é que o contrato celebrado com a Namisa vem sendo cumprido regularmente pela Recorrida, que “[...]emite a fatura de venda dos produtos (minério de ferro) ou prestação de serviços portuários. Por esses fornecimentos de serviços e de produtos, a Recorrida recebe metade das faturas emitidas e a outra metade é abatida do montante de antecipação dos pagamentos que recebeu”.

O caso dos autos, portanto, é de um ganho de capital que foi informado ao Fisco via DIPJ (embora tenha sido considerado não tributável), produto de investimento estrangeiro de grande porte em empresa mineradora cuja existência é inquestionável, investida esta que celebrou, com a Recorrida, contrato de compra e venda de minério que vem sendo regularmente cumprido.

São circunstâncias fáticas muito diversas do paradigma indicado e me parece pouco provável que, diante deste quadro, aquele Colegiado ainda assim considerasse procedente a acusação de simulação e a imposição da multa qualificada à infração sancionada.

Enfim, como concluiu seu voto o Relator deste feito, não restou presente o dolo necessário à caracterização da sonegação, da fraude ou do conluio, estes presentes no acórdão paradigma.

À vista de tudo quanto foi aqui explanado, o segundo acórdão paradigma também deve ser descartado por sua imprestabilidade para fins de divergência jurisprudencial no caso concreto.

Ante o exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Com o não conhecimento do recurso, resta prejudicado o exame da alegação do Contribuinte acerca de fato superveniente – perda de objeto do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

### **3 CONCLUSÃO**

Isso posto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)  
Fernando Brasil de Oliveira Pinto