



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.720047/2015-94
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.710 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de janeiro de 2024
Recorrente OLSEN INDUSTRIA E COMERCIO S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2012, 2013

DEBÊNTURES PARTICIPATIVAS ADQUIRIDAS UNICAMENTE PELOS SÓCIOS. REMUNERAÇÃO ATRELADA AOS LUCROS. DEDUTIBILIDADE DO LUCRO LÍQUIDO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DA IDENTIFICAÇÃO DE SIMULAÇÃO. ABUSO DE FORMA

A remuneração de debêntures atrelada exclusivamente aos lucros da empresa, oferecidas unicamente aos seus dois únicos acionistas, antigos sócios da então recente transformada empresa S/A para LTDA, configura elemento distintivo da normalidade e usualidade da operação. A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em evasão. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de autoorganização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É necessário que haja um propósito negocial legítimo, de modo que o exercício do direito seja regular.

SIMULAÇÃO RELATIVA. O intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da forma jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos, conforme os artigos 109 e 118 do CTN e 167 do Código Civil.

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES. Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados a sócios, decorrentes de operações que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debentures, mantém-se o lançamento.

MULTA DE OFÍCIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INVÁLIDO.. FRAUDE À LEI. QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Tendo a qualificação de penalidade se fundamentado na ocorrência de fraude sustenta-se a qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário invalidado, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da multa de ofício, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. REDUÇÃO DA PENALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tendo em vista a redução da penalidade decorrente da alteração do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9430, de 1996, pela Lei nº 14.689, de 2023, deve ser aplicado o princípio da retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, “c” do CTN, passando a penalidade para o patamar de 100%.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Não cabe manifestação por parte dessa instância administrativa sobre adequação da legislação à Constituição Federal, por força da vinculação legal administrativa e do predomínio do Poder Judiciário para examinar questões de constitucionalidade. É o que se depreende do descrito no art. 26-A do Decreto 70235/72.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Não se tratando de mera indedutibilidade material oriunda da legislação de IRPJ, a glosa de despesas que não se revestem dos requisitos da legislação comercial e fiscal, afeta o resultado do exercício e, conseqüentemente, a base de cálculo da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo integralmente, i.i) os lançamentos de IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 2012 e 2013; e, i.ii) a multa qualificada, vencidos o Relator e o Conselheiro Alessandro Bruno Macedo Pinto, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni; ii) por unanimidade de votos, reduzir, de ofício, a multa qualificada para 100%, com suporte no artigo 106, II, “c”, do CTN, conforme nova redação dada, pelo artigo 8º, da Lei nº 14.689, de 2023, ao artigo 44, § 1º, inciso VI, da Lei nº 9.430/1996.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca - Relator

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Piza Di Giovanni- Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Alexandre Iabrudi Catunda, Jandir Jose Dalle Lucca, Mauricio Novaes Ferreira, Alessandro Bruno Macedo Pinto, Ricardo Piza Di Giovanni e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

1.Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 512/586) interposto em face do v. acórdão de fls. 492/504, que julgou improcedente a impugnação de fls. 420/486 para o fim de manter integralmente as exigências descritas nos Autos de Infração lavrados em 08.01.2015,

relativamente aos lançamentos de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) dos anos-calendário de 2012 e 2013 (fls. 03/75).

2. Para melhor compreensão a respeito da matéria versada nos autos e por bem descrever os fatos, consulte-se o relatório da r. decisão recorrida:

Da Autuação

Este Processo Administrativo Fiscal refere-se ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, decorrente das despesas financeiras consideradas desnecessárias relativas a juros pagos, oriundos da emissão de debêntures. Foram autuados os seguintes períodos: 2º, 3º, 4º trimestres de 2012 e 2º, 3º, 4º trimestres de 2013 na infração: Custos, Despesas Operacionais e Encargos – Despesas não necessárias com um total de crédito tributário a época da ciência do contribuinte de R\$ 1.847.000,01, sendo utilizada a multa qualificada de 150%. Dada a ciência ao contribuinte, por representante legal em 15/01/2015.

A multa foi agravada posto que em tese foi vislumbrado fraude nos termos do art. 72 da Lei 4502/64, por respeito ao disposto no §1º do art. 44 da Lei 9430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, art.14. Feita a devida Representação Fiscal para Fins Penais.

Em 02/03/2004 através da 22ª alteração contratual a Olsen, abandona a denominação Olsen Indústria de Equipamentos Odontomédicos Ltda passando a Olsen Indústria e Comércio S/A, adotando a forma societária de Sociedade Anônima, passando a reger-se pela Lei 6404/76 com dois sócios, César Augusto Olsen, (99% do Capital Social) e Deise Meri de Freitas Olsen, (1%), doravante apenas Olsen. Tendo apurado seus resultados na forma do lucro real nos anos-calendário de 2012 e 2013.

Na Escritura Pública de Emissão de Debêntures datada de 14/04/2004, foram previstas, dentre outras, as seguintes características:

- i. Colocação: Subscrição Particular e Fechada;
- ii. Emissão: 12/04/2004;
- iii. Vencimento: 12/04/2009;
- iv. Quantidade: 1.000.000 (um milhão);
- v. Valor: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
- vi. Forma e Espécie: Nominativas;
- vii. Debêntures: Escriturais;
- viii. Subscrição: Valor Nominal e integralizada moeda corrente nacional;
- ix. Remuneração: 85% (oitenta e cinco por cento) do Lucro antes dos Impostos, apurados trimestralmente;

Através da Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 02/04/2009 (Doc. 01b), registrada na Junta Comercial de Santa Catarina em 09/10/2009, os dois únicos acionistas da Sociedade deliberaram pela prorrogação **do vencimento para o resgate das debêntures para 12/04/2014**, bem como optaram pela **redução do percentual de remuneração para 50%**.

A Olsen foi intimada e reintimada a apresentar o “Razão das contas 57990 (Debêntures a Pagar); 60962 (César Olsen); (Deise Olsen) com vistas a verificar a contabilização dos valores pagos aos acionistas por conta de prêmios de debêntures, para os anos de 2004 a 2008. Em ambas situações informaram que os razões não estariam mais disponíveis.

A autoridade administrativa faz um estudo sobre debêntures dentro da Lei das SAs., Lei 6404/76, para concluir então que a operação presente esta revestida de todo legalismo formal mas que na realidade se trata de um planejamento tributário.

A autoridade contesta os informes da AGE de 02/04/2009, onde é alegado aumento de vendas no mercado externo como justificativa da operação com debêntures, alegando que quando confrontado com dados de obtidos junto a Junta Comercial de Santa Catarina, houve na realidade um decréscimo na venda ao mercado externo de 27%.

A autoridade informa que os dois acionistas adquirentes das debêntures pelo valor de

R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 foram agraciados com um rendimento total de R\$ 13.088.453,35, importância esta que foi considerada como despesa financeira.

A autoridade salienta que no total das despesas financeiras de debêntures de R\$ 13.088.453,35, relativo ao período de 2004 a 2013, 64% que significa R\$ 8.441.975,51 e mais que o aporte de capital de R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 rendeu em 31/12/2004 “juros”(sic) de R\$ 4.414.278,38. O que segundo diz corresponde a uma taxa de 21,57 % a.m ou 942,12% ao ano.

A autoridade traz um estudo denominado, CONSTRUÇÃO DE CURVA DEBÊNTURES NO MERCADO BRASILEIRO UTILIZANDO A PARAMETRIZAÇÃO NELSON-SPIEGEL”sobre remuneração de debêntures no mercado brasileiro objetivando demonstrar que as remunerações do caso em tela estão fora de linha com as praticadas no mercado.

A autoridade forma convicção de que está diante de um planejamento tributário e adiciona:

“Se não bastasse tais argumentos, ainda assim poderíamos convalidar que se tratou de um planejamento tributário perverso ao verificarmos evolução patrimonial do principal acionista da empresa que em 2004, ano da aquisição das debêntures, teve seu patrimônio acrescido em 114,51% ”.

E conclui da seguinte forma:

*Ao considerarmos todo o conjunto da operação, seja o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. (15% ao ano) comparado com o custo financeiro pela emissão das debêntures em 2004 (942,12% ao ano), a emissão das debêntures não ter impactado nas premissas de crescimento das vendas, o enriquecimento do principal acionista, é de se crer que **não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto a capitalização**, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos.*

A autoridade faz um arrazoado sobre despesas necessárias com base no art. 299 do RIR/99 e Parecer Normativo CST 32/81 para concluir pela não necessidade e não essencialidade e não usualidade das despesas de remuneração de debêntures, terminando pela glosa desta com base no 249 do RIR/99.

No tópico 09 do Termo de Verificação e Encerramento Fiscal estabelece os pressupostos de sua autuação:

- De não ter havido uma operação de capitalização por debêntures mas “...um perverso planejamento tributário com vistas a reduzir a base da tributação, para efeito do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido...”

- Pelo exposto, consideramos as despesas financeiras a título de “prêmio de resgate de título de debêntures” como despesas indedutíveis e as adicionamos no lucro líquido, visto os acionistas da OLSEN terem tido a clara intenção de reduzir indevidamente o lucro líquido, utilizando-se de despesas anormais e desnecessárias, relativo a remuneração de debêntures emitidas única e exclusivamente em favor dos dois únicos acionistas e diretores da empresa, com o único intuito de eximir-se do pagamento de tributos.

- Compete ao fisco, por dever de ofício, análise de situações que representam simulações com vistas à sonegação de impostos. Segundo o art. 167 do CC/2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A autoridade administrativa desconsiderou o negócio jurídico referente às debêntures

e baseou o lançamento de ofício dos tributos sobre o fato jurídico dissimulado encontrando respaldo no Código Civil, como mencionado acima, e no art. 116, § único., c/c art. 149, VII, ambos do CTN. E cita Hugo de Brito Machado:

“Em síntese, parece-nos que essa norma geral antielisão, se interpretada de forma mais ampla, com alcance capaz de emprestar à autoridade administrativa o poder para desqualificar qualquer ato ou negócio jurídico apenas porque o seu conteúdo econômico poderia estar contido em ato mais oneroso do ponto de vista tributário, estará em flagrante conflito com o princípio da legalidade, como já foi demonstrado, e em aberta contradição com as normas constantes do próprio Código Tributário Nacional, especialmente as dos arts. 108, § 1º, e 116, caput, inciso I. Por outro lado, se interpretada em harmonia com a Constituição, e assim aplicada apenas aos casos nos quais esteja configurado evidente abuso de direito, nada vai acrescentar, posto que nossa jurisprudência já admite a desconsideração de atos ou negócios em tal situação”. (grifos)

Cita, ainda, a Jurisprudência Administrativa do CARF:

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / Acórdão 1101-00.006 / 11/03/2009. Ementa: REMUNERAÇÃO DE DEBENTURISTAS. SIMULAÇÃO. Operação de emissão de debêntures adquiridas unicamente por pessoas ligadas à emitente, com remuneração exclusiva de 95% dos lucros, sem pagamento de juros e prêmio utilizado para aumento de capital caracteriza negócio simulado para encobrir operação de subscrição de participação societária. O prejuízo ao Fisco se revela na remuneração dos (falsos) debenturistas, lançando-se lucro travestido de despesa na apuração do lucro real.

1º Conselho de Contribuintes / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 10321.543 em 17.03.2004 DESPESA. DEDUTIBILIDADE. Despesa dedutível é aquela necessária à atividade da pessoa jurídica, relativa à contraprestação de algo recebido, e comprovada com documentação hábil e idônea. DESPESAS DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE. A dedução das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures está condicionada, entre outras, à efetiva captação de novos recursos financeiros inerente à emissão desses títulos. Publicado no DOU em 06.12.2004 DESPESAS DE DEBÊNTURES.

DEDUTIBILIDADE. A dedução das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures está condicionada, entre outras, à efetiva captação de novos recursos financeiros inerente à emissão desses títulos. (AC.10321.543, 27/03/2004)

DA IMPUGNAÇÃO

Impugnação datada de 11/02/2015.

De início a impugnante informa a motivação do lançamento:

Do contido na descrição dos fatos do auto de infração, extrai-se a motivação do lançamento, conforme segue:

"00001 CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS Despesas não necessárias apuradas conforme relatório fiscal em anexo."

A impugnante ressalta que:

- Portanto, ilustres julgadores, para a análise do referido auto de infração, é fundamental ter em mente que todas as digressões, comparações, gráficos e estatísticas trazidas pelo agente fiscal referem-se ao pagamento DE JUROS, quando a realidade fática, legal e documental deixa claro que a remuneração aos debenturistas, no presente caso, pautou-se pela remuneração BASEADA NA PARTICIPAÇÃO NO LUCRO DA COMPANHIA.

- E, mais adiante, o Sr. Agente Fiscal resume as razões discricionárias e completamente subjetivas que lhe serviram de ânimo para justificar o lançamento do crédito tributário:

"(...) 5.4 - Em uma visão inicial poderia ser dito que se trata de uma operação revestida de todas as formalidades legais, o que há de se concordar, mas ao

analisarmos a forma como se deu referida operação, constata-se que se tratou de um "planejamento tributário" passível de contestação visto o mesmo ter sido montado com o objetivo único de sonegar tributos, pelas razões que apontaremos neste Termo." -destacou-se

A impugnante pergunta:

Como pode ocorrer a prática de crime de sonegação fiscal, se o próprio agente concorda que a operação do contribuinte está revestida de legalidade e que essa operação é passível de contestação?

A impugnante resume o que pensa da autuação:

A bem da verdade o sr. agente lança no ar toda sorte de argumentos, sem qualquer coerência ou fundamento legal, com o exclusivo intuito de fazer valer sua vontade subjetiva, especialmente sua tese da "simulação relativa".

Em resumo, assevera expressamente que o contribuinte utilizou-se de meio legal para reduzir sua carga tributária.

E o agente fiscal, não concordando com tal prática, entendeu por bem lavrar o auto de infração, enquadrar os atos praticados na condição de simulação relativa, portanto supostamente fraudulentos, e sugerir o enquadramento e tipificação criminal específica dos sócios administradores.

Por fim resume preliminarmente suas razões:

Da leitura mais atenta do auto, infere-se que, pela interpretação da fiscalização, a empresa não poderia ter promovido a emissão de debêntures participativas adquiridas na sua integralidade por seus sócios. Isso porque, mesmo sendo uma operação legal (palavras do próprio agente fiscal), a emissão tinha como intuito exclusivo reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por tratar-se de despesas dedutíveis antes da apuração dos referidos tributos.

Porém, senhores julgadores, felizmente ainda vigora no País o Estado Democrático de Direito, com todas as suas prerrogativas, a começar pelo princípio do contraditório e a ampla defesa, seguido dos não menos importantes princípios da estrita legalidade e da livre iniciativa.

Por oportuno, de enorme relevância ter-se em mente o princípio da tipicidade cerrada, ao qual a administração pública direta e indireta deve total observância e está insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal:

A impugnante registra suas razões em seis sub-tópicos que destacamos o que tem de mais relevante.

No sub-tópico, III.1 - EMISSÃO DE DEBÊNTURES – SUBSCRIÇÃO INTEGRAL –COMPROVAÇÃO, argumenta a impugnante que foram cumpridas todas as formalidades legais e que tal fato também foi apontado pelo próprio agente fiscal.

No sub-tópico, III.2 - EMISSÃO DE DEBÊNTURES – CONDIÇÕES DEFINIDAS NA LEI E ESCRITURA - FORMAS DE REMUNERAÇÃO AO DEBENTURISTA - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA, defende a impugnante estar legalmente apta a emitir debêntures, por ser S/A, e que a transformação de limitada se deu na mais absoluta legalidade. Defende a livre iniciativa, trazendo o art. 170 da CF, para justificar a escolha da forma da emissão das debêntures e remuneração na forma de participação no lucro da Olsen.

Ressalta ainda o princípio da estrita legalidade, haja vista que o art.56 da Lei das S/As admite a participação nos lucros como forma de remuneração das debêntures. Traz também a seguinte informação:

Mais ainda e como se verá adiante, a remuneração ao debenturista através da participação nos resultados é tão usual e comum que a própria Receita Federal criou uma força tarefa para investigar mais de 20.000 (vinte mil) empresas que teriam feito emissões com estas características. Também os diversos julgados do CARF trazidos pelo agente fiscal no auto de infração denotam que sim, esta forma de emissão e remuneração É BASTANTE USUAL E COMUM, posto que LEGAL!

No sub-tópico III.3 - MOTIVAÇÃO ECONÔMICA, a impugnante argumenta que há

risco inerente na remuneração das debêntures participativas e também contra argumenta quanto a não usualidade ou normalidade (porém legal, nas próprias palavras do agente fiscal). Traz, ainda, a seguinte informação:

Isso porque, conforme entrevista concedida em 16 de fevereiro de 2012 ao portal de notícias G1 (www.globo.com/economia/noticia/2012/02/receita-vaiaumentar-fiscalizacao-sobre-debentures.html) pelo Subsecretário de Fiscalização da Receita Federal, sr. Caio Marcos Cândido, a Receita Federal selecionou 21,6 mil contribuintes, que serão fiscalizados por conta de operações realizadas com debêntures.

No sub-tópico III.4 - DEBÊNTURES PARTICIPATIVAS – DEDUTIBILIDADE – TEORIA DO ABUSO DE DIREITO, a impugnante ataca o agente fiscal por ter usado os artigos 299 e 249, I, RIR, fazendo uma digressão sobre o Lucro Real e indicando que o art. 462, I do RIR/99 autoriza a dedução de debêntures participativas do Lucro Real.

Traz a impugnante parte de uma manifestação do Judiciário a respeito do tema proposto, nos Autos de Ação Ordinária nº 000788-82.2010.403.6100, em trâmite na 7ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP, cuja autora é a empresa Natura Cosméticos S/A, que valeu-se dos mesmos procedimentos societários e tributários praticados pela impugnante. Nela o MMº Juiz Federal Doutor Douglas Camarinha Gonzales assevera de forma lapidar e objetiva em sua decisão:

fl.2301v e ss" Ora, diante da natureza dos fatos em apreço, a subsunção da norma ao fato da realidade condiz com a especialidade do trato em comento, de sorte que a subsunção normativa faz-se pelo disposto no art. 462 do RIR, positivado em nosso ordenamento pelo art. 58, II, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Deveras, as debêntures nada têm a ver com as despesas operacionais, pois essas últimas referem-se a insumos ou custos diversos do contribuinte e não sobre deduções financeiras como as debêntures. Seu regramento advém de norma alheia ao caso em apreço, norma anterior ainda a normativa das debêntures, pois a base normativa das despesas operacionais alegada pelo Fisco advém na forma da Lei 4.506/64, cujo artigo precedente arrola sua natureza e dimensão:

(...)

Conforme observa a autora em sua inicial, a lei fiscal brasileira não considera a participação nos lucros asseguradas às debêntures como despesa integrada nos resultados operacionais da empresa, subsumidas ao art. 299 do RIR/99, mas como participação dedutível. Por sua vez, o disposto no art. 462 do RIR/99 não impõe qualquer restrição quanto à dedutibilidade da remuneração das debêntures - salvo as regras gerais próprios dos atos jurídicos gerais, a sua efetiva existência, validade, como a forma e os seus requisitos gerais.

A impugnante argumenta quanto a dedutibilidade das debêntures participativas dentro da base de cálculo da CSLL, transcrevendo a norma para tal.

Agora a impugnante conclui de decisão CARF, (acórdão 9101-000869, 1ª Turma, 23/02/2011) dizendo que em não havendo simulação a despesa com remuneração ao debenturista é dedutível:

Portanto, em não havendo simulação, o CARF atesta de maneira enfática que a despesa com remuneração ao debenturista é dedutível. E no presente caso não há que se falar minimamente em simulação, vez que todos os atos foram praticados dentro da mais completa legalidade e revestidos de total publicidade (inclusive específica e declarada à Receita Federal do Brasil).

A impugnante reproduz ainda como suporte dos seus anseios o seguinte julgado do CARF, referente à empresa Vasco da Gama Licenciamentos S/A, a seguinte ementa do acórdão nº 107-08.029 - Sessão de: 13 de abril de 2005, Processo Administrativo nº 18471.002941/2002-77):

"Ementa: (...) IRPJ/CSLL - PARTICIPAÇÕES DE DEBÊNTURES - DEDUTIBILIDADE - ANOS-CALENDÁRIO DE 1998 E 1999 - Não estando provado nos autos que o negócio jurídico foi simulado ou engendrado com fraude à lei e, principalmente, não restando claro que os recursos ingressados na sociedade

pertenciam aos sócios, as participações de debêntures, regularmente registradas e emitidas, reduzem o lucro líquido do exercício, por expressa previsão legal. Sendo capital financeiro, a remuneração das debêntures participativas não gozam do status de lucro distribuídos a que se refere o art. 10 da Lei n. 9.249/95." - destacou-se

A impugnante também alega que no período referente ao auto de infração não vigia o disposto na Lei nº 12.973/2014, que trouxe em seu artigo 31 o seguinte ordenamento:

"Art. 31. O prêmio na emissão de debêntures não será computado na determinação do lucro real, desde que:

I - a titularidade da debênture não seja de sócio ou titular da pessoa jurídica emitente;"

No sub-tópico III.5 - TEMA "PASSÍVEL DE CONTESTAÇÃO" - APLICAÇÃO DO ARTIGO 112 DO CTN - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, a impugnante solicita a interpretação mais favorável ao contribuinte, uma vez que, em sua visão, quando o agente fiscal declara a legalidade formal da operação mas que esta não seria usual, deve existir uma enorme dúvida.

No sub-tópico III.6 - CONCEITO DE FRAUDE E ABUSO DE DIREITO - NORMA ANTI-ELISÃO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO, a impugnante informa não ter sido regulamentada a norma anti-elisão contida no § único do art. 116 do CTN. Faz uma digressão sobre evasão e elisão fiscal, citando diversos autores. Faz um ataque a interpretação econômica do direito tributário, defendendo a forma dos atos jurídicos, e cita o formalismo da operação, até mesmo ressaltada pelo agente fiscal atuante, chegando ao final a transcrever uma entrevista do Secretário da Receita Federal:

Ou seja, a Receita Federal do Brasil, através de seu funcionário de maior patente (Secretário da Receita Federal), expôs de forma inequívoca a situação, qual seja: a legislação precisa ser alterada para que as debêntures, QUE SÃO CONSIDERADAS DEDUTÍVEIS, passem a ter tratamento tributário diverso nos casos em que houver a subscrição pelos próprios sócios ou acionistas da companhia.

E é justamente esse anseio do fisco que foi atendido com o advento da Lei nº 12.973/2014, que trouxe em seu artigo 31 a seguinte redação:

"Art. 31. O prêmio na emissão de debêntures não será computado na determinação do lucro real, desde que:

I - a titularidade da debênture não seja de sócio ou titular da pessoa jurídica emitente;"

Ou seja, apenas com a publicação da lei nº 12.973/2014, ocorrida no Diário Oficial da União de 14/05/2014 é que houve a modificação da norma.

Isso significa dizer que o auto de infração lavrado não pode ser sustentado de forma alguma, menos ainda a tentativa de impor à impugnante e seus sócios administradores a pecha de sonegadores fiscais.

Nos dois sub-tópicos seguintes: III.6.a) MULTA QUALIFICADA 150% - CRIME DE FRAUDE - REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENALIS - AFASTAMENTOS QUE SE IMPÕEM e III.6.b) MANUTENÇÃO DE MULTA DE 75% - CARÁTER EMINENTEMENTE CONFISCATÓRIO - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a impugnante alega o caráter confiscatório das multas de ofício.

3.A 15ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) houve por bem julgar improcedente a impugnação, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013

SIMULAÇÃO RELATIVA.

O intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da forma jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos, conforme os artigos 109 e 118

do CTN e 167 do Código Civil.

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES.

Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados a sócios, decorrentes de operações que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debentures, mantém-se o lançamento.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe manifestação por parte dessa instância administrativa sobre adequação da legislação à Constituição Federal, por força da vinculação legal administrativa e do predomínio do Poder Judiciário para examinar questões de constitucionalidade. É o que se depreende do descrito no art. 26-A do Decreto 70235/72.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Não se tratando de mera indedutibilidade material oriunda da legislação de IRPJ, a glosa de despesas que não se revestem dos requisitos da legislação comercial e fiscal, afeta o resultado do exercício e, conseqüentemente, a base de cálculo da CSLL.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

4.Inconformada, a Recorrente manejou Recurso Voluntário, via do qual reedita e reforça os argumentos lançados na sua impugnação.

5.É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Jandir José Dalle Lucca, Relator.

6.O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos legais de admissibilidade.

7.Cuida-se de lançamentos de IRPJ e CSLL, levados a efeito em decorrência da glosa de pagamentos, realizados nos anos-calendário de 2012 e 2013, de remuneração de debêntures emitidas pela Recorrente, adicionados ao Lucro Líquido nos termos do artigo 249 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), vigente à época dos fatos.

8.Com efeito, consoante alardeia a escritura pública de fls. 116/117, lavrada em 14.04.2004, a Recorrente emitiu em debêntures participativas com as seguintes características:

- 1- Colocação: Subscrição Particular e Fechada;
- 2- Emissão: 12/04/2004;
- 3- Vencimento: 12/04/2009;
- 4- Quantidade: 1.000.000 (um milhão);
- 5- Valor: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
- 6- Forma e Espécie: Nominativas;
- 7- Debêntures: Escriturais;
- 8- Subscrição: Valor Nominal e integralizada moeda corrente nacional;
- 9- Remuneração: 85% (oitenta e cinco por cento) do Lucro antes dos Impostos, apurados trimestralmente;

9. Posteriormente, nos termos da Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 02.04.2009 (fls. 89/93), foi deliberado propor aos debenturistas a prorrogação do vencimento e resgate das debêntures para 12.04.2014, bem como a redução de sua remuneração para o patamar de 50% incidente sobre os resultados futuros, antes da provisão para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

10. Pois bem, a emissão de debêntures é tratada pelo Capítulo V da Lei nº 6.404, de 1976, cujo artigo 59, à época dos fatos, ostentava a seguinte redação:

Art. 59. A deliberação sobre emissão de debêntures é da competência privativa da assembléia-geral, que deverá fixar, observado o que a respeito dispuser o estatuto:

I - o valor da emissão ou os critérios de determinação do seu limite, e a sua divisão em séries, se for o caso;

II - o número e o valor nominal das debêntures;

III - as garantias reais ou a garantia flutuante, se houver;

IV - as condições da correção monetária, se houver;

V - a conversibilidade ou não em ações e as condições a serem observadas na conversão;

VI - a época e as condições de vencimento, amortização ou resgate;

VII - a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver;

VIII - o modo de subscrição ou colocação, e o tipo das debêntures.

§ 1º Na companhia aberta, o conselho de administração poderá deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real, e a assembléia-geral pode delegar ao conselho de administração a deliberação sobre as condições de que tratam os incisos VI a VIII deste artigo e sobre a oportunidade da emissão. ([Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001](#))

§ 2º A assembléia-geral pode deliberar que a emissão terá valor e número de séries indeterminados, dentro de limites por ela fixados com observância do disposto no artigo 60.

§ 3º A companhia não pode efetuar nova emissão antes de colocadas todas as debêntures das séries de emissão anterior ou canceladas as séries não colocadas, nem negociar nova série da mesma emissão antes de colocada a anterior ou cancelado o saldo não colocado.

11. Sobre o tema, calha à fiveleta o magistério de Nelson Eizirik, para quem¹:

A competência para deliberar a emissão das debêntures é privativa da Assembleia Geral, nos termos expressos do art. 59 da Lei das S.A. Porém, tratando-se de Cia. Aberta, a Assembleia Geral pode delegar ao Conselho de Administração a deliberação sobre: a época e as condições de vencimento, amortização e resgate; a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, caso existente; o modo de subscrição ou colocação - se pública ou privada; e o tipo das debêntures (art. 59, números VI a VIII e § 1.º).

Pode ainda a Assembleia Geral delegar ao Conselho de Administração a deliberação sobre a oportunidade da emissão, conforme o § 1.º do art. 59. No caso, a Assembleia aprova a emissão, em tese, fixando as características básicas das debêntures, que estão elencadas nos números I a V do art. 59 da Lei. Cabe ao Conselho decidir qual o momento mais adequado para proceder à efetiva emissão e colocação das debêntures, tendo em vista as condições do mercado.

A delegação ao Conselho de Administração, na Cia. aberta, da deliberação sobre o momento mais oportuno para proceder à efetiva criação e colocação dos papéis constitui praxe bastante comum, flexibilizando o processo decisório e permitindo à companhia escolher, com maior rapidez, qual o "timing" mais adequado para o sucesso da operação.

¹ EIZIRIK, Nelson. Emissão de Debêntures. in Revista dos Tribunais, vol. 721, Nov/1995, pp. 52/61.

A possibilidade de delegação ao Conselho de Administração das deliberações acima referidas somente existe no caso de companhias abertas, sendo nula tal delegação na companhia fechada. Tratando-se de companhia aberta, a delegação é possível tanto no caso da colocação pública, realizada no mercado de capitais, **como no caso da colocação privada, posto que genericamente autorizada, nos termos do § 1.º do art. 59.**

(...)

(original sem grifo)

12. Em obra posterior, Eizirik foi cirúrgico ao pontuar que *“a finalidade econômica da debênture consiste em possibilitar o financiamento da companhia emissora, mediante empréstimo contraído junto a restrito círculo de pessoas (quando se trata de emissão privada) ou mediante apelo à poupança popular (no caso de emissão pública colocada no mercado de capitais)”*².

13. Já para Fran Martins³, nas debêntures colocadas mediante oferta privada, em que não houver a nomeação de agente fiduciário, *“a defesa dos direitos e interesses dos debenturistas se faz diretamente por cada um, já que, com a emissão de tais debêntures, não se forma, como acontece com o direito francês, de pleno direito e obrigatoriamente, uma comunhão de interesses entre os debenturistas, caso em que esses deveriam ser representados por alguém por eles indicado”*.

14. Bem se vê, assim, que a emissão privada e fechada de debêntures, como é o caso dos autos, não encontra vedação legal.

15. De outra parte, de acordo com o artigo 56 de Lei nº 6.404, de 1976, *“A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso”*. As debêntures emitidas pela Recorrente, como visto anteriormente, detinham natureza participativa, isto é, consubstanciavam *“direito a participação nos lucros da Emissora, à razão de 85% (oitenta e cinco) por cento do Lucro apurado, antes dos impostos, pela totalidade da série”*, conforme disposto no item 9 da escritura pública de fls. 116/117.

16. A dedutibilidade da remuneração das debêntures participativas era assegurada pelo inciso I do artigo 462 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), então vigente, *in verbis*:

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

(...)

17. Parenteticamente, anote-se que o artigo 31 da Lei nº 12.973, de 2014⁴, mencionado pelo Recurso Voluntário, trata de situação diversa, referindo-se ao *“prêmio na emissão de debêntures”*, que, nos termos do CPC 08 (R1) - Custos de Transação e Prêmios na Emissão de Títulos e Valores Mobiliários, *“é o valor recebido que supera o de resgate desses*

² EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 320.

³ MARTINS, Fran. Títulos de Crédito. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 256.

⁴ L. 12.973/2014: *“Art. 31. O prêmio na emissão de debêntures não será computado na determinação do lucro real, desde que: (...)”*.

títulos na data do próprio recebimento ou o valor formalmente atribuído aos valores mobiliários”, não se confundindo com a remuneração paga pelas debêntures.

18. Conforme notícia o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 56/75, a fiscalização desqualificou a operação, entendendo que:

- “se tratou de um ‘planejamento tributário’ passível de contestação visto o mesmo ter sido montado com o objetivo único de sonegar tributos” (item 5.4);
- “Não ocorreu uma operação de debêntures visando capitalizar a empresa e sim, um perverso planejamento tributário com vistas a reduzir a base da tributação, para efeito do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, considerando todos os fatos expostos e o real desdobramento financeiro e contábil, notadamente a desproporcionalidade nas taxas de juros pagas e nas retiradas de recursos da OLSEN a título de remuneração das debêntures” (item 9.1);
- “**consideramos as despesas financeiras a título de “prêmio de resgate de título de debêntures” como despesas indedutíveis e as adicionamos no lucro líquido**, visto os acionistas da OLSEN terem tido a clara intenção de reduzir indevidamente o lucro líquido, utilizando-se de despesas anormais e desnecessárias, relativo a remuneração de debêntures emitidas única e exclusivamente em favor dos dois únicos acionistas e diretores da empresa, com o único intuito de eximir-se do pagamento de tributos” (item 9.2).
- “Simulou-se uma operação financeira, através de emissão de debêntures, com vistas a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL” (item 9.5).

19. Mais pormenorizadamente, os motivos que conduziram à autuação podem ser assim resumidos:

- “As receitas com vendas no mercado interno no comparativo 2003_2007 aumentaram em 17%, enquanto que as vendas no mercado externo no mesmo período tiveram um decréscimo de 27% diferentemente do que consta na Ata de 02/04/2009” (item 6.4);
- “Conforme previsto na AGE, a rentabilidade a ser destinada aos adquirentes das debêntures corresponderiam a 85% do resultado operacional da empresa no período de 2004 a 2009 e 50% a partir de 2010 (inclusive), valores estes que foram calculados trimestralmente nos anos calendários de 2012 e 2013 (objeto da ação presente ação fiscal) (item 6.5);
- “Especificamente para os anos de 2012 e 2013 as despesas consideradas a título de “juros” das debêntures emitidas representaram o montante de R\$ 2.920.647,97, conforme QUADRO XII, extraído da escrita fiscal do contribuinte” (item 6.8);
- “A conduta dos acionistas da empresa não se coaduna com as conclusões extraídas da Ata da AGE de 02/04/2009 (QUADRO VII) quanto a estratégia de captação de recursos para a expansão da Sociedade no mercado externo e interno, pelas razões a seguir expostas” (item 7.1);
- “As despesas financeiras a título de remuneração das debêntures emitidas ocorreu de 2004 a 2013, conforme pode ser constatado no QUADRO VIII –

Debenturistas, totalizando nesse período o montante de R\$ 13.088.453,35 e ao considerarmos apenas o período de 2004 a 2007 (objeto da ATA da AGE de 02/04/2009) essas despesas atingiram R\$ 8.441.975,51 (64% do período de 2004 a 2013) (item 7.2);

- *“Conforme abordado no item “6.4”, as vendas não foram alavancadas pela emissão desses títulos e chama a atenção o valor do rendimento obtido em 2004. O aporte do capital de R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 rendeu em 31/12/2004 “juros” de R\$ 4.414.278,38 a título de “premio de resgate de títulos e Debêntures”, representando uma taxa de 21,57% ao mês (conforme demonstrado a seguir), equivalendo a 942,12% ao ano” (item 7.3);*
- *“As taxas obtidas nesta operação em muito supera [sic] as do mercado das debêntures. Estudo publicado na ISSN/IBICT (ISSN nº 0080-2107) – denominado ‘CONSTRUÇÃO DE CURVA DE DEBÊNTURES NO MERCADO BRASILEIRO UTILIZANDO A PARAMETRIZAÇÃO NELSONSPIEGEL’ (...), concluiu cientificamente que a maior taxa de juros (prefixado) oferecido pelo mercado brasileiro de debêntures, entre janeiro de 2008 a setembro de 2009, JAMAIS CHEGOU À CASA DOS 15% AO ANO, conforme gráfico extraído daquela publicação” (item 7.4);*
- *“A mesma publicação também nos prova estatisticamente que utilizando-se uma outra amostragem, desta vez para as debêntures pós-fixadas: as taxas de juros oferecidas pelo mercado, para o mesmo período, JAMAIS ULTRAPASSARAM A CASA DOS 11% AO ANO !!!, uma vez que o SPRED privado (taxa acima do indexador escolhido) situou-se por volta de NO MÁXIMO 1,9% ao ANO” (item 7.5);*
- *“Se não bastasse tais argumentos, ainda assim poderíamos convalidar que se tratou de um planejamento tributário perverso ao verificarmos evolução patrimonial do principal acionista da empresa que em 2004, ano da aquisição das debêntures, teve seu patrimônio acrescido em 114,51% conforme demonstrado no QUADRO XVI a seguir, cujos dados foram extraídos da Declaração de Ajuste Anual Simplificada apresentadas pelo contribuinte” (item 7.6);*
- *“Ao considerarmos todo o conjunto da operação, seja o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. (15% ao ano) comparado [sic] com o custo financeiro pela emissão das debêntures em 2004 (942,12% ao ano), a emissão das debêntures não ter impactado nas premissas de crescimento das vendas, o enriquecimento do principal acionista, é de se crer que não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto a capitalização, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos” (item 7.7).*

20. Vale dizer, a acusação de simulação na emissão das debêntures teve por fundamento três aspectos fulcrais, todos de natureza econômica. São eles:

1. a alta rentabilidade dos papéis, que teve por contrapartida o custo financeiro glosado;
2. não houve impacto nas premissas de crescimento das vendas; e

3. enriquecimento do principal acionista.

21.Como se sabe, recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar nº 104, de 2001. O referido dispositivo legal se encontra assim enunciado:

Art. 116. *Omissis.*

(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

22.Do voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), destacam-se os seguintes excertos sobre a injuridicidade da adoção de interpretação econômica como elemento configurador da dissimulação da ocorrência do fato gerador:

(...)

8. A norma do parágrafo único do art. 116 não dispõe, ao contrário do pretendido pela autora, de espaço autorizado de interpretação econômica. Ali não se trata da interpretação da lei, o que se dá no Capítulo IV do Código Tributário Nacional intitulado “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”.

Tem-se no artigo 110: e aqui ela reproduz o dispositivo

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Esse dispositivo não foi alterado pela Lei Complementar n. 104/2001.

9. De se anotar que elisão fiscal difere da evasão fiscal. Enquanto na primeira há diminuição lícita dos valores tributários devidos pois o contribuinte evita relação jurídica que faria nascer obrigação tributária, na segunda, o contribuinte atua de forma a ocultar fato gerador materializado para omitir-se ao pagamento da obrigação tributária devida.

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal.

(...)

23.No mesmo sentido, confira-se a lição sempre segura de Paulo de Barros Carvalho⁵:

(...) os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido. Existe interpretação econômica do fato? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o caráter jurídico, o fato será, única e

⁵ “O absurdo da interpretação econômica do ‘Fato Gerador’ - Direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinariedade”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102, jan./dez. 2007, pp.455/456.

exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não-econômica ou contábil, entre outras matérias. Como já anotado, o Direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias e unidades de significação.

O paradoxo inevitável, e que causa perplexidade no trabalho hermenêutico, justifica a circunstância do disciplinar levar ao interdisciplinar e este último fazer retornar ao primeiro. Sem disciplinas, portanto, não teremos as interdisciplinas; mas o próprio saber disciplinar, em função do princípio da intertextualidade, avança na direção dos outros setores do conhecimento, buscando a indispensável complementariedade. Tanto o jurídico quanto o econômico fazem parte do domínio social e, por ter este referente comum, justifica-se que entre um e outro haja aspectos ou áreas que se entrecruzem, podendo ensejar uma tradução aproximada e, em parâmetros mais amplos, uma densa e profícua conversação.

(...)

24. Ives Gandra da Silva Martins é categórico⁶:

(...)

Tenho para mim que o artigo 150 inciso I da Constituição Federal não é apenas repetitivo do art. 5º inc. II, mas explicitador de que ao Fisco cabe a espada da imposição, nos estritos limites do que a Constituição lhe permite, e, ao contribuinte, defender-se com o escudo da lei suprema para que não seja obrigado a submeter-se a exigências indevidas. Pretende, todavia, o Fisco suprir as omissões legislativas por interpretações econômicas, superativas da lei formal. Porém, em direito tributário, não cabe a interpretação econômica. Sendo o tributo uma norma de rejeição social (Teoria da Imposição Tributária, Ed. LTR, 2ª. ed., 1998), deve o Fisco respeitar, rigorosamente, o disposto na legislação para exigir os tributos constitucionalmente devidos, não podendo jamais desconsiderar, superar, eliminar as formas legais e legitimamente adotadas pelo contribuinte, para fazer prevalecer outra, à sua escolha, que implique maior arrecadação.

(...)

25. Segundo ensina Ingrid Aragão Freitas Porto, *“Na interpretação econômica o que importa na verificação da existência de relação jurídica tributária é o seu conteúdo econômico, e não a forma jurídica. O que importa não é o fato gerador, mas a capacidade contributiva. Assim, se um ato do contribuinte não estiver previsto legalmente como fato gerador, mas os seus efeitos econômicos forem similares aos de fatos geradores, então, pode esse ato ser tributado, a despeito de não estar tipificado”*⁷.

26. Depreende-se, desse modo, que não é dado à autoridade administrativa *“desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”* (cfe. parágrafo único do art. 116 do CTN), **mediante uma interpretação meramente econômica**.

27. Ressalte-se que a *“economia lícita de tributos obtida através da organização das atividades do contribuinte, de sorte que sobre elas recaia o menor ônus possível”* revela, segundo o saudoso Hugo de Brito Machado, técnica de **elisão fiscal**⁸. Já **evasão fiscal**, nas

⁶ “A Interpretação Econômica no Direito Tributário”, Gazeta Mercantil, 06.07.2005, disponível para consulta em http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2012/10/23/65a6741a2005091_a_interpr_eco_no_dir_trib.pdf.

⁷ “A tipicidade aberta e a interpretação econômica no Direito Tributário”, II Jornada de Direito Tributário, Coleção Jornada de Estudos Esmaf, 13, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, outubro/2012, p. 149.

⁸ “Breves Notas sobre o Planejamento Tributário”. In: Marcelo Magalhães Peixoto; José Maria Arruda de Andrade. (Org.). Planejamento Tributário. São Paulo: MP, 2007 p. 360

palavras de Luis Flávio Neto, “*se constitui a partir do momento que se verifica a utilização pelo contribuinte de práticas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico, com o objetivo de evitar, minorar ou retardar o pagamento de tributos*”⁹.

28. Mister salientar que, no caso dos autos, dúvidas não há de que se trata de operação revestida de todos os requisitos legais, conforme reconheceu a própria fiscalização ao afirmar que “*Em uma visão inicial poderia ser dito que se trata de uma operação revestida de todas as formalidades legais, o que há de se concordar*” (TVF, item 5.4).

29. Portanto, o simples fato de o contribuinte poder alcançar o mesmo resultado mediante a adoção de uma determinada forma jurídica, dentre tantas outras à sua disposição, desde que lícita, não basta para a desconsideração das operações praticadas, independentemente de se submeterem à menor carga tributária, visto que tal estratégia não configura **evasão**, mas sim **elisão fiscal**.

30. De outra parte, cabe retirar do oblívio o disposto no artigo 167 do Código Civil, que soa:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

31. Assim, apenas será considerado simulado, e portanto nulo, o negócio jurídico que aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou se os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

32. Nessa ordem de ideias, o fato de “*As taxas obtidas nesta operação em muito supera [sic] as do mercado das debêntures*”, não só consiste em aspecto inerente à interpretação econômica repudiada pela Suprema Corte, como também não colabora para a conclusão de que tenha havido simulação, porquanto a remuneração dos papéis era participativa, ou seja, vinculada ao performance da empresa e seus resultados, **implicando em evidente risco**.

33. Do mesmo modo, a circunstância de a emissão das debêntures não ter impactado nas premissas de crescimento das vendas, além de novamente revelar ingrediente inerente à interpretação econômica, igualmente não consubstancia fator que possa ser tomado como representativo de simulação, pois:

1. tratou-se de informação advinda apenas na AGE realizada em 02.04.2009 (fls. 89/93), ou seja, cerca de 05 anos após a emissão das debêntures (fls. 116/117), não sendo factível influenciar retroativamente a higidez daquela;

⁹ “Teorias do ‘Abuso’ no Planejamento Tributário”, 2011. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, 201, p. 54

2. a referida AGE também menciona que *“Contudo, advinda a crise financeira mundial a companhia sofreu um revés imediato, decorrente não apenas da retração do mercado, mas também da queda na relação cambial, com a sensível valorização do Real frente às demais moedas estrangeiras, máxime o Dólar norte-americano e o Euro”*, isto é, a retração no resultado do exterior foi levada em consideração; e
3. a queda nos resultados foi exatamente a circunstância indicada como responsável pela *“impossibilidade de quitação imediata das obrigações junto aos debenturistas, assim como a impossibilidade de resgate destas debêntures”*, elementos motivadores da proposta de prorrogação do seu vencimento para 12.04.2014, bem como da redução de sua remuneração incidente sobre os resultados futuros para o patamar de 50% antes da provisão para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

34.Ademais, a acusação de simulação, na medida em que tem por pressuposto a dissimulação da ocorrência de outro negócio jurídico, não prescinde da indicação e comprovação de qual seria a operação tida por dissimulada. Nesse ponto, o TVF se limita a afirmar que *“Simulou-se uma operação financeira, através de emissão de debêntures, com vistas a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL”* (item 9.5), sem apontar qual seria a operação ocultada. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a eventual redução dos tributos consiste em efeito do ato dissimulado, e não no próprio ato, que jamais foi identificado pela fiscalização.

35.Outrossim, frise-se que a especificação e a demonstração do ato dissimulado também é essencial para que este possa ser considerado válido e tenha seus efeitos devidamente aplicados, nos termos do *caput* do acima reproduzido artigo 167 do Código Civil.

36.Por derradeiro, a fixação da remuneração das debêntures vinculada aos resultados da empresa, considerando que estes poderiam ou não, ao final, ser superiores aos parâmetros do mercado, não pode ser considerada como elemento disruptivo da normalidade e usualidade da operação à época em que foi concebida, diante das incertezas do seu dimensionamento futuro, mesmo que oferecidas unicamente aos sócios. Destarte, incumbiria à autoridade fazendária produzir a prova cabal e inequívoca de que a operação foi desnecessária às atividades da Recorrente e à manutenção de sua fonte produtora, nos termos do artigo 299 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99)¹⁰, ônus do qual não desenvencilhou. Neste ponto, a prova deveria se reportar à situação vigente na ocasião da emissão das debêntures, apta a desautorizar a necessidade de captação de recursos, independentemente da fonte, seara na qual a fiscalização jamais ingressou.

37.Por tais motivos, não se confirmando as premissas nas quais se assentou o lançamento, não há como prestigiá-lo.

¹⁰ RIR/99: *“Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47). § 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º). § 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º). § 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem”*.

38. Ante o exposto, dou provimento o Recurso Voluntário para o fim de cancelar os autos de infração de IRPJ e de CSLL.

39. Caso vencido, passo a examinar os demais argumentos recursais.

DA MULTA E DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

40. Segundo informa o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 56/75, *“para a infração descrita no presente Termo deve ser aplicado tratamento mais gravoso no que tange à multa de ofício lançada. A referida sanção é devida em razão do evidente intuito de fraude por parte do sujeito passivo, encontrando amparo no § 1º do art. 44 da lei nº 9.430, de 27/12/1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007”*.

41. O § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, apresenta a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

42. Por sua vez, o artigo 72 da Lei 4.502, de 1964, estatui:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

43. Como é possível concluir da leitura dos referidos dispositivos legais, a qualificação da multa pela configuração de fraude está intimamente associada à prática de atos dolosos, ardilosos e espúrios.

44. No caso *sub examine*, se a conduta da Recorrente se pautou pela estrita legalidade, uma vez que a operação se revestiu de todas as formalidades legais, como admitiu a própria fiscalização no item 5.4 do TVF, sendo realizada de forma pública, por meio de escritura lavrada em cartório (fls. 116/117), não exigindo qualquer esforço da fiscalização no sentido de desvendar os atos praticados e aplicar-lhes os efeitos tributários, não subsistem razões para a qualificação da multa.

45. De fato, ainda que possa ser reputado de planejamento tributário abusivo, também denominado de elisão abusiva pela hodierna doutrina, a conduta da Recorrente foi praticada antes da ocorrência do fato gerador, contabilizada com base em documentação elaborada de acordo com os requisitos formais, de modo a não configurar fraude contra lei no sentido empregado pelo artigo 72 da Lei nº 4.502, de 1964. Nesse sentido, confira-se a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2011, 2012

(…)

MULTA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA DE SONEGAÇÃO, FRAUDE OU CONLUÍO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. INSTITUTOS CIVIS. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Não havendo comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, não se sustenta a qualificação da penalidade. Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade. Tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, não resta caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

(…)

(Acórdão nº 1301-004.133)

46. Do voto vencedor de lavra do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, extraem-se os seguintes fundamentos, os quais adoto como razão de decidir:

(…)

Desse modo, o contribuinte que pretende planejar, com vista à economia de impostos, terá de dirigir a sua atenção para o período anterior à ocorrência do fato gerador e nesse período adotar as opções legais disponíveis.

Alguns autores utilizam expressões para definir o tipo de ato praticado pelo contribuinte. Temos, basicamente: elisão, evasão e elusão.

A denominada elisão equivaleria a um planejamento tributário consistente. Trata-se de obtenção de economia de imposto obtida por interpretação razoável da lei tributária.

Para alguns autores ainda existe o denominado **planejamento tributário abusivo**. Nesse caso, no entender de Ricardo Lobo Torres a economia tributária seria praticada a partir de um ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito¹⁶. Para Marco Aurélio Greco, teríamos, aqui, a denominada fraude à lei (imperativa), não caracterizando fraude, mas, por afronta ao princípio da capacidade contributiva, daria azo ao pagamento do tributo correspondente. **A não caracterização de fraude implicaria, por conseguinte, a ausência de repercussão penal.**¹⁷

Roberto Lobo Torres, apontando teses do direito internacional, assinala dois testes para detectar a elisão abusiva:

- propósito negocial (*business purpose test*): não devem surtir efeitos contra o Fisco os negócios jurídicos que tenham por finalidade única a obtenção de economia de tributos;
- proporcionalidade: considera-se abuso de forma a escolha de forma jurídica inadequada que resulte numa vantagem não prevista em lei sem que o contribuinte comprove o fundamento não tributário da escolha, de acordo com o quadro geral das circunstâncias¹⁸.

Para esse doutrinador, o planejamento tributário abusivo “*se restringe ao abusoda possibilidade expressa da letra da lei e dos conceitos jurídicos indeterminados; inicia-se coma manipulação de formas jurídicas lícitas para culminar na ilicitude atípica ínsita ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil).*”¹⁹

Helena Tôrres²⁰ denomina como elusão tributária os casos de elisão ilícita. A elisão poderia ser definida como as opções legítimas que o ordenamento apresenta ao contribuinte, já a elisão com abuso de direito, ou elusão, se restringiria aos casos em que o contribuinte, utilizando-se de liberdades negociais, utiliza negócio jurídico legítimo e válido, mas com causa alheia àquela natural do negócio, com o intuito único de economia tributária.

Já a chamada **evasão** se dá após a ocorrência do fato gerador, consistindo em sua ocultação “*com o objetivo de não pagar o tributo devido de acordo com a lei, sem qualquer modificação na estrutura da obrigação ou na responsabilidade do contribuinte.*[...]”

*Compreende a sonegação, a simulação, o conluio e a fraude contra a lei, que consistem na falsificação de documentos fiscais, na prestação de informações falsas ou na inserção de elementos inexatos nos livros fiscais, com o objetivo de não pagar o tributo ou de pagar importância inferior à devida. É, também, crime definido pela lei penal. Não se confundem a fraude à lei, que é forma de elisão abusiva, e a fraude contra a lei, que é evasão ilícita”.*²¹

Marco Aurélio Greco esclarece quais as reações do ordenamento jurídico diante da simulação, abuso de direito e fraude à lei:

Na simulação – seja vista da perspectiva da vontade ou do motivo/causa – sempre há um negócio real e um aparente (ou apenas aparente no caso de pura mentira). A reação do ordenamento é considerar ocorrido o negócio real e ignorar o negócio aparente. Aplica-se a lei pertinente ao negócio real (ou ao nenhum negócio).

No abuso de direito, como o problema é o excesso no seu exercício, neutraliza-se o excesso e nega-se a tutela jurídica apenas a essa parte. Portanto, é um caso de ineficácia parcial do que foi feito.

Na fraude à lei, busca-se contornar determinada norma imperativa, mediante a utilização de outra norma (ou ausência de previsão expressa). Neste caso, o ordenamento reage aplicando a norma contornada. Se o contribuinte, por hipótese, quis gerar um ágio para evitar a reavaliação tributada, aplica-se a norma da reavaliação. Fez-se uma cisão seletiva para contornar o ganho de capital na alienação de participação societária, aplica-se a norma do ganho de capital.

*Note-se a diferença: no abuso de direito há uma norma, um direito e um excesso no seu exercício; na simulação há duas causas ou duas vontades para uma única norma; na fraude à lei, são duas normas para um único ato. Para figuras diferentes, reações diferentes do ordenamento jurídico diante da sua ocorrência.”*²²

Em resumo: A elisão precede a ocorrência do fato gerador no mundo fenomênico.

A sonegação e a fraude (= evasão) dão-se após a ocorrência daquele fato.²³

Podemos assim resumir as questões:

Figura	Nomenclatura	Momento	Crime	Multa	Observações
Elisão	Planejamento Tributário	Antes do Fato Gerador	Não	-	-
	Planejamento Tributário Abusivo ou Elusão	Antes do Fato Gerador	Não	"Comum" (75%)	Abuso de Direito, Fraude à Lei
Evasão	Sonegação, Fraude (=Dolo)	Após o Fato Gerador	Sim	Qualificada (150%)	Sonegação, Fraude ou Conluio

No caso concreto, não tenho dúvidas de que a conduta praticada pela autuada enquadra-se no conceito de elisão abusiva, uma vez que as provas coligidas indicam que todos os atos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador, devidamente contabilizados em calçados em documentos formalmente corretos, e, nesse cenário, quer se enquadre tal conduta como abuso de direito (o que implica a requalificação dos fatos), ou como fraude à lei (aplicando-se a lei imperativa para cálculo da exação), não há que se falar em fraude contra lei de que trata o art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Também não há que se falar em sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64), uma vez que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, excluindo-se a possibilidade de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

A questão atinente à artificialidade da operação limita-se aos contornos das patologias de abuso de direito ou de fraude à lei, o que, conforme já observado, não implicam afronta direta à lei, mas sim utilização de dispositivo legal com excesso no seu gozo (abuso de direito) ou contorno de determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma,

denominada norma de contorno (fraude à lei).

Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Como argumento adicional, ao menos em relação à glosa de despesas com amortização de ágio, não há como ignorar que à época dos fatos geradores havia doutrina de peso e a própria jurisprudência do CARF que endossava o procedimento adotado pela autuada.

(...)

¹⁶ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 8.

¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

¹⁸ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 8.

¹⁹ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 9.

²⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; pp. 189 e 190.

²¹ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 9-10.

²² GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 285-286.

²³ LOBO TORRES, Ricardo. **Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro:Elsevier, 2012, p. 8.

47.No mais, no que tange às questões constitucionais abordadas pela Recorrente, inerentes ao efeito confiscatório da penalidade, alerte-se que as mesmas não comportam conhecimento, *ex-vi* do disposto no artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, segundo o qual “No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, conforme, aliás, disposto na Súmula CARF nº 2¹¹.

48.Em remate, registre-se que, nos termos da Súmula CARF nº 28, “O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais”.

49.Por via de consequência, deve ser afastada a qualificação de penalidade.

50.Ante o exposto, tendo sido vencido quanto ao provimento do recurso voluntário, aprecie o pedido subsidiário e lhe dou parcial provimento para o fim de afastar a qualificação das multas de ofício.

51.Caso vencido, passo a apreciar, *ex officio*, o cabimento da aplicação do princípio da retroatividade benigna.

52.Verifica-se que o § 1º do artigo 44 da Lei nº 9430, de 1996, foi alterado pela Lei nº 14.689, de 2023, com acréscimo dos incisos VI, VII e §§ 1º-A e 1º-C, passando o dispositivo a ostentar a seguinte redação:

¹¹ Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será majorado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, e passará a ser de: (Redação dada pela Lei nº 14.689, de 2023)

(...)

VI – 100% (cem por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

VII – 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença de imposto ou de contribuição objeto do lançamento de ofício, nos casos em que verificada a reincidência do sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-A. Verifica-se a reincidência prevista no inciso VII do § 1º deste artigo quando, no prazo de 2 (dois) anos, contado do ato de lançamento em que tiver sido imputada a ação ou omissão tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ficar comprovado que o sujeito passivo incorreu novamente em qualquer uma dessas ações ou omissões. (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-B. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-C. A qualificação da multa prevista no § 1º deste artigo não se aplica quando: (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

I – não restar configurada, individualizada e comprovada a conduta dolosa a que se referem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

II – houver sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo do qual decorra imputação criminal do sujeito passivo; e (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

III – (VETADO). (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

§ 1º-D. (VETADO); (Incluído pela Lei nº 14.689, de 2023)

(...)

53. Evidencia-se que a penalidade, que antes alcançava 150% em decorrência da dobra do percentual de 75% prescrito pelo inciso I do artigo 44, foi reduzida para 100%, conforme estabelecido pelo novel inciso VI.

54. Adicionalmente, a fiscalização não enveredou, por não constituir fator relevante à época, na perquirição da ocorrência de reincidência da conduta infracional, conforme estatuído pelo inciso VII e § 1-A.

55. Diante dessas circunstâncias, deve ser reconhecida a redução do percentual da multa para 100%, por conta da aplicação do princípio da retroatividade benigna de que trata a letra “c” do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

DISPOSITIVO

56. Ante o exposto, tendo sido vencido quanto ao provimento do recurso voluntário e no afastamento da qualificação das multas de ofício, reduzo, de ofício, a multa qualificada para 100%, com suporte no artigo 106, II, “c”, do CTN, conforme nova redação dada, pelo artigo 8º da Lei nº 14.689, de 2023, ao artigo 44, § 1º, inciso VI da Lei nº 9.430/1996.

(documento assinado digitalmente)

Jandir José Dalle Lucca

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni, redator designado.

O ilustre relator apresentou voto de extrema qualidade o qual oportunizou debates de alto nível e admirável democracia tributária e coube a mim a oportunidade de redigir o voto vencedor, mas não originário de meus argumentos e sim da construção de conhecimento realizada pela renomada turma que tenho a honra de integrar, razão pela qual, nos fundamentos abaixo não pude deixar de relatar os próprios debates como razão de decidir.

Assim, não obstante a reconhecida sabedoria do ilustre renomado relator, no que diz respeito especificamente a simulação, a maioria do Colegiado apresentou posicionamento diverso do voto vencido.

O voto vencido prevaleceu na questão da análise da redução da multa de ofício, tendo sido reduzido de ofício para 100%, por unanimidade de votos, nesse aspecto, não sendo necessário nada acrescentar sobre essa redução.

Com relação ao mérito, os conceitos jurídicos expostos no excelente voto vencido são mantidos, sendo alterada apenas a INTERPRETAÇÃO sobre a ocorrência de simulação e o abuso de forma.

Ocorre que após a primeira apresentação do voto do relator, o foi estabelecido, tendo sido solicitado vista coletiva dos autos para aprofundamento da análise.

Após a respectiva vista, o Colegiado voltou a debater o caso e entendeu que a questão da forma nas operações em debate apresentada pela Recorrente está aparentemente correta. Todavia, o debate no Colegiado estabeleceu-se sobre a possibilidade de ter ocorrido abuso de forma e consequente simulação.

Isso porque a emissão das Debêntures ocorreu em uma empresa que tinha recentemente se transformada em Sociedade por Ações, as chamadas S/A's, há apenas 1 mês, deixando de ser empresa limitada para a que tudo indica, justamente viabilizar a emissão das debêntures.

Esse fato em si não seria relevante se os dois únicos sócios da então empresa limitada não fossem os ÚNICOS acionistas da recente S/A e também os próprios adquirentes das debêntures. Esse é o abuso de forma identificado nos debates do Colegiado, o qual pode ser visualizado após a leitura dos fatos de maneira sequencial.

Conforme muito bem exposto pelo ilustre relator da DRJ **em 02/03/2004**, em face da 22ª alteração do respectivo Contra Social, a Olsen alterou sua denominação de Olsen Indústria de Equipamentos Odontomédicos Ltda. para Olsen Indústria e Comércio S/A, **adotando, portanto, a forma societária de Sociedade por Ações**, passando a reger-se pela Lei 6404/76 com dois acionistas, os quais, César Augusto Olsen, (99% do Capital Social) e Deise Meri de Freitas Olsen, (1%). A partir da mencionada alteração contratual, apurou seus resultados na forma do Lucro Real nos anos-calendário de 2012 e 2013.

Na sequência do relatório da DRJ consta a informação de que, *Na Escritura Pública de Emissão de Debêntures **datada de 14/04/2004**, foram previstas, dentre outras, as seguintes características: i. Colocação: Subscrição Particular e Fechada; ii. Emissão: **12/04/2004**; iii. Vencimento: 12/04/2009; iv. Quantidade: 1.000.000 (um milhão); v. Valor: R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); vi. Forma e Espécie: Nominativas; vii. **Debêntures: Escriturais**; viii. Subscrição: Valor Nominal e integralizada moeda corrente nacional; ix. Remuneração: 85% (oitenta e cinco por cento) do Lucro antes dos Impostos, apurados trimestralmente; Através da Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 02/04/2009, registrada na Junta Comercial de Santa Catarina em 09/10/2009, **os dois únicos acionistas da Sociedade deliberaram pela prorrogação do vencimento para o resgate das debêntures para 12/04/2014, bem como optaram pela redução do percentual de remuneração para 50%**.*

Ou seja, em curto espaço de tempo a Recorrente deixou de ser empresa de característica de responsabilidade limitada para tornar-se S/A e, com isso, poder emitir debêntures. Sendo mais específico, **no dia 02/03/2004, a Recorrente adotou a forma societária de Sociedade Por Ações, e NO MÊS SEGUINTE, em 12/04/2004, emitiu as debentures para os antigos sócios, atuais ÚNICOS ACIONISTAS.**

Note-se ainda que constam que os dois únicos acionistas da Sociedade deliberaram pela prorrogação do vencimento para o resgate das debêntures, bem como *bem como optaram pela redução do percentual de remuneração para 50%*, que demonstra que o rendimento, o prazo de pagamento da Debenture era de controle do emissor, sendo possível concluir que o acionista decidia quanto iria lucrar com a debenture que ele mesmo adquiriu, prejudicando a independência contratual,

Ademais, a autoridade fiscal ainda identificou que os dois acionistas adquirentes das debêntures pelo valor de R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 foram agraciados com um rendimento total de R\$ 13.088.453,35, importância esta que foi considerada como despesa financeira.

Ou seja, a empresa diminuiu o Imposto de Renda a pagar em face da despesa gerada com a Debênture, e por sua vez, os dois únicos acionistas absorveram o lucro da empresa com as Debêntures.

Note-se que a sequência de FATOS é grave, pois as Debêntures foram emitidas única e exclusivamente para os dois ÚNICOS acionistas e eles ainda decidiam a maneira como pretendiam lucrar com as debentures mesmo após a respectiva emissão, aplicando retornos bem generosos. Nesse contexto, relembremos o relato da autoridade fiscalizadora, cujo resumo elaborado pela DRJ é ora adotado como razão de especificamente sobre os termos abaixo transcrito:

A autoridade informa que os dois acionistas adquirentes das debêntures pelo valor de R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 foram agraciados com um rendimento total de R\$ 13.088.453,35, importância esta que foi considerada como despesa financeira.

A autoridade salienta que no total das despesas financeiras de debêntures de R\$ 13.088.453,35, relativo ao período de 2004 a 2013, 64% que significa R\$ 8.441.975,51 e mais que o aporte de capital de R\$ 1.000.000,00 em 12/04/2004 rendeu em 31/12/2004 “juros”(sic) de R\$ 4.414.278,38. **O que segundo diz corresponde a uma taxa de 21,57 % a.m ou 942,12% ao ano.**

(...)

A autoridade forma convicção de que está diante de um planejamento tributário e adiciona:

“Se não bastasse tais argumentos, ainda assim poderíamos convalidar que se tratou de um planejamento tributário perverso ao verificarmos evolução patrimonial do principal acionista da empresa que em 2004, ano da aquisição das debêntures, teve seu patrimônio acrescido em 114,51% ”.

E conclui da seguinte forma:

Ao considerarmos todo o conjunto da operação, seja o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. **(15% ao ano)** comparado com o custo financeiro pela emissão das debêntures em 2004 (942,12% ao ano), a emissão das debêntures não ter impactado nas premissas de crescimento das vendas, o enriquecimento do principal acionista, é de se crer que **não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto a capitalização**, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos.

A autoridade faz um arrazoado sobre despesas necessárias com base no art. 299 do RIR/99 e Parecer Normativo CST 32/81 para concluir pela não necessidade e não essencialidade e não usualidade das despesas de remuneração de debêntures, terminando pela glosa desta com base no 249 do RIR/99.

No tópico 09 do Termo de Verificação e Encerramento Fiscal estabelece os pressupostos de sua autuação:

- De não ter havido uma operação de capitalização por debêntures mas “...um perverso planejamento tributário com vistas a reduzir a base da tributação, para efeito do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido...”

- Pelo exposto, consideramos as despesas financeiras a título de “prêmio de resgate de título de debêntures” como despesas indedutíveis e as adicionamos no lucro líquido, **visto os acionistas da OLSEN terem tido a clara intenção de reduzir indevidamente o lucro líquido, utilizando-se de despesas anormais e desnecessárias, relativo a remuneração de debêntures emitidas única e exclusivamente em favor dos dois únicos acionistas e diretores da empresa, com o único intuito de eximir-se do pagamento de tributos.**

- Compete ao fisco, por dever de ofício, análise de situações que representam simulações com vistas à sonegação de impostos. Segundo o art. 167 do CC/2002:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

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

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

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

A autoridade administrativa desconsiderou o negócio jurídico referente às debêntures e baseou o lançamento de ofício dos tributos sobre o fato jurídico dissimulado encontrando respaldo no Código Civil, como mencionado acima, e no art. 116, § único., c/c art. 149, VII, ambos do CTN. E cita Hugo de Brito Machado:

“Em síntese, parece-nos que essa norma geral antielisão, se interpretada de forma mais ampla, com alcance capaz de emprestar à autoridade administrativa o poder para desqualificar qualquer ato ou negócio jurídico apenas porque o seu conteúdo econômico poderia estar contido em ato mais oneroso do ponto de vista tributário, estará em flagrante conflito com o princípio da legalidade, como já foi demonstrado, e em aberta contradição com as normas constantes do próprio Código Tributário Nacional, especialmente as dos arts. 108, § 1º, e 116, caput, inciso I. Por outro lado, se interpretada em harmonia com a Constituição, e assim aplicada apenas aos casos nos quais esteja configurado evidente abuso de direito, nada vai acrescentar, posto que nossa jurisprudência já admite a desconsideração de atos ou negócios em tal situação”. (grifos)

Cita, ainda, a Jurisprudência Administrativa do CARF:

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária / Acórdão 1101-00.006 / 11/03/2009. Ementa: REMUNERAÇÃO DE DEBENTURISTAS. SIMULAÇÃO. Operação de emissão de debêntures adquiridas unicamente por pessoas ligadas à emitente, com remuneração exclusiva de 95% dos lucros, sem pagamento de juros e prêmio utilizado para aumento de capital caracteriza negócio simulado para encobrir operação de subscrição de participação societária. O prejuízo ao Fisco se revela na remuneração dos (falsos) debenturistas, lançando-se lucro travestido de despesa na apuração do lucro real.

1º Conselho de Contribuintes / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 10321.543 em 17.03.2004 DESPESA. DEDUTIBILIDADE. Despesa dedutível é aquela necessária à atividade da pessoa jurídica, relativa à contraprestação de algo recebido, e comprovada com documentação hábil e idônea. DESPESAS DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE. A dedução das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures está condicionada, entre outras, à efetiva captação de novos recursos financeiros inerente à emissão desses títulos. Publicado no DOU em 06.12.2004 DESPESAS DE DEBÊNTURES.

DEDUTIBILIDADE. A dedução das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures está condicionada, entre outras, à efetiva captação de novos recursos financeiros inerente à emissão desses títulos. (AC.10321.543, 27/03/2004)

Ora, regra geral, uma das características das S/A's é a pluralidade de acionistas pela essência dessa sociedade empresária, cujos acionistas possuem relação de capital e não de *affectio societatis*, sendo que em raras exceções isso não ocorre, o que de certa maneira soa desconexo com a realidade.

Ou seja, é permitido pela sistema legal uma sociedade por ações ter apenas dois acionistas, mas não é razoável. O abuso no presente caso é no sentido de que a empresa apresentou apenas dois acionistas, sendo que estes esses dois acionistas eram exatamente os dois únicos sócios da antiga empresa limitada, a qual que se transformou em S/A, emitiu debentures justamente para eles mesmos. Além da forma, nada mudou em termos do quadro societário de quotistas para o quadro de acionistas. Mudou a forma, mas o fato permaneceu o mesmo, duas pessoas proprietárias da mesma empresa decidindo sobre a remuneração das Debêntures. Na prática, os sócios criaram uma despesa, qual seja, a Debênture.

Ocorre que essa Debênture não foi emitida para uma pessoa física ou jurídica independente e sim para os ÚNICOS beneficiários do lucro da empresa ou dos ganhos com das Debentures.

A emissão das Debentures por empresa de dois acionistas, em si também é aceito pelo sistema jurídico, todavia, a recente transformação da empresa, somada a emissão de debêntures com ganhos exclusivos para os adquirentes acionistas passa a ser o abuso de forma.

O ilustre jurista Marco Aurélio Grecco ministra o conceito de que no Planejamento Tributário se faz necessário *analisar o filme todo e não somente uma foto da realidade*. Cada operação no presente caso seria uma “foto”, a princípio, formalmente correta. Todavia, a sequência das “fotos”, ou seja, o filme, demonstra a existência de simulação, em face de uma vontade aparente. A real intenção dos contribuintes é relevada na sequência dos fatos e não na análise individualizada de cada fato, não se observando no presente caso a independência nas partes envolvidas e sim, uma estratégia para pagar menos tributo.

A estratégia no presente caso não pode ser classificada como Planejamento Tributário, porque a legislação permite o Planejamento Tributário, permite que o contribuinte busque a maneira menos onerosa de pagar tributos e até mesmo de não pagá-los nos termos da lei. Todavia, no presente caso não se trata de Planejamento Tributário e sim de simulação, vedada pela Ordenamento Jurídico Tributário.

Referida simulação foi identificada pelo Colegiado ao aplicar o Princípio da Verdade Material.

Conforme é cediço, muito se debate nesse tribunal, em análise caso a caso, sobre a aplicação do Princípio da Verdade Material, peculiar no Processo Administrativo Tributário, não se podendo, sob o entendimento desse relator, afirmar, quais são seus critérios objetivos, justamente porque a subjetividade seria a sua maior virtude e sua grande utilidade para a busca da justiça tributária, sendo responsável ainda, tal subjetividade, por uma das grandes qualidades do processo administrativo tributário que é justamente não se limitar a marcha saneatória de um processo judicial.

Explico. As diferentes experiências de carreira e a paridade de composição dos julgadores do CARF permite a construção de conhecimento ímpar em um órgão de julgamento e, é justamente essa construção dialética que permite aplicar a exegese sobre estruturas e documentos com conclusões eventualmente não identificadas em momentos anteriores. Nesse sentido, o método dialético de debates encaminha o caso para a identificação de um conceito/detalhe ainda não revelado em um documento já apresentado. E nesse momento evidencia-se uma ponte, uma ligação possível a outro eventual documento nos autos e outros conceitos. Em outras palavras, o Princípio da Verdade Material clama pela complementação de um indício manifestado no debate, clama pela aplicação de outra análise da realidade. No caso, a complementação ocorreu quando da observação da sequência de fatos da operação.

Note-se, não se trata de supressão de instância, e sim de complementação de pontos que já existiam no processo e ainda não estavam maduros para serem identificados.

Isso significa dizer que o Princípio da Verdade material não se aplica apenas para beneficiar o contribuinte recorrente e sim beneficiar todo o sistema tributário, a fim de dar oportunidade da verdade vir à luz o quanto antes.

De mais a mais, restou claro para a maioria da turma, após debates, que ocorreu simulação no presente caso. Ou seja, o princípio da verdade material fundamenta também o não provimento do recurso. E foi o que ocorreu. O ilustre relator pavimentou o debate com conceitos precisos do direito, conceitos esses que adotamos como razão de decidir, alterando apenas a interpretação sobre a existência do abuso de forma. É uma diferença tênue que exige, como dissemos, um profundo debate, o que diferente de uma imposição autoritária.

É importante ressaltar que entendo que Planejamento Tributário é essencial para o desenvolvimento de um país. Busca-se, nos parâmetros da lei, reduzir custos, eficiência administrativa e otimização das atividades de uma empresa e até mesmo da pessoa física.

Ocorre que o planejamento tributário como forma de economia fiscal, apresenta linha tênue entre o Planejamento Tributário (elisão fiscal) do planejamento ilícito (evasão fiscal).

Há vasta doutrina e julgados do CARF que dispõem sobre os critérios delimitadores da linha tênue que separam a elisão e a evasão fiscal, quais sejam, abuso de forma, abuso de direito, fraude, simulação, dissimulação, propósito negocial (*business purpose*) e substância sobre a forma (prevalência da substância sobre a forma).

No presente caso a linha tênue foi de difícil identificação, mediante a forma apresentada, o que demandou, como dito, profundo debate entre os julgadores e esse debate identificou a Verdade Material das operações narrados no Auto de Infração.

Com isso, está correta a autoridade administrativa ao desconsiderar o negócio jurídico referente às debêntures, bem como está correta ao basear o lançamento de ofício dos tributos sobre o fato jurídico dissimulado encontrando respaldo no art. 116, § único., c/c art. 149, VII, ambos do CTN, merecendo destaque a análise da DRJ abaixo transcrita quanto a esse tópico:

No caso em questão o que houve foi uma emissão privada e fechada de debêntures pela empresa Olsen em 12/04/2004, cujos únicos subscritores foram seus sócios: César Augusto Olsen e Deise Meri de Andrade Olsen, no valor total de R\$ 1.000.000,00. A Olsen era uma sociedade limitada e na data de 02/03/2004 promoveu uma alteração contratual mudando sua organização para sociedade anônima, assim pôde emitir debêntures.

É informado pela autoridade administrativa autuante e não contestado na impugnação que os acionistas, únicos debenturistas, foram agraciados com rendimentos totais de R\$ 13.088.453,25 até 31/12/2013. Observando que em 31/12/2004, receberam R\$ 4.414.278,38.

Destarte, entendeu o Colegiado que ocorreu simulação na emissão de debêntures, resultando na redução de tributo a pagar na pessoa jurídica e/ou distribuição disfarçada de lucro.

A simulação é definida no § 1º do artigo 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação

tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.
(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Conforme destacado pelo ilustre relator original, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, via da qual reconheceu a constitucionalidade da inclusão do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar nº 104, de 2001.

Portanto, esse Colegiado, em sua maioria, interpretou que a autoridade administrativa agiu corretamente ao desconsiderar atos e negócios jurídicos praticados do presente caso na medida que tiveram a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo e a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Correta também a interpretação da DRJ no sentido de que neste caso, a autoridade fiscal não fez uso do recurso da interpretação econômica e sim interpretou que ocorram manipulações do fato gerador (especificado do artigo 118 do CTN), no que se refere ao revestimento jurídico.

De fato, a interpretação da norma tributária não está adstrita à forma do negócio jurídico praticado pelas partes e sim a outros elementos, segundo dispõem os arts. 109 e 118 do CTN, a seguir transcritos:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos

Isso significa que o intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da forma jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos.

No caso em tela buscou-se reduzir a renda, fato gerador do imposto, através de deduções referentes a operações com debêntures. No presente caso não fora ferida a liberdade econômico da Recorrente.

Sacha Calmon Navarro Coelho esclarece esse ponto quando menciona que :“(...) liberdade econômica significa então poder optar, sem ferimento ao Direito, pelas formas jurídicas de organização econômica e pelos negócios jurídicos existentes no quadro legal vigente, lisamente **sem intuito dissimulatório**” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Evasão e elisão fiscal: o parágrafo único do art. 116, CTN e o direito comparado. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.53). (Grifo nosso).

O que não se pode admitir é que os atos e negócios jurídicos praticados sob o manto de uma aparente legalidade sejam realizados simplesmente para encobrir o verdadeiro e único propósito da operação, qual seja, o de reduzir o pagamento de tributos.

O ilustre e admirável jurista Marco Aurélio Greco esclarece o tema:

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas ao seu uso, ao modo de seu exercício. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível?

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões.

(pág. 198)

(...)

Ou seja, cumpra analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

(...)

Isso não afasta a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito. Assim, no Código Civil de 1916, a doutrina discutia este ponto havendo divergência a respeito, porém, com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(pág. 206)

(...)

Antes do Código Civil de 2002, o importante era saber se o Fisco poderia se recusar a aceitar os efeitos do ato ou negócio jurídico, invocando para tanto, a existência de abuso de direito, procedendo, como menciona a doutrina francesa, à desqualificação e subsequente requalificação fiscal do negócio ocorrido, para exigir o imposto que seria devido não fora o negócio lícito, mas abusivo.

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária tornasse muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. (pág. 207)

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura.

Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurarse, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228). GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248

Portanto, “cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça”.

No caso, a emissão das Debêntures visou a redução da carga tributária ou a distribuição disfarçada de lucros. A ausência de independência nas operações nos leva a essa conclusão. Note-se que não basta que a Recorrente aponte atos formais lícitos, porque foram demonstrado pela fiscalização de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo e extrapolados seus limites, configurando, inclusive por ter sido evidente que sua única e principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto da pessoa jurídica.

Apoiado nos ensinamentos do mestre Marco Aurélio Greco, entendo que a *auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei.*

Ora, mesmo que ocorra emissão de debêntures legalmente constituídas, verifica-se no presente caso o desvirtuamento do objetivo natural a que se destinam, haja vista o evidente propósito de sua realização estar vinculado única e exclusivamente à economia no pagamento de tributos.

Desta maneira, os atos praticados pela Recorrente ao utilizar-se do instituto das debêntures de forma abusiva não podem ser levadas ao Fisco como justificativa para redução de tributos (artigo 187 do Código Civil). Por serem inoponíveis ao Fisco, as consequências tributárias deles decorrentes (dedução de despesas) devem ser consideradas indevidas, razão pela qual absolutamente correto o procedimento fiscal.

No mais, uma vez considerada a operação de emissão de Debênture, perde o objeto outras análises, principalmente às relacionadas à constitucionalidade do artigo 116 do CTN, sendo pertinentes as multas aplicadas ao caso e a repercussão criminal nos termos fundamentados no lançamento tributário e na decisão da DRJ, ressaltando-se que o argumento de violação da vedação constitucional ao confisco tributário não pode ser apreciado nesta esfera administrativa conforme Súmula 02 do CARF.

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Diante do exposto, voto por i) negar provimento ao recurso voluntário, mantendo integralmente, i.i) os lançamentos de IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 2012 e 2013; e, i.ii) a multa qualificada, ii) adotando as razões de mérito do voto do relator original, reduzir, de ofício, a multa qualificada para 100%, com suporte no artigo 106, II, “c”, do CTN, conforme nova redação dada, pelo artigo 8º, da Lei nº 14.689, de 2023, ao artigo 44, § 1º, inciso VI, da Lei nº 9.430/1996.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Piza Di Giovanni

Fl. 32 do Acórdão n.º 1402-006.710 - 1ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.720047/2015-94