



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

Processo nº 11516.722027/2014-77
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-001.718 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2016
Matéria IRPJ/CSLL
Recorrente VENTISOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. 01.763.720/0001-71
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

DESPESAS. NECESSIDADE.

São admissíveis as como operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora e que sejam usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividade da empresa.

DESPESAS DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE.

A falta de comprovação de que os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstrarem não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados (emissão de debêntures) tais atos não são oponíveis ao fisco. Nesse contexto se insere a indedutibilidade das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures entre partes ligadas sem captação alguma de novos recursos, demonstrando apenas a artificialidade da operação.

MULTA QUALIFICADA

Aspecto relevante que deve ser considerado na aplicação da multa qualificada aos planejamentos diz respeito aos atos que constituem a conduta evasiva. Se nenhum desses atos foi falso, se tudo estava às claras para a fiscalização e não exigiu qualquer esforço para a aplicação dos efeitos tributários, não há razão para se qualificar a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos seguintes termos: I) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento mantendo os lançamentos. A conselheira Livia votou pelas conclusões; e II) Por

maioria de votos, DAR provimento para desqualificar a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento). Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto(Relator) e Julio Lima Souza Martins. Designado o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redigir o voto vencedor..

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator e Presidente

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos de Aguiar Villas Boas, Ricardo Marozzi Gregório, Luciana Yoshihara Argangelo Zani, Júlio Lima Souza Martins, Aurora Tomazini de Carvalho, Livia de Carli Germano e Antonio Bezerra Neto

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 02-053.779, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte-MG.

Adoto o relatório constante na decisão de primeira instância para compor em parte este relatório:

Demonstrativo I - valores lançados				
Imposto ou contribuição	Valor	Juros	Multa	Total
IRPJ	17.409.539,13	2.035.741,10	26.114.308,71	45.559.588,94
CSLL	6.267.434,09	732.866,80	9.401.151,14	16.401.452,03
Soma	23.676.973,22	2.768.607,9	35.515.459,85	61.961.040,97

Tais lançamentos foram explanados pelo autor do feito pelo Relatório da Atividade Fiscal (RAF) de fls. 30 a 59, que principia esclarecendo que a interessada, até 19 de junho de 2011, era constituída sob a forma de sociedade empresária limitada, achando-se suas quotas divididas entre os sócios **Alexis Suren Tcholakian Morales**, com 95% do capital, e **Anair de Fátima Cândido**, com o restante. Em 20 de junho de 2011, por meio de sua 10ª alteração contração, adquiriu ela a natureza de sociedade por ações, mantido o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e achando-se as ações distribuídas na mesma proporção das quotas (95 % e 5%), ocupando a presidência o sócio majoritário e a vice-presidência a minoritária. Adverte que a interessada apurou IRPJ e CSLL pelo lucro real nos anos-calendário de 2011 a 2013.

Em 1º de julho de 2011, reunidos em assembleia geral extraordinária (AGE), os dois sócios deliberaram realizar a emissão de debêntures participativas no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). A ata desta assembleia assim registra:

[...] Colocação: A emissão das debêntures, por série única, será efetivada por subscrição particular, fechada [...]. 2 — Data da Emissão: Para todos os efeitos legais, a data de emissão será 04 de julho de 2011 e sua integralização poderá ser feita num prazo de 6 (seis) meses a contar da data de emissão. 3 — Data de Vencimento: A respectiva data de vencimento das debêntures será o dia 04 de julho de 2016, prorrogável por igual período através de deliberação dos acionistas e aceite expresso dos debenturistas. [...] 8 — Subscrição e Integralização: Todas as debêntures deverão ser subscritas pelo seu valor nominal e serão integralizadas em moeda corrente nacional, no prazo de até 6 (seis) meses a contar do ato da subscrição. 9 — Remuneração: Nos termos do artigo 56, da Lei nº 6.404/76, as debêntures terão direito a participação nos lucros da Emissora, à razão de 85 % (oitenta e cinco) por cento do Lucro, antes da apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, pela totalidade da série [...]

Constam ainda da mencionada ata as seguintes "Justificativas para Emissão dos Títulos":

[...] Após uma análise aprofundada da conjuntura, descartando-se a tomada de créditos no exterior, que [...] traz consigo o chamado "risco cambial", mas definida a posição pelos sócios da necessária capitalização da companhia [...] com o compartilhamento de riscos com eventuais investidores, [...] optou-se por uma emissão de debêntures participativas em série única, porém, com a característica de conversibilidade, possibilitando a alavancagem financeira, o controle dos custos deste capital tomado, a expansão de sua atividade e também o compartilhamento dos riscos e resultados com os investidores interessados [...].

O Autor do feito ressalta que, nos termos do item 11 da mesma ata da AGE, os dois únicos sócios gozaram do direito de preferência à aquisição das debêntures, transcrevendo os artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Afirma ainda:

[...]

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, conta-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.

A seguir, destaca alguns aspectos desta operação, a partir da mencionada ata :

[...]

a) "Análise dos Demonstrativos Financeiros e Contábeis da empresa, assim como as perspectivas para os próximos 5 (cinco) anos dentro do plano estratégico definido".

Em síntese os acionistas concluem que a empresa encontra-se "numa situação de consolidado crescimento" no segmento que atuam, necessitando concentrar esforços na inovação, o que demanda investimentos relevantes de recursos. Afirmam da necessidade de ampliar seu parque fabril e/ou adquirir outras empresas e apesar das linhas de crédito externas serem atrativas haveria o risco cambial, o que os acionistas preferiram não assumir, sendo imperioso a ampliação do parque fabril e a aquisição de outras empresas do mesmo segmento. Após discorrerem sobre diversas alternativas estratégicas para os anos vindouros concluem: "Ponto fundamental para os dois caminhos é que a companhia esteja numa situação financeira equilibrada, com um fluxo de caixa saudável, baixo nível de endividamento especialmente com instituições financeiras e mantenha ao longo do período os níveis de crescimento que vem apurando nos últimos exercícios".

b) "Análise da viabilidade de ampliação das atividades da companhia".

Nesse item da pauta os acionistas discorrem sobre o excelente nível de produtividade e qualidade dos produtos da companhia, além da eficiência de seu quadro administrativo e para ser mantido tais performances seria necessário a "ampliação da capacidade de produção com ganho de escala, investimento em inovação, testagem, e criação de novos produtos e na consequente diluição de custos". Acabam por deliberar que "a companhia necessita envidar todos os esforços neste sentido, seja através da ampliação de sua unidade fabril, criação de uma nova unidade ou aquisição de empresas similares".

c) "Análise do mercado consumidor nacional e internacional e suas tendências".

Discorrem sobre os números da empresa e as perspectivas boas do mercado, concluindo que "dai novamente a necessidade de ampliação da capacidade de produção e criação de novos produtos e segmentos, de forma a não desperdiçar o momento vivido pela economia".

d) "Considerações e viabilidade de emissão de novos títulos privados para capitalização da companhia, inclusive debêntures participativas conversíveis e suas características".

Nesse item da pauta reafirmam que descartaram a tomada de recursos externos, pelo risco cambial, mas que é necessário à capitalização da empresa "para sua expansão e/ou aquisição de empresas do mesmo segmento ou similares". Concluem que "dentre os diversos mecanismos de créditos analisados, optou-se por uma emissão de debêntures participativas em série única, porém, com a característica de conversibilidade, possibilitando a alavancagem financeira, o controle dos

custos deste capital tomado, a expansão de sua atividade e também o compartilhamento dos riscos e resultados com os investidores interessados..."

Aqui o Autor do feito observa que o objetivo da emissão ora em exame não seria a capitalização da emitente, mas sim a realização de indevido "planejamento tributário". Assinala que o "compartilhamento dos riscos e resultados com os investidores interessados" envolveria apenas os dois únicos acionistas, os mesmos que autorizaram a emissão das debêntures e as adquiriram e que, ademais, administram a pessoa jurídica. Destaca que a emissão das debêntures visaria, alegadamente, à "expansão do parque fabril e/ou a aquisição de empresas do mesmo segmento", e que, na contabilidade da interessada, existiria a conta "1.2.3.01.009 - Obras em Andamento", iniciada em 2010 e que recebeu lançamentos ao longo de 2011 a 2013, no total de R\$ 5.043.485,70. Indagada, a contribuinte esclareceu tratar-se de "construções de galpões para armazenamento de estoque e ampliação do parque fabril". Foi também verificado que, a partir de 2013, a interessada passou a integralizar o capital da empresa controlada Ventisol Amazônia. O Autor do feito assinala:

c.3) Foram apresentados os recibos fornecidos pela VENTISOL aos acionistas da empresa (Doc. 05c) quando da aquisição dos títulos, bem como o extrato da conta corrente mantida pela empresa junto ao Banco do Brasil (Doc 05d), comprovando a entrada dos recursos para a VENTISOL, bem como a origem dos recursos (Doc. 15 e 16).

O Autor do feito também registra:

c.5) Os dois acionistas adquirentes da debêntures pelo valor de R\$ 1.000.000,00, entre os dias 09 e 12 de dezembro de 2011, foram agraciados com um rendimento total de R\$ 69.638.156,47 (2011, 2012 e 2013), importância esta que foi considerada como despesa financeira, lançada na conta contábil 3.3.2.2.008 -Prêmio de resgate de Títulos e Debêntures e a contra partida na conta contábil 2.1.5.007 Debêntures a Pagar (para 2011 e 2012) e conta contábil 2.2.3.002 Juros Debêntures a Pagar para 2013.

E a seguir destaca que, segundo a ata da AGE

[...] efeito da emissão das debêntures passaria a valer a partir daquela data, ou seja, 01/07/2011, entretanto, os aportes financeiros ocorreram entre os dias 09 e 12 de dezembro.

Mais adiante, relata que este aporte de um milhão de reais realizado no princípio de dezembro de 2001 gerou, no fim deste mesmo mês, rendimento igual a R\$ 7.044.706,50. Considerando que o tempo de maturação de investimento corresponderia a 73% de um mês e valendo-se de calculadora disponibilizada no sítio do Banco Central do Brasil, o Autor do feito estimou que os debenturistas teriam auferido ganho da ordem de 1.350% (vide fl. 30).

Resumiu ele no quadro abaixo as taxas correspondentes aos ganhos auferidos pelos debenturistas:

QUADRO XII - CALCULO DA TAXA D			E JUROS NO PERIODO	
Data	O pe razão	Total	Q u a n t. Meses	Taxa Juros Mensal
09/12/11	Aplicação	980.000,00		
12/12/11	Aplicação	200.000,00		
Valor aplicado compra		1.000.000,00		
31/12/2011	Juros	7.044.706,00	0,73	1345,00%

3 0 / 0 6 / 2 0 1 2	Juros	9.338.095,21	6	4 5,11%
3 1/12/2012	Juros	1 7.763.740,97	6	6 1 ,53%
3 0 / 0 6 / 2 0 1 3	Juros	5.789.659,60	6	3 4,0 0 %
3 1/12/2013	Juros	29.701.954,19	6	7 5,9 8 %

Adverte que tais ganhos superam de muito as taxas praticadas no mercado brasileiro de debêntures:

[...] Estudo publicado na ISSN/IBICT [...] concluiu cientificamente que a maior taxa de juros (prefixados) oferecida pelo mercado brasileiro de debêntures, entre janeiro de 2008 a setembro de 2009, JAMAIS CHEGOU À CASA DOS 15% AO ANO [...].

[...]

c.12) 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 !!! (Doc -fl. 491), uma vez que o SPRED privado (taxa acima do indexador escolhido) situou-se por volta de NO MÁXIMO 1,9% ao ANO (Doc. 18 - fl. 10).

[...]

Constatou também que, novembro de 2011, a interessada contraiu empréstimo junto ao Banco do Brasil, no valor de R\$ 9.000.000,00, a uma taxa de 12% ao ano, assinalando que:

c.17) Ao considerarmos o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. (15% ao ano), a taxa de juros aplicada no empréstimo obtido em novembro/2011 de 12% a.a. (12% ao ano) e as compararmos com o custo financeiro pela emissão das debêntures - QUADRO XII -, onde a taxa variou de 34% a 1.345% ao mês é de se crer que não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto ao controle dos custos, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos.

[...]

8.3 - Em junho de 2011 os acionistas receberam recursos financeiros da VENTISOL oriundos de "antecipação de lucros", no montante de R\$ 1.000.000,00, cujos valores são coincidentes com os que posteriormente foram utilizados na aquisição das debêntures.

Ressalta que, em 30 de dezembro de 2011,

[...] a VENTISOL (mesmo mês da integralização das debêntures) a VENTISOL reconheceu como despesas a quantia bruta de R\$ 2.559.063,04, a título de "Juros sobre o Capital Próprio" [...].

Esclarece que foram pagos a este título, entre janeiro e abril de 2012, o valor de R\$ 2.107.206,22, sendo R\$ 1.400.000,00 já no início de 2012.

Resume o fluxo de caixa salientando que houve: (a) uma saída de recursos de R\$ 1.000.000,00 em junho de 2011, a título de adiantamento sobre lucros; (b) um aporte de R\$ 1.000.000,00 no princípio de dezembro de 2011, dado pela integralização das debêntures; (c) a remuneração destes papéis no final de dezembro de 2011, no valor de R\$ 7.044.706,50; e (d) pagamento de juros sobre o capital próprio no montante de R\$ 2.107.206,22 entre janeiro e abril de 2012, sendo R\$ 1.400.000,00 já no início de 2012. E conclui:

8.6 - O total do desembolso financeiro (considerando antecipação de lucros, juros do capital próprio e participação das debêntures) destinados aos sócios entre 2011 e 2013 atingiu a importância de R\$ 13.079.463,88 o que é surpreendente se a intenção fosse realmente capitalizar a empresa.

Analisa os índices de liquidez e outros parâmetros de endividamento da interessada e conclui:

8.16 - As retiradas de numerários realizadas pelos sócios de R\$ 13.079.463,88, o aumento do Passivo a título das obrigações reconhecidas como remuneração das debêntures devidas de R\$ 59.665.898,81 (R\$ 69.638.156,47 (-) R\$ 9.972.257,66) e o empréstimo de R\$ 9.000.000,00, foram determinantes para a descapitalização, medida pela queda da liquidez geral em 33% e o endividamento da empresa em 48% medido pelo índice do endividamento total.

Isto posto, em face do artigo 299 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999) e da dicção do Parecer Normativo nº 32, de 19 de agosto de 1981, o Autor do feito entendeu que

[...] o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

- Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

- Isso definitivamente não é o caso das despesas com debêntures da VENTISOL, ocorridas nos anos calendário de 2011 a 2013, a serem glosadas e Adicionadas ao Lucro Líquido nos termo do artigo 249 do Regulamento do Imposto de Renda [...].

10.1 - 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 ocorridos entre a AGE de 01/07/2011 e o real desdobramento financeiro e contábil, notadamente a desproporcionalidade nas taxas de juros pagas e nas retiradas de recursos da VENTISOL seja a título de juros sobre o capital próprio e prêmio pela remuneração das debêntures.

10.2 - 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 VENTISOL 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.

A seguir, com supedâneo no artigo 167 do Código Civil, ressalta seu entendimento de que teria ocorrido, no caso vertente, operação financeira simulada,

[...] através de emissão de debêntures, com vistas a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL. No caso sob exame, trata-se de simulação relativa [...].

Esposa o entendimento de que a simulação relativa compõe-se de dois negócios, um "simulado, aparente, destinado a enganar; o outro é o dissimulado, oculto, mas verdadeiramente desejado", subsistindo "o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma".

Menciona também os artigos 116, parágrafo único, e 149, inciso VII, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada Código Tributário Nacional (CTN).

Tendo em vista a legislação acima mencionada, glosaram-se as despesas operacionais relacionadas a esta emissão de debêntures, como segue:

QUADRO XXIII - TOTAL DESPESAS GLOSADAS			
Conta Contábil	Data	Histórico	Valor da Despesa Glosada
3.3.2.2.008	31/12/2011	Premio de Resgate de Título e Debentures	7.044.706,50
3.3.2.2.008	30/06/2012	Premio de Resgate de Título e Debentures	9.338.095,21
3.3.2.2.008	31/12/2012	Premio de Resgate de Título e Debentures	17.763.740,97
3.3.2.2.008	30/06/2013	Premio de Resgate de Título e Debentures	5.789.659,60
3.3.2.2.008	31/12/2013	Premio de Resgate de Título e Debentures	29.701.954,19
TOTAL			69.638.156,47

Em face do acima exposto, o Autor do feito entendeu ser seu poder-dever qualificar a multa de ofício, com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em sua redação vigente na época do lançamento. Ademais, considerou solidariamente responsáveis pelo crédito tributário ora exigido os dois únicos acionistas da companhia, tendo em vista seu papel de gestores da interessada e o fato de serem diretamente beneficiados pela emissão de debêntures em exame, resultante de deliberação dos mesmos acionistas.

Ciente em 5 de setembro de 2014 (fl. 596), a interessada apresentou, em 3 de outubro de 2014, a impugnação de fls. 612 a 683, a seguir resumida.

Em seu preâmbulo, a impugnação afirma que a autuação encontra-se lastreada "**apenas e tão somente na mais completa, absurda e discricionária subjetividade**".

Entende 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.

Tratam-se [sic] de espécies distintas de remuneração aos debenturistas, estampada de forma inegável no artigo 56 da Lei nº 6.404/75.

Salienta o que Autor do feito escreveu no item 5.4 do RAF, acima transcrito (q.v.), e enfatiza:

[...]

Ou seja, pela simples leitura inicial do Auto de Infração, constata-se inúmeros absurdos de ordem técnica e conceitual:

- O caso em tela não compreende a remuneração ao debenturista baseada em juros, mas sim de participação no resultado da companhia, institutos esses absolutamente diferentes, o que lança por terra toda a argumentação trazida no Auto de Infração, especialmente em termos de comparação gráfica com outras aplicações financeiras;*
- O próprio Agente Fiscal atesta expressamente que a operação é revestida de legalidade e que, inclusive, esta operação é passível de contestação;*
- Porém, logo em seguida e de forma completamente contraditória, afirma que o contribuinte, ora Impugnante, teria praticado crime de sonegação fiscal (?).*

Questiona a possibilidade de ocorrência de crime de sonegação fiscal numa operação revestida de legalidade e escreve:

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, impor o arrolamento de bens, enquadrar os atos praticados na condição de simulação relativa, portanto supostamente fraudulentos, e sugerir o enquadramento e tipificação criminal específica dos sócios administradores.

Entende que o Autor do feito não haveria concordado com sua transformação em sociedade anônima nem com a emissão de debêntures, muito embora se tratasse de uma **"operação legal"**, porque tudo isto teria o **"intuito exclusivo reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL"**.

Acrescenta:

Ainda, a empresa poderia (aqui no tom impositivo de DEVER) ter utilizado outra operação ao invés de emitir as debêntures, já que a intenção era a capitalização. Ou seja, não poderia ter utilizado OUTRA FORMA LEGAL E VIGENTE para reforçar o seu caixa, mas apenas e exclusivamente a forma que a Fiscalização ACHA mais adequada (e possivelmente mais conveniente para os cofres públicos).

[...] Dito isso, passa a Impugnante a oferecer suas razões de mérito, objetivando demonstrar o excesso de exação, a discricionariedade e a arbitrariedade dos atos praticados pelo Sr. Agente Fiscal, para ao final ver anulado por completo o lançamento tributário indevido.

Reafirma que, segundo o auto de infração, **"a deliberação e emissão das debêntures se deu de forma correta"** e que **"o Agente Fiscal atestou o ingresso de recursos novos no caixa da Impugnante"**.

Destaca que as debêntures foram integralizadas no prazo previsto pela respectiva escritura pública de emissão.

Recorda que apenas as companhias podem emitir debêntures e que esta circunstância haveria motivado sua transformação, de sociedade limitada para sociedade anônima, recorrendo sobre as formas como este tipo de pessoa jurídica pode se organizar. Lembra que, dentro do princípio da livre iniciativa, nada obstaria a que promovesse a emissão de debêntures da forma como o fez. Acrescenta:

[...]

Observado o arcabouço legal pela Impugnante, não pode o Agente Fiscal impor sua vontade ou suas impressões, a ponto de descaracterizar um negócio jurídico perfeito realizado, sob a frágil justificativa de que o contribuinte deveria ter agido de outra forma que mais agradasse aos interesses da União.

[...]

Portanto, de nada valem os diversos gráficos comparativos trazidos pelo Sr. Agente Fiscal contemplando outras aplicações financeiras existentes no mercado, bem como contratos particulares celebrados pela Impugnante com instituições financeiras que apontam operações de crédito celebradas a seu exclusivo critério, sustentando que a Impugnante deveria seguir outro caminho que, em verdade, se adequasse mais aos interesses do Fisco.

[...]

No caso específico, a Escritura de Emissão das Debêntures se deu precisamente nos ditames definidos pela lei. O Sr. Agente Fiscal não conseguiu apontar uma mínima irregularidade ou ilegalidade nesta emissão de debêntures.

Todos os elementos estão revestidos da mais completa legalidade, inclusive a motivação para sua emissão, a forma de remuneração (participação nos lucros), a observância do direito de preferência aos acionistas, a forma de resgate, conversibilidade e a sua contabilização.

O fato do Fiscal "querer" ou "achar" que as despesas decorrentes da remuneração aos debenturistas não são usuais, portanto, supostamente indedutíveis, não pode levar à conclusão de uma ação fraudulenta pela Impugnante. ISSO PORQUE A EMISSÃO DE DEBENTURES EM TELA ESTÁ totalmente REVESTIDA DE LEGALIDADE, E ONDE HÁ LEGALIDADE, NÃO HÁ FRAUDE!

Repisa o fato de que tais debêntures foram remuneradas com base nos lucros da interessada e não sob a forma de juros e completa:

[...]

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) contribuintes que teriam feito emissões com estas características [...].

Justifica o fato de todas as debêntures terem sido subscritas por seus dois únicos acionistas por se tratar de papéis convertíveis em ações, indagando:

Portanto, [...] onde reside a ilegalidade dos "dois acionistas" adquirirem preferencialmente a integralidade das debêntures emitidas pela companhia?

E mais: haveria alguma imposição legal determinando outra forma de agir? Existe alguma previsão legal que obrigue a sociedade anônima fechada a emitir debêntures no mercado livre ou aberto e forçá-la a subscrição por terceiros?

Por fim: existe alguma vedação legal para a companhia estabelecer direito de preferência em favor de seus acionistas, quando da emissão de títulos que possam ocasionar alterações futuras em seu quadro societário?

[...].

E explica o descompasso entre a remuneração paga aos debenturistas e os parâmetros do mercado lembrando que "o fator preponderante e que caracteriza a modalidade de remuneração participativa de resultado às debêntures" seria o risco, afirmando que seus únicos acionistas e debenturistas não teriam "plena convicção dos resultados que seriam alcançados pela Impugnante nos anos subsequentes à emissão das debêntures".

Recorda as obras de ampliação de seu ativo imobilizado e se gaba:

A esse respeito, vale mencionar que no ano de 2010 a capacidade produtiva da empresa era de 575.394 unidades/ano e ao final de 2013 esta capacidade já atingia 1.744.970, representando um crescimento de 203,27%. As previsões para 2014 apontam para a produção de 2.350.000 unidades, representativas de um crescimento projetado de 34% (lembrando que neste mesmo ano o crescimento do PIB Brasileiro será de praticamente ZERO!).

Igualmente, a venda de itens importados, que em 2010 era de 73.169 unidades, saltou para 611.487 unidades ao final de 2013, implicando num espetacular incremento de 735,72%.

[...]

Ou seja, a motivação econômica projetada na Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 01/07/2014 efetivamente se concretizou ao longo desses últimos anos e a emissão e captação de novos recursos através das debêntures se justificou plenamente.

Diz mostrar-se surpresa com a constatação, por parte do Autor do feito, de que ela contabilizou em 2011 — e pagou em 2012 — a título de juros sobre o capital próprio, quantia muito superior à obtida com a subscrição de debêntures:

A surpresa reside justamente no fato do Sr. Fiscal trazer tal informação como se os acionistas tivessem praticado algum tipo de ilícito em promover a retirada a título de Juros sobre Capital Próprio, instituto esse supostamente conhecido pela Receita Federal, eis que previsto expressamente na legislação do Imposto de Renda.

Argumenta que sua situação seria pior sem os recursos provindos da emissão de debêntures.

No que tange aos índices desfavoráveis de liquidez apontados pelo Autor do feito, aduz:

[...]

Ainda dentro da linha da suposta "Descapitalização da Empresa", arguida pela fiscalização, primeiramente ela pode ser rebatida pelo números acima mencionados, que demonstram os enormes volumes de investimento que estão sendo feitos na ampliação das estruturas físicas, na geração de empregos e, obviamente, dos tributos pagos direta e indiretamente.

Não bastasse isso, o Sr. Fiscal aponta também que foram promovidas retiradas em 2012 e 2013, a título de remuneração aos debenturistas, do valor de R\$ 9.972.257,66, porém, maliciosamente, esquece-se de apontar qual foi o montante retirado pelo sócios a título de distribuição de resultados a que também fazem jus. Este montante foi praticamente nulo, rechaçando mais uma vez o argumento falacioso da inexistente "descapitalização" da empresa.

O argumento é tão incoerente que o próprio fiscal parece perder sua linha de raciocínio, tanto que afirma expressamente que a empresa devia aos debenturistas o equivalente a R\$ 69.638.156,47 e que até o momento pagou aproximadamente 15% dessa remuneração (R\$ 9.972.257,66).

Fosse a intenção da Impugnante, seus acionistas ou seus debenturistas promover uma descapitalização da empresa, o que a impediria de efetuar a remuneração integral aos debenturistas? Qual impeditivo para repassar os R\$ 59.665.898,81 faltantes aos debenturistas? Evidentemente que nenhum, e que só não o faz justamente porque o objetivo é manter a empresa capitalizada ao máximo para poder fazer frente aos futuros e muitas das vezes incertos desafios.

Ressalta mais uma vez que os parâmetros de mercado em que se baseou o Autor do feito retratam o pagamento de juros, pré ou pós-fixados, enquanto, em suas palavras, **"no caso presente estamos diante de uma remuneração baseada LEGALMENTE no RESULTADO DA COMPANHIA"**. E ainda:

[...]

Assim, ultrapassada a questão da possibilidade de se estabelecer a participação no resultado da empresa aos debenturistas, onde está a fundamentação legal que definiria o percentual limite dessa remuneração?

Assevera que o Autor do feito trataria o resultado da companhia como **"VERDADEIRO PECADO"** e a excelente remuneração aos debenturistas **"que apostaram e correram o risco do investimento, como um**

Processo nº 11516.722027/2014-77
Acórdão n.º 1401-001.718

S1-C4T1
Fl. 78

SACRILÉGIO". Entende que **"o Sr. Fiscal alega que a remuneração aos debenturistas não poderia ser fixada nos 85% sobre o resultado da companhia"**, nega validade aos parâmetros de remuneração de mercado e discorre sobre as partes beneficiárias e completa:

Quanto ao argumento de que a fixação de remuneração ao debenturista sobre o resultado da companhia não seria algo usual ou normal (porém legal, nas próprias palavras do Agente Fiscal), além de tratar-se de argumentação desprovida de mínima fundamentação, não condiz com a realidade.

De igual sorte, entende que o Autor do feito haveria construído a teoria de que **"os próprios acionistas não poderiam adquirir as debêntures participativas"** e também afirmado que, **"MESMO O PLANEJAMENTO SENDO LEGAL, ele não é usual e tais despesas assim não podem ser consideradas como dedutíveis"**.

A impugnante alega reiteradamente que existe previsão legal para a dedução das despesas relativas a debêntures, e enfatiza:

[...] não se pode pretender trazer à discussão conceitos subjetivos como os da "normalidade" ou "usualidade", no intuito de segmentar esta dedutibilidade. Ou as despesas são dedutíveis ou não são!

Menciona o artigo 31 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, acrescentando que, segundo este dispositivo, deixam de ser dedutíveis, a partir 1º de janeiro de 2015, **"as despesas decorrentes de remuneração aos debenturistas [...], caso a figura do debenturista confunda-se com a figura do sócio ou titular da sociedade"**.

Nega que haja indícios de **"fraude ou simulação, tampouco abuso de direito"** e que **"todos os atos foram pautados pela mais absoluta legalidade e publicidade"**. Acrescenta:

[...]

A Impugnante não praticou simulação alguma, nem absoluta, tampouco relativa! Apenas analisou a norma legal vigente, fez os devidos ajustes societários e tributários, e promoveu a aplicação ao caso concreto, fato este que evidentemente ocasionou uma redução de carga tributária. MAS UMA REDUÇÃO ABSOLUTAMENTE LEGAL, lastreada em norma específica e em observâncias aos ditames legais e constitucionais, inclusive e especialmente ao princípio da estrita legalidade. Além disso, o parágrafo único do art. 116 do CTN, que talvez pudesse ser alegado em favor da tese do abuso de direito, ainda não foi regulado por lei. Portanto, não estaria aí o fundamento para o Fisco pretender afastar a Lei alegando que houve abuso de direito.

[...] se o próprio Agente Fiscal concorda tratar-se de uma operação revestida de todas as formalidades LEGAIS e, mais ainda, em tratando-se de "planejamento tributário", este é PASSÍVEL DE CONTESTAÇÃO, COMO PODE AFIRMAR QUE HOUVE A PRÁTICA DO CRIME DE SONEGAÇÃO?

[...] o Agente Fiscal lança mão de artifícios impressionistas e inclusive coação moral, para tentar atingir seu desiderato, tentando impor de maneira irresponsável e lastreado em suas impressões pessoais, a pecha de prática de crime fiscal à Impugnante, com exclusivo intuito arrecadatário, com conseqüências seríssimas nas pessoas de seus representantes legais (sócios administradores).

No momento oportuno tal modus operandi do Agente Fiscal ensinará a apuração específica e apropriada, inclusive no que tange à responsabilização pessoal pelos atos praticados, face o dano moral já causado aos sócios administradores da Impugnante.

[...]

Recorda o teor do artigo 150, inciso IV, da Constituição da República, alongando-se em considerações a respeito. Acrescenta que "o Sr. Agente Fiscal [...] impôs à Impugnante a multa de ofício ordinária de 75%".

Finda pedindo:

- a) *seja o Auto de Infração julgado insubsistente, dando-se CONHECIMENTO e TOTAL PROVIMENTO à presente Impugnação Administrativa, forte nas razões de direito trazidas pela Impugnante, especialmente em observância aos princípios constitucionais da estrita legalidade, da livre iniciativa e demais argumentos de direito que norteiam os atos praticados;*
- b) *como consequência, evidenciada a legalidade dos atos, impõe-se o afastamento da prática do crime de fraude fiscal imposta à Impugnante e seus representantes, afastando-se, por seu turno, a manutenção da multa qualificada e incabível de 150%;*
- c) *declarada a inoccorrência do crime de fraude fiscal e afastada a multa qualificada, imperioso o imediato arquivamento definitivo do Processo instaurado para fins de Representação Penal, sem prejuízo da posterior apuração das responsabilidades dos atos praticados pelo Agente Fiscal, inclusive no que pertine à reparação pelos danos materiais e morais sofridos pelos ofendidos;*
- d) *ainda quanto à multa ordinária aplicada de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do principal, trata-se de imposição abusiva, desproporcional e com evidente caráter confiscatório. Neste sentido, em se mantendo a exigibilidade do crédito tributário, o que apenas se cogita, requer-se a sua redução a patamares mínimos e razoáveis, uma vez que todos os atos da Impugnante estão revestidos de boa-fé, legalidade e publicidade, assim como em observância à recente e correta orientação do Supremo Tribunal Federal.*

Apresenta excertos de cunho doutrinário e jurisprudencial.

A DRJ manteve o lançamento, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

EXERCÍCIO: 2012, 2013, 2014

DESPESAS

SÃO ADMISSÍVEIS AS OPERACIONAIS AS DESPESAS NÃO COMPUTADAS NOS CUSTOS, NECESSÁRIAS À ATIVIDADE DA EMPRESA E À MANUTENÇÃO DA RESPECTIVA FONTE PRODUTORA E QUE SEJAM USUAIS OU NORMAIS NO TIPO DE TRANSAÇÕES, OPERAÇÕES OU ATIVIDADES DA EMPRESA.

SIMULAÇÃO

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.

DISCRICIONARIEDADE

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE LANÇAMENTO É VINCULADA E OBRIGATÓRIA, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE FUNCIONAL.

MULTA -I

NOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO SERÁ APLICADA MULTA DE 150% QUANDO A INFRAÇÃO FOR DOLOSA.

MULTA -II

A VEDAÇÃO DO ARTIGO 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DIRIGE-SE AO LEGISLADOR E NÃO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, CUJA ATUAÇÃO É, CONFORME PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 142 DO CTN, ESTRITAMENTE VINCULADA.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a Recorrente interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos aduzidos anteriormente na respectiva impugnação.

Contrarrrazões da PFN às fls. 926/951, defendendo a artificialidade das operações e manutenção dos lançamentos, nos termos que abaixo de destaca:

Com efeito, os sócios que adquiriram as debêntures figuravam como controladores da VENTISOL S.A. Implica dizer que o resultado da operação seria que os debenturistas se beneficiariam da remuneração com participação nos lucros da sua controlada, enquanto a emitente dos títulos gozaria da vantagem fiscal de deduzir, do seu lucro líquido, a parcela dos seus lucros entregue a título de remuneração das debêntures. Essas circunstâncias confirmam alguns pontos fundamentais já salientados anteriormente: a) não houve operação entre partes independentes, visto que tudo aconteceu no ambiente restrito da emitente das debêntures e seus sócios (debenturistas); e b) não houve aporte de recursos por parte de um investidor externo, justamente em decorrência de a operação ter sido entre partes ligadas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso voluntário da empresa preenche os requisitos legais para admissibilidade.

Delimitação da Lide

Conforme foi colocado na decisão de piso, desde a fase impugnatória que os acionistas solidários não se defenderam, sendo tal matéria considerada preclusa.

Mérito

Conforme relatado, foi glosada as despesas derivadas da emissão de debêntures isso por não se enquadrarem nos requisitos estabelecidos pelo artigo 299 RIR/99.

Como se sabe, a norma é a dedutibilidade das despesas necessárias, e não as meramente volitivas, conforme regra encartada no 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.)” (Grifei).

O primeiro ponto a ser analisado é a questão da necessidade, usualidade ou normalidade da referida despesa.

Na verdade, o que a legislação tenta perseguir através desses conceitos é uma referência à idéia do que seja “mera liberalidade”, em que não haveria a correlação correspondente, direta ou indiretamente, entre gastos despendidos/receita correlata auferida.

Como se vê, não obstante ser a existência real da despesa, condição necessária para a sua dedutibilidade, ela não é suficiente. Há que se comprovar também a sua necessidade diante da atividade desenvolvida pela empresa. É que despesas assumidas, pagas ou incorridas por mera liberalidade não são aceitas pela legislação fiscal ou são aceitas dentro de determinados limites.

Conforme foi bem demonstrado pelo fiscal e pela DRJ a operação em causa não passou de uma série de atos sucessivos e concatenados, que tinha como único fito inflar artificialmente as despesas operacionais e reduzir indevidamente os tributos a pagar. Tudo se iniciou com a transformação de uma sociedade limitada em sociedade por ações já para

possibilitar a emissão dessas debêntures, isso porque somente as companhias tem essa prerrogativa. Procedeu-se em seguida ao repasse prévio de verba aos acionistas para que eles pudessem realizar a subscrição que planejavam, a reunião destes últimos em assembléia geral extraordinária para formalizar esta emissão, o estabelecimento de uma remuneração intencionalmente exagerada e fantasiosa e, por fim, no fechamento do ano-calendário, a integralização do valor subscrito.

As debêntures, cujo disciplinamento jurídico encontra-se nos artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das S.A.), foram concebidas como instrumento de captação de recursos financeiros para a companhia, mediante o atendimento de diversas formalidades.

Os recursos externos captados através de debêntures são equiparáveis ao obtido através de um contrato de mútuo, pois, as companhias que emitem debêntures estão, na verdade, em busca de um empréstimo.

A debênture, portanto, não possui caráter de incerteza, pois ela é remunerada normalmente através de juros. Quando em sua remuneração há algo relativo à participação no resultado, trata-se de um adicional que tem por finalidade tornar mais atrativo o investimento. Na lição de Modesto Carvalhosa, em Comentários à Lei das Sociedades Anônimas (Vol. 1, da Editora Saraiva, Edição de 2002 - pág. 647), embora a lei não diga expressamente, o juro é a remuneração natural da debênture:

O caráter facultativo da norma permite a atribuição de outras vantagens remuneratórias complementar es, que façam as debêntures atrativas e com melhor colocação no mercado.

Fica então reafirmado o princípio da onerosidade e comercialidade da debênture, que não poderá deixar de oferecer vantagem pecuniária, compativelmente remuneratória do capital mutuado. Faculta a lei de 1976 que, além dos juros, poderá a escritura de emissão estabelecer outras vantagens, como a participação nos lucros e prêmios, notadamente de reembolso. A alusão a juros variáveis constitui acessório do juro fixo estabelecido, consubstanciados aqueles na aceitação, pela comunhão de debenturistas, de vantagens adicionais aos juros prefixados, quando da colocação de novas séries, ou de debêntures em tesouraria.

Assim os juros fixos constituem a remuneração básica e indeclinável das debêntures, sendo as demais modalidades acessórias daqueles, como a participação nos lucros da companhia e/ou o prêmio de reembolso.

E dentre essas vantagens adicionais aos juros fixos, poderá a companhia emissora oferecer preferência aos tomadores na aquisição de bens, na prestação de serviços ou na aquisição de direito, sempre visando tornar mais atrativa e competitiva a colocação das debêntures no mercado.

No caso concreto, essa remuneração foi acordada exclusivamente por meio de participação nos lucros da contribuinte e no valor exorbitante de 85%.

Ora, o que se pretende na prática é fazer com que a distribuição de dividendos se transforme em uma verdadeira participação nos lucros, que, também, tornar-se-ia dedutível da base de cálculo do imposto de renda.

A intenção foi tão clara privilegiando a forma em detrimento da essência que deixou isso transparecer em sua defesa na fase impugnatória, conforme bem colocou a DRJ:

"A Impugnante não praticou simulação alguma, nem absoluta, tampouco relativa! Apenas analisou a norma legal vigente, fez os devidos ajustes societários e tributários, e promoveu a aplicação ao caso concreto, fato este que evidentemente ocasionou uma redução de carga tributária."

Ou seja, não se trata de erro ou de algo assemelhado, mas de uma clara intenção dolosa visando um fim ilícito de apropriar-se indevidamente de despesas desnecessárias infladas artificialmente, por meio apenas de uma forma lícita: emissão de debêntures.

Em sua defesa, a interessada limitou-se a repisar que tal emissão foi realizada dentro das normas de regência da matéria.

Ora, não se presta a desqualificar a autuação a mera alegação de que a Recorrente observou as orientações legais pertinentes, a forma pela forma. Os institutos do direito civil não se prestam para amparar tal pretensão de fazer com que as meras formalidades legais da operação se sobreponham a essência da operação quando essa é vazia, sem causa, a não ser a mera economia tributária.

Outrossim, o fato de uma despesa não ser proibida por lei não determina sua dedutibilidade no cálculo do lucro real, como já se viu através da análise da norma do art. 299 do RIR/99, isso porque o conceito de liberalidade comporta mesmo certo subjetivismo. Porém, os fatos do caso concreto não deixam margem para dúvidas de que houve mera liberalidade.

A Recorrente se agarra por diversas vezes em sua defesa defendendo que tais debêntures teriam sido remuneradas contra os lucros da companhia e que, portanto, os parâmetros de mercado trazidos à baila pelo Autor do feito não seriam aplicáveis a seu caso.

Porém, como muito bem asseverou a DRJ:

Ora, tal circunstância apenas ressalta ainda mais o artificialismo desta operação, pois é óbvio não ser usual que as companhias, num arroubo de incontida generosidade, se disponham a distribuir 85% de seu lucro a credores, pessoas supostamente estranhas a elas. Isto se torna ainda mais flagrante ao se atentar ao fato de que o valor da emissão é igual ao do capital da sociedade emitente, como se pode ver dos dados abaixo, extraídos da ficha 37E da DIPJ - Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica numerada 1262959, apresentada pela interessada:

Discriminação	Último Balanço do Ano	
	Imediatamente	Da
	Anterior	Declaração
Patrimônio Líquido - Capital Social		
33.Capital Subscrito de Domiciliados e Residentes no País	400.200,00	1.000.000,00
34.(-)Capital a Integralizar de Domiciliados e Residentes no País	0,00	0,00
35.Capital Subscrito de Domiciliados e Residentes no Exterior	0,00	0,00
36.(-)Capital a Integralizar de Domiciliados e Residentes no Exterior	0,00	0,00
37.Total do Capital Social Realizado	400.200,00	1.000.000,00

Outrossim, as emissões das debêntures da forma como se deu em momento algum cumpriu o seu objetivo principal de captação de novos recursos externos para financiar a expansão da empresa.

Na realidade, os papéis são integralmente comprados pelos próprios acionistas e pagos com recursos da própria empresa. É como se os mesmos recursos mudassem de classificação na contabilidade apenas para gerar despesas dedutíveis.

O fiscal fez um estudo comparativo de rentabilidade do caso concreto confrontado com a média do mercado e que demonstra o descaso dos acionistas quanto ao controle dos custos, afinal como sublinhou o fiscal **"o propósito na operação realizada foi sonegar tributos."**

Ao considerarmos o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. (15% ao ano), a taxa de juros aplicada no empréstimo obtido em novembro/2011 de 12% a.a. (12% ao ano) e as compararmos com o custo financeiro pela emissão das debêntures – QUADRO XII -, onde a taxa variou de 34% a 1.345% ao mês é de se crer que não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto ao controle dos custos, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos.

Também a esse respeito as cotntrrazões da PFN foram precisas:

Com efeito, os sócios que adquiriram as debêntures figuravam como controladores da VENTISOL S.A. Implica dizer que o resultado da operação seria que os debenturistas se beneficiariam da remuneração com participação nos lucros da sua controlada, enquanto a emitente dos títulos gozaria da vantagem fiscal de deduzir, do seu lucro líquido, a parcela dos seus lucros entregue a título de remuneração das debêntures. Essas circunstâncias confirmam alguns pontos fundamentais já salientados anteriormente: a) não houve operação entre partes independentes, visto que tudo aconteceu no ambiente restrito da emitente das debêntures e seus sócios (debenturistas); e b) não houve aporte de recursos por parte de um investidor externo, justamente em decorrência de a operação ter sido entre partes ligadas.

Esse foi o contexto fático analisado pela autoridade fiscal, que permitiu a constatação de que todo o propósito almejado pelos sócios da VENTISOL S.A. - o Sr. ALEXIS SUREN TCHOLAKIAN MORALES e a Sra. ANAIR DE FÁTIMA CÂNDIDO - era utilizar a estrutura montada, em 2011, com a emissão das debêntures, para reduzir em 85% o lucro líquido da VENTISOL S.A. Diante disso, fica patente que a capitalização por meio de debêntures foi uma operação meramente formal, sem substância, visando transformar o aporte de capital dos sócios da VENTISOL S.A. em benefícios tributários - é bom frisar, ganhos tributários tanto para a emitente das debêntures quanto para os debenturistas. Portanto, não há motivos para reformar a decisão recorrida, devendo ser mantida integralmente a glosa realizada pela Fiscalização.

Este também é o posicionamento da jurisprudência administrativa, já de longa data:

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos aos sócios, decorrentes de operações formalizadas apenas "no papel" e que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debêntures, consideram-se indedutíveis as despesas contabilizadas (Ac. 101-94986 = Primeira Turma; Relatora: Sandra Maria Faroni);

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. 103-21543; Terceira Câmara; Relator: Aloysio José Percínio da Silva), (grifos da Relatora)

Por fim, cabe salientar que se o propósito original da operação era capitalizar a empresa, da forma que aconteceu, houve na verdade sua descapitalização, demonstrando mais uma vez o artificialismo dessa operação.

A esse respeito o autuante fez um trabalho muito metódico:

VII – A DESCAPITALIZAÇÃO DA EMPRESA

8.1 – A conduta dos acionistas da empresa não se coaduna com a decisão tomada na AGE de 01/07/2011 que tinha por finalidade a “ampliação da capacidade de produção” e notadamente uma “situação financeira equilibrada” e “alavancagem financeira” (Item

6.1) pelas razões a seguir:

8.2 – A decisão dos acionistas foi “capitalizar” a empresa com a emissão de debêntures no total de R\$ 1.000.000,00, entretanto, esses mesmos acionistas, promoveram a “descapitalização” da empresa ao longo do período.

8.3 – Em junho de 2011 os acionistas receberam recursos financeiros da VENTISOL oriundos de “antecipação de lucros”, no montante de R\$ 1.000.000,00, cujos valores são coincidentes com os que posteriormente foram utilizados na aquisição das debêntures.

Em 30/12/2011 a VENTISOL (mesmo mês da integralização das debêntures) a VENTISOL reconheceu como despesas a quantia bruta de R\$ 2.559.063,04, a título de “Juros sobre o Capital Próprio”, conforme demonstrado no QUADRO abaixo.

8.4 – Entre janeiro e abril de 2012 os acionistas Aléxis e Anair retiram da VENTISOL o montante de R\$ 2.107.206,22 a título de Juros sobre o Capital Próprio da VENTISOL.

Resumindo, no início de dezembro/2011 há um aporte de R\$ 1.000.000,00 pelos acionistas e estes mesmos promovem um descaixe financeiro entre janeiro e abril de 2012 de R\$ 2.107.206,22 (sendo R\$ 1.400.000,00 no início de 2012).

(...)

8.5 – A retirada de recursos financeiros da VENTISOL, já a título de remuneração das debêntures emitidas, ocorreu em 2012 e 2013 conforme pode ser constatado no Razão Contábil – Debêntures a Pagar (Doc. 19 e 20), totalizando nesses dois exercícios o montante de R\$ 9.972.257,66.

(...)

8.6 – O total do desembolso financeiro (considerando antecipação de lucros, juros do capital próprio e participação das debêntures) destinados aos sócios entre 2011 e 2013 atingiu a importância de R\$ 13.079.463,88 o que é surpreendente se a intenção fosse realmente capitalizar a empresa.

8.7 – A descapitalização da VENTISOL pode ser constatada através dos índices de liquidez e/ou endividamento, onde caracterizaremos que, ao contrário das premissas constantes da AGE de julho/2011, a companhia se endividou de forma surpreendente.

8.8 – Os índices de liquidez e endividamento que foram considerados na presente análise foram os seguintes: (...)

Por todo o exposto, nego provimento a este item.

Multa Qualificada de 150%

Conforme foi detalhadamente exposto neste voto, não se pode apenas cogitar que os inúmeras eventos em comento tratar-se-ia de mera negligência no trato da operação e que tanta “ingenuidade” seja factível. Na verdade a Recorrente não conseguiu justificar a contento sua participação lícita em toda essa operação. O que se viu às escâncaras não foi erro ou de algo assemelhado, mas de uma clara intenção dolosa visando um fim ilícito de apropriar-se indevidamente de despesas desnecessárias infladas artificialmente, por meio apenas de uma forma lícita: emissão de debêntures.

E de tudo quanto se disse o que demonstrou claramente o caráter doloso da operação foi o fato de as emissões das debêntures da forma como se deu não ter cumprido, em momento algum, o seu objetivo principal de captação de novos recursos externos para financiar a expansão da empresa. O fato de os papéis serem integralmente comprados pelos próprios acionistas e pagos com recursos da própria empresa demonstra claramente o caráter artificial e, portanto, doloso da operação feita apenas com o fim de gerar despesas dedutíveis.

Diante desse contexto, deve ser mantida a multa qualificada de 150%.

Multa confiscatória

Sobre a arguição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Como se vê, a aplicação da multa de 75% prevista em norma legal e vigente não pode ser afastada, muito menos substituída pela multa de mora de 20%, aplicável apenas em situações pagamento em atraso mas de forma espontânea.

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Por todo o exposto, Nego provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Com a devida vênia à posição adotada pelo Relator que se debruçou com louvável empenho analítico sobre os fatos descritos no presente feito, ousou discordar das suas conclusões acerca da qualificação da multa de ofício.

Nos casos de planejamento tributário, a qualificação da multa é tema dos mais controvertidos e algumas sutilezas tem decidido a contenda. Um dos aspectos a se analisar diz respeito à controvérsia em si do planejamento realizado. Afinal, se há ou houve na época da realização da conduta, jurisprudência, mesmo não pacífica, no sentido de a conduta evasiva ser oponível ao Fisco, não se pode afirmar que o particular agiu com dolo específico de fraudar.

Não é o caso do presente feito, afinal, o fato gerador mais antigo é de 2012, época em que as decisões do CARF foram no sentido oposto à pretensão do contribuinte.

Outro aspecto que tem merecido atenção na aplicação da multa qualificada aplicada aos planejamentos diz respeito aos atos que constituem a conduta. Se nenhum desses atos foi falso, se tudo estava às claras para a fiscalização e não exigiu qualquer esforço para a aplicação dos efeitos tributários, não há razão para se qualificar a multa. Um exemplo de ato que permite a qualificação da multa se dá no desmembramento apenas no papel da atividade da empresa para fins de enquadramento de uma nova empresa no lucro presumido. Ao se registrar um novo domicílio, sem que nenhuma atividade seja efetivamente desenvolvida neste novo endereço, pratica-se uma fraude apta a legitimar a qualificação da sanção pecuniária.

No presente feito, não ficou caracterizado, contudo, qualquer ato com esta natureza. Aliás, em julgamento recente (AC 9101-002.189, de 21 de janeiro de 2016), a Câmara Superior de Recursos Fiscais, numa situação similar mas ainda mais extrema, pois se distribuíam, via debêntures, 100% dos lucros, enquanto aqui foram 85%, afastou a qualificação da multa.

Isso posto, voto pela desqualificação da multa de ofício para o seu patamar de 75%. No mais sigo o voto do ilustre relator.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes