



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo n°** 11516.722027/2014-77  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9101-004.105 – 1ª Turma  
**Sessão de** 09 de abril de 2019  
**Matéria** MULTA QUALIFICADA  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** VENTISOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

MULTA QUALIFICADA. DOLO. FRAUDE. CONFIGURAÇÃO.

Mantém-se a qualificação da multa de ofício quando comprovado nos autos o dolo do sujeito passivo ao praticar qualquer das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luis Fabiano Alves Penteadado e Livia De Carli Germano, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demetrius Nichele Macei. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do parágrafo 7o., do art. 63, do anexo II, da Portaria MF nr. 343/2015 (RICARF).

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(assinado digitalmente)

Processo nº 11516.722027/2014-77  
Acórdão n.º **9101-004.105**

**CSRF-T1**  
Fl. 1.349

---

Demetrius Nichele Macei - Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Livia De Carli Germano, Adriana Gomes Rêgo (Presidente)

## Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 997-1.007) em face do acórdão n. 1401-001.718, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção em 14 de setembro de 2016, integrado pelo acórdão de embargos 1401-001.867, de 12 de abril de 2017 (acolhido parcialmente sem efeitos infringentes). Referidos acórdãos receberam as seguintes ementas e decisões:

### **Acórdão recorrido: 1401-001.718**

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.

*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.*

### **Acórdão de embargos n. 1401-001.867, de 12 de abril de 2017**

## ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Os embargos de declaração se prestam à complementação da decisão embargada, mas não alteram o seu resultado quando mantidos os fundamentos originalmente adotados como razão de decidir.

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher em parte os embargos, sem efeitos infringentes, rerratificando o acórdão embargado e integrando o voto apenas para consignar a ocorrência das tempestivas defesas dos solidários.*

A Recorrente se insurge quanto à qualificação da multa, alegando divergência em relação ao conteúdo do acórdão n. 1202-00.728, de 16 de março de 2012, cuja ementa é a seguinte:

**Acórdão paradigma: 1202-00.728, de 16 de março de 2012**

Assunto: Normas de Administração Tributária

Exercício: 2007, 2008

## MPF. PRORROGAÇÃO. CIÊNCIA.

A ciência do MPF e de suas prorrogações é feita por intermédio do acesso à internet, garantido ao contribuinte através de senha sigilosa.

## DESPESA. DEDUTIBILIDADE. NECESSIDADE.

As despesas que se revelarem desnecessárias ou não usuais à consecução dos objetivos sociais da pessoa jurídica devem ser adicionadas ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real.

## DESPESAS OPERACIONAIS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE.

A qualificação dos dispêndios da pessoa jurídica como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam o conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito.

## DESPESAS FINANCEIRAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

As despesas com remuneração aos sócios da autuada, correspondentes à operação com debêntures, a pretexto de captar recursos para dotar a companhia de um novo sistema de gestão, não podem ser deduzidas do lucro líquido, na medida em que se comprova nos autos que deixaram de reunir as condições necessárias estabelecidas pela legislação fiscal.

## MULTA QUALIFICADA.

A constatação de conduta fraudulenta praticada com intuito de reduzir a base imponível enseja a aplicação de multa qualificada.

## MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

A incidência de multa isolada aplicável na hipótese de falta de pagamento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL não elide a aplicação concomitante de multa de ofício calculada sobre diferenças do IRPJ e da CSLL devidos na apuração anual.

Em resumo, sustenta a Recorrente que o acórdão recorrido, apesar de reconhecer o artificialismo da operação em que, como no paradigma, houve emissão de debêntures adquiridas pelos acionistas, afastou a qualificação da multa, enquanto o paradigma a manteve.

O despacho de admissibilidade de fls. 1.010-1.016, do Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção, de 8 de dezembro de 2016, deu seguimento ao recurso especial do Procurador, admitindo a rediscussão da matéria em relação a multa de ofício qualificada.

Os sujeitos passivos (contribuinte e responsáveis) apresentaram contrarrazões (fls. 1.041-1.050), defendendo a inadmissibilidade do recurso e, no mérito, seu não provimento.

### **Contexto fático dos autos**

Trata-se de autos de infração para a cobrança de IRPJ e CSLL em virtude da glosa de despesas com o pagamento de prêmio de resgate de debêntures, consideradas desnecessárias (base legal: artigo 299 do RIR/99), com multa de 150%.

A autoridade autuante resume o fluxo de caixa da operação 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 observa (grifos do original):

*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.*

Assim, conclui a autoridade autuante (fls. 51-52):

*"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."*

(...)

*10.5 – Simulou-se uma operação financeira, através de emissão de debêntures, com vistas a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL. (...) (fl. 52)*

Especificamente no trecho do relatório fiscal dedicado à qualificação da multa, a autoridade autuante considera que houve a prática de fraude, conduta conceituada no artigo 72 da Lei 4.502/1964, "*diante da criação de uma falsa despesa*" (fl. 55)

É o relatório do essencial a ser decidido nesta fase processual.

## Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

### Admissibilidade recursal

O recurso especial do Procurador é tempestivo e atendeu aos requisitos para a sua admissibilidade, tendo recebido seguimento nos termos do despacho de fls. fls. 1.010-1.016. Passo a apreciar a admissibilidade recursal.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento das condições previstas no art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015:

*Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.*

*§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.*

(...)

*§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.*

Destaca-se, de início, que o recurso especial tem por escopo uniformizar o entendimento da legislação tributária entre as turmas que compõem o CARF, não se prestando, em regra, como instância recursal no reexame de material probatório. Assim, a divergência jurisprudencial se estabelece não em matéria de prova, mas na interpretação das normas. Acrescente-se, também, que, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há falar-se em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada deve dizer respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Assim, o alegado dissenso jurisprudencial deve se dar em relação a questões de direito, tratando os precedentes em confronto da mesma legislação aplicável a uma mesma situação fática.

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente **logrou êxito** em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois, em situações fáticas semelhantes e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Isso porque os acórdãos recorrido e paradigma tratam de situações fáticas essencialmente semelhantes (qual seja, a emissão de debêntures participativas cujas despesas fora consideradas indedutíveis), sendo a autuação baseada nos mesmos dispositivos legais (essencialmente, a glosa das despesas no artigo 299 do RIR/99 e a qualificação da multa no artigo 44 da Lei 9.430/1996).

Ao contrário do que sustentam os sujeitos passivos em suas contrarrazões, no caso não é aplicável a Súmula CARF n. 25, na medida em que esta trata de lançamento por omissão de receitas, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Da mesma forma, também não se pode negar seguimento em virtude de, supostamente, a CSRF possuir entendimento no mesmo sentido do acórdão combatido, seja porque tal hipótese não está prevista no RICARF como causa para não admitir o recurso especial, seja porque o fato de haver um julgado no mesmo sentido do acórdão recorrido não indica necessariamente que este é o entendimento da CSRF sobre a matéria.

Diante do exposto, conheço do recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional.

## Mérito

Superada a questão do conhecimento, a discussão meritória diz respeito às circunstâncias que autorizam a exasperação da multa de ofício ao percentual de 150%.

No caso, a autoridade autuante entendeu que, com a operação, "*Simulou-se uma operação financeira, através de emissão de debêntures, com vistas a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL.*" (fl. 52). Nesse contexto, considerou que o contribuinte teria criado uma falsa despesa, o que qualificou com fraude. Veja-se por oportuno o trecho do Termo de Verificação Fiscal dedicado à qualificação da multa (fl. 55):

### **XII – DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA**

*12.1 – Cabe destacar que 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, que assim dispõe:*

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*§ 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.”  
(grifou-se)

12.2 – Os casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, são os de sonegação, fraude e conluio, respectivamente. Na situação em análise, a multa foi duplicada em virtude da prática de fraude, conduta conceituada no artigo 72, diante da criação de uma falsa despesa:

*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.*

Com a devida vênia, entendo que o raciocínio da autoridade fiscal autuante confunde simulação com fraude, quando na verdade trata-se de institutos jurídicos substancialmente diversos.

Para entender a diferença é importante compreender o conceito de dolo. Início pela doutrina penalista:

*"Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal, ou, na expressão de Wetzel, dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. e CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral de Delito. São Paulo: Saraiva: 2000, p. 149).

No mesmo sentido, ensina Brandão Machado que, na noção de dolo, se insere a idéia de contrariedade ao direito, ou seja, da prática de um ilícito ("Um caso de elusão de imposto de renda". In: Direito Tributário Atual, vol. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 2209).

E, da mesma forma, Marco Aurélio Greco observa:

*"Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de intuito fraudulento. (...)*

*Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável — não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.*

*A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir, etc."* ("Planejamento Tributário", São Paulo: Dialética, 2004, grifos nossos)

Para que se possa falar em dolo, portanto, além da intenção (elemento subjetivo), **é necessário que o que se pretende seja ilícito** (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão contrários ao direito (dolo normativo).

Nesse passo, não basta a intenção de reduzir a tributação. É necessário, sim, que o contribuinte, ao buscar tal resultado, adote conduta que afronte norma que proíba ou obrigue, ou seja, que contrarie uma norma imperativa, praticando assim um **ilícito típico**.

É neste sentido que os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964 trazem as condutas típicas da sonegação, fraude e conluio, todas elas supondo a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo.

Dito de outra forma, se a pessoa deve agir de determinada forma e não o faz, e/ou se não pode agir de determinada maneira e o faz, aí sim estamos diante de atitudes que afrontam regras imperativas e que, portanto, podem ser tidas como dolosas (i.e., intencionais para a prática de um ilícito). Por outro lado, não é possível falar em dolo se a conduta que se adota está na esfera da facultatividade, ou seja, se a pessoa pode ou não praticar determinado ato, qualquer atitude que ela tome estará, a princípio, em conformidade com o direito, não havendo aí qualquer ilícito.

E dizemos a princípio porque, de fato, a depender do resultado obtido, é possível que a conduta adotada, muito embora não contrarie regra imperativa, revele-se, naquele caso concreto, contrária ao ordenamento jurídico.

Em um tal caso, nem por isso a conduta poderá ser tida por dolosa (porque, reitera-se, ela não afronta diretamente nenhuma regra do ordenamento) não obstante também não possa mais ser qualificada como legítima (porque o resultado obtido se revelou contrário ao ordenamento jurídico). Tem-se, aí, o conceito de *ilícito atípico* (ATIENZA, Manuel. e MANERO, Juan Luiz. *Ilícitos Atípicos*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2006).

No caso em questão, todavia, não se verifica norma imperativa que tenha sido infringida. Na verdade, o que temos é a prática de condutas facultadas ou mesmo expressamente permitidas, tanto é que a própria fiscalização pauta a glosa das despesas exclusivamente no fato de que elas seriam anormais e desnecessárias, questionando sempre o **resultado** obtido pelo contribuinte (economia de tributos) e não propriamente a prática de algum ato expressamente proibido pelo ordenamento.

Tal circunstância fica clara tanto da leitura do Termo de Verificação Fiscal quanto dos autos de infração, veja-se:

Termo de Verificação Fiscal, fl. 51:

*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. (grifamos)*

#### Auto de infração de IRPJ (fl. 6):

##### 0001 CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS

Despesas desnecessárias, anormais, abusivas e portanto indedutíveis, na apuração do Lucro Real, relativas à debêntures adquiridas exclusivamente pelos dois únicos sócios dirigentes da pessoa jurídica, operação esta realizada por absoluta liberalidade, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante e indivisível deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2011	7.044.706,50	150,00
31/12/2012	27.101.836,18	150,00
31/12/2013	35.491.613,79	150,00

##### Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2013:  
art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/99

Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

#### Auto de Infração de CSLL (fl. 21):

##### 0001 CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS CUSTOS/DESPESAS OPERACIONAIS/ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS

Despesas desnecessárias, anormais, abusivas e portanto indedutíveis, na apuração do Lucro Real, relativas à debêntures adquiridas exclusivamente pelos dois únicos sócios dirigentes da pessoa jurídica, operação esta realizada por absoluta liberalidade, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante e indivisível deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2011	7.044.706,50	150,00
31/12/2012	27.101.836,18	150,00
31/12/2013	35.491.613,79	150,00

##### Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2011 e 31/12/2013:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Fazem parte do presente auto de infração todos os termos, demonstrativos, anexos e documentos nele mencionados.

Resta claro que não há, no caso, a imputação da prática de qualquer ilícito, é dizer, não se verifica qualquer conduta diretamente contrária ao direito.

No máximo, o **resultado** obtido é que pode ser considerado contrário ao direito, mas isso, vale reiterar, não significa que houve dolo mas, quando muito, que os **efeitos** ilegítimos (e não o ato em si) devem ser anulados.

Na verdade, todos os elementos referidos como caracterizadores do "ilícito" ou do "dolo" no caso concreto apontam para a prática de simulação.

Diferentemente da autoridade autuante, compreendo que simular é diferente de fraudar ou sonegar -- atos, estes sim, ilícitos.

No caso dos autos, a acusação é de criar uma falsa despesa por meio da emissão de debêntures e, por consequência, adotar todas as condutas como se tal emissão e tal despesa efetivamente ocorressem: assinando escrituras de emissão, enviando declarações fiscais e preenchendo livros contábeis. Acontece que as atitudes consideradas pelas autoridade fiscal como reveladoras da suposta fraude são ínsitas à simulação: quem simula tem intenção de praticar atos, ou seja, a pessoa acredita na "situação simulada" e adota todas as condutas condizentes com tal circunstância, mas não necessariamente tem "dolo" -- porque sua intenção não necessariamente é direcionada a praticar um ato ilícito, diretamente contrário ao ordenamento.

Na verdade, na maioria dos casos de planejamento tributário considerado "abusivo" (porque simulado), quem simula acredita piamente que a situação jurídica simulada é, na verdade, lícita e legítima, e muitas vezes até possui pareceres jurídicos e contábeis que assim o afirmem e respaldem. É uma situação bem diferente de alguém que pratica um ilícito e confia apenas na impunidade ou em eventuais isenções de pena e excludentes de ilicitude, eis que, neste caso, e apenas aqui, a pessoa sabe que praticou um ilícito, enquanto que, na simulação, não necessariamente.

A intenção de quem simula é meramente criar uma situação que, materialmente (isto é, na prática) não existe -- seja simplesmente por simular (simulação absoluta), seja para ocultar uma outra situação (simulação relativa). Isso não é, no ordenamento jurídico brasileiro, um ilícito, já que não há norma que proíba simular uma situação, nem norma que obrigue não simular.

O que há, sim, são apenas **consequências** para o ato simulado. Por exemplo, no âmbito civil, o art. 167 do Código Civil prevê a nulidade do ato simulado, subsistindo o dissimulado se válido na substância e na forma. Já no âmbito tributário, artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional estabelece a possibilidade de o fisco rever o lançamento, veja-se.

*Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...)*

*VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;*

Assim, no âmbito tributário, a simulação autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional, e não o passo além que é a exasperação da multa de ofício.

É dizer, a autoridade fiscal poderá, uma vez identificada a simulação, requalificar os atos jurídicos para aqueles que entenda ser os atos materialmente praticados e, por consequência, lançar eventual diferença de tributos. E, vale observar, a simulação é um dos casos -- aí sim juntamente com o dolo e a fraude -- que autorizam o deslocamento da decadência do prazo previsto no artigo 150, par. 4º do CTN, para aquele do artigo 173, I (primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado).

Ao assim fazê-lo, a autoridade fiscal anula os **efeitos nocivos** de um ato que, em si, não é, nem passou a ser, ilícito, fazendo com que aquele **resultado fiscal** obtido pelo contribuinte, contrário ao ordenamento, deixe de existir. Com isso, o ato, que permanece lícito como sempre foi, deixa de ser ilegítimo, passando a estar plenamente de acordo com o ordenamento jurídico.

A autoridade fiscal não anula, e nem poderia<sup>1</sup>, o ato jurídico como um todo. De fato, não vemos na prática nenhum auto de infração pretendendo dizer que a compra e venda não ocorreu, ou que a reorganização societária deve ser desfeita porque nula. O que a autoridade fiscal faz é *requalificar* o ato, isto é, confere a ele outro efeito tributário, anulando aquele resultado que o contribuinte pretendeu obter mas que se revelou, nas circunstâncias do caso, contrário ao ordenamento jurídico.

Nesse ponto, observo que dizer que um ato será nulo ou que ele autorizará a revisão do lançamento de tributos é algo muito menor do que dizer que esse ato é um ilícito.

De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um ilícito atípico, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa, por ser esta uma penalidade aplicável apenas a ilícitos tipificados (GERMANO, Livia De Carli. "Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos". São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Diferentemente, para que se possa cogitar a qualificação da multa, é necessário identificar especificamente qual(is) das ações ou omissões previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964 foram praticadas, sendo indispensável, ainda, a comprovação do dolo e, portanto, e necessariamente, do ilícito praticado. No caso, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, agindo na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido -- o que, não por acaso, encaixa-se textualmente na definição de "divergência de qualificação jurídica dos fatos" conceituada por Marco Aurélio Greco, conforme trecho de doutrina citado acima.

Em síntese, compreendo que o caso em questão não envolve a prática de um ilícito, mas apenas conflito entre diferentes possíveis qualificações dadas a um mesmo fato -- isto é: para a contribuinte, a emissão de debêntures seria suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários (no caso, a dedução das respectivas despesas) enquanto que, para a autoridade autuante, não.

Em tal circunstância, muito embora presente o intuito de simulação, não resta comprovado o dolo do sujeito passivo (entendido como consciência da prática de um ilícito) e, sendo este imprescindível à caracterização das hipóteses de sonegação, fraude e conluio, é o caso de se cancelar a qualificação da multa de ofício, mantendo-a no patamar de 75%.

Assim, compreendo que a conclusão da decisão recorrida deve ser mantida, aplicando-se ao caso a multa de ofício no percentual de 75%.

---

<sup>1</sup> Código Civil - Lei 10.406/2002

"Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes."

Processo nº 11516.722027/2014-77  
Acórdão n.º **9101-004.105**

**CSRF-T1**  
Fl. 1.361

---

### **Conclusão**

Ante o exposto, oriento meu voto por conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional para, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)  
Livia De Carli Germano

## Voto Vencedor

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Redator Designado

Com o devido respeito ao posicionamento exarado pela i.Conselheira Relatora, apresento o seguinte voto no sentido de restaurar a multa qualificada no presente caso.

A multa qualificada, prevista no artigo 44, §1º da lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da lei nº 11.488/2007 incidirá quando os casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502/64 se configurarem, ou seja, quando ocorrer a prática da sonegação, fraude e/ou conluio, respectivamente, por parte do contribuinte.

Na e-fl. 55, item 12.2 do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal entendeu que pelo fato de a contribuinte ter criado uma falsa despesa, teria praticado fraude contra o Fisco. Tal conduta é assim definida pela lei nº 4.502/64:

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.

Compulsando os autos, entendo como correta a imputação da penalidade mais gravosa no presente caso, pois a prova maior de que a recorrida procurou se eximir de sua obrigação tributária é o resultado, ou melhor, a falta dele no tocante à operação de debêntures.

Veja-se que quando a empresa resolve emitir debêntures, há um propósito, uma finalidade para adoção de tal procedimento. Via de regra, quer-se captar recursos externos, contornando-se alguma burocracia maior, como ocorreria nos casos em que se faz um empréstimo convencional com instituição financeira. Ou seja, ao escolher capitalizar sua empresa pelo regime das debêntures, pressupõe-se que os acionistas preferem a liberdade que tal procedimento lhes proporciona.

E até aí, nenhum problema. A questão, é que o que se espera, principalmente por parte dos titulares, é que a empresa que oferece as debêntures, obtenha o lucro almejado, para quitar suas dívidas com os debenturistas e estes terem finalmente seu ganho.

No caso concreto, a finalidade para a emissão de debêntures não se materializou. Veja que na e-fl. 36, do Termo de Verificação Fiscal, item 6.1, a autoridade fiscal ao descrever o procedimento da empresa, demonstra a finalidade da emissão de debêntures; veja-se:

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, comum 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”.**

(Grifos meus)

O movimento natural e esperado, portanto, é que ao adotar tal medida – a emissão de debêntures – para atingir a finalidade de ampliar o parque fabril e adquirir outras empresas do mesmo seguimento, o capital adquirido fique com a empresa emissora para executar tais empreendimentos.

Porém, não é o que se visualizou na prática. Como constatou a autoridade autuante, o único resultado/finalidade atingido foi o da redução da carga tributária por uma despesa forçadamente criada, que nem se demonstra como necessária, usual ou normal para empresa que tem como objeto social a indústria, comércio, importação e exportação de ventiladores, exaustores, motores elétricos, extrator de sucos, liquidificadores, aquecedores, fornos elétricos, entre outros.

Não bastasse o observado, temos o incontestável fato de o capital que deveria ser aproveitado para a empresa ter terminado nas mãos dos acionistas, o que significa que o “objetivo”, a “finalidade” para a emissão das debêntures foi fictício, a ampliação do parque fabril e aquisição de novas empresas não ocorreu, pelo menos, não com o capital advindo das debêntures, porque este ficou com os acionistas que, como bem apontou a Fiscalização (e-fls. 45 a 46):

## 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.

(...)

8.3 – 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:

(...)

8.15 – Os índices de endividamento total (capital de terceiros) sobre o ativo total, indica que de R\$ 0,52 em junho de 2011 a VENTISOL passou para R\$ 0,77 em dezembro de 2012, representando um acréscimo de 48% no endividamento total da sociedade.

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.

Processo nº 11516.722027/2014-77  
Acórdão n.º **9101-004.105**

**CSRF-T1**  
Fl. 1.365

---

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial, restabelecendo a multa de ofício para o patamar de 150%.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei