



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

**Processo n°** 12448.728319/2012-75  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1102-001.227 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de outubro de 2014  
**Matéria** IRPJ E CSLL. DEBÊNTURES.  
**Recorrente** HSJ COMERCIAL S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

NULIDADE. FALTA DE PROVAS / MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

Não é nulo o auto de infração em que os fatos estão adequadamente descritos e a recorrente demonstra compreendê-los, defendendo-se contra as imputações que lhe foram feitas.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS. DECADÊNCIA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame, pelo fisco, de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

O art. 462 do RIR/99 não ampara a redução do resultado pela remuneração de debêntures, quando demonstrado pela fiscalização que a operação foi engendrada apenas entre empresas do mesmo grupo, sem qualquer efetiva captação de recursos novos, estando completamente dissociada de uma efetiva realidade negocial, e tendo sido levada a efeito em condições anormais e inusuais, com o objetivo de eliminar integralmente a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.

**MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.**

Demonstrado que a conduta dolosa da fiscalizada se subsume aos casos descritos nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, cabível a aplicação da multa de ofício de 150%.

#### IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.

Mesmo admitindo-se que aos valores pagos a título de remuneração das debêntures pudesse ser parcialmente atribuído o tratamento de lucros distribuídos sem tributação na fonte, o imposto retido somente seria passível de aproveitamento, se o caso, na pessoa jurídica que sofreu a retenção.

#### LANÇAMENTOS DECORRENTES OU REFLEXOS. CSLL.

Tratando-se de despesa artificialmente criada, e, portanto, inexistente de fato, deve a mesma ser considerada indedutível da base de cálculo desta contribuição.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, vencidos os conselheiros: (i) Francisco Alexandre dos Santos Linhares e João Carlos de Figueiredo Neto, que davam provimento parcial para admitir a possibilidade de aproveitamento parcial das despesas glosadas, na forma de juros sobre o capital próprio; (ii) Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório e João Carlos de Figueiredo Neto, que desqualificavam a multa de ofício.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por HSJ COMERCIAL S/A, contra acórdão proferido pela 8ª Turma de Julgamento da DRJ/Rio de Janeiro-1-RJ, cuja ementa a seguir se transcreve:

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

NEGÓCIO JURÍDICO. REPERCUSSÃO PARA O FUTURO.  
DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, deve o Fisco levar em conta valores que, a despeito de terem produzido efeitos próprios em período já atingidos pela decadência, pela sua natureza, são computados no cálculo de valores cuja repercussão tributária se dá no futuro. Alcance do artigo 37, da Lei nº 9.430, de 1996.

DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO.

Se a pessoa jurídica revelar conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo todas as questões levantadas, descabe a proposição de cerceamento à defesa.

DEBÊNTURES. EMISSÃO. ARTIFICIALIDADE. PARTICIPAÇÃO.  
INDEDUTIBILIDADE.

O artigo 462 do RIR/99 não se aplica aos casos em que não foram cumpridas as condições gerais de dedutibilidade de dispêndios, notadamente quando se verifica que a operação caracterizou-se como meramente artificial, constituindo-se tão-somente de movimentação escritural de recursos entre empresas do mesmo grupo, sem o ingresso de qualquer capital de terceiros investidores, com o único propósito de extinguir totalmente o resultado do período de apuração.

ATO ILÍCITO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Constatada a prática de ato ilícito pelo sujeito passivo, cabe o lançamento de ofício.

ESCRITURAÇÃO. FORÇA PROBANTE.

A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do Interessada dos fatos nela registrados somente se comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

IMPUGNAÇÃO. DOCUMENTOS.

A apresentação de alegações visando desconstituir as provas apresentadas pela Fiscalização devem vir acompanhadas de documentos hábeis e idôneos. Art. 16, inciso III, do Decreto 70.235 de 1972.

DEDUÇÕES ILÍCITAS.

Caracterizam-se como deduções ilícitas aquelas ligadas a práticas que não guardam relação com propósitos empresariais, visando tão-somente vantagem fiscal em prejuízo ao Erário.

DEBÊNTURES. RAZÃO ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA. DOLO.  
MULTA AGRAVADA.

A conduta planejada consubstanciada na emissão de debêntures tão-somente com o objetivo de utilizar a dedução com participação nos lucros de debenturistas para extinguir totalmente o resultado do período de apuração, reiteradamente, por vários anos, compõe percurso notoriamente utilizado para lesar o Erário Público, devendo a autuação ser realizada com multa agravada.

IRRF. COMPENSAÇÃO.

No regime de retenção do imposto por antecipação, a legislação determina que a apuração definitiva do imposto de renda seja efetuada pelo contribuinte, pessoa jurídica beneficiária, na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual.

#### CSLL. DECORRÊNCIA.

Decorrendo a exigência da CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda.

Em síntese, versam os autos sobre a glosa dos valores registrados contabilmente como participação nos lucros de debenturistas, promovida pelo fisco, com relação aos anos de 2007, 2008, e 2009, para fins de IRPJ e CSLL, com multa de ofício de 150%.

O caso foi assim relatado pela autoridade julgadora *a quo*:

“O Termo de Verificação Fiscal, TVF, informa que:

- em conformidade com o artigo 2º de seu Estatuto Social, trata-se de sociedade que tem por objeto: (i) Instalar, adquirir e explorar comercialmente lojas dos ramos de joalheria, relojoaria, pedras preciosas e semi-preciosas, prataria, artigos de presentes finos, de galerias de artes, artigos de artesanato e folclóricos, souvenirs, artigos e artefatos de madeira, de couro e de plástico, artigos de boutique, bijuterias, perfumaria, brinquedos, bazar e magazine, tapeçaria, objetos de decoração, utilidades eletrodomésticas, artigos de ótica, cine-foto e som, e bem assim, serviços de restaurante, lanchonetes, cervejarias, bares e afins, artigos de charutaria, revistas e livros; (ii) Promoção e divulgação do seu ramo de atividade, através de quiosques, módulos, cabines, estandes e quaisquer unidades removíveis; (iü) Participar de quaisquer empresas como acionista, sócia ou cotista; e ainda, (iv) Exercer a exportação e a importação de mercadorias, do seu ramo de negócio;

- da análise do resultado do exercício dos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, verificou-se que o Interessada destinou a totalidade do lucro líquido a "participações de debenturistas", e, em consequência, não houve apuração de qualquer valor devido de IRPJ e CSLL;

- considerando-se que, em 30/12/2005, foi encerrada uma auditoria fiscal que descaracterizou essa operação com debêntures realizada pelas empresas HSJ Comercial S/A e H. Stern Comércio e Indústria S/A no período de 2001 a 2003, iniciou-se essa ação fiscal com foco na emissão de debêntures pela HSJ Comercial S/A, (a Interessada);

- a Interessada foi intimada a apresentar os livros e documentos listados às fls.497/498;

- também foi intimada a: indicar a(s) conta(s) em que foram registradas as operações efetuadas com a empresa H. Stern Comércio e Indústria S/A referentes à emissão de debêntures e eventos subsequentes, tais como recebimentos, liquidações e outros nos anos-calendário 2008 e 2009; atas das Assembleias em que foi aprovada a captação de recursos mediante emissão de debêntures nos anos-calendário 2007 a 2009; escritura(s) particular(es) de emissão de debêntures referentes aos anos-calendário 2007 a 2009; e outros documentos comprobatórios relativos à emissão de debêntures no período de 2007 a 2009;

- em resposta, de 26/08/2011, a empresa apresentou a documentação solicitada e informou que:

*"Não há ata de assembléia de emissão de debêntures para os anos calendário 2007 a 2009.*

*A título de esclarecimento complementar, destaque-se que a decisão da emissão de debêntures foi obtida no dia 10 de agosto de 1999, conforme se observa pela ata da assembléia geral extraordinária anexa (Doe. 07).*

*Isto por que, no ano de 1998, a H. Stern Comércio Indústria S.A iniciou a avaliação da viabilidade de um plano de expansão comercial, com a preparação do Projeto de Planejamento Estratégico da H. H.Stern Comércio e Indústria S.A para o próximo milênio, traçando como planejamento estratégico principal a abertura de novos pontos de venda no Brasil e no exterior.*

*Para tanto, foi realizada uma pesquisa de mercado no sentido de identificar potenciais pontos de venda e escolher a estratégia de financiamento mais adequada para viabilizar o projeto de expansão.*

*Como corolário deste projeto, pretendeu-se segregar as duas atividades principais realizadas pela H.Stern Comércio e Indústria S.A: industrialização e comercialização de jóias, justamente para fomentar o desenvolvimento de ambas as áreas.*

*Em razão disso, surgiu a HSJ comercial S.A, cujo objetivo é a comercialização varejista de artigos de joalheria e relojoaria, de modo geral.*

*A opção pela emissão de debêntures justifica-se na medida em que primordialmente atendeu ao objetivo de viabilizar a alienação do negócio "varejo" no futuro, com maior agilidade em razão da comercialização do título de crédito, conferindo a opção ao eventual comprador de converter os papéis em ações e efetivamente gerir o negócio ou optar por ser apenas um investidor, mantendo a administração com o grupo H.Stern.*

*Caberia então à H.Stern Comércio e Indústria S.A, gerir a marca "H.Stern" e atuar no desenvolvimento dos produtos, que são na verdade os seus ativos mais valiosos.*

*Ao investidor, se optasse pela conversão das debêntures em ações, seria possível gerir o negócio "varejo", desde que respeitasse as normas impostas pela H.Stern Comércio e Indústria S.A com relação à utilização da marca e respeitasse a identidade visual das lojas, bem como o padrão de atendimento aos clientes, dentre outros, em razão da uniformidade nos padrões que o consumidor espera do estabelecimento que comercializa produtos desta marca.*

*Em outras palavras, a relação da H.Stern Comércio e Indústria S.A com o investidor seria a mesma relação existente entre um franqueador e o franqueado.*

*Com o falecimento do fundador do grupo em 2007, o projeto foi reavaliado pelos atuais controladores, optando-se pela manutenção do negócio "varejo" dentro do grupo."*

- consta que a Interessada também informou que:

*- "Não obstante o atendimento a esta fiscalização, cuja presente intimação foi especificamente direcionada para apurar a operação de emissão de debêntures,*

*relativa aos anos calendário 2007 a 2009, merece destaque o fato de a operação ter sido realizada em 1999, período em que não é mais possível atingir, com o devido respeito, ante a ocorrência da decadência, uma vez já transcorrido mais de 5 anos da ocorrência do fato.*

*Desta forma, não sendo possível modificar a situação jurídica de emissão das debêntures, também não é possível exigir, eventualmente, conduta diversa relativa à apuração dos tributos incidentes sobre esta operação.*

*Com relação aos tributos incidentes sobre a operação de emissão das debêntures, registre-se que houve o pleno atendimento à legislação competente, tendo sido recolhido o tributo corretamente."*

- a Interessada apresentou Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças em cujo item I consta que a debenturista entregou em pagamento do total da dívida relativa ao prêmio decorrente das debêntures emitidas e subscritas em 01 de setembro de 1999, nos termos da Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures, uma Nota Promissória "pro soluto", no valor de R\$100.000.000,00, com vencimento em 31 de agosto de 2009;

- por esta razão, a Interessada foi intimada, em 22/09/2011, a apresentar a comprovação do pagamento da citada nota promissória;

- em resposta, a Interessada informou que: "*relativamente ao aspecto financeiro da quitação, registre-se que a debenturista promovia o pagamento do saldo devedor da nota promissória na medida em que era necessária a abertura de novo ponto de venda ou manutenção deste, ou seja, a debenturista arcava com os custos da abertura da loja, de instalações, infraestrutura, estoque, etc*", frisando uma vez mais que já ocorreu a decadência para fiscalizar essas operações;

- concluiu a Fiscalização que, dos documentos apresentados, fica claro, que, no presente auto de infração está-se analisando a mesma operação que foi descaracterizada e objeto de lançamento de crédito tributário no processo nº 18471.000009/2006-33, cuja ciência do contribuinte se deu em 30/12/2005, estando cópia integral do Relatório da Atividade Fiscal que ensejou o citado lançamento em anexo, (DOC 2);

- tal processo foi julgado procedente, no mérito, pela Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, em 17/12/2008, cuja decisão integral segue anexa, (DOC3), sendo que, a única parte do auto de infração que ainda está sub-júdice é a questão da multa agravada de 150%;

- a Interessada, em 05/02/2010, optou pela inclusão dos débitos remanescentes, após a decisão proferida pela Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no parcelamento instituído pela Lei 11.941/09, declarando "*que renuncia a quaisquer alegações de direito sobre a parcela do lançamento que reconhece devida*" (DOC 4);

- a então Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro - DERAT transferiu o controle dos valores confessados para o processo nº12448.720316/2010-21, subsistindo apenas a discussão acerca da qualificação da multa de ofício, suscitada no Recurso Especial da Fazenda Nacional, sem decisão definitiva até essa data;

- com base na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da Interessada que aprovou a captação de recursos através da emissão das debêntures, da Escritura

Particular de Emissão Privada das mesmas (DOC 5), e do Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças (DOC 6), verificou-se que:

- o valor de face da totalidade das debêntures foi de R\$1.000.000,00, enquanto o prêmio exigido pela emitente foi de R\$100.000.000,00;

- o cronograma de integralização do valor de face dos papéis foi estabelecido em 5 parcelas anuais de R\$200.000,00, efetivamente pagos em cheque de 10/1999 a 10/2003, enquanto que, o prêmio não tinha cronograma de integralização, sendo liberado quando da abertura de novos pontos de vendas ou da necessidade de recursos para manutenção desses novos pontos;

- a subscritora de todas as debêntures e beneficiária das participações é a empresa HStern Comércio e Indústria S/A, que detém 100% de participação na emissora, a Interessada;

- as debêntures assegurariam a participação em 100% dos lucros da emitente e tinham cláusula de conversibilidade em ações, que se daria após a integralização do valor nominal das debêntures (R\$1.000.000,00), na ordem de 100% do valor do Patrimônio Líquido;

- ressalte-se que, não importava o valor do Patrimônio Líquido nem sua relação com o valor das debêntures, pois, a possibilidade de conversão em ações se daria pela totalidade do Patrimônio Líquido;

- o lançamento das debêntures pela Interessada se deu na AGE de 10.08.99, sendo que a subscrição pela H. Stern, única sócia e controladora da Interessada, deu-se em 01.09.99, data em que também se formalizou o Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças, pelo qual a subscritora (H Stern) entregou à emitente das debêntures, em pagamento do total da dívida relativa ao prêmio na subscrição, uma Nota Promissória de caráter "pro soluto" no valor de R\$100.000.000,00, com vencimento para 31.08.2009, ou seja, 10 anos após a aquisição das debêntures;

- estabeleceu-se, ainda, que a emitente da Nota Promissória, caso a mesma não tivesse circulado, teria o direito de realizar pagamentos parciais, emitindo-se nova Nota Promissória "pro soluto" no valor restante, até que se completasse, em 31.08.2009, o pagamento integral do prêmio;

- a Interessada apresentou documentação com o fim de comprovar que o pagamento do prêmio foi inteiramente realizado até dezembro de 2006, anexando o "Demonstrativo dos Pagamentos Recebidos por Conta do Prêmio de Debêntures" (DOC 7), informando que, relativamente ao aspecto financeiro da quitação, a debenturista promovia o pagamento do saldo devedor da nota promissória na medida que era necessária a abertura de novo ponto de venda ou manutenção deste, ou seja, a debenturista arcava com os custos da abertura da loja, de instalações, infraestrutura, estoque, etc.

Concluiu a Fiscalização que:

- não seria comum pagar um prêmio 100 vezes maior que o valor de face de um papel;

- poder-se-ia alegar que o subscritor aceitaria pagar um prêmio neste montante por razões econômicas, tendo em vista a tentadora remuneração proposta, de 100% de participação nos lucros da emissora, que mesmo assim, não tem um valor mínimo garantido, podendo ser até zero, no caso de prejuízos;

- é evidente que essa operação foi estruturada somente com a finalidade de evasão tributária, pois, somente aceitaria abrir mão de participação nos lucros aqueles acionistas que sabidamente receberiam esta mesma participação de outra forma, como é o caso;

- os acionistas abriram mão de receber dividendos para ganhar participação nos lucros, uma vez que, como já foi visto, os acionistas são os próprios debenturistas;

- isso porque os dividendos são calculados e distribuídos após a tributação (de Imposto de Renda e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido) enquanto que a participação nos lucros dos debenturistas é dedutível, tanto do Imposto de Renda quanto da Contribuição Social Sobre o Lucro, deixando, desta forma, de haver qualquer tributação sobre o lucro;

- ao mesmo tempo, a quitação do prêmio se deu pela entrega de uma Nota Promissória de caráter "pro soluto", ou seja, sem a efetiva disponibilização dos recursos financeiros, com prazo de pagamento para 31.08.2009 - 10 anos após a subscrição das debêntures;

- se, por absurdo, esta operação fosse aceita poder-se-ia, a partir de agora efetuar aumentos de capital disfarçadamente, utilizando-se da figura da emissão de debêntures com prêmio, dando-se quitação através de notas promissórias com vencimentos para dez, vinte, trinta anos, ou mais e, como são operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, pactuar-se renovações dos vencimentos indefinidamente;

- nesse caso, o ganho do debenturista ficaria na amortização do suposto prêmio pago, gerando uma despesa redutora da base de cálculo dos tributos;

- o mesmo não aconteceria se a operação fosse realizada como capital social, que é um investimento e, portanto, não amortizável;

- assim, a emissora não auferiu ganhos tributários com o Prêmio na emissão, o ganho ficou com o subscritor, que é o acionista controlador da empresa;

- da forma como foi estruturada a operação, os acionistas aparentemente estavam abrindo mão da totalidade das ações que compõem o capital social da empresa em benefício dos debenturistas;

- mas, na verdade, como a operação foi estruturada dentro do mesmo grupo, os acionistas da emissora não abriram mão de suas ações, assim, o fato dos debenturistas exercerem ou não a opção de conversão em ações era indiferente pois acionistas e debenturistas eram a mesma pessoa;

- deve-se ainda questionar qual empresa anteciparia o pagamento da Nota Promissória, se os direitos dos debenturistas já estavam assegurados, inclusive com a possibilidade de conversão dos papéis em ações e com a remuneração de 100% do Lucro;

- tendo sido a operação estruturada dentro do mesmo grupo, à medida que a emissora de debêntures necessitou de recursos para a expansão de suas atividades, naturalmente seus sócios (que também são os debenturistas), aportaram os recursos, até o limite do valor do Prêmio, só que não na forma de capital social e sim através da quitação parcial da Nota Promissória de caráter "pro-soluto";

- assim, a emissão de debentures pela Interessada, com subscrição total por parte de sua controladora, H. Stern Comércio e Indústria S/A (100% de participação no capital social), com prêmio na emissão no montante 100 vezes superior ao valor nominal e remunerada através de 100% de participação nos lucros, foi mera ficção cujos reais objetivos foram:

- efetuar aporte de capital social na Interessada tendo sido disfarçado em emissão de debentures, com o intuito de amortizar o Prêmio na Aquisição de Debentures gerando uma despesa, em tese, dedutível na apuração do Lucro Real, na controladora H. Stern Comércio e Indústria S/A, sendo que, na verdade, o valor do Prêmio Pago na Aquisição das Debentures é o real valor do Capital Social, juntamente com o valor nominal das debêntures. Tanto assim é que, consta das notas explicativas às demonstrações contábeis referentes aos exercícios de 2008 e 2009, que no encerramento do exercício do ano calendário 2009, por decisão dos debenturistas, conforme previsto na escritura de emissão das debentures, foi homologada a conversão de 100% das debentures em ações da Interessada, com o conseqüente aumento do capital social, que passou a ser representado por 101.100.000 ações ordinárias nominativas de R\$ 1,00 cada, fato esse passível de verificação na Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido (DOC 8);

- transformar a distribuição de dividendos na emissora em participação nos lucros, também, em tese, dedutível da base de cálculo do imposto de renda com base no lucro real na Interessada.

- nunca houve a efetiva captação de recursos, base de uma emissão de debêntures. Houve, sim, a antecipação do pagamento da nota promissória, através de diversas operações, do tipo dação em pagamento com entrega de mercadorias e pagamento de despesas da Interessada, sua controlada, porém, sem configurar a obtenção de novos recursos para o projeto de expansão, da Interessada;

- desta forma, a emissão das debêntures e seus respectivos prêmios devem ser descaracterizados uma vez que o objetivo intentado foi o de deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL valores que deveriam ter sido contabilizados como Capital Social e distribuir dividendos como se fossem Participações de Debêntures no Lucro;

- assim, devem ser glosados os valores registrados contabilmente como participação nos lucros de debenturistas e informados na Ficha 06A das DIPJ 2007 (DOC 9), 2008 (DOC 10) e 2009 (DOC11), e no LALUR desses anos-calendário (DOC 12);

- as despesas com amortização do prêmio serão glosadas na controladora (H Stern Comércio e Indústria S/A);

- não foram utilizados para abater do total do Imposto de Renda devido, os Impostos de Renda Retidos na Fonte, visto que, a totalidade destes valores foram utilizados na compensação de outros impostos e contribuições conforme a contabilidade da Interessada, (DOC 13), utilizados em Perd/Comp, que foram totalmente homologadas;

- tendo por base que a Interessada emitiu debêntures para captação de recursos, inclusive com a exigência de prêmio sem a correlata circulação financeira, **mascarando uma outra intenção**, visto que nunca houve a efetiva captação de

recursos, base de uma emissão de debêntures, concluiu a Fiscalização que a operação de debêntures efetuada pelo grupo não passou de um planejamento tributário abusivo, que teve a única intenção de transformar um aporte de Capital Social em emissão de debêntures com prêmio a fim de deduzir da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido o “Prêmio na Aquisição de Debêntures” e deduzir da base de cálculo do imposto de renda da emissora o valor da participação nos lucros, que na verdade são dividendos, ficando patente a caracterização do intuito fraudulento, fato este que ensejou a aplicação de multa qualificada.

A Interessada tomou ciência do lançamento em 09-11-2012, e apresentou em 11-12-2012, impugnação alegando, em síntese, o que segue.

Quanto às questões preliminares:

- houve divergência entre a descrição fática e o enquadramento legal aplicável em afronta ao artigo 10, incisos III e IV do Dec. 70.235/72, o que ocasionou cerceamento do direito de defesa;

- da mesma forma, houve flagrante inconsistência, pois se a autoridade fiscal admitiu no termo de verificação que a contabilização da operação de emissão das debêntures e sua posterior remuneração foi adequada, não poderia considerá-la como despesa indedutível para efeitos de IRPJ e CSLL, no auto de infração;

- a Fiscalização não motivou a descon sideração do ato jurídico, o que também dificultou a defesa;

- também não indicou o dispositivo legal infringido, cuja motivação para sua aplicação teriam sido as premissas para a descon sideração dos atos jurídicos praticados, apontando apenas as normas legais que tratam da indedutibilidade de despesas da base de cálculo do IRPJ e CSLL, quando desnecessárias às atividades do contribuinte;

- a Fiscalização não provou a ocorrência dos fatos que afirmou. Assim, além da autoridade fiscal não ter apresentado qualquer tipo de prova para fundamentar suas alegações, ainda descon siderou atos jurídicos perfeitos e acabados, vilipendiando o art. 5º, XXXVI da Carta Magna (que é uma das garantias fundamentais constitucionais);

- ocorreu a decadência, pois, o objetivo da autoridade fiscal foi o de atacar o ato jurídico realizado no ano de 1999, uma vez que a emissão de debêntures e os demais atos ocorreram naquele ano;

- contabilizou e apurou os tributos corretamente, de acordo com a operação de debêntures realizada, sendo que para a Fiscalização reclassificar os lançamentos de IRPJ e CSLL realizados nos anos de 2007 a 2009, seria imprescindível reclassificar o próprio fato ocorrido em 1999;

- o Conselho de Contribuintes entende que glosar no presente os efeitos decorrentes de valores formados no passado só é possível se a objeção do fisco não comportar juízo de valor quanto ao fato verificado em período já atingido pela decadência;

- diante da emissão das debêntures, procedeu a todos os lançamentos contábeis e recolheu os tributos incidentes sobre a operação corretamente, conforme demonstram os lançamentos transcritos na impugnação e os registros contábeis;

- assim, estando os lançamentos contábeis e tributários em conformidade com o posicionamento da própria Receita Federal, não há que se falar em glosa de tributos, principalmente quando não é mais possível alcançar atos passíveis de nulidade, em razão da superveniência da decadência.

Quanto ao mérito:

- é uma empresa brasileira, fundada em 1999, com o compromisso de expandir o mercado varejista do grupo H.Stern no Brasil, como consequência da implementação do Planejamento Estratégico de Expansão para o próximo milênio, pois a H.Stern Comércio e Indústria S.A, empresa mãe do grupo, do qual é uma subsidiária integral, estava fazendo cinquenta anos de existência;

- como prioritário para o projeto de expansão, decidiu pela abertura de 73 pontos de venda. Considerando que o custo de abertura de uma loja "H.Stern" girava em torno de R\$1.500.000,00, seria necessário captar aproximadamente R\$100.000.000,00;

- para financiar o projeto de expansão e também diante da possibilidade de venda da operação de varejo para terceiros, recomendou-se que a captação dos recursos (pela Interessada), deveria ser feita através da emissão de debêntures, conversíveis em ações;

- assim, realizou uma emissão privada de 100 debêntures, conversíveis em ações, cada qual com valor nominal de R\$10.000,00, totalizando R\$1.000.000,00, acrescida de um ágio no montante de R\$100.000.000,00, conforme se observa pela Ata de Assembléia Geral Extraordinária que deliberou a emissão (Doc. 08), escritura privada de emissão de debêntures (Doc. 09) e registro no RGI (Doc.10);

- as debêntures não estariam sujeitas à correção monetária, mas seriam remuneradas através da participação em 100% do seu resultado líquido, sendo que o inadimplemento acarretaria na imposição de multa moratória sobre o total, além de juros de 1% ao mês;

- o propósito de realizar a operação desta forma era facilitar a negociação da venda da operação varejista da H.Stern, haja vista que é muito mais fácil negociar a comercialização de um título de crédito do que propriamente as ações de uma companhia, pois no primeiro caso, os procedimentos são mais simples, rápidos e menos onerosos. E, posteriormente, o adquirente das debêntures, ainda poderia convertê-las em ações, sendo que mediante simples ata de assembleia poderia tornar-se acionista majoritário, ou poderia manter-se na qualidade de investidor, adquirente do título, recebendo apenas o retorno do investimento;

- a vantagem em adquirir tais debêntures era evidente para qualquer investidor, na medida em que o ágio deste título correspondia apenas aos custos de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda, sem considerar o retorno esperado um período de tempo, como é praxe no mercado, a exemplo da metodologia do fluxo de caixa descontado, muito comum nas operações de fusão ou aquisição;

- a subscrição total das debêntures foi realizada pela própria H.Stern, como estratégia inicial para fortalecer a nova empresa, buscando maior valorização para a posterior venda da operação varejista;

- assim, a H.Stern pagou a importância de R\$1.000.000,00 pelo valor facial, em cheque, mediante cinco parcelas iguais e sucessivas no valor de R\$200.000,00,

(DOC. 11) e a quantia de cem milhões restantes, através de uma nota promissória pro *soluto*, com vencimento para o dia 31.08.2009, porém com possibilidade de pagamentos parciais antes desta data, comprometendo-se, no entanto, que a quitação total deveria ser realizada até a referida data, de acordo com o instrumento particular de quitação anexo (DOC. 12);

- com efeito, o pagamento do prêmio relativo à emissão das debêntures foi realizado conforme a necessidade de abertura de novos pontos de venda, isto é, em perfeita consonância aos objetivos do projeto de expansão;

- todavia, a quitação total do prêmio ocorreu antes do prazo de vencimento da citada nota promissória, tendo ocorrido em dezembro de 2006, porém em razão da necessidade de alguns ajustes decorrentes da devolução de parte das mercadorias que haviam sido dadas em pagamento do prêmio, a conta contábil do Livro Razão que registrava a movimentação do pagamento somente foi zerada em abril de 2007, conforme se observa pela última nota promissória que registrava o saldo remanescente e cópia do Livro Razão (DOC. 13 e 14);

- na planilha ora acostada (DOC. 15), bem como na cópia do Livro Razão (DOC.14) do ano de 2007, relativamente às respectivas contas contábeis, (que enumera), pode-se facilmente atestar este fluxo de pagamento;

- a relação dos estabelecimentos efetivamente abertos, em virtude do projeto expansão, segue anexa (DOC. 16), tendo sido mais de CINQUENTA estabelecimentos;

- apesar de não terem sido abertos os 73 pontos de venda inicialmente previstos, em virtude de uma série de fatores, pode-se concluir que o projeto de expansão, como um todo, obteve êxito, pois, afinal, foram mais de cinquenta pontos de venda instalados;

- com o falecimento do fundador da H.Stern em 2007, a estratégia operacional e comercial da empresa foi revista e modificada, optando-se por manter o grupo "H.Stern" (incluindo as atividades de industrialização, comércio atacadista e varejista, além da exportação), sob o controle da família do fundador, além de realizar a conversão das debêntures em ações, conforme se observa pelas Atas das Assembléias anexas (DOC. 17 e 18);

- assim, houve evidente propósito negocial nas operações realizadas, mesmo porque, a estratégia acima descrita também teve a finalidade de:

- gerar um reduzido índice de endividamento, de modo que o investidor aceitasse ser remunerado apenas com base no resultado produzido a partir da implementação do Projeto;

- teria um potencial investidor que, num primeiro momento, não precisasse assumir a posição de acionista, o que, inclusive, atendia ao interesse da H.Stern de manter a atual qualidade e controle de gestão e de garantir a adequada preservação de seus mais valiosos ativos: Marca e Know-How; e

- em sendo interesse do investidor assumir a qualidade de acionista, que ficasse juridicamente garantida a atual qualidade e controle de gestão.

- no que se refere ao valor a ser captado com a emissão de debêntures, bem como a forma de pagamento pela aquisição dos mesmos não foram escolhidos de

forma aleatória, mas com base em metodologia de cálculo calcada no princípio da razoabilidade e nos propósitos negociais do Grupo H.Stern;

- considerando que o montante total de recursos necessários a serem recebidos por meio da operação de debêntures corresponde à soma do valor de face mais o valor de prêmio, e diante do objetivo de garantir um mínimo índice de endividamento, decidiu que o valor de face das debêntures deveria ser o mínimo estimado para desenvolver os estudos preliminares para implantação do Projeto de Expansão;

- por sua vez, o valor do prêmio corresponderia aos investimentos (plantas, equipamentos, pessoal, estoques, capital de giro, etc) necessários à concreta implementação desse Projeto;

- por essa razão, o prêmio só seria integralizado à medida que as lojas fossem abertas;

- não há qualquer vedação na estipulação de prêmio na subscrição de debêntures, posto que as debêntures podem ser emitidas com ágio ou deságio;

- justificando a plausibilidade do investimento feito, o fato de contar atualmente com mais de cinquenta pontos de venda comprova o alegado;

- deste modo, é evidente que a operação realizada (emissão de debêntures) atendia ao propósito do Grupo H.Stern de implementar um Projeto de Expansão que fosse atrativo para um potencial investidor durante sua execução, com um mínimo de endividamento possível. E, também, atendia ao interesse da H.Stern ter um alto retorno do investimento feito com a aquisição das debêntures emitidas pela Impugnante.

- portanto, como se pode verificar, não tinha como objetivo a obtenção de economia fiscal;

- a Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, reconheceu a circulação financeira no pagamento do valor de face das debêntures e, embora desconsiderasse a nota promissória “pro soluto” como instrumento de quitação da dívida, também reconheceu a circulação financeira através do pagamento de despesas, mercadorias, dentre outros;

- se isso, no entender da Fiscalização, não é forma de captação de recursos, o que seria?

- não há cabimento na afirmação da Fiscalização que, como as debêntures foram adquiridas por uma empresa do mesmo Grupo econômico, os recursos nunca teriam saído da empresa, ou do próprio Grupo, sendo assim, o fato de o dinheiro advir da empresa controladora, significaria que não houve a entrada de recursos novos na Impugnante;

- tal entendimento viola o princípio da entidade estampado no artigo 4º da Resolução CFC nº 750, de 29 de dezembro de 1993;

- a transferência foi demonstrada, pois, houve o pagamento do valor de face das debêntures, que foi aplicado no estudo de viabilidade do Projeto de Expansão, bem como houve a integralização do prêmio das debêntures, utilizado para abertura e manutenção dos pontos de venda previstos, conforme definido no cronograma de implementação;

- com relação ao valor de face, esse já foi integralmente pago pela H.Stern, por meio de cheques, até o ano de 2003, de acordo com o cronograma constante da Escritura de Emissão de Debêntures;

- o valor estabelecido para o prêmio foi integralmente pago pela H.Stern, em 01 de setembro de 1999, com a entrega de uma Nota Promissória “pro soluto” no respectivo valor, com vencimento para 31 de agosto de 2009, nos termos da cláusula I do Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças celebrado entre as partes;

- essa forma de pagamento foi utilizada porque, conforme consta da Escritura, não havia um cronograma definido para integralização do prêmio, que variaria em relação às necessidades de abertura de novas lojas e de recursos para manutenção desses novos negócios e à disponibilidade de recursos do investidor. Assim, a entrega dessa nota promissória “pro soluto” representou a quitação da dívida;

- a legislação, que trata da emissão privada de debêntures, não impõe qualquer restrição a que as debêntures emitidas por uma empresa não possam ser vendidas para sua acionista;

- pelo contrário, o parágrafo 1º, do artigo 57, da Lei nº 6.404/76, expressamente confere aos acionistas da emitente das debêntures o direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações, como foi o caso;

- é inaplicável o parágrafo único do art. 116 do CTN, por ausência de lei que regule o procedimento;

- além disto, a possibilidade de desconsiderar uma operação tributária com base no abuso de forma e de direito somente ocorreu a partir da introdução deste dispositivo, isto é, tal fundamento não poderia ser aplicado à hipótese na medida em que a operação foi realizada no ano de 1999;

- houve ilegal modificação de critério jurídico, uma vez que, em Solução de Consulta, (DOC.21), mencionada pela própria fiscalização, a Receita Federal e o então Conselho de Contribuintes, à época da realização da operação, em 1999, admitiam a operação;

- quando da fiscalização referente ao ano de 2002, especificamente para verificar a regularidade da operação de aquisição das debêntures, de acordo com o Relatório Fiscal de Diligência anexo (DOC.22), foi constatado pelo Fiscal que inexistia qualquer tipo de irregularidade, conforme trecho que transcreve nesta impugnação;

- a divergência no posicionamento consignado nos relatórios fiscais de ambos fiscais, do mesmo órgão, porém manifestados em períodos divergentes demonstra flagrante modificação do critério jurídico adotado pela fiscalização da Receita Federal do Brasil, em violação ao art. 146 do CTN e ao princípio da Proteção à Confiança Legítima, uma vez que o fato gerador ocorreu em 1999;

- em razão da emissão das debêntures, operação efetivamente realizada, teve que remunerar este título de crédito tal qual previa a sua escritura de emissão, sendo certo que em consonância com o Parecer SRF nº 266/2001 e nos termos do artigo 730, inciso IV, esta remuneração equiparava-se à remuneração de renda fixa, sobre o qual incidia IRRF a cada pagamento;

- a Fiscalização, ao entender que a operação não se realizou e lançar o IRPJ em razão da glosa da dedução indevida na apuração do Lucro Real, deveria, ao

menos, ter considerado também que o IRRF sobre a remuneração das debêntures é, na realidade, distribuição de lucros não tributáveis, justificando, assim, a dedução da exigência do IRRF sobre o valor a ser apurado a título de IRPJ, posto que, neste caso, o recolhimento desse tributo perdeu sua justificativa;

- se a autoridade fiscal tinha alguma dúvida quanto às informações registradas na escrita, deveria ao menos ter solicitado esclarecimentos, antes de lançar um auto de infração de tal monta, quando evidentemente a desconsideração da operação, per si, acarreta em nova apuração fiscal, aonde deveriam ter sido registrados os novos créditos e débitos decorrentes da reclassificação;

- assim, o IRRF pago sobre a remuneração das debêntures deve ser compensado com o IRPJ devido na autuação;

- não escondeu a ocorrência da operação demonstrando conduta de boa fé, ao passo que a Fiscalização não conseguiu por meio de provas afastar esta boa fé;

- em razão de ter sido praticamente impossível mensurar a mudança de posicionamento da Fiscalização no tratamento dispensado à operação, à época de sua realização, deveria, ao menos ser excluída qualquer multa;

- além disto: cumpriu com todas as formalidades legais exigíveis para a operação; em todas as oportunidades que lhe coube, a Impugnante informou sobre a realização da operação ao fisco; contratou parecer de auditores e advogados externos para que pudessem viabilizar a expansão comercial pretendida, com a menor onerosidade possível, obviamente, no âmbito da licitude; cercou-se de todas as cautelas que eram possíveis de se imaginar à época da realização da operação (e que são diferentes das atuais), para evitar qualquer tipo de problema; especificamente a operação em cotejo foi fiscalizada pelo fisco, no ano de 2002, tendo sido concluído que não havia irregularidade;

- portanto, não se pode aplicar a multa agravada de 150% já que não se verificou no caso concreto o evidente intuito do contribuinte de cometer ato ilícito.

A DRJ prolatou o Acórdão 12-53.068, cujos fundamentos estão sinteticamente expostos na ementa ao norte transcrita. Em síntese, a autoridade recorrida não reconheceu a decadência, rejeitou as preliminares, e, no mérito, manteve integralmente o crédito tributário lançado, inclusive a multa qualificada, não acatando a pleiteada redução da base de cálculo do IRPJ por meio do aproveitamento do IRRF recolhido relativamente ao pagamento em remuneração pelas debêntures emitidas.

No recurso voluntário, o contribuinte renova seus argumentos de defesa, com relação, em síntese, aos seguintes pontos: (i) nulidade do Auto de Infração em razão da divergência entre a situação fática e o enquadramento legal aplicável; (ii) nulidade do Auto de Infração pela falta de provas e inexistência de motivação do ato administrativo que desconsiderou atos jurídicos perfeitos e acabados; (iii) decadência do direito do fisco de revisar/reclassificar o ato jurídico realizado no ano de 1999; (iv) correção dos lançamentos contábeis e tributários relativos à operação, em conformidade com o posicionamento da própria Receita Federal; (v) falta de regulamentação e inaplicabilidade do parágrafo único do art. 116 do CTN; (vi) existência de efetivo propósito comercial na operação; (vii) inexistência de vedação na estipulação de prêmio na subscrição de debêntures; (viii) efetiva captação de novos recursos; (ix) possibilidade de aquisição das debêntures por empresa com vínculo societário; (x) modificação do critério jurídico quanto à interpretação conferida à operação à época do seu surgimento; (xi) boa fé do contribuinte e ausência de evidente intuito de fraude; (xii) incorreta

apuração do IRPJ devido, sendo necessário o aproveitamento do IRRF pago sobre a remuneração das debêntures com o IRPJ devido.

Finaliza requerendo o cancelamento integral do débito fiscal ou, *ad argumentandum*, o cancelamento da multa imposta, ou, na sua impossibilidade, a redução desta para 75%.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (fls. 1118-1149), contestando os argumentos esposados pela recorrente e requerendo seja negado provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

### Preliminares

A recorrente demanda a nulidade do auto de infração por alegada divergência entre a situação fática e o enquadramento legal aplicável. Neste sentido, sustenta haver flagrante inconsistência no ato de lançamento, pois a autoridade fiscal admite que a contabilização da operação de emissão das debêntures e sua posterior remuneração foi adequada, logo não poderia considerá-la como despesa indedutível para efeitos de IRPJ e CSLL.

A preliminar não pode prosperar. Resta bastante claro da leitura do Termo de Verificação Fiscal que o fundamento da autuação nada tem a ver com a forma de contabilização adotada, mas sim com a constatação da indevida redução dos resultados tributáveis, obtida por meio de operações que o fisco considerou artificiais, sem propósito empresarial, em que se distorceu a forma e a finalidade para a qual existe a previsão legal de emissão de debêntures. Assim, o ilícito descrito pela fiscalização existe, ainda que a forma de contabilização tenha sido aquela que corretamente deveria ser seguida, acaso se tratasse de uma emissão de debêntures absolutamente regular.

A recorrente também demanda a nulidade do auto de infração por falta de provas e inexistência de motivação do ato administrativo que desconsiderou atos jurídicos perfeitos e acabados. Argumenta que a autoridade fiscal elencou diversas “premissas” que a levaram a assim proceder, mas que, contudo, deixou de indicar o dispositivo legal infringido, cuja motivação para sua aplicação teriam sido as premissas retro mencionadas, apontando apenas as normas legais que tratam da indedutibilidade de despesas da base de cálculo do IRPJ e CSLL quando desnecessárias às atividades do contribuinte.

Novamente não prospera a preliminar.

A falta de provas não conduz à nulidade da autuação, senão, quando o caso, à sua improcedência. A questão atinente às provas, portanto, deve ser abordada como matéria de mérito.

Por outro lado, a própria recorrente reconhece que as citadas “premissas” constituiriam a motivação do lançamento, contudo, não se saberia ao certo qual seria o dispositivo legal infringido.

Os motivos que levaram à autuação estão perfeitamente delineados no Termo de Verificação Fiscal, consoante já antes exposto. Nestes termos, cediço que a remansosa jurisprudência deste Conselho reconhece que, ainda que haja eventual equívoco no enquadramento legal, não há qualquer nulidade se os fatos estão adequadamente descritos e a recorrente demonstra compreendê-los, como ocorre no caso concreto.

Não se trata, portanto, de ato imotivado, conforme se percebe com a simples leitura do relatório fiscal, e tampouco há equívoco no enquadramento legal, posto que foram citados todos aqueles que guardam alguma pertinência com a situação a ser analisada, tanto os que tratam da emissão e remuneração de debêntures em situações de normalidade e regularidade, quanto os que tratam da indedutibilidade de despesas inusuais, anormais e desnecessárias, tendo sido ofertados à defesa todos os fatos e motivos que conduziram a fiscalização a entender ter havido a ilícita redução da base tributável do IRPJ e da CSLL devidos pelo contribuinte.

### **Decadência**

Sustenta a recorrente ter ocorrido a decadência do direito do fisco de revisar o ato jurídico realizado no ano de 1999. Argumenta que, para que a fiscalização lograsse reclassificar os lançamentos de IRPJ e CSLL realizados nos anos de 2007 a 2009, seria imprescindível reclassificar o próprio fato ocorrido em 1999, o que não é mais possível.

Não lhe assiste razão.

Esta alegação não é nova neste colegiado, e tem sido consistentemente rejeitada.

A contagem do prazo decadencial, nos termos do CTN, tem como norte o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Este direito surge com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que será constituída. Se não há fato gerador, não há prazo decadencial a ser contado. O mero registro contábil relativo à emissão de debêntures afeta exclusivamente contas patrimoniais, mas não as de resultado, pelo que não possui este fato nenhuma relevância para fins de contagem do prazo decadencial do lançamento por homologação com relação a tributos atrelados ao lucro.

Ademais, o fato de o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente determinar a guarda, pelo contribuinte, de todos os documentos relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, “até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios”, apenas reforça o poder/dever que tem o fisco de examinar aqueles documentos, relativos a fatos ocorridos em

períodos já decaídos, nos casos em que estes repercutirem fiscalmente em exercícios ainda não alcançados pela decadência.

Neste mesmo sentido, o seguinte precedente:

**DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.**

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, quando têm impacto tributário em exercícios não atingidos pela caducidade. No caso, a restrição decadencial volta-se à impossibilidade do lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato. **(Acórdão 1102-000.657, sessão de 31 de janeiro de 2012, relator Leonardo de Andrade Couto)**

No caso, portanto, tem-se que as reduções da base de cálculo do IRPJ e da CSLL que foram consideradas indevidas pela fiscalização (os fatos geradores da obrigação tributária) são aquelas que impactaram o resultado tributável da recorrente nos anos-calendários de 2007 a 2009, tendo o lançamento sido cientificado à recorrente em 09/11/2012. No período mais antigo submetido ao lançamento de ofício (2007), a apuração do imposto de renda se fez pelo regime do lucro real anual, pelo que conclui-se não ter ocorrido a decadência.

De se destacar que a recorrente, em defesa de sua tese sobre a decadência, trouxe dois precedentes do extinto Conselho de Contribuintes (Acórdãos 107-08.306 e 107-06.061, ambos de relatoria do conselheiro Luiz Martins Valero). Contudo, este mesmo conselheiro foi também o relator do já citado processo 18471.000009/2006-33, em que se discute esta mesma operação de emissão de debêntures pela HSJ em 1999, contudo com relação aos efeitos tributários produzidos nos anos de 2001, 2002, 2003 (e lançamento de ofício efetuado ao final de 2005). A extinta 7ª Câmara, por maioria de seus votos, acompanhou o voto do relator com relação à preliminar de decadência suscitada pela recorrente. O i. conselheiro assim manifestou-se sobre a questão, *verbis*:

Ora, os fatos ocorridos no passado (Emissão e Subscrição de Debêntures) produziram efeitos no futuro (dedução dos lucros pelas participações atribuídas pela emissora e amortização do prêmio pela subscritora). Ao questionar os eventos do passado não está a fiscalização fazendo juízo de valor sobre efeitos tributários desses fatos ocorridos em períodos já atingidos pela decadência. Ademais, são fatos cuja formação deve conformidade a normas de direito privado. A conformação dos efeitos a normas de direito tributário somente é exigida no futuro e foi sobre eles que agiu a fiscalização. (trecho do voto do conselheiro relator Luiz Martins Valero nos autos do processo 18471.000009/2006-33, Acórdão 107-09.601).

Sem qualquer procedência, portanto, a alegação recursal.

### **Mérito**

Inicialmente, penso ser relevante uma breve definição do que sejam debêntures.

De acordo com a ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais ([www.debentures.com.br](http://www.debentures.com.br)), debêntures são valores mobiliários de renda fixa que podem ser emitidos por sociedades por ações, de capital aberto

ou fechado, que asseguram a seus detentores (debenturistas) direito de crédito sobre a companhia emissora.

De se observar que os ativos de renda fixa se caracterizam pelo pagamento de rentabilidade pré-definida, seja ela totalmente prefixada ou não, pois podem ter parte prefixada e parte atrelada a indicadores do mercado financeiro, como índices de preços ou taxas de juros, ou ser totalmente flutuantes, i.e., indexados a um destes indicadores. Diferenciam-se dos chamados títulos de renda variável, ou de risco, que são aqueles cuja remuneração, ou retorno de capital, não pode ser dimensionada no momento da aplicação.

Rubens Requião, comentando acerca de debêntures, afirma:

*“As debêntures, também chamadas obrigações ao portador, são títulos de crédito causais, que representam frações do valor de contrato de mútuo, com privilégio geral sobre os bens sociais ou garantia real sobre determinados bens, obtidos pelas sociedades anônimas no mercado de capitais. A fim de evitar os inconvenientes de pequenos e constantes financiamentos a curto prazo e a juros altos, no mercado financeiro, as sociedades por ações têm a faculdade exclusiva de obter empréstimos, tomados ao público a longo prazo e a juros mais compensadores, inclusive com correção monetária, mediante resgate a prazo fixo ou em sorteios periódicos.”<sup>1</sup>*

José Xavier Carvalho de Mendonça assim se refere às debêntures:

*“Essa operação a que recorrem as sociedades anônimas, é, como dissemos, um empréstimo; é o contrato de mútuo, que se distingue do simples mútuo, definido no art. 247 do Código Comercial, pela divisão da quantia mutuada em frações, expressa por títulos ao portador, títulos de crédito negociáveis, e pelo processo especial de amortização, isto é, do reembolso gradual do capital da dívida por parcelas mínimas, em regra, durante longo prazo. ...”<sup>2</sup>*

Em síntese e essência, portanto, pode-se dizer que a debênture corresponde a um contrato de mútuo, de médio ou longo prazo, com juros mais favoráveis em relação ao mercado financeiro, que é tomado pela companhia emissora junto a particulares.

A seguir, deve-se considerar quais são as formas de remuneração de debêntures previstas em lei.

Não há dúvidas de que o artigo 56 da Lei nº 6.404/76 faculta a remuneração na forma de juros, fixos ou variáveis, de participação no lucro da companhia e de prêmio de reembolso, sem expressamente determinar limites quanto a valores ou percentuais que devam ser observados por qualquer uma dessas formas.

Entretanto, exatamente em razão das características básicas destes títulos de crédito, antes expostas, diversos são os doutrinadores que contestam a remuneração de

<sup>1</sup> REQUIÃO, Rubens, in Curso de Direito Comercial. 2. volume, Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p.98

<sup>2</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. II, Tomo III, Campinas:

debêntures com base exclusivamente na participação nos lucros. Tais autores, portanto, embora reconheçam que a legislação não o diga expressamente, defendem que são os juros a sua remuneração natural. Neste aspecto, sirvo-me das transcrições a seguir, feitas no voto da i. Conselheira Sandra Faroni, ao analisar esta questão no paradigmático Acórdão nº 101-94.986:

“José Edwaldo Tavares Borba, (in Direito Societário, 9a edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

"A debênture, como título de renda fixa, deveria oferecer sempre uma taxa determinada de juros. A atual lei, entretanto, alterando o sistema anterior, estabelece que 'a debênture poderá assegurar juros fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso'.

Criam-se, desse modo, alternativas várias para a empresa emitente, que poderá optar entre uma taxa certa de juros e uma taxa variável, ou, até mesmo, fazer depender o rendimento do título do lucro da empresa, dando-lhe caráter de mera participação.

Essa flexibilidade não se afigura conveniente, uma vez que atenta contra a tradição brasileira, a qual, em matéria de títulos de crédito, sempre se fundou na certeza. Uma debênture cujo rendimento depende do desempenho da emitente não é uma verdadeira debênture e sua existência, sob o aspecto psicológico, apresenta a desvantagem de esgarçar a consistência do título, descaracterizando-o,"

Em nota de pé de página, o mesmo autor registra que Fernando Mendonça (in "Debêntures", Saraiva, São Paulo, 1988, p. 14) não aceita uma debênture sem juros, e assim desenvolve seu entendimento:

"Há quem admita, em virtude dos termos da lei atual, que o rendimento da debênture possa consistir, tão somente, em participação no lucro. Não nos parece ser o melhor entendimento" (...) "Interpretação diversa, no sentido de se poder deixar de atribuir juros à debênture, levaria à descaracterização do título. Com efeito, debênture sem juro, com participação no lucro apenas, não teria a natureza de debênture, mas a de parte beneficiária".

Modesto Carvalhosa (in Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Saraiva, S.Paulo, pp. 532 e seguintes) leciona:

#### **"Lei n. 6.404, de 1976**

A lei faculta a adoção de juros variáveis, além da participação nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração do capital debenturístico.

Ao assim facultar, a lei não exige a cumulatividade de vantagens ou a alternatividade.

O caráter facultativo permite a atribuição de outras vantagens remuneratórias complementares, 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.

(...) 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.

(...)

### **Juros como remuneração necessária**

Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas à companhia. Sendo a remuneração própria do capital. Os juros serão sempre devidos.

(...)

### **Participação nos lucros não é substitutiva dos juros, mas adicional**

A remuneração adicional de participação nos lucros da companhia emissora já estava prevista no Decreto-lei nº 718, de 1938, que admitia a emissão de debêntures com renda variável, ajustada à lucratividade da empresa.

A menção a essa faculdade na lei vigente prende-se mais à diversidade de remuneração das debêntures adotada no direito norte-americano, cujos usos, no entanto, pouco têm que ver com o nosso sistema. As idéias fora de lugar ainda aí prevaleceram, como se percebe na canhestra redação do artigo, que dá a impressão de que a participação nos lucros poderia constituir remuneração substitutiva dos juros.

Tal prática no direito norte-americano, ou seja, de substituição de juros por participação nos resultados das empresas, dá-se na reorganização de empresas insolventes (*reorganization*). Nesse caso, propõe a administração aos credores debenturísticos a substituição dos juros por uma remuneração advinda de lucros líquidos (*net profits*) ou de lucros líquidos do exercício (*earned profits*). Criam-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à *reorganization*, planos substitutivos de falência pura e simples, os famosos *incorr bonus* (*cumulative* e *non cumulative incorr bonus*). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados *Adjustment bonus*.

Entre nós, o instituto norte-americano assimilável é o *participating bonus*, que concede, além dos juros, a participação dos debenturistas nos lucros.

A causa dessa dupla remuneração é óbvia, tanto aqui como lá, ou seja: visa atrair para a emissão dos títulos uma vantagem adicional, consistente na participação nos lucros sociais. Os *participating bonus*, com efeito, são a única modalidade que se pode admitir em nosso direito, em face do caráter oneroso e mercantil do empréstimo debenturístico, que não poderia sujeitar o tomador ao não recebimento de remuneração nos exercícios em que não houvesse lucros.

A periodicidade da remuneração do capital integra a própria natureza do mútuo debenturístico, não se podendo admitir que a pretensão de recebê-los ficasse suspensa nos exercícios vários em que não houvesse ou fossem insuficientes os lucros apurados.

Trata-se, pois, a participação nos lucros de remuneração adicional ou complementar àquela de juros periódicos.

(...)

### **Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros**

Não há, mesmo, como admitir substitutivamente a remuneração via lucros por aquela dos juros. Se assim fosse, estaria, com efeito, desfigurada a debêntures como título de dívida comercial, líquida e certa.

Ocorre que a lei ao facultar a participação no lucro da companhia o faz como prêmio, adicional, portanto, aos juros fixos estabelecidos. E o faz como substitutivo do prêmio representado pela concessão de juros variáveis. A causa desse prêmio é a mesma dos juros variáveis, ou seja, sustentar as debêntures de determinada classe no mercado, promovendo assim sua valorização e a sua liquidez. Isto posto, fica evidente que a participação no lucro da companhia constitui vantagem adicional, não podendo substituir a remuneração pecuniária certa, representada pelos juros fixos."

Do exposto, vemos que os juros são a remuneração básica e indeclinável das debêntures. E estes juros, do ponto de vista da emitente das debêntures, devem ser ordinariamente mais vantajosos para ela, e não mais onerosos, do que aqueles que ela teria de pagar se recorresse ao mercado financeiro. Do ponto de vista dos subscritores das debêntures, em face da menor liquidez deste título com relação a outras aplicações disponíveis, ordinariamente a remuneração deve apresentar-se algo superior àquilo que eles poderiam obter no mercado financeiro. Neste contexto é que se pode entender a participação nos lucros, ou seja, como uma vantagem adicional visando à colocação destes títulos no mercado.

Assim, conquanto não o diga expressamente a Lei nº 6.404/76, o permissivo ali contido para a remuneração de debêntures por participação nos lucros da companhia, não foi criado com a finalidade de substituição integral dos juros por esta forma de remuneração, e nem tampouco com a finalidade de transferir parcelas exageradamente relevantes dos lucros da companhia para terceiros. Tais hipóteses extremas, conforme bem exposto por Carvalhosa, adquiririam sentido em situações especialíssimas, como no caso de reorganização de empresas insolventes, o que, por todo o demonstrado ao longo deste processo, definitivamente não é o caso. Mas mesmo em tais situações extremas não faria qualquer sentido a transferência de 100% dos lucros para os debenturistas, como ocorreu no caso presente.

Não se tratando de entidade sem fins lucrativos, é inquestionável que as pessoas jurídicas devem perseguir os seus próprios objetivos e fins, um dos quais é justamente o lucro. É um verdadeiro contrassenso uma pessoa jurídica abdicar de 100% de seus lucros em favor de terceiros.

Na verdade, conforme já salientara a autoridade fiscal, a destinação de 100% dos lucros para o debenturista somente pode ser "compreendida" no contexto de que os "terceiros" na verdade não são terceiros, senão a própria controladora da emissora das debêntures, com 100% de participação societária.

A recorrente sustenta que a legislação expressamente prevê a possibilidade de aquisição das debêntures por empresa com vínculo societário. E mais, que o parágrafo 1º, do artigo 57, da Lei nº 6.404/76, inclusive confere aos acionistas da emitente das debêntures o direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações, exatamente como foi o caso.

Neste aspecto, mais uma vez trouxe, em defesa de seus argumentos, outro precedente da 7ª Câmara do extinto Conselho de Contribuintes, no caso, o Acórdão 107-08.029, igualmente de relatoria do conselheiro Luiz Martins Valero, em que foi reconhecida a possibilidade de os acionistas adquirirem debêntures de empresa ligada.

Relevante observar que este mesmo argumento foi também oposto nos autos do já citado processo 18471.000009/2006-33, em que é interessada a recorrente, com respeito aos anos de 2001, 2002, 2003, tendo o relator, conselheiro Luiz Martins Valero, expressamente rechaçado a existência de identidade entre o paradigma trazido e o caso da recorrente. Após ressaltar que o simples fato de os processos envolverem um ponto comum (qual seja, a emissão de debêntures com sua aquisição por parte de empresas ligadas) não implica identidade de soluções dos processos, passou o ilustre conselheiro a discorrer sobre todas as especificidades do caso concreto, para concluir, afinal, pelo acerto do trabalho fiscal em não aceitar que a redução dos resultados a título de participação de debêntures se amoldasse à dedutibilidade a que se refere o art. 462 do RIR/99.

De fato, convém reprimir o conjunto de indícios colacionados pelo fisco, no sentido de demonstrar que a operação não pode ser considerada como uma situação normal de emissão de debêntures, nos moldes do quanto previsto pelo artigo 58 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (reproduzido no RIR/99, art. 462), que expressamente reconhece serem dedutíveis do lucro líquido do exercício as participações asseguradas a debêntures.

Vejamos:

- A HSJ, à época da emissão das debêntures, possuía capital social de R\$10.000,00 e Patrimônio Líquido de R\$5.034,42, e tinha como única sócia a sua controladora H STERN.

- As debêntures foram emitidas pelo valor de face de R\$1.000.000,00, enquanto o prêmio exigido foi de R\$100.000.000,00, caracterizando um ágio de cem vezes o valor do título.

- O valor de face dos papéis foi pago cinco parcelas anuais de R\$200.000,00, efetivamente pagos entre outubro de 1999 e outubro de 2003, enquanto que o prêmio não tinha cronograma de integralização.

- A única subscritora das debêntures foi a sua controladora.

- As debêntures asseguravam a participação em 100% dos lucros da emitente e tinham cláusula de conversibilidade em ações, que se daria após a integralização do valor nominal das debêntures (R\$1.000.000,00), na ordem de 100% do valor do Patrimônio Líquido, ou seja, a conversibilidade em ações não guardava qualquer correlação nem com o valor do patrimônio líquido nem com o efetivo valor das debêntures.

- Para a quitação do total da dívida relativa ao prêmio na subscrição, a H STERN entregou à HSJ uma Nota Promissória de caráter "*pro soluto*" no valor de R\$100.000.000,00, com vencimento para 31.08.2009 (10 anos após a aquisição das debêntures).

- O efetivo pagamento do saldo devedor da nota promissória somente ocorria na medida em que era necessária a abertura de um novo ponto de venda ou a manutenção deste, ou seja, a debenturista arcava com os custos da abertura da loja, de instalações, infraestrutura, estoque, etc.

Todos estes fatos, analisados em conjunto, evidenciam a total descaracterização das debêntures emitidas, no caso concreto, como valores mobiliários de renda fixa com a finalidade de captação de recursos junto ao mercado, que deveriam ser.

Embora não haja um parâmetro fixado em lei, não é normal nem usual pagar um prêmio 100 vezes maior que o valor de face de um papel. Ainda mais no caso de uma empresa que, quando os emitiu, possuía um capital social de R\$10.000,00 e um patrimônio líquido de apenas R\$5.034,42.

Nem mesmo a aparentemente tentadora remuneração proposta, de 100% de participação nos lucros da emissora, justificaria tamanho ágio, uma vez que não havia qualquer valor mínimo de lucro garantido ao investidor.

A justificativa apresentada pelo contribuinte para justificar o valor do prêmio pago destoa completamente da real motivação que deve levar, em condições normais, alguém a pagar um prêmio (ágio) por alguma coisa.

De fato, neste aspecto, peço vênia para transcrever o seguinte trecho das contrarrazões ao recurso voluntário apresentadas pela Fazenda Nacional, que, com muita precisão e argúcia, abordou a questão (fls. 1140, sic):

**“O pressuposto para o pagamento do prêmio é a expectativa de ganhos que a debenturista teria com uma futura valorização ou lucratividade da emitente do título.** O ágio significa que o investidor espera obter um retorno maior, confiando no sucesso do empreendimento. Isso é o que se mostra consuetâneo com as práticas e a lógica dos negócios. Dessa forma, o prêmio equivaleria a uma contrapartida, em face dos resultados positivos que a HSJ COMERCIAL proporcionaria à H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S.A.

Entretanto, no caso dos autos, a contribuinte afirma que: “(...) o **ágio** deste título **correspondia apenas aos custos de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda** (...)” (fl. 4 do Recurso Voluntário, destaques não constam no original). Portanto, a **debenturista justifica o pagamento do ágio em virtude das despesas que a HSJ COMERCIAL teria, e não na expectativa de ganhos que esperava com o investimento.** Ora, a explicação apresentada não consiste em fundamento econômico que legitimasse a estipulação de prêmio vinculado à debênture, visto que contraria a lógica inerente ao pagamento de ágio por um investidor. Diante desse contexto, forçoso admitir que o **prêmio “pago” pelas debêntures emitidas pela recorrente não representou um ágio ou, no mínimo, não tem qualquer respaldo econômico.**”

Ademais, na verdade não havia nenhuma real intenção de captação de recursos junto ao mercado investidor, como de fato nenhuma houve, uma vez que não foi feita a oferta destes títulos a qualquer terceiro, tendo a emissão das debêntures se dado no âmbito privado, com a sua integral subscrição por parte da controladora. Ou seja, nenhum recurso externo ao próprio grupo foi captado em razão da emissão das debêntures em questão. Em que pese a recorrente tenha repetidamente insistido que estaria em busca de potenciais investidores que poderiam querer assumir ou não a qualidade de acionistas, tal potencialidade em nenhum momento se materializou, além do que não houve uma única demonstração de que efetivamente estivesse em busca desse potencial investidor, e certamente o fato de emitir as debêntures tão somente no âmbito privado em nada colabora no sentido de demonstrar que houvesse esta busca.

É só no contexto criado pelas partícipes da operação, portanto, que se pode entender a disposição da subscritora em pagar tamanho prêmio. É que, desta forma, ela, a subscritora-controladora, poderia usar este prêmio para gerar despesas amortizáveis de suas próprias bases de cálculo dos tributos sobre o lucro.

Ao fazer uso, ainda, de uma Nota Promissória de caráter “*pro soluto*” para a quitação do referido prêmio, logrou a subscritora alcançar, com isto, a possibilidade de deduzir as despesas com a amortização de um prêmio pelo qual sequer havia ainda pago!

Claro está que os efeitos mencionados nos dois parágrafos acima se dão no âmbito da subscritora-controladora, que não é objeto do presente processo, muito embora tenha ela sido autuada por conta desses fatos. Contudo, ajudam a compreender os verdadeiros objetivos do grupo com a emissão das debêntures em questão.

A controladora, por um lado, gera para si despesas amortizáveis, já a partir da quitação do prêmio por meio da nota promissória “*pro soluto*”, por conta de investimentos que *passaria a fazer* a partir daquela data. Ou seja, em lugar de aportar recursos na forma de capital na sua controlada, foi construída uma operação por meio da qual os investimentos que a H STERN viria a fazer na abertura e manutenção de novos pontos de venda seriam carreados para a sua controlada disfarçados de pagamentos do saldo devedor daquela nota promissória que, pelas próprias atípicas características de todo o negócio engendrado, jamais seria descontada pela emitente das debêntures, como de fato não o foi.

A HSJ, por outro lado, ao atribuir a totalidade dos lucros que viesse a auferir em favor de sua debenturista, simplesmente deixou de pagar qualquer valor a título de IRPJ e CSLL que seriam ordinariamente devidos sobre os seus resultados. Para se ter uma idéia, o IRPJ (principal) que deixou de ser pago, nos três anos fiscalizados, foi da ordem de R\$28.217.261,04, e a CSLL (principal) que deixou de ser paga foi da ordem de R\$10.184.133,97.

Vale aqui transcrever a observação que fez o conselheiro Luiz Martins Valero, no seu voto proferido naquele outro processo já citado (18471.000009/2006-33, relativo aos anos de 2001, 2002, 2003), após observar que, fazendo uso de uma simples movimentação escritural de recursos entre empresas do mesmo grupo, sem que um único centavo novo tenha sido captado na operação, teria logrado a empresa fazer com que deixasse de ingressar nos cofres públicos a importância de R\$ 14.825.219,00. Disse então o ilustre conselheiro:

“Ora, se há alguém que capitalizou os empreendimentos até agora, esse alguém foi o Tesouro Nacional.”

De fato, é por demais evidente que a operação como um todo não possui qualquer propósito comercial efetivo, nem tampouco trata-se de operação normal ou usual. Em condições normais, nenhuma empresa abdicaria da totalidade do seu lucro em favor de terceiros.

Está claro que, no caso, os acionistas só aceitaram “abrir mão” de 100% dos dividendos a que teriam direito, porque passariam a ganhar “participação” naqueles lucros. A diferença é que, enquanto os lucros tem de ser submetidos à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, antes de poderem ser distribuídos como dividendos, as participações nos lucros atribuídas aos debenturistas podem ser integralmente deduzidas do lucro. Neste diapasão, uma vez que a

“participação nos lucros” estipulada é da ordem de 100%, simplesmente não há tributação a ser exercida sobre os lucros da HSJ, estando aí desvelado o verdadeiro objetivo da operação.

Neste contexto, ora desvelado, revelam-se como meramente retóricos os argumentos recursais a seguir analisados.

Sustenta a recorrente que teria havido correção nos lançamentos contábeis e tributários relativos à operação, em conformidade com o posicionamento da própria Receita Federal. Refere-se, no que toca ao tratamento tributário, à consideração dos valores atribuídos a título de participação nos lucros como dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e também à tributação, pelo imposto de renda na fonte, sobre os rendimentos propiciados à debenturista.

Conforme já antes referido, a irregularidade, do ponto de vista tributário, está perfeitamente delineada no Termo de Verificação Fiscal, não sendo relevante, neste aspecto, a eventual correção ou não dos lançamentos contábeis correspondentes. Por outro lado, o tratamento tributário dado pelo contribuinte é consentâneo com uma operação de emissão normal e regular de debêntures, o que, por todo o demonstrado nos presentes autos, não é o caso.

Sustenta a recorrente que o parágrafo único do art. 116 do CTN não está regulamentado e que, de qualquer sorte, seria inaplicável ao caso.

A autoridade fiscal não citou em nenhum momento o referido artigo em seu relatório. Ademais, a despeito de não ter sido regulamentado o seu parágrafo único, seguindo-se o raciocínio desenvolvido pela própria recorrente, na sua peça de defesa, no sentido de realizar “uma interpretação teleológica-sistemática deste dispositivo” a partir da exposição de motivos que acompanhou o projeto de Lei que visava a regulamentá-lo, o que se percebe é que o dispositivo em questão não estava voltado aos casos em que verificada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que é precisamente o caso dos autos.

Logo, não se pode dizer que o lançamento tenha se pautado no quanto previsto pelo parágrafo único do art. 116 do CTN.

Por outro lado, não se pode perder de vista o fato de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacionais tem evoluído da interpretação dos atos negociais, de um ponto de vista puramente formal, para uma visão que leva em consideração a presença ou não do propósito negocial, bem como a presença ou não de outras patologias nos negócios jurídicos, que não exclusivamente a simulação e a fraude, mas também o abuso de forma e o abuso de direito. E esta evolução também se refletiu nos julgamentos realizados pelo extinto Conselhos de Contribuintes, e hoje CARF.

Neste sentido, ainda que tratem de questão de fato diversa da analisada nos presentes autos, vê-se nos precedentes a seguir transcritos que o CARF, em casos de operações envolvendo a amortização de ágio gerado em operações ocorridas dentro de um grupo societário sob controle comum, sem propósito econômico real, tem sistematicamente rechaçado essas operações, e rejeitado os efeitos tributários a elas atribuído pelas partes envolvidas, ainda que fundamentando esta desconsideração ora na prática de simulação, ora na do abuso de direito:

**Acórdão nº 101-96.724, sessão de 28 de maio de 2008, relatora Sandra Maria Faroni:**

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. SIMULAÇÃO. A reorganização societária, para ser legítima, deve decorrer de atos efetivamente existentes, e não apenas artificial e formalmente revelados em documentação ou na escrituração mercantil ou fiscal. A caracterização dos atos como simulados, e não reais, autoriza a glosa da amortização do ágio contabilizado.

**Acórdão nº 1103-000.501, sessão de 30 de junho de 2011, relator Cons. José Sérgio Gomes:**

CUSTOS E DESPESAS OPERACIONAIS. OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. ENCARGO DE AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO GERADO COM UTILIZAÇÃO DE SOCIEDADE VEÍCULO. ÁGIO DE SI MESMO. ABUSO DE DIREITO.

O ágio gerado em operações societárias, para ser eficaz perante o Fisco, deve decorrer de atos econômicos efetivamente existentes. A geração de ágio de forma interna, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico, sem a alteração do controle das sociedades envolvidas, sem qualquer desembolso e com a utilização de empresa inativa ou de curta duração (sociedade veículo) constitui prova da artificialidade do ágio e torna inválida sua amortização. A utilização dos formalismos inerentes ao registro público de comércio engendrando afeição a legitimidade destes atos caracteriza abuso de direito.

O que se pretende com isto ressaltar é que as diversas patologias, no plano prático, se inter-relacionam e até se confundem, devendo-se ter o cuidado de não se cair na “armadilha dos conceitos”, ou seja, na idolatria dos conceitos em detrimento da análise quanto aos fatos efetivamente ocorridos.

Neste sentido, transcrevo, do voto proferido pelo conselheiro Luiz Martins Valero, nos autos do processo 18471.000009/2006-33, o seguinte pronunciamento de Marco Aurélio Greco em evento promovido pelo Conselhos de Contribuintes em 2005<sup>3</sup>:

“Neste momento eu diria, o grande perigo é a armadilha dos conceitos. A cautela que nós temos que ter é não idolatrar o espelho.

O conceito jurídico não é mais do que um espelho da realidade. São indispensáveis, todo desenvolvimento filosófico, jurídico que foi feito nos últimos 30 anos no Brasil é importantíssimo, mas ele idolatrou a imagem que está no espelho, como se fosse possível lidar com a imagem, sem lidar com a realidade. E o conceito, seja ele conceito de simulação, conceito de fraude à lei, conceito de abuso de direito, eles devem ser figuras meramente operacionais e não dogmas. Ninguém se defende de conceito, as pessoas se defendem de fatos. E uma certa conduta que tem que ser enquadrada na lei, não é um certo conceito abstrato, jurídico que tem que ser enquadrado na lei. E o que eu vejo é que muitas vezes fica: “Não, mas isso é simulação ou é dissimulação? Isso é abuso de forma ou abuso de direito?” Desculpem, eu relaxar um pouco o meu linguajar, eu não estou preocupado com o rótulo que vai se colocar aquela conduta, eu estou preocupado é com a conduta. (...)”

<sup>3</sup> I Congresso de Direito Tributário dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda - Brasília, 14 a 16 de setembro de 2005, conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Logo após a referida transcrição, o conselheiro Luiz Martins Valero assim pronunciou-se sobre os fatos ocorridos (fatos estes que são, conforme já ressaltado, os mesmos aqui postos em julgamento):

“E o que fez o contribuinte no caso em exame? A resposta emerge cristalina dos fatos relatados pelo fisco: pretendeu capitalizar-se e o fez por meios inusitados, não só quanto ao instrumento jurídico utilizado (debêntures de emissão privada, restrita ao grupo), mas também quanto à amplitude que deu ao instituto da emissão/subscrição de debêntures, abusando de operações financeiras de forma a propiciar clara e severa redução dos tributos.

[...]

Pois bem, sem que isso represente concordância com os argumentos da recorrente, ainda que se deixe de lado a discussão sobre se houve ou não simulação, [...] é notório o fato de que tamanha redução do resultado, pela atribuição de participação ao debenturista, não tem lastro suficiente para assumir o perfil de dedutibilidade contemplado pela legislação tributária. Aqui reside o ponto crucial do litígio.

Eventuais confusões de conceitos, tanto por parte da fiscalização quanto por parte dos julgadores de primeiro grau não desnaturam a essência da acusação fiscal à vista dos fatos constatados e dos quais o contribuinte está a se defender, pois ele entendeu perfeitamente a acusação cujo cerne é a existência de ilícito fiscal na redução dos resultados tributáveis que levou a fiscalização à desconsideração dos efeitos do negócio no âmbito tributário.”

Ante a circunstância de as diversas patologias, no mais das vezes, se inter-relacionarem, e mesmo da dificuldade de se caracterizar determinada conduta sob um ou outro rótulo, resta claro, portanto, que não pode a eventual inadequação da rotulação do ilícito constituir fundamento para o cancelamento da autuação. Conforme exposto, o contribuinte se defende dos fatos, e não dos conceitos.

No caso das operações aqui analisadas, por exemplo, observo que o auditor fiscal que constituiu o lançamento tributário relativo aos anos de 2001, 2002, e 2003 (processo 18471.000009/2006-33) caracterizou os fatos como simulação. Já os auditores que constituíram o lançamento tributário aqui discutido, analisando os mesmos fatos, mas com relação aos efeitos tributários produzidos nos anos de 2007, 2008, e 2009, os caracterizaram como planejamento tributário abusivo.

Em qualquer caso, contudo, resta claro que houve uma distorção, por parte do contribuinte, com relação ao instituto das debêntures, de sorte que os valores pagos, aos quais o contribuinte atribuiu a condição de “participação nos lucros”, não preenchem as condições para serem legitimamente considerados como tal.

Logo, não podendo ser considerados como “participação nos lucros”, mas tendo produzido o efeito de reduzir a base tributável, resta apenas considerá-los como despesas, as quais, como toda e qualquer outra despesa, devem submeter-se aos critérios de necessidade, usualidade, e normalidade, para que sejam aceitas como dedutíveis, requisitos os quais, por todo o exposto, certamente deixou de cumprir.

Ressalto, contudo, que mais do que simplesmente uma despesa apenas “inedutível” para o IRPJ, em face de sua desnecessidade, o que pode levar a uma longa e

polêmica discussão quanto aos seus efeitos projetarem-se ou não para a CSLL, trata-se de uma despesa nitidamente artificial, produzida a partir do uso distorcido que se fez do instituto das debêntures, conforme restou caracterizado pelo fisco. Trata-se, portanto, de uma despesa inexistente de fato, e, nestes termos, seus efeitos também se projetam sobre a base de cálculo da CSLL.

Argumenta ainda a recorrente, por fim, que teria havido mudança no critério jurídico adotado por parte do Fisco, em violação ao art. 146, do CTN, uma vez que, na época da realização das operações, a posição da Receita Federal, bem como do Conselho de Contribuintes, em situações semelhantes, era no sentido de admitir a operação.

Refere-se a recorrente a uma Solução de Consulta, mencionada pela própria fiscalização, em que a Receita Federal especifica os critérios contábeis e fiscais relativos à emissão e remuneração de debêntures, cuja ementa é a seguinte:

#### “DEBÊNTURES

O valor de face das debêntures deve ser classificado em conta do Ativo Circulante ou do Realizável a Longo Prazo ou em conta do Ativo Permanente - Subgrupo Investimentos, enquanto que o valor do prêmio pago na sua aquisição deverá ser classificado no Ativo Permanente da Debenturista, Subgrupo Ativo Diferido. Os rendimentos produzidos pelas debêntures sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 20%, por ocasião de seu pagamento ou crédito.”

A referida Solução de Consulta, que foi proferida no âmbito de operações relativas a contribuinte diverso, e que tem sua aplicação restrita, portanto, somente à empresa consulente, de qualquer sorte, por óbvio, aborda apenas os critérios contábeis e fiscais relativos a uma operação normal e considerada correta de emissão de debêntures, o que, por todo o exposto, não é o caso. Assim, não se vislumbra de que forma tal manifestação possa caracterizar qualquer modificação de critério jurídico.

Da mesma forma, a menção feita pela recorrente em sua impugnação, conquanto não expressamente reproduzida no recurso, quanto à diligência efetuada pela fiscalização na própria recorrente em 2002, em que teria sido constatado inexistir qualquer tipo de irregularidade. Isto porque, consoante se verifica do exame do Relatório Fiscal de Diligência (Doc. 22 da impugnação), tratava-se no caso tão somente de diligência, cuja finalidade era a de exclusivamente analisar os aspectos *formais* da operação de emissão de debêntures, *verbis* (fls. 1022):

Ou seja, a nós competia verificar se a emitente dos títulos cumpriu os ritos formais para emissão das debêntures, assim como se a contrapartida do mencionado prêmio foi corretamente contabilizado em conta de reserva de capital e se o valor estipulado pelas debêntures está sendo efetivamente integralizado no prazo e no montante convencionados. Com este intento, lavramos em 20/03/02 termo de intimação solicitando toda a documentação que deu respaldo legal à operação (DOC 03).

Portanto, mais uma vez, não se vislumbra de que forma tal manifestação possa caracterizar qualquer modificação de critério jurídico.

Quanto ao entendimento conferido pela jurisprudência do Conselho de Contribuintes, a que se refere a recorrente, de se observar que o art. 146 do CTN, invocado pela recorrente, possui a seguinte dicção:

*“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. “*

Novamente, não se verifica qualquer modificação no critério jurídico adotado pela autoridade administrativa no exercício do lançamento com relação ao recorrente. Ao contrário, sempre que se manifestou a autoridade administrativa com relação a esta operação da recorrente, foi para constituir o lançamento de ofício pela glosa das despesas com a remuneração de debêntures.

O que houve, portanto, quando muito, foi a mera alteração na jurisprudência do CARF, no decorrer do tempo, com relação a operações da espécie. Mas isto não caracteriza a alteração de critério jurídico a que se refere a norma em comento.

Sem procedência, portanto, este derradeiro argumento.

Por fim, registre-se que o patrono da recorrente, da tribuna, e em “razões finais de recurso” protocoladas na Secretaria do CARF poucas horas antes do julgamento pelo CARF nesta sessão de julgamento do mês de outubro, suscitou ainda os argumentos de que, na remota possibilidade de não ser reconhecida a legitimidade das operações, deveria ter o fisco requalificado inteiramente as operações, ou para admitir que as despesas fossem dedutíveis como juros calculados sobre mútuos que a recorrente poderia ter tomado junto ao mercado, ou para considerar que — admitindo-se que a H STERN teria realizado aporte de capital na HSJ — a recorrente poderia ter pago à H STERN juros sobre o capital próprio passíveis de dedutibilidade fiscal.

Conforme sucintamente expus em sessão, e aqui faço o devido registro para que não se venha a alegar eventual (e discutível, ante as circunstâncias da apresentação do argumento) omissão por parte do colegiado, entendo que tais pleitos não merecem acolhida. À fiscalização incumbe identificar o ilícito, como de fato o fez. Conforme exposto no presente voto, trata-se de despesas fictícias e inexistentes, portanto cabível a sua glosa. Não cabe à fiscalização buscar verificar todas as outras possíveis alternativas (válidas e legais) que a recorrente teria à sua disposição caso tivesse desejado proceder dentro dos limites da lei, se ela mesma, *sponte propria*, da lei se afastou. E, conforme se vê pela breve síntese exposta no parágrafo precedente, a própria recorrente reconhece que haveria mais de uma alternativa legal disponível.

A meu ver, o limite da atuação fiscal seria o de reconhecer que, se as despesas com a remuneração das debêntures são inexistentes, então as receitas oriundas da remuneração dessas mesmas debêntures (na contraparte, ou seja, a H STERN) também são inexistentes. Esta é a única conclusão lógica, possível, e admissível, nada mais havendo a avançar.

Neste sentido, conforme destaquei na sessão de julgamento, é verdade que a fiscalização não havia desconsiderado, na autuação relativa à controladora H STERN, as receitas por ela auferidas em decorrência da remuneração das debêntures em questão. Contudo, por ocasião do julgamento do processo relativo à H STERN (processo nº 16682.720703/2012-16), nesta mesma sessão de julgamento, o colegiado, por unanimidade de votos, tomou esta providência, o que fez com que o recurso voluntário lá apresentado tenha sido provido, e o crédito tributário lançado tenha sido cancelado.

Encerrando aqui o acréscimo feito ao voto, em consideração aos argumentos aduzidos da tribuna e nas “razões finais de recurso”, julgo-os improcedentes.

### **Multa qualificada**

No processo 18471.000009/2006-33, a extinta 7ª Câmara do Conselho de Contribuintes, por maioria de seus votos, acompanhou o voto do relator, que entendeu não ter ocorrido a simulação alegada pela fiscalização e, nesta conformidade, desqualificou a multa aplicada, muito embora tenha ressaltado ter ocorrido abuso tanto no alcance que o contribuinte conferiu ao instituto de emissão/subscrição de debêntures, quanto no uso que deu ao instituto do “*pro soluto*”. Este entendimento restou consubstanciado na seguinte parte da ementa daquele julgado:

“MULTA QUALIFICADA Ainda que se possa vislumbrar nas condutas da autuada as figuras doutrinárias, e hoje positivadas na legislação civil, da fraude à lei e do abuso de direito, se os atos negociais foram devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias, quando foi dado ao fisco conhecer, sem dificuldade alguma, toda a extensão dos negócios engendrados, não cabe a qualificação da penalidade, porque não provadas as figuras delituosas requeridas pela lei que autoriza a exasperação da penalidade.”

No que toca à desqualificação da multa, com sua redução ao percentual de 75%, naquele processo levada a efeito, e neste igualmente pleiteado pela recorrente, não se pode, contudo, concordar com este entendimento.

Em primeiro lugar, de se destacar que, não obstante a fiscalização tenha caracterizado os fatos como “planejamento tributário abusivo”, e não como “simulação”, de qualquer sorte aplicou a multa qualificada, ante o entendimento de que teria havido o evidente intuito de fraude.

Entendo que assiste razão ao fisco.

O intuito de fraude, previsto na lei para a qualificação da multa de ofício, possui um amplo conceito no qual se inserem as condutas dolosas tipificadas como sonegação, fraude ou conluio, conforme previsto nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Para a constatação da ocorrência de dolo, tanto em sua acepção penal, quanto aqui, como elemento subjetivo do tipo qualificado tributário, diz a mais balizada doutrina que é necessário verificar se havia, por parte do agente, a *consciência* (conhecimento do agente das circunstâncias caracterizadoras do ilícito) e a *vontade* para a prática da conduta (positiva ou omissiva) contrária ao ordenamento. Em outras palavras, é preciso demonstrar que o agente *previu e quis o resultado ilícito*.

Por outro lado, é certo que o elemento subjetivo *dolo* não há de ser extraído da mente do seu autor, mas sim das circunstâncias que envolvem os fatos a serem analisados.

No caso concreto, por todo o quanto aqui exposto, resta claro que o contribuinte conscientemente engendrou operações que em nada se assemelham a uma verdadeira emissão de debêntures, tendo deliberadamente distorcido o uso deste instituto com a precípua finalidade de esboroar a sua base tributável.

Especificamente, entendo que, com os procedimentos adotados pela recorrente, tenham sido modificadas substancialmente, e de modo intencional, as características do fato gerador, o que levou à redução do imposto devido, conduta esta que se amolda ao conceito de fraude exposto no artigo 72 da Lei nº 4.502/64, *verbis*:

*“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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.”*

Plenamente justificada, portanto, a qualificação da multa.

### **Aproveitamento do IRRF**

Argumenta a recorrente que a Fiscalização, ao entender que a operação não se realizou, e lançar o IRPJ em razão da glosa da dedução indevida na apuração do Lucro Real, deveria, ao menos, ter considerado também que o IRRF sobre a remuneração das debêntures corresponde, na realidade, a uma distribuição de lucros não tributáveis, o que justificaria, portanto, a sua dedução do valor apurado a título de IRPJ, uma vez que, neste caso, o recolhimento daquele tributo (IRRF) teria perdido sua justificativa.

Devo reconhecer que, amparado em precedentes anteriores do próprio CARF, eu mesmo, em outro caso envolvendo debêntures (processo 13896.002592/2007-93), concordei parcialmente com o argumento acima exposto. A ementa do Acórdão 1102-00.659, com relação a este ponto, restou assim vazada:

#### IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.

Das despesas que foram pagas a título de remuneração das debêntures, com retenção de imposto de renda exclusiva de fonte, uma parte delas, após a incidência do IRPJ e da CSLL, revela-se como lucros passíveis de distribuição, os quais não estariam sujeitos à retenção do imposto por ocasião de sua distribuição. Assim, para restabelecer a verdade dos fatos, cabe o estorno da parte do imposto de renda, indevidamente retido na fonte e comprovadamente pago, que corresponda proporcionalmente à parcela que poderia ser distribuída com isenção.

Entretanto, há que se ressaltar a especificidade dos casos. Conforme antes afirmado, não é por tratarem de uma mesma matéria de fundo que todos os casos devam receber idêntico tratamento.

No caso a que se refere a ementa acima, há que se observar que as debêntures haviam sido subscritas pelos sócios pessoas físicas.

No caso de pessoas físicas, os rendimentos retidos na fonte em decorrência dos rendimentos auferidos a título de remuneração pelas debêntures subscritas constituem hipótese de retenção exclusiva de fonte.

Naquele contexto, em que o imposto retido não tem nenhuma possibilidade de ser recuperado pelas pessoas físicas que sofreram a retenção, é que se firmou o entendimento de que, por uma questão de razoabilidade e de restabelecimento da verdade dos fatos, aquele imposto deveria ser abatido do valor lançado a título de IRPJ. Aliás, o precedente citado nos autos daquele processo, também era de situação de retenção exclusiva de fonte, em decorrência de serem pessoas físicas os subscritores das debêntures emitidas.

No caso dos autos, contudo, a subscritora das debêntures é pessoa jurídica. Ora, nesses casos, a retenção na fonte sobre os rendimentos auferidos a título de remuneração em face das debêntures subscritas constitui hipótese de retenção como antecipação do devido no encerramento do período de apuração.

Ou seja, quem realmente sofre o ônus do imposto na fonte é a H STERN, que tem assegurado para si o direito de considerar este imposto retido na dedução do montante do IRPJ por ela devido, bem como o de, se o caso, solicitar a sua restituição e/ou compensação.

Neste contexto, nenhum sentido faz abater o valor do imposto retido na fonte dos valores do IRPJ lançados contra a HSJ. Mesmo em se admitindo que deva ser restabelecida inteiramente a verdade dos fatos, e que a verdade dos fatos significasse a distribuição de lucros com isenção de imposto na fonte, o fato é que a repercussão quanto ao IRRF ocorre, concretamente, na pessoa da controladora (H STERN), e não na da recorrente, de sorte que o eventual aproveitamento do IRRF só pode ser analisado no âmbito da controladora que sofreu a retenção.

Logo, a questão desborda completamente do litígio aqui posto em julgamento, pelo que deve ser rejeitado o pleito recursal de aproveitamento do IRRF no auto de infração aqui discutido.

Conforme dito, é somente na controladora que, diante da situação de fato lá verificada, pode ser avaliada a procedência (ou não) de eventual pleito de restituição e/ou compensação do imposto retido que tenha sido feito, ou a procedência (ou não) do aproveitamento deste imposto em eventual lançamento de ofício que contra ela tenha sido formalizado.

### **Conclusão**

Pelo exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Processo nº 12448.728319/2012-75  
Acórdão n.º **1102-001.227**

**S1-C1T2**  
Fl. 35

---

CÓPIA