



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

Processo n° 16682.720703/2012-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1102-001.228 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2014
Matéria IRPJ e CSLL - Amortização de prêmio na emissão de debêntures
Recorrente H STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

NULIDADE. LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste nulidade no lançamento que descreve consistentemente a infração fiscal, e apresenta enquadramento legal apropriado à acusação de glosa de despesas desnecessárias e de simulação.

Além disso, o argumento de cerceamento de defesa não se sustenta diante do conteúdo dos recursos apresentados, tanto em sede de impugnação, quanto no voluntário, que demonstram que o contribuinte compreendeu devidamente a acusação, e dela se defendeu por completo.

DECADÊNCIA. FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS.

É legítimo o exame de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela decadência.

Desse modo, é possível o lançamento de infrações relativas aos efeitos tributários decorrentes da amortização do prêmio na emissão de debêntures nos últimos cinco anos, mesmo que os títulos tenham sido emitidos em período anterior, estando a empresa obrigada a manter a escrituração de fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, nos termos do art. 37 da Lei nº 9.430, de 1996.

EMISSÃO DE DEBÊNTURES PARA SIMULAR APORTE DE CAPITAL NA INVESTIDA. AMORTIZAÇÃO DO PRÊMIO. IMPOSSIBILIDADE.

Provado nos autos que a emissão de debêntures, integralmente subscrita pela controladora e com a quitação do prêmio com a emissão de nota promissória *pro soluto*, serviu apenas para ocultar o aporte de capital na investida e para obter benefício fiscal indevido para o Grupo Econômico, correta a glosa das amortizações do prêmio, por se tratarem de despesas desnecessárias.

MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DE SONEGAÇÃO E CONLUÍO.

A autoridade fiscal demonstrou que, de forma planejada e com o intuito de se reduzir indevidamente a tributação, simulou-se a emissão de debêntures com prêmio para dissimular o aporte de capital em controlada, restando comprovada a ocorrência de sonegação e de conluio, definidas nos arts. 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, pois se tentou impedir totalmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza e circunstâncias materiais, por meio de ajuste doloso entre duas pessoas jurídicas.

Trata-se de planejamento tributário ilícito, veiculado por meio de simulação relativa, onde uma vontade aparente ou simulada buscava encobrir uma vontade real ou dissimulada, com o objetivo principal de redução da tributação, o que justifica a aplicação da penalidade duplicada prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

RECLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PELA FISCALIZAÇÃO. APLICAÇÃO DOS EFEITOS FISCAIS DE OFÍCIO. NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DOS RENDIMENTOS JÁ TRIBUTADOS NO GRUPO ECONÔMICO.

Como os fatos ocorridos foram qualificados de ofício de forma diversa da adotada pelo contribuinte, deve-se aplicar a nova qualificação com todas as suas consequências.

Como os valores pagos para a aquisição das debêntures foram tratados como aumentos de capital, a remuneração das debêntures, equivalente a 100% dos lucros da controlada, deve ser considerada como distribuição de lucros à controladora, isenta do IRPJ, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995.

Assim, devem ser excluídos da tributação os valores referentes à remuneração das debêntures, tributados no contribuinte como receitas financeiras, após a dedução do IRPJ e da CSLL sobre eles incidentes, por equivalerem aos lucros que seriam distribuídos ao sócio sem incidência tributária.

Nos anos sob análise, a referida exclusão elimina todas as diferenças lançadas no contribuinte, devendo-se cancelar a presente autuação.

LANÇAMENTO REFLEXO DE CSLL. MESMA MATÉRIA FÁTICA

Aplica-se ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL o decidido em relação ao lançamento do tributo principal, por decorrer da mesma matéria fática.

Preliminar Rejeitada.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, dar provimento ao recurso. Acompanham

o relator pelas conclusões os conselheiros Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, e João Carlos de Figueiredo Neto.

(assinado digitalmente)

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente

(assinado digitalmente)

José Evande Carvalho Araujo- Relator

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

Relatório

AUTUAÇÃO

Contra o contribuinte acima identificado, foram lavrados o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, que exigiu o imposto suplementar no valor de R\$ 6.133.328,00, e o Auto de Infração decorrente de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, que lançou contribuição no valor de R\$ 2.207.998,08, tendo os valores principais sido acrescidos de multa de ofício de 150% e juros de mora (fls. 2 e 310 a 356).

O lançamento decorreu de glosa das despesas com amortizações do prêmio pago na aquisição de debêntures. No processo 12448.728319/2012-75, consta o lançamento na emissora das debêntures, a empresa HSJ COMERCIAL S.A., onde foram glosados os valores registrados contabilmente como participação nos lucros de debenturistas.

Por bem narrar os fatos, transcrevo a descrição da ação fiscal e da infração lançada constante no relatório do acórdão de 1ª instância (fls. 2.141 a 2.149):

2. O procedimento resultou na glosa das despesas com amortizações do prêmio pago na aquisição de debêntures, pois a fiscalização entendeu que a interessada teria feito um aporte de Capital Social em empresa controlada "disfarçado" pela figura de emissão de debêntures e pagamento de prêmio, com a única finalidade de se reduzir tributos em ambas as empresas. Na controladora (a que se refere o presente Auto de Infração), reduziu-se o valor de imposto de renda e CSLL, deduzindo-se da sua base de cálculo as despesas de amortização do prêmio pago, enquanto na controlada (HSJ Comercial S/A) a redução de imposto de renda e CSLL deu-se com a dedução no lucro líquido da participação nos lucros assegurada aos debenturistas.

3. No Termo de Verificação Fiscal de fls. 310/331 a fiscalização relata o seguinte:

3.1. Que detectou-se na Demonstração de Resultado (Ficha 06B) das DIPJ dos anos-calendário 2007 a 2009 da empresa HSJ Comercial S/A, que a totalidade do seu lucro líquido foi destinada a "*participações de debenturistas*", não restando valor de IRPJ e de CSLL a ser apurado. Assim, foi instaurado procedimento fiscal nessa empresa com foco na emissão de debêntures, quando foi constatado que a interessada, controladora e única acionista da emissora das debêntures em questão, foi quem as subscreveu. Importante ressaltar que essa operação foi descaracterizada e objeto de lançamento de crédito tributário no processo nº 18741.000013/2006-00, cuja ciência do contribuinte se deu em 30/12/2005. A cópia integral do Relatório da Atividade Fiscal que ensejou o citado lançamento está anexa a este Auto de Infração. O processo nº 18741.000013/2006-00 foi julgado procedente no mérito pela Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes em 17/12/2008, cuja decisão integral segue anexa a este Termo de Verificação Fiscal (doc. 2); sendo que a única parcela do auto de infração que ainda está em discussão é a questão da multa qualificada de 150%;

3.2. Que também instaurado procedimento na interessada com foco na mesma operação, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0718500-2011-00762-6, cabendo o esclarecimento que parte da documentação utilizada neste Auto de Infração foi apresentada pela empresa HSJ no procedimento a que se refere o MPF nº 0718500-2011-00575-5. É o caso, por exemplo, da Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures, parte integrante da Ata da AGE de 10 de agosto da H. Stern Joalheiros S/A (antiga razão social da HSJ Comercial S/A), do Certificado de Subscrição de Debêntures e do Instrumento Particular de Quitação e Outras Avencas;

3.3. Que devido ao fato de a emissão de debêntures por parte da empresa HSJ Comercial S/A ter ocorrido em 1º de setembro de 1999, de acordo com a Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures, os créditos lançados no presente Auto de Infração não estão abarcados pelo instituto da decadência, pois apesar da emissão e subscrição das debêntures ter ocorrido em 1999, seus reflexos tributários se estenderam até o ano-calendário de 2009, visto que a amortização da despesa com o Prêmio na emissão das mesmas ocorreu até agosto de 2009;

3.4. Que examinando a Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures, o Certificado de Subscrição das Debêntures e o Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças, apresentados pela HSJ Comercial S/A no curso do procedimento fiscal já mencionado, verifica-se que o valor de face da totalidade das debêntures era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), enquanto o prêmio exigido pela emitente foi de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais);

3.5. Que o cronograma de integralização do valor de face dos papéis foi estabelecido em 5 parcelas anuais de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), efetivamente pagos em cheque, de outubro de 1999 a outubro de 2003, enquanto 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;

3.6. Que a interessada é a subscritora de todas as debêntures emitidas pela HSJ e também a única beneficiária das participações, já que ela detém 100% de participação na emissora. As debêntures asseguravam a participação em 100% (cem por cento) dos lucros da emitente e tinham cláusula de conversibilidade das debêntures em ações que representassem 100% do Patrimônio Líquido da emitente, uma vez integralizado o valor de face das debêntures em sua totalidade. A possibilidade de conversão em ações se daria pela totalidade do Patrimônio Líquido, não importando o seu valor nem sua relação com o valor das debêntures;

3.7. Que em 01/09/1999 também foi formalizado o Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças, pelo qual a subscritora 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 (cem milhões de reais) 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;

3.8. Que a debenturista, conforme resposta ao Termo de Intimação 3 apresentada pela HSJ Comercial S/A, no curso do procedimento fiscal já citado, efetuou o pagamento do prêmio gradualmente de 1999 até abril de 2007. O término do pagamento do saldo do prêmio foi realizado em dezembro de 2006, mas pelo fato

de ter havido algumas devoluções de mercadorias após esta data, foram feitos alguns acertos, de modo que a conta só foi totalmente zerada em abril de 2007;

3.9. Que a HSJ S/A esclareceu que *"Relativamente ao aspecto financeiro da quitação, registre-se que 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"*.

3.10. Que com relação ao Prêmio Pago na Emissão de Debêntures, o tratamento contábil e tributário adequado era a sua classificação no Ativo Diferido, com amortização de seu valor pelo prazo de vencimento dos títulos. Caso não existisse vencimento previsto (debêntures perpétuas), o procedimento era o de amortização de seu valor pelo prazo mínimo de 10 anos, conforme pronunciamento dado pela Solução de Consulta SRRF/7³ RF/DISIT N° 266, de 09/10/2001, cuja ementa segue reproduzida:

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.

3.11. Com o advento da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, o artigo 179 da Lei 6.404/76 sofreu alterações, restringindo o conceito do Ativo Diferido às despesas pré-operacionais e gastos de reestruturação, sendo que posteriormente a Lei 11.941/2009 revogou o mencionado dispositivo legal, fazendo com que o chamado Ativo Diferido tenha deixado de existir. No entanto, esta mesma lei determina que, verbis, *"o saldo existente em 31 de dezembro de 2008 no ativo diferido que, pela sua natureza, não puder ser alocado a outro grupo de contas, poderá permanecer no ativo sob essa classificação até sua completa amortização, sujeito à análise sobre a recuperação de que trata o § 3º do art. 183 desta Lei"*. Assim, os valores pagos a título de prêmio pago na aquisição de debêntures que já estavam classificados no Ativo Diferido antes do advento das leis citadas acima puderam permanecer sob essa classificação até sua completa amortização, disposição que se aplica ao caso sob exame;

3.12. Que, especificamente sobre a operação ora analisada, não é um comportamento usual pagar um prêmio 100 vezes maior que o valor de face de um papel. Poder-se-ia alegar que o subscritor aceitasse pagar um prêmio nesse montante por razões meramente econômicas, tendo em vista a tentadora remuneração proposta de 100% de participação nos lucros da emissora. Entretanto, não haveria garantia de ganho, já que a empresa emissora das debêntures poderia vir a ter prejuízo, não gerando remuneração alguma para o subscritor das mesmas. Também escapa ao entendimento comum o fato de que a empresa emissora das debêntures tenha exigido prêmio na colocação das mesmas, mas não tenha estabelecido prazo para a sua integralização. E mais, que acionistas aceitariam abrir mão de toda a sua participação nos resultados em benefício de terceiros, os debenturistas? E, além disso, abririam mão da totalidade das ações que compõem o Capital Social da empresa em benefício de terceiros?

3.13. Que 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. Entretanto, como a operação ocorreu dentro do mesmo grupo, os acionistas da emissora não abriram mão de suas ações, visto ser indiferente se os debenturistas exerceriam ou não a opção de conversão em ações, pois acionistas e debenturistas eram a mesma pessoa. Assim, à medida que a emissora das debêntures necessitou de recursos para a expansão de suas atividades, naturalmente seus acionistas (que também são os debenturistas) aportaram os recursos, até o limite do valor do Prêmio. Só que não na forma de aumento de Capital Social, mas através da quitação parcial da Nota Promissória *pro soluto*;

3.14. Que somente aceitaria abrir mão de participação nos lucros aqueles acionistas que sabidamente receberiam esta mesma participação de outra forma. Os acionistas abriram mão dos dividendos para ganhar participação nos lucros, vez que eles são os próprios debenturistas. Tal opção se explica pelo fato de os dividendos serem calculados e distribuídos após a tributação (de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), enquanto a participação nos lucros é dedutível para fins de apuração, tanto do IRPJ quanto da CSLL. Desta forma, já que a totalidade do lucro foi destinada aos debenturistas, a emissora das debêntures deixaria de ter qualquer tributação sobre o lucro;

redução de imposto de renda e CSLL deu-se com a dedução do lucro líquido da participação nos lucros assegurada aos debenturistas;

3.18. Que, para os efeitos tributários, a emissão das debêntures e seus respectivos prêmios devem ser descaracterizados para que floresça o verdadeiro objetivo intentado, de deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL valores que deveriam ter sido contabilizados como Capital Social. A descaracterização da emissão das debêntures tem efeitos estritamente tributários, pouco importando os efeitos civis advindos. Dessa forma, o fato de o contribuinte ter quitado a Nota Promissória gradualmente de 1999 até abril de 2007 (conforme resposta ao Termo de Intimação 3 da ação fiscal efetuada na HSJ Comercial S/A - doc. 5) através de dação em pagamento é assunto irrelevante para esta Fiscalização;

3.19. Que a operação de debêntures efetuada pelo grupo teve a única intenção de transformar um aporte de Capital Social em emissão de debêntures com prêmio com a finalidade de deduzir da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro líquido o "alegado" Prêmio na Aquisição de Debêntures. Assim, no lançamento em questão, a ser realizado junto à H Stern Comércio e Indústria S/A, serão glosadas as despesas com amortização de prêmio pago na aquisição de debêntures. Os valores glosados foram registrados no Livro Razão do ano de 2007, cuja cópia foi apresentada em resposta ao Termo de Intimação 3 e na Escrituração Contábil Digital extraída do sistema SPED - Sistema Público de Escrituração Digital dos anos 2008 e 2009. Sob o mesmo fundamento, os valores registrados como participação nos lucros de debenturistas serão glosados na controlada (HSJ Comercial S/A);

3.20. Que com relação a esta operação de emissão de debêntures, a Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes já se pronunciou, conforme ementa adiante transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

Ano-calendário: 2001 2002,2003

*REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES
Por força das condições gerais de dedutibilidade de dispêndios, o art.
462 do RIR/99 não ampara a redução do resultado pela remuneração
de debêntures, quando a operação engendradora revela que, com
movimentação escriturai de recursos entre empresas do mesmo grupo*

(não há um centavo novo sequer, de fora, diferentemente de outros casos julgados no Colegiado), operacionalizou-se o desbastamento total da base de cálculo tributária.

RECLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PELA FISCALIZAÇÃO -EFEITOS

Afastados os efeitos da redução dos lucros e tributados estes, de ofício, os valores distribuídos à controladora devem ter nela o tratamento dispensado a lucros distribuídos sem tributação na fonte. O aproveitamento da nova situação, inclusive do ônus do imposto de renda antes retido, deve se dar na controladora, independentemente de formalidades, pois não se trata de compensação de indébito, mas sim de reclassificação dos fatos pela fiscalização.

3.21. Que fica patente a caracterização do intuito fraudulento, justificando-se plenamente a aplicação da multa qualificada, uma vez que o procedimento adotado pela fiscalizada está compreendido nos conceitos de sonegação e fraude. No primeiro, a conduta proibida é a de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador, de sua natureza ou circunstâncias materiais, bem como das condições pessoais do contribuinte; no segundo, a de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador, ou excluir ou modificar suas características essenciais. Em qualquer desses casos, o resultado rejeitado pelo direito, com a prática de mencionadas condutas, é a redução ou supressão do montante do imposto devido, ou o seu diferimento. Em suma, pode-se daí concluir que a conduta é juridicamente reprovável se a intenção estiver voltada à produção de certas conseqüências (supressão, redução ou diferimento do imposto), por dolo direto; e a conduta continua proibida, e punida, se o agente consegue prever os mesmos resultados que possam advir dessa conduta, ainda que não os queira diretamente (dolo eventual). Entende que está claro que o intuito da empresa fiscalizada, como também o da sua controlada, ao engendrar a operação de emissão e subscrição de debêntures narrada anteriormente era o de reduzir tributos; e apesar de essa operação ter sido realizada conforme os ditames da lei, a interessada se utilizou de artifício para reduzir a carga tributária, fato que fica evidente pela atipicidade e anormalidade dos atos praticados apontadas.

4. O enquadramento legal dos lançamentos é o seguinte:

4.1. IRPJ: Art. 3º da Lei nº 9.249/95; Arts. 249, inc. I, 251, 299, 324, §§ 2º e 4º, e 325, todos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99).

4.2. CSLL: art. 2º da Lei nº 7.689/88, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; Art. 2º e 19 da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/2002; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08.

5. Sobre as diferenças de imposto e contribuição apuradas se fez incidir a multa de ofício no percentual de 150%, conforme determina § 1º do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07.

IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1.752 a 1.800), acatada como tempestiva. Socorro-me, mais uma vez, da descrição do recurso feita pelo relatório do acórdão de primeira instância (fls. 2.149 a 2.157):

6.1. Que é tempestiva a impugnação;

6.2. Sobre a operação com debêntures:

6.2.1. Que no ano de 1998 iniciou um estudo para implementar um Projeto de Expansão, traçando como planejamento estratégico principal a abertura de novos pontos de venda. Encomendou-se uma pesquisa que identificou como prioritário para o projeto de expansão a abertura de 73 (setenta e três) pontos de venda, ao custo unitário de abertura de uma loja em torno de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), o que tornou necessário captar aproximadamente R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais);

6.2.2. Que para intensificar esta atividade, optou-se pela abertura de uma subsidiária integral, atualmente denominada HSJ Comercial S.A, a qual contaria com uma diretoria específica e um corpo de funcionários próprio. Foi recomendado que a captação dos recursos pela HSJ Comercial S.A deveria ser feita através da emissão de debêntures, conversíveis em ações. Realizou-se uma emissão privada de 100 debêntures, conversíveis em ações, cada qual com valor nominal de R\$10.000,00 (dez mil reais), totalizando R\$1.000.000,00 (um milhão de reais),

acrescida de um ágio no montante de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), 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 resultado líquido da HSJ Comercial S.A, sendo que o inadimplemento acarretaria na imposição de multa moratória sobre o total, além de juros de 1% ao mês;

6.2.3. Que 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 assembléia poderia tornar-se acionista majoritário, ou poderia manter-se na qualidade de investidor, adquirente do título, recebendo apenas o retorno do investimento;

6.2.4. Que a vantagem em adquirir tais debêntures era evidente para qualquer investidor, na medida em que o ágio deste título correspondia apenas ao custo de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda. Além disso, ao investidor, se optasse pela conversão das debêntures em ações, seria possível gerir o negócio "varejo", desde que respeitasse as normas impostas pela Impugnante 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 com o investidor seria a mesma relação existente entre um franqueador e franqueado;

6.2.5. Que demonstrada a vantagem na aquisição do mencionado título de crédito, esclarece que a subscrição total destas 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, pagou a importância de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) pelo valor facial, em cheque, mediante cinco parcelas iguais e sucessivas de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) (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);

6.2.6. Que 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 decorrente 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 (Docs. 13 e 14);

6.2.7. Que apesar de não terem sido abertos os 73 (setenta e três) 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. A relação dos estabelecimentos efetivamente abertos pela HSJ Comercial S.A. em virtude do projeto expansão segue anexa (Doc. 16), isto é, foram mais de CINQUENTA estabelecimentos. Com o falecimento do fundador da H.Stern em 2007, a estratégia operacional e comercial da empresa foi revista e modificada, mantendo-se o grupo "H.Stern" (incluindo as atividades de industrialização, comércio atacadista e varejista, além da exportação), sob o controle da família do fundador, optando-se, inclusive, pela conversão das debêntures em ações, conforme se observa pelas Atas das Assembléias anexas (Doc. 17 e 18);

6.2.8. Que não obstante a demonstração da motivação e o evidente propósito negocial, a autoridade administrativa optou por desconsiderar o ato jurídico realizado, na medida em que, sob o ponto de vista da fiscalização, a operação pretendida deveria ser o aporte de capital. Em outras palavras, apesar ter sido reconhecida a existência de um fluxo financeiro real, não se tratando de operações apenas "de papel", e também ter expressamente afirmado que a contabilização da operação estava correta para o que se propunha, mesmo assim procedeu ao lançamento tributário, relativamente aos anos de 2007 a 2009, período objeto da fiscalização, através do qual glosou as despesas decorrentes da

amortização do prêmio pago na aquisição das debêntures e ainda impôs multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), totalizando a quantia de R\$24.117.276,09 (vinte e quatro milhões, cento e dezessete mil, duzentos e setenta e seis reais e nove centavos) a título de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido, acrescidos de juros calculados sobre a citada despesa de amortização, o que não pode subsistir, conforme será adiante demonstrado;

6.3. Das preliminares de nulidade:

6.3.1. Que o auto de infração é nulo em virtude da divergência entre a descrição fática e o enquadramento legal aplicável: Argumenta a interessada que há flagrante inconsistência no lançamento, o que causa confusão ao contribuinte, prejudicando-lhe sobremaneira no seu direito à ampla defesa e devido processo legal, garantidos constitucionalmente no art. 5º. Aduz que no demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo a autoridade fiscal fundamentou os lançamentos como *"AMORTIZAÇÃO - VALORES NÃO AMORTIZÁVEIS"* (*"Amortização indedutível em função da natureza do bem ou do direito ou da despesa, que não é amortizável, conforme relatório fiscal em anexo"*), no caso do IRPJ; e *"CUSTOS / DESPESAS OPERACIONAIS / ENCARGOS NÃO DEDUTÍVEIS"* (*"Amortização indedutível em função da natureza do bem ou do direito ou da despesa, que não é amortizável, conforme relatório fiscal em anexo"*), relativamente à CSLL. Por sua vez, no Termo de Verificação Fiscal, que também faz parte integrante do auto de infração, a fiscalização esclarece que o tratamento contábil e adequado para o registro do ágio do prêmio das debêntures adquiridas pela Impugnante era justamente a amortização tal qual fora realizada. Entende que se a autoridade fiscal admite a amortização para o ágio de debêntures, não poderia considerá-la como despesa indedutível para efeitos de IRPJ e CSLL;

6.3.2. Que o auto de infração é nulo por haver divergência entre a motivação e a cominação legal ou, pelo menos, diante da inexistência do nexo de causalidade entre as outras premissas adotadas pela autoridade e o consequente lançamento: A interessada entende que a indicação da motivação é um dever da autoridade administrativa, especialmente quando há norma legal expressa prevendo a "motivação" como fundamento do ato administrativo. Assim, a real motivação da autoridade administrativa é de suma relevância, pois cada instituto tem as suas características próprias, as quais deveriam ser confrontadas com o caso em concreto para *"testar"* a pertinência ou não da fundamentação. Entretanto, mesmo que a

autoridade fiscal tenha suscitado outras premissas, além da dedutibilidade ou indedutibilidade da amortização do ágio das debêntures, a interessada entende que a exemplo da desconsideração do ato jurídico, a fiscalização silenciou-se sepulcralmente quanto à motivação efetiva desta desconsideração, o que também acabou dificultando a defesa, mormente porque existem vários motivos para desconsideração do ato jurídico, cada qual com suas particularidades;

6.4. Da ausência de provas:

A interessada entende que a autoridade fiscal não apresentou qualquer tipo de prova para fundamentar suas alegações e ainda desconsiderou atos jurídicos perfeitos e acabados, vilipendiando o art. 5º, XXXVI da Carta Magna (que é uma das garantias fundamentais constitucionais). Argumenta que a prova necessária e hábil para demonstrar que a despesa não era necessária não foi produzida pela fiscalização; e que, muito pelo contrário, a própria autoridade reconheceu a direito à amortização, quando da aquisição de debêntures com ágio;

6.5. Da decadência:

6.5.1. Uma vez que a despesa de amortização é efetivamente dedutível da base de cálculo do imposto de renda e contribuição social, o lançamento da amortização somente poderia ser anulado acaso fosse anulada a própria aquisição das debêntures. Todavia, a emissão das debêntures e aquisição por parte da ora Impugnante ocorreu no ano de 1999, mais precisamente doze anos antes do início da fiscalização e lavratura do presente auto de infração, restando evidente ter transcorrido o respectivo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, indepedentemente da forma de contagem. Complementa dizendo que no caso em apreço a decadência ocorreu no ano de 2004, já que a operação que se pretende anular através do presente Auto de Infração foi realizada em 1999;

6.5.2. Que diante da aquisição das debêntures, procedeu a todos os lançamentos contábeis e passou a recolher os tributos incidentes sobre a operação corretamente, ou seja, na qualidade de adquirente das debêntures registrou a despesa do ágio para amortizá-lo no prazo de dez anos e a receita decorrente da remuneração das debêntures sofreu retenção na fonte do Imposto de Renda pela sociedade emissora, sob a alíquota de 20% (vinte por cento), bem como passou a integrar a base de cálculo do imposto de renda (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), sob a alíquota total de 34% (trinta e quatro por cento). 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 os atos passíveis de eventual nulidade, em razão da superveniência da decadência;

6.6. Da existência de propósito negocial:

6.6.1. Que não tinha como objetivo a obtenção de economia fiscal, uma vez que a operação de emissão de debêntures por ela realizada tinha claros propósitos negociais, os quais foram atingidos com sucesso. Aduz que a adoção da operação de emissão de debentures para captação dos recursos necessários à implementação do Plano de Expansão decorreu de um estudo realizado pelo Grupo H.Stern, no qual se verificou que a melhor fonte de financiamento era a emissão de debêntures participativas e endossáveis, que remunerassem o debenturista exclusivamente com base no resultado da atividade econômica desenvolvida pela HSJ Comercial S.A.;

6.6.2. Que há diversos fatores que levaram a HSJ Comercial S.A a optar pela operação de emissão de debêntures: (i) 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; (ii) ter um potencial investidor que, num primeiro momento, não precisasse assumir a posição de acionista, o que, inclusive, atendia ao interesse da HSJ Comercial S.A 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 (iii) em sendo interesse do investidor assumir a qualidade de acionista, ficar juridicamente garantida a atual qualidade e controle de gestão;

6.6.3. Que houve a efetiva captação de novos recursos para implementação do Plano de Expansão. Entretanto, a fiscalização se limitou a repetir que em nenhum momento houve a obtenção de novos recursos pela HSJ Comercial S.A., apesar de também ter admitido a transferência de recursos, conforme se infere da afirmativa a seguir extraída das fls. 15 do Termo de Verificação Fiscal: "... à medida que a emissora das debentures necessitou de recursos para a expansão de suas atividades, naturalmente, seus acionistas (que também são os debenturistas) aportaram os recursos, até o limite do valor do Prêmio. Só que não na forma do aumento de Capital Social, mas através da quitação parcial da Nota Promissória pro

6.6.4. Que a fiscalização sustenta que o fato de o dinheiro advir da empresa controladora, no caso a Impugnante, significa que não houve a entrada de recursos novos na HSJ Comercial S.A. Todavia, esse entendimento não pode subsistir, pois é evidente que a autoridade fiscal não poderia deixar de considerar a efetiva transferência de recursos da Impugnante para a HSJ Comercial S.A, haja vista que tal transferência foi exaustivamente demonstrada mediante o pagamento do valor de face das debentures, que foi aplicado no estudo de viabilidade do Projeto de Expansão e integralização do prêmio das debentures, utilizado para abertura e manutenção dos pontos de venda previstos, conforme definido no cronograma de implementação;

6.6.5. Que o valor estabelecido para o prêmio foi integralmente pago pela Impugnante, em 01 de setembro de 1999, com a entrega de uma Nota Promissória "pro soluto" nesse 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;

6.7. Que 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. Assim, é irrazoável admitir, como o fez o fiscal autuante, que a Impugnante deveria realizar uma operação de aporte de capital ao invés de adquirir as debêntures emitidas pela HSJ Comercial S.A, quando, na realidade, a Impugnante tinha até direito de preferência nessa subscrição;

6.8. Que a regra do art. 116, parágrafo único do CTN, a qual determina que “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os

procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”, tem por objetivo, segundo a exposição de motivos que acompanhou o então projeto de Lei (Mensagem 1.459/1999 do Presidente da República), a criação de um “instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma e de direito”. Argumenta que o citado dispositivo necessita de regulamentação em lei ordinária, o que não ocorreu até o momento. Em segundo lugar, se o legislador entendeu pela necessidade de criação de uma regra específica para tratar de planejamento tributário com abuso de forma e direito, significa dizer que, sob a sua concepção, inexistia no ordenamento jurídico qualquer outra norma que amparasse a mesma pretensão. Em última hipótese, ao admitir a auto aplicabilidade do parágrafo único do Art. 116 do CTN, é óbvio que 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. Por decorrência lógica, não é possível aplicar a regra do parágrafo único do art. 116 do CTN, não só pela sua falta de regulamentação, mas também em relação aos fatos anteriores à sua vigência, na medida em que somente é possível retroagir em direito tributário para beneficiar o contribuinte, com fulcro no art. 106 do CTN, o que não é o caso;

6.9. Que antes de iniciar a operação de emissão e aquisição das debêntures, procurou cercar-se de todos os cuidados possíveis objetivando atender as formalidades legais exigidas pelos órgãos competentes. Assim, contratou parecer de consultorias externas, levantou o posicionamento da própria Receita Federal em situações semelhantes, como na Solução Consulta nº 266/01 (Doc. 21), mencionada inclusive pela própria fiscalização, sendo certo que à época da realização da operação, em 1999, o posicionamento da Receita Federal e do então Conselho de Contribuintes inclinava-se totalmente pela admissibilidade da operação. Aduz que as teorias a respeito de normas antielisivas somente ganharam força por volta do ano de 2004, quando a doutrina brasileira importou a teoria do direito tributário germânico com maior afincamento acerca da interpretação econômica do fato gerador. Portanto, estaria demonstrada a mudança de critério jurídico por parte da autoridade administrativa e em vista da inexistência de qualquer ilicitude na operação, os interesses das partes deveriam estar resguardados em prol do Princípio da Confiança Legítima, aplicando-se apenas aos fatos futuros e pendentes, na forma do art. 146 do CTN;

6.10. Da multa de ofício aplicada:

Que no caso em tela, conforme exaustivamente comprovado, não estava presente na conduta adotada a intenção de provocar um dano ao fisco, eis que a) cumpriu com todas as formalidades legais exigíveis para a operação; b) em todas as oportunidades que lhe coube informou sobre a realização da operação ao fisco; c) 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; d) 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; e) especificamente a operação em cotejo foi fiscalizada pelo fisco, no ano de 2002, tendo sido concluído que não havia irregularidade. Portanto, em razão de ter sido praticamente impossível mensurar a mudança de posicionamento da fiscalização no tratamento dispensado à operação à época de sua realização, e restando demonstrada sua boa fé, pugna pela exclusão da multa, ou, caso este não seja o posicionamento adotado, requer a redução da multa de 150% para 75%, em vista da patente inexistência de intuito de fraude na operação, pois 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;

6.11. Do aproveitamento dos valores retidos na fonte:

Que em razão da aquisição das debêntures, operação efetivamente realizada, a Impugnante fez jus ao recebimento de rendimentos decorrentes dessas debêntures. Tais rendimentos corresponderam, para a Impugnante, de receitas tributáveis que sofreram a incidência do IRPJ e CSLL. Assim, a fiscalização, ao lançar o IRPJ e a CSLL em razão da glosa das despesas com amortização do prêmio das debêntures deveria, ao menos, ter considerado também que as receitas de remuneração de debêntures auferidas pela Impugnante são, na realidade, distribuição de lucros não tributáveis, justificando, assim, a dedução da exigência de IRPJ e CSLL do valor recolhido a título de IRPJ e CSLL. Isto porque, neste caso, os recolhimentos desses tributos realizados pela Impugnante perdem a sua justificativa e não subsiste qualquer razão para que, caso o lançamento do crédito tributário principal seja julgado procedente, não seja deduzido do IRPJ e da CSLL sobre o novo IRPJ e CSLL, apurados em decorrência da requalificação da operação, sobre os recebimentos da remuneração das debêntures.

ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) julgou a impugnação improcedente, em acórdão que possui a seguinte ementa (fls. 2.139 a 2.169):

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2008, 2009, 2010

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 do direito de defesa.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO. REPERCUSSÃO PARA O FUTURO. 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.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2008, 2009, 2010

DEBÊNTURES. ARTIFICIALIDADE. AMORTIZAÇÃO DE PRÊMIO. INDEDUTIBILIDADE.

É indedutível o prêmio pago na aquisição de debêntures, se não cumpridas as condições gerais de dedutibilidade de dispêndios, notadamente quando se verifica que toda a operação caracterizou-se como meramente artificial, constituindo-se, tão-somente, de movimentação de recursos entre empresas do mesmo grupo, sem o ingresso de qualquer capital de terceiros investidores, cujo o único propósito é diminuir o resultado tributável do período de apuração.

PRÊMIO PAGO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO ECONÔMICA. DOLO. MULTA AGRAVADA.

Dolo ocorre quando há a intenção tanto da prática do ato quanto do seu resultado lesivo. Assim, comprovado que a interessada se orientou para a conduta planejada e consciente de agir com abuso de direito, dispondo, em concreto, da capacidade de antecipar e prever as conseqüências do seu modo de agir, notoriamente utilizado para lesar o Erário Público, deve a autuação ser realizada com multa agravada.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições*Exercício: 2008, 2009, 2010**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.**Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

Os fundamentos dessa decisão foram os seguintes:

a) inexistente a nulidade em virtude da alegada divergência entre a descrição fática e o enquadramento legal aplicável, uma vez que os dispositivos mencionados no auto de infração tratam de despesas e demais deduções que devem compor a apuração do lucro real, além das hipóteses em que são dedutíveis as amortizações de custos e despesas;

b) inexistente a nulidade decorrente de suposta inconsistência entre a afirmação da Fiscalização de que o tratamento contábil do ágio na emissão das debêntures seria a amortização, tal qual efetuada, mas que não poderia considerá-la como despesa dedutível para efeitos de IRPJ e CSLL, uma vez que, no Termo de Verificação, consta que o fundamento da autuação foi a existência de ilícito fiscal decorrente da redução indevida dos resultados tributáveis, independentemente de ter havido a correta contabilização dos respectivos valores;

c) inexistente a nulidade por cerceamento de defesa pelo silêncio quanto à motivação efetiva da descon sideração do ato jurídico, pois as provas consideradas foram a documentação e a escrituração da interessada relacionada à operação com debêntures, e porque o contribuinte revelou conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa em sua defesa, abrangendo não só questões preliminares como também razões de mérito;

d) a Fiscalização pode questionar os efeitos fiscais decorrentes de ato jurídico realizado no ano de 1999, não se podendo falar em decadência;

e) no caso, do exame do conjunto das diversas etapas da operação, constatou-se que a finalidade econômica da emissão de debêntures realizada restou desfigurada e distorcida, ainda que tenha sido observada a legislação societária. Como a operação foi estruturada dentro de um mesmo grupo econômico, à medida que a emissora de debêntures necessitasse de recursos, seus sócios (que também são os debenturistas) aportariam os recursos, só que não na forma de Capital Social, mas através de quitação de Nota Promissória. Está-se, portanto, diante de um caso em que uma sociedade beneficiou-se indevidamente de uma dedução prevista na legislação fiscal (art. 462, I, do RIR/1999), daí resultando em dano efetivo ao Erário;

f) o abuso de direito implica a ineficácia do ato praticado, sendo que a ilicitude, que contamina a operação, está no excesso, não ficando o Fisco submetido aos procedimentos do artigo 116, parágrafo único, do CTN. A emissão de debêntures permitiu a

dedução pela Controladora, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da parcela de amortização do Prêmio na Aquisição de Debêntures, o que não seria possível se tivesse havido mero aporte de Capital. Desta forma, fica fácil perceber qual o propósito oculto nas operações complexas realizadas, ao invés de uma única, que traria o mesmo resultado, não fosse a possibilidade de reduzir o resultado do exercício;

g) apesar de as operações executadas não ferirem a lei, a desconexão entre a realidade econômica e a forma jurídica adotada no presente caso, caracterizada pela atipicidade e anormalidade dos atos, evidencia que o propósito almejado pela interessada era o de obter vantagem fiscal. Em suma, verifica-se que a emissão de debêntures constitui-se em mera forma, pois, na verdade, o que de fato ocorreu foi aporte de capital. Tal ficção jurídica se justifica, pois o mero aporte de Capital inviabilizaria a dedução, pela interessada, na apuração do lucro líquido, da amortização do prêmio na aquisição de debêntures;

h) correta a qualificação da multa, pois a conduta planejada consubstanciada na aquisição de debêntures (dentro do mesmo grupo econômico) tão-somente com o objetivo de se utilizar da amortização do prêmio na aquisição de debêntures para extinguir total ou parcialmente o resultado do período de apuração, de forma reiterada, por vários anos, opera no sentido de se concluir que existiram atos preparatórios e de execução que, analisados objetivamente, compõem percurso notoriamente utilizado para lesar ninguém mais que o Fisco;

i) a regular prestação de informações por parte do contribuinte durante a ação fiscal é um dever jurídico, e o seu cumprimento não desconstitui ou mesmo influencia os efeitos de conduta anterior caracterizada como dolosa quando da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal;

j) quanto à alegação de que a fiscalização deveria ter considerado que as receitas de remuneração de debêntures auferidas são, na realidade, distribuição de lucros não tributáveis, justificando, assim, a dedução da exigência de IRPJ e CSLL de eventuais valores recolhidos ou retidos na fonte a título de IRPJ e CSLL, cabe observar que o lançamento se limitou a glosar valores deduzidos indevidamente na apuração do lucro líquido, e que para proceder da forma pretendida pela interessada seriam necessárias diversas alterações nos lançamentos contábeis, para formalmente requalificar as receitas de remuneração de debêntures auferidas pela interessada em distribuição de lucros não tributáveis, resultando em refazimento da contabilidade, o que, efetivamente, não é função da fiscalização. Caso entenda que faz jus a qualquer tipo de crédito decorrente de pagamento indevido ou a maior de tributos retidos na fonte, deve a interessada proceder à compensação de eventuais valores recolhidos indevidamente ou a maior, na forma da legislação de regência da matéria (art. 74 da Lei nº 9.430/96), ou seja, mediante apresentação de declaração de compensação.

RECURSO AO CARF

Cientificado da decisão de primeira instância em 5/9/2013 (fl. 2.174), quando dela tomou conhecimento pela abertura dos arquivos correspondentes no endereço eletrônico a ele atribuído pela Administração Tributária, o contribuinte apresentou, em 3/10/2013 (fl. 2.177), o recurso voluntário de fls. 2.178 a 2.220, onde argumenta que:

a) em 1998, elaborou planejamento estratégico visando a abertura de novos pontos de vendas, quando decidiu ser necessário captar aproximadamente R\$100.000.000,00. Por ser a expansão varejista o foco do projeto, com vistas a intensificar esta atividade, optou por segregá-la através da abertura de uma subsidiária integral, atualmente denominada HSJ Comercial S.A, a qual contaria com uma diretoria específica focada para esta atividade, além de um corpo de funcionários próprio, de modo que centralizaria os seus esforços apenas na produção, comercialização atacadista e exportação. Decidiu-se, também, que a captação dos recursos seria feita pela HSJ;

b) para captar os recursos, realizou-se 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 de R\$100.000.000,00. As debêntures não estariam sujeitas à correção monetária, mas seriam remuneradas através da participação em 100% do resultado líquido da HSJ Comercial S.A, sendo que o inadimplemento acarretaria na imposição de multa moratória sobre o total, além de juros de 1% ao mês;

c) 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 assembléia poderia tornar-se acionista majoritário, ou poderia manter-se na qualidade de investidor, adquirente do título, recebendo apenas o retorno do investimento;

d) a vantagem em adquirir tais debêntures era evidente para qualquer investidor, na medida em que o ágio deste título correspondia apenas ao custo de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda, sem considerar o retorno esperado em um período de tempo, como é praxe no mercado;

e) na hipótese de venda a terceiros, caberia então ao recorrente 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 pelo recorrente 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 com o investidor seria uma relação semelhante àquela existente entre um franqueador e franqueado;

f) a subscrição total destas 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, o recorrente pagou a importância de R\$1.000.000,00 pelo valor facial, em cheque, mediante cinco parcelas iguais e sucessivas de

R\$200.000,00 e a quantia de cem milhões restantes, através de uma nota promissória *pro soluto*, com vencimento para o dia 31/8/2009, porém com possibilidade de pagamentos parciais antes desta data, comprometendo-se, no entanto, que a quitação total deveria ser realizada até a referida data. Todavia, a quitação total do prêmio ocorreu antes do prazo de vencimento da citada nota promissória, em dezembro de 2006;

g) a abertura de mais de cinquenta estabelecimentos permite concluir que o projeto de expansão, como um todo, obteve êxito;

h) com o falecimento do fundador da H.Stern em 2007, a estratégia operacional e comercial da empresa foi revista e modificada, mantendo-se o grupo “H.Stern” (incluindo as atividades de industrialização, comércio atacadista e varejista, além da exportação), sob o controle da família do fundador, optando-se, inclusive, pela conversão das debêntures em ações;

i) apesar de a autoridade fiscal ter reconhecido a existência de um fluxo financeiro real, não se tratando de operações apenas “de papel”, e também ter expressamente afirmado que a contabilização da operação estava correta para o que se propunha, mesmo assim procedeu ao lançamento tributário, relativamente aos anos de 2007 a 2009, pela glosa das despesas decorrentes da amortização do prêmio pago na aquisição das debêntures e ainda impôs multa qualificada de 150%;

j) a autoridade autuante reduziu imotivadamente sua cognição ao proveito de tributação favorecida resultante na operação – que claramente não foi o único, sequer o principal propósito do planejamento empresarial, da emissão e subscrição integral de debêntures dentro do grupo empresarial e das modalidades de resgate e pagamento adotadas -, elegendo este único fato isoladamente como causa suficiente para fundamentar o lançamento, e com isso substituindo o momento lógico-formal probatório de exame circunstanciado – a auditoria – dos elementos colhidos no curso da ação fiscal, pela antecipação de juízo *in abstracto* emprestado de processo e circunstâncias diversos deste caso;

k) o auto de infração é nulo pela divergência entre a descrição fática e o enquadramento legal aplicável, pois, no demonstrativo consolidado do crédito tributário, afirmou glosar amortização indedutível, enquanto, no Termo de Verificação Fiscal, reconheceu que o tratamento contábil e adequado para o registro do ágio do prêmio das debêntures adquiridas era justamente a amortização tal qual fora realizada. Assim, há flagrante inconsistência, pois, se a autoridade fiscal admite a amortização para o ágio de debêntures, não poderia considerá-la como despesa indedutível para efeitos de IRPJ e CSLL;

l) a autoridade fiscal também fundamentou o lançamento na desconsideração do ato jurídico, mas silenciou-se quanto à motivação efetiva desta desconsideração, o que também acabou dificultando a defesa. Assim, apesar de se apontar a ausência efetiva de captação de recursos, a falta de propósito negocial e a intenção de transformar um aporte de capital em emissão de debêntures com prêmio, não se indicou qual o dispositivo legal infringido;

m) como a própria fiscalização reconheceu, a contabilização adotada foi correta, o que leva à conclusão de que somente seria possível glosar as despesas de amortização se fosse possível anular o próprio ato jurídico que ensejou a aquisição das debêntures. Todavia, a emissão das debêntures e aquisição por parte do recorrente ocorreu no ano de 1999, mais precisamente doze anos antes do início da fiscalização e da lavratura do

presente auto de infração, restando evidente ter transcorrido o respectivo prazo decadencial de cinco anos, independentemente da forma de contagem;

n) diante da aquisição das debêntures, o recorrente procedeu a todos os lançamentos contábeis e passou a recolher os tributos incidentes sobre a operação corretamente, ou seja, na qualidade de adquirente das debêntures registrou a despesa do ágio para amortizá-lo no prazo de dez anos e a receita decorrente da remuneração das debêntures sofreu retenção na fonte do Imposto de Renda pela sociedade emissora, sob a alíquota de 20% (vinte por cento), bem como passou a integrar a base de cálculo do imposto de renda (IRPJ) e contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) do recorrente, sob a alíquota total de 34%;

o) a regra do art. 116, parágrafo único do CTN, seria a única hipótese possível e existente no ordenamento jurídico tributário para desconsideração de um negócio jurídico, mas não é aplicável por falta de regulamentação. Além disso, ela não poderia se aplicar a fatos anteriores a sua vigência, com no caso dos anos, onde os fatos datam de 1999, dois anos antes da entrada em vigor da lei;

p) o financiamento do plano de expansão por meio da emissão de debêntures se deu por diversas razões, tais como, (i) geraria 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; (ii) 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 (iii) em sendo interesse do investidor assumir a qualidade de acionista, que ficasse juridicamente garantida a atual qualidade e controle de gestão;

q) quanto ao valor captado, 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, a HSJ Comercial S.A 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;

r) assim, 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 de o recorrente ter um alto retorno do investimento feito com a aquisição das debêntures emitidas pela HSJ Comercial S.A. Portanto, como se pode verificar, o recorrente não tinha como objetivo a obtenção de economia fiscal, pois a operação de emissão de debêntures realizada tinha claros propósitos negociais, os quais foram atingidos com sucesso;

s) a Fiscalização sustenta que, como as debêntures foram adquiridas por uma empresa do mesmo Grupo econômico, os recursos nunca teriam saído da empresa, ou do próprio Grupo. Contudo, a efetiva transferência de recursos do recorrente para a HSJ foi exaustivamente demonstrada pelo (i) pagamento do valor de face das debêntures, que foi aplicado no estudo de viabilidade do Projeto de Expansão; e (ii) pela integralização do prêmio

das debêntures, utilizado para abertura e manutenção dos pontos de venda previstos, conforme definido no cronograma de implementação. É importante apresentar uma diferença da operação ora analisada para algumas operações, parecidas, já analisadas pelo Egrégio Conselho de Contribuintes. Em muitos casos, o pagamento das debêntures se dá por encontro contábil de contas (isto é, o debenturista tem um crédito com a emitente que é compensado com o valor das debêntures adquiridas) ou, em caso extremo, por emissão de debêntures após redução do capital social da empresa emitente para os sócios que são os próprios debenturistas, o que definitivamente não se trata da hipótese versada na presente operação;

t) 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, de 1976, expressamente confere aos acionistas da emitente das debêntures o direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações. Sendo assim, é irrazoável admitir que o recorrente deveria realizar uma operação de aporte de capital ao invés de adquirir as debêntures emitidas pela HSJ Comercial S.A, quando, na realidade, a própria H.Stern tinha até direito de preferência nessa subscrição;

u) o posicionamento da Receita Federal e do então Conselho de Contribuintes à época da realização da operação, em 1999, era no sentido de admitir a operação. À época, estava in voga o posicionamento denominado pelo Prof. Marco Aurélio Greco de “primeira fase do debate” a respeito do planejamento tributário, onde prevalecia majoritariamente a observância ao princípio da legalidade estrita, tipicidade fechada ou restrita, proibição de analogia e liberdade absoluta. Tratava-se de modelo formalista. Na verdade, as teorias sobre as normas antielisivas somente ganharam força por volta do ano de 2004, quando a doutrina brasileira importou a teoria do direito tributário germânico com maior afinco acerca da interpretação econômica do fato gerador, em especial através do próprio Prof. Marco Aurélio Greco, fato reconhecido inclusive pela DRJ no julgamento da impugnação. Assim, a divergência no posicionamento consignado nos relatórios fiscais, do mesmo órgão, porém manifestados em períodos divergentes, demonstra flagrante modificação do critério jurídico adotado pela fiscalização da Receita Federal do Brasil, cujos efeitos são protegidos nos termos do art. 146 do CTN;

v) a multa de 150% deve ser excluída, ou ao menos reduzida para 75%, pois o contribuinte agiu de boa-fé, pois não podia prever a alteração de entendimento da Fiscalização no tratamento dispensado à operação. Na operação realizada não restou apurado evidente intuito de fraude, tipificado como sonegação, fraude ou conluio. Além disso, a Fiscalização não chegou sequer a tipificar a suposta conduta como fraudulenta, já que a capitulação legal utilizada no lançamento não tem qualquer relação com esses institutos;

w) no caso em tela, conforme exaustivamente comprovado não estava presente na conduta do recorrente a intenção de provocar um dano ao Fisco, eis que (i) cumpriu com todas as formalidades legais exigíveis para a operação; (ii) em todas as oportunidades que lhe coube, informou sobre a realização da operação ao Fisco; (iii) 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; (iv) 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; (v) especificamente a operação em cotejo foi fiscalizada pelo Fisco, no ano de 2002, tendo sido concluído que não havia irregularidade;

x) caso o entendimento da Fiscalização prevaleça, então os valores recebidos como remuneração das debêntures, e assim tributados pelo IRPJ e pela CSLL, devem ser considerados como distribuição de lucros, que não estão sujeitos a essas incidências. Dessa forma, deve-se deduzir o IRPJ e a CSLL recolhidos sobre essa remuneração.

Ao final, requer o cancelamento da autuação ou o cancelamento ou redução da penalidade aplicada. Pugna, ainda, pela intimação pessoal do patrono, haja vista o interesse na realização de sustentação oral.

CONTRARRAZÕES DO PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Em 20/12/2013, o Procurador da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 2.227 a 2.283), onde argumenta que:

a) a decisão não é nula, pois não descumpriu nenhum dos requisitos fixados no citado art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, já que não houve atuação de pessoa incompetente e tampouco qualquer preterição no direito de defesa do contribuinte no presente processo administrativo;

b) no Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal explicou claramente como foram formadas as despesas e os motivos que levaram à conclusão de que seriam indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Além disso, a impugnação e o recurso voluntário demonstram que a recorrente tinha pleno conhecimento de qual era objeto da autuação, especialmente os fundamentos legais que lastrearam os trabalhos da Fiscalização;

c) a suposta ausência de provas, suscitada pelo recorrente, não tem cabimento, pois a discussão travada nos autos não é sobre a existência da operação de emissão de debêntures, mas sobre qual o tratamento tributário a ser dispensado às despesas com amortização do prêmio pago na aquisição de debêntures;

d) não há decadência, pois, embora a operação que culminou na emissão das debêntures tenha ocorrido em 1999, os seus efeitos tributários se prolongaram durante vários anos posteriores, sendo que aqui se discute esses efeitos ocorridos nos anos-calendário de 2007 a 2009. No caso dos autos, o fato gerador mais remoto é de 31/12/2007. Portanto, ainda que se considere a regra mais benéfica ao contribuinte, a do artigo 150, § 4º do CTN, não há que se falar que ocorreu a decadência, uma vez que a ciência dos lançamentos ocorreu em 09/11/2012;

e) tomando-se, a título de analogia, o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de a Administração Tributária revisar os prejuízos fiscais utilizados pelos contribuintes para reduzir sua tributação futura, é uníssono nos Tribunais pátrios que, não havendo fatos geradores tributários, não há que se falar em transcurso do prazo decadencial, e que o prazo decadencial para o lançamento deve ser contado a partir do tributo apurado pelo sujeito passivo, não do registro da rubrica que será utilizada no futuro como benefício fiscal;

f) no presente caso, restou demonstrado no TVF e no acórdão da DRJ, que a operação de debêntures efetuada pela interessada e sua controlada foi artificial e teve a única intenção de reduzir o pagamento de tributos, modificando o que economicamente não passou de mero aporte de Capital Social para tomar figura jurídica de emissão de debêntures com prêmio, tudo com a finalidade de deduzir o “alegado” prêmio na aquisição de debêntures da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro líquido;

g) estamos diante do que se denomina planejamento tributário, onde os atos engendrados pela contribuinte configuram planejamento tributário abusivo (simulação), como concluiu o Fisco e a DRJ. Nesse tema, apesar de o conjunto de atos ou negócios jurídicos terem sido executados de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial, como, p. ex., assembléias de deliberação para emissão de debêntures, instrumento particular de escritura de emissão de debêntures, boletins de subscrição de debêntures, etc, não garante à contribuinte, por si só, a dedutibilidade prevista na legislação tributária. Em suma, a formalidade jurídica não pode se sobrepor à substância;

h) na análise do presente caso, de plano se verifica a simulação em face da patente anormalidade da operação com debêntures. Ora, as debêntures são valores mobiliários emitidos pela pessoa jurídica para captação de recursos a fim de custear a implementação de projetos ou a ampliação do empreendimento. Por outro lado, as debêntures representam uma alternativa de investimento para aquele que as adquire, uma vez que o debenturista investe seus recursos financeiros na compra dos títulos com a expectativa de obter retorno com a remuneração prometida pelo emitente. Dessa maneira, trata-se de um título que viabiliza o aporte de dinheiro na empresa emitente das debêntures, com o intuito de capitalizar e financiar suas atividades. Ocorre que a operação analisada nos presentes autos não reflete o que normalmente acontece quando uma empresa decide captar recursos financeiros por meio da emissão de debêntures. Isso porque o que se verifica no caso dos autos é que a integralização das debêntures efetivou-se com dinheiro proveniente do próprio grupo empresarial ao qual a emitente dos títulos fazia parte. Implica dizer que não houve o aporte de recursos financeiros por parte de terceiros, assim entendidos como investidores independentes, ou seja, sem configurar empresa ligada, vinculada, controladora ou controlada da empresa emitente dos títulos;

i) além disso, não é normal o investidor aceitar pagar um valor 100 vezes o valor de face das debêntures, a título de ágio, nem é razoável buscar o financiamento para o plano de expansão de negócios com o pagamento por meio de uma nota promissória *pro soluto*;

j) ademais, constata-se uma incoerência flagrante nas justificativas de emissão das debêntures: a pessoa jurídica emite títulos para captar recursos financeiros, mas não sabe quando vai precisar de tais recursos ou mesmo se vai necessitar desses recursos. Apesar disso, o “investidor” resolve que, além do valor nominal, vai “pagar” um prêmio no montante de 100 vezes o valor de face das debêntures. Contudo, 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. Mas o contribuinte afirma que o ágio deste título correspondia apenas aos custos de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda. Portanto, o debenturista justifica o pagamento do ágio em virtude das despesas que a HSJ COMERCIAL S/A 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;

k) o Acórdão nº 107-09587 da 7ª Câmara da 1º Conselho de Contribuinte analisou caso idêntico a este e decidiu que a pretensa quitação de prêmio na emissão de debêntures mediante entrega de nota promissória *pro soluto*, sem efetiva transferência de recursos, visou tão somente a propiciar amortização da suposta aplicação de capital e consequente redução da tributação no âmbito do grupo;

l) além disso, a jurisprudência do CARF, ao tratar da glosa de despesas envolvendo a emissão de debêntures, na hipótese em que configurada a simulação e não ingresso de dinheiro novo, é robusta e judiciosa no sentido de manter a autuação fiscal (Acórdãos n.ºs. 103-21543, 9101-000.869, 1101-00.006, 101-94.986, 107-09.601, 105-16.062, 103-23356, 1102-00052);

m) não houve qualquer mudança no critério jurídico adotado pelo Fisco quanto ao tema objeto do presente caso, bem como a mudança do entendimento doutrinário ou da jurisprudência do CARF, por si só, não garante a pretendida “imunidade” pleiteada pelo recorrente. Além disso, todas as autuações contra o recorrente e sua controlada sempre foram no sentido da tributação, com a glosa das despesas derivadas das operações com debêntures;

n) essa autuação não foi realizada com base no art. 116, parágrafo único, do CTN. Trata-se de contundente caso de simulação em que a Fiscalização buscou a verdade material das circunstâncias para auferir a ocorrência do fato gerador, tudo com amparo nos art. 118, inciso I, e 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional. E nem se fale da necessidade da autoridade fiscal mencionar o art. 149, VII, como seu fundamento de autuação, uma vez que o referido artigo é direcionado à Fiscalização e não ao recorrente, sendo que, quanto à matéria objeto da fiscalização, são pertinentes apenas a devida descrição dos fatos e a incidência da legislação contida no RIR/99, aplicável ao Imposto de Renda e a CSLL, tal qual verificado no TVF;

o) a multa qualificada deve ser mantida, devido à configuração da fraude, na modalidade simulação. O negócio efetivamente realizado foi a integralização de capital (negócio dissimulado), operação concebida mediante falsidade ideológica, haja vista a desfiguração das características de título de crédito (debêntures) para que se pudesse atingir o objetivo concebido (evasão de tributos), sendo a sanção prevista no art. 44, inciso I, § 1º da Lei 9.430, de 1996;

p) não é possível a redução do lançamento dos tributos pagos sobre as receitas de remuneração de debêntures auferidas, devendo o contribuinte, diante da existência de indébito, utilizá-lo na compensação de tributos, na forma da legislação de regência da matéria.

Ao final, pugna que seja negado provimento *in totum* ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Este processo foi a mim distribuído no sorteio realizado em maio de 2014, numerado digitalmente até a fl. 2.284.

O processo foi incluído em pauta pela primeira vez na sessão de julho de 2014, mas o julgamento não foi concluído, desde então, em função de pedidos de retirada de pauta e de vista.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Em 1º/9/1999, a empresa HSJ Comercial S.A. (então denominada de H. Stern Joalheiros S/A), subsidiária integral do recorrente, emitiu debêntures com valor de face de R\$ 1.000.000,00 e prêmio exigido de R\$ 100.000.000,00, inteiramente subscritas pela controladora.

Em síntese, a autoridade fiscal entendeu que essa operação serviu para simular um aporte de capital social, com o objetivo de apenas reduzir os tributos de ambas as empresas – na emissora das debêntures, com a dedução da participação nos lucros asseguradas aos debenturistas (no caso, 100% dos lucros); na subscritora, com a amortização do prêmio.

O lançamento em análise cuidou da glosa da amortização do prêmio na subscritora das debêntures nos anos de 2007 a 2009.

No processo nº 12448.728319/2012-75, que também será apreciado por esta Turma na mesma sessão de julgamento, sob a relatoria do Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, cuida-se da autuação na emissora das debêntures, consistente na glosa da dedução da participação nos lucros destinada aos debenturistas relativa ao mesmo período.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Preliminarmente, o contribuinte defende a nulidade do lançamento pela:

a) divergência entre a descrição fática e o enquadramento legal aplicável, pois, no demonstrativo consolidado do crédito tributário, afirmou-se glosar amortização indedutível, enquanto, no Termo de Verificação Fiscal, reconheceu-se que o tratamento contábil e adequado para o registro do ágio do prêmio das debêntures adquiridas era justamente a amortização tal qual fora realizada, e;

b) falta de indicação de qual foi a motivação e o dispositivo legal infringido na acusação de descon sideração do ato jurídico.

Contudo, penso que a matéria foi devidamente analisada pela decisão recorrida, que demonstrou inexistirem as nulidades apontadas.

De fato, entendo que a acusação fiscal é um todo coerente e harmônico, que parte da descrição das características das debêntures, reconhece a correta contabilização dos valores mobiliários, mas demonstra, sob fundamentação consistente, que a operação contabilizada não correspondeu à que de fato ocorreu, por não atender aos requisitos de uma emissão de debêntures com prêmio, mas sim por corresponder a uma subscrição disfarçada de capital social.

Não se está, neste momento, a apreciar o mérito da acusação, o que se fará mais adiante. O que se afirma é que não é verdade que a autoridade fiscal se contradisse ao concordar com a contabilização da operação e depois glosá-la, pois a acusação é exatamente de que a operação registrada não corresponde à que de fato ocorreu. Do mesmo modo, há que se reconhecer que o lançamento foi devidamente motivado e embasado em enquadramento legal apropriado à acusação de glosa de despesas desnecessárias e de simulação.

Além disso, o argumento de cerceamento de defesa não se sustenta diante do conteúdo dos recursos apresentados, tanto em sede de impugnação, quanto no voluntário, que demonstram que o contribuinte compreendeu devidamente a acusação fiscal, e dela se defendeu por completo.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade.

2. DECADÊNCIA

Em 9/11/2012, o lançamento glosou deduções relativas à amortização de prêmio na emissão de debêntures ocorridas nos anos de 2007 a 2009.

Contudo, como as debêntures foram emitidas em 1999, o recorrente defende que não é possível ao Fisco questionar seu mérito mais de doze anos após o ato, pelo instituto da decadência, nos termos do art. 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional - CTN.

A matéria não é nova e já foi recentemente discutida por esta Turma nos Acórdãos n.ºs. 1102-000.873 e 1102-001.006, quando se fixou o entendimento de que a decadência do direito de lançar alcança apenas o crédito tributário decorrente das deduções efetuadas, e não a análise dos fatos que originaram o direito a essas deduções, por mais longínquos no tempo que tenham ocorrido.

Em outras palavras, é possível o lançamento de infrações relativas aos efeitos tributários decorrentes da amortização do prêmio na emissão de debêntures nos últimos cinco anos, mesmo que os títulos tenham sido emitidos em período anterior, estando a empresa obrigada a manter a escrituração de fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, nos termos do art. 37 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, abaixo transcrito:

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

No caso, como o fato gerador mais remoto é de 31/12/2007, ainda não estava atingido pela decadência quando da ciência do lançamento em 9/11/2012.

3. DEBÊNTURES

3.1 Noções Gerais

Debêntures são valores mobiliários de renda fixa emitidos por sociedades por ações, de capital aberto ou fechado, que asseguram a seus detentores (debenturistas) direito de crédito sobre a companhia emissora, e estão reguladas nos arts. 53 a 74 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das S.A.

São emitidas com um valor nominal de face, mas é possível exigir que o subscritor pague um valor a mais para adquiri-las, denominado de prêmio. Como remuneração ao investidor, podem ser oferecidos juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso, e ainda pode-se permitir que as debêntures sejam convertidas em ações da emissora, sendo que todas as condições estão definidas na escritura de emissão.

São frequentemente utilizadas para obtenção de recursos pelas empresas com juros mais baixos e a prazos maiores do que os obtidos no mercado financeiro.

Na esfera tributária, o art. 442, *caput* e inciso III, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 admite que o emissor das debêntures não contabilize o prêmio como receita, desde que registrado a crédito de reserva de capital, e o art. 462, inciso I, permite que o ele deduza do lucro líquido as participações nos lucros asseguradas a debêntures de sua emissão. Transcrevo os dispositivos citados.

Art.442. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 38):

(...)

III - prêmio na emissão de debêntures;

(...)

Art.462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

(...)

Já para o debenturista, o valor de face do título deve ser escriturado como conta do ativo, a ser baixada quando do resgate ou vencimento. Já o prêmio deve ser registrado como conta do ativo diferido, sujeito à amortização ao longo do prazo do vencimento, ou em 10 anos, se não houver prazo ou se este for maior que o decênio, nos termos do art. 325, inciso II, do RIR/99 e do art. 183, § 3º da Lei das S.A., abaixo transcritos:

Art.325. Poderão ser amortizados:

(...)

II - os custos, encargos ou despesas, registrados no ativo diferido, que contribuirão para a formação do resultado de mais de um período de apuração, tais como:

(...)

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

(...)

VI - o ativo diferido, pelo valor do capital aplicado, deduzido do saldo das contas que registrem a sua amortização.

(...)

§ 3º Os recursos aplicados no ativo diferido serão amortizados periodicamente, em prazo não superior a 10 (dez) anos, a partir do início da operação normal ou do exercício em que passem a ser usufruídos os benefícios deles decorrentes, devendo ser registrada a perda do capital aplicado quando abandonados os empreendimentos ou atividades a que se destinavam, ou comprovado que essas atividades não poderão produzir resultados suficientes para amortizá-los.

(...)

Esclareça-se que, com a extinção do ativo diferido pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, permitiu-se que os valores constantes no grupo fossem preservados até sua completa amortização, como expresso no art. 299 - A da Lei das S.A.

3.2 Caso Concreto

Como já citado, em 1º/9/1999, e de acordo com o especificado na Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures (fls. 1.944 a 1.947), a empresa HSJ Comercial S.A. (então denominada de H. Stern Joalheiros S/A), subsidiária integral do recorrente, emitiu debêntures com valor de face total de R\$ 1.000.000,00 e prêmio exigido de R\$100.000.000,00.

As debêntures asseguravam a participação em 100% dos lucros da emitente e tinham cláusula de conversibilidade em ações que representassem 100% do patrimônio líquido da emitente, uma vez integralizado o valor de face dos títulos em sua totalidade.

O valor de face dos papéis deveria ser pago em 5 parcelas anuais de R\$ 200.000,00, de outubro de 1999 a outubro de 2003. Já 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 negócios.

O recorrente subscreveu todas as debêntures emitidas pela HSJ (fl. 1.951), pagando o valor de face dos papéis com os cheques de fls. 1.953 a 1.957.

O prêmio foi quitado com uma nota promissória de caráter *pro soluto* no valor de R\$ 100.000.000,00 com vencimento para 31/8/2009, ou seja, 10 anos após a aquisição das debêntures, como formalizado no Instrumento Particular de Quitação e Outras Avenças (fls. 1.959 a 1.962).

Estabeleceu-se, ainda, que, caso a nota promissória não tivesse circulado, o recorrente teria o direito de realizar pagamentos parciais, emitindo-se nova nota promissória *pro soluto* no valor restante, até que se completasse, em 31/8/2009, o pagamento integral do prêmio. Nesse sentido, o prêmio foi pago gradualmente até dezembro de 2006.

A emitente das debêntures esclareceu que os pagamentos parciais da nota promissória ocorriam à medida que era necessária a abertura de novo ponto de venda ou manutenção deste, ou seja, o debenturista arcava com os custos da abertura da loja, de instalações, infraestrutura, estoque, etc.

3.3 Acusação Fiscal

A autoridade fiscal entendeu que a emissão das debêntures, nos termos em que foi feita, serviu, na verdade, para simular simples aumento do capital social da investida, mas com indevido benefício tributário decorrente da amortização do prêmio e da dedução das participações nos lucros dos debenturistas.

Tal conclusão se deu com base nos seguintes fatos:

a) não é usual pagar um prêmio 100 vezes maior do que o valor de face de um papel, tendo como remuneração a participação de 100% de participação nos lucros da emissora, pois não havia garantia de que esta teria lucros suficientes para justificar o investimento;

b) não é razoável que a emissora exigisse prêmio para emissão das debêntures, mas que não tenha estabelecido prazo para a sua integralização, aceitando como pagamento uma nota promissória *pro soluto*;

c) como as debêntures poderiam ser conversíveis em ações correspondentes à 100% do patrimônio líquido da emitente, os seus sócios estariam concordando em abrir mão de todo o capital social em favor de terceiros; e, como as debêntures pagavam 100% do lucro auferido, os sócios estariam abrindo mão de todo o lucro em favor de terceiros. Assim, a única explicação para esse comportamento era o fato de os sócios das duas empresas serem os mesmos, e nunca ter se cogitado a entrada de terceiros no negócio;

d) o propósito do aporte de capital ficou comprovado quando, em 2009, os debenturistas converteram 100% das debêntures em ações da empresa HSJ Comercial S.A., com o conseqüente aumento do capital social, que passou a ser representado por 101.100.000 ações ordinárias nominativas de R\$ 1,00 cada;

e) nunca houve a efetiva captação de recursos, base de uma emissão de debêntures. Houve até a antecipação do pagamento da nota promissória, através de diversas operações, como dação em pagamento com a entrega de mercadorias, pagamento de despesas da controlada HSJ Comercial S/A, etc, sem, contudo, configurar a obtenção de novos recursos para o projeto de expansão da empresa, conforme alegado.

A Fiscalização entendeu que esses indícios serviram para comprovar o comportamento fraudulento do contribuinte e de sua controlada, com o uso de artifício para reduzir indevidamente a carga tributária, e por isso aplicou a multa qualificada de 150%.

3.4 Defesa

A defesa afirma que a emissão das debêntures foi efetiva, decorrente de planejamento estratégico elaborado em 1998, que decidiu ser necessária a captação de aproximadamente R\$ 100.000.000,00 para a abertura de novos pontos de vendas.

Para manter o foco na sua atividade de industrialização, comercialização atacadista e exportação, criou subsidiária integral, a empresa HSJ Comercial S.A., com a função de cuidar do comércio varejista e de sua expansão.

Para captar os recursos necessários, optou-se pela emissão das debêntures, nos moldes já conhecidos.

Para propiciar um mínimo endividamento, o valor de face das debêntures correspondeu ao mínimo estimado para desenvolver os estudos preliminares para implantação do Projeto de Expansão.

Já o valor do prêmio corresponderia aos investimentos (plantas, equipamentos, pessoal, estoques, capital de giro, etc) necessários à concreta implementação do projeto, devendo ser integralizado à medida que as lojas fossem abertas.

Para o investidor, a vantagem na aquisição das debêntures decorria de que o ágio deste título correspondia apenas ao custo de instalação, estoque e eventualmente manutenção dos novos pontos de venda, sem considerar o retorno esperado em um período de tempo, como é praxe no mercado. E, se optasse pela conversão das debêntures em ações, seria possível gerir o negócio no varejo, em uma relação semelhante àquela existente entre um franqueador e franqueado.

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. Mas, em 2007, com o falecimento do fundador da empresa, a estratégia operacional e comercial da empresa foi revista e modificada, mantendo-se o grupo "H. Stern" sob o controle da família do fundador, optando-se, inclusive, pela conversão das debêntures em ações.

Houve efetiva transferência de recursos da controladora para a controlada, como demonstrado pelo pagamento do valor de face das debêntures, que foi aplicado no estudo de viabilidade do Projeto de Expansão; e pela integralização do prêmio das debêntures,

utilizado para abertura e manutenção dos pontos de venda previstos, conforme definido no cronograma de implementação.

Ademais, a legislação que trata da emissão privada de debêntures não impõe qualquer restrição a que os títulos emitidos por uma empresa não possam ser vendidos para seu acionista. Pelo contrário, o parágrafo 1º, do artigo 57, da Lei das S.A. expressamente confere aos acionistas do emitente das debêntures o direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações.

Quanto ao lançamento, não era possível a desconsideração do negócio jurídico, pois a regra do art. 116, parágrafo único, do CTN não é aplicável por falta de regulamentação, e, de qualquer forma, não poderia ser aplicada retroativamente a eventos ocorridos antes de sua vigência.

De qualquer modo, na época da emissão das debêntures, em 1999, tanto a Receita Federal quanto o Conselho de Contribuinte admitiam a operação, sendo que o lançamento representa flagrante modificação do critério jurídico adotado pela Fiscalização da Receita Federal do Brasil, cujos efeitos são protegidos nos termos do art. 146 do CTN.

Já a multa de 150% deve ser excluída, ou ao menos reduzida para 75%, pois o contribuinte agiu de boa-fé, eis que (i) cumpriu com todas as formalidades legais exigíveis para a operação; (ii) em todas as oportunidades que lhe coube, informou sobre a realização da operação ao Fisco; (iii) 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; (iv) 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; (v) especificamente a operação em cotejo foi fiscalizada pelo Fisco, no ano de 2002, tendo sido concluído que não havia irregularidade.

Caso o entendimento da Fiscalização prevaleça, então os valores recebidos como remuneração das debêntures, e assim tributados pelo IRPJ e pela CSLL, devem ser considerados como distribuição de lucros, que não estão sujeitos a essas incidências. Dessa forma, deve-se deduzir o IRPJ e a CSLL recolhidos sobre essa remuneração.

3.5 Análise dos Fatos

3.5.1 Propósito comercial

Após cuidadoso cotejo dos argumentos da defesa e da acusação, concluo que a autuação de glosa de despesas não merece reparos.

Apesar do esforço do recorrente, não é possível se vislumbrar o propósito comercial na emissão de debêntures efetuada.

Ora, somente haveria sentido em se emitir tais valores mobiliários, caso fosse necessário o aporte de recursos novos para a implementação da expansão dos negócios.

Contudo, todos os recursos captados foram aportados pela controladora da emitente das debêntures, tratando-se de movimentação financeira dentro do próprio grupo.

É verdade que a defesa alega que a ideia original era a captação de recursos externos, e que o aporte dentro do grupo se deu apenas como estratégia inicial, para posterior venda a terceiros. Mas que, após a morte do fundador da H. Stern, os planos foram alterados, optando-se por manter o investimento com a família.

Contudo, o próprio desenho do negócio leva à conclusão de que tal argumento não é verdadeiro, e que nunca se pensou em oferecer as debêntures a terceiros.

Afinal, qual sócio, mesmo diante da necessidade de novos recursos, haveria de abrir mão da totalidade dos lucros em favor dos terceiros debenturistas? Mais ainda, como as debêntures poderiam ser convertidas em ações equivalentes a 100% do patrimônio líquido da emitente, qual sócio aceitaria renunciar a propriedade da empresa em favor de terceiros?

A única resposta possível a essas indagações é que os sócios da emitente das debêntures e do debenturistas são os mesmos. Assim, os sócios da HSJ Comercial S.A. aceitariam abrir mão dos seus lucros, porque receberiam o mesmo valor como rendimentos das debêntures na H Stern Comércio e Indústria S.A. E caso a controladora convertesse suas debêntures em ações, os sócios da controlada continuariam como titulares na condição de investidores.

Na esfera fiscal, a vantagem para o Grupo Econômico se dá justamente na amortização do prêmio. Isso porque, no emitente das debêntures, deixa-se de tributar o lucro, que é inteiramente distribuído ao debenturista a título de remuneração, sendo necessário apenas realizar retenção na fonte de IRPJ de 20%. Mas, no debenturista, esse valor é tributado, aproveitando-se o IRRF. Desse modo, salvo ocorra uma tributação mais favorável na controladora, fato não constante da acusação, o efeito fiscal no Grupo é nulo, pois apenas se troca o local da tributação.

Contudo, o grande efeito do planejamento foi a possibilidade de dedução de R\$ 100.000.000,00 atribuídos ao prêmio das debêntures, valor que se presumia ser necessário para a consecução do investimento, e que não foi pago em 1999, mas quitado com uma nota promissória *pro soluto*.

Isto é, sem o desembolso de qualquer quantia efetiva, e sem uma motivação válida, passou-se a amortizar R\$ 10.000.000,00 por ano.

O fato de a nota promissória ter sido quitada posteriormente não altera essa conclusão, pois esses pagamentos correspondiam à necessidade de capital da investida, sendo que, caso tivessem sido registrados como aumento de capital, não seriam contabilizados como despesas.

Acrescente-se que, em 2009, com a conversão de todas as debêntures em ações, chega-se à situação idêntica àquela apontada na acusação como o verdadeiro propósito da operação: o recorrente passa a deter ações do capital social da HSJ no exato valor das debêntures emitidas em 1999.

Regra geral, só se permite a exclusão, para fins fiscais, das despesas necessárias e usuais à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, por determinação dos §§1º e 2º do art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, cujos termos foram repetidos no art. 299 do RIR/99, abaixo transcrito:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Desse modo, são dedutíveis as despesas necessárias e usuais, pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e voltadas para a manutenção da respectiva fonte produtora.

O Parecer Normativo CST nº 32, de 17 de agosto de 1981, esmiúça esses conceitos em busca de condições objetivas que permitam distinguir quando um despesa deve ser considerada dedutível e conclui:

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

(...)

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

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

No caso sob análise, as despesas decorrentes da amortização de prêmio não pago, relativo à emissão de debêntures sem propósito negocial, são desnecessárias e não usuais, não podendo ter sua dedução fiscal admitidas.

Observe-se que essas mesmas operações já foram analisadas pela 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que apreciou as amortizações do prêmio nos anos de 2000 a 2003, e concluiu não serem dedutíveis. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 107-09587, prolatado na sessão de 17 de dezembro de 2008, na parte relativa a essa parte da discussão:

AMORTIZAÇÃO DE SUPOSTO PRÊMIO PAGO NA SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES DE EMISSÃO DE CONTROLADA - A pretensa quitação de prêmio na emissão de debêntures mediante entrega de nota promissória pro soluto, sem efetiva transferência de recursos, visou tão somente propiciar amortização da suposta aplicação de capital e conseqüente

redução da tributação no âmbito do grupo. Lícita a glosa efetuada, porque não havia capital a amortizar. Amortização de dívida não se amolda às hipóteses de dedutibilidade prevista nas legislação tributária.

Transcrevo os sábios argumentos do voto do Relator, o Conselheiro Luiz Martins Valero.

E o que fez o contribuinte no caso em exame? A resposta emerge cristalina dos fatos relatados pelo fisco: pretendeu capitalizar sua controlada 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.

Com efeito, a HSJ COMERCIAL S.A, à época da emissão das debêntures, com capital social de R\$ 10.000,00 e Patrimônio Líquido de R\$ 5.034,42, tinha como única sócia (100%) a sua coligada (sócios em comum) H Stern Comércio e Industria S/A.

Do ponto de vista das empresas ligadas (HSJ e HS), levando-se em conta os aportes financeiros efetivos, assim considerados, inclusive, as quitações recíprocas por conta de negócios comerciais entre elas e excluindo-se o saldo do prêmio representado por Nota Promissória "pro soluto" toda a operação engendrada resultou, no período de 1º/08/1999 até 31.12.2003, data alcançada pela ação fiscal, no seguinte:

Empresa	Aportes em Moeda (Vr. Nominal)	Aportes em Mercadorias e outros ajustes meramente financeiros	Participações Distribuídas	Capitalização Líquida	Benefício Fiscal	IRPJ e CSLL que deixaram de ser pagos
HSJ	1.000.000,00	6.496.247,41	6.342.214,39	1.154.033,02	"Zeramento" das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL	1.781.463,50

Empresa	Aportes em Moeda (Vr. Nominal)	Aportes em Mercadorias e outros ajustes meramente financeiros	Participações Recebidas	Investimento Remanescente	Benefício Fiscal	IRPJ e CSLL que deixaram de ser pagos
HS	1.000.000,00	7.496.247,41	6.342.214,39	1.154.033,02	Redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no montante de R\$ 47.866.712,00	16.606.682,00
NO GRUPO	0,00		0,00	0,00	Redução Líquida de R\$ 41.524.498,00	<u>R\$ 14.825.219,00</u>

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, porque os atos teriam sido realizados às claras, seriam formalmente lícitos e teriam sido declarados de acordo com a real vontade das partes, a indedutibilidade das amortizações resta patente, pois somente foi propiciada pela abusiva utilização do instituto do *pro soluto*. Ai reside o ponto crucial do litígio.

Resta cristalino que apenas com movimentação escritural de recursos entre empresas do mesmo grupo (não há um centavo sequer novo, de fora) deixou de ingressar no tesouro nacional a importância de R\$ 14.825.219,00 (catorze milhões, oitocentos e vinte e cinco mil, duzentos e dezenove reais). Ora, se há alguém que capitalizou os empreendimentos até agora, esse alguém foi o Tesouro Nacional.

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.

Como sabido, a amortização consiste na recuperação contábil do capital aplicado na aquisição de bens e direitos do ativo cuja existência ou exercício tenha duração limitada ou cuja utilização pelo contribuinte tenha o prazo limitado por lei ou contrato ou do capital aplicado nos custos, encargos ou despesas, registrados no ativo diferido, que contribuirão para a formação do resultado de mais de um período de apuração.

Como dito no início, não está em discussão a possibilidade de amortização do prêmio pago na aquisição de debêntures, pois nesse sentido a administração tributária já se pronunciou positivamente em diversas ocasiões. O que se questiona é a real existência da aplicação de capital que, como visto, no caso em exame, inexistiu de fato.

Inexistiu de fato, porque o instituto do *pro soluto* foi utilizado exatamente para permitir a amortização do valor supostamente quitado. Entretanto, a dívida representada pela subscrição das debêntures foi trocada pela dívida representada pela Nota Promissória.

Amortizou-se uma dívida com empresa do mesmo grupo travestida de aplicação de capital.

Indedutível, portanto, a amortização levada a efeito pelo contribuinte, pois o dispêndio não existiu, de fato, mas foi artificialmente criado a partir da engendrada amortização da dívida gerada pelas debêntures, que é um instituto típico, mediante a utilização abusiva do instituto da quitação com título *pro soluto*.

Os demais argumentos da defesa em nada alteram as conclusões já expostas.

O fato de as operações terem sido contabilizadas de forma correta como debêntures e de a legislação permitir aos acionistas a subscrição de debêntures não afasta a demonstração de que não se está diante de uso válido do instituto de debêntures.

Já o argumento de não ser possível a desconsideração do negócio jurídico com base na regra do art. 116, parágrafo único, do CTN, não se aplica ao caso, pois não se utilizou tal fundamentação no lançamento.

Do mesmo modo, não é possível se aproveitar dos termos do art. 146 do CTN, que determina que a modificação 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.

Isso porque não se demonstrou que a Administração Tributária aprovava o procedimento adotado e que após mudou de opinião.

A Solução de Consulta SRRF/7ª RF/DISIT nº 266, de 9 de outubro de 2001, indica o modo correto de contabilização das debêntures, que coincide com o adotado pelo contribuinte, mas não analisa o uso do instituto entre empresas do mesmo grupo e sem o efetivo aporte de recursos novos.

Já a diligência fiscal de fls. 2.125 a 2.128 simplesmente atesta que o contribuinte seguiu os ritos formais para a emissão das debêntures, mas não valida os efeitos fiscais dele resultantes.

Por fim, o contribuinte alega, mas não prova, que o Conselho de Contribuintes aprovava tal operação na época em que foi realizada. De qualquer modo, mesmo que isso fosse verdade, as decisões teriam sido tomadas em situações com especificidades diversas das do presente caso, não podendo servir como orientações de conduta da empresa.

3.5.2 Multa qualificada

Entendo que a operação engendrada demonstra o evidente intuito de fraude do contribuinte, o que justifica a aplicação da penalidade duplicada prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

De fato, a autoridade fiscal demonstrou que, de forma planejada e com o intuito de se reduzir indevidamente a tributação, simulou-se a emissão de debêntures com prêmio para dissimular o aporte de capital em controlada.

O fato de o contribuinte ter prestado informações ao Fisco e contabilizado devidamente a operação simulada em nada altera essa conclusão, pois a descoberta do ilícito só se deu após a abertura da ação fiscal e em virtude das investigações e estudos efetuados.

Já a contratação de auditores e advogados para a montagem do planejamento confirma a plena consciência do que se fazia, demonstrando a intenção em se obter o indevido benefício tributário.

No caso, entendo comprovada a ocorrência de sonegação e de conluio, definidas nos arts. 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, pois se tentou impedir totalmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza e circunstâncias materiais, por meio de ajuste

Observe-se que, no caso, não se está diante de planejamento tributário lícito, apenas inoponível ao Fisco por abuso de direito ou fraude à lei. Em situações semelhantes, já defendi a impossibilidade da qualificação da multa (voto vencedor do Acórdão nº 1102-001.080, de 9/4/2014).

Está-se diante de um planejamento tributário ilícito, veiculado por meio de simulação relativa, onde uma vontade aparente ou simulada buscava encobrir uma vontade real ou dissimulada, com o objetivo principal de redução da tributação.

Acrescente-se que, nesse aspecto, discordo das conclusões do já citado Acórdão nº 107-09587, que desqualificou a penalidade por entender que “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”.

Desse modo, mantenho a qualificação da multa.

3.5.3 Exclusão da tributação dos lucros distribuídos

Já o pleito de se excluir a tributação dos rendimentos recebidos como remuneração das debêntures merece ser acolhido.

Não é possível admitir o entendimento do julgador *a quo*, que afirmou não ser função da Fiscalização refazer a contabilidade do contribuinte, devendo ele solicitar a compensação na forma da legislação de regência.

Ora, como os fatos ocorridos foram qualificados de ofício de forma diversa, deve-se aplicar a nova qualificação com todas as suas consequências. Não é possível se contar a história pela metade, apenas na parte que aumenta a tributação. Ademais, sabe-se não mais ser possível se postular a repetição dos indébitos dos anos de 2007 e 2008.

Assim, como os valores pagos para a aquisição das debêntures foram tratados como aumentos de capital, os rendimentos das debêntures, equivalentes a 100% dos lucros da controlada, devem ser considerados como distribuição de lucros à controladora. E nela devem ser considerados como rendimentos isentos, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, abaixo transcrito:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

(...)

Foi esse o entendimento do já citado Acórdão nº 107-09587, que foi assim ~~ementado nessa parte:~~

RECLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PELA FISCALIZAÇÃO – EFEITOS

Se afastados os efeitos do suposto pagamento de prêmio na subscrição de debêntures e tributados pelo fisco os valores registrados como atribuídos à controladora a título de participação, os valores assim registrados pela beneficiária devem nela ser tratados como lucros recebidos da investida, sem tributação. Se referidos valores foram oferecidos à tributação na beneficiária, porque titulados como rendimentos, devem ser agora deduzidos do valor tributável decorrente da glosa das amortizações do prêmio, independentemente de formalidades, pois não se trata de repetição de indébito ou de compensação de créditos, mas sim de reclassificação dos fatos.

Contudo, não se trata de apenas excluir da tributação os valores pagos pela HSJ Comercial S.A. a título de remuneração das debêntures.

Isso porque tais valores correspondem a 100% do lucro líquido da investida antes de qualquer tributação, mas os lucros somente poderiam ser distribuídos após o cálculo e a exclusão do IRPJ e da CSLL.

Dessa forma, devem ser excluídos da tributação os valores referentes à remuneração das debêntures após a exclusão do IRPJ e da CSLL sobre eles incidentes. E esses montantes são facilmente obtidos do lançamento do processo nº 12448.728319/2012-75, que, como já mencionado, glosou a dedução das participações dos lucro destinada aos debenturistas relativa ao mesmo período, como constante da tabela abaixo:

	Participações Não Dedutíveis	IRPJ Incidente	CSLL Incidente	Lucros a Distribuir
31/12/2007	31.336.744,01	7.810.186,00	2.820.306,96	20.706.251,05
31/12/2008	39.949.433,24	9.963.358,31	3.595.448,99	26.390.625,94
31/12/2009	41.870.866,94	10.443.716,73	3.768.378,02	27.658.772,19

Pelos documentos deste processo, verifica-se que esses valores foram tributados como receitas financeiras, sendo assim informados nas DIPJs (fls. 361, 812 e 1.237) e na contabilidade do contribuinte (fls. 143, 147 e 151).

Na verdade, apenas no ano de 2007 os valores não são idênticos, tendo sido reconhecidas receitas financeiras de R\$ 29.078.472,80. Contudo, a diferença não alterará a conclusão tomada a seguir.

Dessa forma, é lícito concluir que os rendimentos recebidos como remuneração das debêntures foram tributados no recorrente, devendo-se excluir da tributação os valores constantes da coluna “Lucros a Distribuir” da tabela acima.

Contudo, no presente lançamento, foram glosadas amortizações de R\$ 9.199.992,00 em 2007 e 2008 e de R\$ 6.133.328,00 em 2009, o que implica que os valores das

amortizações considerados indedutíveis neste auto de infração são menores do que os rendimentos considerados isentos que devem ser excluídos.

Assim, nos anos de 2007 a 2009, não existe diferença a ser lançada no recorrente, devendo-se dar provimento ao recurso para cancelar o lançamento.

Esclareça-se que essa conclusão não invalida toda a análise feita acima, que considerou o planejamento tributário ilícito e simulado.

A tributação deve ser considerada no Grupo Econômico como um todo, onde, como já visto, a vantagem fiscal estava apenas na dedução indevida do prêmio. Como o planejamento perpetrado fez com que o lucro da investida fosse tributado na investidora como rendimentos das debêntures, ao se restabelecer a tributação dos lucros na HSJ Comercial S.A. via lançamento de ofício, deve-se excluir a tributação das receitas financeiras na H Stern, para evitar duplicidade.

Nos primeiros anos das operações, somente havia a amortização do investimento a ser feito, registrado indevidamente como prêmio na emissão de debêntures, não havendo troca da tributação dos lucros entre as empresas. Mas, com o passar do tempo, à medida que o investimento passa a produzir lucros, troca-se sua tributação na investida, como lucros, para a investidora, como rendimentos das debêntures.

Assim, nos anos sob análise, a tributação dos rendimentos das debêntures superou à amortização do prêmio, não havendo, assim, diferença a ser cobrada no recorrente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
José Evande Carvalho Araujo