

1151



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA**

Processo nº 18471.000009/2006-33
Recurso nº 154.824 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTRO - Exs.: 2002 a 2004
Acórdão nº 107-09.601
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente HSJ COMERCIAL S/A
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

**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 engendrada revela que, com movimentação escritural 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.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO -
CSLL**

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa

DECORRÊNCIA

Aplica-se à CSLL o decidido em relação ao IRPJ.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

MULTA QUALIFICADA

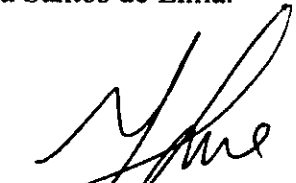
Ainda que se possa vislumbrar nas condutas da autuada as figuras doutrinárias, e hoje positivadas na legislação civil, da fraude à lei

10

e do abuso de direito, se os atos negociais foram devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias, quando foi dado ao fisco conhecer, sem dificuldade alguma, toda a extensão dos negócios engendrados, não cabe a qualificação da penalidade, porque não provadas as figuras delituosas requeridas pela lei que autoriza a exasperação da penalidade.

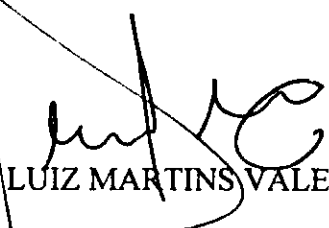
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por, HSJ COMERCIAL S/A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de decadência, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Hugo Correia Sotero e Silvana Rescigno Guerra Barretto (Suplente Convocada) que acolhiam a decadência. Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para reduzir a penalidade a 75%. Vencida da Conselheira Albertina Silva Santos de Lima.



MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente



LUIZ MARTINS VALERO

Relator

Formalizado em: 24 MAR 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcos Shigueo Takata, Décio Lima Jardim (Suplente Convocado) e Carlos Alberto Gonçalves Nunes.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração para exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social (CSLL), cujo montante, incluídos juros de mora até a data da lavratura e multa de ofício qualificada (150%), é de R\$ 5.123.015,70.

As exigências decorrem de glosa de valores redutores do Lucro Líquido, que teriam sido pagos pela autuada à sua controladora a título de Participações de Debêntures, nos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, tidos pela fiscalização como indedutíveis em face de ter sido a operação de emissão e subscrição de debêntures considerada simulada.



No Relatório da Atividade Fiscal, parte integrante dos Autos de Infração, fls. 05 a 48, o autuante, após conceituar e historiar os aspectos jurídicos das debêntures, descreve toda a operação engendrada pela autuada (HSJ Comercial S/A) e por sua controladora (H. Stern Comércio e Indústria S/A), que culminou na emissão pela primeira e na subscrição pela segunda de debêntures no valor nominal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e prêmio de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

As debêntures são do tipo participativa, prometendo a emissora atribuição de 100% (cem por cento) dos lucros. De se notar que a subscritora das debêntures e beneficiária das participações (HS) detém 100% de participação na emissora (HSJ).

A subscrição pela controladora H. Stern Comércio e Indústria S/A deu-se em cinco parcelas de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), efetivamente pagos em cheque de 10/99 a 10/2003. O prêmio exigido pela emitente, no valor de R\$ R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), seria pago à medida em que fossem abertos novos pontos de vendas pela autuada ou da necessidade de recursos para manutenção desses novos negócios. As debêntures assegurariam a participação em 100% (cem por cento) dos lucros da emitente e possibilidade de conversão em ações após a integralização do valor nominal e na ordem de 100% (cem por cento) do patrimônio líquido.

O lançamento das debêntures pela HSJ se deu em AGE de 10.08.99, sendo que a subscrição pela (H. Stern), única sócia e controladora da HSJ, como dito, deu-se em 01.09.99, data em que também se formalizou Instrumento Particular de Quitação e Outras Avencas, pelo qual a subscritora (H Stern) entrega 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.

Estabeleceu-se, ainda, o direito da emitente da Nota Promissória, caso a mesma não tenha circulado, 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.

Constatou o fisco que até 31.12.2002 do valor do prêmio de R\$ 100.000.000,00 ainda restavam por pagar o montante de R\$ 84.486.571,44. Os pagamentos parciais, segundo o fisco foram considerados a partir de artifícios jurídicos e/ou contábeis consistentes no registro de transferência de mercadorias, transferência de estabelecimentos comerciais e pagamento de despesas (fls.600 a 634).

Não são questionados os aspectos operacionais e formais envolvidos na emissão, subscrição e contabilização, pois foram todos atendidos. O cerne do questionamento fiscal está centrado nos aspectos insólitos da operação e podem ser resumidos nas seguintes indagações retóricas feitas pelo autuante, cujas respostas, dele mesmo, são tomadas como o conjunto de indícios que formaram a sua convicção de que as operações foram simuladas:

1) Quem aceitaria pagar um prêmio 100 vezes maior que o valor de face do papel?

RESPOSTA: Poderia se alegar que o subscritor aceitaria pagar um prêmio neste montante por razões econômicas, tendo em vista a remuneração proposta, de 100% de participação nos lucros da emissora. Foi, inclusive, esta a alegação da subscritora dos papéis aos responder a um Termo de Intimação.



- 2) Qual empresa exigiria um prêmio na colocação das debêntures, mas não estipularia prazo para sua integralização?

RESPOSTA: Em nenhum momento houve a obtenção de recursos. A quitação do prêmio se deu pela entrega de uma Nota Promissória de caráter “pro soluto”, com prazo de pagamento para 31.08.2009, ou seja, 10 anos após a subscrição das debêntures. Se, por absurdo, esta operação for aceita pode-se, a partir de agora simular aumentos de capital como emissão de debêntures com prêmio, e dar-se quitação através de notas promissórias com vencimentos para dez, vinte, trinta anos ou mais e, como são operações realizadas dentro do mesmo grupo econômico, pactuar-se renovações dos vencimentos indefinidamente. O ganho do debenturista está na amortização do suposto prêmio pago, gerando uma despesa redutora da base de cálculo dos tributos. O mesmo não aconteceria se a operação fosse realizada como capital social, que é um investimento e, portanto, não amortizável.

- 3) Quais acionistas aceitariam abrir mão de toda a sua participação nos resultados em benefício de terceiros?

RESPOSTA: É claro que essa operação foi estruturada somente com a finalidade de evasão tributária. Somente aceitaria abrir mão de participação nos lucros aqueles acionistas que sabidamente receberiam esta mesma participação de outra forma. Abriram mão dos dividendos para ganhar participação nos lucros, uma vez que os acionistas são os próprios debenturistas.

- 4) Quais acionistas abririam mão da totalidade das ações que compõe o capital social da empresa em benefício de terceiros?

RESPOSTA: A operação foi estruturada dentro do mesmo grupo. Na verdade os acionistas da emissora não abriram mão de suas ações. Elas sempre estiveram dentro do mesmo grupo. Os debenturistas exercerem ou não a opção de conversão em ações é indiferente. E, no caso de uma circularização das debêntures, na prática estaria ocorrendo a venda da empresa.

- 5) Qual empresa anteciparia o pagamento da Nota Promissória, se os direitos de debenturista já estão assegurados, inclusive com a possibilidade de conversão dos papéis em ações e com a remuneração de 100% do Lucro?

RESPOSTA: Como a operação foi estruturada dentro do mesmo grupo, à medida que a emissora de debêntures necessitasse de recursos para a expansão de suas atividades, naturalmente seus sócios (que também são os debenturistas) aportariam os recursos. Só que não na forma de capital social e sim através da quitação parcial da Nota Promissória de caráter “pro-soluto”.

Assim, segundo a fiscalização, está provado:

“que a emissão de debêntures pela empresa HSJ Comercial S/A, com subscrição total por parte de sua controladora H. Stern Comércio e Indústria S/A (100% de participação no capital social), com prêmio na emissão no montante 100 vezes superior ao valor nominal e remunerada em 100% de participação nos lucros, foi mera simulação cujos reais objetivos seriam:

a) efetuar aporte de capital social na empresa HSJ Comercial S/A tendo sido disfarçado em emissão de debêntures gerando uma despesa, em tese dedutível na apuração do lucro real na controladora H. Stern Comércio e Indústria S/A. Na verdade o valor do prêmio pago na aquisição das debêntures é o real valor do capital social (matéria objeto de lançamento na controladora H. Stern Comércio e Industrial);



b) transformar a distribuição de dividendos na emissora em participação nos lucros, também, em tese dedutível da base de cálculo do imposto de renda com base no lucro real na empresa HSJ Comercial S/A."

Como o prêmio pago na subscrição de debêntures foi amortizado na subscritora H.Stern S/A, além da glosa da participação contabilizada na autuada, a fiscalização glosou o prêmio amortizado na subscritora, matéria tratada no Processo 18471.000013/2006-00 – Recurso 154.515, também em pauta.

Impugnação

Impugnando a exigência a autuada alegou, em síntese:

- o lançamento deixou de considerar os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativa da CSLL;

- o lançamento é nulo em decorrência da divergência entre os fatos apurados no Relatório Fiscal e o enquadramento legal da infração, posto que não há dispositivo referente à simulação e à desconsideração do negócio jurídico, uma vez que a operação ocorreu em 1999 e a base legal surgiu com a LC 104/2001, que incluiu o parágrafo único ao artigo 116 do CTN (ainda não regulamentado);

- a operação de emissão de debêntures não foi realizada apenas no papel, ela foi operacionalizada, preenchendo todas as formalidades aplicáveis;

- a operação tinha claros propósitos negociais e adotou procedimentos lícitos, legítimos e admitidos por lei;

- a liberdade contratual encontra limite, apenas, na licitude dos atos;

- caso seja considerada correta a glosa, deve haver a compensação do IRRF quando do pagamento das debêntures;

- ainda que fosse devido o tributo, não é aplicável a multa de 150%.

Decisão DRJ

A Turma Julgadora (3ª Turma de Julgamento da DRJ Rio de Janeiro I), à unanimidade, acompanhou o Voto da Relatora pela total improcedência dos argumentos e manutenção integral das exigências.

A Decisão foi formalizada no Acórdão 10.091/2006, cujos fundamentos podem ser assim sintetizados:

Preliminares

- afastaram a nulidade pleiteada, pois entenderam que os Autos de Infração não estão lastrados no parágrafo único do art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN) introduzido pela Lei Complementar nº 104/2001 e sim no art. 149 do Código Tributário Nacional e que, mesmo a falta de citação deste último no enquadramento legal não macula a exigência em face dos fatos narrados pelo fisco e nos termos dos arts. 142 do CTN e 59 do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/72). Citaram doutrina e jurisprudência;

Mérito

No Voto aprovado à unanimidade pela Turma, a Relatora, após discorrer longamente sobre as figuras jurídicas do abuso de direito e do abuso de formas, concluiu pela



inaplicabilidade ao caso do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), pois houve simulação de negócio jurídico, na medida em que a emissão de debêntures constituiu-se em mera forma, pois, na verdade, ocorreu aporte de capital. Indevidas, portanto, as deduções das participações contabilizadas.

Quanto à alegação de não utilização dos prejuízos fiscais a Turma observou que foram sim aproveitados os prejuízos anteriores, limitados a 30%, conforme legislação em vigor.

Não acolheram o pedido de compensação do IRRF retido sobre a participação paga, por ser inadequada a via utilizada.

Por fim mantiveram a Multa Qualificada (150%) e estenderam à CSLL as mesmas razões de decidir aplicáveis ao IRPJ.

Recurso Voluntário

Cientificada da Decisão em 15.05.2006, a autuada recorre a este Colegiado em 14.06.2006.

Afora a descrição dos fatos já relatados, e as mesmas razões já trazidas na impugnação para sustentar a dedutibilidade das participações atribuídas às debêntures, os reforços de argumentos no recurso podem ser assim sintetizados:

Reclama que os julgadores não analisaram nenhum dos argumentos de impugnação, agindo como se no processo só constassem as alegações da fiscalização, qualificando a emissão de debêntures como abuso de direito, quando na impugnação teria demonstrado que o objetivo da operação era a captação de recursos para implementação de um Plano de Expansão e que, após a elaboração de um Planejamento Estratégico, ficou definido que a forma de financiamento desse Plano seria a emissão de debêntures, uma vez que seria uma forma que viabilizaria a entrada de um futuro investidor.

Discorre sobre a inaplicabilidade dos arts. 118 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN) ao caso, como sustentou a Relatora do Julgamento, para defender novamente que o lançamento fiscal só poderia ter sido enquadrado no parágrafo único do art. 116 do CTN, pois a operação foi desconsiderada. Como tal dispositivo carece de regulamentação, não haveria base legal para o lançamento.

Insiste na liberdade empresarial de contratar e na existência de propósito comercial, citando jurisprudência deste Conselho.

Reafirma que escolheu a alternativa de capitalização via debênture, pois:

- 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;

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

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



Assevera que a HSJ 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 saldo 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 resgatado à medida que as lojas fossem abertas.

Acrescenta que demonstrou a evolução do crescimento da HSJ, por meio da análise do seu faturamento bruto anual, que cresceu mais de 1.300% no período de 2000 a 2004, e, também, apresentou reportagem na qual se verifica que existem no mercado mundial interessados na aquisição de investimentos do ramo em que o Grupo HS atua, o que justificaria a forma do baixo endividamento escolhida.

Na parte em que pretende mostrar que houve efetiva captação de novos recursos, defende que, sem contar a efetiva transferência do valor de face das debêntures, houve a quitação da dívida relativa ao prêmio das debêntures com a entrega à HSJ da nota promissória *pro soluto* no valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Passa então a recorrer sobre os efeitos da quitação mediante entrega de título *pro soluto*, citando entendimento divulgado pela Receita Federal (Perguntas e Respostas) sobre o instituto jurídico nas operações que demandam apuração de ganho de capital.

Acrescenta a recorrente, que o resgate parcial do título entregue em quitação teria se dado com repasse de recursos à HSJ, representados por transferência de mercadorias, transferência de estabelecimentos comerciais, pagamento de despesas e entrega de dinheiro. Isso, segundo ela, evitou que a credora descontasse o título em banco, arcando com elevados custos financeiros que diminuiriam a remuneração esperada pelo debenturista. Compara seu caso com outros envolvendo debêntures julgados neste Colegiado para sustentar a lisura da operação.

Sobre ter o julgamento recorrido sustentado que novos recursos poderiam ser obtidos numa emissão pública de debêntures, argumenta a recorrente que o objetivo era não pulverizar o capital da HSJ, comprometendo o ingresso de eventual terceiro investidor.

Discorre longamente sobre a possibilidade de aquisição das debêntures por empresa com vínculo societário. Sustenta que este Colegiado já reconheceu a possibilidade de acionistas adquirirem debêntures de empresa ligada, citando trechos do Acórdão de minha Relatoria no Recurso 140.918.

Sobre a razoabilidade de remuneração das debêntures com base em 100% dos lucros, a recorrente justifica-a no fato de pretender não engessar a situação a ser apresentada a futuros investidores, que poderiam optar pela participação em troca do investimento ou pelo auferimento de lucros, caso optassem por converter as debêntures em ações. Esses propósitos econômico-negociais não seriam alcançados se fosse adotado o simples procedimento de "aporte de capital social", sugerido pela fiscalização.

Ressalta que a expectativa dos lucros a serem atribuídos às debêntures durante a implementação do Projeto de Expansão era e continua sendo moderada. Faz as contas das participações atribuídas até agora, incluindo o prêmio pago com Nota Promissória, para concluir que esta ficou aproximadamente em 10% do valor aportado pelos debenturistas.

Volta a citar julgamento desta Câmara que teria validado participação de 98% atribuída a debenturistas.

Assevera que, do ponto de vista fiscal, a operação realizada não representa planejamento tributário, mas sim um “anti-planejamento”, pois o valor atribuídos às debêntures, mesmo representando redução do seu resultado tributável, é tributado na fonte a 20% e considerado rendimento da debenturista, sujeito à tributação.

Reclama que o julgamento recorrido teria taxado o negócio de emissão de debêntures como abuso de direito, valendo-se de doutrina de Marco Aurélio Greco, mas esquecendo-se de que não foi seu único objetivo o pagamento a menor de impostos, fato que não restou provado pelo fisco, porque não há norma que impeça a adoção de procedimento com menor impacto tributário. Cita doutrina deste Colegiado.

A partir deste ponto passa a desfilar doutrina sobre a inaplicabilidade do abuso de direito em matéria tributária, em face da liberdade constitucional de melhor organizar seus negócios e por não se aplicar essa figura, hoje positivada no Código Civil, a fatos geradores anteriores.

Continua seu recurso, agora escudando-se em doutrina e jurisprudência para defender que não incorreu em simulação como acusado pelo fisco, pois efetivamente realizou operação lícita, a que não tinha por objetivo ocultar negócio jurídico vedado por lei ou contrato. Acrescenta que o simples fato dessa operação resultar em tributação inferior à outra operação que poderia ser realizada com os mesmo efeitos não configura simulação.

Taxa de incorreta a apuração da base de cálculo que, ao desqualificar o negócio e glosar a dedução das participações atribuídas às debêntures, deveria descontar o imposto de renda retido na fonte à alíquota de 20%, cujo montante efetivamente pago foi de R\$ 2.047.005,30.

Por fim a recorrente insurge-se contra a qualificação da penalidade e contra a não consideração do imposto de renda pago quando da distribuição da participação do debenturista.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LUIZ MARTINS VALERO, Relator

Recurso tempestivo e que atende aos demais requisitos legais. Dele conheço.

Desde logo afasto os argumentos do contribuinte de que há nulidade no lançamento fiscal por divergência entre os fatos relatados e o enquadramento legal adotado nos Autos de Infração. A fiscalização desconsiderou, por simuladas, as operações com debêntures e glosou os valores atribuídos ao debenturista que reduziram o resultado os exercícios. Não se



trata, portanto de lançamento calçado no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, como quer fazer crer a recorrente.

Ainda que tivessem ocorridos equívocos na capitulação legal, se o fato típico encontra-se devidamente descrito no Termo de Verificação Fiscal, parte integrante dos Autos de Infração, e as defesas apresentadas até agora pela recorrente mostram que ela entendeu perfeitamente a acusação que lhe é feita, não há nulidade a ser declarada.

Neste sentido já decidiu esta Câmara:

"IRPJ - CSLL - ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado. (1º Conselho de Contribuintes / 7a. Câmara / ACÓRDÃO 107-06998 em 27.02.2003)"

A recorrente, em memoriais e em Parecer do Professor Heleno Torres, entregues a este Relator e distribuídos à Câmara, defende a tese de que decaiu o direito do fisco de reclassificar fatos ocorridos em períodos já atingidos pela decadência com vista a glosas os efeitos futuros.

Já tive oportunidade de examinar esta hipótese em outros julgamentos nesta Câmara, tendo concluído (Acórdão 107-06.061)

É preciso, como ponto de partida para resposta dessas indagações, registrar o seguinte aforismo: o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou.

Feito esse registro prévio, algumas premissas precisam ser estabelecidas.

Como já acenado, em todas as hipóteses acima consideradas há um elemento uniforme, qual seja, tem-se um fato pretérito que se integra aos resultados apurados nos exercícios seguintes. Vale dizer, a repercussão atual tem origem e representa a continuação dos fatos verificados no passado. Portanto, tais fatos devem ser examinados sob duas perspectivas: no passado, no tocante à formação; no futuro, no que tange às repercussões fiscais decorrentes da efetiva apropriação.

O trabalho fiscal, nesses casos, pode examinar a formação pretérita do fato, mas não deve extrair e atribuir repercussão fiscal aos exercícios já protegidos pela decadência. O possível ajuste na formação desse fato, neste contexto, deve repercutir no exercício subsequente, vale dizer, no momento da sua efetiva apropriação. Há, assim, um perfeito equilíbrio, pois o lançamento de ofício não invade exercício já atingido pela preclusão administrativa, como também o fato não repercute no futuro com uma formação distorcida.



Não pode o Fisco, assim, glosar despesas lançadas em períodos já atingidos pela decadência, pois esse fato (despesa) teve sua repercussão estratificada naquele período. Pelo mesmo motivo, não pode haver glosas das despesas das variações monetárias lançadas a maior naquele exercício.

Por outro lado, deve o Fisco levar em conta valores que, a despeito de terem produzido efeitos próprios no passado (despesa), pela sua natureza deveriam ter sido computados no cálculo do lucro inflacionário, como é o caso das variações monetárias passivas não computadas nos cálculos preparados pela empresa. A formação do fato levada para o futuro, como visto, deve ser exata.

Ora, os fatos ocorridos no passado (Emissão e Subscrição de Debêntures) produziram efeitos no futuro (dedução dos lucros pelas participações atribuídas pela emissora e amortização do prêmio pela subscritora). Ao questionar os eventos do passado não está a fiscalização fazendo juízo de valor sobre efeitos tributários desses fatos ocorridos em períodos já atingidos pela decadência. Ademais, são fatos cuja formação deve conformidade a normas de direito privado. A conformação dos efeitos a normas de direito tributário somente é exigida no futuro e foi sobre eles que agiu a fiscalização.

Acrescente-se, ainda, que os precedentes desta Câmara indicados pela recorrente referem-se a uma situação específica, em que a lei autoriza o diferimento da tributação do lucro inflacionário para períodos futuros. Nesses casos, a jurisprudência se firmou no sentido de que a fiscalização não pode realizar juízo de valor sobre a apuração do lucro inflacionário no período de sua formação, apenas realiza a atualização e cálculos matemáticos para verificação do saldo de lucro inflacionário.

Assim, ocorrido o lucro inflacionário (fato jurídico tributário) sua formação se consolida com o transcurso do período decadencial e a fiscalização só pode trabalhar os efeitos numéricos desse fato, não podendo mais discutir as provas da ocorrência desse fato jurídico tributário mesmo que se desencadeiem efeitos tributários futuros.

No caso em comento, diferentemente, estamos diante de um negócio privado ocorrido a mais de cinco anos, mas que gerou efeitos tributários a partir de 31/12/1999, data não alcançada pela decadência. Ou seja, no caos dos autos, há um fato não tributário (negócio jurídico de emissão de debêntures) que gera futuros efeitos jurídicos tributários.

Vale lembrar, nesse sentido, que o legislador identifica que certos atos ou negócios jurídicos privados denotam capacidade contributiva dos sujeitos a eles vinculados e captura nesse suporte fático um fato que autoriza a incidência tributária. Sobre o mesmo suporte fático podem ser colhidas diversas incidências tributárias. É o que ocorre com os negócios jurídicos de compra e venda de bens imóveis, em que os vendedores do bem suportam a tributação do ganho de capital pelo imposto sobre a renda; os compradores sofrem o ônus do imposto de transmissão de bens imóveis; os corretores de imóveis que intermediaram o negócio são tributados pelo imposto sobre serviços e assim por diante. Tais fatos podem não ser relevantes para a eficácia obrigacional da operação de compra e venda, mas desencadeiam efeitos por determinação da lei tributária.

Ocorrido um determinado negócio jurídico, os efeitos tributários desse negócio são disciplinados pela lei tributária. Apenas surge a competência de fiscalização sobre a



validade desses atos e seus efeitos, quando o contribuinte materializa em sua escrita fiscal as conseqüências tributárias desse negócio jurídico. Se não houver efeitos tributários imediatos, não há como a autoridade fazendária questionar a validade do ato jurídico. No período compreendido entre a realização do negócio jurídico (julho de 1999) e a primeira ocorrência do correspondente fato gerador (31/12/1999) não há falar em inércia do Fisco. Nesse interregno, a fiscalização nada podia fazer.

Mérito

Deve ficar claro *a priori* que o litígio não se dá sobre a possibilidade ou não de da dedução do lucro das participações de debenturistas, evento literalmente previsto no art. 430 do RIR/94, atual art. 462 do RIR/99:

“Art. 462. Podem ser deduzidas na apuração do lucro líquido do período-base as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

(...)”

A acusação fiscal é de simulação das operações no âmbito do Grupo H Stern, com vista à geração das despesas e da dedução da participação paga. O Recurso agora em julgamento trata da glosa das cotas de amortização do prêmio pelo debenturista a H. Stern Comércio e Indústria S/A.

Ultimamente este Colegiado tem prestigiado uma visão mais factual no tocante a exigências tributárias em que presentes acusação de violação indireta de normas cogentes pela via da simulação, da fraude à lei e dos negócios jurídicos indiretos, em detrimento da visão formalista, antes mais presente nos julgados da espécie. Não se trata da chamada interpretação econômica do direito tributário, não contemplada pelo arcabouço jurídico brasileiro, mas de reconhecer, à vista de cada caso concreto, com suas peculiaridades e circunstâncias, a existência de um único ou principal propósito: a evasão tributária, travestida de elisão fiscal.

Em consonância com a doutrina atual, especialmente com estudos abundantes publicados após a edição da Lei Complementar nº 104/2006, que inseriu no Código Tributário o parágrafo único do art. 116, concedo que a desconsideração de negócios jurídicos com abuso de forma ou abuso de direito, carecem de regulamentação no direito tributário brasileiro. Mas a simulação que leva ao contorno da norma de incidência, figura muito próxima da fraude à lei, tem conseqüências de há muito delineadas na legislação.

É certo que a legislação tributária sempre deverá estar contida nos limites dos princípios constitucionais como o da legalidade, da tipicidade e, principalmente, o da liberdade de organização empresarial. Entretanto, exatamente por um dos princípios mais caros ao direito tributário, não se pode aceitar que a real capacidade contributiva seja desbastada pela utilização de figuras evasivas, independentemente de conceitos doutrinários, quando restar patente a redução imotivada da base de cálculo dos tributos. Em outras palavras, a formalidade jurídica não pode se sobrepor à substância.

Essa nova tendência jurisprudencial - prestigiar os fatos e submetê-los à lei impositiva em detrimento dos conceitos, foi bem captada pelo moderno tributarista Marco Aurélio Greco, que assim se pronunciou em evento promovido por este Colegiado¹:

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

O conceito jurídico não é mais do que um espelho da realidade. São indispensáveis, todo desenvolvimento filosófico, jurídico que foi feito nos últimos 30 anos no Brasil é importantíssimo, mas ele idolatrou a imagem que está no espelho, como se fosse possível lidar com a imagem, sem lidar com a realidade. E o conceito, seja ele conceito de simulação, conceito de fraude à lei, conceito de abuso de direito, eles devem ser figuras meramente operacionais e não dogmas. Ninguém se defende de conceito, as pessoas se defendem de fatos. É uma certa conduta que tem que ser enquadrada na lei, não é um certo conceito abstrato, jurídico que tem que ser enquadrado na lei. E o que eu vejo é que muitas vezes fica: "Não, mas isso é simulação ou é dissimulação? Isso é abuso de forma ou abuso de direito?" Desculpem, eu relaxar um pouco o meu linguajar, eu não estou preocupado com o rótulo que vai se colocar aquela conduta, eu estou preocupado é com a conduta. Como eu via o meu prezado amigo Mário dizendo: "Agora é o momento de Sua Excelência o fato". É isso aí, agora é a hora de Sua Excelência o fato, não do rótulo do conceito, o conceito vem depois, depois é que eu rotulo, primeiro eu tenho que conhecer a realidade, primeiro eu tenho que conhecer o que foi feito efetivamente pelo contribuinte. O que é isso que você fez? [...]"

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

Como muito bem ressaltado pela culta Conselheira Sandra Maria Farone, da Primeira Câmara deste Colegiado, no Acórdão 101-94.986:

"Advirta-se, de início, que o ponto comum, de envolver emissão de debêntures, não implica identidade de soluções dos processos. Cada caso é um caso, e na apreciação dos seus efeitos fiscais não se consideram os aspectos específicos a eles inerentes."

No caso concreto, 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 Indústria 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

¹ I Congresso de Direito Tributário dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda - Brasília, 14 a 16 de setembro de 2005.



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	R\$ 14.825.219,00

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, é notório o fato de que tamanha redução do resultado, pela atribuição de participação ao debenturista, não tem lastro suficiente para assumir o perfil de dedutibilidade contemplado pela legislação tributária. Aqui reside o ponto crucial do litígio.

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

Com efeito, 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.

Basta isso para diferenciar este caso daquele citado pela recorrente (Acórdão 107-08.029 – Vasco da Gama) em que fui Relator. Naquela oportunidade a Câmara me

acompanhou no provimento dado ao recurso, pois lá, por conta da emissão de debêntures, houve notório e efetivo ingresso de recursos. É verdade que, naquele caso, parte dos recursos vieram também de empresas ligadas, mas a grande parcela foi aportada por terceiros investidores, não tendo a fiscalização logrado provar, como acusou, que os recursos já pertenciam aos sócios da emissora das debêntures.

Nestes autos, tudo se passou no âmbito do próprio Grupo H. Stern. Grupo de duas empresas, diga-se, sendo que a emissora das debêntures, como visto, foi constituída com irrisório capital, poucos tempo antes da realização dos negócios jurídicos impugnados pela fiscalização.

Mais uma vez cito trechos do brilhante voto da Conselheira Sandra Farone no Acórdão 101-94.986 resultado do julgamento de litígio semelhante, envolvendo dedução de participação de debenturistas:

"A usualidade e normalidade da operação em questão não têm o atributo de notoriedade, a dispensar prova. Além de não estar demonstrado ser usual a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros (aliás, conforme doutrina acima transcrita, nem mesmo é admissível), é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas. Isso, definitivamente, não é usual. A não ser, é claro, que esses terceiros fossem os mesmos detentores do capital da empresa, quando, então, a empresa (melhor dizendo, os detentores do capital) não estariam abrindo mão de coisa alguma (como no presente caso, em que a emissão de debêntures foi para subscrição privada dos seus cinco acionistas). Adotando a forma jurídica de emissão de debêntures a serem integralizadas exclusivamente por seus acionistas e com os próprios lucros creditados nas respectivas contas correntes, os acionistas continuaram a fazer jus aos lucros, que permanecem na empresa remunerados a uma taxa muito à TJLP e à Selic.

O cerne da questão reside na caracterização da despesa como necessária (usual e normal). Ricardo Mariz de Oliveira, (in RT Inf. 241/242, de 1980) leciona que "a despesa é não necessária quando for decorrente de ato de liberalidade, não no sentido de espontaneidade, mas no sentido jurídico de ato de favor, estranho aos objetivos sociais".

No caso, a remuneração das debêntures com até 70% dos lucros caracterizou ato de liberalidade. Embora seja próprio da companhia captar recursos para fazer frente às suas necessidades, mediante emissão de debêntures, não é razoável entender como dentro dos objetivos sociais da empresa o comprometimento de mais de 2/3 de seus lucros com essa finalidade.

O principal objetivo da companhia é obter lucros para os detentores do capital. É fato que esse não é seu objetivo único. Como anota José Edwaldo Tavares Borba, o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 define os tripliques destinatários dos interesses que a companhia representa, os acionistas, os empregados e a comunidade, os quais estão abrangidos pelo conceito hoje muito falado de governança corporativa². E ressalta: "A sociedade anônima deixa de ser um mero

² Direito Societário, 9ª ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, nota de pé de página nº 5 p. 139.

instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital, para elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregados e comunidade”.³

Conquanto não seja seu único escopo, a companhia busca obter lucros para os seus acionistas, e não para pessoas estranhas ao quadro social. A utilização de parcela módica de seus lucros como remuneração adicional aos juros, para tornar atrativa a captação de recursos no mercado, é perfeitamente compatível com o objeto social de qualquer sociedade empresária. Não porém o comprometimento de até 70% dos seus lucros nesse mister. É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros.

No caso, não houve ingresso de novos recursos financeiros na empresa, apenas foi alterado o título da sua obrigação frente aos acionistas (o que era crédito de acionista, dividendos a pagar, foi transformado em crédito de debenturista). Por outro lado, carece de lógica a alegação da empresa de necessidade de, sem descapitalização imediata da companhia, formalizar sob a forma de título mercantil as exigibilidades dos acionistas pela distribuição de dividendos, registrados em contas de passivo exigível representativa destes créditos. Caso se tratasse de sociedade aberta, poder-se-ia ponderar que o acionista estaria a exigir o pagamento dos dividendos, e a empresa, ou por não ter disponibilidade financeira, ou para não desfalcicar seu capital de giro, necessitaria captar os recursos. Nesse caso, justificar-se-ia acorrer ao mercado, com a emissão de debêntures. Mas em se tratando de companhia fechada, com apenas cinco acionistas, e que não exigiram o pagamento dos dividendos (que, afinal, permaneceram na empresa sob a forma de subscrição das debêntures), a alegação não se sustenta. É transparente que a emissão de debêntures, comprometendo até 70% dos seus lucros e sem que efetivamente ocorresse a entrada de novos recursos financeiros, só se deu porque direcionada exclusivamente aos seus cinco acionistas (ato de liberalidade). “

A prova utilizada pela fiscalização para a caracterização da indedutibilidade fiscal, como não poderia deixar de ser em eventos dessa natureza, foi indiciária. E a prova indiciária é válida para sustentar acusações fiscais.

Já nas conclusões do plenário de encerramento do IX Simpósio Nacional de Direito Tributário⁴, restou asseverado:

Indícios são fatos conhecidos, comprovados, que se prestam como ponto de partida para as presunções hominis. Estas constituem um processo de raciocínio pelo qual se parte do fato conhecido para um não conhecido com base numa regra de frequência suficiente ou de resultados conhecidos ou em decorrência da previsão lógica do desfecho.

³ Idem, p.136

⁴ IX Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em São Paulo em 23.10.84, sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, sob o tema Presunções no Direito Tributário.



Os lançamentos de tributos com base nas presunções *hominis* ou indícios (ressalvados os indícios veementes quando proporcionam certeza quanto aos fatos), sempre que ocorrer incerteza quanto aos fatos, não se compatibilizam com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.

Sem dúvida, meros indícios isolados não se prestam como prova da ocorrência de fatos jurídicos geradores de exigências tributárias. Mas a doutrina evoluiu muito no sentido de aceitar a prova indiciária em matéria de Direito Tributário.

A presunção simples, na qualidade de prova indireta, é meio idôneo para referendar uma autuação, desde que ela resulte da soma de indícios convergentes, o que é muito diferente de uma autuação lastreada apenas no primeiro elemento colhido pelo Fisco.

Se os fatos relatados pelo fisco apresentarem um encadeamento lógico dos indícios convergentes, a prova estará feita no sentido de convencimento do julgador. Sem descuidar, claro, do acatamento das precisas lições de Alberto Xavier⁵:

Em qualquer caso, está-se sempre perante o mesmo objetivo: a descoberta da verdade material, variando apenas os métodos probatórios predominantemente utilizados pela Administração fiscal, métodos esses que exprimem, afinal, as dificuldades e limitação que a natureza do caso concreto suscita à fixação da verdade.

Contudo, as naturais limitações na fixação da verdade não devem conduzir a arvorar-se a simples probabilidade em princípio de decisão. Reconhecer-se que a certeza é relativa – consequência inevitável de todo o juízo histórico - não autoriza a confundir-se a verdade e verosimilhança, enquanto a primeira excluiu a reserva da verdade contrária. É evidente que a convicção do órgão de aplicação do direito é suscetível de graduação e que, portanto, o grau de convicção necessário para se falar em prova há de ser o necessário para justificar a decisão de que se trata no caso concreto.

Se não bastassem os fatos resumidos nos Quadros acima, os indícios reunidos nos autos são inúmeros e veementes. Listo os mais relevantes:

- 1) O negócio jurídico tem como partes empresas do mesmo grupo: HSJ Comercial S.A (constituída pouco tempo antes das operações), à época da emissão das debêntures com capital social de R\$ 10.000,00 e Patrimônio Líquido de R\$ 5.034,42 e a tradicional e conceituada H Stern Comércio e Indústria S/A (subscritora das debêntures), única sócia (100%) da HSJ;
- 2) Estipulação de prêmio em valor 100 vezes maior que o valor de face do papel;
- 3) Prazo de 10 anos para a efetiva quitação do prêmio, que mediante abuso do instituto do *pro soluto*, possibilitou a imediata redução da base tributável na subscritora, gerando recursos de capitalização às custas do erário;

⁵ XAVIER, A. Do Lançamento no Direito Tributário. 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.144.

- 4) Os acionistas da emissora das debêntures participativas são os mesmos debenturistas, sem riscos, portanto de ceder participação a terceiros e com a garantia da conversão em ações;
- 5) A possibilidade de antecipação da efetiva quitação do prêmio é inócua, pois todos os direitos dos debenturistas já foram assegurados pelo abuso do instituto do *pro soluto*.

Em conclusão, o conjunto probatório me convence do acerto do trabalho fiscal em não aceitar que a redução dos resultados a título de participação de debêntures se amolda à dedutibilidade a que se refere o art. 462 do RIR/99.

Entretanto num ponto a recorrente tem razão, pois, se levarmos em conta que a desconconsideração do negócio jurídico visou o grupo como um todo, e este é o cerne do enredo descortinado pela fiscalização, a tributação na HSJ do lucro recomposto pela não consideração das participações atribuídas às debêntures tem o efeito de transmutar em lucro distribuído, sem tributação, o rendimento de debêntures contabilizado na subscritora H. Stern. Mas este efeito terá que ser considerado na análise do Recurso da H. Stern, que se fará ainda nesta Sessão. Mesmo no caso do imposto de renda na fonte recolhido pela HSJ, os efeitos serão considerados na H. Stern, pois lá foram tributados os rendimentos e foi ela quem, efetivamente, sofreu o ônus do imposto de renda retido na fonte, como lá se demonstrará.

Multa qualificada

Dispõe o art. 44 da Lei nº 9.430/96, na redação que lhe foi dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007:

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

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

(...)

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

(...)

Os artigos da Lei nº 4.502/64 citados tem a seguinte redação:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Está pacificado na doutrina e na jurisprudência, até pela disposição literal dos dispositivos transcritos, que a qualificação da penalidade a que se refere o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 pressupõe a prova de evidente ação ou omissão dolosa tendente a ludibriar o fisco de forma a induzi-lo ou mantê-lo em erro. É dizer, o sujeito passivo oculta deliberadamente os fatos praticados apresentando ao fisco fatos diversos.

Não vislumbro no caso em exame o intuito de fraude sustentado pela fiscalização a justificar a qualificação da penalidade, pois os negócios jurídicos perpetrados pela recorrente se deram como apresentados ao fisco e foram feitos às claras, na medida em que devidamente contabilizados. E mais, toda a operação fora antes analisada pela fiscalização que, em diligência fiscal, atestou sua regularidade, mantendo a pessoa jurídica, no mínimo, em erro.

Houve sim, por parte da fiscalizada, equivocada aplicação da cláusula *pro soluto, possibilitando* indevida utilização de deduções tributárias, sem que tenha havido efetiva aplicação de capital a amortizar. Poder-se-ia cogitar da tipificação do fato na figura, de construção doutrinária e hoje positivada no estatuto civil, do abuso de direito. Entretanto essa hipótese não está contemplada nas causas determinantes da exasperação da penalidade tributária.

Ainda que estivéssemos diante do chamado “planejamento tributário evasivo”, com a única finalidade de economizar tributos, ou seja, com a realização de atos sem propósito negocial, não há como se aplicar penalidade qualificada.

Este Colegiado referendou, em julgamento recente, voto do então Conselheiro Natanael Martins, que brilhantemente sintetizou a posição que adoto. Referido Voto Vencedor foi proferido no Acórdão 107-08.837, vazado nos seguintes termos:

“Com efeito, como visto ao longo das defesas feitas pela recorrente e dos pareceres de juristas acostados aos autos do processo, ainda hoje há na doutrina e na jurisprudência intensa discussão sobre os limites do planejamento, advogando alguns, por uma visão formalista do direito, a sua inquestionável possibilidade, não podendo o FISCO, dessa maneira, de forma alguma desqualificar os atos praticados pelo contribuinte, senão diante de negócios absolutamente simulados; ao passo que outros, numa visão mais ponderada e tendo em vista os valores que o ordenamento jurídico encerra, advogam a possibilidade de desqualificação de certos negócios praticados pelo contribuinte, quando os atos praticados pelo contribuinte não forem coincidentes com a vontade declarada, como soi de acontecer em operações da espécie da que ora se examina.

Pois bem. Diante desse quadro de incertezas, como qualificar os negócios jurídicos praticados pelo contribuinte como realizados com evidente intuito de fraude, principalmente tendo em conta a publicidade das operações realizadas, algumas das quais tendo implicado, inclusive, na entrega de informações ao FISCO, justamente em razão de alguma das operações societárias praticadas.

Justamente porque a obrigação tributária decorre, tão somente, da realização da hipótese de incidência descrita na norma é que o Código Tributário Nacional dispõe:

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

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

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

Por outro lado, certamente tendo como fundamento os cânones do direito infracional, previu ainda o CTN:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Vale dizer, não obstante a obrigação tributária seja exigida abstraindo-se a validade jurídica e os efeitos dos fatos efetivamente praticados (CTN, art. 118), independentemente a responsabilidade por infrações da intenção do agente (CTN, art. 136), a verdade é que o CTN, na definição ou cominação de penalidades, determina que o aplicador da lei, sobretudo autoridades judicantes, interprete os atos ou fatos praticados pelo contribuinte de forma mais favorável diante das situações que o referido art. 112 discrimina, dentre as quais, certamente, se encontra a questão “sub judice”.

Ora, se as operações realizadas pela recorrente, todas elas, foram dotadas da máxima carga de publicidade; se as operações praticadas resultaram informações ao FISCO de sua ocorrência; se as operações foram realizadas com base em doutrina e jurisprudência que lhe atestavam a validade e eficácia; se os atos praticados pelo contribuinte não foram simulados (aqui entendido como simulação absoluta); se, por fim, os atos societários praticados, isoladamente considerados, são válidos - daí a afirmação da recorrente de que em verdade praticara negócio jurídico indireto -, não vejo como manter-se a multa qualificada. Isso em razão da própria aplicação do art. 112 do CTN, ou porque, sobretudo, dos autos do processo não vejo como extrair-se das condutas praticadas pela recorrente a presença do dolo específico como vontade de agir, pressuposto de aplicação, penso, da multa qualificada.

MC

Aliás, oportuno nesse particular citação ao parecer acostado aos autos do processo pela recorrente, da lavra do eminente Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Eduardo Reale Ferrari. No parecer, dado justamente a propósito da aplicação da multa qualificada, cujos excertos abaixo se transcreve, se analisou todas as operações praticadas pela recorrente a luz da doutrina e jurisprudência vigente à época de sua realização:

“(…) a época em que a Consulente concretizou a operação julgada ilegal pela Secretaria da Receita Federal, a doutrina era unânime no sentido de que antes da ocorrência do fato gerador de determinado tributo, o contribuinte poderia movimentar-se livremente a fim de evitar ou minimizar o custo da operação pretendida.”

(…)

“A teoria de Alberto Xavier sobre a tipicidade fechada e o negócio jurídico indireto, também seguida, como visto, por Ricardo Mariz de Oliveira, Antonio Roberto Sampaio Doria e outros, era acolhida pelos julgadores como o meio mais adequado de se promover a elisão fiscal sendo irrelevantes os resultados almejados, ainda que estritamente fiscais.”

(…)

“Todavia, no caso de o Conselho de Contribuintes, “ad argumentandum”, julgar que o planejamento em exame foi evasivo, cremos que a conduta da Consulente estaria isenta de censura em face do erro de proibição escusável, já que agira segundo as orientações de fontes competentes e confiáveis, fundado inclusive em decisões do próprio Conselho de Contribuintes, sendo um paradoxo que a própria Administração puna uma operação em determinado período, quando ela mesma a legitimava e a fomentava por meio de seus julgados, contradizendo a si mesma, violando o “venire contra factum proprium”

(…)”

Ou seja, ainda que se admita, ad argumentandum, que a operação praticada pela Consulente seja passível de tributação, o fato de a Consulente ter incorrido em erro de proibição escusável, porque os ensinamentos da época lhe eram favoráveis, elide por completo o seu dolo, elemento sem o qual inexistia a fraude. Destarte, figurando a fraude elemento constitutivo do crime contra a ordem tributária, na situação em exame não haveria crime.

Se não há fraude, tampouco crime tributário, figurando inadmissível a penalização da suposta falta de recolhimento de tributo com a multa agravada de 150%..”

Cito também, como fez o Conselheiro Natanael Martins, a íntegra do voto vencedor proferido pelo então Conselheiro Mário Junqueira Franco Junior, sobre matéria da espécie, no Acórdão 101- 95.537:

“A questão do planejamento tributário, ou melhor, da elisão fiscal, tem provocado acirrados debates nos Conselhos de Contribuintes.

Há poucos anos, o conceito conferido ao contribuinte de se auto-regular era considerado como absoluto, derivado do que se convencionou chamar de princípio da legalidade estrita, o que levava à

interpretação dos fatos muito mais pelo seu formalismo do que pelo seu conteúdo.

Também era comum adotar-se hermenêutica em face do sentido literal da norma, sem maiores avaliações do seu intuito, desprestigiando-se o seu conteúdo finalístico ou teleológico. Tudo isso em prol da almejada segurança jurídica.

Não são raros os pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais a esse respeito:

ALBERTO XAVIER, in Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, ed. Dialética, p.158, assim vaticinou:

“O princípio da legalidade – limitando a liberdade de apreciação e decisão dos órgãos de aplicação do direito, quanto a fatos que diretamente se repercutem na esfera patrimonial privada dos cidadãos – é imperativo da idéia de segurança jurídica, que exige clareza, confiança e previsibilidade.

A segurança jurídica, assim entendida, é essencial à preservação de um sistema político assente no reconhecimento de uma esfera de liberdades, cujas eventuais restrições tenham na lei e apenas diretamente na lei os seus fundamentos e limites.

A mesma segurança jurídica é essencial à preservação de um sistema econômico, como o de economia de mercado, pois sem ela é impossível a expansão da livre iniciativa, que requer certeza e estabilidade, sem as quais não há planejamento empresarial possível.

Permitir-se que os princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária exorbitem das suas funções de orientação e limite ao legislador ordinário para conferir amplos poderes aos órgãos administrativos e judiciais, com vista a reprimir na fase da interpretação e da aplicação do direito o negócio jurídico fiscalmente menos oneroso, significa a morte no caminho da construção de uma sociedade, em que as liberdades civis e políticas asseguram a economia de mercado e os valores da personalidade.”

No Acórdão 106-09.343/97, a seguinte ementa é esclarecedora, no que pertinente ao assunto ora tratado:

“IRPF – GANHOS DE CAPITAL – SIMULAÇÃO – Para que se possa caracterizar a simulação, em atos jurídicos, é indispensável que os atos praticados não pudessem ser realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização de aumentos de capital, a efetivação de incorporação e de cisões, tal como realizadas e cada um dos atos praticados não é de natureza diversa daquele de que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreram atos diversos dos realizados, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática dos atos praticados eram lícitos, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão e não de evasão ilícita.”

Hoje em dia, no entanto, mais e mais se forma a consciência da responsabilidade social do contribuinte, mormente após o advento das modificações radicais introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

O assunto tem forte matiz ideológico, porém pode e deve ser ancorado nos princípios constitucionais, que nos servem de guia na conformação

MC

dos atos praticados pelos contribuintes, vis a vis a sua liberdade de agir.

A Carta Magna de 1988 traz como norte principal a vontade de contrabalançar direitos e deveres, raramente conferindo um conteúdo absoluto a qualquer direito, salvo o direito à vida. Assim é que, como exemplos, o direito à propriedade está jungido ao seu uso conforme a sua função social, enquanto o direito ao sigilo de dados e comunicações pode ser temperado pelo interesse público de investigação, desde que devidamente autorizado pelo Poder Judiciário.

No campo tributário, o princípio que norteia tanto a instituição de tributos quanto a prática de atos pelo contribuinte é o da capacidade contributiva, pois embute aspectos de isonomia e solidariedade, dispostos nos artigos iniciais de nossa constituição.

Reza o artigo 3º da CF de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem 'de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim é que a liberdade vem de mãos dadas com a justiça e a solidariedade, impondo a todos os cidadãos e aos seus representantes, agir com responsabilidade social, fator limitador da liberdade.

Por isso é que no Direito Tributário a legalidade não pode ser considerada estrita, pelo menos quando tal adjetivo vier com a acepção de que tudo é possível, desde que formalmente lícito o ato praticado. A legalidade existe e deve ser respeitada, mas no sentido da definição dos fatos geradores, pois não se vai exigir prestação pecuniária sem existir lei que tenha instituído certo tributo.

Legalidade estrita não pode ter o condão de permitir atos que, embora formalmente lícitos, sejam desprovidos de propósito comercial efetivo, transgredindo o ordenamento mediante formas vazias de conteúdo, cujo único desiderato seja contornar norma impositiva tributária, fulminando o princípio da capacidade contributiva.

MARCO AURÉLIO GRECO, meu mestre, magistralmente dissecou a questão em seu livro *Planejamento Tributário*, Ed. Dialética, 2004, p. 282:

“O primeiro aspecto a considerar nesta análise resulta de uma comparação entre a Constituição Federal de 1967 e a de 1968. A Constituição Federal deixou de ser uma Constituição do Estado para se uma Constituição da Sociedade brasileira.

Basta realçar dois pontos.

A leitura do preâmbulo de ambas as Constituições é muito indicativa. Inicialmente mostra, claramente, que a CF/67 é um singelo produto da vontade do Congresso Nacional. Com esse caráter anódino sem qualquer comprometimento de caráter substancial com valores humanos e sociais, já se diferencia da CF/46 em que se fazia menção à Assembleia Constituinte e à finalidade de 'organizar um regime democrático', relevante preocupação da época, posto que imediatamente posterior ao período da CF/37.

Por seu lado, o preâmbulo da CF/88 é muito significativo, pois indica não apenas a razão da criação da Constituição mas também as finalidades do Estado.

Com efeito, nele se lê que os representantes do povo reuniram-se em Assembleia Nacional Constituinte '... para instituir um Estado Democrático', vale dizer o Estado é visto como produto da Assembleia e não algo que a antecederia.

Ademais, este Estado Democrático está "...destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...".

Vale dizer, o Estado assim constituído é instrumento para a plenitude dos valores supremos ali enumerados. Ou seja, logicamente os valores supremos preexistem ao Estado e dão as direções que deve seguir, além de explicar o significado das normas que o regulam.

Valores supremos são vistos como antecedentes à própria idéia de Estado e justifica-se a instituição deste apenas como meio para alcançar o fim desejado pela sociedade

A Constituição que daí resulta não é, portanto, mera disciplina do exercício do poder estatal perante a sociedade. É muito mais do que isto. É a descrição da tessitura social dentro da qual o Estado surge como um dos elementos concebidos para viabilizar o atingimento dos objetivos almejados pela Assembleia Nacional Constituinte

O segundo ponto a considerar é a profunda mudança no desenho do próprio texto constitucional.

Esta mudança de perfil do Estado repercute, também, no âmbito da tributação, que deixa de ser vista da perspectiva do confronto entre contribuinte e Fisco – a partir do que as respectivas normas constitucionais assumem o papel de instrumentos de limitação do poder do Estado e proteções ao patrimônio do indivíduo – para ser vista como instrumento de viabilização da solidariedade no custeio do próprio Estado. Daí a necessidade contributiva ser guindada à condição de princípio geral do sistema tributário, a teor do § 1º do artigo 145 da CF.

Portanto, a compreensão e a interpretação do ordenamento tributário começam, a rigor, no preâmbulo da CF/88 e desdobram-se pelos princípios fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos até chegar ao Capítulo tributário. O sistema tributário não é o bastante em si, não existe isolado do contexto, não é o núcleo da Constituição. É parte inegavelmente relevante que encontra seu significado quando visto de fora (à luz do conjunto dos valores constitucionais) e da repercussão que a Constituição como um todo traz para este campo específico."



Dai não ser absoluto o direito do contribuinte de se auto-regular. Deve fazê-lo tendo como contorno a capacidade contributiva, bem como o conteúdo material dos atos, e não o meramente formal.”

Essa linha de entendimento chega forte ao Direito Tributário, na esteira do que estabelecido nas relações privadas com a edição do novo Código Civil, pois princípios basilares do convício em sociedade devem ser observados em nossas condutas, como o da eticidade e o da boa-fé objetiva, bem como privilegiando a função social do contrato.

Já defendi esta posição no Acórdão 101-94.741, no qual destaquei: O ordenamento jurídico tem suas bases muito mais ligadas a interpretações sistemáticas e finalísticas, a ensejar um conjunto sustentado em certa axiologia, ainda que mutável no tempo, do que a restritivas interpretações literais, que insistem em produzir a falácia de que tudo deve estar minuciosamente escrito, como se a tanto o ser humano fosse capaz. Tais interpretações restritivas, que se apóiam, indevidamente, no dito princípio da legalidade estrita e da segurança jurídica, levando ambos ao extremo e deturpando seu conteúdo, apenas fazem sucumbir, como num passe de mágica, a verdadeira capacidade contributiva, e eliminam, com ares de juridicidade, um dever de contribuir, inerente ao convívio em sociedade`.

Para que seja lícita a economia fiscal decorrente de um conjunto de atos os mesmos devem possuir conteúdo próprio, com riscos assumidos inerentes aos institutos adotados, e propósito diverso de simplesmente driblar a aplicação de norma tributária impositiva, conforme nos ensina ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, in O Planejamento Fiscal e a Interpretação no Direito Tributário, ed. Mandamentos, p.69:

“Para nós, em primeiro lugar, para que tivéssemos ‘poupança fiscal’, tornaria necessário que a hipótese resultasse de atos ou negócios lícitos, nos quais as partes, de boa-fé, obtivessem, racionalmente, utilidades recíprocas, sendo que o resultado não poderia ser contrário ao ordenamento jurídico tributário. A ‘economia de opção’, dessa forma, resultaria explicitamente da própria lei, sem atentar contra o espírito e a finalidade da norma de incidência tributária, mesmo estando fragilizada pelas deficiências da técnica legislativa.

Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.”

No caso dos autos isso é patente. Trata-se de conhecido planejamento de venda de participação societária, visando afastar tributação sobre ganho de capital. Ao invés de alienação direta, recebe-se um novo sócio, com investimento acima do valor patrimonial, ou seja, com ágio, retirando-se da sociedade incontinentemente o sócio mais antigo, levando consigo os valores monetários, enquanto o novo sócio permanece com as ações que originalmente pretendia adquirir. Pode ser o total da participação ou apenas parte dela, mas sempre visando escapar do ganho de capital que seria gerado na parte das ações que se pretendia alienar.

Há várias formas de se implementar tal objetivo. Quando, por exemplo, as ações pertencem a pessoas físicas, normalmente conferem-se as cotas em empresa de passagem (conduit company), a fim de que o ágio possa repercutir em equivalência patrimonial no novo patrimônio dos sócios.

A empresa que recebe investimento com ágio, se anteriormente de responsabilidade limitada, é transformada em companhia, para que a reserva não seja tributada.

Existem casos também nos quais se procede a uma "cisão branca", conferindo-se ativos em uma outra empresa (drop down), sendo esta última a receptora do ágio, com subsequente cisão.

Há ainda as "cash companies", nas quais o adquirente constitui uma empresa cujo único ativo é dinheiro em caixa, permutando ações com os antigos sócios, normalmente após uma operação de separação de ativos em empresa específica, conforme antes destacado.

Em todos esses exemplos, inclusive o caso dos autos, o interesse é exclusivamente de escapar à manifestação patente de capacidade contributiva, excluindo a necessária imposição da norma tributária.

Não há qualquer desejo de associação verdadeira. Ou se existir, pela remanescente participação, de fato o que se quer é conferir participação maior ao adquirente daquela que ele mesmo conferiu inicialmente, em percentual sempre ínfimo, pois o restante de sua inversão se faz através de ágio, não tributável, cuja contabilização no patrimônio líquido, em conta diversa da do capital, beneficia a todos os antigos proprietários da empresa.

Há sempre abuso na utilização do ágio como instrumental, haja vista que a não tributação dessa parcela tem como raiz a continuidade da sociedade, fomentando os negócios que lhes são próprios. No entanto, a parcela do dinheiro entregue à sociedade é sempre ato contínuo transferida ao antigo sócio, mediante cisão ou outra forma de retirada da sociedade.

Toda norma tem um caráter positivo de acordo com as suas finalidades. A do ágio vem da necessidade de fomento da sociedade, pelos futuros rendimentos que esta proporcionará ao novo sócio, por isso que o valor em dinheiro entregue à empresa supera o valor patrimonial da ação adquirida.

Ora, desprovido de sentido o ato de adquirir participação ínfima, com concomitante acentuado ágio, para que este valor seja retirado da empresa logo em seguida.

Outro aspecto sempre presente nessas operações são as cláusulas de segurança, que evitam acabem quaisquer das partes em situação não desejada. Um primeiro sintoma dessas disposições é o fator tempo. A integralização de capital e o ágio são executados em espaço de tempo curtíssimo, senão instantaneamente, com a retirada dos antigos sócios, por cisão, permuta ou outra forma qualquer. É claro que o adquirente da companhia não quer permitir que os alienantes mantenham controle da companhia com os valores já entregues.

Muitas das vezes, como no presente caso, há contratos prévios, determinando a cada uma das partes o que se irá fazer, impondo-lhe restrições incontornáveis à manutenção de uma verdadeira associação.

Por todos esses aspectos é que considero não oponível ao fisco a forma de apresentação adotada pela contribuinte, devendo ser cobrado o tributo correspondente ao ganho de capital efetivamente existente, que traduz a verdadeira capacidade contributiva existente nos fatos apresentados.

Cabe ressaltar que não se está a utilizar de analogias ou interpretações de cunho econômico. Para que essas formas de interpretações sejam aplicadas é necessário que os fatos cotejados possuam substrato econômico efetivo, com efeitos semelhantes ou idênticos. No caso, o que se está a fazer é perquirir qual o verdadeiro fato, já que não há conteúdo material pela forma apresentada, pois, como visto acima, todos os efeitos derivados da associação e do ágio conferido nunca puderam ser produzidos, seja por força contratual ou pelo mecanismo adotado na realização do negócio.

Mas concluir-se pela manutenção do lançamento não me parece suficiente para a qualificação da penalidade, matéria que reconheço, sujeita a sinceras controvérsias.

Ocorre que podemos qualificar os atos de planeamento como os dos autos em duas figuras que implicam em dissimulação: Simulação relativa ou fraude à lei.

Não havendo atos antedatados ou pós-datados, ou falsidade material nos documentos apresentados, afasto de antemão a figura da simulação absoluta, à luz do que dispunha o Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos apontados na autuação, bem como pelos contornos das novas regras do Código Civil de 2002.

A questão fica vinculada ou à dissociação da vontade externada com dissimulação, ou ao interesse restrito na obtenção do benefício tributário através do negócio jurídico querido e formalizado, porém para mero contorno de norma imperativa.

A simulação relativa representa a dissimulação pura e simples de um fato. Não existe mais nada além do ato dissimulado.

O MINISTRO MOREIRA ALVES assim define a simulação relativa, in Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ESAF, Brasília, 2002, p. 64:

“Na simulação absoluta, cria-se apenas uma aparência que não se destina a ocultar o negócio que realmente se deseja. É o caso, por exemplo, de, ocorrendo uma revolução, e havendo perspectiva de confisco dos bens dos anti-revolucionários, um deles celebra, simuladamente – simulação absoluta – contrato de compra e venda com um amigo que não corre o risco por ser partidário da revolução, tornando-se este aparentemente proprietário da coisa, e não ocorrendo, portanto, o risco de tê-la confiscada. Criou-se a aparência sem que se oculte por baixo dela um negócio jurídico que é realmente desejado.

Na simulação relativa, não. Nela tem-se um negócio jurídico simulado, que é aquele que cria a aparência, e tem-se um negócio jurídico dissimulado, que é aquele oculto por essa aparência. Aqui, portanto, se tem um negócio jurídico que aparente ser aquilo que não é, que é o negócio jurídico simulado, e o negócio jurídico dissimulado, que é aquele oculto pelo negócio jurídico simulado e que é o negócio realmente desejado. Isso ocorre, por exemplo, quando o marido, não podendo fazer doação à sua concubina, simula compra e venda, pois não recebe o preço, para que essa compra e venda, na realidade, oculte uma doação.”

A fraude à lei, por seu turno, é um drible na norma imperativa. Exemplo clássico é citado por MARCO AURÉLIO GRECO na obra supracitada, no qual um contribuinte, impossibilitado de importar um veículo por expressa vedação legal, importa todas as peças para produzi-lo, pois havia permissão para importação de peças visando reposição dos veículos importados antes da vedação.

O objetivo era importar um carro, e foi alcançado através de um drible no ordenamento, utilizando-se de uma norma que tinha fins diversos ao pretendido pelo contribuinte, o qual era em verdade expressamente vedado.

É a burla ao ordenamento; aos seus fins.

Outro exemplo é dado pelo MINISTRO MOREIRA ALVES, no tempo da Constituição Imperial de Constantino, no qual as doações acima de 500 sólidos deviam ser celebradas por contrato escrito e registradas. Então as pessoas celebravam diversas doações em valores inferiores ao piso estabelecido, burlando o fim pretendido pela norma.

O MINISTRO MOREIRA ALVES assim coloca a questão da fraude à lei, op. cit., p.68:

“Daí, na interpretação da lei, examinar-se, num primeiro estágio (o da interpretação gramatical ou literal), os verba legis, ou seja, as palavras da lei, e num segundo estágio (o da interpretação lógica), a mens legis (o espírito da lei)

A mesma distinção é de fazer-se aqui, porque no problema da fraude à lei que ocorre justamente é isto: observa-se a letra da lei, mas para se alcançar um fim contrário ao espírito da lei. Emprego a palavra lei no sentido amplo, para traduzir norma jurídica, pois, embora sejam raros os exemplos, é possível inclusive ocorrer fraude ao costume.

Quando o ato vai contra as palavras e o espírito da lei, é ele contra legem, contrário á lei, em que há violação direta da lei.

Já quando o ato preserva a letra da lei, mas ofende o espírito dela, o ato é fraude à lei. É possível, para praticar-se fraude à lei, que haja a utilização de um só ou um complexo de atos...

Temos, portanto, que a fraude à lei é uma espécie do gênero violação à lei. Quando é contra legem, há violação direta: quando é in fraudem legis, temos violação indireta.

Também nesses casos se trata de ato ou negócio jurídico querido ou de complexo de atos ou negócios jurídicos queridos, havendo coincidência

entre a vontade e a sua manifestação, ao contrário do que ocorre na simulação.

Tenho dificuldades em afirmar, de forma peremptória, em qual categoria estaria um planejamento como o do caso em tela, embora me incline para a simulação relativa, pois o negócio jurídico praticado não foi desejado pelas partes. Não houve interesse na associação. Houve interesse de alienação das ações.

Nos exemplos acima de fraude à lei o negócio é sempre desejado: importar peças para fazer um carro ou doar dinheiro. Entretanto, foram realizados de maneira a burlar a norma.

No entanto, percebo no caso desse processo todos os elementos que compõem os institutos.

Há dissimulação, falta de substância na forma escolhida, cláusulas de segurança quanto à produção de efeitos diversos dos verdadeiramente pretendidos etc.

O drible na imposição tributária também está presente.

Ou seja, em matéria tributária, tirante a simulação absoluta, que se externa pela falsidade material ou ideológica dos atos praticados, os vícios das patologias de fraude à lei e simulação relativa muitas vezes se confundem, podendo-se vislumbrar, igualmente, abuso na utilização dos institutos, pois em dissonância com as suas inerentes finalidades.

Por esse motivo, devo analisar a imposição da penalidade qualificada em cada um dos vícios supramencionados, já que, no meu entender, está só seria aplicável, no momento atual, em casos de simulação absoluta.

Faço uso da expressão "no momento atual", pois não posso conceber que diante de tanta divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do ato praticado pelo contribuinte, possamos, vários anos após a sua execução, elevá-lo a status de crime de sonegação fiscal.

Vale ressaltar que, até mesmo nos dias atuais, há correntes a defender tratar-se meramente de um negócio jurídico indireto, cuja licitude é avaliada tão-somente pela forma de apresentação dos atos, sem análise da existência de qualquer conteúdo ou finalidade.

Cito como exemplo o Acórdão 106-14.483, do ano passado:

"GANHO DE CAPITAL. SIMULAÇÃO. PROVA. A ação do contribuinte de procurar reduzir a carga tributária por meio de procedimentos lícitos, legítimos e admitidos por lei releva o planejamento tributário. Para a invalidação dos atos ou negócios jurídicos realizados, cabe à autoridade fiscal a ocorrência do fato gerador ou que o contribuinte tenha usado de estratagemas para revesti-lo de outra forma. Não havendo impedimento legal para a realização das doações, ainda que delas tenha resultado a redução de ganho de capital produzido pela alienação das ações recebidas, não há como qualificar a operação de simulada. A reduzida permanência das ações no patrimônio dos donatários/doadores e doadores/donatários, por si só, não autoriza a conclusão de que os atos e negócios jurídicos foram simulados. No ano-calendário de 1997 não havia a



incidência de imposto sobre ganho de capital produzido pela diferença entre o custo de aquisição pelo qual o bem foi doado e o valor de mercado atribuído no retorno do mesmo bem.”

Tratava-se de doação feito pelo filho ao pai, com imediata antecipação de legítima feita pelo pai, esta por valor de mercado, possibilitando a alienação sem posterior ganho de capital. A análise feita pela colenda Sexta Câmara indica forte entendimento no sentido dos aspectos formais, pois norma antielisiva específica só foi editada posteriormente, demonstrando convicção de que o planejamento pode existir se não houver expressa vedação legal, mesmo que o imediatismo das operações pudesse externar o intuito meramente tributário das doações realizadas.

Assim, nesse ambiente de conflito doutrinário, não há dificuldades a um contribuinte em ancorar seu procedimento em precedentes jurisprudenciais, nem tampouco de obter pareceres de juristas de escol a fundamentar sua pretensão.

Alicerçar o lançamento na nova doutrina da interpretação dos fatos, privilegiando a verificação da verdadeira capacidade contributiva, não pode enveredar a ação fiscal para conclamar a aplicação da penalidade qualificada.

Aplica-se à espécie, sem pretensões de maiores conhecimentos no campo de Direito Penal, o denominado erro de proibição, a afastar, pela razoabilidade do desconhecimento da ilicitude do ato praticado, punibilidade diversa daquela do simples retardar no recolhimento do tributo, ou seja, a multa de lançamento de ofício de 75%.

O erro de proibição está assim definido por LUIZ REGIS PRADO, in Elementos de Direito Penal, vol. 1, Ed. RT, 2005, p.132:

“Erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”(art. 21, CPC).

Trata-se de erro que tem por objeto a proibição jurídica do fato. É dizer: o agente perde, em decorrência de erro de proibição, a compreensão da ilicitude do fato. Constitui o lado oposto da consciência do injusto: supõe erroneamente que atua de forma lícita, conforme a norma, v.g., o agente acredita que ter em depósito cocaína não é vedado.

A diferença decisiva entre erro sobre os elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato “não se refere à oposição fato-conceito jurídico, mas sim à diferença tipo-ilicitude”. Assim, quem se apodera de coisa alheia, que erroneamente considera sua, encontra-se em erro de tipo, pois não sabe que subtrai coisa alheia; mas quem acredita ter direito de fazer justiça pelas próprias mãos e se apodera de coisa alheia (caso do credor/devedor insolvente), encontra-se em erro de proibição, sobre a ilicitude de sua conduta...”

Perceba-se a justificativa que tem um contribuinte, ao pesquisar a jurisprudência vacilante e a doutrina divergente, em considerar que estava agindo lícitamente. Há pouco tempo, inclusive, prevalecia o entendimento de que a adoção de formas lícitas era suficiente para garantir a economia tributária visada com a sequência de atos,



independentemente do seu tempo ou ausência de qualquer outro propósito comercial.

Inaceitável a qualificação da multa, principalmente para atos praticados há muitos anos, quando ainda incipientes as discussões a respeito das patologias que tornam não oponível ao fisco determinado planejamento tributário.

Talvez não tenha sido outra a razão da edição dos artigos 13 a 19 da MP 66/2002, que exigia apenas a penalidade moratória, após a requalificação dos fatos, conforme abaixo:

“Art.13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subseqüentes.

Parágrafo único .O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art.14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito comercial; ou

II - abuso de forma.

§2º Considera-se indicativo de falta de propósito comercial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§3º Para o efeito do disposto no inciso II do §1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Art.15. A desconsideração será efetuada após a instauração de procedimento de fiscalização, mediante ato da autoridade administrativa que tenha determinado a instauração desse procedimento.

Art.16. O ato de desconsideração será precedido de representação do servidor competente para efetuar o lançamento do tributo à autoridade de que trata o art. 15.

§1º Antes de formalizar a representação, o servidor expedirá notificação fiscal ao sujeito passivo, na qual relatará os fatos que justificam a desconsideração.

§2º O sujeito passivo poderá apresentar, no prazo de trinta dias, os esclarecimentos e provas que julgar necessários.

§3º A representação de que trata este artigo:

I - deverá conter relatório circunstanciado do ato ou negócio praticado e a descrição dos atos ou negócios equivalentes ao praticado;



II - será instruída com os elementos de prova colhidos pelo servidor, no curso do procedimento de fiscalização, até a data da formalização da representação e os esclarecimentos e provas apresentados pelo sujeito passivo.

Art.17. A autoridade referida no art. 15 decidirá, em despacho fundamentado, sobre a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados.

§1º Caso conclua pela desconsideração, o despacho a que se refere o caput deverá conter, além da fundamentação:

I - descrição dos atos ou negócios praticados;

II - discriminação dos elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária;

III - descrição dos atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos;

IV - resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes referidos no inciso III, com especificação, por tributo, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos encargos moratórios.

§2º O sujeito passivo terá o prazo de trinta dias, contado da data que for cientificado do despacho, para efetuar o pagamento dos tributos acrescidos de juros e multa de mora.

Art.18. A falta de pagamento dos tributos e encargos moratórios no prazo a que se refere o §2º do art. 17 ensejará o lançamento do respectivo crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração, com aplicação de multa de ofício.

§1º O sujeito passivo será cientificado do lançamento para, no prazo de trinta dias, efetuar o pagamento ou apresentar impugnação contra a exigência do crédito tributário.

§2º A contestação do despacho de desconsideração dos atos ou negócios jurídicos e a impugnação do lançamento serão reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente.

Art.19. Ao lançamento efetuado nos termos do art. 18 aplicam-se as normas reguladoras do processo de determinação e exigência de crédito tributário."

Tal dispositivo, infelizmente, deixou de ser convertido em regra procedimental específica para lançamentos desse tipo, o que poderia ter em muito beneficiado o relacionamento do fisco com o contribuinte, estabelecendo contraditório antecipado das razões do ato, e oportunizando o recolhimento do tributo com apenas acréscimos moratórios.

Para aqueles que entendem existir fraude à lei, vale destacar que esta não se confunde com a fraude criminal, conforme novamente nos ensina MARCO AURÉLIO GRECO, op. cit., pp. 223 e 230:

"...podem ser identificadas duas situações distintas às quais a palavra "fraude pode se referir: 1) a fraude à lei, em que há atos lícitos e violação indireta ao ordenamento como um todo e frustração da sua imperatividade; e 2) a fraude contra o Fisco em que a conduta agride diretamente uma norma que assegura

um direito ou crédito do Fisco – existente ou em curso de formação – de modo a escondê-lo ou impedir seu surgimento.

(...)"

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

Ora, todas as operações realizadas foram devidamente informadas pelo contribuinte, com as devidas declarações e registros contábeis, inclusive a declaração da cisão realizada. O Fisco não teve qualquer dificuldade em apurar os elementos do negócio realizado, e devidamente qualificá-lo, para exigir o tributo devido.

Esse mesmo entendimento foi esposado pela colenda Terceira Câmara, em caso do planejamento denominado "incorporação às avessas", conforme excerto do voto condutor do Acórdão 103-21047/2002:

Verificada a impropriedade, para efeitos fiscais, da incorporação realizada, pois contaminada por vício de simulação, fica obstada a compensação de prejuízos oriundos da empresa SUPREMA S/A, tornando-se inócua a preliminar suscitada que, por isso, deve ser rejeitada.

No que concerne à penalidade imposta, esta foi a cominada no art. 992, inc. II, do RIR/94, aplicável "nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502, de 30 de novembro de 1964", os quais, expressamente, contemplam hipóteses de intenção dolosa do agente, a saber:

"Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa."

"Art. 72- Fraude é toda ação ou omissão dolosa."

"Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso."

O comando legal que remete aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64, delimita a aplicação da multa agravada aos casos de evidente intuito de fraude.

A "evidência" indicada na lei exige que o intuito de fraude aflore com tal clareza que não se possa pôr em dúvida ter havido má-fé nos atos praticados, com inequívoco propósito de violar disposição legal.

A matéria objeto destes autos compreende caso de "simulação relativa" ou "dissimulação", e a doutrina maciçamente alerta para a dificuldade de definir, com precisão, a linha fronteira que separa o ato elisivo do negócio dissimulado."

Também é comum recomendação de cautela, por parte do intérprete e aplicador da lei, pelas dificuldades práticas de se concluir por hipótese de evasão ou elisão, pois é insuficiente o elemento temporal (antes ou depois de ocorrência do fato gerador), especialmente em casos de simulação relativa, cuja determinação vincula-se, via de regra, a fatos,

indícios e presunções, por isso que cada situação deve ser analisada isoladamente.

Em face de tais circunstâncias, vejo-me diante de muitas dificuldades para caracterizar a "evidência" exigida pela lei, cumulada com o "intuito de fraude" (este de caráter manifestamente subjetivo), pelas seguintes razões:

- as empresas envolvidas nas operações acoimadas de simulatórias são todas sociedades anônimas, em razão do que os atos praticados impõem divulgação e registro nos órgãos públicos, o que foi feito;

- todas as operações estavam devidamente lançadas na escrituração comercial e fiscal, não se vislumbrando qualquer hipótese de ocultação ou resistência a fornecimento de informações ou documentos solicitados pela Fiscalização;

- foram cumpridas, junto à Receita Federal e demais órgãos públicos, as formalidades próprias aos atos de incorporação.

.O que não padece de dúvidas é a intenção do contribuinte em economizar imposto, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos, na forma da lei. Se conseguiu o "desideratum" é outro aspecto da questão, mas daí a afirmar-se estar configurado um "evidente" intuito de fraude há, no meu juízo, um considerável distanciamento.

Em assim sendo, não se pode olvidar que o Código Tributário Nacional, em seu Livro II - Normas Gerais de Direito Tributário, no capítulo IV que trata da Interpretação e Integração da Legislação Tributária, acha-se incluído no art. 112, que dispõe:

"Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação."

Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para agravamento da penalidade, a recomendar a aplicação da multa destinada às infrações não dolosas, prevista no art. 992, inciso I, do RIR/94, então vigente."

Não há como discordar dos raciocínios dos cultos Conselheiros citados.

Ainda que se possa vislumbrar nas condutas da autuada as figuras doutrinárias, e hoje positivadas na legislação civil, da fraude à lei e do abuso de direito, se os atos negociais foram devidamente registrados, feitos às claras e cumpridas todas as obrigações acessórias, quando foi dado ao fisco conhecer, sem dificuldade alguma, toda a extensão dos negócios



engendrados, não cabe a qualificação da penalidade, porque não provadas as figuras delituosas requeridas pela lei que autoriza a exasperação.

A redução da penalidade promovida na esfera administrativa não interfere, e nem poderia, em eventual apuração da ocorrência de figuras delitivas em instâncias próprias do direito penal.

Nessa ordem de juízo, afasto as preliminares de nulidade e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

Sala das Sessões, em 17 de dezembro de 2008.



LUIZ MARTINS VALERO