



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

Processo nº 18471.000009/2006-33
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.189 – 1ª Turma
Sessão de 21 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado HSJ COMERCIAL S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2002

MULTA QUALIFICADA.

Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio -- respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de simulação não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento, vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Relator), Adriana Gomes Rego, André Mendes Moura e Carlos Alberto Freitas Barreto. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada).

Esteve presente e procedeu à sustentação oral a Patrona da Recorrida, Dra. Mary Elbe Gomes Queiroz OAB-PE 25.620.

(Assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Relator.

LIVIA DE CARLI GERMANO - Redatora designada.

EDITADO EM: 19/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Cristiane Silva Costa, Adriana Gomes Rego, Luís Flávio Neto, Andre Mendes de Moura, Livia De Carli Germano (Suplente Convocada), Rafael Vidal de Araújo, Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente) e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório do acórdão recorrido, com adendos para melhor descrição dos fatos.

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. 253/297, 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 - HSCI), 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 (HSCI) detém 100% de participação na emissora (HSJ).

A subscrição pela controladora H. Stern Comércio e Indústria S/A (HSCI) 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 - HSCI), 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 Avenças, pelo qual a subscritora (H Stern - HSCI) 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.

Segundo a autoridade autuante, na data da emissão das debêntures o valor do Capital Social da emissora era de apenas R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e o Patrimônio Líquido, em 31.12.1998 alcançava o valor de R\$ 5.034,42 (cinco mil e trinta e quatro reais e quarenta e dois centavos).

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.

Em resposta a Intimação Fiscal sobre porque pagou um prêmio 100 vezes maior do que o valor de face do papel, a subscritora dos papéis alegou, em síntese, que :

- "A debenturista assim procedeu pelo fato de o prêmio pago à emitente representar "aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social" da debenturista, sendo certo que, em função da aquisição das debêntures a debenturista terá direito a receber 100% do resultado da emitente até que ocorra a extinção desta".

As razões econômicas que nortearam a operação com as debêntures podem ser evidenciadas da forma adiante exposta:

*- O montante total envolvido nessa operação foi o estimado como necessário para o desenvolvimento completo, e efetiva implantação, do Plano de Expansão para o século XXI. A alternativa escolhida como fonte de financiamento (funding) do Plano de Expansão foi a que melhor atendeu aos seguintes objetivos: a) **gerar um reduzido índice de endividamento**, de modo que o investidor aceitasse ser remunerado apenas com base no resultado produzido a partir da implementação do Plano de Expansão; b) **ter um investidor que, num primeiro momento, não precisasse assumir a posição de acionista**, o que, inclusive, atende o interesse da emitente de manter a atual qualidade e controle de gestão, o que lhe garante a adequada preservação de seus mais valiosos ativos, quais sejam: Marca , Know-How; e c) sendo do interesse do **investidor vir a assumir a qualidade de acionista**, que ficasse juridicamente garantida a atual qualidade e controle da gestão. Para atender a todos esses objetivos foi adotado como funding a emissão de debêntures participativas,*

que remunerassem o investidor/debenturista exclusivamente com base no resultado da atividade a ser desenvolvida pela emitente. (grifei)

- Nesse contexto, considerando que o montante total de recursos necessários a serem recebidos por meio de operação de debêntures é a soma do valor de face mais o valor de prêmio, e o objetivo de garantir um mínimo índice de endividamento, decidiu-se que o valor de face das debêntures (único valor representativo do montante da dívida da emitente) deveria ser o mínimo estimado como necessário para desenvolver os estudos preliminares para implantação do Projeto de Expansão (estudos de viabilidade e projetos de implantação). Por seu turno, o valor do prêmio corresponderia propriamente aos investimentos (plantas, equipamentos, pessoal, estoques, capital de giro etc.) necessários à concreta implementação do Projeto de Expansão, investimentos que são imprescindíveis para a efetiva obtenção dos resultados da emitente. (grifei)

- Em outras palavras, a dívida só é representada pelo valor de face. Não há dívida com relação ao valor do prêmio, eis a razão de o legislador societário (art. 182, § 2º, "c", da lei nº 6.404/76) e o legislador fiscal (art. 442, caput, do Decreto 3.000 - RIR/99) determinarem que o valor do prêmio seja contabilizado como reserva de capital da emitente. (grifei)

Em resposta à pergunta “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?”, respondeu a contribuinte:

Como a operação foi estruturada dentro 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".

Consta também que:

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).

E adiante:

Como o prêmio pago na subscrição de debêntures foi amortizado na subscritora HSCI, além da glosa da participação contabilizada na atuada, a fiscalização glosou o prêmio

amortizado na subscritora, matéria tratada originalmente no Processo 18471.000013/2006-00 - Recurso 154.515, transferida para o e-processo nº 16646.720035/2015-06, de interesse da HSCI, depois do pedido parcial de parcelamento, o qual encontra-se no CARF aguardando para distribuição/sorteio.

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.

Cientificada da Decisão em 15.05.2006, a autuada recorreu em 14.06.2006, repisando as alegações trazidas na impugnação, acrescentando 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.

- 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.

- escudando-se em doutrina e jurisprudência para defender que não incorreu em simulação como acusado pelo fisco, 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.

- é 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.

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

O Colegiado *a quo*, ACORDOU, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de decadência, e, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário da autuada, para reduzir a penalidade a 75%.

Em sessão de 17 de dezembro de 2008, os membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes acordaram, 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 Acórdão nº 107-09.601. 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. Participaram, ainda, do julgamento, os Conselheiros: Marcos Shigueo Takata, Décio Lima Jardim (Suplente Convocado) e Carlos Alberto Gonçalves Nunes. O acórdão n. 107-09.601 traz a seguinte ementa:

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

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

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 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.

A Fazenda Nacional apresentou, então, recurso especial de divergência (fls. 926/935), no qual solicita que seja provido o presente recurso especial para que seja reformada a decisão hostilizada, restabelecendo-se a qualificação da multa de ofício, ou seja, para 150%.

O recurso especial foi admitido pelo presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF, conforme Despacho de folhas 937/941.

Devidamente cientificada, a autuada apresentou contrarrazões às folhas 965/984.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

Conheço do recurso pois preenchem os requisitos de admissibilidade.

A matéria posta à apreciação por esta Câmara Superior refere-se a desqualificação da multa imposta ao contribuinte.

Passo à análise do tema.

O acórdão recorrido proferido pela colenda Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, desqualificou a multa de ofício por não vislumbrar no caso em exame o intuito de fraude sustentado pela fiscalização a justificar a qualificação da penalidade.

Para tanto, é citado trecho do voto vencedor do então Conselheiro Natanael Martins, 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:

I I - 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.

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%."

Em seguida, o acórdão recorrido transcreve na íntegra o voto vencedor proferido pelo então Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sobre matéria da espécie, no Acórdão 101- 95.537, concluindo que 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 qualificação da multa imposta foi em decorrência do disposto no artigo 44, inciso II, da Lei nº. 9.430/1996 (atual art. 44, I c/c §1º, da Lei nº 9.430/96, conforme nova redação conferida pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, resultante da conversão da MP nº 351/2007), cujo teor é o seguinte:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303. de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351. de 2007)

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Vide Mpv nº 303. de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

II-cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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. (Vide Lei nº 10.892. de 2004) (Vide Mpv nº 303. de 2006) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)" (original sem negrito). — Redação anterior à alteração legislativa, vigente à época do lançamento.

Como determinado no mencionado inciso II, aplica-se a multa de 150% nos casos de **evidente intuito de fraude**, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/66, que dispõem:

"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 do 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 artigos 71 e 72." (grifei)

Vale ressaltar que o "**evidente intuito de fraude**" aplica-se aos casos de sonegação (art. 71), fraude (art.72) ou conluio (art. 73) por força do disposto no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Verifica-se que a sonegação, do artigo 71, refere-se à conduta (comissiva ou omissiva) para impedir ou retardar **o conhecimento da ocorrência do fato gerador** ou das condições pessoais da contribuinte. Fraude, do artigo 72, **que não se trata de fraude à lei, mas ao Fisco**, atua na formação do fato gerador da obrigação tributária principal, impedindo ou retardando sua ocorrência, **como, também, depois de formado, modificando-o para reduzir imposto ou diferir seu pagamento.**

O acórdão recorrido defende que a fraude figura como elemento constitutivo do crime contra a ordem tributária e que na situação em exame não haveria crime, "e se não há fraude, tampouco crime tributário, figurando inadmissível a penalização da suposta falta de recolhimento de tributo com a multa agravada de 150%".

Por tratar deste assunto, é importante transcrever ensinamento de Marco Aurélio Greco¹, que assim se pronuncia ao dissertar sobre o então inciso II, do art. 44 da Lei nº.9.430/96:

"Na segunda hipótese, o Fisco, em razão dos fatos ocorridos, tem um interesse a ser protegido (um crédito a haver) que é impedido ou frustrado pela conduta do contribuinte. É o que se poderia chamar de fraude em sentido estrito ou de feição penal.

É nítido que o inciso II do artigo 44 está se referindo a este segundo tipo de fraude e não ao primeiro. Tanto é assim que a parte final do dispositivo é explícita ao prever que a incidência da multa de 150% dar-se-á independente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Ora, se a lei em questão estabelece que tal multa tributária incidirá independentemente de outras penalidades, inclusive criminais, isto significa que o pressuposto de fato captado pelo dispositivo tributário é um pressuposto de fato que também se enquadra em norma penal" (sem destaques no original).

No voto do acórdão recorrido, citando trecho do voto vencedor proferido no acórdão 107-08.837, é afirmado que os limites do planejamento tributário, advogado por alguns, numa visão formalista do direito, seria 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.

Ora, como afirmado acima, mesmo numa visão formalista do direito, que defende praticamente a liberdade plena do planejamento tributário, é permitido ao **FISCO desqualificar os atos praticados pelo contribuinte, diante de negócios absolutamente simulados.**

No entanto, o acórdão recorrido entendeu que se "as operações realizadas pela recorrente foram dotadas da máxima carga de publicidade e **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".

Constata-se que a aparente contradição do acórdão recorrido encontra-se na distinção que é feita, para fins de qualificação da multa, entre simulação absoluta e simulação relativa, mas sem dúvida, existe simulação.

O acórdão recorrido definiu o caso como acusação fiscal de simulação das operações no âmbito do Grupo H Stern, com vista à geração das despesas e da dedução da participação paga.

Para os fundamentos de decisão de mérito, o voto afirma que 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.**

Ainda é afirmado que a simulação que leva ao contorno da norma de incidência, figura muito próxima da fraude à lei, tem consequências de há muito delineadas na legislação. Em outras palavras, **a formalidade jurídica não pode se sobrepor à substância.**

Outros trechos do voto do relator denotam claramente o reconhecimento de simulação no caso concreto, conforme a seguir:

"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".

E adiante:

"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".

"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".

"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".

Há que se concordar com a recorrente quando sustenta que:

Resta clara a simulação no presente caso, em face da subscrição de todas as debênture/pela controladora e única sócia da empresa autuada, com prêmio na emissão no montante 100 vezes superior ao valor nominal do título, cuja emissão ainda é remunerada através de 100% de participação dos lucros da emitente. Esta operação, na realidade, foi realizada com objetivo de transformar a distribuição de dividendos em participação nos lucros, que é dedutível da base de cálculo do imposto de renda sobre pessoa jurídica.

Verifica-se, na espécie, negócio simulado, com o fim específico de obter dedução na apuração do lucro líquido, conforme anotado com exatidão pela DRJ, nos seguintes termos:

"Trata-se, portanto, de simulação de negócio jurídico com o fim específico de dedução, na apuração do lucro líquido, das participações nos lucros asseguradas a debêntures de sua emissão."

*Todos estes fatos conduzem à conclusão de que o sujeito passivo, por **ação consciente e dolosa**, emitiu debêntures com o claro intuito de utilizá-las, por meio de sua remuneração pela participação nos lucros, para reduzir o seu lucro, e, conseqüentemente, diminuir sua carga tributária.*

A esse respeito, dissertando sobre o tipo de injusto de ação doloso, Luiz Régis Prado² afirma desdobrar-se esse em tipo objetivo e tipo subjetivo.

O tipo objetivo desdobra-se em elementos descritivos (seres ou atos perceptíveis pelos sentidos) e elementos normativos, os quais exigem um juízo de valor - valoração jurídica (exs.: cheque, casamento) ou extrajurídica (ex. ato obsceno).

O tipo subjetivo abrange os aspectos pertencentes ao campo anímico espiritual do agente. É formado pelo dolo (elemento subjetivo geral) e pelo elemento subjetivo do injusto (elemento subjetivo especial do tipo).

Assevera o autor:

"[...]"

É uma parte subjetiva do tipo do injusto que implica em desvalor da ação de natureza mais grave. [...]"

São seus elementos: a) cognitivo ou intelectual (conhecimento da ação típica); b) volitivo (vontade de realizar a ação típica, que pressupõe a possibilidade de influir no curso causal).

[...]

O dolo abrange o fim visado pelo agente, os meios empregados e as consequências secundárias vinculadas à relação meio-fim.

[...]

*O dolo deve ser simultâneo à realização da ação típica. A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal. Da relação entre a vontade e os elementos objetivos, defluem as espécies de dolo: a) dolo direto ou imediato: a vontade se dirige à realização do fato típico, querido pelo autor (teoria da vontade — art. 18, I, CP); b) dolo eventual: o agente não quer diretamente a realização do tipo objetivo, mas aceita como provável ou possível - assume o risco da produção do resultado (teoria do consentimento - art. 18, I, in fine, CP). **O agente conhece a probabilidade de que na ação efetive o tipo. O que o caracteriza é a representação de um possível resultado (elemento cognitivo)**".(sem negrito no original).*

Para o elemento subjetivo do injusto, há exigência de outros elementos, destacando-se, para o caso, o especial fim de agir, onde o agente busca um resultado compreendido no tipo, mas que não precisa necessariamente alcançar.

O negócio jurídico ora analisado foi um ajuste doloso entre duas pessoas jurídicas (HSJ e HSCI), claro, por via de seus administradores, pessoas físicas, que conceberam a operação, visando diminuir o lucro líquido apenas para fins tributários, configurando conluio conforme determina o artigo 73 da Lei nº 4.502/66 acima transcrito, pois uma emitiu debêntures remuneradas pela participação em seu lucro, com o único **fim** de reduzir a base do cálculo do imposto à medida que a forma de remuneração eleita constitui hipótese de dedução do lucro, enquanto a outra deduziu a subscrição como despesa, o que confirma o intuito de fraude, motivo pelo qual foi devidamente aplicada pela fiscalização **a multa de 150%**.

Ademais, como resultado de suas condutas dolosas, objetivando a redução do crédito tributário, houve evidente prejuízo ao erário (em torno de R\$ 14 milhões) conforme diagnosticado pelo voto do relator do acórdão recorrido.

No nosso entender, não há dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos efeitos do negócio jurídico simulado e do que se pretendeu simular. Tampouco restam dúvidas a quem cabe a autoria, imputabilidade, ou punibilidade, o que afastaria a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN, que resultaria em cominação de penalidade mais favorável ao acusado, como defende o acórdão recorrido.

Isto posto, voto por DAR provimento ao recurso especial de divergência da Fazenda Nacional, restabelecendo-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) por configurar evidente intuito de fraude, nos termos da fundamentação supra, por força do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 (atual art. 44, I, c/c § I, da Lei nº 9.430/96, conforme nova

redação conferida pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, resultante da conversão da MP n.º 351/2007), mantendo a qualificação da multa no patamar de 150%.

(Assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano - Redatora designada.

Em que pese o brilhante voto do Relator ousou dele divergir, pelas razões a seguir expostas.

Ao analisar o Relatório da Atividade Fiscal (fls. 253-297) e o Auto de Infração (fls. 298-312) verifico que a qualificação da multa teve por base exclusivamente o artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, sem que se tenha feito qualquer menção a qual das hipóteses da Lei 4.502/1964 a autuação fiscal esteve baseada.

Veja-se, neste sentido, trechos do Relatório da Atividade Fiscal e do Auto de Infração que trataram da qualificação da multa:

Relatório da Atividade Fiscal

"6. DA CONCLUSÃO DA AUDITORIA FISCAL

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 através de 100% de participação nos lucros, foi mera SIMULAÇÃO cujos reais objetivos eram:

a) Efetuar aporte de capital social na empresa HSJ Comercial S/A tendo sido disfarçado em emissão de debêntures," com o intuito de amortizar o Prêmio na Aquisição 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, juntamente com o valor nominal das debêntures (esta matéria está sendo objeto de lançamento na controladora H Stern Comércio e Indústria S/A);

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.

(...)

Sendo assim, conclui-se que, para os efeitos tributários, a emissão das debentures e seus respectivos prêmios devem ser descaracterizadas para que floresça o verdadeiro objetivo intentado de deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL valores que deveriam ter sido contabilizados como Capital

Social e de distribuir dividendos como se fossem Participações de Debêntures no Lucro."

(...)

Chega-se, portanto, a conclusão de que a operação de debêntures efetuada pelo grupo teve a única intenção de transformar um aporte de Capital Social em emissão de debêntures com prêmio com a finalidade de deduzir da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido o "alegado" Prêmio na Aquisição de Debêntures e deduzir da base de cálculo do imposto de renda da emissora o valor da participação nos lucros, que na verdade são dividendos. Ressalta-se que nunca houve a efetiva captação de recursos, base de uma emissão de debêntures. Houve, até, a antecipação do pagamento da Nota Promissória, através de diversas operações, tipo dação em pagamento com a entrega de mercadorias, pagamento de despesas de sua controlada HSJ Comercial S/A, etc, porém, sem configurar a obtenção de novos recursos para o projeto de Expansão da empresa, conforme alegou a emitente das debêntures, a empresa HSJ Comercial S/A. (...)"

Auto de Infração

"MULTAS PASSÍVEIS DE REDUÇÃO - Fatos Geradores a partir de 01/01/1997 - 150,00% Art. 44 , inciso II, da Lei nº 9.430/96."

Em resumo, a autuação fiscal concluiu que a emissão de debêntures em questão foi simulada e que tal fato, por si só, autorizaria a qualificação da multa de ofício.

Ocorre que o artigo 44, II, da Lei 9.430/1996 não faz qualquer menção à simulação. Na verdade, tal dispositivo estabelece a aplicação de multa de 150% *"nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, (...)"* (redação vigente à época da autuação).

Ora, para que se pudesse completar a definição de "evidente intuito de fraude", que autorizaria a qualificação da multa de ofício, seria imprescindível a identificação da conduta praticada pelo contribuinte: se sonegação, fraude ou conluio -- respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964.

No caso, porém, não houve qualquer fundamentação neste sentido, do que se conclui que o agravamento da penalidade carece de suporte material e, por isso, não pode subsistir.

Relevante observar que a conclusão de que, no caso, a operação *"teve a única intenção de transformar um aporte de Capital Social em emissão de debêntures com prêmio"* significa, no máximo -- a depender da linha que se adote --, afirmar que houve simulação, o que é bem diferente de reputar a prática de sonegação, fraude ou conluio, estas sim hipóteses autorizadas da qualificação da multa nos termos do artigo 44, II (atual 44, §1º), da Lei 9.430/1996.

A simulação autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional:

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

(...)

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

Por outro lado, para que se possa cogitar o agravamento da multa, é necessário identificar qual das ações ou omissões *dolosas* previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64 foram praticadas, sendo assim indispensável, ainda, a comprovação do dolo.

Esse, inclusive, é o sentido que se extrai do teor da Súmula CARF nº 14: "*A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo*", assim como da Súmula Vinculante CARF nº 25: "*A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64*".

Como ensina BRANDÃO MACHADO, na noção de **dolo** se insere a idéia de **contrariedade ao direito**, ou seja, da prática de um **ilícito** ("Um caso de elusão de imposto de renda". In: *Direito Tributário Atual*, vol. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 2209).

Da mesma forma, MARCO AURÉLIO GRECO observa:

"Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de intuito fraudulento. (...)

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

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

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

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

É neste sentido que os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 trazem as condutas típicas da sonegação, fraude e conluio, todas elas supondo a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo.

No caso em questão, entretanto, não se verifica norma imperativa que tenha sido contrariada. Na verdade, o que vemos é a prática de **condutas expressamente permitidas**, pois tanto a lei societária permitia a emissão de debêntures participativas conversíveis em ações (artigos 56 e 57 da Lei 6.404/1976), quanto a legislação tributária permitia à emissora seja não tributar os prêmios na emissão de debêntures creditados a reserva de capital, seja deduzir as participações nos lucros asseguradas a debêntures de sua emissão (respectivamente, artigos 442, III, e 462, I, do Decreto 3.000/1999 - Regulamento do Imposto sobre a Renda).

Assim, quando a fiscalização conclui que houve simulação, não há a imputação da prática de qualquer ilícito, é dizer, não se verifica qualquer conduta contrária ao direito que possa levar ao agravamento da penalidade. De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um *ilícito atípico*, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa (GERMANO, Livia De Carli. *Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Cabe, por fim, observar que houve alteração na redação do artigo 44, dada pela Lei nº 11.488/2007, deixando a hipótese legal da qualificação da penalidade de ser tratada no inciso II para tê-lo no parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Percebe-se que a hipótese normativa atual não mais se refere à expressão "evidente intuito de fraude", o que tornou ainda mais clara a necessidade de a qualificação identificar, diretamente, a prática de sonegação, fraude ou conluio.

Em vista disso, voto por manter o acórdão recorrido na parte que reduziu a penalidade ao percentual de 75%.

Processo nº 18471.000009/2006-33
Acórdão n.º **9101-002.189**

CSRF-T1
Fl. 1.039

(Assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Redatora designada

CÓPIA