



Poder Judiciário
Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
9ª Vara Federal de Florianópolis

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5003753-29.2018.4.04.7200/SC

AUTOR: ALEXIS SUREN TCHOLAKIAN MORALES

AUTOR: VENTISOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

AUTOR: ANAIR DE FATIMA CANDIDO

RÉU: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

VENTISOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., ANAIR DE FÁTIMA CÂNDIDO e ALEXIS SUREN TCHOLAKIAN MORALES, por procuradores habilitados, ajuizaram ação anulatória de débito fiscal contra a **UNIÃO**, com pedido de tutela de urgência para determinar que a ré se abstenha de prosseguir com a cobrança de dívida tributária no valor de R\$ 59.721.199,23 (cinquenta e nove milhões, setecentos e vinte e um mil cento e noventa e nove reais e vinte e três centavos), exigida através da intimação n. 0411/2017 e da carta de cobrança especial n. 2/2018, especialmente de modo a obstar a inscrição em dívida ativa.

A autora relata na petição inicial, em síntese, que ostenta a natureza de sociedade anônima do tipo fechada, atuante na fabricação de aparelhos eletrodomésticos, peças e acessórios e comércio atacadista e varejista de equipamentos e materiais elétricos.

Refere que, na intenção de financiar suas atividades e seus projetos de expansão, em 01/07/2011 seus acionistas deliberaram pela emissão de títulos de crédito (debêntures), que teriam como remuneração a participação nos lucros da empresa, com prazo de resgate de 5 (cinco) anos.

Diz que as debêntures foram adquiridas na sua integralidade pelos acionistas da autora, levando em consideração o que previa o seu Estatuto Social e a Lei de Sociedades Anônimas sobre direito de preferência.

Menciona que, em decorrência dos resultados positivos apresentados pela empresa nos exercícios de 2011 a 2013, a autora observou o regramento definido para a remuneração dos debenturistas, promovendo a

dedução dessas despesas da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL por ela devidos, nos moldes previstos na legislação tributária vigente.

Em razão disso, em 5 de setembro de 2014 teve lavrado contra si auto de infração para constituição do crédito tributário relativo a irregularidades no recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e instada a recolher o montante de R\$ 61.961.040,97 (sessenta e um milhões, novecentos e sessenta e um mil quarenta reais e noventa e sete centavos).

Diz que, apresentada impugnação administrativa, a autoridade fiscal manteve a exigência, ensejando a interposição de recurso junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF que, ao final, restou provido apenas para reduzir o percentual da multa de ofício, fixando-a em 75% (setenta e cinco) por cento.

Refere que, em razão do provimento parcial do recurso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional interpôs recurso especial que, embora admitido, ainda se encontra pendente de análise junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

Menciona que em 1º de dezembro de 2017 recebeu da autoridade impetrada a intimação n. 411/2017, instando-a ao pagamento da parcela supostamente incontroversa do débito, no valor de R\$ 59.721.199,23 (cinquenta e nove milhões, setecentos e vinte e um mil cento e noventa e nove reais e vinte e três centavos).

Relata que em 1º de março de 2018 foi novamente cientificada através da Carta de Cobrança Especial - CCE n. 2/2018, para pagamento do referido débito, no prazo de 10 (dez) dias.

Diz que encontra-se na iminência de ser inscrita no CADIN, não lhe restando alternativa que não o ajuizamento da presente demanda, no intuito de ver declarada a *"inexistência de relação jurídico-tributária que legitime a cobrança do IRPJ e da CSLL, acrescida de elevada multa (75%), decorrentes da glosa, nas bases de cálculos desses tributos e especificamente no período-base 01/01/2011 a 31/12/2013, das participações nos lucros atribuídas às debêntures emitidas, devido à total ilegalidade e inconstitucionalidade das exigências, na medida em que a dedutibilidade da remuneração das debêntures na forma participativa dos lucros está legalmente assegurada, assim como todos os atos praticados para a emissão, contabilização e informação ao Fisco (...)"*.

Preliminarmente, sustenta que não pode haver cisão do Processo Administrativo Fiscal - PAF n. 11516-722.027/2014-77 para exigir, de imediato, a suposta parte incontroversa do crédito tributário, vez que se encontra ainda sob

discussão, no âmbito administrativo, parte considerável do crédito tributário, atinente à aplicação da multa pelo atraso e o seu percentual.

Argumenta que, se mantida a exigibilidade imediata da parte incontroversa do débito tributário, poderá resultar prejuízo ao seu direito de defesa em juízo porquanto, admitida a multa no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), estará afastada a prática de fraude e conduta dolosa, sem a presença de simulação dos atos praticados.

De outro lado, se o recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional for provido, restaurando o percentual da multa para 150% (cento e cinquenta por cento), estará impedida de se defender para afastar a ocorrência de fraude pois já manejou a presente medida judicial, com argumentos diversos.

Ressalta que, enquanto pendente a discussão na esfera administrativa acerca do do débito tributário, deve ser suspensa a sua exigibilidade.

Fez referência ao disposto no art. 42, parágrafo único do Decreto n. 70.235/72, que somente impõe o caráter definitivo às decisões de primeira instância na parte que não houver recurso voluntário, não fazendo alusão às decisões de segunda instância, como a hipótese dos autos.

Refere, ainda, ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob o argumento de que está sendo restringido no direito de discutir o crédito tributário em sua plenitude na mesma ação anulatória de débito fiscal.

No mérito, diz que a autoridade fiscal concluiu ter a empresa autora emitido debêntures com o fim exclusivo de se beneficiar da dedutibilidade do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL com os valores dispendidos para remuneração dos debenturistas, tratando a operação como "legal" mas "não-usual". Assim, entendeu não serem dedutíveis as despesas em questão e, por considerar caracterizada a ocorrência de fraude e simulação, aplicou-lhe multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor do pretense crédito tributário.

Defende que não realizou planejamento tributário abusivo com o intuito de obter vantagens ilícitas ou diminuir de forma fraudulenta a carga tributária.

Argumenta que a remuneração dos debenturistas por meio de participação no resultado da companhia é legítima e encontra respaldo no art. 56 da Lei 6.404/76.

Diz que seu Estatuto Social prevê a possibilidade de emissão de debêntures, inclusive conversíveis em ações da companhia, e neste caso assegura

o direito de preferência de aquisição pelos acionistas. Refere, ainda, que a Lei das Sociedades Anônimas determina tal direito de preferência.

Menciona que, ao contrário do que concluiu a autoridade fiscal, a transformação da autora de empresa do tipo limitada para sociedade anônima e emissão de debêntures participativas não ocorreu de forma intencional ou premeditada, tampouco podem ser consideradas como motivo para concluir pela ilegalidade da aquisição dos títulos pelos acionistas da companhia, que apenas exerceram a preferência prevista em lei.

Destaca o fator de risco que é atrelado à operação de debêntures com remuneração vinculada exclusivamente aos resultados da companhia, notadamente em razão da instabilidade política e financeira do país.

Aduz que o objetivo da emissão de debêntures foi captar recursos financeiros externos, bem como que houve efetivamente o ingresso de recursos novos no caixa da companhia decorrentes da operação, conforme atestado pela própria autoridade fiscal.

No que toca ao percentual definido em assembleia geral extraordinária para remuneração dos debenturistas - 85% (oitenta e cinco por cento) do resultado da companhia -, sustenta que não há qualquer irregularidade, por se tratar de remuneração variável, sujeita a risco, e não haver qualquer definição legal sobre o assunto, devendo-se privilegiar o princípio da livre iniciativa.

Afirma que a dedutibilidade das despesas relativas à remuneração dos debenturistas possui lastro na legislação vigente e na jurisprudência.

Argumenta que a decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF quanto à não dedutibilidade da remuneração do debenturista parte de interpretação equivocada da norma, uma vez que aplica ao caso concreto a regra geral prevista no art. 229 do Regulamento do Imposto de Renda, quando há norma específica no sentido de que se trata de despesa dedutível (artigos 247, 462 e 464 do RIR).

Defende a inaplicabilidade da norma anti-elisão (art. 116 do Código Tributário Nacional), uma vez que a mesma se encontra pendente de regulamentação por meio de lei ordinária.

Por fim, sustenta que a multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) é abusiva e possui caráter confiscatório.

Pleiteia a concessão da tutela de urgência para suspender a cobrança da dívida exigida pela intimação nº 0411/2017 e pela Carta de Cobrança Especial – CCE nº 2/2018, com fundamento na existência de recurso especial pendente de julgamento no PAF nº 11516-722.027/2014-77.

Sustenta, ainda, que há probabilidade do direito alegado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo a justificar a concessão da medida liminar.

Oferece bens imóveis para garantia do débito impugnado, que requer sejam aceitos como caução real.

Ao final, requer a procedência do pedido para que seja declarada a inexistência de relação jurídico tributária entre os autores e a União que autorize a exigência dos supostos créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL oriundos do PAF nº 11516-722.027/2014-77, decorrentes da glosa, nas bases de cálculos dos referidos tributos, da remuneração paga a debenturistas no período de 01/01/2011 a 31/12/2013.

A causa foi distribuída livremente ao Juízo Substituto da 4ª Vara Federal de Florianópolis. Aquele Juízo, no entanto, determinou a redistribuição dos autos por dependência ao Mandado de Segurança n. 5026009-97.2017.4.04.7200, sob o fundamento de que a presente demanda é a repetição da anteriormente ajuizada, nos moldes do art. 286, II, do Código de Processo Civil (evento 4).

Suscitado conflito negativo de competência (evento 7), o MM. Desembargador Federal Relator Roger Raupp Rios proferiu decisão fixando a competência deste juízo para processamento e apreciação do pedido de tutela de urgência, até que sobrevenha decisão de mérito no Conflito de Competência n. 5011148-41.2018.4.04.0000/SC (evento 19).

No evento (ev) 23 foi indeferida a tutela de urgência.

Após (ev32), foi proferida a seguinte decisão:

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal em que os autores pretendem obter provimento jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídico tributária com a União que autorize a exigência de créditos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, oriundos do PAF nº 11516-722.027/2014-77.

Os autores indicaram 3 (três) bens imóveis para garantia do juízo, requereram a sua aceitação como caução real e, ainda, a liberação dos demais bens arrolados no âmbito administrativo (evento 1 - INIC1 - fls. 80 e 85 e OUT24).

Intimada para manifestação, a União não aceitou os bens indicados pelo autor, sob os seguintes fundamentos, em síntese: a) não obedeceram a ordem de preferência prevista na Lei n. 6.830/90; b) encontram-se localizados em município diverso da sede do juízo; c) as matrículas do imóveis estão

desatualizadas; d) o valor das avaliações apresentadas pelos autores divergem substancialmente do preço de aquisição dos imóveis (evento 30).

Vieram os autos conclusos para decisão.

Decido.

A Lei n. 6.830/80 prevê a seguinte ordem de preferência de bens para garantia em execução fiscal:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:
I - dinheiro;
II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
III - pedras e metais preciosos;
IV - **imóveis**;
V - navios e aeronaves;
VI - veículos;
VII - móveis ou semoventes; e
VIII - direitos e ações.

Em que pese a preferência legal pela caução em dinheiro, há que se atentar que o caso dos autos refere-se à garantia de débito tributário no valor de R\$ 59.721.199,23 (cinquenta e nove milhões, setecentos e vinte e um mil cento e noventa e nove reais e vinte e três centavos).

Tratando-se de valor de grande monta, não me parece razoável a recusa dos bens imóveis indicados sob o argumento de inobservância da ordem de preferência para garantia de débito em cobrança através de execução fiscal. Até mesmo porque a hipótese dos autos não é de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e o oferecimento de caução não suspende a exigibilidade do crédito tributário, somente autoriza a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

Ademais, o fato dos imóveis indicados pelos autores encontrarem-se localizados no Município de Palhoça não constitui justificativa para a não aceitação dos mesmos como caução, especialmente porque a União não logrou demonstrar a existência de outros bens de propriedade da autora localizados na sede desta Subseção Judiciária.

Por outro lado, verifica-se que as matrículas dos imóveis que acompanharam a petição inicial encontram-se desatualizadas, bem como que o valor das avaliações realizadas unilateralmente pelos autores encontra-se muito além do preço de aquisição dos mesmos, mesmo se considerarmos a existência de valorização imobiliária (evento 1 - OUT26 a OUT28).

Ante o exposto:

a) intimem-se os autores para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentarem as matrículas atualizadas dos imóveis oferecidos como caução;

b) após a juntada dos documentos, determino a realização de avaliação judicial dos imóveis matriculados sob os números 24.053, 81.050 e 25.616, junto ao Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça, por Oficial de Justiça Avaliador. Fixo, para tanto, o prazo de 15 (quinze) dias.

Efetuada a diligência pelo meirinho, dê-se vista às partes por 5 (cinco) dias, retornando os autos conclusos para decisão.

Expedido mandado de **avaliação** dos imóveis, o ato foi cumprido (ev51).

A UNIÃO - FAZENDA NACIONAL ofereceu **contestação** (ev58), sustentando, em síntese:

- "2.2.1 O AUTO DE INFRAÇÃO (evento 1, OUT8)

Após o regular trâmite1 do Processo Administrativo Fiscal nº 11516- 722.027/2014-77, os autores "Ventisol SA" em conjunto com os acionistas Alexis Suren Tcholakiam Morales e Anair de Fátima Cândido (na condição de responsáveis solidários pelo crédito tributário), foram autuados pela RFB, constituindo-se crédito tributário relativo a supostas irregularidades no recolhimento do IRPJ e da CSLL, conforme consta dos quadros demonstrativos dos respectivos créditos tributários a seguir:".

- "Sobre o IRPJ e a CSLL, apurados mediante a glosa das despesas indedutíveis, foi originalmente aplicada a multa qualificada de 150%.

De acordo com o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (evento 1, OUT8, pp. 30-58), a autoridade fiscal considerou incorreta a dedução de despesas financeiras decorrentes do reconhecimento de juros oriundos da emissão de debêntures na apuração do lucro real, referente aos anos-calendário de 2011 a 2013".

- "Os detalhes da fiscalização encontram-se descritos de forma pormenorizada no referido documento, de forma que não é necessário sua reprodução. Contudo, chama-se atenção para os seguintes aspectos:

(a) Apesar das recorrentes afirmações da autora que o procedimento de emissão ocorreu de forma legal e transparente, observou-se o não atendimento aos requisitos legais para emissão de debentures previstos no art. 62 da Lei 6.404/1976 (detalhados no item 2.2.3, a seguir, que trata do procedimento de emissão e subscrição de debêntures);

(b) Exorbitante rentabilidade³ do investimento dos debenturistas, no 1º ano o investimento rendeu 1.350% a.m. no curso de 22 dias (o aporte de R\$ 1.000.000,00 em 09/12/2011 e 12/12/2011 rendeu em 31/12/2011 o valor de R\$ 7.044.706,50), e nos anos seguintes:".

- "A autoridade fiscal traçou um comparativo dos ganhos dos debenturistas da "Ventisol SA" com os demais investidores do mercado nacional de debêntures:

c.11) As taxas obtidas nesta operação em muito supera as do mercado das debêntures. Estudo publicado na ISSN/IBICT (ISSN n° 0080- 2107) – denominado "CONSTRUÇÃO DE CURVA DE DEBÊNTURES NO MERCADO BRASILEIRO UTILIZANDO A PARAMETRIZAÇÃO NELSON SPIEGEL" (Doc. 18), concluiu cientificamente que a maior taxa de juros (prefixado) oferecido pelo mercado brasileiro de debêntures, entre janeiro de 2008 a setembro de 2009, JAMAIS CHEGOU À CASA DOS 15% AO ANO, (...)".

- "Apesar dos protestos da Inicial, não há como sustentar que tais considerações sejam impertinentes à demanda, seja porque se refiram à oferta pública de debêntures, enquanto à demanda se restringe à oferta restritiva aos sócios; seja porque a remuneração do investimento se centre na participação no resultado da empresa e não nas taxas de juros. Ora, não há como a administração da companhia justificar sua escolha de captação de recursos a um custo maior que o reconhecidamente oferecido pelo mercado".

- "(c) A conduta dos acionistas/debenturistas, responsáveis pela administração da empresa, não se coaduna com os objetivos confessados na AGE de 01/07/2011: captar recursos para "ampliação da capacidade de produção", prover um "situação financeira equilibrada" e "alavancagem financeira⁶". Causa estranheza que, no decurso de menos de 3 anos, a Companhia defenda como legítima que um ingresso de R\$ 1.000.000,00 gere o reconhecimento R\$ 69.638.156,47 em despesas financeiras, resultando na piora dos seus índices de endividamento (Itens 8.1 e 8.2 do Termo de Verificação Fiscal)".

- "(d) Em junho de 2011, mesma época da transformação societária e da aprovação das debêntures, os acionistas receberam recursos financeiros da VENTISOL oriundos de "antecipação de lucros", no montante de R\$ 1.000.000,00, valor coincidente com o posteriormente aportado pelos mesmos sócios na aquisição das debêntures (Item 8.3 do Termo de Verificação Fiscal)".

- "(e) Logo após ao aporte de R\$ 1.000.000,00 pela subscrição das debêntures, em janeiro e abril de 2012, os sócios receberam o montante de R\$ 2.107.206,22 a título de Juros sobre o Capital Próprio. No período fiscalizado, 2011 a 2013, os sócios receberam a título de remuneração das debêntures, o valor de R\$ 9.972.257,66. Em outras palavras, no decurso de novembro de 2011

a dezembro de 2013, pouco mais de dois anos a partir do qual a sociedade emitiu as debêntures para se capitalizar em R\$ 1.000.000,00, os debenturistas (únicos sócios) receberam da companhia o valor de R\$ 13.079.463,88".

- "(f) Entendimento de que a simulação se compôs de dois negócios, um "simulado, aparente, destinado a enganar; o outro é o dissimulado, oculto, mas verdadeiramente desejado", subsistindo "o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma".

- "2.2.3 O PROCEDIMENTO (FORMA) DE EMISSÃO DE DEBÊNTURES

Chamou a atenção na Inicial, que a autora se aferra exaustivamente aos aspectos meramente formais da emissão e subscrição das debêntures, afirmando que tudo se passou sob um manto de aparente legalidade e publicidade.

Em razão de tais afirmações, resolveu-se analisar de forma mais minudente o procedimento adotado pela autora para emitir e subscrever a referida operação."

- "Contudo, independentemente do tipo de emissão, pública ou particular, para a emissão de debêntures é obrigatória a observação de formalidades mínimas, como o prévio atendimento dos requisitos previstos n° art. 62 da Lei n° 6.404/1976 (grifou-se):".

- "Ocorre que a autora, ao contrário da afirmação de que todos os atos foram pautados pela mais absoluta legalidade e publicidade, não atendeu aos requisitos do art. 62. Explica-se. Como já visto no item 2.1 dessa Informação Fiscal, para que sejam atribuídos os efeitos jurídicos aos atos societários, estes devem ser tempestivamente registrados nos órgãos próprios de registro.

O registro tempestivo (arquivamento), ocorrido dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da data da deliberação/assinatura do ato societário, fará retroagir seus efeitos àquela data; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder, sendo esta data denominada como data do evento.

Já foi visto que a 10ª alteração contratual, que alterou a natureza jurídica da sociedade, foi deliberada em 20/06/2011, contudo se tornou eficaz apenas a partir da data de seu registro, 04/11/2011. Em outras palavras, qualquer ato anterior ao arquivamento de 04/11/2011 foi praticado enquanto a natureza jurídica da autora era ainda a de sociedade limitada.

Nesse contexto, a deliberação da AGE, de 1º/07/2011, que autorizou a emissão das debêntures não poderia ter ocorrido naquela data.

Ainda, há que se destacar que a referida AGE, apesar de prever efeitos retroativos à deliberação para emissão das debêntures, foi levada a registro intempestivamente, sendo seu registro reconhecido apenas em 06/01/2012, data posterior à subscrição (aquisição das debêntures). Há, aqui, clara afronta à norma prevista no art. 62 da Lei das S.A., vez que a subscrição foi efetivada antes do devido registro da emissão, o protocolo da AGE correu na mesma data da 2ª subscrição: (...)".

- "E mais, o art. 62 da Lei das S.A. prevê expressamente que nenhuma emissão de debêntures será feita sem que tenham sido satisfeitos os seguintes requisitos:

I – arquivamento, no registro do comércio, e publicação da ata da assembléia-geral, ou do conselho de administração, que deliberou sobre a emissão;

II – inscrição da escritura de emissão no registro do comércio;

Outra formalidade essencial prevista na norma transcrita acima refere-se à inscrição da escritura de emissão no registro do comércio (junta comercial). Nesse ponto, destaca-se ainda, que a própria AGE havia previsto a formalidade: (...)".

- "Contudo, os eventos a seguir demonstram as vias tortas percorridas pela autora.

Como se extrai do recorte da AGE, acima, e da prescrição normativa da Lei da S.A., a escritura da subscrição particular deveria ter sido registrada no tabelionato da comarca da emissora e na JUCESC.

Na prática, a Escritura Pública da Emissão de Debêntures foi levada a registro em 11/04/2012, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, local diverso da localização da emissora (novamente se constata a prática de evento prévio à emissão, sendo realizado após a subscrição).

Não consta dos autos e nem dos arquivamentos da JUCESC cópia de Escritura registrada em tabelionato da comarca da emissora "Ventisol SA". A cópia registrada na JUCESC foi a registrada pelo tabelionato do Estado do Paraná, tão somente autenticada por órgão de registro do Estado de Santa Catarina.

Não bastasse, a referida Escritura Pública da Emissão de Debêntures somente foi levada a registro na JUCESC apenas em 25/07/2014 (tela a seguir), meses após a ciência do Termo de Início de Fiscalização, 24/02/2014".

- *"Em face do exposto, não merecem crédito as sucessivas alegações de que o procedimento seguiu acobertado sob o manto da legalidade e da publicidade dos atos.*

A norma é extremante clara quanto aos requisitos prévios à emissão: nenhuma emissão de debêntures será feita sem que tenham sido satisfeitos os requisitos (1) de arquivamento, no registro do comércio, e publicação da ata da assembleia geral que deliberou sobre a emissão e (2) de inscrição da escritura de emissão no registro do comércio.

E não venha a autora alegar que tais requisitos não são de observação obrigatória por sociedade anônima de capital fechado. A lei não fez ressalvas.

A demonstração desses eventos denota indícios de nulidade/simulação desses atos jurídicos".

- *"Nesse contexto, muitas das emissões privadas de debêntures têm sido utilizadas como instrumento de planejamento tributário abusivo e vem sendo objeto de julgamento no CARF, justamente porque, a exemplo das alegações da autora, pressupõe-se suficiente a primazia da forma sobre a essência das transações".*

- *"Desse modo, cabe lembrar que a apuração do lucro real (objeto desta demanda) é antecedida pela apuração do lucro contábil.*

Nesse contexto, do ponto de vista contábil, o devido reconhecimento da primazia da essência sobre a forma está no cerne das normas internacionais de contabilidade, que vem sendo adotadas pelo Brasil por meio de Leis como a de nº 11.638/2007 e 11.941/2009. Cabe lembrar que a apuração do lucro real (objeto desta demanda) é antecedida pela apuração do lucro contábil".

- *"Em outras palavras, a conduta da autora no sentido de planejar e executar uma série coordenada de eventos evidencia a aplicação de planejamento tributário abusivo com o fim de reconhecer como legítimas despesas exorbitantes que possibilitassem a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, além de tornar os acionistas os principais credores da Cia."*

- *"Ocorre que debêntures, quando representam um negócio jurídico típico, que guardam verdadeira identificação com o objetivo de sua preposição são efetivamente dedutíveis, situação que, dada a sua natureza, não se verifica nos autos".*

- *"Sustentam os autores não ter ocorrido a constituição definitiva do crédito tributário em razão do recurso administrativo, interposto pelo órgão*

fiscal, ainda pender de análise junto à CSRF, embora este verse exclusivamente sobre a multa e o percentual a ser aplicado, o que poderia prejudicar o exercício do seu direito de defesa no âmbito judicial.

Tais argumentos não merecem prosperar.

Como relatado, encontra-se pendente de análise junto à CSRF o Recurso Especial da União visando o restabelecimento da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), prevista no inciso II do art. 44 da Lei n. 9.430/96, mantida pela autoridade fiscal de primeira instância em detrimento da redução da penalidade imposta pelo CARF.

Por conseguinte, no que diz respeito ao débito tributário propriamente dito, não pende qualquer controvérsia no âmbito administrativo que não à obrigação acessória, que poderá ser de 75% (setenta e cinco por cento) ou de 150% (cento e cinquenta por cento) a depender do julgamento da CSRF".

- "Desse modo, havendo decisão definitiva, nada obsta que o órgão fiscal dê curso ao processo administrativo na parte que diz respeito ao incontroverso, exigindo da autora o montante objeto da cobrança, justamente porque tais valores não estão mais sujeitos à modificação no âmbito administrativo.

Nesse sentido é a jurisprudência mais recente do STJ: (...)".

- "2.5 DA FALTA DE MOTIVAÇÃO ECONÔMICA OU PROPÓSITO NEGOCIAL

A Autora repisa a ideia que o Fisco não poderia analisar se a despesa efetuada pela empresa seria usual ou necessária, por se tratar de atribuição própria da autonomia empresarial.

A presença dos requisitos previstos no Código Civil não é suficiente para que determinada operação seja inoponível ao Fisco.

Muito já discutiu a respeito do tema liberdade de iniciativa versus poder-dever da Administração de realizar a fiscalização, tendo prevalecido no âmbito do CARF o entendimento de que a operação deve possuir propósito negocial.

Assim sendo, não basta que o negócio jurídico seja lícito, é necessário também que atenda à finalidade econômica e social pretendida pela lei que lhes é ínsita, o que denota, portanto, verdadeiro "exercício regular de direito".

Por outro lado, os negócios realizados em desacordo com a finalidade econômica e social a que se prestam fazem nascer a figura que se convencionou chamar de “abuso de direito”.

- "Na seara tributária, é uníssona a doutrina em entender que o Fisco detém legitimidade para desconsiderar os efeitos tributários de negócios realizados de forma 'anormal' e 'inusual', com o único propósito de diminuir a incidência de tributos".

- "No caso dos autos, à vista de todas as circunstâncias já expostas, ficou claro que a Apelada agiu com flagrante “abuso de direito”, pois, ao deduzir os pagamentos das debêntures que emitiu, nada mais fez do que se valer de verdadeiro ardid cujo único propósito foi o de recolher menos IRPJ e CSSL no período-base base".

- "Nem se diga que o Fisco não poderia desconsiderar para fins tributários o negócio realizado ante a ausência de regulamentação da norma antielisiva do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Tal norma é de eficácia imediata, ou seja, a sua aplicação não está condicionada à existência de outra lei que venha a regulamentá-la, como defende erroneamente a Autora".

- "Demais disso, o lançamento fiscal ora objetado encontra fundamento ainda no art. 149, VII, do CTN, segundo o qual “o lançamento é efetuado (...) nos seguintes casos (...) quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”.

- "Alega a Autora que a autoridade fiscal deveria valer-se do disposto no art. 112 do CTN para deixar de proceder ao lançamento.

Uma vez mais falece razão à autora.

(...)

Como se vê, o dispositivo em comento tem sua aplicação restrita à controvérsia sobre a “lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades”, o que em nada se confunde com a controvérsia dos autos que diz respeito à interpretação da legislação tributária pertinente à dedutibilidade de despesas da base de cálculo do IRPJ e da CSSL.

Afora isso, mesmo que se entenda aplicável o art. 112 na espécie, de notar-se que o seu enunciado somente teria lugar “em caso de dúvida”, situação esta que, definitivamente, não se afigura presente no caso sub judice, em que a autoridade fiscal, ante os elementos fáticos coligidos no curso da fiscalização, não teve qualquer dúvida em glosar as deduções que a autora fez da base de cálculo do IRPJ e da CSSL concernentes às despesas em que

incorreu quando do pagamento da remuneração das debêntures que emitiu no interesse de seus acionistas".

- "2.7 DA MULTA FIXADA. INEXISTÊNCIA DE CONFISCO

Nesse contexto, destaca-se que a multa fixada no percentual de 75% sobre o valor principal está em conformidade com a Lei n. 9.430/96 (art. 44, I), com o entendimento pacificado TRF da 4ª Região e demais Tribunais Superiores, e, portanto, com os princípios constitucionais da vedação ao confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade".

Em **réplica** (ev83), os autores rebateram os argumentos da UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, e reiteraram as teses expendidas na inicial.

Intimadas as partes para especificar as provas que pretendem produzir, nada foi requerido.

É o relatório Decido.

Da caução oferecida

Os autores oferecem imóveis em caução, asseverando: *"Requer também a dispensa do depósito prévio do referido valor exigido, pelos fundamentos a seguir expostos e especialmente porque pretende a Requerente oferecer caução real e idônea como garantia do respectivo juízo, pedido este de natureza cautelar nos termos dos artigos 300, § 1º e 301 ambos do NCPC/2015 e artigo 206 do CTN.*

Tal pedido se justifica, pois, se já tivesse sido proposta a ação de execução fiscal pela Requerida a Requerente poderia nomear em penhora referidos imóveis".

Todavia, com o ajuizamento da execução fiscal nº 50096486820184047200 em apenso, o oferecimento de bens em caução como antecipação da penhora perde seu objeto.

Com efeito, a jurisprudência do e. TRF4 reconhece a natureza satisfativa da medida cautelar de caução que visa antecipar os efeitos da penhora a ser efetivada nos autos da execução fiscal:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. POSTERIOR AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.1. O ajuizamento da execução fiscal, posterior à propositura da cautelar de caução, dá ensejo à perda do objeto da ação cautelar cuja finalidade era a de oferecer bens em caução e, com isso, obter o certificado de regularidade fiscal (CTN, art. 206).2. Tratando-se de perda de objeto superveniente, justifica-se a

aplicação do entendimento contido na Súmula 38/TRF4, conjugado com o princípio da causalidade, o que conduz à sucumbência da Fazenda Nacional na cautelar. (TRF4, AC 5005287-22.2015.404.7100, PRIMEIRA TURMA, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 18/08/2016)

EMENTA: tributário. cautelar de caução. ajuizamento superveniente da execução fiscal. perda de objeto. honorários advocatícios. princípio da causalidade.1. Considerando que o efeito do oferecimento da caução é o mesmo obtido pela penhora, a necessidade e a utilidade da medida existem somente antes da propositura da execução fiscal. 2. Diante do ajuizamento superveniente das ações de cobrança, mostra-se desnecessário assegurar a satisfação da dívida por meio antecipatório, impondo-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, forte no artigo 267, inciso VI, do antigo Código de Processo Civil.3. Considerando que o esvaziamento da demanda decorreu de fato superveniente, alheio à vontade da parte autora, e o interesse de agir mostrava-se presente no momento da propositura da demanda, deve ser mantida a condenação da União em honorários advocatícios. (TRF4 5007916-59.2012.404.7104, PRIMEIRA TURMA, Relator AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, juntado aos autos em 30/08/2016)

Desse modo, o processo deve ser extinto, sem exame do mérito, por perda superveniente do objeto.

Da possibilidade de desmembramento do processo administrativo fiscal

A questão foi analisada na decisão que indeferiu a tutela de urgência pleiteada (ev23).

Interposto agravo de instrumento, a decisão foi confirmada pelo e. TRF4:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. OFERECIMENTO DE BEM EM CAUÇÃO. SUSPENSÃO DO REGISTRO DO NOME DO DEVEDOR NO CADIN. 1. *Havendo recurso administrativo parcial, o crédito tributário mantido pelo CARF torna-se incontroverso, bastando seja apartado do PA, nos termos do art. 21, §1º, do Decreto 70.235/72, para que seja desde logo inscrito em dívida ativa e cobrado na execução fiscal.* 2. *Não existem elementos de prova capazes de afastar os motivos determinantes do ato administrativo, que goza de presunção de legitimidade, a fim de autorizar a antecipação da tutela recursal, nos casos em que o Fisco conclui pela existência de fraude à legislação tributária.* 3. *Enquanto não houve o pronunciamento judicial acerca da garantia oferecida, a Corte, sob pena de supressão de instância, não está autorizada a considerar que existe caução suficiente que permita a concessão de tutela de urgência (art.*

300, §1º, do CPC) para expedição da certidão do art. 206 do CTN e a exclusão do CADIN. (TRF4, AG 5017032-51.2018.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, juntado aos autos em 30/08/2018, grifou-se)

Não foi alterado o panorama em que proferidas referidas decisões, de modo que deve ser mantido o entendimento acima.

Das debêntures emitidas pela pessoa jurídica - simulação/fraude e dedutibilidade

No tocante à possibilidade legal de utilização do valor das debêntures para dedução da base de cálculo dos tributos lançados, é incontroverso que, *em tese*, há possibilidade de dedução da base de cálculo, quando as debêntures são emitidas *legalmente*.

No caso, contudo, discute-se justamente a legalidade na emissão dos referidos títulos de crédito - lançados legalmente, segundo os autores, e mediante simulação e fraude fiscal (sendo nulos, portanto), na ótica da UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (situação em que desapareceria, por óbvio, a possibilidade de dedução da base de cálculo).

Assim, o fato controverso se restringe à análise da legalidade na emissão das debêntures, para fins tributários (possibilidade de dedução da base de cálculo dos tributos lançados).

Os autores sustentam que todas as formalidades legais necessárias à emissão dos títulos foram observadas, de modo que o Fisco não poderia efetuar análise subjetiva, e desconsiderar o benefício fiscal previsto na legislação.

A UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, por seu turno, defende a legalidade do lançamento. Argumenta que a autoridade fiscal detectou a ocorrência de simulação e fraude na emissão das debêntures, ato que, a seu ver, não teria finalidade econômica-empresarial normal, mas sim *anormal*, com o único objetivo de reduzir a base de cálculo dos tributos devidos pela empresa. Refere, ainda, irregularidades no procedimento de emissão dos títulos de crédito.

A respeito do tema, o Código Tributário Nacional (CTN) prevê medidas contra a denominada *evasão fiscal*:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. [Incluído pela Lcp nº 104, de 2001](#)

(...)

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;

A autoridade fiscal considerou que a emissão de debêntures teve a exclusiva finalidade de reduzir a base de cálculo dos tributos, não possuindo qualquer propósito empresarial.

Do relatório da fiscalização extraio os seguintes excertos (ev1, doc. OUT8, p. 43 e ss.):

- "c.1) Nas premissas estabelecidas pelos acionistas, a capitalização da companhia era essencial para que os objetivos propostos na AGE fossem alcançados, ou seja, expansão do parque fabril e/ou a aquisição de empresas do mesmo segmento, sendo necessário a captação de recursos financeiros. Nesta AGE os acionistas descartaram obter recursos externos pelo alto risco a que estariam sujeitos (Item 6.1 – d), optando pela emissão das debêntures.

c.2) Na análise da escrituração contábil da empresa identificamos que em dezembro de 2011 foram contabilizados na conta “2.2.3.001 – Debêntures” a aquisição desses títulos pelos acionistas da empresa, no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), conforme consta da Escritura Pública de Emissão de Debêntures Participativas, lavrada junto ao Tabelionato Mônica Malucelli - 6º Ofício d e Notas, de 11/04/2012 (Doc. 05e)".

- "c.4) Conforme previsto na AGE, a rentabilidade a ser destinada aos adquirentes das debêntures corresponderiam a 85% do resultado operacional da empresa, valores estes que foram calculados semestralmente, nos anos vindouros, conforme demonstrativo apresentado pela VENTISOL constante do QUADRO IX a seguir".

- "c.5) Os dois acionistas adquirentes da debêntures pelo valor de R\$ 1.000.000,00, entre os dias 09 e 12 de dezembro de 2011, foram agraciados com um rendimento total de R\$ 69.638.156,47 (2011, 2012 e 2013), , importância esta que foi considerada como despesa financeira, lançadas na conta contábil 3.3.2.2.008 – Premio de resgate de Títulos e Debêntures e a contra partida na conta contábil 2.1.5.007 Debêntures a Pagar (para 2011 e 2012) e conta contábil 2.2.3.002 Juros Debêntures a Pagar para 2013".

- "c.6) Um aspecto a ser observado na primeira operação: A AGE determinava que o efeito da emissão das debêntures passaria a valer a partir daquela data, ou seja, 01/07/2011, entretanto, os aportes financeiros ocorreram entre os dias 09 e 12 de dezembro.

c.7) O cálculo efetuado, para efeito dos rendimentos das debêntures, considerou todo o segundo semestre de 2011 (QUADRO IX) quando deveriam, no mínimo, considerar somente os dias efetivo entre o aporte financeiro e os resultados obtidos no período, ou seja, em média 21 dias do mês de dezembro de 2011.

c.8) O aporte do capital de R\$ 1.000.000,00 em 09/12 e 12/12/2011 (que representa em média 0,73 mês) rendeu em 31/12/2011 "juros" de R\$ 7.044.706,50 a título de "premio de resgate de títulos e Debêntures", representando uma taxa de 1.350% conforme demonstrado a seguir".

- "c.17) Ao considerarmos o estudo da rentabilidade média do mercado de debêntures, perto de 15% a.a. (15% ao ano), a taxa de juros aplicada no empréstimo obtido em novembro/2011 de 12% a.a. (12% ao ano) e as compararmos com o custo financeiro pela emissão das debêntures – QUADRO XII -, onde a taxa variou de 34% a 1.345% ao mês é de se crer que não houve qualquer preocupação dos acionistas quanto ao controle dos custos, haja vista que o propósito na operação realizada foi sonegar tributos".

- "VII – A DESCAPITALIZAÇÃO DA EMPRESA

8.1 – A conduta dos acionistas da empresa não se coaduna com a decisão tomada na AGE de 01/07/2011 que tinha por finalidade a "ampliação da capacidade de produção" e notadamente uma "situação financeira equilibrada" e "alavancagem financeira" (Item 6.1) pelas razões a seguir:

8.2 – A decisão dos acionistas foi "capitalizar" a empresa com a emissão de debêntures no total de R\$ 1.000.000,00, entretanto, esses mesmos acionistas, promoveram a "descapitalização" da empresa ao longo do período.

8.3 – Em junho de 2011 os acionistas receberam recursos financeiros da VENTISOL oriundos de "antecipação de lucros", no montante de R\$ 1.000.000,00, cujos valores são coincidentes com os que posteriormente foram utilizados na aquisição das debêntures".

- "8.5 – A retirada de recursos financeiros da VENTISOL, já a título de remuneração das debêntures emitidas, ocorreu em 2012 e 2013 conforme pode ser constatado no Razão Contábil – Debêntures a Pagar (Doc. 19 e 20), totalizando nesses dois exercícios o montante de R\$ 9.972.257,66".

- "8.6 – O total do desembolso financeiro (considerando antecipação de lucros, juros do capital próprio e participação das debêntures) destinados aos sócios entre 2011 e 2013 atingiu a importância de R\$ 13.079.463,88 o que é surpreendente se a intenção fosse realmente capitalizar a empresa.

8.7 – A descapitalização da VENTISOL pode ser constatada através dos índices de liquidez e/ou endividamento, onde caracterizaremos que, ao contrário das premissas constantes da AGE de julho/2011, a companhia se endividou de forma surpreendente".

Às evidências objetivas expostas pela autoridade fiscal, os autores não produziram prova que desconstituiu a conclusão de que a emissão das debêntures constituiu ato simulado, visando unicamente reduzir a base tributável (ilidindo o pagamento de tributos) e, em contrapartida, favorecer os sócios.

Limitaram-se a afirmar a legalidade da emissão dos títulos, e a impossibilidade de a autoridade fiscal perquirir os motivos do ato, em virtude da liberdade de iniciativa e administração.

Todavia, não foi comprovado o propósito comercial da operação, sendo lícito ao Fisco desconsiderar, para fins de lançamento, o ato fraudulento (CTN, art. 149, VII).

E o ato administrativo possui presunção de legalidade e veracidade, não desconstituídas, no caso.

Deve ser mantido, pois, o lançamento.

Da multa - efeito confiscatório

Nesse particular, o e. STF tem decidido no sentido de que as multas punitivas devem se limitar ao percentual máximo de 100% do tributo devido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA PUNITIVA DE 120% REDUZIDA AO PATAMAR DE 100% DO VALOR DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA CORTE. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da

sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. O acórdão recorrido, perfilhando adequadamente a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, reduziu a multa punitiva de 120% para 100%. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 836828 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. CDA. Nulidade. Alegada violação do art. 5º, LV, da CF/88. Matéria infraconstitucional. Afronta reflexa. Multa. Caráter confiscatório. Necessidade de reexame de fatos e provas. Taxa SELIC. Constitucionalidade. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 2. Ambas as Turmas da Corte têm-se pronunciado no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que não extrapolem 100% do valor do débito não importa em afronta ao art. 150, IV, da Constituição. 3. Para acolher a pretensão da agravante e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca da proporcionalidade ou da razoabilidade da multa aplicada, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. É firme o entendimento da Corte no sentido da legitimidade da utilização da taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários, desde que exista lei legitimando o uso do mencionado índice, como no presente caso. 5. Agravo regimental não provido. (RE 871174 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 10-11-2015 PUBLIC 11-11-2015)

No caso, os autores não comprovaram que a multa aplicada tenha excedido referido patamar.

Desse modo, o pedido é improcedente.

DISPOSITIVO

Ante o exposto:

a) julgo extinto o processo, sem resolução de mérito (CPC, arts. 485, VI, e 493) em relação ao oferecimento de bens em caução;

b) julgo improcedentes os demais pedidos (CPC, art. 487, I).

Condeno os autores solidariamente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, os quais fixo em 10% do valor atribuído à inicial, corrigido monetariamente pelo IPCA-E desde o ajuizamento.

Custas pelos autores.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo apelação por qualquer das partes, intime-se a parte contrária para apresentação de contrarrazões (havendo advogado constituído nos autos); após, remetam-se os autos ao e. TRF-4ª Região (CPC, art. 1.010, §§ 1º, 2º, e 3º).

Documento eletrônico assinado por **EDUARDO DIDONET TEIXEIRA, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **720004296403v26** e do código CRC **f08a4823**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): EDUARDO DIDONET TEIXEIRA

Data e Hora: 14/1/2019, às 15:8:27