



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

Processo n° 10166.728772/2011-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1103-001.121 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria IRPJ e CSLL. Glosa de Despesas.
Recorrente BANCO COOPERATIVO DO BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESAS. ATOS EM DESACORDO COM REGULAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). INDEDUTIBILIDADE.

Despesas decorrentes de atos ilícitos não se revestem dos pressupostos da normalidade, usualidade e necessidade à atividade operacional, sendo indedutíveis na apuração das bases de cálculo. Na hipótese, constatou-se, a partir de farto acervo probatório, que o procedimento adotado pelo sujeito passivo foi reiterada e deliberadamente contrário às normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários quanto à administração de fundos de investimento.

IRRF E ESTIMATIVAS MENS AIS. BASE DE CÁLCULO.

Ao lavrar autuação fiscal em decorrência da glosa de despesa considerada dedutível pelo contribuinte, a fiscalização deve recompor a base de cálculo, deduzindo, do valor apurado a título de IRPJ devido, o IRRF retido pelas fontes pagadoras e as estimativas mensais recolhidas ao longo do ano-calendário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

CSLL RETIDA NA FONTE E ESTIMATIVAS MENS AIS. RECOMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Ao lavrar autuação fiscal em decorrência da glosa de despesa considerada dedutível pelo contribuinte, a fiscalização deve recompor a base de cálculo, deduzindo, do valor apurado a título de CSLL devida, a CSLL retida pelas fontes pagadoras e as estimativas mensais recolhidas ao longo do ano-calendário.

Sendo a exigência reflexa decorrente dos mesmos fatos que ensejaram o lançamento principal de IRPJ, impõe-se a adoção de igual orientação decisória.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO.

Implica *bis in idem* a exigência concomitante de multa isolada nos termos do art. 44, II, "b" da Lei 9.430/96 e de multa de ofício sobre o saldo de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual quando tanto a insuficiência de recolhimento das estimativas mensais como a insuficiência de recolhimento dos tributos devidos no ajuste decorreram da glosa de uma mesma despesa. Jurisprudência remansosa da CSRF no sentido de repelir a aplicação concomitante de tais penalidades quando decorrem da mesma conduta e incidem sobre a mesma base de cálculo (no caso dos autos, o valor da despesa considerada indedutível). Os recolhimentos por estimativa têm natureza de antecipação do IRPJ e da CSLL, cujo fato gerador ocorre no final do exercício. Dessa forma, e considerando-se que o dever de antecipar apenas existe enquanto houver uma obrigação a ser antecipada (isto é, enquanto ainda não tiver ocorrido o fato gerador do IRPJ e da CSLL), é forçoso concluir que a base impositiva da multa isolada desaparece após o final do exercício (momento da ocorrência do fato gerador), deixando de ser possível, portanto, a aplicação dessa penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do colegiado, dar provimento parcial para determinar (i) o cômputo dos pagamentos de IRRF e de estimativas mensais na apuração anual do IRPJ e da CSLL, por unanimidade, e (ii) excluir a multa isolada, por maioria, vencidos os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro e Luiz Tadeu Matosinho Machado. A manutenção da glosa da despesa se deu por maioria, vencidos os Conselheiros Breno Ferreira Martins Vasconcelos (Relator) e Marcos Shigueo Takata. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fábio Nieves Barreira. Declarou-se impedido o Conselheiro André Mendes de Moura. O Cons. Eduardo Martins Neiva Monteiro foi designado para redigir os votos vencedor e vencido, como Relator/Redator *Ad hoc*, pois os Cons. Breno Ferreira Martins Vasconcelos (relator originário) e Fábio Nieves Barreira (redator designado) renunciaram aos respectivos mandatos. O Presidente da Primeira Seção de Julgamento assina o acórdão em substituição ao Presidente do colegiado à época, Cons. Aloysio José Percínio da Silva, que deixou de ser membro do CARF.

(assinado digitalmente)
Marcos Aurélio Pereira Valadão
Presidente da Primeira Seção de Julgamento

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro
Relator *Ad Hoc* e Redator *Ad Hoc*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shiguelo Takata.

Relatório

A questão sob análise diz respeito a autos de infração, lavrados em 15/12/2011, para a exigência de débitos de IRPJ e CSLL, acrescidos de juros de mora, multa de ofício e multa isolada pelo não recolhimento de estimativas mensais (fls. 955-983).

Conforme relatado no termo de verificação fiscal “TVF” – (fls. 934-952), o cerne da autuação reside na glosa de despesas deduzidas pela recorrente, no valor de R\$105.157.119,36, na apuração do lucro real e da base de cálculo de CSLL, do ano calendário de 2008. As despesas foram incorridas pela recorrente com o pagamento de indenizações a nove de seus acionistas (fls. 581-591). Ocorre que os referidos acionistas eram cotistas de fundos de investimentos administrados por uma sociedade controlada pela recorrente, a BANCOOB Administração e Gestão de Recursos Ltda. (“BANCOOB AGR”).

Segundo a fiscalização, os investidores de tais fundos teriam sofrido prejuízos causados pela “*má-gestão e administração destes mesmos fundos*”. Isso porque a gestora dos fundos, controlada da recorrente, teria desrespeitado normativos da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) sobre a precificação, contabilização e registro dos fundos, especificamente em relação aos instrumentos derivativos de opções de dólar futuro e opções de depósitos interbancários futuros.

De acordo com as informações da própria recorrente, os referidos derivativos deveriam ter sido avaliados conforme cotações publicadas pela Bolsa de Mercadorias e Futuros (“BM&F”), nos termos da Instrução Normativa CVM nº 409/04. No entanto, foram utilizados modelos matemáticos próprios que “*tendiam a sobrevalorizar*” os ativos sob a gestão da BANCOOB AGR.

As “*falhas e ilícitos*” na precificação dos ativos dos fundos de investimentos foram constatadas, inicialmente, pela Gerência de Acompanhamento de Investidores Institucionais da CVM, que, após auditar os fundos, determinou a reavaliação dos seus ativos, conforme legislação pertinente (fls. 181-185).

O referido ajuste, realizado no dia 30 de junho de 2008, teria gerado um impacto negativo no patrimônio líquido dos fundos e, conseqüentemente, no valor das cotas dos seus investidores. O valor do ajuste foi de R\$105.157.119,36, equivalente ao valor das indenizações pagas aos sócios da recorrente.

Aduz a fiscalização que, “*apesar de a desvalorização das cotas dos referidos fundos terem atingido os investimentos de todos os cotistas – centenas -, os quais compraram ou venderam cotas no período de setembro de 2005 a agosto de 2008 (fls. 186-383); o fiscalizado, em Assembleia Geral Extraordinária, datada de 28 de agosto de 2008 (fls. 68) optou, por liberalidade, em assumir as perdas relativas à desvalorização das cotas de apenas seus acionistas, que em 30/06/2008, permaneceriam coincidentemente como únicos cotistas dos fundos*”. Nesse aspecto, afirma a fiscalização que a recorrente não cumpriu a determinação da

CVM de tomar providências para evitar prejuízos aos investidores, limitando-se a, por mera liberalidade, indenizar os cotistas que eram ao mesmo tempo seus acionistas.

Diante do cenário fático supracitado, concluiu a fiscalização, ao discorrer sobre o teor do artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda (“RIR/99”), que as indenizações pagas pela recorrente não seriam necessárias, comuns e usuais às atividades de uma administradora de recursos, que, reiteradamente, desrespeitou as normas reguladoras de sua atividade, *“de maneira a sempre melhorar os índices de performance de seus produtos – durante 3 (três) anos -, em detrimento e prejuízo ao regular funcionamento do mercado financeiro nacional”*.

Nesse sentido, transcreve trechos dos Pareceres COSIT nºs 61/1979 e 82/1991, da Receita Federal do Brasil, que concluíram pela indedutibilidade de despesas decorrentes de transgressões a normas de ordem pública. E, ainda na mesma linha de raciocínio, cita decisões administrativas e judiciais sobre a indedutibilidade de despesas decorrentes de prática de atos ilícitos, exemplificadas pelo Acórdão 01-01.072, proferido em 27/11/1990 pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do extinto Conselho de Contribuintes.

A fiscalização reiterou que, para a conclusão de que as despesas em questão deveriam ter sido consideradas indedutíveis, foi de *“suma importância”* o fato de que as indenizações teriam sido pagas apenas aos acionistas da recorrente, enquanto centenas de cotistas teriam sofrido prejuízos pelo *“desrespeito à lei na gestão dos fundos de investimentos pela BANCOOB AGR”*. Destacou que, ao contrário da determinação da CVM, nem todos os prejuízos causados pela superavaliação dos ativos dos fundos teriam sido ressarcidos.

Subsidiariamente, aduz a autoridade fiscal que o patrimônio da recorrente não se confunde com o de sua controlada, e destaca que o fato de a recorrente ter assumido as obrigações de sua controlada determina, por si só, que a despesa seja considerada indedutível.

A fiscalização rechaçou os argumentos apresentados pela recorrente de que haveria responsabilidade solidária entre controladora e controlada por força de contratos de prestação de serviços firmados entre as partes, tais como o de custódia e contabilidade dos ativos dos fundos (fls.481), pois entendeu que foram apresentados instrumentos particulares sem qualquer reconhecimento público ou das assinaturas.

Entendeu a fiscalização que, ainda que tais contratos fossem considerados, a responsabilidade da recorrente seria pela prestação dos serviços de custódia de valores mobiliários e contabilidade dos fundos de investimento (fls. 446-470), e não pela precificação dos ativos financeiros, que, por sua vez, seria de responsabilidade da BANCOOB AGR. Para fundamentar tal assertiva, a autoridade fiscal transcreve os itens 1.2.1.3 e 1.2.1.5 da Instrução Normativa CVM nº 438/06, que determinariam a responsabilidade do administrador dos fundos de investimentos pela precificação de ativos com baixa liquidez.

Sobre o assunto, o TVF enfatiza que, de acordo com a Deliberação nº 14 da ANBID¹, todo administrador de fundos deverá publicar sua política de precificação de ativos e

¹ *“Atualmente denominada ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais. É a maior representante das instituições que atuam nos mercados financeiros e de capitais, com mais de 340 instituições, dentre bancos comerciais, múltiplos e de investimento, administradora de fundos de investimentos, corretoras, distribuidoras de valores mobiliários e consultores de investimento. Entre seus objetivos estão a atuação conjunta com instituições públicas brasileiras para regular as atividades das entidades que atuam nos mercados financeiros e de capitais.”* (fl. 947)

marcação a mercado, observando os parâmetros legais permitidos. A BANCOOB AGR cumpriu tal determinação por meio da elaboração do seu Manual de Marcação a Mercado (fls. 592-662), que divulga as políticas adotadas na administração dos fundos, inclusive quanto aos critérios utilizados na precificação de ativos não líquidos.

Observa-se, contudo, que a incumbência de precificar os ativos, na perspectiva da fiscalização, *“é atribuída - até por sua complexidade matemática em ramo específico de conhecimento - à administradora de um fundo de investimento e, em específico, a seu departamento de Gestão de Ativos (Front Office)”*.

A referida conclusão estaria patente pela documentação levantada no curso da fiscalização, especificamente nos relatórios de auditoria interna (fls. 480, 501, 503, 507, 511 e 505). De acordo com o TVF, estaria claro em tais relatórios que a empresa responsável pela precificação dos derivativos era a BANCOOB AGR, não a recorrente.

Com a glosa das despesas, no calendário de 2008, a autoridade fiscal observou, ao recompor o lucro real e a base de cálculo de CSLL do período, que a recorrente passou a apresentar lucro real e base de cálculo positiva de CSLL, no valor de R\$80.927.546,06, em vez de um prejuízo antes contabilizado de R\$24.229.573,32.

O referido prejuízo fiscal foi utilizado para compensar o IRPJ e a CSLL apurados nos anos calendários de 2009 e 2010, razão pela qual a fiscalização também glosou tais compensações, nos montantes de (i) R\$1.444.356,38, relativas ao 1º trimestre² de 2009; (ii) R\$2.946.482,20, relativas ao 2º trimestre de 2009; (iii) R\$3.790.230,78, relativas ao 3º trimestre de 2009; (iv) R\$2.697.982,76, relativas ao 4º trimestre de 2009; e (v) R\$13.350.521,19, referentes ao ano calendário de 2010.

Ainda em decorrência da glosa de despesa, a autoridade fiscal concluiu que a recorrente passou a ser devedora de estimativas de IRPJ e CSLL, apuradas durante os anos calendários de 2008 e 2010, impondo, assim, multas isoladas de 50% sobre os referidos valores não recolhidos a título de estimativas, com fundamento nos artigos 222 e 843 do RIR/99.

Por fim, esclareceu o TVF que os saldos negativos de IRPJ e CSLL de 2008, provenientes de pagamentos a maior de estimativas e IRRF, não foram considerados na recomposição do lucro real e da base de cálculo da CSSL, tendo em vista que a recorrente teria aproveitado tais créditos por meio de declaração de compensação.

Impugnação

Em relação à impugnação apresentada pela ora recorrente (fls. 991-1045), destaca-se a alegação de que as perdas sofridas pelos seus acionistas, em fundos administrados pela BANCOOB AGR, foram causadas por erros operacionais cometidos por empregados da própria recorrente, que, *“à época, era contratualmente responsável pela prestação de serviços de gestão de carteira dos fundos, com a validação diária da metodologia de marcação a mercado das quotas e do patrimônio líquido dos fundos de investimento”*.

Nessa linha, a recorrente assevera que *“as perdas sofridas pelos cotistas dos 3 (três) fundos de investimento (FCC, Coopmútuo e Diamante), cuja administração e gestão*

² Segundo o TVF (fl. 935), a recorrente optou pela apuração anual durante os anos calendários de 2008 e 2010, enquanto no ano calendário de 2009 a apuração foi trimestral.

foram terceirizadas ao Impugnante, decorrem do ajuste feito no valor das quotas que se encontravam supervalorizadas em relação aos preços de referência divulgados pela BM&F. O referido ajuste implicou a diminuição dos valores das quotas e do patrimônio líquido dos referidos fundos e, conseqüentemente, prejuízos aos cotistas dos fundos de investimento”.

De tal modo, alega a recorrente ter suportado a despesa de indenização dos cotistas em razão de cláusula de responsabilidade por falhas na prestação de serviços prevista no “*Contrato de Prestação de Serviços de Controle de Ativo e Passivo e Outras Avenças*” (fls. 1.146 -1.151), firmado entre a recorrente e a BANCOOB AGR, responsabilidade esta que também teria sido imposta pelos artigos 56 e 57, parágrafo 2º, da IN CVM nº 409/04.

De acordo com a impugnação, a referida Instrução Normativa “*ainda autoriza que a administração dos fundos seja exercida pelo próprio administrador, no caso a BANCOOB AGR, ou por terceiros por ele contratados, desde que figure, no contrato de prestação de serviços, como interveniente anuente*”.

Sobre a fundamentação do TVF de que tais contratos não seriam oponíveis ao fisco, esclarece a recorrente que, antes mesmo da constituição da BANCOOB AGR, realizou consulta ao BACEN (fls. 1214-1218) “*a respeito da intenção (da recorrente) de segregar suas atividades e passar a prestar serviços para a empresa a ser construída para a administração de fundos de investimentos (BANCOOB AGR)*”.

A referida consulta foi respondida pelo Departamento de Normas do Sistema Financeiro do BACEN, em 8 de março de 2005 (fls. 1.220-1.221), tendo sido expressamente consignado na resposta que a recorrente poderia “*prestar serviços relacionados à administração de recursos de terceiros à BANCOOB AGR, desde que atendidas as disposições das Resoluções nºs 2.451/97 e 2.486/88, cuja(s) íntegra(s) encontra(m)-se anexada(s) à presente defesa*”.

Aduz a recorrente que, tendo sido realizada prévia comunicação aos órgãos reguladores sobre os contratos firmados entre ela e a BANCOOB AGR, seria descabida a desconsideração dos instrumentos particulares, tendo em vista que, se o registro em cartório fosse requisito de validade de tais contratos, a CVM e o BACEN seriam os primeiros a determinar que tais contratos fossem submetidos ao registro público, o que, segundo a recorrente, comprovadamente não ocorreu.

Dentre os contratos firmados entre a recorrente e a BANCOOB AGR, a impugnação destaca o “*Contrato de Prestação de Serviços de Controle de Ativo e Passivo e Outras Avenças*”, de fls. 1.146 -1.151, firmado em 1º de Setembro de 2005, que estabelece as seguintes obrigações da recorrente:

2. O CONTRATADO prestará ao CONTRATANTE os serviços de controle de ativos das carteiras do FUNDOS, conforme discriminado a seguir:

(...)

2.2 Cálculo e remessa diária (ou em periodicidade expressamente acordada entre as partes) das informações ao CONTRATANTE do valor das quotas dos FUNDOS e de seu patrimônio líquido, detalhando o valor atualizado e composição;

2.3 Obriga-se o CONTRATADO AINDA:

2.3.1 manter em perfeita ordem: (a) a documentação relativa às operações das Carteiras dos FUNDOS; e (b) o registro de todos os fatos contábeis referentes aos fundos;

2.3.2 divulgar diariamente o valor do patrimônio líquido das carteiras dos FUNDOS, incluindo-se as rentabilidades acumuladas no mês e no ano civil.

2.3.3 registrar os ativos integrantes das carteiras de FUNDOS nos respectivos depositários, tais como CETIP, SELIC, BOVESPA, BM&F (se for o caso);

2.3.4 envio ao CONTRATANTE das posições das carteiras dos FUNDOS referentes ao último dia de cada mês (posição de fechamento);

2.3.5 envio das informações diárias e semanais à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), ao Banco Central do Brasil (“BACEN”) e demais autoridades competentes, do valor do patrimônio líquido dos FUNDOS, de suas respectivas quotas, da rentabilidade auferida naquele período e de todas as demais informações necessárias, bem como de todas as informações que venham a ser requeridas por qualquer autoridade competente; (...)
(grifos no original)

Com base no trecho transcrito, conclui a impugnação que a recorrente seria responsável pela “prestação de todos os serviços de retaguarda (“BackOffice”), relacionados à gestão da carteira dos fundos, com a validação diária da metodologia de marcação a mercado das quotas e do patrimônio líquido dos fundos de investimento”.

Aduz a recorrente que a contratação dos referidos serviços estaria ainda assim refletida no “Manual de Marcação a Mercado” da BANCOOB AGR (fls.1.228-1.254):

4. Os procedimentos internos de coleta de preços, tratamento dos dados e validação prévia são de responsabilidade da Área de Retaguarda (Backoffice).

4.1 A validação prévia dos dados é realizada via checagem das variações diárias dos dados de preços e taxas importados, contra limites pré-estabelecidos. Quando verificada uma variação acima do limite, procede-se a análise do ocorrido, de forma a apurar se houve erro ou não no processo de importação de dados.

5. Tais procedimentos são monitorados diariamente pela Área de Gestão de Risco do Bancoob.

6. Não havendo divergências, segue-se a rotina normal de cálculo.

7. Havendo divergências, providenciam-se os acertos necessários.
(grifos no original)

Especificamente em relação às obrigações advindas do referido contrato de prestação de serviços, a recorrente alega que a Instrução Normativa CVM nº 409/204, ao permitir a contratação de terceiros para a realização dos serviços relacionados à administração

de fundos de investimentos, em seu artigo 57, dispõe, expressamente, que o contratado, no caso a recorrente, responde solidariamente por eventuais prejuízos causados aos cotistas.

Igualmente, em consonância com as disposições da norma regulamentadora, o referido “*Contrato de Prestação de Serviços de Controle de Ativo e Passivo e Outras Avenças*”, de fls.1.146/1.151, firmado entre a recorrente e a BANCOOB AGR, teria reiterado a responsabilidade da recorrente por falhas nos seus serviços, conforme cláusula 6.4:

6.4. O CONTRATADO responde diretamente perante o CONTRATANTE, quotistas e terceiros interessados, por erro ou irregularidade na prestação de serviços. (grifos no original)

Assim, argumenta a recorrente que, ainda que a regulamentação determine a sua responsabilização solidária, em conjunto com a BANCOOB AGR, pelas perdas causadas aos cotistas dos fundos de investimentos, o contrato firmado entre as partes estabelece que seja somente sua a responsabilidade pelas falhas na prestação dos serviços.

Sobre a natureza de despesa operacional dos dispêndios, a recorrente busca demonstrar o erro cometido pela fiscalização ao apresentar, como um dos argumentos para concluir que as despesas com as indenizações não atenderiam aos requisitos de “usualidade, normalidade e necessidade”, a suposta deliberação da recorrente de indenizar, por mera liberalidade, apenas os cotistas dos fundos de investimentos que também eram seus sócios, enquanto muitos outros investidores teriam sido prejudicados.

Segundo a fiscalização, a recorrente não teria cumprido a determinação da CVM de ressarcir a totalidade dos “*prejuízos causados aos investidores decorrentes de aplicações ou resgates efetuados nos fundos durante o período em que as cotas estiveram superavaliadas*”, uma vez que apenas nove dentre “*centenas*” de investidores prejudicados teriam sido indenizados. Contudo, esclarece a impugnação que, do ponto de vista econômico, a interpretação da autoridade fiscal estaria completamente equivocada.

Isso porque, na data em que foi feito o ajuste para remediar os erros na precificação dos ativos, somente as nove centrais cooperativas permaneciam como investidoras dos fundos e, portanto, apenas o patrimônio delas teria sido atingido pelo erro na precificação dos ativos. Isto é, como os demais investidores efetuaram os seus resgates com base no patrimonial líquido do fundo superavaliado, não seria logicamente possível concluir pela ocorrência de prejuízos aos seus respectivos patrimônios.

A recorrente rebate a fundamentação do TVF de que as indenizações teriam sido decorrentes de “*prática reiterada de ilícitos*”, com o objetivo de beneficiar os seus acionistas, pretendendo demonstrar que, na verdade, os erros cometidos na precificação dos ativos advêm de riscos inerentes ao mercado financeiro.

Nesse tocante, aduz que a ocorrência de tais falhas seria tida como hipótese previsível no âmbito das instituições financeiras, enquadrando-se, de acordo com a Resolução nº 3.380/06, como componente do risco operacional, a seguir definido:

Art. 2 Para os efeitos desta resolução, define-se como risco operacional a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos.

§1º A definição de que trata o caput inclui o risco legal associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como sanções em razão de descumprimento de dispositivos legais e as indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pela instituição. (grifos no original)

Assim, estando tais despesas diretamente relacionadas aos riscos operacionais de seu negócio, “cuja previsibilidade é inerente à atividade da instituição financeira, os valores das indenizações pagas a terceiros como medida de reparação de prejuízos previsíveis perpetrados contra terceiros devem ser enquadrados como despesas necessárias, normais e usuais às suas atividades”.

A necessidade da despesa, na perspectiva da recorrente, estaria evidente diante do fato de que houve intimação da CVM (fls. 1.293-1.294) para que fossem tomadas providências a fim de ressarcir os prejuízos causados pela superavaliação das quotas dos fundos de investimento. Destacou, nesse aspecto, que o conceito de despesa necessária deve ser analisado dentro do contexto das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, “não cabendo interpretação restritiva do direito a dedutibilidade”.

Em relação aos requisitos da usualidade e da normalidade, a recorrente contrapõe o argumento da autoridade fiscal de que a frequência do pagamento da despesa teria relevância na análise em questão, com a doutrina de José Luiz Bulhões Pedreira para concluir que “a despesa pode ser excepcional ou esporádica, e ainda assim será dedutível por ser inerente ao desenvolvimento da atividade do contribuinte”.

Nesse ponto, a recorrente argumenta que “muito embora tal despesa não seja recorrente na atividade do Impugnante, o encargo por ele assumido se justifica em decorrência da natureza e risco das operações desenvolvidas”.

Ainda sobre o enquadramento de despesas como operacionais, foi citado o Parecer Normativo CST nº 32/1981, que, em linhas gerais, sedimentara o entendimento que a análise dos requisitos para a dedutibilidade das despesas “deve partir do exame detalhado das operações realizadas e estar atrelada à manutenção dos negócios desenvolvidos pela empresa”.

Na aplicação do referido conceito à espécie, aduz a recorrente que o erro na aplicação da metodologia de precificação de ativos atrela-se intrinsecamente ao risco operacional assumido ao prestar os serviços de gestão de fundos de investimentos. Sobre o assunto, destaca que, como a reparação dos danos causados foi uma exigência da CVM, órgão regulador das atividades de administração de recursos de terceiros, a manutenção dos seus negócios estaria ameaçada caso deliberasse não realizar o pagamento das indenizações.

Ainda sobre os reflexos regulatórios dos prejuízos causados, a recorrente afirma que os ajustes nos fundos de investimentos impactaram diretamente no Patrimônio Referencial de cada um dos seus acionistas, que é requisito indispensável imposto pela BACEN para que seja mantido o seu enquadramento na qualidade de cooperativa de crédito, razão pela qual o pagamento da indenização teria sido medida eficaz para evitar um ônus muito maior para a recorrente e seus acionistas.

Quanto às alegações da autoridade fiscal de que as indenizações teriam decorrido de ato ilícito, afirma a recorrente que o descumprimento de uma norma jurídica ou dispositivo contratual não define, por si só, a indedutibilidade da despesa. Contudo, admite que

“a atividade que gerou o dever de indenizar não pode ser intrinsicamente ilegal ou desvinculada do seu objeto social”.

Conclui que, demonstrado que a despesa glosada está diretamente relacionada às atividades da recorrente, seria ilegítima a glosa por parte da fiscalização, que, ao vedar a dedução das despesas, estaria fazendo incidir o IRPJ e a CSLL sobre lucro fictício.

Ainda, com fundamento na legislação pertinente e em diversas decisões, a recorrente almeja demonstrar a ilegalidade do lançamento tributário das multas isoladas sobre as antecipações mensais do IPRJ e da CSLL após o encerramento do ano calendário.

Por fim, alega ter ocorrido erro de direito nos cálculos que embasaram o lançamento em razão da consideração de saldos negativos de IRPJ e CSLL na recomposição do lucro real e da base de cálculo de CSLL.

Acórdão da DRJ

O acórdão da DRJ (fls. 1.427-1.450) entendeu ser irrelevante analisar se haveria responsabilidade da recorrente pelas perdas causadas aos cotistas dos fundos de investimentos administrados pela BANCOOB AGR, “*tendo em vista que, em qualquer hipótese, as despesas incorridas no caso concreto mostram-se indedutíveis*”.

Segundo a decisão recorrida, a prática reiterada de ilícitos na gestão dos fundos de investimento, violando a legislação pertinente, importa na impossibilidade de classificação das despesas advindas de tais atos como operacionais, pois não cumpriram com os requisitos de usualidade, normalidade e necessidade.

A DRJ fundamentou o seu posicionamento na realização de condutas ilícitas pela recorrente com base nas informações constantes do relatório de auditorias de fls. 547-567. Os julgadores de primeiro grau ressaltaram que a manutenção de referidos procedimentos inadequados pela recorrente, em período de mais de dois anos, demonstrou “*conduta reiterada visando inflar artificialmente o valor dos ativos dos fundos de investimento*”, em desrespeito às normas reguladoras da CVM.

Concluiu-se pela indedutibilidade das despesas com as indenizações aos cotistas dos fundos administrados pela BANCOOB AGR, nos seguintes termos:

Não há como considerar despesas inerentes à atividade do negócio aquelas derivadas de atos eivados de ilicitude. O caso em análise demonstra, com documentação probatória robusta e contundente, produzida em relatório de auditoria interna elaborado pelo impugnante, que o procedimento adotado na precificação dos seus ativos, primeiro, foi realizado em desacordo com regra estipulada pelo órgão regulador, com flagrante inobservância da IN CVM nº 438, de 2004, segundo, não seguiu o cumprimento do Manual de Marcação a Mercado, terceiro, não efetuou a devida guarda de documentos comprobatórios o que tornou impossível a validação do cálculo da volatilidade atribuída ao prêmio pago, ocorrências que caracterizaram negligência na administração dos fundos de investimento, em descumprimento deliberado das normas estipuladas para regulação do

mercado financeiro e de obrigações impostas no contrato celebrado entre o impugnante e sua empresa controlada.

Portanto, ao contrário da argumentação exposta na peça de defesa, os erros cometidos na precificação dos ativos não podem ser justificados como um “risco operacional”, e muito menos podem ser atribuídos como um fato previsível.

A decisão recorrida manteve, ainda, a multa isolada de IRPJ e CSLL sobre o valor das estimativas recolhidas a menor em razão da glosa das despesas, consignando pela possibilidade de concomitância da multa isolada com a multa de ofício.

Por fim, a DRJ entendeu ter sido correto o procedimento adotado pela fiscalização de não considerar os saldos negativos de IRPJ e CSLL na recomposição do lucro real e da base de cálculo negativa de CSLL, na realização do lançamento de ofício, tendo em vista que a recorrente já teria realizado pedido de compensação sobre os referidos saldos.

Recurso Voluntário

O recurso voluntário interposto pela recorrente (fls. 1.456-1.521) destaca que a DRJ não apreciou os argumentos expostos na impugnação sobre a responsabilidade da recorrente pelos prejuízos causados aos investidores dos fundos administrados pela BANCOOB AGR. Reitera, pois, os termos apresentados na impugnação, que, em suma, fundamentam-se em disposições contratuais e regulatórias para demonstrar que a recorrente seria responsável pelos prejuízos causados pelos erros cometidos por seus empregados na precificação dos ativos dos fundos.

Sobre a natureza de despesa operacional das indenizações, somam-se aos argumentos apresentados na impugnação o enfrentamento da fundamentação da decisão recorrida de que as despesas em questão seriam “*derivadas de atos eivados de ilicitude*” e, portanto, não poderiam ser consideradas inerentes à atividade do negócio. Nesse ponto, a recorrente argumenta que a ocorrência de erros operacionais, “*sem qualquer conteúdo doloso, não lhe conferem a natureza de “ato ilícito” que extrapola o objeto social da recorrente. A sua boa-fé, e o intuito de regularizar todo o procedimento, teve o claro objetivo de assumir a responsabilidade contratual decorrente da sua atuação*”.

Destaca a recorrente, inclusive, que o “comportamento irregular” na gestão dos fundos de investimentos mereceu atenção do órgão regulador, no caso a CVM, que em momento algum tratou os erros operacionais cometidos pela recorrente e por sua controlada como se fossem “atos ilícitos”, realizados com o intuito de fraudar os cotistas dos fundos de investimento ou de levar qualquer tipo de vantagem com esse procedimento.

A recorrente afirma que, uma vez cientificada do problema, a CVM expediu o ofício fls. 181-185, o qual não prevê a aplicação de qualquer penalidade em razão das condutas realizadas pela recorrente e sua controlada, tendo tal postura do órgão regulador demonstrado que os erros na precificação dos ativos se enquadram como erros operacionais, “*decorrentes do risco no exercício de atividade de elevado grau de especialização*”.

Nesse aspecto, a recorrente cita a existência de dispositivos normativos, emitidos pela CVM, que tratam sobre a aplicação de penas sobre as condutas que, na perspectiva do fisco, teriam sido realizadas na administração dos fundos de investimento

geridos pela BANCOOB AGR. Argumenta se tratar de hipótese de descumprimento dos preceitos do artigo 16 da Instrução Normativa CVM nº 306/99, abaixo transcrito:

Art. 16 – É vedado ao administrador de carteira:

(...)

VIII. promover operações cujo objetivo consista em burlar a legislação fiscal e/ou outras normas legais e regulamentares, ainda que tais negócios aumentem a valorização da carteira administrada.

A referida conduta é classificada como infração grave, pelo artigo 18 da própria Instrução Normativa CVM nº 306/99, sujeita à cominação das penalidades previstas no §3º, do artigo 11³, da Lei nº 6.385/76. Veja-se:

Art. 18 – Considera-se infração grave, para efeito do disposto no art. 11, §3º, da Lei nº 6.385/76, o exercício da atividade de administração de carteira de valores mobiliários por pessoa natural ou jurídica não autorizada, nos termos desta Instrução, ou autorizada com base em declaração ou documentos falsos, bem como a infração às normas contidas nos arts. 14, incisos I, II, V, VII e VIII, e 16, incisos VI a VIII desta Instrução.

De tal modo, conclui a recorrente que “caso fosse plausível a alegação da Fiscalização no sentido de que a errônea precificação (dos) ativos tivesse sido fraudulenta e dolosa, pressupor-se-ia, no mínimo, que a CVM houvesse instaurado procedimento administrativo para apuração dos fatos, tendo em vista que fere todo o arcabouço normativo, o que não ocorreu no caso”.

Por fim, pela mesma fundamentação apresentada na impugnação, a recorrente alega (i) a ilegalidade do lançamento tributário das multas isoladas sobre as antecipações mensais do IPRJ e da CSLL após o encerramento do ano calendário; e (ii) a ocorrência de erro de direito nos cálculos que embasaram o lançamento, uma vez que os saldos negativos de IRPJ e CSLL não foram considerados na recomposição do lucro real e da base de cálculo de CSLL.

É o relatório.

³ Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

(...)

§ 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator *Ad Hoc*.

O Relator originário, Cons. Breno Ferreira Martins Vasconcelos, deixou de assinar este voto vencido pelo fato de ter renunciado ao mandato antes da formalização do acórdão. Porém, vale frisar **que se baseia exclusivamente em minuta por ele disponibilizada quando da sessão de julgamento, de forma que retrata fielmente o voto proferido.**

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade (fls. 1.456-1.521), razão pela qual dele conheço.

A numeração de fls. indicada neste voto é a do e-processo.

Da responsabilidade da recorrente

Da análise das provas colacionadas aos autos, conclui-se que a fundamentação do TVF de que a recorrente teria assumido indevidamente uma despesa de sua controlada não procede diante das relações contratuais estabelecidas entre as duas sociedades.

Segundo o entendimento da autoridade fiscal, os contratos apresentados pela recorrente não seriam oponíveis ao fisco por não terem “*qualquer reconhecimento público ou mesmo de suas assinaturas*”.

Conforme se verifica do Relatório, a recorrente alega que era de sua responsabilidade a validação do cálculo do valor diário das quotas dos fundos de investimentos administrados pela BANCOOB AGR, nos termos da cláusula 2.2 do “*Contrato de Prestação de Serviços de Controle de Ativo e Passivo e Outras Avenças*”, de fls. 1.146 -1.151, a seguir transcrita:

2. O CONTRATADO prestará ao CONTRATANTE os serviços de controle de ativos das carteiras do FUNDOS, conforme discriminado a seguir:

(...)

2.2 Cálculo e remessa diária (ou em periodicidade expressamente acordada entre as partes) das informações ao CONTRATANTE do valor das quotas dos FUNDOS e de seu patrimônio líquido, detalhando o valor atualizado e composição; (no original sem grifo)

Desse modo, as falhas na prestação dos referidos serviços justificam a responsabilização da recorrente pelos danos causados aos investidores dos fundos geridos pela BANCOOB AGR, nos termos das disposições do artigo 57⁴, §2º, da Instrução Normativa

⁴ Art. 57. A contratação de terceiros devidamente habilitados ou autorizados para a prestação dos serviços de administração, conforme mencionado no art. 56, é facultade do fundo, sendo obrigatória a contratação dos

CVM, que, por sua vez, estão refletidas na cláusula 6.4 do referido contrato de prestação de serviços:

6.4. O CONTRATADO responde diretamente perante o CONTRATANTE, quotistas e terceiros interessados, por erro ou irregularidade na prestação de serviços.

Ao meu ver, a ausência de registro cartorial não tem o condão de afastar a oponibilidade ao fisco das obrigações decorrentes dos contratos firmados entre a recorrente e a BANCOOB AGR, pois existem outros elementos nos autos que demonstram a existência dessa relação jurídica.

Nesse aspecto, imperioso destacar que a recorrente levou ao conhecimento do BACEN, por meio da petição de fls. 1.214-1.218, datada de 19 de janeiro de 2005, a sua intenção de “constituir uma empresa especializada na Administração de recursos de terceiros, (...) passando a ser um prestador de serviço para essa empresa especializada”.

A resposta do BACEN à consulta formulada, constante nas fls. 1.220-1.221, reconheceu a possibilidade da prestação de tais serviços pela recorrente à BANCOOB AGR, sem que tenha sido imposta qualquer condição formal para a celebração dos contratos. Tudo isso, lembre-se, muito antes do início da fiscalização.

Da mesma forma, os próprios regulamentos dos fundos administrados pela BANCOOB AGR, de fls. 1.299-1.347, registrados em Cartório de Títulos e Documentos do Distrito Federal, deram publicidade aos serviços prestados pela recorrente na administração dos fundos, nos seguintes termos:

*Art. 13 **O BANCO COOPERATIVO DO BRASIL S.A. – BANCOOB**, com sede no SCS - Qd. 06 - Bl A – Ed. Sofia – 4º andar – Brasília (DF), inscrito no CNPJ sob o nº 02.038.232/0001-64, no presente designado BANCOOB, **prestará ao FUNDO os serviços de (i) custódia; (ii) controladoria de ativos (controle e processamentos dos títulos e valores mobiliários) e de passivos (escrituração de cotas) e (iii) distribuição, agenciamento e colocação de quotas do FUNDO**, observado que estes últimos também poderão ser prestados por instituições e/ou agentes devidamente habilitados para tanto, cuja relação, com a qualificação completa desses prestadores de serviços, encontrar-se-á disponível na sede e/ou dependências da Administradora. (sem grifos no original)*

Além disso, confirmando as provas de participação da recorrente no processo de precificação dos ativos dos fundos geridos pela BANCOOB AGR, o próprio “Manual de Marcação a Mercado” da BANCOOB AGR, de fls. 1.228-1.254, estabelece ser da recorrente a responsabilidade pelos procedimentos internos de “coleta de preços, tratamento dos dados e

serviços previstos nos incisos III, IV, V e VI, apenas quando não estiver o administrador devidamente autorizado ou credenciado para a sua prestação. (...)

§2º Os contratos firmados na forma do § 1º, referentes aos serviços previstos nos incisos I, III, V e VI, do § 1º, do art. 56, deverão conter cláusula que estipule a responsabilidade solidária entre o administrador do fundo e os terceiros contratados pelo fundo, por eventuais prejuízos causados aos cotistas em virtude das condutas contrárias à lei, ao regulamento e aos atos normativos expedidos pela CVM.

validação prévia” de cotações utilizadas na precificação dos ativos dos fundos de investimentos.

Cabe destacar que a jurisprudência deste Conselho, firme na aplicação do princípio da verdade material, consolidou-se no sentido de relativizar a necessidade de registro público do contrato para que este seja oponível ao fisco, desde que o instrumento particular seja corroborado pelo conjunto probatório apresentado pelo contribuinte. Veja-se:

IRRF – CONTRATO DE MÚTUO – REGISTRO: O “Contrato de Mútuo”, para sua validade, independe de registro em Cartório de Títulos e Documentos, isto porque esse ato meramente “formal” não é de sua substância, mormente quando o conjunto de provas atesta sua efetividade”. (Acórdão 104-20.354, Rel. Cons. Remis Almeida Estol, 4º Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, julgado em 1º de Dezembro de 2004); e

VARIAÇÕES MONETÁRIAS PASSIVAS: Existente os contratos de mútuo firmados com empresas controladas ou coligadas, a falta do registro no Cartório de Títulos e Documentos, bem como irregularidade em sua contabilização, não são suficientes para determinar a indedutibilidade dos encargos contabilizados”. (Acórdão 103-19.917, Rel. Cons. Cândido Rodrigues Neuber, 3º Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, julgado em 16 de Março de 1999)

Imperioso concluir, portanto, que a recorrente, como prestadora de serviços responsável pelo cálculo e remessa diária dos valores das quotas dos fundos de investimentos administrados pela BANCOOB AGR, responde aos cotistas dos fundos, **independentemente de culpa**, pelos prejuízos causados por falhas na precificação dos ativos.

Isso porque, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ainda que se argumente sobre a ocorrência de conduta negligente na precificação das quotas, *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

De acordo com a doutrina de Orlando Gomes⁵, a obrigação de indenizar sem culpa nasce por duas razões: (i) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros e (ii) a consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina.

Entendo ser na primeira categoria, justificada pela teoria do risco, que se enquadra a despesa sob julgamento. Sobre a teoria do risco, Miguel Reale⁶ esclarece que:

Quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de que dela tira proveitos, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em

⁵ Gomes, Orlando. Obrigações. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.307.

⁶ Apud Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

conta a participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores.

Na visão de Silvio de Salvo Venosa⁷, trata-se do denominado risco-proveito, *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet* (onde há o emolumento, aí deve também haver o ônus), definido como forma de responsabilidade objetiva baseada na premissa que o agente responsável por criar um risco de produzir danos, por meio do exercício de sua atividade econômica, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, tendo em vista que essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Neste caso, para o surgimento do dever de indenizar bastaria o fato danoso e o nexu causal, não sendo necessária a constatação do ato culposos.

Como a própria fiscalização asseverou, a precificação dos ativos consiste em atividade de “*alta complexidade matemática em ramo específico de conhecimento*”, que, por sua própria essência, consiste em um dos componentes do risco advindo da atividade de gestão e administração de ativos financeiros de terceiros.

Observa-se que, por meio do “*Contrato de Prestação de Serviços de Controle de Ativo e Passivo e Outras Avenças*”, de fls. 1.146 -1.151, o componente de risco inerente ao cálculo do valor diário das quotas dos fundos de investimentos foi transferido da BANCOOB AGR à recorrente, que foi remunerada para assumir tal encargo, no percentual de 0,06% ao ano sobre o valor do patrimônio líquido dos fundos. Não é demais lembrar, apenas pela retórica do raciocínio, que essa remuneração, percebida pela recorrente, foi por ela oferecida à tributação da renda, o que reforça a coerência de reconhecer como sua a despesa decorrente da atividade por ela exercida.

Assim sendo, ao contrário do que alegado pela autoridade fiscal, entendo estar demonstrado que a despesa incorrida com as indenizações pagas aos sócios da recorrente, como reparação aos prejuízos causados pelos erros na precificação das quotas dos fundos de investimentos geridos pela BANCOOB AGR, foi devidamente incorrida pela controladora em nome de sua controlada.

Da natureza de despesa operacional

A despeito da qualidade do trabalho fiscal e do acórdão da DRJ - que o manteve, a autoridade autuante partiu de uma premissa completamente equivocada para concluir que a despesa com a indenização dos cotistas dos fundos administrados pela BANCOOB AGR teria sido incorrida por mera liberalidade da recorrente.

Nos termos do TVF, a fiscalização entendeu que diversos investidores teriam sido prejudicados pelos erros cometidos na avaliação dos ativos dos fundos de investimento, enquanto apenas os cotistas dos fundos de investimentos, que eram também acionistas da recorrente, teriam sido ressarcidos pelas perdas sofridas.

A referida assertiva, com o devido respeito ao trabalho empreendido pelo fiscal, demonstra que a fiscalização não compreendeu a natureza das perdas causadas pela superavaliação dos ativos dos fundos de investimentos. É que, tendo como premissa o fato apurado nos autos de que o modelo de precificação adotado pela recorrente - reconhecidamente um dos mais difundidos no mundo - tendia a sobrevalorizar o valor dos ativos geridos pela BANCOOB AGR, está evidente que os investidores que resgataram as suas cotas **antes** da data do ajuste no valor dos derivativos financeiros, no dia 30 de junho de 2008, foram beneficiados pelos erros cometidos pela recorrente.

Isto é, o ajuste no patrimônio líquido do fundo, com o objetivo de refletir as diferenças entre o modelo de precificação baseado em fórmulas matemáticas e a precificação com base nas cotações dos derivativos financeiros na BM&F, impactou somente o patrimônio dos cotistas que **permaneciam** como investidores dos fundos de investimentos no momento em que o ajuste foi realizado.

Assim, considerando o fato incontroverso de que apenas os cotistas indenizados pela recorrente figuravam como investidores dos fundos na data em que o ajuste de reavaliação dos ativos foi realizado (fl. 937), conclui-se pelo descabimento da afirmação constante no auto de infração de que a recorrente não cumpriu a determinação da CVM de ressarcir os “*eventuais prejuízos causados aos investidores decorrentes de aplicações ou resgates efetuados nos fundos durante o período em que as cotas estiveram superavaliadas*”.

Ao meu ver, a interpretação errônea dos fatos que ensejaram no pagamento das indenizações acabou por determinar que a respectiva despesa fosse entendida pelo fisco como mera liberalidade, quando, na verdade, está evidente nos autos que os pagamentos derivam de obrigações contratuais, as quais ampararam expressa determinação da autoridade regulatória competente, a CVM, no sentido de que os prejuízos causados pela superavaliação dos ativos fossem ressarcidos.

Nesse aspecto, oportuna a lição de Ricardo Mariz de Oliveira⁸, ao abordar a antítese da despesa necessária:

Ao contrário de entendimentos pessoais e subjetivos, mutáveis de pessoa para pessoa, o conceito de “necessidade” é objetivamente determinado pela lei, e, por este mesmo critério, a despesa não é necessária quando envolva liberalidade, mas liberalidade também no sentido objetivo legal, isto é, de favor, estranho aos objetivos sociais, contrário aos estatutos sociais, além dos poderes conferidos à administração da empresa.

A despesa em questão não se amolda à definição de liberalidade no sentido objetivo legal consagrado pela doutrina. Ou seja, tendo sido comprovada a responsabilidade da recorrente pelos danos causados aos cotistas dos fundos de investimentos, não há que se falar em pagamento por mera liberalidade.

Vale ressaltar, ainda, que, havendo determinação expressa do Bacen (Resoluções 2.451/97 e 2.486/98) e da CVM (art. 57, §2º da Instrução Normativa nº 409/04) condicionando a contratação de terceiros para a prestação de serviços de administração à existência de cláusula estipulando a responsabilidade solidária entre o administrador do fundo e

os terceiros contratados por eventuais prejuízos causados aos cotistas, conclui-se que a assunção da responsabilidade pelo pagamento da indenização discutida nesses autos pela recorrente configura verdadeiro **pressuposto de existência** da relação jurídica existente com a BANCOOB AGR, o que afasta por completo a alegação de que o pagamento consiste em mera liberalidade.

Superada a falácia sobre a ocorrência de outros danos que não foram indenizados pela recorrente, relativos aos seus erros cometidos na precificação dos ativos dos fundos, imperioso analisar o arcabouço jurídico sobre o critério da necessidade, a ser observado como requisito essencial para a dedutibilidade de despesas no âmbito do cômputo do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Ricardo Mariz de Oliveira⁹ considera existirem quatro critérios básicos para classificar determinada despesa como operacional, quais sejam (i) a sua não integração ao custo de produção ou prestação de serviços; (ii) a comprovação e escrituração das despesas; (iii) a contabilização das despesas no mesmo período em que sejam assumidas; e (iv) a necessidade das despesas.

Para o deslinde do caso analisado, contudo, a definição sobre a classificação das indenizações das perdas causadas pelos erros na precificação dos ativos dos fundos de investimentos como despesa operacional vincula-se, por força da motivação do lançamento, tão somente à verificação se a despesa incorrida pela recorrente com as indenizações aos seus acionistas atende ao critério da necessidade.

De acordo com a ementa da decisão recorrida (fl. 1.427), concluiu-se que “*as despesas derivadas de atos eivados de ilicitude não podem ser consideradas inerentes à atividade operacional e muito menos dedutíveis por não se revestirem de normalidade usualidade ou necessidade*”, decisão em consonância com a motivação do lançamento realizado pela fiscalização (fls. 934-952).

Delimitada a questão, cumpre analisar o conceito de “necessidade” estabelecido pelo artigo 47 da Lei nº 4.506/64¹⁰, *in verbis*:

Art.47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Em resumo, considerando as diretrizes de hermenêutica jurídica de que os parágrafos se subordinam ao *caput* do dispositivo legal, como normas jurídicas dependentes ou complementares a este, podemos concluir pela existência de um conceito de necessidade abrangente, em que as despesas operacionais podem ser definidas como aquelas necessárias às atividades da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (*caput*), entendidas como tais, as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas

⁹ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 684.

¹⁰ Conceito incorporado ao RIR/99, no artigo 299. A MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/08/2015 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO, Assinado digitalmente em 14/08/2015 por MARCOS AURELI O PEREIRA VALADAO

pela atividade da empresa (parágrafo 1º), desde que sejam usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (parágrafo 2º).

Ainda segundo a doutrina de Mariz de Oliveira¹¹, “*pode-se dizer, sem medo de errar, que uma despesa é necessária quando ela for inerente à atividade da empresa ou à sua fonte produtora, ou for dela decorrente, ou com ela for relacionada, ou surgir em virtude de simples existência da empresa e do papel social que ela desempenha*”.

Em sentido semelhante, Bulhões Pedreira¹² esclarece que “*a lei define como necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (L 4.506, art. 47, §1º; RIR, art. 162, §1º). Não estabelece, pois, critérios gerais em função da atividade da empresa mas, por assim dizer, atomiza essa atividade nas transações ou operações por ela exigidas. As despesas são ditas necessárias em cada uma das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa*”.

O ilustre doutrinador¹³ esclarece que para “*ser dedutível, além de necessária a despesa deve ser usual, ou normal, no tipo de transações, operações e atividade da empresa. Note-se que o critério legal de normalidade não se baseia na experiência da própria empresa, mas do tipo de atividades que ela exerce: a despesa é dedutível para determinada empresa ainda que ocorra excepcional ou esporadicamente no curso dos seus negócios, mas desde que possa ser tida como usual ou normal no tipo de atividade que explora*”.

A norma do artigo 47 da Lei nº 4.506/64 (ou artigo 299 do RIR/99) deve ser interpretada à luz da competência constitucional atribuída a União para tributar a renda, nos limites estabelecidos pelo artigo 43 do CTN, cujas disposições impõem que o IRPJ e a CSLL somente incidam quando ocorrer acréscimo patrimonial. Assim, via de regra, ao confrontar as receitas e despesas das atividades do contribuinte, deverão ser considerados dedutíveis os custos e despesas necessários para a produção do acréscimo patrimonial, sob pena de se tributar outra grandeza que não esta.

Diante dos conceitos acima delimitados, importante, ainda, o registro de algumas ponderações sobre a natureza da despesa incorrida pela recorrente.

Conforme analisado, a recorrente era responsável pela prestação de serviços à BANCOOB AGR (fls. 1.228-1.254), empresa gestora de fundos de investimento, auferindo receitas em conexão com a sua atribuição de calcular os valores diários das quotas dos fundos de investimento geridos por sua controlada.

De acordo com as informações apuradas pela auditoria interna (fl. 476), a precificação dos ativos ilíquidos dos fundos de investimentos poderia ser realizada por meio de modelos matemáticos próprios, como os utilizados pela recorrente. Contudo, a partir do dia 23/09/2005, momento em que os ativos passaram a ter mercado ativo na BM&F, a recorrente deveria ter adotado as cotações da BM&F no cálculo do patrimônio líquido dos fundos.

Foi justamente essa falha em identificar que um ativo ilíquido passou a ter cotação na BM&F que motivou o entendimento do fisco de que a despesa seria indedutível por

¹¹ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 696.

¹² Imposto de Renda. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969, tópico 6-22.

¹³ Imposto de Renda. Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969, tópico 6-26.

ser, supostamente, advinda de atos ilícitos praticados pela recorrente, em ofensa à regulamentação da CVM.

Ao contrário da fundamentação do TVF e da decisão recorrida, entendo não ser automática a conclusão de que uma despesa é desnecessária pelo simples fato de decorrer da prática de algum ato ilícito, pois se trataria de aplicação de critério subjetivo para presumir que uma determinada despesa não cumpre os requisitos que foram objetivamente contemplados pelo nosso ordenamento jurídico.

De fato, a presunção adotada pela fiscalização, de que despesas derivadas de atos ilícitos são desnecessárias, poderá, por coincidência, atingir a mesma conclusão que seria alcançada pela aplicação dos critérios objetivos estabelecidos pelo artigo 47 da Lei nº 4.506/64, tendo em vista que o descumprimento de leis e normas tende a não ser inerente às transações ou operações exigidas pelas atividades do contribuinte, ou com elas relacionadas.

Contudo, tomar como premissa que as despesas advindas de atos ilícitos são invariavelmente desnecessárias é privilegiar hipótese de presunção sem fundamento na legislação infraconstitucional, o que não se permite em matéria de direito tributário.

Vejamos a doutrina de Mariz de Oliveira¹⁴ sobre o assunto:

Por critério objetivo, pode-se constatar que até despesas ou perdas derivadas de alguma ineficiência da empresa, ou de algum ato de imperícia ou negligência, ou até mesmo dolo, são dedutíveis quando relacionadas com a atividade empresarial.

Assim também ocorre com multas contratuais por atraso na entrega de obras ou em virtude de outros inadimplementos contratuais. O ideal é a empresa ser eficiente e não incorrer nesses gastos. Necessários, literal e diretamente, talvez eles não sejam, pois, pelo contrário, prejudicam a empresa. Mas são dedutíveis porque decorrem de atividade da empresa, relaciona-se a ela.

Ainda que todo o exposto sobre a dedutibilidade de despesas derivadas de atos ilícitos fosse desconsiderado, entendo que sequer existem elementos nos autos que caracterizem, indubitavelmente, que as indenizações em questão foram pagas em razão de ato culposo da recorrente contrário à lei (ato ilícito)¹⁵, uma vez que, como delimitado, a recorrente exerce atividade de risco e, portanto, sujeita-se à imputação de responsabilidade objetiva (sem culpa) pelos danos gerados em decorrência do exercício de seu objeto social.

A crise financeira mundial deflagrada em 2008 demonstrou que o mercado financeiro brasileiro está entre os mais rigidamente regulamentados do mundo, característica evidenciada, no caso analisado, pelo fato de a própria CVM ter identificado as falhas na precificação dos ativos geridos pela controlada da recorrente. Não seria plausível, portanto, que a prática reiterada de ilícitos a que se refere a fiscalização passasse incólume pelo crivo da CVM.

¹⁴ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 697)

¹⁵ Nos termos do art. 186 do Código Civil, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Ao fundamentar a indedutibilidade das despesas incorridas pela recorrente, a autoridade tributária afirmou que tais gastos derivaram de “atos ilícitos nocivos ao sistema financeiro nacional”. Ocorre que essa conduta, imputada pela fiscalização à recorrente, encontra previsão nas normas sancionatórias vigentes (Lei nº 6.385/76 e IN CVM nº 306/99), as quais não foram utilizadas pelo órgão fiscalizador (CVM) quando se deparou com a situação fática sob análise. Isto me permite concluir que, aos olhos da autoridade competente para regulação dos fundos de investimento, o ato da recorrente não era passível de penalização. Não cabe agora, à autoridade fiscal ou a este Conselho, dizer o contrário.

Nesse sentido, como exposto, entendo que a indenização em questão advém da responsabilidade objetiva da recorrente pela reparação do dano gerado em razão da sua atividade de risco. O ato ilícito não constitui elemento intrínseco ao instituto da responsabilidade objetiva, conforme a lição de Orlando Gomes¹⁶:

Antijuridicidade objetiva distingue-se nitidamente da antijuridicidade subjetiva. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente.

Rechaço, portanto, a adoção do critério subjetivo utilizado pela fiscalização, baseado nas premissas de que (a) as despesas incorridas pela recorrente derivaram de atos ilícitos; e (b) as despesas derivadas de atos ilícitos são invariavelmente desnecessárias. De tal modo, passo a analisar, objetivamente, se a despesa com as indenizações em apreço cumpre os requisitos previstos na Lei nº 4.506/64, isto é, se teria sido (i) paga ou incorrida para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa; e (ii) usual, ou normal, no tipo de transações realizadas pela recorrente.

Em relação ao item (i), importante retomar a linha de raciocínio desenvolvida no tópico anterior sobre a responsabilidade da recorrente pelos danos causados aos cotistas dos fundos, em que discorri que a prestação de serviços de precificação de ativos consiste em atividade de risco, diante da possibilidade de geração de danos a terceiros.

De tal modo, entendo que a despesa em questão foi justamente incorrida pela materialização de um risco. Devendo, portanto, tal despesa ser confrontada com a receita auferida pela recorrente na prestação dos serviços de precificação das quotas dos fundos de investimentos, garantindo-se, assim, que o IRPJ e a CSLL incidam sobre o real acréscimo patrimonial da referida atividade.

No que diz respeito aos critérios de usualidade e normalidade, conforme delineado por Bulhões Pedreira e Mariz de Oliveira, não se exige que a despesa ocorra com frequência, e sim que tenha **pertinência**¹⁷ com o tipo de atividade da recorrente.

Nesse aspecto, o ressarcimento de danos causados pelas suas atividades econômicas consiste em encargo essencial para a manutenção das atividades relacionadas à gestão dos fundos de investimentos, de pertinência evidente ao negócio da recorrente. Tal condição é reiterada pela determinação da CVM de que os prejuízos causados pelas falhas na precificação dos ativos dos fundos de investimentos fossem ressarcidos.

¹⁶ Gomes, Orlando. Obrigações. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.254.

¹⁷ Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.713.

Nesse sentido, com as ressalvas de que a matéria é controversa na jurisprudência deste Conselho e, além de tudo, desnecessária para alcançar as conclusões aqui lançadas, entendo oportuno o registro de que, mesmo na análise da dedutibilidade de despesas advindas de atos ilícitos, existem precedentes reconhecendo o caráter operacional das despesas. Veja-se:

IRPJ - CHEQUES ENDOSSADOS FALSAMENTE POR TERCEIROS. LIQUIDAÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO A CLIENTE. LIBERALIDADE. DESPESA INDEDUTÍVEL. IMPROCEDÊNCIA ACUSATÓRIA - A lei do cheque sob o n.º 7.357 de 02.09.1985 em seu art. 39 determina que o sacado que paga cheque "à ordem" é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. Dessa forma, tangida a Instituição Financeira por responsabilidades objetivas, a indenização ao cliente pela prática espúria de ex-funcionário da recorrente não exime o banco sacado de responder pelo dano, se não-provada a culpa do correntista. É improcedente qualquer caráter de mera liberalidade atribuído à despesa a esse teor. (Acórdão 103-20.394, relatoria do Conselheiro Cândido Rodriguez Neuber, da Terceira Câmara, do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, julgado em 17 de outubro de 2000);

DESPESAS COM PROMOÇÃO MEDIANTE DISTRIBUIÇÃO DE PRÊMIOS - A falta de autorização do Ministério da Fazenda pode dar lugar à aplicação das penalidades previstas na Lei 5.768/71, mas não lhes tira o caráter de despesas dedutíveis, visto tratar-se de despesas com promoção de vendas e, como tal, usuais e normais. (Acórdão 101-91.979, relatoria da Conselheira Sandra Maria Faroni, da Primeira Câmara, do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, julgado em 14 de abril de 1998).

Da apuração incorreta dos tributos

Às fls. 1505 e ss., a recorrente informa que, para apurar o IRPJ e a CSLL no ano-calendário de 2008, a fiscalização desconsiderou os pagamentos efetuados a título de estimativas mensais de tais tributos e também os valores retidos na fonte no período, sob a alegação de que tais valores compuseram saldo negativo apurado no ajuste anual e que já teria sido utilizado para a compensação de débitos próprios.

Entendo correta a irresignação da recorrente, pois, para a apuração dos valores exigidos nos autos de infração, a Fiscalização limitou-se a aplicar as alíquotas do IRPJ e da CSLL sobre o valor da despesa glosada, quando, em atendimento à legislação tributária, deveria ter recomposto as bases de cálculo de tais tributos e deduzido, dos valores devidos, as antecipações (dentre elas, pagamentos de estimativas e retenções na fonte) recolhidas ao longo do ano-calendário.

Diante do equívoco cometido pela autoridade fiscal na apuração da base de cálculo dos tributos, merece ser acolhido o recurso voluntário da contribuinte nesse ponto para que sejam consideradas, pela unidade de origem, na execução deste acórdão, as estimativas mensais recolhidas e as retenções realizadas pelas fontes pagadoras no ano-calendário de 2008.

Da multa isolada

Insurge-se também a recorrente contra a exigência da multa isolada, pois foi aplicada após o encerramento do ano-calendário e concomitantemente à multa de ofício.

Também assiste razão à recorrente nesse ponto.

Conforme relatado, a Fiscalização aplicou contra a recorrente a multa isolada prevista pelo art. 44, II, b, da Lei nº 9.430/96 em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSLL calculados sobre as **bases** de cálculo **estimadas** apuradas mensalmente no ano-calendário de 2008. **Também** foi exigida a multa de ofício calculada sobre os saldos de IRPJ e CSLL a pagar devidos no **ajuste anual**.

É fácil notar que, em razão de uma mesma conduta (recolhimento a menor do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2008 em razão de dedução indevida), foram aplicadas duas penalidades distintas contra a recorrente (multa isolada e multa de ofício).

Este Conselho tem repellido a aplicação da multa isolada após o encerramento do exercício e concomitantemente à multa de ofício calculada sobre os saldos de IRPJ e CSLL a pagar apurados na declaração de ajuste.

Esse entendimento decorre do fato de que “o ordenamento jurídico pátrio rechaça a existência de bis in idem na aplicação de penalidades tributárias” (CARF, voto do Conselheiro Relator Paulo Roberto Cortez no acórdão 1402-001.505, sessão de 06/11/2013). Isto é, o contribuinte não pode ser penalizado duas ou mais vezes pelo cometimento de uma única infração tributária.

Vale ressaltar que os recolhimentos por estimativa têm natureza de antecipação do IRPJ e da CSLL, cujo fato gerador ocorre no final do exercício. Dessa forma, e considerando-se que o dever de antecipar apenas existe enquanto houver uma obrigação a ser antecipada (isto é, enquanto ainda não tiver ocorrido o fato gerador do IRPJ e da CSLL), é forçoso concluir que a base imponível da multa isolada desaparece após o final do exercício (momento da ocorrência do fato gerador), deixando de ser possível, portanto, a aplicação dessa penalidade.

Com base nesse raciocínio, e na situação da recorrente, isto é, quando a Fiscalização conclui pela falta (i) de recolhimento por estimativa e (ii) de pagamento do IRPJ e da CSLL apurados na declaração de ajuste, este Conselho tem entendido que apenas pode ser aplicada a multa de ofício prevista pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Destaque-se que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) também possui entendimento consolidado no sentido de que, após o encerramento do ano-calendário, desaparece a materialidade da multa isolada, podendo ser aplicada, apenas, a multa de ofício prevista pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/96. A título exemplificativo:

MULTA ISOLADA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. A multa isolada por falta de recolhimento de CSLL sobre base de cálculo mensal estimada não pode ser aplicada cumulativamente com a multa de lançamento de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei n 9.430/1996. No curso do período de apuração, descumprido o dever de antecipar, incide a penalidade sobre as

estimativas não recolhidas. Porém, após o encerramento do período, quando já não existe mais o dever de antecipar, mas sim e unicamente o de promover o ajuste pelo confronto entre o valor devido. (Acórdão nº 1301-001.225, 1ª Turma Ordinária da 3ª CSRF, sessão de 12 de junho de 2013); e

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFICIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. (Acórdão nº 9101-001.574, 1ª Turma da CSRF, Sessão de 24 de janeiro de 2013).

Sendo assim, acolho o recurso voluntário nesse ponto para afastar a exigência da multa isolada.

Conclusão

Pelo exposto, dá-se integral provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro
Conselheiro – **Relator Ad Hoc**

Voto Vencedor

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, **Redator Ad Hoc**.

Em razão de o Cons. Fábio Nieves Barreira ter renunciado ao mandato antes da formalização do acórdão, fui designado pelo Sr. Presidente da Primeira Seção de Julgamento para redigir o voto vencedor.

Pois bem.

Passa-se à exposição das razões fáticas e jurídicas consideradas no julgamento, que levaram a maioria do colegiado a manter a glosa efetivada pela fiscalização e a confirmar a não dedução, na apuração do IRPJ/CSLL, de R\$ 105.157.119,36. Considerou-se que tal despesa não era normal, usual e necessária, pois decorrente da prática reiterada de ilícitos na gestão de fundos de investimento, com evidente e comprovada violação de normas reguladoras da atividade.

Quanto ao aproveitamento dos pagamentos de IRRF e estimativas mensais, bem como acerca do cancelamento das multas isoladas, são adotadas, na íntegra, as respectivas razões de decidir constantes do voto vencido, sendo desnecessário novamente reproduzi-las.

Inicialmente, cabe fixar que a respeito do descumprimento, pela gestora dos fundos de investimento, de dispositivos normativos expedidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), relativos à precificação, contabilização e registro dos ativos dos fundos, devidamente atestado em auditoria interna, não há qualquer controvérsia.

O ressarcimento de R\$ 105.157.119,36 a apenas nove cotistas, também acionistas do sujeito passivo, quanto às perdas decorrentes da gestão dos recursos investidos nos fundos, configurou mera liberalidade, não estando configurados os pressupostos de dedutibilidade da despesa – necessidade, usualidade e normalidade – conforme bem fundamentou a fiscalização da Receita Federal nos seguintes termos, aqui prestigiados:

“dispõem os arts. 299 e 300 do RIR (Decreto nº 3.000/99, que as despesas operacionais, para sua regular dedução na apuração do lucro real e base de cálculo de CSLL, devem ser necessárias à atividade da empresa e manutenção da respectiva fonte pagadora, além de incorridas de maneira usual e normal na realização das transações exigidas por sua atividade. Cite-se:

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

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

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

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

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 2º).

Desta feita, na aplicação da legislação aos fatos deste caso, a primeira pergunta que naturalmente exsurge é a de que se configurar-se-ia necessário, comum e usual - por parte da controlada do fiscalizado, no exercício de suas atividades bancárias - o contínuo e reiterado desrespeito a normas de ordem pública.

Ou seja, se é necessário, comum e usual, a uma administradora de recursos, que sejam violadas normas reguladoras de sua atividade, de maneira a sempre melhorar os índices de performance de seus produtos - durante 3 (três) anos -, em detrimento e prejuízo regular funcionamento do mercado nacional.

Como resposta, em análise sistemática de nosso ordenamento jurídico, já se posicionou o Parecer Cosit nº 61/79, da Receita Federal do Brasil, o qual concluiu pela indedutibilidade de despesas decorrentes de transgressões a normas de ordem pública. Vale a transcrição de seu último parágrafo:

[...] o qual condiciona a dedutibilidade das despesas a que elas sejam necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Ora, é inadmissível entender que se revistam desses atributos despesas relativas a atos e omissões, proibidos e punidos por norma de ordem pública [...]

No exato mesmo sentido, também já se colocou o Parecer Cosit nº 82/91, da RFB, o qual aduz:

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

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

Ora, conforme o desdobramento pacífico dos conceitos transcritos acima, fica patente que a prática dos ilícitos do presente caso, com resultados positivos constantes aos fundos da controlada do banco, não podem ser considerados essenciais a qualquer transação ou operação exigida pela exploração de suas atividades. E também que o comportamento da controlada do fiscalizado não pode ser apontado como usual, costumeira e,

principalmente, ordinário na manutenção de sua fonte produtora.

.....

Ante todo o exposto é claro conceber que a prática reiterada de ilícitos, por aproximadamente 3 (três) anos, como o presente caso, na administração de fundos de investimentos - por uma das controladas do fiscalizado - não pode caracterizar-se como atividade usual, normal e necessária a sua própria gerência empresarial. Em contradição invencível esbarraria o ordenamento jurídico se consagrasse como usual, normal e necessária a despesa decorrente da violação de lei de maneira reiterada e contínua, e com resultados tão constantes e favoráveis a sua controlada e nocivos ao funcionamento do mercado financeiro.

Ademais, de suma importância destacar que apesar de os prejuízos gerados pelo desrespeito à lei terem atingido as centenas de cotistas dos fundos de investimento administrados por sua controlada, a indenização - ao contrário do imposto pela CVM - deu-se apenas aos acionistas do fiscalizado. Todos aqueles que não eram seus acionistas não foram contemplados com a decisão de indenização, caracterizando ainda mais a natureza de mera liberalidade do ato.

Conforme ofício expedido pela própria CVM, fls. 181 a 185 era premente que o fiscalizado 'tomasse providências de forma a evitar eventuais prejuízos causados aos investidores decorrentes de aplicações ou resgates efetuados nos fundos durante o período em que as cotas estiveram superavaliadas', o que não foi feito."

Sobre a responsabilidade do sujeito passivo, interessa ao caso concreto saber que foi ele quem deduziu das bases de cálculo do IRPJ/CSLL o valor glosado, sendo natural o ajuste de sua apuração à legislação tributária. Acrescente-se, conforme anotou a autoridade fazendária, que *"...As despesas ocasionadas por uma das controladas do contribuinte, mas em ato de condescendência assumida por este, não tem o condão de transformá-las em dedutíveis na apuração de seu próprio IRPJ e CSLL"*.

Não há se falar em risco normal da atividade, o que autorizaria a dedutibilidade da despesa, quando os valores pagos decorreram de reiterada má-gestão. A "socialização" das perdas mostrar-se-ia aceitável, mas se ocorrida no exercício normal da atividade empresarial, o que não foi o caso. Na espécie, a prevalecer a tese da defesa, a sociedade é quem "pagaria a conta" pelo escancarado descumprimento de normas de regulação do setor.

Por óbvio que a reiterada conduta ilícita não representa um agir normal, necessário e usual das pessoas jurídicas. Os valores pagos, que inadvertidamente o contribuinte tentou considerá-los como dedutíveis da apuração do IRPJ/CSLL, decorreram de uma atividade anormal, não usual. Concluir diferentemente seria chancelar a absurda idéia de a ilicitude permear o desenrolar do objeto social empresarial, sem qualquer risco de perdas econômicas para o autor que orienta o seu agir em desacordo com o ordenamento jurídico, pois estaria crente de que obteria o ressarcimento, pela via indireta do benefício tributário, do pagamento pelos danos causados.

Dada a clareza da exposição e profundidade dos fundamentos expostos, acrescente-se, como motivação deste voto, as razões apresentadas pela Segunda Turma da DRJ – Brasília (DF), *verbis*:

“[...] considerou a Fiscalização que a prática reiterada de ilícitos na gestão do fundo de investimento, violando normas reguladoras de sua atividade visando melhorar artificialmente os índices de performance de seus produtos, por aproximadamente três anos, por uma empresa controlada do impugnante, não poderia caracterizar-se como atividade usual, normal e necessária, motivo pelo qual glosou as despesas lançadas a título de indenização.

Não poderia ter agido de outra maneira a autoridade tributária.

A princípio, mostra-se relevante esclarecer que, no caso concreto, independentemente de a despesa ter sido incorrida pela empresa controlada, ou pelo impugnante, não seria dedutível em nenhuma hipótese.

Trata-se de despesa que não pode ser caracterizada como operacional e muito menos usual, normal ou necessária.

*Para ilustrar a situação, mostra-se relevante apreciar parecer jurídico produzido como resultado de auditoria interna promovida pelo **próprio** impugnante, às fls. 547/567 dos autos, no qual foram detectadas, utilizando-se o termo adotado no relatório produzido, uma série de **deficiências**.*

A primeira *deficiência consistiu na constatação da ocorrência de*
Operações com Opções registradas por valor superior ao de mercado:

*Realizamos o cálculo marcação a mercado – MtM de todos os ativos que estavam presentes na carteira dos fundos multimercado Capital (FCC), Coopmutuo e Diamante na data base 31.05.2008. Constatamos que **os valores registrados nas operações com Opções estavam superavaliadas**. Confrontamos a posição da carteira com os preços de referência divulgados pela BM&F e identificamos diferença de R\$103.859 mil a maior na referida data base, valor este que impacta diretamente a rentabilidade e valor das cotas dos fundos de investimento, descumprindo o item 1.2.1.1 da IN 438 CVM, que cita: ‘Os ativos integrantes das carteiras dos fundos de investimento devem ser registrados pelo valor efetivamente contratado ou pago, e ajustados, diariamente, ao valor de mercado, reconhecendo -se contabilmente a valorização ou a desvalorização em contrapartida à adequada conta de receita ou despesa, no resultado do período.*

(...)

63. Conforme descrito no relatório, a ‘marcação a mercado’ não foi realizada de acordo com a regra determinada pela CVM. A marcação a mercado é um sistema por meio do qual os administradores ou os terceirizados devem registrar, diariamente, o valor dos

ativos das carteiras do fundo de investimento pela cotação real do papel no mercado.

64. **A exigência para que os fundos de investimento marquem seus ativos a mercado está em conformidade com os padrões contábeis internacionais, e, desde 21 de junho de 1995 essa exigência é feita, pelo Banco Central, por meio da Resolução 2.183/95. Diversas outras normas se seguiram e reforçaram a exigência da marcação a mercado pelos fundos: Circular 2.601/95, Circular 2.654/96, Carta Circular 2.929/00, Circular 3.068/01 e IN CMV 438. Essa exigência é uma forma de o Poder Público proteger o cotista quanto a possível sub ou superavaliação dos ativos que compõem a carteira do fundo.**

(...)

66. **Fica provado pela Auditoria Interna que houve flagrante inobservância da IN CVM 438, tanto é assim que a própria CVM, por meio do OFÍCIO/CVM/SIN/GII-3/Nº 3448/2008, obrigou a Bancoob AGR ajustar, em 30/06/2008, o montante de R\$ 105.157 mil, no PL dos fundos, impactando significativamente o valor dos ativos na contabilidade dos fundos, gerando perdas para as cotistas. (grifei)**

A segunda deficiência trata do Descumprimento do Manual de Marcação a Mercado instituído pela Bancoob AGR:

Não foi observado o cumprimento do Manual de marcação a mercado instituído pelo Bancoob AGR, que determina que as opções líquidas são valorizadas a mercado, utilizando-se as cotações referentes ao preço médio, quando negociadas na BM&F.

Ressaltamos que a partir de 23/09/2005 a BM&F passou a publicar diariamente preço de referencia sobre as operações em opções negociadas no mercado.

(...)

70. **Nesse tópico, a Auditoria Interna aponta claramente a inobservância do Manual de Marcação a Mercado, que é uma exigência da CVM. (...)**

71. **A negligência da área de retaguarda do Bancoob, em descumprir normativo da Administradora dos Fundos, o qual exige a coleta de dados e a validação prévia da marcação a mercado, conforme relatado pela Auditoria Interna, revela-se descumprimento do dever de conduta, imposto tanto por norma da CVM, como por contrato assinado entre o Bancoob e a Bancoob AGR. Fica, portanto, configurada a inexecução de obrigação contratual por parte do contratado. (grifei)**

Consiste a terceira deficiência da Ausência de documentação comprobatória que valide a volatilidade atribuída ao prêmio pago às Opções, conforme 1.2.1.5.IN 438 CVM:

A metodologia utilizada para precificação de todas as opções era o modelo Black&Scholles 76. Porém não foi possível validar o cálculo da volatilidade atribuída ao prêmio pago pela inexistência de documentação comprobatória da origem das informações. Conforme previsto no item 1.2.1.5 IN 438 CVM, 'O administrador do fundo deve manter de forma clara e objetiva, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, ou por prazo superior por determinação expressa da CVM em caso de processo administrativo, todos os relatórios, documentos e informações que suportam os procedimentos previstos neste Plano de Contas.'

(...)

72. Aqui, também fica provado, pela Auditoria Indireta, que a Bancoob AGR não cumpriu o item 1.2.1.6 da IN CVM 438, que contém regras quanto à guarda de documentos comprobatórios do cálculo da volatilidade. A falha apontada consiste no descumprimento, por parte da Bancoob AGR, de conduta exigida pela CVM. A ausência do documento que deveria obrigatoriamente ser guardado pela Bancoob AGR revela falta de transparência para com o cotista, no que tange à metodologia utilizada no modelo Black&Scholles76. (grifei)

Na condição de quarta deficiência foi detectada a Evolução crescente da superavaliação da carteira de opções:

74. Resta claro, conforme apontado no relatório, que o Bancoob utilizou, durante mais de 02 (dois) anos, critérios de precificação, pertinentes aos ativos denominados 'opções', não condizentes com as determinações da IN CVM 438, o que implicou em informações inadequadas ou irrealis aos cotistas, contrariando o Artigo 72, da IN CVM 409. (grifos originais)

75. Esse fato impossibilitou que os cotistas tivessem acesso à informações de precificação real dos ativos, o que os impedir de, se fosse do interesse de cada um, migrar o investimento para outro ativo. Mais uma vez, o Bancoob e a Bancoob AGR não cumpriram com normas da CMV e também violaram o princípio da transparência, o que importou em quebra da fideducia.

Enfim, foi identificada a quinta deficiência, qual seja, a Ausência de Aderência entre a evolução das cotas dos fundos multimercado com a evolução da carteira de investimentos:

77. Nesse tópico também resta comprovado pela Auditoria Interna que houve descumprimento da IN CVM, 409, notadamente o Artigo 72, o que repercutiu decisivamente no processo decisório do investidor, que continuou com sua posição, por ausência de informações reais.

Verifica-se que a controlada do impugnante adotou uma série de procedimentos irregulares, em clara desobediência às normas reguladoras do mercado financeiro.

De acordo com as constatações da auditoria interna realizada pelo próprio impugnante, restou demonstrando que a avaliação dos ativos administrados pelos fundos de investimento não foram realizadas de acordo com as regras determinadas pela CVM e pelo Banco Central do Brasil.

*Nem mesmo o Manual de Marcação a Mercado instituído no contrato celebrado entre o impugnante e a sua controlada não foi observado. Ou seja, restou caracterizada situação de desrespeito **tanto às normas reguladoras quanto às obrigações estipuladas em contrato celebrado entre o impugnante e sua controlada**, conforme retrata o parecer jurídico ao analisar os resultados da auditoria interna:*

*A **negligência** da área de retaguarda do Bancoob, em descumprir normativo da Administradora dos Fundos, o qual exige a coleta de dados e a validação prévia da marcação a mercado, conforme relatado pela Auditoria Interna, **revela-se descumprimento do dever de conduta, imposto tanto por norma da CVM, como por contrato assinado entre o Bancoob e a Bancoob AGR**. Fica, portanto, configurada a inexecução de obrigação contratual por parte do contratado. (grifei).*

Observa-se que mesmo a metodologia utilizada pelo impugnante para a precificação das opções, o modelo Black & Scholles 76, foi alvo de ressalvas, na medida que o parecer informa que não foi possível validar o cálculo da volatilidade atribuída ao prêmio pago pela inexistência de documentação comprobatória da origem das informações. Acrescenta ainda que a ausência do documento que deveria obrigatoriamente ser guardado pela Bancoob AGR revela falta de transparência para com o cotista, no que tange à metodologia utilizada no modelo Black&Scholles76.

Vale registrar que tal procedimento foi adotado pelo impugnante durante mais de dois anos, em conduta reiterada sempre visando inflar artificialmente o valor dos ativos dos fundos de investimento.

Não por acaso o comportamento irregular do impugnante mereceu atenção do órgão regulador, no caso, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, cujas atribuições encontram-se dispostas no art.1º da Lei nº 6.385, de 1976:

Art.1º Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

I - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

ou ordinária, trata, indiscutivelmente, de operações efetuadas regularmente, dentro dos parâmetros legais.

Não há como considerar despesas inerentes à atividade do negócio aquelas derivadas de atos eivados de ilicitude. O caso em análise demonstra, com documentação probatória robusta e contundente, produzida em relatório de auditoria interna elaborado pelo impugnante, que o procedimento adotado na precificação dos seus ativos, primeiro, foi realizado em desacordo com regra estipulada pelo órgão regulador, com flagrante inobservância da IN CVM nº 438, de 2004, segundo, não seguiu o cumprimento do Manual de Marcação a Mercado, terceiro, não efetuou a devida guarda de documentos comprobatórios o que tornou impossível a validação do cálculo da volatilidade atribuída ao prêmio pago, ocorrências que caracterizaram negligência na administração dos fundos de investimento, em descumprimento deliberado das normas estipuladas para regulação do mercado financeiro e de obrigações impostas no contrato celebrado entre o impugnante e sua empresa controlada.

Portanto, ao contrário da argumentação exposta na peça de defesa, os erros cometidos na precificação dos ativos não podem ser justificados como um 'risco operacional', e muito menos podem ser atribuídos como um fato 'previsível'.

Admitir o contrário seria uma completa inversão de valores, no qual despesas incorridas decorrentes de atos irregulares poderiam ser consideradas dedutíveis. Seria considerar aceitável condutas irregulares, em desacordo com normas regulamentares, na gestão de negócios, sob título falacioso de "risco".

*No caso em tela restou demonstrado de maneira contundente que a reavaliação dos ativos que resultaram em sua desvalorização no montante de **R\$ 105.157.119,36** decorreu em razão de atuação negligente, em conduta que não pode ser enquadrada como usual, necessária ou normal à atividade da empresa.*

*Nesse sentido, eventual discussão sobre quem teria incorrido com a despesa, se o impugnante, ou se a sua empresa controlada, mostra-se irrelevante para o deslinde da matéria, porque as despesas em análise **não são dedutíveis** em nenhuma hipótese.*

Na realidade, a situação colocada nos autos, no qual o impugnante seria o responsável pela operacionalização dos fundos e que, contratualmente, haveria uma responsabilização solidária com a empresa controlada, é considerada como um plus, uma qualificação em uma conduta que, por si só, já se mostra irregular e não autoriza dedutibilidade de despesas, independente de quem poderia ser responsabilizado, ou o impugnante ou a sua controlada.

*Apesar de não ser a situação tratada nos autos, merece consideração o fato de que a atividade de gestão de ativos no mercado financeiro envolve, por sua natureza, um risco, que **pode proporcionar ganhos significativos ou perdas expressivas para os agentes envolvidos.** Nesse sentido, ainda que as*

operações efetuadas na administração do fundo de investimento sejam lícitas, dentro dos parâmetros normativos estabelecidos pelos órgãos reguladores, eventuais perdas podem ocorrer e devem ser suportadas pelos investidores, que tem plena consciência da volatilidade do mercado. Caracterizar-se-ia situação bastante cômoda aquela no qual, caso sobreviessem perdas, que elas pudessem ser suavizadas pelo Estado, por meio, por exemplo, de desoneração de tributação.

Assim, a apreciação dos argumentos expostos na defesa no sentido de demonstrar que havia responsabilidade contratual do impugnante em, solidariamente, arcar com os prejuízos incorridos pela empresa controlada, mostra-se desnecessária.

*Cabe ser mantida, portanto, a glosa efetuada pela Fiscalização, no sentido de considerar como indedutível a despesa de **R\$105.157.119,36.***

Em razão de consistir reflexo da autuação do IRPJ, as considerações acima aplicam-se ao lançamento da CSLL.

Por todo o exposto, o recurso é **PARCIALMENTE PROVIDO** apenas para (i) determinar o cômputo dos pagamentos de IRRF e de estimativas mensais na apuração do IRPJ e da CSLL; e (ii) cancelar as multas isoladas.

(assinado digitalmente)

Eduardo Martins Neiva Monteiro
Conselheiro – **Redator Designado Ad Hoc**