



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

Processo n° 10320.003692/2007-63
Recurso n° 167.467 De Ofício
Acórdão n° 1301-00.071 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrente 4ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Interessado COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO - CEMAR

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2004 a 2006.

Ementa: IRPJ E CSLL. – A emissão de debêntures novas em substituição de dívida no processo de reestruturação financeira, com redução valor escriturado no passivo, constitui perdão de dívida e representa acréscimo patrimonial tributável no valor correspondente à diferença entre da dívida antiga e a dívida atual. A incidência ocorre sobre o fato ocorrido no mundo fenomênico e não sobre aquele que intencional ou por equívoco é traduzido em linguagem, seja pelo sujeito ativo ou passivo da relação jurídico tributária.

PIS/CONFINS – Não representando o acréscimo patrimonial ocorrido com a redução da dívida, faturamento ou receita operacional, descabe a exigência das contribuições, pois o fato concreto ocorrido no mundo fenomênico não se enquadra no conceito estabelecido pelo legislador na norma hipotética.

MULTA ISOLADA. - CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A DEVIDA POR FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO – Descabe a concomitância da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa de que trata o art. 2º da Lei nº 9.430/96 com a multa proporcional ao imposto devido decorrente de omissão de receitas, tendo ambas as multas se baseado nos valores desviados da escrituração, sob pena de aplicar-se dupla penalidade sobre uma mesma infração.

INAPLICABILIDADE DO ART. 106-II “c” do CTN: Indevida a aplicação retroativa de norma hipotética que modificou a base de cálculo da multa quando demonstrado que prejudicaria e não beneficiaria o contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso de ofício para considerar válidos os lançamentos de IRPJ e CSLL. Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, em relação ao PIS e COFINS. Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso em relação à multa isolada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido os Conselheiros Wilson Fernandes Guimarães, Marcos Rodrigues de Mello e Waldir Veiga Rocha



JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente e Relator

Formalizado em: 15 MAI 2009

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKIMIM TEIXEIRA, JOSÉ CARLOS PASSUELLO, WILSON FERNANDES GUIMARÃES, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, WALDIR VEIGA ROCHA e JOSÉ CLÓVIS ALVES.

Relatório

A 4ª Turma da DRJ em Fortaleza cumprindo determinação contida no artigo 34 inciso I do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pelo artigo 67 da Lei nº 9.532/1.997, recorre da decisão contida no acórdão 08-13.001 de 28 de fevereiro de 2.008, em virtude da exoneração ultrapassado o limite estabelecido na Portaria MF nº 03 de 03 de janeiro de 2.008.

Adoto o relatório da DRJ.

COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO - CEMAR, já qualificada nos autos, teve contra si lavrado o Auto de Infração (AI) de fls. 08/21, para a formalização da exigência do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) relativo aos anos-calendário de 2003 a 2005, no montante de R\$ 73.560.639,30, incluídos os correspondentes encargos legais.

Segundo a descrição dos fatos detalhadamente expostos no Termo de Encerramento da Ação Fiscal (TEAF) de fls. 42/52 - que leio em Sessão para um perfeito conhecimento do litígio por parte do Colegiado - a presente exigência decorreu da constatação das seguintes infrações:

1. Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real: valor relativo à baixa ocorrida no ano-calendário de 2004, de obrigações contabilizadas no Passivo, decorrente do recebimento do perdão de dívidas contraídas junto a instituições financeiras e a debenturistas, conforme relato contido no item “a” do TEAF;

2. Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real: falta de adição ao lucro líquido, na determinação do lucro real apurado nas DIPJ dos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, do valor do lucro inflacionário realizado em cada período de apuração, por inobservância do percentual de realização mínima do lucro inflacionário diferido de períodos anteriores, conforme item “b” do TEAF.

As bases de cálculo da exigência, por período de apuração, se acham demonstradas às fls. 19 a 21, observando-se o seguinte:

a) no ano-calendário de 2003, exercício financeiro de 2004, o procedimento fiscal se limitou a retificar o resultado fiscal declarado pelo sujeito passivo, reduzindo o prejuízo apurado, pela adição do valor da infração arrolada no período, não sendo exigido crédito tributário;

b) já com relação ao ano-calendário de 2004, os autores do feito efetuaram a compensação do prejuízo fiscal declarado com a base imponible apurada no período;

compensaram, ainda, parcela dos prejuízos fiscais de períodos anteriores, com observância do limite legal de 30%, remanescendo valor tributável;

c) em 2005, também foi deduzida da base imponible, uma parcela dos prejuízos fiscais de períodos anteriores, limitada a 30% do lucro líquido ajustado.

A presente exigência foi fundamentada nos artigos 249, e seu inciso I, e 449 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (RIR/99); no artigo 6º, da Lei nº 9.065, de 1995; e nos artigos 6º e 7º, da Lei nº 9.249, de 1995.

Na oportunidade, com base nos artigos 222 e 843, do RIR/99, combinados com o artigo 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, alterado pelo artigo 14, da Medida Provisória nº 351, de 2007 (convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007), formalizou-se a exigência de multa isolada, em decorrência da constatação da falta de recolhimento do imposto de renda mensal calculado em bases estimadas, resultante da recomposição dos resultados fiscais apurados pela Fiscalizada, relativamente aos períodos de apuração mensal de setembro e outubro de 2004, e setembro de 2005 (ver item “c” do TEAF e planilhas de fls. 542 a 544).

De acordo com os Autos de Infração de fls. 31/35, 36/40 e 22/27, foram também exigidas, como lançamentos reflexos da infração descrita no item 1, as Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), além da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), nos quais se constituiu o crédito tributário nos valores totais de R\$ 6.389.727,84, R\$ 29.431.473,83 e R\$ 23.890.508,94, respectivamente.

Com a mesma motivação da exigência de multa isolada do IRPJ, a Fiscalização formalizou, ainda, em AI distinto (fls. 28/30), o lançamento da multa isolada concernente à falta de recolhimento da CSLL mensal, relativa aos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2004, no montante de R\$ 5.761.391,98 (item “d” do TEAF e planilha de fls. 545).

Inconformada com as exigências, das quais tomou ciência em 15/10/2007 (fls. 09), a Autuada, por meio de seus procuradores (Mandato às fls. 647) apresentou, em 13/11/2007, a impugnação de fls. 579/608, instruída com os documentos de fls. 609 a 748, onde, inicialmente, esclarece que optou por não impugnar a parte do lançamento do IRPJ referente à tributação do lucro inflacionário, tendo efetuado o pagamento do correspondente crédito tributário, conforme cópia do DARF acostada às fls. 673. Assim, o litígio se instaura, exclusivamente, acerca dos fatos descritos na infração listada no item 1 da autuação, concernentes ao suposto “perdão de dívidas” arrolado para tributação.

Dada à complexidade da matéria submetida à apreciação do Colegiado e visando ser fiel às razões de defesa contidas na peça defensiva, opto por reproduzir na íntegra os argumentos contrários à caracterização do fato arrolado pela Fiscalização como susceptível de tributação (na transcrição, foram mantidos os destaques do original):

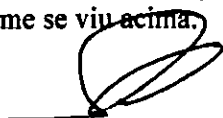
“(…).

“3.2. Como a CEMAR demonstrará, a autuação não procede, pois não houve perdão de dívida; houve sim um longo e complexo processo de saneamento financeiro da CEMAR, visando por fim à sua intervenção administrativa, por meio do qual foram renegociadas dívidas da companhia junto a credores privados, ELETROBRÁS e ELETRONORTE. A renegociação das dívidas da CEMAR era, inclusive, condição para que o seu controle acionário pudesse ser transferido para novos controladores. “3.3. Em qualquer processo de saneamento financeiro de pessoas jurídicas, a redução de suas dívidas, a melhoria de sua estrutura de capital, o esforço e o envolvimento de seus credores são necessários a que se atinja o resultado desejado. Pessoas jurídicas com patrimônio líquido negativo, como era o caso da CEMAR, não têm ativos suficientes para fazer frente à suas obrigações, e os projetos adotados para a recuperação financeira de empresas do gênero têm como pressuposto a reestruturação de seu passivo, mediante conversão de parte de suas dívidas em títulos mobiliários (ações, debêntures, etc.) emitidos em bases que atendam as exigências mínimas dos credores e possibilitem a recuperação da empresa.

“3.4. Os AUTOS deixaram de analisar o projeto de reestruturação da CEMAR como um todo, tendo narrado os fatos e documentos examinados no curso da diligência fiscal de forma simplista e até mesmo tendenciosa. A Fiscalização parece ter ficado impressionada com o fato de ter havido uma baixa no passivo da CEMAR, sem levar em conta que essa baixa teve por contrapartida a emissão de debêntures, dentro de um complexo processo de saneamento financeiro que envolveu o Poder Concedente (ANEEL), o Ministério das Minas e Energia, o Poder Executivo, a ELETROBRÁS, a ELETRONORTE e vários credores privados, instituições financeiras de primeira linha.

“3.5. As debêntures que, nos termos acima descritos, substituíram as obrigações da CEMAR foram emitidas com prêmio e, por força da legislação em vigor, o prêmio recebido pela CEMAR não transitou por sua conta de resultados, sendo registrado diretamente em uma reserva de capital (art. 182, § 1º, letra ‘c’ da vigente Lei das Sociedades Anônimas - ‘LSA’); além disso, por não ter transitado por conta de resultados, o valor recebido a título de prêmio na emissão de debêntures não integrou nem a base de cálculo do IRPJ (art. 442, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 26.III.1999 - ‘RIR’) nem a da CSL. Note-se que, além de não haver qualquer norma que determine que o prêmio na emissão de debêntures seja adicionado ao lucro líquido para fins de apuração da base de cálculo da CSL, o art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 390/04 determina que as mesmas normas de apuração do IRPJ sejam aplicadas na apuração da CSL.

“3.6. Assim, por força da legislação, o prêmio recebido pelas pessoas jurídicas na emissão de debêntures não se sujeita à tributação e esse aspecto não está em discussão nos AUTOS. Por outro lado, o negócio acertado entre a CEMAR e parte de seus credores consistiu-se, efetivamente, na emissão de debêntures com prêmio, a qual foi formalizada em documento cuja legitimidade a Fiscalização não coloca em dúvida. Assim, para que os AUTOS se justificassem, seria necessário que os atos de emissão de debêntures dissimulassem negócio diverso (‘perdão de dívida’), o que seria evidentemente inconcebível no caso concreto, tendo em vista que o próprio Poder Executivo, que ora representado pela Fiscalização faz essa alegação, examinou e aprovou a emissão da referidas debêntures (v. DOCS. 4 a 7), no processo de saneamento da CEMAR, conforme se viu acima.



“3.7. Evidentemente, se órgão da União houvesse aprovado a reestruturação financeira de determinado grupo e as empresas reestruturadas houvessem deixado de oferecer à tributação ganhos propiciados pela mesma, caberia à Fiscalização autuá-las. Mas não é disso que se trata. A Fiscalização não alega, no AUTOS, que o prêmio recebido na emissão de debêntures deve ser oferecido à tributação, mas alega ter havido simulação na prática do ato; ou seja, alega não ter havido emissão de debêntures com prêmio, apesar de outro órgão executivo ter examinado e aprovado a reestruturação, da qual a emissão de debêntures com as características acima apontadas fazia parte. Nada mais absurdo.

“3.8. A Fiscalização, ao concluir não ter havido uma emissão de debêntures com prêmio, mas um perdão de dívida, afirma que sua conclusão poderia ser corroborada pelos seguintes fatos, resumidamente:

“a) caso a CEMAR não emitisse as debêntures até 16.09.2004, ficaria ela obrigada a pagar aos credores a chamada DÍVIDA ATUAL;

“b) alguns credores da CEMAR teriam afirmado, em uma assembléia geral de debenturistas, que a aceitação das debêntures da segunda emissão (parte do processo de saneamento financeiro da CEMAR) implicaria deságio inaceitável, como se a referência a um deságio e a motivação de um credor, refletida em uma ata de assembléia pelas mãos do secretário da referida sessão, tivessem o condão de caracterizar crédito tributário e/ou comprovar a ocorrência de infração à legislação em vigor; e

“c) a documentação previa hipóteses de aquisição/recompra, pela CEMAR, das novas debêntures então emitidas, mas ‘desconsiderando o prêmio pago por cada debênture’ e ‘sem qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA’.

“3.9. Mais adiante, a Fiscalização encerra sua análise com a seguinte conclusão:

““23. Finalmente queremos concluir a descrição desta infração, ressaltando que todo o processo de renegociação das dívidas da CEMAR, passando por uma nova emissão de debêntures na realidade serviu a um único propósito: dissimular o perdão das dívidas aqui relatado para evitar a tributação do valor perdoado.’ (grifou-se)

“3.10. Como a CEMAR salientou, nos processos de saneamento e recuperação financeira costumam ocorrer alterações na estrutura de capital próprio e de terceiros da devedora, sem o que não há recuperação. O saneamento pode dar-se por meio do ingresso de novos recursos ou utilização de recursos já supridos à pessoa jurídica, inclusive a título de empréstimo, os quais se convertem em algo novo (ações, valores mobiliários, etc), ou, ainda, pela combinação de ambos, como foi o caso da CEMAR.

“3.11. A CEMAR, controlada diretamente por Brisk Participações S.A. (‘BRISK’) e indiretamente por PPL BRASIL I e PPL BRASIL II, encontrava-se em grave situação econômica e financeira, a qual poderia afetar a adequação do serviço público de distribuição de energia elétrica do Estado do Maranhão. Em vista da gravidade da situação, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL decretou, em 21.08.2002, intervenção administrativa na CEMAR pelo período de 180 dias. (que foi seguidamente prorrogado, conforme atos citados).

“3.12. Com a intervenção da CEMAR, a PPL GLOBAL LLC, sociedade constituída sob as leis do Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos da América (‘PPL’), controladora da PPL BRASIL I e da PPL BRASIL II, manifestou para a ANEEL seu interesse em alienar o controle da companhia e, a partir de então, PPL e ANEEL passaram a coordenar um processo da alienação do controle acionário da CEMAR, alienação, esta, condicionada à sua reestruturação financeira, sem a qual a continuidade da CEMAR estaria em risco e, conseqüentemente, a prestação de serviços públicos e a própria concessão.

“3.13. A SVM Participações e Empreendimentos Ltda. (‘SVM’) apresentou proposta de aquisição do controle da CEMAR e reestruturação financeira da companhia, a qual foi declarada qualificada pela ANEEL, conforme Despacho nº 68, publicado em 03.02.2004, confirmado pelo Despacho nº 309, publicado em 14.04.2004).

“3.14. À época, a CEMAR tinha como principais credores as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, as Centrais Elétricas do Norte S.A. - ELETRONORTE, debenturistas subscritores da sua Primeira Emissão de Debêntures, e algumas instituições financeiras privadas.

“3.15. A SVM, ao apresentar proposta de aquisição de controle da CEMAR, concordou em aportar-lhe recursos novos e a fazer com que a BRISK capitalizasse crédito de sua titularidade contra CEMAR, mas condicionou sua oferta à repactuação das dívidas da CEMAR com todos os referidos credores, visto que os ativos da CEMAR e os novos recursos que seriam aportados seriam insuficientes a tomar viável o empreendimento; fazia-se, portanto, necessário o esforço e o envolvimento de credores.

“3.16. A SVM propôs aos credores da CEMAR a conversão de parte de seus créditos em capital social, renegociando e alongando o prazo de pagamento do saldo remanescente dos mesmos, ou, alternativamente, a substituição dos mesmos por Debêntures de Segunda Emissão, as quais seriam conversíveis em ações.

“3.17. A ELETROBRÁS e ELETRONORTE optaram pela primeira alternativa, e, com isso, a ELETROBRÁS teve parte de seus créditos capitalizados, enquanto a parcela remanescente de seus créditos, assim como a totalidade dos créditos da ELETRONORTE, foram renegociadas, dentro de novos prazos e condições de remuneração e pagamento.

“3.18. A capitalização de parte do crédito da ELETROBRÁS foi efetivada na Assembléia Geral Extraordinária da CEMAR realizada em 30.04.2004, ocasião em que uma parcela dos créditos de ELETROBRÁS, no montante de R\$55.000.000,00, foi convertida em ações representativas de aproximadamente 34.36% do capital social da CEMAR. Na mesma data, a ELETROBRÁS celebrou com a BRISK (controladora direta da CEMAR) Acordo de Acionistas tendo por objeto direitos políticos e patrimoniais relativos a suas participações na CEMAR.

“3.19. Também optaram pela conversão de créditos em capital outros credores privados da CEMAR; assim, a Concórdia S.A. - Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities (‘Concórdia Corretora’) capitalizou crédito no valor de R\$321.665,74, enquanto o Fundo CCV Institucional de Investimento Financeiro (‘Fundo CCV’) capitalizou crédito no valor de R\$308.799,11.

“3.20. Os três credores - ELETROBRÁS, Concórdia Corretora e Fundo CCV - subscreveram ações emitidas pelo preço de R\$0,01 por lote de 1.000 ações e as integralizaram mediante conversão de seus créditos em capital.

“3.21. A opção pela conversão de crédito em aumento de capital, representada por ações emitidas por R\$0,01 por lote de 1.000 ações, havia sido oferecida a todos os debenturistas da CEMAR, conforme assembléia geral de debenturistas realizada em 25.03.2004, tendo sido a eles estendidas as mesmas condições asseguradas à ELETROBRÁS. Contudo, somente a Concórdia Corretora e o Fundo CCV exerceram essa opção. Os demais credores privados da CEMAR - debenturistas da Primeira Emissão e instituições financeiras diversas - preferiram converter seus créditos em novas debêntures a serem emitidas pela CEMAR e, para tanto, celebraram com a SVM e com a CEMAR o Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos, de 26.03.2004 (‘Acordo de Subscrição de Debêntures’, fls. 202 e DOC. 5, que contém o respectivo protocolo junto à ANEEL), do qual constou:

“Considerando (.....)

“6. na assembléia geral dos debenturistas da CEMAR realizada em 25 de março de 2004, foi dada oportunidade a todos os DEBENTURISTAS de ajustar as DÍVIDAS em condições similares às condições disponibilizadas para as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás para renegociação dos créditos detidos por ela e pelas Centrais Elétricas do Norte S.A. - Eletronorte em face da CEMAR, sendo que apenas os debenturistas Concórdia S.A. Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities e Fundo CCV Institucional Investidor Financeiro aceitaram tais condições, razão pela qual os mesmos não são parte do presente ACORDO;

“7. as PARTES reconhecem que a implementação do disposto neste ACORDO depende da assunção de obrigações recíprocas;”

“3.22. O Acordo de Subscrição de Debêntures foi aditado em 12.04.2004 (**DOC. 6**, com Protocolo junto à ANEEL) e os credores signatários do referido Acordo de Subscrição - diferentemente da ELETROBRÁS, da Concórdia Corretora e do Fundo CCV -, optaram por utilizar seus créditos no pagamento do preço de emissão de Debêntures conversíveis em ações da CEMAR, rejeitando o risco de tornarem-se acionistas da CEMAR desde logo, mas conservando o direito de fazê-lo no futuro, exceção feita ao credor Fibra Steel FIF, que não aceitou participar do processo. Lê-se no Aditivo de 12.04.2004:

““CONSIDERANDO QUE:

“1. em 26 de março de 2004 as partes celebraram Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos (‘Acordo de Subscrição’) que regulou os termos e condições da substituição das DÍVIDAS da CEMAR, constantes do Anexo I ao Acordo de Subscrição;

“2. após a assinatura do Acordo de Subscrição, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás (‘ELETROBRÁS’) e Centrais Elétricas do Norte S.A. - Eletronorte (‘ELETRONORTE’) apresentaram alternativas de repactuação dos créditos em face da CEMAR, que seriam integralmente capitalizados na CEMAR; e

“3. mesmo após a apresentação das alternativas referidas acima pela ELETROBRÁS e ELETRONORTE, os CREDORES, SVM e CEMAR têm interesse em prosseguir com o contratado no Acordo de Subscrição, com os ajustes feitos neste ADITIVO.”

“3.23. Ou seja, alguns dos credores da CEMAR não concordaram em tornar-se acionistas de uma companhia que se encontrava em dificuldades financeiras e cuja administração passaria a ser exercida por um novo grupo econômico. Preferiram um outro direito de crédito, representado por novas debêntures, as quais contemplavam, dentre outros, o direito dos debenturistas de converterem, em momento futuro, seus créditos em ações de emissão da CEMAR, nas condições previstas na respectiva escritura de debêntures. Note-se que nem a Primeira Emissão de Debêntures nem os vários instrumentos por meio dos quais foram constituídos os créditos utilizados para integralizar as Debêntures da Segunda Emissão continham cláusula ou opção que atribuísse ao credor o direito de converter seu crédito ou debênture em ações da CEMAR; esta alternativa nasceu com a Segunda Emissão de Debêntures.

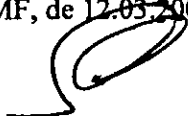
“3.24. Foi nesse contexto que foi aprovada a Segunda, Emissão Pública de Debêntures da Companhia. A CEMAR estava em situação financeira crítica, sob intervenção administrativa da ANEEL e com seu controle acionário colocado à venda. A SVM teve sua proposta de aquisição e equacionamento financeiro da companhia declarada qualificada e vencedora pela ANEEL. Não seria de se supor, portanto, como sugere a Fiscalização, que ‘todo o processo de renegociação das dívidas da CEMAR, passando por uma nova emissão de debêntures na realidade serviu a um único propósito: dissimular o perdão das dívidas aqui relatado para evitar a tributação do valor perdoado.’

“3.25. Note-se que a repactuação dos créditos da ELETROBRÁS exigiu aprovação legislativa, consubstanciada, à época, pela edição da Medida Provisória no. 181, de 2004, da qual se extrai:

““Art. 1º. Fica a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS autorizada a efetuar a capitalização de parte dos créditos que detém junto à Companhia Energética do Maranhão - CEMAR.

“Parágrafo único - Para o fim previsto neste artigo, a ELETROBRÁS ampliará a sua participação no capital social da CEMAR, mediante processo de aumento de capital da empresa.”

“3.26. Destaque-se, ainda, o que consta da Exposição de Motivos Interministerial nº 0012/MME/MF, de 12.03.2004, que acompanhou a Medida Provisória nº 181/04, acima referida:



“EM INTERMINISTERIAL NO. 0012/MME/MF

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

“Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência proposta de edição de Medida Provisória que tem por objetivo autorizar a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS a converter em capital, parte dos créditos que detém junto à Companhia Energética do Maranhão - CEMAR, com o propósito de permitir a conclusão do processo de transferência do controle acionário daquela concessionária, a conseqüente finalização da intervenção administrativa efetuada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, bem como possibilitar o equacionamento da questão envolvendo a dívida da CEMAR para com a ELETROBRÁS.

“(…)”

“7. A melhor alternativa encontrada pela ELETROBRÁS para o equacionamento da questão, foi a de proceder na capitalização de parte desses créditos mediante a ampliação de sua participação no capital social da CEMAR.

“8. Hoje a ELETROBRÁS detém 1,63% (um inteiro e sessenta e três avos) do capital total da CEMAR, sendo que, com a efetivação da conversão de cerca de 60% (sessenta por cento) da dívida, algo em torno de cento e cinquenta e quatro milhões de reais, a participação societária naquela concessionária passará a ser de 40% (quarenta por cento).

“(…)”

“11. A urgência e relevância da matéria se justificam pelo fato de que o processo de transferência do controle societário da Companhia Energética do Maranhão encontra-se em fase final de conclusão, no aguardo do equacionamento das questões envolvendo a dívida da CEMAR junto à ELETROBRÁS, permitindo não só a finalização do referido processo, mas também o equacionamento de toda a dívida daquela empresa junto a terceiros, a fim de que a companhia possa voltar a exercer de forma regular e contínua suas atividades, sem a necessidade da presença da Agência Reguladora.

“(…)”

“Finalmente, cabe ressaltar a Vossa Excelência que a solução ora proposta, atende ao interesse público, pois a conclusão do processo de transferência do controle societário da CEMAR irá garantir a prestação adequada do serviço de distribuição de energia elétrica no Estado do Maranhão, satisfazendo todas as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e modicidade tarifária, preconizadas na Lei no. 8.987, de 1995.” (grifou-se)

“3.27. Com a autorização legislativa conferida pela MP 181/2004, a ELETROBRÁS (assim como Concórdia Corretora e o Fundo CCV), capitalizou seus créditos; as ações emitidas em contrapartida à referida capitalização foram emitidas ao preço de R\$0,01 por lote de 1.000 ações.

“3.28. Já os credores privados, detentores de créditos que totalizavam, em 31.01.2004, o montante de R\$237.353.441,00, optaram por subscrever Debêntures da Segunda Emissão, as quais lhes asseguravam um Bônus de Continuidade (conforme item 4.16 da Escritura respectiva) e conversibilidade em ações da CEMAR (conforme item 4.9 da Escritura) (Fls. 251). A emissão das Debêntures da Segunda Emissão foi aprovada pela mesma Assembléia Geral Extraordinária da CEMAR, realizada em 30.04.2004.

“3.29. Em síntese, para adquirir o controle da CEMAR, a SVM exigiu de seus credores, inclusive dos que também eram seus acionistas, como a BRISK, que fizessem ‘pagamentos de capital’ à empresa, seja a título de contribuição para o próprio capital social, quanto àqueles que se dispuseram a capitalizar seus créditos de imediato, como a ELETROBRÁS, a Concórdia Corretora, o Fundo CCV e a própria BRISK, seja a título de pagamento do preço de debêntures emitidas com prêmio, quanto àqueles que preferiram títulos que lhes assegurassem o direito de receber ações, de um lado, mas lhe permitisse optar pelo recebimento de parte de seu crédito, de outro. Obviamente, o preço de emissão das ações em que os créditos e as debêntures se converteriam foi

definido de forma a que, mesmo com a conversão em ações de todos os créditos e debêntures, SVM, dentre outros aspectos, manteria o controle da CEMAR.

“3.30. Pagamentos e transferências de capital, embora aumentem o patrimônio dos que delas se beneficiam, não corresponde a rendimentos e não podem ser tributadas, com bem esclarece JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, em obra antiga, mas nem por isso ultrapassada (Imposto de Renda - Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969):

“Transferências de capital

“Os fluxos de transferências de capital são da mesma natureza dos pagamentos de capital, no sentido de que têm por objeto renda já produzida e acumulada. Mas deles diferem sob o aspecto de que na transferência há fluxo de bens ou serviços em um único sentido, de um patrimônio para outro, enquanto que no pagamento de capital há movimento simultâneo entre dois patrimônios. Na transferência, o estoque de bens e serviços acumulado em um patrimônio se reduz, e aumenta em igual valor o estoque do beneficiário da transferência da capital. É o caso, por exemplo, da doação ou herança.

“A transferência de capital é unilateral do ponto de vista econômico, de disponibilidade de moeda, bens e serviços, embora possa ser bilateral do ponto de vista jurídico. Essa categoria inclui os empréstimos e suas amortizações, os depósitos e retiradas em bancos, a aplicação de capital em sociedades, a restituição de capital a sócios, e outras transferências de moeda, bens e serviços que juridicamente são bilaterais, mas que do ponto de vista econômico são unilaterais, porque uma das partes na transação sofre redução no seu estoque de bens e serviços em benefício da outra. (capítulos 2-28 e 29)

“(…).

“Na determinação dos limites que a Constituição fixa para a lei fiscal, ao conceituar os rendimentos tributáveis, igualmente importante é a distinção, exposta no § 2.12 (20) entre (a) pagamento e transferência de renda e (b) transferência de capital. O fluxo de moeda, bens ou serviços conceituado como transferência de capital não ser definido pela lei ordinária como rendimento sujeito à tributação, pois se assim fosse a União não estaria tributando a renda, e sim o próprio capital.’ (capítulos 2-50 a 54)

“3.31. A Fiscalização afirma (ver alíneas (a), (b) e (c) do item 3.8., acima) que sua conclusão acerca da ocorrência de um perdão de dívida decorre da baixa havida no passivo da CEMAR (contabilizada como Prêmio de Emissão das Debêntures), corroborada pelos seguintes fatos: (i) se a Segunda Emissão de Debêntures não ocorresse dentro de um determinado prazo, a CEMAR pagaria a chamada ‘DÍVIDA ATUAL’; (ii) alguns credores teriam afirmado, em determinada assembléia, que a proposta da SVM contemplava um deságio inaceitável; e (iii) no caso de aquisição/recompra das Debêntures pela CEMAR, os documentos ‘desconsideravam o prêmio’ e não faziam ‘qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA’.

“3.32. Nenhuma razão assiste à Fiscalização. Ora, vários são os eventos que podem resultar na eliminação de um passivo de uma pessoa jurídica sem que ocorra o respectivo pagamento, em dinheiro, mas nem todos são tributáveis, como ocorre com o perdão de dívida.

“3.33. Pode o credor, como fez a ELETROBRÁS, converter seu crédito em capital social; nesse caso, ocorre a baixa de uma obrigação antes constante do passivo, mas essa baixa decorre do fato de o crédito ter sido utilizado, por seu titular, como moeda de pagamento do preço de emissão de ações, sendo irrelevante a circunstância de obrigação se converter integralmente em capital social da devedora ou parte em capital e parte em reserva de capital (a correspondente à parcela da contribuição do subscritor que ultrapassar o montante destinado à formação do capital social). Nem por isso, o evento é tributável. Note-se que o valor real das ações recebidas pelo credor cujo crédito é capitalizado costuma ser inferior ao valor nominal de seu crédito, quando se trata de saneamento de empresas, mas nem por isso a baixa da obrigação é tributada.

“3.34. No caso em análise, créditos no valor de R\$237.353.441,00, devidamente contabilizados no passivo da CEMAR, foram utilizados por seus titulares para

subscrever e integralizar debêntures emitidas por aquele mesmo valor, embora parte deste valor tenha correspondido a prêmio recebido pela CEMAR na emissão de debêntures.

“3.35. Com efeito, o prêmio pago na emissão de debêntures guarda certa analogia com o ágio na emissão de ações e, por isso, assim como ele, é contabilizado em uma reserva de capital e não se sujeita à tributação (art. 182, § 1º da LSA e art. 442 do RIR). Os credores da CEMAR, titulares dos créditos acima mencionados, substituíram suas debêntures de Primeira Emissão, assim como outros direitos de crédito, pelas debêntures da Segunda Emissão, as quais, além de darem maior segurança ao credores, asseguravam-lhes, dentre outros direitos, sua conversibilidade em ações de emissão da CEMAR. Todos os credores, instituições financeiras totalmente independentes, julgaram apropriado o valor do prêmio cobrado pela CEMAR, ou melhor, pela SVM, no âmbito do processo de reorganização e saneamento financeiro da empresa.

“3.36. Parece ter causado espécie à Fiscalização o fato de créditos dos credores da CEMAR terem sido utilizados como moeda de pagamento do preço de aquisição das debêntures. Suponha-se que a CEMAR houvesse acertado com seus credores que o preço das debêntures da Segunda Emissão seria pago com recursos novos, transferidos a CEMAR por tais credores, a fim de que ela, CEMAR, utilizasse os referidos recursos na liquidação de seus débitos, inclusive os representados pelas debêntures da Primeira Emissão, pelos correspondentes valores de face.

“3.37. Nesta hipótese, ingressariam na caixa de CEMAR recursos da ordem de R\$237.353.441,00, os quais seriam utilizados para quitar dívidas do mesmo valor. Ou seja, neste caso, ocorreria a eliminação de passivo da CEMAR no montante de R\$237.353.441,00 e o registro de um passivo, correspondente ao valor nominal das debêntures então emitidas, bem como de uma reserva de capital correspondente ao prêmio aceito e pago pelos subscritores das debêntures.


“3.38. Note-se que, tanto para a CEMAR quanto para os credores responsáveis pelo aporte de novos recursos, os efeitos seriam os mesmos; neste caso, porém, não se cogitaria da possibilidade de ter havido um perdão de dívida. O ingresso de novos recursos na CEMAR corresponderia a um pagamento de capital, da qual uma parcela destinar-se-ia à liquidação do prêmio previsto para a emissão das debêntures, não tributável. Entretanto, a única diferença entre as situações confrontadas estaria na moeda de pagamento utilizada pelos subscritores das Debêntures - recursos novos, em vez de seus créditos.

“3.39. Segundo a Fiscalização (item 3.31., ‘i’), sua conclusão no sentido de ter havido um perdão de dívida seria corroborada pelo fato de o Acordo de Debenturistas estabelecer que, se a Segunda Emissão de Debêntures da CEMAR não ocorresse dentro de um determinado prazo, a CEMAR pagaria a chamada ‘DÍVIDA ATUAL’.

“3.40. Como demonstrado acima e confirmado pela Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória no. 181/04, a recuperação da CEMAR e o fim de sua intervenção administrativa dependiam da transferência do controle de CEMAR para um novo grupo econômico e de seu saneamento financeiro.

“3.41. Para viabilizar sua proposta, a SVM teve que negociar com ELETROBRAS, ELETRONORTE e mais de dez instituições financeiras; além disso, os termos finais da negociação com ELETROBRÁS tiveram que ser objeto de autorização legislativa. A renegociação com ELETROBRÁS, ELETRONORTE e credores privados eram interdependentes, isto é, a eficácia de uma estava condicionada à implementação da outra, como claramente previsto nos documentos respectivos. O insucesso de uma negociação implicaria ineficácia de outra. Tanto isso é verdade que se fez constar no Acordo de Associação e Outras Avenças, celebrado em 29.04.2004 por SVM e pela ELETROBRÁS (‘Acordo de Associação’ - DOC. 7) que, repita-se, foi submetido à ANEEL:

“2.1. A eficácia do presente Acordo e de todas as obrigações dele constantes, bem como da capitalização dos CRÉDITOS A CAPITALIZAR, está subordinada à



verificação cumulativa das seguintes condições suspensivas até 30.04.2004 ou qualquer outra data que venha a ser acordada por escrito entre as Partes ('Data de Fechamento'):

"2.1.1. efetiva transferência à SVM do controle acionário indireto da CEMAR;

"2.1.2. assinatura do Instrumento Particular de Renegociação das Condições de Contratos de Financiamento entre ELETROBRÁS e CEMAR, bem como dos Termos de Ajustes e Obrigações e do Contrato de Constituição de Garantia de Pagamento e Fiel Cumprimento de Obrigações, entre ELETRONORTE e CEMAR, cujas cópias constituem o Anexo 2.1.2. ao presente Acordo;

"2.1.3. assinatura de aditivo ao Acordo de Repactuação de Dívida e Outros Pactos, entre SVM e Concórdia S.A. Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities ('Concórdia') e Fundo CCV Institucional Investidor Financeiro ('Fundo CCV') e de aditivo ao Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos, entre SVM e os debenturistas da primeira emissão da CEMAR (exceção feita ao Fibra Steel FIF), o BankBoston Banco Múltiplo S.A., o Dresdner Bank Brasil S.A., o Banco ABC Brasil S.A., e o Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. (doravante designados, em conjunto com Concórdia e Fundo CCV, de 'Credores Privados'), a fim de adequá-los às condições negociadas neste Acordo;

"(.....)....."

"3.42. Evidenciam, da mesma forma, a interdependência existente entre os acordos, os itens 1.1. a 1.5. do Acordo de Subscrição de Debêntures.

"3.43. O item do Acordo de Subscrição (mencionado em 3.31., 'i') que evidenciaria, segundo a Fiscalização, a existência de um perdão de dívida e que a emissão das debêntures teria sido uma farsa é do seguinte teor:


"1.1.2 - Caso a CEMAR não emita as DEBÊNTURES até 16 de setembro de 2004 e as PARTES, no prazo de 90 (noventa) dias contados de tal data, não acordem, sempre de boa fé, e implementem uma estrutura legal para viabilizar o estabelecido neste ACORDO, preservando os direitos e as condições negociais aqui ajustadas, a CEMAR restará obrigada a pagar aos CREDORES a DÍVIDA ATUAL, distribuída entre os CREDORES de acordo com o disposto no Anexo III, devidamente acrescida da variação da taxa média dos financiamentos diários, com lastro em títulos federais, apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia ('Taxa Selic') de 29 de fevereiro de 2004 até o final do prazo previsto neste item, em contrapartida da quitação e extinção da DÍVIDAS, devendo os BANCOS apresentar para a CEMAR os respectivos termos de quitação total e incondicional das DÍVIDAS e os DEBENTURISTAS transferir as DEBÊNTURES para a CEMAR para o seu cancelamento, nas seguintes condições (.....)."

"3.44. Ora, esse dispositivo apenas revela a inequívoca disposição das partes em fazer valer o compromisso assumido no Acordo de Subscrição, posto que elas se obrigaram, na impossibilidade de serem emitidas as Debêntures da Segunda Emissão dentro de determinado prazo, a negociar, de boa-fé, até encontrar uma solução que fosse capaz de produzir os mesmos efeitos e gerar os mesmos direitos e obrigações contemplados no Acordo de Subscrição de Debêntures.

"3.45. As partes previram, de forma meramente residual, que, na impossibilidade também de se encontrar uma solução alternativa, a CEMAR responderia, tão somente, pela chamada DÍVIDA ATUAL e os credores não teriam, em tal hipótese, a possibilidade futura de converter seus créditos ou títulos em ações de emissão da companhia.

"3.46. O item 1.1.2. do Acordo de Subscrição comprova exatamente o contrário do que sustenta a Fiscalização: se o referido item prevê que pagamento da DÍVIDA ATUAL só ocorra na hipótese de não se encontrar uma solução capaz de produzir os mesmo efeitos do Acordo de Subscrição de Debêntures, é por que esses efeitos e os do pagamento da DÍVIDA ATUAL são distintos.

"3.47. A SVM apresentou projeto para o saneamento financeiro da CEMAR e só estaria disposta a adquirir seu controle caso o projeto fosse aceito pelos credores. O objetivo da



cláusula acima referida era o de evitar que, na hipótese de tudo 'dar errado', por motivo alheio à vontade das partes, a SVM houvesse adquirido empresa com passivos que não teria condições de pagar.

"3.48. É da mesma forma descabida a alegação da Fiscalização de que evidenciaria o perdão de dívida a declaração de um dos credores da CEMAR, em uma de suas assembléias, de que a proposta da SVM contemplava um deságio inaceitável (item 3.31., 'ii', acima). Os prêmios pagos na emissão de debêntures podem perfeitamente ser encarados como um deságio para quem utiliza seu crédito para adquirir o título. A declaração do referido credor, nas circunstâncias acima, é absolutamente irrelevante para o deslinde deste caso.

"3.49. Finalmente, no que se refere ao último dos argumentos referidos no item 3.31.('iii'), sustenta a Fiscalização que o fato de o Acordo de Subscrição de Debêntures, contemplar a possibilidade de aquisição/recompra das Debêntures pela CEMAR, 'desconsiderando o prêmio' e sem fazer 'qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA', serviria para corroborar a conclusão de que um perdão de dívida teria sido concedido.

"3.50. O prêmio pago pelo subscritor na emissão de debêntures não representa uma dívida da pessoa jurídica que emite o título, mas sim um valor adicional devido pelo subscritor em troca de determinados direitos; assim, não seria mesmo de se esperar que a CEMAR pagasse por debêntures eventualmente existentes no mercado valor superior ao do débito que elas representassem. Como observa, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA:

"10.3.1. Tipo da Debênture

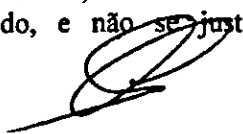
"A emissão da debênture não terá que se fazer necessariamente pelo valor nominal, tanto que se admite a fixação de um ágio ou de um deságio, que se acrescerá ou subtrairá ao valor declarado do título.

"Trata-se do tipo das debêntures, que, segundo o art. 59, inciso VIII, deverá ser definido como uma das condições da emissão.

"As debêntures, portanto, poderão ser emitidas 'ao par', isto é, sem ágio ou deságio, hipótese em que o valor nominal e o preço de emissão guardarão equivalência, ou com um ágio, que trará um ganho extra à companhia, tanto que juros e correção monetária incidem sobre o valor nominal, ou com um deságio, verdadeiro desconto, que, com efeito eleva a remuneração real do título.' (grifou-se) (Tavares Borba, José Edwaldo, in Das Debêntures, Ed. Renovar, 2005, pág. 34)

"3.51. A aquisição, pela CEMAR, de debêntures por valor superior ao da obrigação por ela representada frustraria os objetivos de sua reestruturação e poderia representar um favorecimento indevido a quem estivesse alienando as debêntures; essa cláusula, portanto, deve ser encarada como mero mecanismo de proteção aos credores da CEMAR. Note-se que a valorização das ações de CEMAR poderia até justificar a negociação das debêntures por valor superior ao seu valor de face; isso ocorreria na medida em que o valor real das ações da CEMAR, nas quais as debêntures poderiam se converter, excedesse o valor de face da debênture (o que, acrescente-se, é mais um argumento a demonstrar a improcedência da alegação de perdão de dívida). Nesse caso, o debenturista poderia ceder seu título no mercado secundário por preço superior a seu valor de face, mas CEMAR não poderia ser a adquirente do título. Para a CEMAR, as debêntures valeriam apenas o débito por elas representado, na medida em que a CEMAR não poderia converter as debêntures em ações representativas de seu próprio capital.

"3.52. Desta forma, e por todo o exposto, é inadmissível pretender-se tratar e tributar como perdão de dívida o recebimento de prêmio fixado pela CEMAR na sua Segunda Emissão de Debêntures. Trata-se de Prêmio relativo a debêntures emitidas no âmbito de um complexo processo de saneamento financeiro da companhia, aceito por diferentes instituições financeiras, submetido e aprovado pela ANEEL, em vista do interesse público envolvido, e não se justifica que seja objeto de questionamento pela



Fiscalização pelo simples fato de a moeda de pagamento utilizada pelos subscritores das referidas debêntures corresponder a créditos por eles detidos contra a CEMAR. A prevalecer tal entendimento, estar-se-ia negando vigência e eficácia ao artigo 182 da LSA, assim como ao artigo 442 do RIR e tributando-se como rendimento o que, na verdade, constitui pagamento/transferência de capital.

“(…).”

Em seguida, a Impugnante passa a contestar outros aspectos dos lançamentos, tais como a inobservância da exclusão do PIS e da COFINS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, contrariando o que dispõe o artigo 187, § 1º, alínea “a”, da Lei nº 6.404, de 1976, e a alegada ilegitimidade da cobrança das multas isoladas, por revogação do dispositivo legal que as fundamentava, o que as torna nulas; requer, ainda, que seja declarada a sua improcedência, por haverem sido exigidas cumulativamente com as multas proporcionais decorrentes dos mesmos fatos, configurando o “*bis in idem*”, de acordo com a jurisprudência citada.

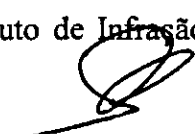
Já com relação às exigências reflexas da Contribuição para o PIS e da COFINS, alega a defesa que, ainda que venha a subsistir a equivocada conclusão do Fisco de que a emissão de debêntures tenha servido para dissimular um suposto perdão de dívidas, este fato, por seu aspecto incondicional (sem contrapartida), não configura fato gerador das aludidas contribuições, posto que não caracterizam receita da pessoa jurídica beneficiária, a qual deve registrá-lo diretamente em conta do patrimônio líquido, não transitando por resultado.

A Impugnante desenvolve a sua tese ilustrando-a com textos doutrinários e conclui que o perdão incondicional de dívidas possui natureza jurídica equivalente à da doação, não só por não ser contrapartida de desempenho de uma atividade empresarial pelo devedor, mas, também, por não gerar para este o direito de perceber uma remuneração, o que não implica no reconhecimento de uma receita.

Ainda que assim não fosse, constituiria ela uma receita financeira (no mínimo, no que concerne à parcela dos juros “*perdoados*”), para a qual incide a alíquota zero, no que respeita ao PIS e à COFINS, nos termos do Decreto nº 5.164, de 20/07/2004, devendo se ressaltar que os pretensos fatos geradores - segunda emissão de debêntures, pela companhia - ocorreram em 02/09/2004.

Por fim, alegando que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a ilegalidade e a inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC como juros moratórios de débitos de natureza tributária, pede o afastamento de sua aplicação no caso vertente.

COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO - CEMAR, já qualificada nos autos, teve contra si lavrado o Auto de Infração (AI) de fls. 08/21, para a formalização da



exigência do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) relativo aos anos-calendário de 2003 a 2005, no montante de R\$ 73.560.639,30, incluídos os correspondentes encargos legais.

Segundo a descrição dos fatos detalhadamente expostos no Termo de Encerramento da Ação Fiscal (TEAF) de fls. 42/52 - que leio em Sessão para um perfeito conhecimento do litígio por parte do Colegiado - a presente exigência decorreu da constatação das seguintes infrações:

1. Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real: valor relativo à baixa ocorrida no ano-calendário de 2004, de obrigações contabilizadas no Passivo, decorrente do recebimento do perdão de dívidas contraídas junto a instituições financeiras e a debenturistas, conforme relato contido no item “a” do TEAF;

2. Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real: falta de adição ao lucro líquido, na determinação do lucro real apurado nas DIPJ dos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, do valor do lucro inflacionário realizado em cada período de apuração, por inobservância do percentual de realização mínima do lucro inflacionário diferido de períodos anteriores, conforme item “b” do TEAF.

As bases de cálculo da exigência, por período de apuração, se acham demonstradas às fls. 19 a 21, observando-se o seguinte:

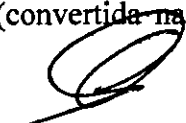
a) no ano-calendário de 2003, exercício financeiro de 2004, o procedimento fiscal se limitou a retificar o resultado fiscal declarado pelo sujeito passivo, reduzindo o prejuízo apurado, pela adição do valor da infração arrolada no período, não sendo exigido crédito tributário;

b) já com relação ao ano-calendário de 2004, os autores do feito efetuaram a compensação do prejuízo fiscal declarado com a base imponible apurada no período; compensaram, ainda, parcela dos prejuízos fiscais de períodos anteriores, com observância do limite legal de 30%, remanescendo valor tributável;

c) em 2005, também foi deduzida da base imponible, uma parcela dos prejuízos fiscais de períodos anteriores, limitada a 30% do lucro líquido ajustado.

A presente exigência foi fundamentada nos artigos 249, e seu inciso I, e 449 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 (RIR/99); no artigo 6º, da Lei nº 9.065, de 1995; e nos artigos 6º e 7º, da Lei nº 9.249, de 1995.

Na oportunidade, com base nos artigos 222 e 843, do RIR/99, combinados com o artigo 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, alterado pelo artigo 14, da Medida Provisória nº 351, de 2007 (convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007), formalizou-se a



exigência de multa isolada, em decorrência da constatação da falta de recolhimento do imposto de renda mensal calculado em bases estimadas, resultante da recomposição dos resultados fiscais apurados pela Fiscalizada, relativamente aos períodos de apuração mensal de setembro e outubro de 2004, e setembro de 2005 (ver item “c” do TEAF e planilhas de fls. 542 a 544).

De acordo com os Autos de Infração de fls. 31/35, 36/40 e 22/27, foram também exigidas, como lançamentos reflexos da infração descrita no item 1, as Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), além da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), nos quais se constituiu o crédito tributário nos valores totais de R\$ 6.389.727,84, R\$ 29.431.473,83 e R\$ 23.890.508,94, respectivamente.

Com a mesma motivação da exigência de multa isolada do IRPJ, a Fiscalização formalizou, ainda, em AI distinto (fls. 28/30), o lançamento da multa isolada concernente à falta de recolhimento da CSLL mensal, relativa aos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2004, no montante de R\$ 5.761.391,98 (item “d” do TEAF e planilha de fls. 545).

Inconformada com as exigências, das quais tomou ciência em 15/10/2007 (fls. 09), a Autuada, por meio de seus procuradores (Mandato às fls. 647) apresentou, em 13/11/2007, a impugnação de fls. 579/608, instruída com os documentos de fls. 609 a 748, onde, inicialmente, esclarece que optou por não impugnar a parte do lançamento do IRPJ referente à tributação do lucro inflacionário, tendo efetuado o pagamento do correspondente crédito tributário, conforme cópia do DARF acostada às fls. 673. Assim, o litígio se instaura, exclusivamente, acerca dos fatos descritos na infração listada no item 1 da autuação, concernentes ao suposto “perdão de dívidas” arrolado para tributação.

Dada à complexidade da matéria submetida à apreciação do Colegiado e visando ser fiel às razões de defesa contidas na peça defensiva, opto por reproduzir na íntegra os argumentos contrários à caracterização do fato arrolado pela Fiscalização como susceptível de tributação (na transcrição, foram mantidos os destaques do original):

“(…)”

“3.2. Como a CEMAR demonstrará, a autuação não procede, pois não houve perdão de dívida; houve sim um longo e complexo processo de saneamento financeiro da CEMAR, visando por fim à sua intervenção administrativa, por meio do qual foram renegociadas dívidas da companhia junto a credores privados, ELETROBRÁS e ELETRONORTE. A renegociação das dívidas da CEMAR era, inclusive, condição para que o seu controle acionário pudesse ser transferido para novos controladores.

“3.3. Em qualquer processo de saneamento financeiro de pessoas jurídicas, a redução de suas dívidas, a melhoria de sua estrutura de capital, o esforço e o envolvimento de seus credores são necessários a que se atinja o resultado desejado. Pessoas jurídicas com

patrimônio líquido negativo, como era o caso da CEMAR, não têm ativos suficientes para fazer frente à suas obrigações, e os projetos adotados para a recuperação financeira de empresas do gênero têm como pressuposto a reestruturação de seu passivo, mediante conversão de parte de suas dívidas em títulos mobiliários (ações, debêntures, etc.) emitidos em bases que atendam as exigências mínimas dos credores e possibilitem a recuperação da empresa.

“3.4. Os AUTOS deixaram de analisar o projeto de reestruturação da CEMAR como um todo, tendo narrado os fatos e documentos examinados no curso da diligência fiscal de forma simplista e até mesmo tendenciosa. A Fiscalização parece ter ficado impressionada com o fato de ter havido uma baixa no passivo da CEMAR, sem levar em conta que essa baixa teve por contrapartida a emissão de debêntures, dentro de um complexo processo de saneamento financeiro que envolveu o Poder Concedente (ANEEL), o Ministério das Minas e Energia, o Poder Executivo, a ELETROBRÁS, a ELETRONORTE e vários credores privados, instituições financeiras de primeira linha.

“3.5. As debêntures que, nos termos acima descritos, substituíram as obrigações da CEMAR foram emitidas com prêmio e, por força da legislação em vigor, o prêmio recebido pela CEMAR não transitou por sua conta de resultados, sendo registrado diretamente em uma reserva de capital (art. 182, § 1º, letra ‘c’ da vigente Lei das Sociedades Anônimas - ‘LSA’); além disso, por não ter transitado por conta de resultados, o valor recebido a título de prêmio na emissão de debêntures não integrou nem a base de cálculo do IRPJ (art. 442, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 26.III.1999 - ‘RIR’) nem a da CSL. Note-se que, além de não haver qualquer norma que determine que o prêmio na emissão de debêntures seja adicionado ao lucro líquido para fins de apuração da base de cálculo da CSL, o art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 390/04 determina que as mesmas normas de apuração do IRPJ sejam aplicadas na apuração da CSL.

“3.6. Assim, por força da legislação, o prêmio recebido pelas pessoas jurídicas na emissão de debêntures não se sujeita à tributação e esse aspecto não está em discussão nos AUTOS. Por outro lado, o negócio acertado entre a CEMAR e parte de seus credores consistiu-se, efetivamente, na emissão de debêntures com prêmio, a qual foi formalizada em documento cuja legitimidade a Fiscalização não coloca em dúvida. Assim, para que os AUTOS se justificassem, seria necessário que os atos de emissão de debêntures dissimulassem negócio diverso (‘perdão de dívida’), o que seria evidentemente inconcebível no caso concreto, tendo em vista que o próprio Poder Executivo, que ora representado pela Fiscalização faz essa alegação, examinou e aprovou a emissão da referidas debêntures (v. DOCS. 4 a 7), no processo de saneamento da CEMAR, conforme se viu acima.

“3.7. Evidentemente, se órgão da União houvesse aprovado a reestruturação financeira de determinado grupo e as empresas reestruturadas houvessem deixado de oferecer à tributação ganhos propiciados pela mesma, caberia à Fiscalização autuá-las. Mas não é disso que se trata. A Fiscalização não alega, no AUTOS, que o prêmio recebido na emissão de debêntures deve ser oferecido à tributação, mas alega ter havido simulação na prática do ato; ou seja, alega não ter havido emissão de debêntures com prêmio, apesar de outro órgão executivo ter examinado e aprovado a reestruturação, da qual a emissão de debêntures com as características acima apontadas fazia parte. Nada mais absurdo.

“3.8. A Fiscalização, ao concluir não ter havido uma emissão de debêntures com prêmio, mas um perdão de dívida, afirma que sua conclusão poderia ser corroborada pelos seguintes fatos, resumidamente:

“a) caso a CEMAR não emitisse as debêntures até 16.09.2004, ficaria ela obrigada a pagar aos credores a chamada DÍVIDA ATUAL;

“b) alguns credores da CEMAR teriam afirmado, em uma assembléia geral de debenturistas, que a ~~apreciação~~ ~~emissão~~ das debêntures da segunda emissão (parte do processo de saneamento financeiro da CEMAR) implicaria deságio inaceitável, como se a referência

a um deságio e a motivação de um credor, refletida em uma ata de assembléia pelas mãos do secretário da referida sessão, tivessem o condão de caracterizar crédito tributário e/ou comprovar a ocorrência de infração à legislação em vigor; e

“c) a documentação previa hipóteses de aquisição/recompra, pela CEMAR, das novas debêntures então emitidas, mas ‘desconsiderando o prêmio pago por cada debênture’ e ‘sem qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA’.

“3.9. Mais adiante, a Fiscalização encerra sua análise com a seguinte conclusão:

““23. Finalmente queremos concluir a descrição desta infração, ressaltando que todo o processo de renegociação das dívidas da CEMAR, passando por uma nova emissão de debêntures na realidade serviu a um único propósito: dissimular o perdão das dívidas aqui relatado para evitar a tributação do valor perdoado.” (grifou-se)

“3.10. Como a CEMAR salientou, nos processos de saneamento e recuperação financeira costumam ocorrer alterações na estrutura de capital próprio e de terceiros da devedora, sem o que não há recuperação. O saneamento pode dar-se por meio do ingresso de novos recursos ou utilização de recursos já supridos à pessoa jurídica, inclusive a título de empréstimo, os quais se convertem em algo novo (ações, valores mobiliários, etc), ou, ainda, pela combinação de ambos, como foi o caso da CEMAR.

“3.11. A CEMAR, controlada diretamente por Brisk Participações S.A. (‘BRISK’) e indiretamente por PPL BRASIL I e PPL BRASIL II, encontrava-se em grave situação econômica e financeira, a qual poderia afetar a adequação do serviço público de distribuição de energia elétrica do Estado do Maranhão. Em vista da gravidade da situação, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL decretou, em 21.08.2002, intervenção administrativa na CEMAR pelo período de 180 dias. (que foi seguidamente prorrogado, conforme atos citados).

“3.12. Com a intervenção da CEMAR, a PPL GLOBAL LLC, sociedade constituída sob as leis do Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos da América (‘PPL’), controladora da PPL BRASIL I e da PPL BRASIL II, manifestou para a ANEEL seu interesse em alienar o controle da companhia e, a partir de então, PPL e ANEEL passaram a coordenar um processo da alienação do controle acionário da CEMAR, alienação, esta, condicionada à sua reestruturação financeira, sem a qual a continuidade da CEMAR estaria em risco e, conseqüentemente, a prestação de serviços públicos e a própria concessão.

“3.13. A SVM Participações e Empreendimentos Ltda. (‘SVM’) apresentou proposta de aquisição do controle da CEMAR e reestruturação financeira da companhia, a qual foi declarada qualificada pela ANEEL, conforme Despacho nº 68, publicado em 03.02.2004, confirmado pelo Despacho nº 309, publicado em 14.04.2004).

“3.14. À época, a CEMAR tinha como principais credores as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, as Centrais Elétricas do Norte S.A. - ELETRONORTE, debenturistas subscritores da sua Primeira Emissão de Debêntures, e algumas instituições financeiras privadas.

“3.15. A SVM, ao apresentar proposta de aquisição de controle da CEMAR, concordou em aportar-lhe recursos novos e a fazer com que a BRISK capitalizasse crédito de sua titularidade contra CEMAR, mas condicionou sua oferta à repactuação das dívidas da CEMAR com todos os referidos credores, visto que os ativos da CEMAR e os novos recursos que seriam aportados seriam insuficientes a tomar viável o empreendimento; fazia-se, portanto, necessário o esforço e o envolvimento de credores.

“3.16. A SVM propôs aos credores da CEMAR a conversão de parte de seus créditos em capital social, renegociando e alongando o prazo de pagamento do saldo remanescente dos mesmos, ou, alternativamente, a substituição dos mesmos por Debêntures de Segunda Emissão, as quais seriam conversíveis em ações.

“3.17. A ELETROBRÁS e ELETRONORTE optaram pela primeira alternativa, e, com isso, a ELETROBRÁS teve parte de seus créditos capitalizados, enquanto a parcela remanescente de seus créditos, assim como a totalidade dos créditos da

ELETRONORTE, foram renegociadas, dentro de novos prazos e condições de remuneração e pagamento.

“3.18. A capitalização de parte do crédito da ELETROBRÁS foi efetivada na Assembléia Geral Extraordinária da CEMAR realizada em 30.04.2004, ocasião em que uma parcela dos créditos de ELETROBRÁS, no montante de R\$55.000.000,00, foi convertida em ações representativas de aproximadamente 34.36% do capital social da CEMAR. Na mesma data, a ELETROBRÁS celebrou com a BRISK (controladora direta da CEMAR) Acordo de Acionistas tendo por objeto direitos políticos e patrimoniais relativos a suas participações na CEMAR.

“3.19. Também optaram pela conversão de créditos em capital outros credores privados da CEMAR; assim, a Concórdia S.A. - Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities (‘Concórdia Corretora’) capitalizou crédito no valor de R\$321.665,74, enquanto o Fundo CCV Institucional de Investimento Financeiro (‘Fundo CCV’) capitalizou crédito no valor de R\$308.799,11.

“3.20. Os três credores - ELETROBRÁS, Concórdia Corretora e Fundo CCV - subscreveram ações emitidas pelo preço de R\$0,01 por lote de 1.000 ações e as integralizaram mediante conversão de seus créditos em capital.

“3.21. A opção pela conversão de crédito em aumento de capital, representada por ações emitidas por R\$0,01 por lote de 1.000 ações, havia sido oferecida a todos os debenturistas da CEMAR, conforme assembléia geral de debenturistas realizada em 25.03.2004, tendo sido a eles estendidas as mesmas condições asseguradas à ELETROBRÁS. Contudo, somente a Concórdia Corretora e o Fundo CCV exerceram essa opção. Os demais credores privados da CEMAR - debenturistas da Primeira Emissão e instituições financeiras diversas - preferiram converter seus créditos em novas debêntures a serem emitidas pela CEMAR e, para tanto, celebraram com a SVM e com a CEMAR o Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos, de 26.03.2004 (‘Acordo de Subscrição de Debêntures’, fls. 202 e **DOC. 5**, que contém o respectivo protocolo junto à ANEEL), do qual constou:

“Considerando (.....)

“6. na assembléia geral dos debenturistas da CEMAR realizada em 25 de março de 2004, foi dada oportunidade a todos os DEBENTURISTAS de ajustar as DÍVIDAS em condições similares às condições disponibilizadas para as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás para renegociação dos créditos detidos por ela e pelas Centrais Elétricas do Norte S.A. - Eletronorte em face da CEMAR, sendo que apenas os debenturistas Concórdia S.A. Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities e Fundo CCV Institucional Investidor Financeiro aceitaram tais condições, razão pela qual os mesmos não são parte do presente ACORDO;

“7. as PARTES reconhecem que a implementação do disposto neste ACORDO depende da assunção de obrigações recíprocas;”

“3.22. O Acordo de Subscrição de Debêntures foi aditado em 12.04.2004 (**DOC. 6**, com Protocolo junto à ANEEL) e os credores signatários do referido Acordo de Subscrição - diferentemente da ELETROBRÁS, da Concórdia Corretora e do Fundo CCV -, optaram por utilizar seus créditos no pagamento do preço de emissão de Debêntures conversíveis em ações da CEMAR, rejeitando o risco de tornarem-se acionistas da CEMAR desde logo, mas conservando o direito de fazê-lo no futuro, exceção feita ao credor Fibra Steel FIF, que não aceitou participar do processo. Lê-se no Aditivo de 12.04.2004:

“CONSIDERANDO QUE:

“1. em 26 de março de 2004 as partes celebraram Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos (‘Acordo de Subscrição’) que regulou os termos e condições da substituição das DÍVIDAS da CEMAR, constantes do Anexo I ao Acordo de Subscrição;

“2. após a assinatura do Acordo de Subscrição, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás (‘ELETROBRÁS’) e Centrais Elétricas do Norte S.A. - Eletronorte

(‘ELETRONORTE’) apresentaram alternativas de repactuação dos créditos em face da CEMAR, que seriam integralmente capitalizados na CEMAR; e

“3. mesmo após a apresentação das alternativas referidas acima pela ELETROBRÁS e ELETRONORTE, os CREDORES, SVM e CEMAR têm interesse em prosseguir com o contratado no Acordo de Subscrição, com os ajustes feitos neste ADITIVO.”

“3.23. Ou seja, alguns dos credores da CEMAR não concordaram em tornar-se acionistas de uma companhia que se encontrava em dificuldades financeiras e cuja administração passaria a ser exercida por um novo grupo econômico. Preferiram um outro direito de crédito, representado por novas debêntures, as quais contemplavam, dentre outros, o direito dos debenturistas de converterem, em momento futuro, seus créditos em ações de emissão da CEMAR, nas condições previstas na respectiva escritura de debêntures. Note-se que nem a Primeira Emissão de Debêntures nem os vários instrumentos por meio dos quais foram constituídos os créditos utilizados para integralizar as Debêntures da Segunda Emissão continham cláusula ou opção que atribuísse ao credor o direito de converter seu crédito ou debênture em ações da CEMAR; esta alternativa nasceu com a Segunda Emissão de Debêntures.

“3.24. Foi nesse contexto que foi aprovada a Segunda, Emissão Pública de Debêntures da Companhia. A CEMAR estava em situação financeira crítica, sob intervenção administrativa da ANEEL e com seu controle acionário colocado à venda. A SVM teve sua proposta de aquisição e equacionamento financeiro da companhia declarada qualificada e vencedora pela ANEEL. Não seria de se supor, portanto, como sugere a Fiscalização, que ‘todo o processo de renegociação das dívidas da CEMAR, passando por uma nova emissão de debêntures na realidade serviu a um único propósito: dissimular o perdão das dívidas aqui relatado para evitar a tributação do valor perdoado.’

“3.25. Note-se que a repactuação dos créditos da ELETROBRÁS exigiu aprovação legislativa, consubstanciada, à época, pela edição da Medida Provisória no. 181, de 2004, da qual se extrai:

“Art. 1º. Fica a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS autorizada a efetuar a capitalização de parte dos créditos que detém junto à Companhia Energética do Maranhão - CEMAR.

“Parágrafo único - Para o fim previsto neste artigo, a ELETROBRÁS ampliará a sua participação no capital social da CEMAR, mediante processo de aumento de capital da empresa.”

“3.26. Destaque-se, ainda, o que consta da Exposição de Motivos Interministerial nº 0012/MME/MF, de 12.03.2004, que acompanhou a Medida Provisória nº 181/04, acima referida:

“EM INTERMINISTERIAL NO. 0012/MME/MF

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

“Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência proposta de edição de Medida Provisória que tem por objetivo autorizar a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS a converter em capital, parte dos créditos que detém junto à Companhia Energética do Maranhão - CEMAR, com o propósito de permitir a conclusão do processo de transferência do controle acionário daquela concessionária, a conseqüente finalização da intervenção administrativa efetuada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, bem como possibilitar o equacionamento da questão envolvendo a dívida da CEMAR para com a ELETROBRÁS.

“(…)”

“7. A melhor alternativa encontrada pela ELETROBRÁS para o equacionamento da questão, foi a de proceder na capitalização de parte desses créditos mediante a ampliação de sua participação no capital social da CEMAR.

“8. Hoje a ELETROBRÁS detém 1,63% (um inteiro e sessenta e três avos) do capital total da CEMAR, sendo que, com a efetivação da conversão de cerca de 60% (sessenta por cento) da dívida, algo em torno de cento e cinquenta e quatro milhões de reais, a

participação societária naquela concessionária passará a ser de 40% (quarenta por cento).

“(…).

“11. A urgência e relevância da matéria se justificam pelo fato de que o processo de transferência do controle societário da Companhia Energética do Maranhão encontra-se em fase final de conclusão, no aguardo do equacionamento das questões envolvendo a dívida da CEMAR junto à ELETROBRÁS, permitindo não só a finalização do referido processo, mas também o equacionamento de toda a dívida daquela empresa junto a terceiros, a fim de que a companhia possa voltar a exercer de forma regular e contínua suas atividades, sem a necessidade da presença da Agência Reguladora.

“(…).

“Finalmente, cabe ressaltar a Vossa Excelência que a solução ora proposta, atende ao interesse público, pois a conclusão do processo de transferência do controle societário da CEMAR irá garantir a prestação adequada do serviço de distribuição de energia elétrica no Estado do Maranhão, satisfazendo todas as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e modicidade tarifária, preconizadas na Lei no. 8.987, de 1995.’ (grifou-se)

“3.27. Com a autorização legislativa conferida pela MP 181/2004, a ELETROBRÁS (assim como Concórdia Corretora e o Fundo CCV), capitalizou seus créditos; as ações emitidas em contrapartida à referida capitalização foram emitidas ao preço de R\$0,01 por lote de 1.000 ações.

“3.28. Já os credores privados, detentores de créditos que totalizavam, em 31.01.2004, o montante de R\$237.353.441,00, optaram por subscrever Debêntures da Segunda Emissão, as quais lhes asseguravam um Bônus de Continuidade (conforme item 4.16 da Escritura respectiva) e conversibilidade em ações da CEMAR (conforme item 4.9 da Escritura) (Fls. 251). A emissão das Debêntures da Segunda Emissão foi aprovada pela mesma Assembléia Geral Extraordinária da CEMAR, realizada em 30.04.2004.

“3.29. Em síntese, para adquirir o controle da CEMAR, a SVM exigiu de seus credores, inclusive dos que também eram seus acionistas, como a BRISK, que fizessem ‘pagamentos de capital’ à empresa, seja a título de contribuição para o próprio capital social, quanto àqueles que se dispuseram a capitalizar seus créditos de imediato, como a ELETROBRÁS, a Concórdia Corretora, o Fundo CCV e a própria BRISK, seja a título de pagamento do preço de debêntures emitidas com prêmio, quanto àqueles que preferiram títulos que lhes assegurassem o direito de receber ações, de um lado, mas lhe permitisse optar pelo recebimento de parte de seu crédito, de outro. Obviamente, o preço de emissão das ações em que os créditos e as debêntures se converteriam foi definido de forma a que, mesmo com a conversão em ações de todos os créditos e debêntures, SVM, dentre outros aspectos, manteria o controle da CEMAR.

“3.30. Pagamentos e transferências de capital, embora aumentem o patrimônio dos que delas se beneficiam, não corresponde a rendimentos e não podem ser tributadas, com bem esclarece JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, em obra antiga, mas nem por isso ultrapassada (Imposto de Renda - Rio de Janeiro: APEC Editora, 1969):

““Transferências de capital

“Os fluxos de transferências de capital são da mesma natureza dos pagamentos de capital, no sentido de que têm por objeto renda já produzida e acumulada. Mas deles diferem sob o aspecto de que na transferência há fluxo de bens ou serviços em um único sentido, de um patrimônio para outro, enquanto que no pagamento de capital há movimento simultâneo entre dois patrimônios. Na transferência, o estoque de bens e serviços acumulado em um patrimônio se reduz, e aumenta em igual valor o estoque do beneficiário da transferência da capital. É o caso, por exemplo, da doação ou herança.

“A transferência de capital é unilateral do ponto de vista econômico, de disponibilidade de moeda, bens e serviços, embora possa ser bilateral do ponto de vista jurídico. Essa categoria inclui os empréstimos e suas amortizações, os depósitos e retiradas em bancos, a aplicação de capital em sociedades, a restituição de capital a sócios, e outras

transferências de moeda, bens e serviços que juridicamente são bilaterais, mas que do ponto de vista econômico são unilaterais, porque uma das partes na transação sofre redução no seu estoque de bens e serviços em benefício da outra. (capítulos 2-28 e 29) “(...).

“Na determinação dos limites que a Constituição fixa para a lei fiscal, ao conceituar os rendimentos tributáveis, igualmente importante é a distinção, exposta no § 2.12 (20) entre (a) pagamento e transferência de renda e (b) transferência de capital. O fluxo de moeda, bens ou serviços conceituado como transferência de capital não ser definido pela lei ordinária como rendimento sujeito à tributação, pois se assim fosse a União não estaria tributando a renda, e sim o próprio capital.’ (capítulos 2-50 a 54)

“3.31. A Fiscalização afirma (ver alíneas (a), (b) e (c) do item 3.8., acima) que sua conclusão acerca da ocorrência de um perdão de dívida decorre da baixa havida no passivo da CEMAR (contabilizada como Prêmio de Emissão das Debêntures), corroborada pelos seguintes fatos: (i) se a Segunda Emissão de Debêntures não ocorresse dentro de um determinado prazo, a CEMAR pagaria a chamada ‘DÍVIDA ATUAL’; (ii) alguns credores teriam afirmado, em determinada assembléia, que a proposta da SVM contemplava um deságio inaceitável; e (iii) no caso de aquisição/recompra das Debêntures pela CEMAR, os documentos ‘desconsideravam o prêmio’ e não faziam ‘qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA’.

“3.32. Nenhuma razão assiste à Fiscalização. Ora, vários são os eventos que podem resultar na eliminação de um passivo de uma pessoa jurídica sem que ocorra o respectivo pagamento, em dinheiro, mas nem todos são tributáveis, como ocorre com o perdão de dívida.

“3.33. Pode o credor, como fez a ELETROBRÁS, converter seu crédito em capital social; nesse caso, ocorre a baixa de uma obrigação antes constante do passivo, mas essa baixa decorre do fato de o crédito ter sido utilizado, por seu titular, como moeda de pagamento do preço de emissão de ações, sendo irrelevante a circunstância de obrigação se converter integralmente em capital social da devedora ou parte em capital e parte em reserva de capital (a correspondente à parcela da contribuição do subscritor que ultrapassar o montante destinado à formação do capital social). Nem por isso, o evento é tributável. Note-se que o valor real das ações recebidas pelo credor cujo crédito é capitalizado costuma ser inferior ao valor nominal de seu crédito, quando se trata de saneamento de empresas, mas nem por isso a baixa da obrigação é tributada.

“3.34. No caso em análise, créditos no valor de R\$237.353.441,00, devidamente contabilizados no passivo da CEMAR, foram utilizados por seus titulares para subscrever e integralizar debêntures emitidas por aquele mesmo valor, embora parte deste valor tenha correspondido a prêmio recebido pela CEMAR na emissão de debêntures.

“3.35. Com efeito, o prêmio pago na emissão de debêntures guarda certa analogia com o ágio na emissão de ações e, por isso, assim como ele, é contabilizado em uma reserva de capital e não se sujeita à tributação (art. 182, § 1º da LSA e art. 442 do RIR). Os credores da CEMAR, titulares dos créditos acima mencionados, substituíram suas debêntures de Primeira Emissão, assim como outros direitos de crédito, pelas debêntures da Segunda Emissão, as quais, além de darem maior segurança aos credores, asseguravam-lhes, dentre outros direitos, sua conversibilidade em ações de emissão da CEMAR. Todos os credores, instituições financeiras totalmente independentes, julgaram apropriado o valor do prêmio cobrado pela CEMAR, ou melhor, pela SVM, no âmbito do processo de reorganização e saneamento financeiro da empresa.

“3.36. Parece ter causado espécie à Fiscalização o fato de créditos dos credores da CEMAR terem sido utilizados como moeda de pagamento do preço de aquisição das debêntures. Suponha-se que a CEMAR houvesse acertado com seus credores que o preço das debêntures da Segunda Emissão seria pago com recursos novos, transferidos a CEMAR por tais credores, a fim de que ela, CEMAR, utilizasse os referidos recursos

na liquidação de seus débitos, inclusive os representados pelas debêntures da Primeira Emissão, pelos correspondentes valores de face.

“3.37. Nesta hipótese, ingressariam na caixa de CEMAR recursos da ordem de R\$237.353.441,00, os quais seriam utilizados para quitar dívidas do mesmo valor. Ou seja, neste caso, ocorreria a eliminação de passivo da CEMAR no montante de R\$237.353.441,00 e o registro de um passivo, correspondente ao valor nominal das debêntures então emitidas, bem como de uma reserva de capital correspondente ao prêmio aceito e pago pelos subscritores das debêntures.

“3.38. Note-se que, tanto para a CEMAR quanto para os credores responsáveis pelo aporte de novos recursos, os efeitos seriam os mesmos; neste caso, porém, não se cogitaria da possibilidade de ter havido um perdão de dívida. O ingresso de novos recursos na CEMAR corresponderia a um pagamento de capital, da qual uma parcela destinar-se-ia à liquidação do prêmio previsto para a emissão das debêntures, não tributável. Entretanto, a única diferença entre as situações confrontadas estaria na moeda de pagamento utilizada pelos subscritores das Debêntures - recursos novos, em vez de seus créditos.

“3.39. Segundo a Fiscalização (item 3.31., ‘i’), sua conclusão no sentido de ter havido um perdão de dívida seria corroborada pelo fato de o Acordo de Debenturistas estabelecer que, se a Segunda Emissão de Debêntures da CEMAR não ocorresse dentro de um determinado prazo, a CEMAR pagaria a chamada ‘DÍVIDA ATUAL’.

“3.40. Como demonstrado acima e confirmado pela Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória no. 181/04, a recuperação da CEMAR e o fim de sua intervenção administrativa dependiam da transferência do controle de CEMAR para um novo grupo econômico e de seu saneamento financeiro.

“3.41. Para viabilizar sua proposta, a SVM teve que negociar com ELETROBRAS, ELETRONORTE e mais de dez instituições financeiras; além disso, os termos finais da negociação com ELETROBRÁS tiveram que ser objeto de autorização legislativa. A renegociação com ELETROBRÁS, ELETRONORTE e credores privados eram interdependentes, isto é, a eficácia de uma estava condicionada à implementação da outra, como claramente previsto nos documentos respectivos. O insucesso de uma negociação implicaria ineficácia de outra. Tanto isso é verdade que se fez constar no Acordo de Associação e Outras Avenças, celebrado em 29.04.2004 por SVM e pela ELETROBRÁS (‘Acordo de Associação’ - DOC. 7) que, repita-se, foi submetido à ANEEL:

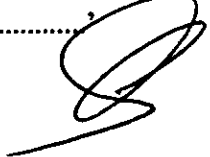
“2.1. A eficácia do presente Acordo e de todas as obrigações dele constantes, bem como da capitalização dos CRÉDITOS A CAPITALIZAR, está subordinada à verificação cumulativa das seguintes condições suspensivas até 30.04.2004 ou qualquer outra data que venha a ser acordada por escrito entre as Partes (‘Data de Fechamento’):

“2.1.1. efetiva transferência à SVM do controle acionário indireto da CEMAR;

“2.1.2. assinatura do Instrumento Particular de Renegociação das Condições de Contratos de Financiamento entre ELETROBRÁS e CEMAR, bem como dos Termos de Ajustes e Obrigações e do Contrato de Constituição de Garantia de Pagamento e Fiel Cumprimento de Obrigações, entre ELETRONORTE e CEMAR, cujas cópias constituem o Anexo 2.1.2. ao presente Acordo;

“2.1.3. assinatura de aditivo ao Acordo de Repactuação de Dívida e Outros Pactos, entre SVM e Concórdia S.A. Corretora de Valores Mobiliários, Câmbio e Commodities (‘Concórdia’) e Fundo CCV Institucional Investidor Financeiro (‘Fundo CCV’) e de aditivo ao Acordo de Subscrição de Debêntures e Outros Pactos, entre SVM e os debenturistas da primeira emissão da CEMAR (exceção feita ao Fibra Steel FIF), o BankBoston Banco Múltiplo S.A., o Dresdner Bank Brasil S.A., o Banco ABC Brasil S.A., e o Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. (doravante designados, em conjunto com Concórdia e Fundo CCV, de ‘Credores Privados’), a fim de adequá-los às condições negociadas neste Acordo;

“(.....).....”



“3.42. Evidenciam, da mesma forma, a interdependência existente entre os acordos, os itens 1.1. a 1.5. do Acordo de Subscrição de Debêntures.

“3.43. O item do Acordo de Subscrição (mencionado em 3.31., ‘i’) que evidenciaria, segundo a Fiscalização, a existência de um perdão de dívida e que a emissão das debêntures teria sido uma farsa é do seguinte teor:

“1.1.2 - Caso a CEMAR não emita as DEBÊNTURES até 16 de setembro de 2004 e as PARTES, no prazo de 90 (noventa) dias contados de tal data, não acordem, sempre de boa fé, e implementem uma estrutura legal para viabilizar o estabelecido neste ACORDO, preservando os direitos e as condições negociais aqui ajustadas, a CEMAR restará obrigada a pagar aos CREDORES a DÍVIDA ATUAL, distribuída entre os CREDORES de acordo com o disposto no Anexo III, devidamente acrescida da variação da taxa média dos financiamentos diários, com lastro em títulos federais, apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (‘Taxa Selic’) de 29 de fevereiro de 2004 até o final do prazo previsto neste item, em contrapartida da quitação e extinção da DÍVIDAS, devendo os BANCOS apresentar para a CEMAR os respectivos termos de quitação total e incondicional das DÍVIDAS e os DEBENTURISTAS transferir as DEBÊNTURES para a CEMAR para o seu cancelamento, nas seguintes condições (.....).’

“3.44. Ora, esse dispositivo apenas revela a inequívoca disposição das partes em fazer valer o compromisso assumido no Acordo de Subscrição, posto que elas se obrigaram, na impossibilidade de serem emitidas as Debêntures da Segunda Emissão dentro de determinado prazo, a negociar, de boa-fé, até encontrar uma solução que fosse capaz de produzir os mesmos efeitos e gerar os mesmos direitos e obrigações contemplados no Acordo de Subscrição de Debêntures.

“3.45. As partes previram, de forma meramente residual, que, na impossibilidade também de se encontrar uma solução alternativa, a CEMAR responderia, tão somente, pela chamada DÍVIDA ATUAL e os credores não teriam, em tal hipótese, a possibilidade futura de converter seus créditos ou títulos em ações de emissão da companhia.

“3.46. O item 1.1.2. do Acordo de Subscrição comprova exatamente o contrário do que sustenta a Fiscalização: se o referido item prevê que pagamento da DÍVIDA ATUAL só ocorra na hipótese de não se encontrar uma solução capaz de produzir os mesmo efeitos do Acordo de Subscrição de Debêntures, é por que esses efeitos e os do pagamento da DÍVIDA ATUAL são distintos.

“3.47. A SVM apresentou projeto para o saneamento financeiro da CEMAR e só estaria disposta a adquirir seu controle caso o projeto fosse aceito pelos credores. O objetivo da cláusula acima referida era o de evitar que, na hipótese de tudo ‘dar errado’, por motivo alheio à vontade das partes, a SVM houvesse adquirido empresa com passivos que não teria condições de pagar.

“3.48. É da mesma forma descabida a alegação da Fiscalização de que evidenciaria o perdão de dívida a declaração de um dos credores da CEMAR, em uma de suas assembléias, de que a proposta da SVM contemplava um deságio inaceitável (item 3.31., ‘ii’, acima). Os prêmios pagos na emissão de debêntures podem perfeitamente ser encarados como um deságio para quem utiliza seu crédito para adquirir o título. A declaração do referido credor, nas circunstâncias acima, é absolutamente irrelevante para o deslinde deste caso.

“3.49. Finalmente, no que se refere ao último dos argumentos referidos no item 3.31.(‘iii’), sustenta a Fiscalização que o fato de o Acordo de Subscrição de Debêntures, contemplar a possibilidade de aquisição/recompra das Debêntures pela CEMAR, ‘desconsiderando o prêmio’ e sem fazer ‘qualquer menção a restituição do prêmio pago pelos debenturistas/credores da EMISSORA’, serviria para corroborar a conclusão de que um perdão de dívida teria sido concedido.

“3.50. O prêmio pago pelo subscritor na emissão de debêntures não representa uma dívida da pessoa jurídica que emite o título, mas sim um valor adicional devido pelo

subscritor em troca de determinados direitos; assim, não seria mesmo de se esperar que a CEMAR pagasse por debêntures eventualmente existentes no mercado valor superior ao do débito que elas representassem. Como observa, JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA:

“10.3.1. Tipo da Debênture

“A emissão da debênture não terá que se fazer necessariamente pelo valor nominal, tanto que se admite a fixação de um ágio ou de um deságio, que se acrescerá ou subtrairá ao valor declarado do título.

“Trata-se do tipo das debêntures, que, segundo o art. 59, inciso VIII, deverá ser definido como uma das condições da emissão.

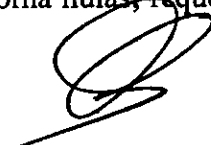
“As debêntures, portanto, poderão ser emitidas ‘ao par’, isto é, sem ágio ou deságio, hipótese em que o valor nominal e o preço de emissão guardarão equivalência, ou com um ágio, que trará um ganho extra à companhia, tanto que juros e correção monetária incidem sobre o valor nominal, ou com um deságio, verdadeiro desconto, que, com efeito eleva a remuneração real do título.” (grifou-se) (Tavares Borba, José Edwaldo, in Das Debêntures, Ed. Renovar, 2005, pág. 34)

“3.51. A aquisição, pela CEMAR, de debêntures por valor superior ao da obrigação por ela representada frustraria os objetivos de sua reestruturação e poderia representar um favorecimento indevido a quem estivesse alienando as debêntures; essa cláusula, portanto, deve ser encarada como mero mecanismo de proteção aos credores da CEMAR. Note-se que a valorização das ações de CEMAR poderia até justificar a negociação das debêntures por valor superior ao seu valor de face; isso ocorreria na medida em que o valor real das ações da CEMAR, nas quais as debêntures poderiam se converter, excedesse o valor de face da debênture (o que, acrescente-se, é mais um argumento a demonstrar a improcedência da alegação de perdão de dívida). Nesse caso, o debenturista poderia ceder seu título no mercado secundário por preço superior a seu valor de face, mas CEMAR não poderia ser a adquirente do título. Para a CEMAR, as debêntures valeriam apenas o débito por elas representado, na medida em que a CEMAR não poderia converter as debêntures em ações representativas de seu próprio capital.

“3.52. Desta forma, e por todo o exposto, é inadmissível pretender-se tratar e tributar como perdão de dívida o recebimento de prêmio fixado pela CEMAR na sua Segunda Emissão de Debêntures. Trata-se de Prêmio relativo a debêntures emitidas no âmbito de um complexo processo de saneamento financeiro da companhia, aceito por diferentes instituições financeiras, submetido e aprovado pela ANEEL, em vista do interesse público envolvido, e não se justifica que seja objeto de questionamento pela Fiscalização pelo simples fato de a moeda de pagamento utilizada pelos subscritores das referidas debêntures corresponder a créditos por eles detidos contra a CEMAR. A prevalecer tal entendimento, estar-se-ia negando vigência e eficácia ao artigo 182 da LSA, assim como ao artigo 442 do RIR e tributando-se como rendimento o que, na verdade, constitui pagamento/transferência de capital.

“(…)”

Em seguida, a Impugnante passa a contestar outros aspectos dos lançamentos, tais como a inobservância da exclusão do PIS e da COFINS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, contrariando o que dispõe o artigo 187, § 1º, alínea “a”, da Lei nº 6.404, de 1976, e a alegada ilegitimidade da cobrança das multas isoladas, por revogação do dispositivo legal que as fundamentava, o que as torna nulas; requer, ainda, que seja declarada a sua improcedência,



por haverem sido exigidas cumulativamente com as multas proporcionais decorrentes dos mesmos fatos, configurando o "*bis in idem*", de acordo com a jurisprudência citada.

Já com relação às exigências reflexas da Contribuição para o PIS e da COFINS, alega a defesa que, ainda que venha a subsistir a equivocada conclusão do Fisco de que a emissão de debêntures tenha servido para dissimular um suposto perdão de dívidas, este fato, por seu aspecto incondicional (sem contrapartida), não configura fato gerador das aludidas contribuições, posto que não caracterizam receita da pessoa jurídica beneficiária, a qual deve registrá-lo diretamente em conta do patrimônio líquido, não transitando por resultado.

A Impugnante desenvolve a sua tese ilustrando-a com textos doutrinários e conclui que o perdão incondicional de dívidas possui natureza jurídica equivalente à da doação, não só por não ser contrapartida de desempenho de uma atividade empresarial pelo devedor, mas, também, por não gerar para este o direito de perceber uma remuneração, o que não implica no reconhecimento de uma receita.

Ainda que assim não fosse, constituiria ela uma receita financeira (no mínimo, no que concerne à parcela dos juros "*perdoados*"), para a qual incide a alíquota *zero*, no que respeita ao PIS e à COFINS, nos termos do Decreto nº 5.164, de 20/07/2004, devendo se ressaltar que os pretensos fatos geradores - segunda emissão de debêntures, pela companhia - ocorreram em 02/09/2004.

Por fim, alegando que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a ilegalidade e a inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC como juros moratórios de débitos de natureza tributária, pede o afastamento de sua aplicação no caso vertente.

Levado a julgamento a 4ª Turma da DRJ em Fortaleza decidiu pela procedência parcial do lançamento, mantendo o item II da autuação e afastando item I e seus conseqüentes como a multa isolada e as contribuições – CSLL, PIS e COFINS, tendo ementado o Acórdão 08-13.001 de 28.02.08 da seguinte forma:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - IRPJ. OMISSÃO DE RECEITA. PERDÃO DE DÍVIDAS. PRÊMIO NA SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO. ATO DISSIMULADO. Não restando comprovada a dissimulação do ato negocial inquinado no procedimento fiscal, é de se reconhecer os seus efeitos jurídicos. Tendo sido emitidas as debêntures subscritas com prêmio, é legítima a baixa dos débitos da companhia relacionados com os recursos aplicados na sua integralização por parte de

seus credores. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de prêmio na emissão de debêntures.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP, CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL). Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

De sua decisão recorre a este Conselho Administrativos de Recursos Fiscais.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script that is difficult to decipher. It appears to be a personal or official signature.

Voto

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator.

Considerando que a exoneração superou o valor de R\$ 1.000.000,00 o recurso deve ser conhecido e analisado.

Trata os autos de recurso de ofício apresentado pela 4ª Turma da DRJ em Fortaleza –CE.

Analisando os autos verifico que a parte relativa ao recurso de ofício diz respeito somente ao item I do auto de infração: ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL. (FL. 10).

Entendeu a fiscalização que o valor da baixa de obrigações contabilizadas no Passivo decorrente do recebimento do perdão de dívidas contraídas junto a instituições financeiras e debenturistas, configuraram omissão de receitas.

Entendeu a fiscalização que a Emissão Pública de Debêntures, resultante do ACORDO DE SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES E OUTROS PACTOS, apresentado pela empresa, para infirmar a acusação de perdão de dívidas, com o argumento de que houvera apenas substituição de debêntures e outros títulos por novas debêntures, com prêmio, para aqueles acionistas que não aceitaram transformar os valores de seus créditos junto à CEMAR em capital, não elide a configuração do perdão da dívida.

Temos duas posições conflitantes que foram objeto do estabelecimento da lide.

A posição da fiscalização de que ao haver uma redução das dívidas dos antigos credores, ocorreu um perdão da diferença entre a dívida original antiga escriturada no passivo R\$ 237.353.441,00 e o valor da dívida atual no valor de R\$ 73.642.000,00 resultando num valor tributável de R\$ 177.73.642.000,00, resultante do acréscimo patrimonial via perdão de dívidas para a CEMAR.

Por outro lado sustenta a recorrente que houve uma reestruturação financeira da CEMAR, exigida pela empresa que seria a nova sócia majoritária, culminando em três posições diferentes de credores, uma parte não concordou com as opções apresentadas, outra parte concordou em transformar os créditos em ações e uma última parte dos credores, concordou em receber debêntures com valor nominal de R\$ 1.000,00 pagando um prêmio de R\$ 2.223,0717.



NORMA HIPOTÉTICA E FATO CONCRETO.

O legislador estabelece a norma hipotética de incidência, sempre que no mundo fenomênico ocorrer o fato descrito na norma há a incidência tributária.

O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

Assim sempre que ocorrer renda, ou acréscimos no patrimônio pré-existente, há a incidência do tributo.

Não é o fato produzido de forma escritural que se subsume à norma mas o fato real, ou seja aquele aconteceu no mundo fenomênico e não aquele as partes elegem para traduzir em linguagem.

Temos o exemplo clássico de uma compra e venda de determinado bem, como exemplo um imóvel. As partes visando evitar o imposto sobre o ganho de capital na alienação, abrem uma empresa com contrato devidamente registrado nos órgãos competentes, o comprador entra com o dinheiro o vendedor com o imóvel, ato continuo em dias ou meses elaboram distrato e, na divisão do patrimônio da empresa, o vendedor recebe o valor integralizado pelo comprador e o comprador recebe o imóvel.

No exemplo embora todos os atos possam ser legais, contrato, distrato, etc e de fato a empresa foi constituída e encerrada, o fato ocorrido no mundo fenomênico pode ter sido a compra e venda.

O mesmo fato pode indicar que na realidade houve uma integralização e no distrato cada parte ficou com os mesmos ativos sem que isso implique em compra e venda, por exemplo se lapso grande de tempo passou entre o contrato e distrato, se a empresa efetivamente funcionou, ou seja cada caso deve ser investigado para se identificar o verdadeiro fato concreto ocorrido.

Em qualquer hipótese a prova de que houve um fato e não outro é da fiscalização, bem como a prova quanto à intenção de simulação, ou seja traduzir em linguagem um fato distinto do ocorrido com o objetivo de evitar a tributação, pois caso comprovado a multa deve ser qualificada nos termos do artigo 71 da Lei 4.502/64.

Feitas essas considerações passemos a analisar a legislação relativa à debêntures.

Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976

CAPÍTULO V - Debêntures

Características

Art. 52. A companhia poderá emitir debêntures que conferirão aos seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado.

Exposição de motivos da Lei 6.404/76

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 196, DE 24 DE JUNHO DE 1976, DO
MINISTÉRIO DA FAZENDA**

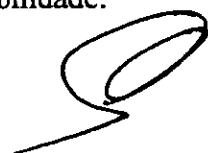
Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Tenho a honra de encaminhar, em anexo, o Projeto de Lei das Sociedades por Ações, elaborado com base nas diretrizes fixadas na Exposição de Motivos CDE n.º 14 de 25 de junho de 1974, aprovada por Vossa Excelência.

2. O trabalho, antes de alcançar a forma atual, foi submetido a amplo exame pelas instituições de classe, estudiosos da matéria e público em geral, tendo sido objeto de debate pelos interessados, por um período de mais de um ano. Daí resultou a revisão e o aperfeiçoamento do texto original, no qual foram introduzidas algumas modificações, visando ao atendimento de observações procedentes.

3. Muito embora a matéria tenha logrado razoável grau de esclarecimento público no curso dos debates, julgo oportuno fazer referência especial a alguns tópicos que me parecem relevantes, e que, juntamente com as diretrizes fixadas na E.M. CDE n.º 14, concorrem para o melhor atendimento dos objetivos da lei ora proposta.

4. O Projeto visa basicamente a **criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País**, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira. A mobilização da poupança popular e o seu encaminhamento voluntário para o setor empresarial exigem, contudo, o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade.



5. Com o objetivo anteriormente definido - que, afinal, constitui a base institucional das Sociedades Anônimas - o Projeto busca elaborar um sistema baseado nos seguintes princípios:

a) **ampla liberdade para o empresário escolher os valores mobiliários que melhor se adaptem ao tipo de empreendimento e às condições do mercado, num grande espectro de alternativas que vai da disciplina das novas ações, com ou sem valor nominal, à criação das várias espécies de debêntures, bônus de subscrição e partes beneficiárias (estas conservadas, porém com limitações);**

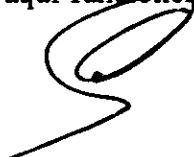
b) a essa liberdade devem corresponder regras estritas de responsabilidade dos administradores, de direito e de fato (o acionista controlador);

c) a modernização da estrutura jurídica da grande empresa não pode ser imposta inopinadamente, mas exige um período mais ou menos longo para ser absorvida por empresários, pelo mercado e pelos investidores; daí o Projeto ter adotado, sempre que possível, a forma de opções abertas à empresa, que as adotará se e quando julgar conveniente (títulos novos, formas de administração, grupamentos de empresas e outros), não obstante as normas de proteção ao minoritário se revestirem de caráter cogente (comportamento e responsabilidade dos administradores, informações ao público, direitos intangíveis dos acionistas e outras);

d) para facilitar a compreensão da nova lei, foi mantida, em sua estrutura básica, a ordem das matérias observada pelo vigente Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940, e, sempre que possível, a redação por este adotada;

e) a pequena e média empresas, que revestem a forma de sociedades anônimas fechadas, podem, em sua estrutura fundamental, continuar a funcionar como existem, sob o império da lei vigente; mais ainda, buscou-se dar-lhes maior flexibilidade (adoção de espécies de ações ordinárias, facilidades nas publicações a serem feitas em resumo, etc.) e, correlatamente, instrumentá-las para servirem de suporte adequado para a formação de empreendimentos comuns (**joint ventures**);

f) atento ao fato básico de que as instituições mercantis - sobretudo na escala que a economia moderna lhes impõe - revestem-se de crescente importância social, com maiores deveres para com a comunidade em que vivem e da qual vivem, o Projeto introduziu o fato novo do dever de lealdade dessas instituições, imposto como norma de comportamento a controladores e administradores, para com o país; nesse dever estão igualadas empresas nacionais ou estrangeiras que aqui funcionem, de forma a construir o embasamento legal para



um Código de Ética da grande empresa, nacional ou multinacional, o qual tende a constituir-se em imperativo da ciência universal;

g) os institutos novos para a prática brasileira - grupamento de sociedades, oferta pública de aquisição de controle, cisão de companhias e outros - estão disciplinados de forma mais simplificada para facilitar sua adoção, e no pressuposto de que venham a ser corrigidos se a prática indicar essa conveniência; as leis mercantis, sobretudo numa realidade em transformação, como é a do mundo moderno e especialmente a do Brasil, não podem pretender a perenidade, têm necessariamente vida curta, e o legislador deverá estar atento a essa circunstância para não impedir o seu aperfeiçoamento, nem deixar em vigor as partes legislativas ressecadas pelo desuso.

6. Estas, Senhor Presidente, as linhas mestras e os objetivos principais que inspiraram o anexo Projeto de Lei, que, caso venha a obter a concordância de Vossa Excelência e a aprovação do Congresso Nacional, poderá constituir-se em instrumento essencial para a criação e o fortalecimento da empresa privada nacional.

Valho-me do ensejo para renovar a Vossa Excelência meus protestos de profundo respeito – **Mário Henrique Simonsen**, Ministro da Fazenda.

Capítulo V

DEBÊNTURES

O Projeto reformula inteiramente o instituto da debênture, até hoje regulado pelo Decreto nº 177-A, de 15.9.1893, expedido em reação ao encilhamento de 1891, e cuja rigidez contribuiu para a pouca utilização, entre nós, dessa **modalidade de valor mobiliário como instrumento de financiamento da companhia mediante empréstimos distribuídos no mercado de capitais.**

Como vimos pela legislação transcrita e combinada com a exposição de motivo que a acompanhou, a debênture é um título de crédito emitido pelas sociedades anônimas como **instrumento de financiamento** da mesma através de empréstimos distribuídos no mercado de capitais.

O Desembargador Dr. Arnaldo Rizzardo, na obra Títulos de Créditos, Editora Forense, páginas 325/326, assim leciona:

“As debêntures, instituídas originariamente pelo Decreto nº 177-A, de 15.09.1893, e atualmente regulada pelos artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15.12.1.976 (Lei das Sociedades Anônimas), são títulos de créditos representativos de empréstimos que as sociedades comerciais contraem ~~junto~~ ao público, conferindo aos seus titulares direito de

crédito contra elas. Para: Theophilo de Azeredo Santos, **as debêntures são uma espécie do gênero de empréstimo...**

Trata-se de uma forma das sociedades comerciais conseguirem perante os investidores em geral, à semelhança do que ocorre com o Poder Público, que **lança títulos ao mercado para angariar fundos ou capital para determinadas finalidades.....**

Rubens Requião explica a finalidade das debêntures: “A fim de evitar os inconvenientes de pequenos e constantes financiamentos a curto prazo e a altos juros, no mercado financeiro, **as sociedades por ações têm a faculdade exclusiva de obter empréstimos**, tomados ao público a longo prazo e a juros mais compensadores, inclusive com correção monetária, mediante resgate a prazo fixo ou em sorteios periódicos.

Salienta Fran Martins: **“O principal direito dos debenturistas é a percepção de juros da sociedade, podendo esses ser fixos ou variáveis.”**”

A BOVESPA traz em seu guia de debêntures encontrado no “SITIO” da entidade o seguinte:

1.1- “Breve Histórico

Debêntures são títulos de dívida de médio e longo prazo emitidos por sociedades por ações, que conferem ao debenturista (detentor do título) um direito de crédito contra a emissora. No Brasil as debêntures constituem **uma das formas mais antigas de captação de recursos por meio de títulos**. A origem de sua regulamentação remonta à época do Império (Lei nº 3.150 e o Decreto nº 8.821, ambos de 1.882).

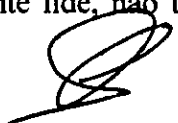
2.1 – Captação de Recursos para Investimentos

As empresas defrontam-se permanentemente com as questões relativas ao financiamento de seus investimentos. **A captação de recursos por meio do lançamento de debêntures é uma alternativa aos financiamentos bancários**, abrindo para a companhia um amplo espectro de investidores potenciais, tanto no Brasil quanto no exterior, destacando-se os investidores institucionais.”

Assim podemos concluir que a debênture tem como único objetivo a captação de recursos para as empresas organizadas na forma da Lei 6.404/76, ou sejam as sociedades anônimas.

Não tem a debênture a finalidade de reestruturação de passivos da empresa, mas de captação de recursos novos com objetivos pré-determinados.

Os negócios realizados dentro da chamada reestruturação financeira da CEMAR, na parte relativa à presente lide, não trouxe nenhum recurso novo para a empresa



para que pudesse ser caracterizado dentro da legislação e da doutrina relativa ao título de crédito denominado debênture.

O fato real, ou seja aquele ocorrido no mundo fenomênico, ainda que as partes tenham denominado de “prêmio na emissão de debêntures”, foi na realidade um perdão de dívidas no valor correspondente à diferença entre a dívida pré-existente e a chamada dívida atual, ou seja o valor nominal das debêntures contido na Segunda Emissão Pública de Debêntures, fls. 251 a 277.

Chama a atenção no referido contrato o fato de que embora esteja escrito que a emissão seja pública, de acordo com as 3.6.2 combinada com a 4.33, somente os credores relacionados e detentores de debêntures adquiridas através da Escritura Particular de Emissão de Debêntures Não Conversíveis e com Garantias Flutuantes de Primeira Emissão da Cia Energética do Maranhão 'CEMAR.

O fato então que tem efeitos tributários pois é o fato real é o perdão de dívidas, sem que isso possa implicar em que a operação feita, embora atípica possa ser qualificada de ilegal do ponto de vista da legislação comercial ou financeira.

Como perdão de dívidas, houve um acréscimo patrimonial que beneficiou a empresa, houve uma transferência de patrimônio dos credores à companhia, sendo portanto tributável pelo imposto de renda na forma da legislação já transcrita.

A impugnante tenta justificar o “prêmio”, no fato de que as novas debêntures seriam conversíveis em ações da CEMAR, e ao mesmo tempo diz que foi feita proposta alternativa de transformar a dívida em ações que foi recusada pelos credores da segunda emissão de debêntures.

O argumento aparenta contraditório pois como poderia determinados credores recusarem a transformação do total de seus créditos em ações, e ao mesmo tempo renunciarem a parte da dívida em virtude de possibilidade de conversão em ações das debêntures no futuro? O mais lógico, racional seria a transformação de imediato em ações, ou continuar com o total dos créditos, sem abatimento.

O prêmio na emissão de debênture, se equivale a um ágio na compra do título por valor superior ao seu valor escritural, que ocorre normalmente quando a companhia se mostra lucrativa, podendo não só arcar com o ônus dos juros mas com a possibilidade de transformação daqueles títulos de créditos em ações. O pagamento de **prêmio** ou **ágio**, na **aquisição de debêntures de companhias em dificuldades financeiras ou pré-falimentares,**



não é usual nem normal e depõe contra a racionalidade e a administração responsável de qualquer patrimônio.

A legislação invocada pela impugnante, artigo 182 § 1º, letra “c”, da Lei 6.404/76, somente seria aplicável ao caso concreto se, o fato real ocorrido no mundo fenomênico fosse o “prêmio recebido na emissão de debênture”, porém como ficou demonstrado o fato real foi o perdão de dívidas como bem demonstrado pela autoridade lançadora.

Não houve a entrada de recursos novos na empresa, mas a transformação de uma dívida pré-existente em patrimônio da empresa no valor correspondente ao perdão de dívidas ocorrido.

E nem se diga que a concordância das partes envolvidas em denominar o perdão de “prêmio” possa modificar o fato real ocorrido, pois a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

A argumentação de que poderia pagar a dívida e emitir novas debêntures com prêmio também não procede pois seria também ilógico irracional e talvez até impossível que a empresa em situação pré-falimentar como afirma a própria impugnante, pudesse pagar determinada dívida e que os mesmos credores logo em seguida aceitassem pagar prêmio na emissão de suas debêntures.

Argumenta o impugnante que para que os AUTOS se justificassem, seria necessário que os atos de emissão de debêntures dissimulassem negócio diverso (perdão de dívida).

Como já demonstramos não é necessário que os atos jurídicos praticados sejam ilegais perante o direito societário ou financeiro para que também sejam ilegais na esfera tributária.

Para acusar alguém de ter praticado atos para modificar as características do fato gerador do tributo com o objetivo de fugir da tributação é necessário que o acusador, no caso o fisco prove a intenção dos agentes, pois equívocos na interpretação da legislação podem ocorrer, e o contribuinte entender ter ocorrido determinado fato quando para efeitos tributários seria outra a denominação, ou tratar determinado fato ocorrido no mundo fenomênico de forma que lhe pareça mais favorável quando entende não estar infringido a legislação tributária.



Assim podem as partes ter tratado o fato real “perdão de dívidas” como “premio na emissão de debêntures”, sem a intenção de fugir da tributação, na dúvida quanto ao dolo não há como aplicar o artigo 71 da Lei 4.502/64 e qualificar a multa.

Assim entendo correta a posição da fiscalização que aplicou a multa básica para lançamento de ofício no percentual de 75%.

Cabe registrar que embora a empresa diga ter havido uma proposta de reestruturação de dívidas da CEMAR apresentada pela SVM Participações e Empreendimentos Ltda, tal documento não foi apresentado aos auditores conforme relata a fiscalização na folha 47 e documento apresentado pela empresa folha 1.99.

A fiscalização não acusou a empresa de dissimulação, mas de ter dado tratamento a um fato jurídico tributável como não tributável, sem nenhuma acusação de sonegação, fraude ou conluio, nos termos dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Ressalto ainda que o fato de órgãos governamentais como a ANEEL, ter concordado com a reestruturação não implica em considerar um fato tributável como não tributável, pois a incidência deve ser analisada diante do verdadeiro fato ocorrido e não aquele traduzido em linguagem pelas partes.

Bom lembrar que em diversos casos o Conselho afasta autuações quando o lançamento descreve fato distinto do ocorrido no mundo fenomênico, dentro da tese aqui esposada. A mesma tese deve ser empregada no caso do contribuinte seja por equívoco, seja por intenção, traduza em linguagem fato distinto daquele ocorrido no mundo fenomênico.

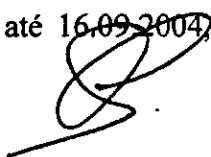
Analisando os autos verifico o seguinte no Termo de Encerramento de Ação Fiscal.

1. item 2 (fls. 43): “A ação fiscal teve como origem representação fiscal originária da Deinf/SPO e consubstanciada através do processo nº, que por força de Ação Fiscal no Unibanco S/A constatou lançamentos de valores expressivos a título de perdas em contratos financeiros mantidos com o contribuinte aqui autuado, ...

2. a eventual ausência de emissão de debêntures (até 16.09.2004) faria com que a contribuinte pagasse a DÍVIDA ATUAL, qual seja, R\$ 73.642.000,00.

Fundos Concórdia e Concórdia S/A rejeitaram a proposta sob a alegação de que sua aceitação implicaria em um deságio inaceitável;

3. subitem 1.4.2 da Cláusula Primeira do ACORDO DE SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES E OUTROS PACTOS, estabelece que caso o debenturista das novas debêntures a serem lançadas em até 16.09.2004, queira vendê-las, a CEMAR se obriga a



comprá-las pelo valor nominal, ou seja, R\$ 1.000,00 – DESCONSIDERANDO, POIS, O PRÊMIO PAGO;

4. subitem 4.15 da ESCRITURA DA SEGUNDA EMISSÃO PÚBLICA DE DEBÊNTURES: estabelece textualmente que a emissora poderá a qualquer tempo adquirir no mercado debêntures em circulação por preço não superior ao saldo do valor nominal (R\$ 1.000,00), não havendo qualquer menção ao prêmio pago;

- apesar de intimada, a contribuinte não apresentou a PROPOSTA DE REESTRUTURAÇÃO DE DÍVIDAS.

O fato dos debenturistas terem ou não se utilizado do valor tido na CEMAR como “prêmio”, como perda em investimentos apenas reforça a tese de que o que ocorreu foi perdão de dívida.

DA INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS.

Antes de adentrarmos às argumentações de dedução do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e CSLL, verifiquemos se o acréscimo patrimonial que impactou no lucro enquadra-se dentro da regra matriz de incidência das referidas contribuições.

INCIDÊNCIA DO PIS.

TRANSCREVAMOS A LEGISLAÇÃO.

Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002

CAPÍTULO I DA COBRANÇA NÃO-CUMULATIVA DO PIS E DO PASEP

Art. 1º A contribuição para o PIS/PASEP tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP é o valor do faturamento, conforme definido no 'caput'.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (Vetado)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;



IV - de venda de álcool para fins carburantes;

{Inciso IV com redação dada pela Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004.}

{*0413051540* Duplo clique aqui para ver as antigas redações.}

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI - não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado.

O perdão de dívida ainda que represente um acréscimo patrimonial impactante no lucro da empresa, não representa receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

O acréscimo patrimonial ocorrido através do perdão da dívida não representou ingresso de novas receitas visto que os valores constantes do passivo objeto de redução tiveram origem em empréstimos cujos valores já haviam ingressado na empresa, não podendo portanto ser equiparados a faturamento ou receita operacional, pois a atividade própria do setor financeiro não faz parte das atividades previstas no estatuto para a empresa autuada.

Assim, por entender que o perdão de dívida não é receita ou faturamento, mantenho o afastamento pela 1ª Instância, não por decorrência mas pelas razões aqui expostas.

INCIDÊNCIA DA COFINS.

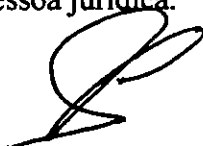
TRANSCREVAMOS A LEGISLAÇÃO.

Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003

CAPÍTULO I - DA COBRANÇA NÃO-CUMULATIVA DA COFINS

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.



§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no 'caput'.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota O (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - de venda de álcool para fins carburantes;

{Inciso IV com redação dada pela Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004.}

{*0413053609* Duplo clique aqui para ver as antigas redações.}

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

Considerando a coincidência das normas hipotéticas de incidência as considerações feitas para o PIS são igualmente válidas para a COFINS.

Mantenho afastada a incidência da COFINS, não por decorrência como no acórdão recorrido mas pelas razões expostas neste voto em relação ao PIS, combinadas com o texto da norma de incidência relativa à COFINS.

MULTA ISOLADA.

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

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

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



II - de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

{Art. 44, 'caput', § 1º e § 2º, com redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007.}

{*0730012521* Duplo clique aqui para ver as antigas redações.}

REDAÇÃO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS GERADORES – 2.004 E 2005.

Antigas Redações - Alterações do ano de 2006

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

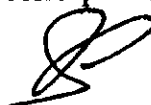
II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;



Analisando os autos verifica-se que a fiscalização lançou a multa proporcional, prevista no artigo 44 inciso I da Lei nº 9.430/96, bem como a multa isolada prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96 com a alteração procedida pela MP nº 351/2007.

A penalidade aplicada de cinquenta por cento sobre o valor mensal, não existia na época dos fatos geradores, a que existia era a de setenta e cinco por cento sobre a **totalidade ou diferença de tributo ou contribuição**.

A fiscalização deve ter entendido pela aplicação do artigo 106-II “c” do CTN – Lei 5.172/66, retroatividade benigna no caso de penalidade, porém no caso em tela como a nova legislação modificou a base de cálculo da multa de: **“totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”** para **“valor do pagamento mensal”**, expressamente o legislador revogou a base de cálculo anterior, sendo portanto inaplicável de forma retroativa.

Mas não é só isso a jurisprudência até a modificação da referida base de cálculo foi uníssona quanto a ela, não havia dúvida quanto a isso, havia sim divergência quanto à aplicabilidade nos casos de prejuízos mas não em relação à verdadeira base de cálculo que seria, a definida pela legislação ou seja a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição.

No caso em tela a retroatividade não beneficia o contribuinte, pelo contrário prejudica pois a jurisprudência administrativa também sempre foi no sentido da impossibilidade de dupla penalidade sobre a mesma base, ou seja sobre a totalidade ou diferença de tributo, sem previsão legal para dupla penalidade sobre o mesmo fato. A nova legislação como vimos modificou a base para resolver a questão, logo aplicá-la de forma retroativa em nada beneficia o contribuinte sendo portanto inaplicável o artigo 106-II “c” do CTN.

A jurisprudência administrativa é pacífica quanto à inaplicabilidade de multa de ofício vinculada ao crédito lançado e multa isolada sobre a mesma base, conforme acórdãos cujas ementas abaixo transcrevemos.



Número do Recurso:105-141104

Turma:PRIMEIRA TURMA

Número do Processo:10865.000836/2001-87

Tipo do Recurso:RECURSO DO PROCURADOR

**Matéria:CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO
LÍQUIDO**

Recorrente:FAZENDA NACIONAL

Interessado(a):MARTENKIL INDÚSTRIA DE PAPEL LTDA.

Data da Sessão:03/12/2007 15:30:00

Relator(a):Carlos Alberto Gonçalves Nunes

Acórdão:CSRF/01-05.758

Decisão:NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão:Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso e Luciano de Oliveira Valença que deram provimento ao recurso. Ausente momentaneamente o Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima.

Ementa:CONCOMITÂNCIA DA MULTA ISOLADA COM A DEVIDA POR FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO – Descabe a concomitância da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa de que trata o art. 2º da Lei nº 9.430/96 com a multa proporcional ao imposto devido decorrente de omissão de receitas, tendo ambas as multas se baseado nos valores desviados da escrituração, sob pena de aplicar-se dupla penalidade sobre uma mesma infração.

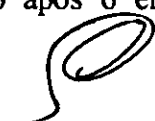
Recurso especial negado.

Sessão de : 17 de março de 2005

Acórdão nº : 103-21.895

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA. A multa isolada de que trata o art. 44, IV, da Lei 9.430/96 será aplicada pela falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre base de cálculo mensal estimada. No entanto, não pode ser imposta cumulativamente com a multa de lançamento de ofício prevista no art. 44, I, da citada lei, sobre a mesma base de cálculo apurada em procedimento fiscal.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. PREJUÍZO. A multa isolada por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre base de cálculo mensal estimada não pode ser imposta na hipótese de o contribuinte ter declarado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL ao final do período anual de apuração, quanto a autuação levada a efeito após o encerramento do ano-calendário de



referência. Igual entendimento é aplicável quando inexistir saldo de IRPJ e CSLL a pagar declarado pelo contribuinte. Eventuais diferenças de IRPJ ou CSLL apuradas pela fiscalização devem ser exigidas unicamente com aplicação da multa prevista na Lei 9.430/96, art. 44, I e II.

Pelas razões expendidas afasto as multas isoladas aplicada, não pela decorrência como fez a decisão recorrida mas em virtude da impossibilidade de aplicação de dupla penalidade sobre a mesma base.

JUROS TAXA SELIC.

A matéria foi objeto da Súmula nº 4 do 1º CC, verbis:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Quanto a argumentação de que o STJ no RE 215.881, reconheceu a ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência dos juros pela taxa SELIC, cabe ressaltar que além de vincular somente as partes demandantes, não pode este Conselho também afastar a aplicação de lei sob o argumento de que seja inconstitucional conforme Súmula nº 2 do 1º CC:

Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Concluindo, conheço do recurso de ofício apresentado e no mérito dou-lhe provimento parcial para considerar válidas as exigências de IRPJ e CSLL nos termos e valores constantes dos autos de infrações, mantendo afastados: PIS/CONFINS e MULTAS ISOLADAS.

Sala das Sessões Brasília - DF, em 13 de maio de 2009.


JOSÉ CLOVIS ALVES