



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.721414/2018-71
Recurso Voluntário
Resolução nº 1302-001.186 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2023
Assunto LANÇAMENTO
Recorrente CALAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Marcelo Oliveira, Savio Salomão de Almeida Nobrega, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários (RV), fls. 02153/02326, 02389/02442 e 02499/02555¹, interpostos contra decisão de primeira instância, proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, fls. 02069/02117, que julgou a impugnação procedente em parte, nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

¹ Nuneração conforme arquivo pdf.

Fl. 2 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO TERMO DE RESPONSABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não há nulidade nos autos de infração e nos termos de responsabilidade quando a autoridade fiscal demonstra de forma suficiente os motivos pelos quais foram efetuados os lançamentos e atribuídas as responsabilidades tributárias solidárias, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

DEBÊNTURES. SIMULAÇÃO.

São simuladas as operações com debêntures realizadas entre a empresa e seus sócios-administradores em condições desproporcionais e desfavoráveis à emitente dos títulos - porque realizadas fora do ambiente de mercado -, dissociadas de realidade negocial efetiva e levadas a efeito em condições anormais, não usuais e desnecessárias, com o objetivo de eliminar a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.

DESPESAS OPERACIONAIS. DEDUTIBILIDADE. CONDIÇÕES.

A qualificação das despesas da pessoa jurídica como dedutíveis na determinação do lucro real está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam o conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições objetivas para sua dedutibilidade.

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. GLOSA.

As despesas desnecessárias, constituídas por mera liberalidade, configuram-se indedutíveis para o IRPJ e para a CSLL.

DESPESAS COM PARTICIPAÇÃO DE DEBÊNTURES DESTINADAS A SÓCIOS-ADMINISTRADORES. ADIÇÃO AO LUCRO LÍQUIDO.

As despesas com remuneração de participações de debêntures destinadas a sócios-administradores devem ser adicionadas à base de cálculo do IRPJ, mas não à da CSLL.

MULTA DE OFÍCIO. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício qualificada deve ser aplicada quando constatada prática fraudulenta para redução de tributos e contribuições que seriam devidos.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO.

Os juros de mora incidentes sobre as multas de ofício não devem ser apreciados no âmbito do processo administrativo-fiscal porque não são constituídos pelo lançamento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE SÓCIO ADMINISTRADOR. PRÁTICA DE ATOS COM INFRAÇÃO À LEI.

O sócio administrador é pessoalmente responsável pelos atos com infração à lei que pratica ou que tolera quando deveria evitar, em razão do exercício do poder de gestão.

MULTA ISOLADA.

A multa de 50%, aplicada isoladamente, incide sobre as estimativas mensais devidas e não recolhidas, quando o contribuinte é tributado pelo lucro real anual, ainda que apresente prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL no ano-calendário correspondente.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Fl. 3 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

A decisão de mérito prolatada para o IRPJ constitui prejulgado na decisão de auto de infração decorrente, na medida em que a exigência reflexa tem por base os mesmos fatos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, não conhecer da questão relacionada à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, afastar as preliminares e julgar parcialmente procedente a impugnação, acolhendo exclusivamente as ponderações concernentes à infração da CSLL relativa a participações não dedutíveis, mas mantendo a totalidade do crédito tributário, bem como a responsabilidade tributária atribuída.

Para esclarecimento, a autuação trata de exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (**IRPJ**) e sua multa exigida isoladamente, fls. 01299 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (**CSLL**) e sua multa exigida isoladamente, fls. 01328, relativos a fatos geradores ocorridos nos anos calendários 2013, 2014 e 2015.

A sistemática de apuração dos tributos foi pelo regime do Lucro Real e nos valores já estão incluídos juros de mora e multa de ofício, qualificada, calculados até a data de elaboração do lançamento.

Cabe registro que além da Calamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. (**Calamo**) estão incluídas como responsáveis solidárias as seguintes pessoas:

1. Miguel Gellert Krigsner (**Miguel**), fls. 01330; e
2. Artur Noemio Grynbaum (**Artur**), fls. 01332.

Em síntese, os créditos foram lançados devido à inadimplência tributária com as seguintes justificativas:

Despesas financeiras não necessárias, decorrente de pagamento à debenturistas de participações nos lucros de períodos anteriores a emissão das debêntures, apuradas conforme Termo de Verificação Fiscal; e

Despesas indedutíveis decorrentes de pagamento à debenturistas de participações nos lucros, apurado conforme Termo de Verificação Fiscal.

O relato detalhado do procedimento fiscal encontra-se no Termo de Verificação Fiscal (TVF), fls. 01230/01293.

Em síntese, consta do TVF os pontos principais da autuação:

DESPESA FINANCEIRA INDEDUTÍVEL: Pagamento definido em cláusula do Instrumento Particular de Escritura das Emissões de Debêntures, Não Conversíveis em Ações, que obriga o emitente ao pagamento de participação nos lucros calculado através de um percentual do EBTIDA, não atendem aos critérios da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios ao desenvolvimento das atividades da empresa nos termos do artigo 299 do RIR/99;

Fl. 4 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS: Não havia necessidade de a empresa distribuir parte de seus lucros anterior à emissão da debênture, a não ser que houvesse uma devolução por parte da empresa do valor pago pelos debenturistas, mas neste caso não poderia o contribuinte lançar tal valor como despesa financeira. Logo nos termos do artigo 299 do RIR/99, as despesas financeiras de participação nos lucros não atendem aos critérios da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios ao desenvolvimento das atividades da empresa;

PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS: Para contornar restrição legal (artigo 58, do Decreto-Lei nº 1.598/77, combinado com o parágrafo 3º do artigo 45, da Lei nº 4.506/64), os dois acionistas pessoa física da Cálamo utilizaram-se de fundo de investimento. Primeiramente constituíram o fundo de investimento Sirius e após, os seus fundos de investimento exclusivos Tsadik e Quartzo Azul adquiriram cotas do fundo Sirius, que por sua vez adquiriu as debêntures emitidas pela Cálamo, com isso tentou-se blindar os reais beneficiários das participações nos lucros, no caso os dois únicos proprietários de fato da Cálamo, Miguel Gellert e Artur Noemio. Além do fato de que se apropriaram de parte dos lucros da Cálamo e escrituraram essas participações nos lucros como despesa financeira, o que diminuiu o lucro tributável;

Exigência de multas isoladas;

Qualificação da multa; e

Responsabilização solidária.

Devidamente cientificados, os sujeitos passivos impugnaram a exação e as responsabilidades atribuídas.

A DRJ analisou as impugnações e proferiu a decisão citada, pela procedência parcial.

Os sujeitos passivos foram cientificados dessa decisão nas seguintes datas:

1. Calamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., contribuinte, (**Calamo**), 26/11/2018, fls. 02149;
2. Miguel Gellert Krigsner, responsável solidário, (**Miguel**), 26/11/2018, fls. 02151; e
3. Artur Noemio Grynbaum (**Artur**), responsável solidário, 27/11/2018, fls. 02152.

Após suas ciências, os sujeitos passivos apresentaram seus recursos nas seguintes datas:

1. Calamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., contribuinte, (**Calamo**), 21/12/2018, fls. 02153/02326;
2. Miguel Gellert Krigsner, responsável solidário, (**Miguel**), 21/12/2018, fls. 02499/02555; e
3. Artur Noemio Grynbaum (**Artur**), responsável solidário, 21/12/2018, fls. 02389/02442.

Fl. 5 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

Serão apresentadas as alegações de cada recorrente.

CALAMO:

A recorrente inicia sua peça apresentando os fatos, como os interpreta, enumerando os pontos da exação:

- ❖ Não atendimento dos requisitos para dedutibilidade de despesas previstos no art. 299 do Decreto 3.000/99 ("Regulamento do Imposto sobre a Renda" ou "RIR/99"), uma vez que não haveria propósito negocial na parcela da remuneração referenciada nos lucros das referidas debêntures emitidas com prêmios, que teria sido implementada apenas para viabilizar a transformação do que seria uma amortização de principal equivalente ao valor dos mencionados prêmios em despesas financeiras (item 9.1 do TVF);
- ❖ Não cumprimento dos requisitos para dedutibilidade de despesas previstos no art. 299 do RIR/99, tendo em vista que teria, por mera liberalidade, calculado remuneração com base na participação nos lucros considerando o EBITDA de períodos anteriores às emissões das debêntures - isto é, referentes ao período de janeiro a 22/05/2013, no caso da 1ª emissão, e de 01 a 22/09/2014, com relação à 2ª emissão (vide item 9.2);
- ❖ Violação ao disposto no parágrafo único do art. 58 do Decreto-Lei no 1.598/77 e no art. 454, §30, da Lei no 4.506/64 - que vedam a dedução de despesas com o pagamento de participação nos lucros para administradores -, ao dar efeitos fiscais à parte da remuneração paga ao debenturista, fundo de investimento que teria uma parcela minoritária das suas cotas detidas por fundos de investimentos exclusivos que, por sua vez, seriam detidos pelos controladores da Recorrente (vide item 9.3);
- ❖ Qualificação da multa de ofício;
- ❖ Exigência de multa isolada;
- ❖ Responsabilização solidária.

Logo após, alega que os atos praticados obedeceram ao ordenamento jurídico, afirma que a decisão recorrida foi equivocada, conforme argumentos que apresentará.

Em um primeiro momento, alega, nas preliminares, que há nulidade no lançamento, devido equívoco cometido pela autoridade fiscal com relação às normas aplicáveis à dedutibilidade das despesas em análise, ou seja, um erro de fundamentação legal.

Para a recorrente, em síntese, essa nulidade teria ocorrido devido ao fundamento adotado pela autoridade fiscal (art. 299 do RIR/99) não corresponder à disposição legal vigente que seria aplicável à dedutibilidade das despesas consideradas indedutíveis.

Defende que entre suas normas, deveria ser preconizada a regra de que "a norma especial prefere a geral", sendo aplicável, nesse sentido o art. 462, I, do RIR/99, que não exige necessidade, usualidade e normalidade como requisitos para a dedutibilidade de despesa atrelada a emissão de debênture própria.

Aduz que há decisões do CARF nesse sentido.

Fl. 6 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

Para a recorrente, resta demonstrado o vício na fundamentação legal, de natureza material,

Aduz que, segundo dispunha o artigo 462, inciso I, do RIR/99, a despesa com participação nos lucros atrelada a debêntures seria dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL apenas e tão somente que estivessem atreladas a debêntures e que estas debêntures fossem de emissão da própria companhia.

Alega que aplicando essa disposição legal para o presente caso, não há dúvida de que as debêntures emitidas pela Recorrente estavam atreladas à participação nos lucros, fato que, inclusive, sequer foi questionado pela Autoridade Fiscal, que apenas alegou a ausência de propósito negocial na operação, o que ensejaria o não cumprimento dos critérios de dedutibilidade previstos no artigo 299 do RIR/99.

Destaca que essa questão foi apresentada na impugnação e que o acórdão recorrido, a fim de afastar as razões acima expostas, trouxe a alegação inovadora de que a operação em análise teria sido simulada – qualificação nunca utilizada pela autuação - o que, portanto, afastaria a aplicação dos dispositivos legais que normalmente tratariam das debêntures com participação nos lucros, como era o caso do artigo 462, I, do RIR/99.

Ressalta que a própria decisão recorrida reconheceu que a dedução do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesas com remuneração de debêntures referenciadas em participação nos lucros (hipótese examinada nestes autos) estaria sujeita, à época dos fatos, única e exclusivamente ao disposto no art. 462, I, do RIR/99 e no art. 58 do Decreto-Lei 1.598/77

Além do mais, a Autoridade Fiscal destacou, ao descrever a infração em comento, que se estaria diante de despesas com pagamento de participação nos lucros aos titulares das debêntures emitidas pela Recorrente, na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal".

Ressalta, novamente, que a Autoridade Fiscal não pautou o lançamento em uma suposta simulação na emissão das debêntures pela Recorrente, mas exclusivamente na ausência de propósito negocial, motivo para se reconhecer que o artigo 299 do RIR/99 não seria aplicável ao caso.

Afirma que resta clara a antinomia existente entre as normas citadas, pois a norma geral, prevista no artigo 299 do RIR/99, proíbe a dedutibilidade das despesas quando não estiverem preenchidos os requisitos da necessidade, usualidade e normalidade, ao passo que a norma específica, prevista no artigo 462, inciso I, do RIR/99, permite a dedutibilidade das despesas com a remuneração baseada em participação nos lucros assegurada a debêntures de emissão de companhia, sem a exigência de quaisquer requisitos da regra geral (ou seja, devem ser preenchidas apenas as características descritas no próprio artigo 462, I, do RIR/99

Portanto, não se pode admitir a utilização dos requisitos previstos na norma geral, Art. 299, pois dever ser aplicada a norma específica, Art. 462.

Defende que, também, poder-se-ia ter aplicado o Art. 374, do RIR.

Afirma que não são só as duas hipóteses do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, que fundamentam nulidade, pois o Art. 10, IV, do mesmo Decreto determina que deve constar a

Fl. 7 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

disposição legal infringida e que o Art. 142, do CTN, dispõe como pressuposto de validade a correta verificação do fato gerador, que passa pela correta indicação do dispositivo legal infringido.

Reafirma que o vício presente na autuação é material e não formal, como quis fazer crer a decisão recorrida.

Sustenta que seu direito à ampla defesa foi cerceado, devido à suposta fundamentação equivocada.

Requer a nulidade da exação.

Em outro ponto alega a nulidade do acórdão recorrido, por preterição do direito de defesa.

Alega que essa nulidade ocorreu quando a decisão recorrida *inovou os motivos da autuação*.

Defende que para a autuação, em síntese, não haveria um efetivo propósito negocial na parcela da remuneração referente à participação nos lucros, mas a decisão recorrida adicionou um novo elemento à fundamentação de seu entendimento, afirmando que as emissões de debêntures pela Recorrente caracterizariam uma simulação.

Alega que o fundamento da decisão recorrida, de discorrer sobre o conceito de "simulação", apresentar o fundamento legal que o disciplina e reproduzir trecho de doutrina sobre o tema, sem transcrever uma linha sequer do TVF para isso, evidencia, na realidade, a construção e defesa de uma tese de sua autoria, não a demonstração do posicionamento de um órgão julgador.

Para a recorrente é evidente que tendo os autos de infração sido lavrados com base em um critério jurídico equivocado, não cabe à Autoridade Julgadora, ao reconhecer a improcedência dos fundamentos da Fiscalização, manter o lançamento fiscal com base em alegações inovadoras, pois a Autoridade Julgadora não tem competência para alterar os fundamentos jurídicos utilizados pela Autoridade Fiscal.

Aduz que a inovação da decisão recorrida demonstra violação ao duplo grau de jurisdição (ou supressão de instância), a ofensa a direitos basilares como o contraditório e a ampla defesa e, conseqüentemente, a preterição do direito de defesa da Recorrente.

Outro ponto que demonstraria a nulidade do acórdão recorrido refere-se as *premissas equivocadas adotadas*.

A primeira suposta premissa equivocada apontada refere-se a decisão recorrida, em diversas passagens, partir da premissa de que a emissão das debêntures com prêmios e com parte da remuneração referenciada em participação nos lucros não poderia ser considerada regular, porquanto teria sido praticada entre partes relacionadas, ou seja, não seria uma operação praticada em termos de mercado.

Afirma que, diversamente do que entendeu a DRJ e como está comprovado no tópico III. 2 do Recurso, a negociação das debêntures emitidas pela Recorrente foi realizada

Fl. 8 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

efetivamente em um ambiente de mercado, com a participação direta de um terceiro independente, o Banco Bradesco Berj S.A. ("Bradesco BERJ"), sociedade pertencente a um conhecido e renomado grupo, sujeito a regulamentação do Banco Central, razão pela qual somente poderiam ser colocadas em dúvida mediante provas robustas, as quais, destaque-se desde já, nunca foram trazidas, pois não existem. Além do mais a aquisição das debêntures foi realizada pelo Sirius Crédito Fundo de Investimento em Direitos Creditórios ("SIRIUS"), cujo cotista majoritário, exclusivo detentor de cotas de classe sênior e controlador era o Bradesco BERJ, o qual aportou no SIRIUS, entre as duas emissões de debêntures realizadas pela Recorrente, R\$ 1.2 bilhão.

Portanto, essa premissa da decisão recorrida não possuiria fundamento na realidade dos fatos.

Destaca que a argumentação de que a emissão/negociação das debêntures teria sido realizada entre partes relacionadas não foi aventada pela Autoridade Fiscal, novamente inovando a acusação.

Outra premissa equivocada da decisão recorrida seria de que os valores recebidos pela Recorrente na negociação das debêntures teriam sido rapidamente recuperados pelo debenturista, uma vez que a Recorrente logo teria realizado o pagamento de dívida com o Bradesco BERJ, relativa a notas promissórias emitidas anteriormente.

Alega que o pagamento efetuado era vinculado à outra obrigação, notas promissórias, e não às debentures.

Em outra premissa equivocada alegada, a Recorrente afirma que a decisão recorrida citou várias decisões do CARF que estariam conforme seu entendimento, mas que analisando essas decisões verifica-se que não há semelhança entre os casos, conforme quadro elaborado, fls. 02182.

Em mais um ponto, a Recorrente afirma que a decisão recorrida afirmou que quanto ao prêmio recebido pela Recorrente, fl. 26 do acórdão recorrido, que este não importava, na medida em que não seria o cerne da discussão inserta neste processo, só que Recorrente afirma que demonstrou em sua impugnação que o prêmio foi um dos aspectos observados por ela para decidir implementar a operação em comento na forma como realizada, sendo um dos fatores relevantes para a vinculação de uma parte da remuneração das debêntures com os lucros da Recorrente, o que deixa claro que esta postura da DRJ de se recusar a olhar para este ponto sob a ótica do propósito negocial prejudicou de forma grave a sua análise, preterindo o direito de defesa da Recorrente.

Em outro ponto, cita várias ilações contidas no acórdão recorrido que apesar do seu tom afirmativo, não vieram acompanhadas de qualquer respaldo, que dirá de provas, motivo pelo qual se constituírem de premissas vazias/que não se sustentam e, por conseguinte, não podem ser admitidas, fls. 02183/02184.

Em mais um suposto motivo para a nulidade do acórdão recorrido, a Recorrente ressalta a incompetência da autoridade julgadora para realizar novo lançamento, no que se refere à necessidade de cancelamento da exigência de CSLL sobre despesas com suposto pagamento de lucros para administradores.

Fl. 9 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

Para a recorrente o equívoco da DRJ ocorreu quando o acórdão recorrido reconheceu, com base no disposto no Anexo I, da IN RFB 1.700/2017, que as participações pagas a administradores somente poderiam ser adicionadas à base de cálculo do IRPJ, sendo vedada tal adição à base de cálculo da CSLL, motivo pelo qual se concluiu que não poderia ser mantido o lançamento da CSLL sob esta justificativa (infração III), mas, apesar dessa conclusão, manteve o crédito, pois esses montantes corresponderiam, também, a despesas financeiras indedutíveis (fundamento de outra parte da autuação fiscal – infração I) e, portanto, deveriam permanecer na composição da exigência formalizada a título de CSLL nos presentes autos, alterando a acusação, e, na prática, efetuando um novo lançamento.

Defende que não há como uma mesma despesa compor, concomitante, as duas infrações descritas no TVF: (i) ou se está diante de despesa com pagamento de participação nos lucros a administradores, cuja adição à base de cálculo da CSLL não possui previsão legal; ou (ii) se trata de despesa financeira indedutível, o que revelaria erro na fundamentação do lançamento fiscal e, assim, a insubsistência desta parcela da exação.

Portanto, alega a recorrente, devido à decisão recorrida ter efetuado novo lançamento, já que alterou os fundamentos do original, requer a nulidade da decisão de primeira instância.

A partir desse ponto a recorrente passa a apresentar suas alegações de mérito.

Em um primeiro momento, descreve a operação realizada, como a interpreta, fls. 02190/02203, em que pretendeu demonstrar o propósito negocial da operação.

A recorrente inicia seus argumentos para demonstrar que as despesas seriam dedutíveis, fls. 02203.

Em seus argumentos defende que:

- A Autoridade Fiscal, ao analisar a operação, concluiu que as despesas da Recorrente a título de remuneração das debêntures emitidas (1a e 2a emissão), especificamente no que concerne à parcela baseada em percentual dos lucros, não seriam dedutíveis;
- Como motivo, o Fisco defende que esses dispêndios teriam o propósito estritamente fiscal de "devolver os prêmios pagos na emissão das debêntures e inflar as despesas", de forma que não restariam atendidos os critérios de necessidade, usualidade e normalidade destes no desenvolvimento das atividades da Recorrente, nos termos do já mencionado artigo 299 do RIR/99;
- O mesmo entendimento teve a DRJ;
- Esses entendimentos estão equivocados;
- A emissão das debentures buscou a readequação do perfil do seu endividamento e da relação entre dívida e capital, mediante a

Fl. 10 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

captação de recursos expressivos no mercado para serem aplicados no desenvolvimento do seu objeto social;

- A acusação fiscal se pautou em meras suposições para sustentar a alegada ausência de propósito negocial;
- A remuneração por meio da participação nos lucros, além de ser uma opção prevista na legislação, foi utilizada no estrito atendimento aos interesses negociais e econômicos das partes, ou seja, o intuito não foi predominantemente fiscal;
- Além do mais a aplicação dos valores captados foi feita integralmente no desenvolvimento do objeto social da Recorrente;
- Equivocado o entendimento do Fisco de que as características das debêntures emitidas, como a previsão de pagamentos de remuneração sobre participação nos lucros e de prêmio de subscrição, teriam como único objetivo permitir a criação de uma despesa artificial dedutível;
- Reitera que seu objetivo com a emissão das debentures foi: (i) a possibilidade de captação do montante expressivo que ela precisava para desenvolver as suas atividades, (ii) com o registro de um passivo inferior ao valor total captado e (iii) (a) a imediata melhora dos seus índices financeiros em função do fator "ii", (b) sem a concomitante tributação da receita decorrente de tal prêmio;
- Equívoco relevante da autuação é que se o prêmio não compunha o valor da dívida, não sendo registrado como passivo pelo emissor da debênture (a Recorrente) e tampouco como um crédito líquido e certo do debenturista (o SIRIUS), é evidente que não havia qualquer obrigação de pagamento/"amortização" do prêmio como alegaram a Autoridade Fiscal e a DRJ;
- Destaca a legislação que dispõe que o prêmio teria tributação diferida;
- A tese fiscal não pode prevalecer, pois a Recorrente não teria como saber seus resultados para os cinco anos seguintes;
- Tanta é assim que os resultados alcançados pela Recorrente foram diferentes dos laudos elaborados para a emissão das debentures, fls. 02212/02213;
- Não teria como prever seus resultados, nem a Taxa DI;
- Apesar de alegado, a DRJ não enfrentou essa questão, alegando que a Recorrente se comprometeu em dar um retorno firme e rápido do

Fl. 11 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

investimento realizado pelo Bradesco BERJ, bem como que este último estaria sujeito a um baixo risco;

- A autuação e a decisão recorrida só avaliaram a questão pela conta de “chegada”, pelo fim da operação, não avaliando que várias eram as imprevisibilidades na emissão das debêntures;
- A avaliação da decisão recorrida sobre o custo expressivo dessa operação em relação a outras não possui fundamento e se baseia em mera suposição, conforme as razões expostas, fls. 02218;
- Equivocada a argumentação da DRJ sobre suposto excesso nos percentuais de participação nos lucros atrelados às debêntures em questão, já que a emissão de debêntures com remuneração baseada em participação nos lucros é hipótese expressamente autorizada pela legislação, a teor do disposto no artigo 56, da Lei das S A, que não fixa limite mínimo ou máximo;
- O percentual distribuído foi razoável e está nos padrões do mercado, fls. 02224;
- Foi correto o pagamento de remuneração das debêntures com base em participação nos lucros, pois o fato de a Recorrente ter considerado o EBITDA de períodos anteriores às emissões das debêntures foi pactuado como o Sirius e consta das escrituras de emissão das debentures;
- Há acusação fiscal sem sentido lógico, pois por qual motivo o SIRIUS, terceiro e controlado por respeitada instituição financeira, com extensa expertise em operações de crédito, aceitaria pagar um prêmio, com risco de receber uma remuneração menor que a taxa média do mercado ou até de não receber nenhuma remuneração (em caso de ausência de lucros), simplesmente para colaborar e gerar uma despesa dedutível na Recorrente?;
- O próprio Bradesco BERJ, ao ser questionado pelo Fisco, afirmou que realizou o investimento "pela perspectiva de obtenção de rentabilidade", e o Fisco não questionou, nem desmereceu, essa informação;
- Nem o Fisco, nem a DRJ analisaram o risco na operação, pois a remuneração era incerta e o SIRIUS não poderia reclamar qualquer parcela em remuneração ao prêmio;
- Outro equívoco, inserido pela decisão recorrida, é que a operação ocorreu entre partes relacionadas, já que a negociação das debentures ocorreu em um ambiente de mercado, com a participação direta de um terceiro independente, o Bradesco BERJ, sociedade reconhecida, sujeito à regulamentação severa do Banco

Fl. 12 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Seju/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

Central, cuja autonomia e credibilidade são notórias, razão pela qual somente poderiam ser colocadas em dúvida mediante provas robustas, as quais destaque-se novamente, nunca foram trazidas, pois não existem;

- Portanto, estando claramente demonstrado que a operação sob exame foi realizada entre partes independentes, de rigor a reforma do acórdão recorrido, com o consequente cancelamento dos autos de infração;
- Também não se sustenta a alegação fiscal de que uma das finalidades do SIRIUS seria devolver o prêmio ao único cotista sênior, o Bradesco BERJ;
- Portanto, incabível a exação;
- A Autoridade Fiscal alegou ainda que a Recorrente não aplicou os recursos captados nas suas atividades, utilizando uma parte para uma suposta "troca" de dívidas em favor do próprio Bradesco e outra parte para aumentar o capital de empresas do Grupo Boticário;
- Com relação à suposta troca de dívidas que teria sido praticada pela Recorrente, a Autoridade Fiscal arguiu que parte dos valores captados teriam sido destinada ao próprio Bradesco BERJ, controlador do SIRIUS que foi o subscritor das debêntures, por intermédio do pagamento de notas promissórias cujos juros remuneratórios estariam "em linha" com aqueles pagos pelas debêntures;
- A DRJ afirmou que o risco da operação estaria mitigado pela rápida recuperação dos recursos aportados pelo SIRIUS na subscrição das debêntures, em condições que, segundo o disposto na decisão, seriam menos vantajosas à Recorrente;
- Há que se esclarecer que as notas promissórias mencionadas foram emitidas pela Recorrente e adquiridas por instituição diversa daquela que subscreveu as debêntures em questão, assim, não houve a entrega de recursos pelo Bradesco BERJ, na condição de debenturista, pelo qual "o incremento de R\$ 250 milhões — considerando a quitação imediata das notas promissórias — foi logo recuperado", em razão do adimplemento das notas promissórias, como consta da acusação;
- Cumpre notar que o que efetivamente ocorreu foi à troca do perfil da dívida, porquanto as condições obtidas na emissão das debêntures eram, de fato, bastante diferentes e, inclusive, mais vantajosas que aquelas havidas na emissão das notas promissórias;

Fl. 13 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- Ao receber os valores decorrentes da subscrição das debêntures da primeira emissão (R\$ 500 milhões), a Recorrente efetuou o pagamento das referidas notas promissórias à outra instituição que a detinha, fato que se prestou tão somente a quitar aquela dívida com aquela sociedade credora, isto é, referente aos R\$ 250 milhões recebidos em janeiro/2013, na emissão de tais notas;
- Ou seja, esse evento não tem relação ou afeta a dívida contraída pela Recorrente quando da subscrição das debêntures pelo SIRIUS, que permaneceu inalterada mesmo após o pagamento das notas promissórias;
- Não prosperam as conclusões da DRJ de que a rentabilidade das notas promissórias seria semelhante àquela aferida nas debêntures emitidas pela Recorrente, já que o resultado das debentures dependia de resultados futuros e incertos;
- A DRJ deixou de observar que as condições de mercado obtidas para cada um destes títulos jamais seriam as mesmas, tendo em vista os montantes captados e os prazos de vencimento, bem como as taxas e formas de remuneração, além, inclusive, das vantagens financeiras atreladas às debêntures, como, por exemplo, os prêmios de subscrição;
- Ressalta que a alegação fiscal, corroborada pela DRJ, no sentido de que a destinação dos recursos fora diversa daquela indicada nas debêntures não merece qualquer atenção, ao passo que sequer possui respaldo nos fatos retratados;
- Isso porque a destinação das debêntures ao reforço de capital de giro da Recorrente denota que estes recursos foram, então, aplicados no desenvolvimento de sua atividade, em ocorrências que são comuns ao seu dia-a-dia, no cumprimento de seu objeto social;
- Cabe à emissora das debentures destinar os recursos para onde desejar na consecução de seus objetivos;
- Ao tentar justificar seu entendimento quanto à manutenção do lançamento, a DRJ atestou que os argumentos apresentados pela defesa são razoáveis em um ambiente de mercado, mas que esse não seria a hipótese dos autos, pois a operação em foco teria sido praticada entre partes relacionadas e, portanto, não haveria como prosperar a defesa da Recorrente por não se tratar de negócio em condições normais e usuais de mercado entre partes independentes;
- Tal afirmação, além de inovadora, é absurda, na medida em que não se verifica um elemento sequer nos autos que a respalde;

Fl. 14 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- Os acionistas da Recorrente eram, também, cotista minoritários do SIRIUS, detendo apenas as cotas subordinadas, conforme descrito pela própria Autoridade Fiscal no TVF e repetido pela Recorrente em sua Impugnação e nessa oportunidade;
- Trata-se de realidade fática que em nada prejudica a regularidade e a validade das operações em análise;
- O cotista majoritário do SIRIUS era o Bradesco BERJ, cuja participação no fundo equivalia à 83,333%, e que detinha as cotas sêniores;
- Os acionistas da Recorrente, ainda que detendo participação nos Fundos Tsadik e Quartzo, em nenhum momento detiveram mais que 16,66% do SIRIUS, sempre em cotas de classe subordinada. Tais cotas representavam um investimento minoritário no fundo e não conferiam ao seu titular o status de controlador;
- O Bradesco BERJ é terceiro totalmente independente da Recorrente, como também foi o detentor dos recursos que, integralizados no SIRIUS, posteriormente foram utilizados na subscrição das debênture;
- Assim, sendo o Bradesco BERJ o maior cotista, controlador e único detentor de cotas sênior do SIRIUS, como poderia se sustentar a afirmação da DRJ de que a sua "tabela evidencia a influência direta do comando de Miguel Grigsner e Artur Grynbaum sobre a holding G&K e, indiretamente, sobre os fundos de investimento, ainda que o Bradesco tenha provido a maioria dos recursos para a Sirius;
- Responde-se, não se pode. Tanto que tal ilação não veio acompanhada de um esclarecimento ou prova sequer que a respaldasse;
- Ainda sobre o contexto acima, poderia se indagar também por qual motivo o Bradesco BERJ, instituição de um dos maiores conglomerados financeiros do Brasil, aceitaria participar de tal operação simplesmente com o propósito de gerar despesas dedutíveis para terceiro;
- Ora, é justamente em decorrência da impossibilidade de se responder logicamente o questionamento acima que a DRJ, livre de qualquer comprovação ou, minimamente, indício, aventou que *"os elementos do processo não impedem a possibilidade de os valores alcançados pelo banco terem sido fornecidos, indiretamente, pelos próprios sócios"*~ (fl. 29 do acórdão recorrido/fl. 2.105 dos autos);

Fl. 15 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- De fato, tal questão nunca foi tratada nos presentes autos, mas isso ocorre porque a origem dos recursos do Bradesco BERJ sequer foi objeto de qualquer questionamento por parte da Autoridade Fiscal;
- A lógica da suposição feita pela DRJ se mostra absurda desde os primeiros momentos, porquanto se baseia na premissa de que a Recorrente ou seus acionistas teriam disponibilizado cerca de R\$ 1.2 bilhão ao Bradesco BERJ, sociedade integrante de um dos maiores grupos financeiros do Brasil, o qual teria se disposto a, por intermédio do SIRIUS, entregar tais recursos de volta à Recorrente, que, posteriormente, devolveria o montante ao Banco, unicamente para que a Recorrente pudesse obter uma dedução fiscal de 34% deste valor;
- Não há lógica na conclusão de que o Bradesco BERJ concordaria com toda essa operação apenas para permitir tal dedução à Recorrente;
- O próprio Fisco produziu prova robusta de que a operação em análise não se realizou entre partes relacionadas, pois ao realizar o lançamento atacou apenas a parte da remuneração das debêntures referenciadas nos lucros, reconhecendo que a remuneração referenciada em taxa de juros estava em consonância com a legislação em vigor;
- Se a Autoridade Fiscal tivesse identificado uma operação entre partes relacionadas no caso em questão, não teria admitido as despesas relacionadas à remuneração referenciada em taxa de juros, teria desconsiderado a integralidade;
- Tampouco pode se admitir a alegação, sem nenhuma prova, de que o fato de os FIMs Tsadik e Quartzo Azul terem a mesma gestora do SIRIUS poderia servir de indício para se afirmar que, de alguma forma, a operação foi praticada entre partes relacionadas, pois, além de tal fato não afastar a participação do Bradesco BERJ como terceiro independente no negócio, também não leva em conta que a Phronesis Investimentos, gestora de tais fundos, é instituição com quase uma década de atuação no mercado financeiro, com carteira diversificada de clientes e gerindo um patrimônio de mais de R\$ 10 bilhões;
- Apresenta resumo onde demonstraria que cumpriu com total observância às condições de dedutibilidade previstas na legislação, Art. 299 do RIR/99, fls. 02250/02258;
- Rebate cada uma das conclusões da DRJ, fls. 02253/02254;
- A Autoridade Fiscal, além de não aplicar o fundamento legal correto, não indicou, especificamente, qual (ou quais) dos

requisitos do Art. 299, do RIR/99, não teriam sido cumpridos pela Recorrente no que tange às despesas em foco, limitando-se à glosa indiscriminada destes valores e tal lapso não poderia ser suprido pela DRJ;

- A emissão das debêntures com prêmio e remunerada, em parte, com base em participação nos lucros, além de todas as demais razões já pontuadas na presente defesa, representa, em última análise, uma opção legal, permitida pelo ordenamento jurídico, não cabendo ao Fisco descredenciá-la, pois cabe aos contribuintes a sua organização, desde que não se cometa ilícitos;
- **Não ocorreu simulação**, até por que não consta nenhuma acusação quanto à operação simulada no TVF;
- O Fisco não respaldou a alegação de simulação trazida pela DRJ, pois admitiu que a remuneração fixa das debêntures, referenciada em taxa de juros, fosse integralmente deduzida do lucro real e da base de cálculo da CSLL;
- Se a Autoridade Fiscal tivesse interpretado que a operação examinada foi realizada entre partes relacionadas e foi fruto de uma simulação, é óbvio que não teria admitido que esta tivesse qualquer efeito fiscal;
- Simulação não se presume e não se prova por meio de meros indícios, pois deve ser efetivamente comprovada;
- Foi equivocada a conclusão sobre a indedutibilidade de despesas devido à suposta liberalidade na quantificação das primeiras parcelas de amortização das debentures, pois não seria necessária;
- A Fiscalização considerou que, ao apurar a participação em seus lucros que referenciaria a remuneração variável devida com o vencimento das primeiras parcelas das debêntures de 1ª e 2ª emissão, ocorrido em 31/07/2013 e 22/12/2014, a Recorrente teria, indevidamente, considerado lucros verificados antes da subscrição dos títulos, o que, segundo a sua perspectiva, corresponderia a "**mera liberalidade da empresa**" (vide fls. 41 a 43 do TVF/fls. 1.278 a 1.280 dos autos);
- A acusação fiscal entendeu que, considerando que o recebimento dos recursos oriundos da subscrição das debêntures ocorreu somente em 22/05/2013 e 22/09/2014, não haveria necessidade de a Recorrente apurar o pagamento das primeiras parcelas das debêntures com participação nos lucros considerando (i) o período de janeiro de 2013 a 22/05/2013, para a 1ª emissão; e (ii) o mês inteiro de setembro de 2014, para a 2ª emissão;

Fl. 17 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- Essa acusação não deve prosperar, pela insubsistência da infração em decorrência de erro na eleição dos fatos geradores;
- Esse equívoco fica evidente da análise do enquadramento legal dos autos de infração em comento, por meio do qual a Autoridade Fiscal indicou, como fatos geradores, os dias 31/05/2013 e 30/09/2014;
- Ao analisar tal fato, a DRJ concluiu que "não há motivos para declaração de nulidade", uma vez que "os próprios argumentos da defesa, rechaçando as duas datas de referência da autuação, demonstram a perfeita compreensão da exigência, sem macular o amplo direito de defesa";
- Ocorre que, diversamente do que se sugere na decisão recorrida, a indicação do efetivo fato gerador do IRPJ e CSLL (i.e. 31 de dezembro de 2013 e 2014) era o único meio apropriado para constituição da infração, pois se tratando de tributos cujo fato gerador, seja do IRPJ, seja da CSLL, ocorre ao final de cada ano-calendário, de acordo com a sistemática de apuração do lucro real anual, adotada pela Recorrente, não há dúvida de que os fatos gerados eleitos pela Autoridade Fiscal estão em completa dissonância com a legislação de regência;
- Neste contexto, resta claro que o trabalho fiscal apresenta outro vício material;
- Outro erro constante dessa infração decorre do equívoco quanto à Fundamentação Legal, pois, pelo Princípio da Especificidade, deveria ter sido aplicado o Art. 462, do RIR/99 e não o Art. 299, do mesmo diploma legal;
- Mais um equívoco nessa infração ocorreu na sua fundamentação, pois a DRJ é categórica ao afirmar que "os termos não são explícitos quanto à inclusão dos períodos antecedentes a emissões das debêntures no cálculo das participações baseadas no EBITDA", mas não é o que demonstra os documentos para emissão de debêntures;
- De acordo com o disposto no instrumento da 1ª emissão de debêntures da Recorrente, especificamente na Cláusula 4.9.8. 2. - reproduzido, inclusive, na decisão recorrida (fl. 35/fl. 2.111 dos autos) - a participação nos lucros atribuída ao debenturista correspondia a percentual do EBITDA, cuja composição considerava "o resultado relativo ao exercício social de 2013, todo o período de 2013;
- Mais, consoante estabelecido na cláusula 4.9.8.2 do instrumento (reproduzida à fl. 36 do acórdão recorrido/fl. 2.112 dos autos), a

Fl. 18 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

participação nos lucros aos debenturistas, na 2ª emissão, seria apurada sobre percentual do EBITDA, equivalente à 35% para "o resultado relativo ao período de setembro de 2014 a novembro de 2014", considerando, portanto, o mês de setembro de 2014;

- Não deve prevalecer, portanto, a acusação fiscal que os referidos pagamentos teriam sido realizados por mera liberalidade, pois está evidente nos termos citados que se tratava de obrigação assumida pela Recorrente na emissão das debêntures;
- Não há, nem nos instrumentos de emissão das debêntures, nem em qualquer outro documento (muito menos na legislação), disposição que impeça a Recorrente de fixar a participação nos lucros assegurada às debêntures com base no EBITDA e que levasse em consideração, inclusive, período anterior à subscrição dos títulos;
- Seguiu a determinação do Art. 59, VII, da Lei das S/A;
- Em outro ponto ficará demonstrado que não houve **distribuição de lucros a Administradores**;
- É equivocado o entendimento do Fisco de que a parte da remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente referenciada nos seus lucros serviu de artifício para distribuir parte destes lucros aos seus administradores — os quais também figurariam como seus acionistas - e, concomitantemente, deduzir tais valores do seu lucro tributável na forma de despesas, contornando, assim, o impedimento legal de dedução de despesas com pagamentos de participação nos lucros a administradores/dirigentes;
- Pelo que já foi exposto, a operação em comento possuía efetivo propósito negocial;
- Não resta configurada a Distribuição de Participação nos Lucros aos Administradores da Recorrente;
- A Fiscalização se fundamenta nos seguintes pontos: a) Os verdadeiros proprietários do SIRIUS seriam os acionistas da Recorrente, Miguel Krigsner e Artur Grynbaum, indiretamente por meio dos FIMs Tsadik e Quartzo Azul; e b) Parte dos pagamentos realizados a título de distribuição de lucros ao SIRIUS teria sido, então, apropriada pelos seus acionistas pessoa física referidos, por meio dos mencionados FIMs, na qualidade de administradores/dirigentes;
- Além disso, a DRJ inova e traz nova suposição, de que os acionistas seriam os fornecedores de recurso para as debêntures/prêmios;

- A participação nos lucros assegurada às debêntures trata-se de modalidade de rendimento atribuída a tal título, que se utiliza do lucro auferido pela companhia unicamente como taxa de referência para remunerar o capital investido, ponto totalmente diverso da participação nos lucros pagos a administradores e empregados, portanto, não se está efetivamente distribuindo lucros aos debenturistas, mas apenas se valendo de tal montante como parâmetro de rentabilidade do referido valor mobiliário e, além do mais, esse cálculo é realizado com base no EBITDA;
- A diferença fica ainda mais evidente do próprio dispositivo legal utilizado pela Fiscalização como fundamento da presente infração, pois o artigo 58 do Decreto-Lei 1.598/77 consigna as hipóteses aqui elencadas em incisos diversos (I e II), os quais, certamente não abordam o mesmo tema;
- Não se deve olvidar que o debenturista (SIRIUS) não possui relação direta com a Recorrente, sendo o Bradesco BERJ seu cotista majoritário e controlador;
- É de ressaltar que os acionistas da Recorrente, ainda que possuam participação indireta no referido FIDC, são minoritários, detentores de cotas subordinadas, pelas quais sequer receberam qualquer valor no período autuado;
- As relações jurídicas são diferentes, uma é a de sócios, a outra é a de cotista de um fundo, minoritários;
- Sem contar que não há como se esquecer da terceira relação, da emissora de títulos/debentures (Recorrente) e o SIRIUS, como adquirente desses títulos;
- A Fiscalização buscou, em verdade, desqualificar a própria figura do SIRIUS, o qual, entretanto, não só foi o efetivo subscritor das debêntures emitidas pela Recorrente como, inclusive, recebeu desta os rendimentos oriundos da remuneração destes títulos;
- Questionamentos da DRJ quanto a origem dos recursos aportados no SIRIUS, de que a Recorrente ou seus acionistas seriam os fornecedores para as debêntures/prêmios, não possui um mero indício, muito menos prova, nestes autos;
- A autuação e a decisão recorrida buscaram caracterizar a distribuição de lucros a administrador, sem trazer qualquer fundamento que fosse capaz de ensejar sua conclusão, de que os acionistas da Recorrente também exerceriam ou teriam exercido a posição de administrador ou dirigente, fundamentando suas conclusões em mera presunção;

Fl. 20 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- Participação nos lucros a administradores difere dos ganhos dos acionistas, sendo descabido que a fiscalização e a DRJ equiparem as relações jurídicas entre cotista/fundo com a distinta e específica relação jurídica entre debenturista/emissor e administrador/companhia;
- Nunca se poderia alegar que o Sr. Miguel Krigsner seria administrador/dirigente da Recorrente, já que, conforme as atas das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias da Recorrente realizadas entre os anos de 2013 a 2016 e juntadas aos presentes autos, este não ocupava cargo de direção;
- A premissa adotada pela DRJ de que Miguel e Artur seriam os verdadeiros proprietários do fundo Sirius` (fl. 29 do acórdão recorrido/fl. 2.105 dos autos) é totalmente equivocada, motivo da improcedência da acusação fiscal também em relação à infração ora abordada, pois, como já demonstrado, os acionistas da Recorrente sequer detinham cotas do SIRIUS, conforme evidenciaram a Autoridade Fiscal no TVF (fl. 22/fl. 1.259 dos autos) e a DRJ na decisão recorrida (fl. 04/fl. 2.080 dos autos), sendo que o principal cotista do referido fundo era o Bradesco BERJ, cuja participação no fundo equivale à 83,333%;
- Miguel e Artur nunca compuseram o quadro de cotistas do SIRIUS, detendo participação unicamente nos Fundos Tsadik e Quartzo que, por sua vez, em nenhum momento detiveram mais que 16,66% do SIRIUS em cotas de classe subordinada;
- Será que o Bradesco BERJ, maior cotista e controlador e único detentor de cotas sênior do SIRIUS, aceitará participar de tal operação a fim de disfarçar a distribuição de participação nos lucros a administradores e, ao mesmo tempo, gerar despesas dedutíveis para terceiro, de modo a contornar impedimento legal?;
- Nunca ocorreu Apropriação de Lucros pelos Acionistas, Pessoas Físicas;
- Quanto aos fatos, a operação de emissão de debêntures com remuneração variável referenciada em participação nos lucros não resultou em distribuição de lucros aos acionistas pessoa física da Recorrente, nem mesmo indiretamente, tendo em vista que os valores pagos a título da mencionada remuneração variável nos

Fl. 21 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

anos-calendário de 2013, 2014 e 2015 (período autuado) foram utilizados exclusivamente para a amortização das cotas seniores do SIRIUS, cujas titularidades eram do Bradesco BERJ;

- No período dessa autuação foram amortizadas, exclusivamente, cotas seniores, cuja titularidade era apenas e tão somente do Bradesco BERJ, de forma que a remuneração baseada em participação nos lucros paga pela Recorrente ao SIRIUS sequer foi distribuída aos FIMs Tsadik e Quartzo Azul, fls. 031, do TVF;
- Diferentemente do quanto aduzido pela Autoridade Fiscal, os fundos dos acionistas pessoa física da Recorrente não se apropriaram de qualquer parte da remuneração referenciada nos lucros da Recorrente paga ao SIRIUS, o que demonstra o inequívoco descabimento da autuação;
- Por outro lado, a DRJ reconheceu expressamente que o SIRIUS não distribuiu qualquer montante em favor dos FIMs Tsadik e Quartzo Azul, mas concluiu a Turma Julgadora "a quo" que tal fato não impediria a manutenção da exigência fiscal que originou esta lide;
- Como alegar recebimento indireto se nada foi recebido por esses fundos?;
- Inconcebível que o fundamento de um lançamento fiscal seja o possível recebimento incerto de um valor por terceiros em um futuro incerto, como tenta alegar a DRJ;
- A Fiscalização não pode **desconsiderar os negócios** jurídicos válidos que ocorreram, com base no Art. 116, do CTN, pois esse dispositivo ainda não foi regulamentado e não serviu de base a autuação;
- Descabida a **adição à base de cálculo da CSLL** das despesas supostamente não dedutíveis da base de cálculo do IRPJ;
- Na remota hipótese deste nobre colegiado não entender pela reforma do acórdão recorrido, com o cancelamento integral do lançamento fiscal, deve ser ao reconhecida a improcedência do acórdão recorrido no que tange à manutenção do auto de infração de CSLL, já que não há que se falar em adição à base de cálculo da CSLL das despesas consideradas indedutíveis, por absoluta ausência de previsão legal;
- Nesse sentido, no que concerne às despesas supostamente incorridas com o pagamento de Participação nos Lucros a Administradores da Recorrente, a própria DRJ reconheceu que a IN RFB 1.700/17 é expressa em seu Anexo I ao dispor que não é

Fl. 22 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

aplicada à CSLL a adição do art. 58 do Decreto-Lei 1.598/77, só que a decisão recorrida alterou o fundamento da despesa da autoridade fiscal e a reclassificou como despesa financeira, efetuando, na prática, um novo lançamento;

- Incabível a aplicação da **Multa Qualificada, devido a** inexistência de sonegação, fraude ou conluio, já que não foram comprovados tais atos;
- A Autoridade Fiscal não indicou qual das hipóteses retratadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/61 teria ocorrido nos presentes autos e muito menos quais foram os atos praticados pela Recorrente que justificariam a aplicação da multa qualificada, razões pelas quais se faz necessário o cancelamento da qualificação da multa em questão, pois não há a possibilidade de se exigir a multa qualificada sem a comprovação por parte da Autoridade Fiscal de que o contribuinte agiu com dolo;
- Súmulas 14 e 25 também confirmam que a qualificação da multa depende de prova da existência de dolo, o qual caracteriza as três hipóteses dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, às quais se referem ao artigo 44 da Lei no 9.430/96;
- Quem age com intuito de fraude e realiza operações proibidas, não as escritura em seus registros comerciais e fiscais, não faz emissão pública com base em Instrução CVM (476), liquida as operações em mercado organizado (Cetip) e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações, como agiu a Recorrente;
- A DRJ decidiu, fls. 044 do acórdão recorrido, que os elementos acima não seriam suficientes para afastar a aplicação da multa qualificada, mas deixa de fundamentar sua decisão com os elementos que permitiriam o afastamento das razões acima;
- Não houve dolo, nem prática comprovada pelo Fisco de fraude, sonegação ou conluio, necessários à imposição da multa qualificada, motivos da improcedência da qualificação da multa, mas, caso assim não se entenda, o que se alega a título argumentativo, quando muito, deve este E. CARF reconhecer que teria ocorrido uma interpretação diversa da lei pelas partes, o que não pode ser confundido com ato ilícito, conforme já decidiu a E. CSRF nos acórdãos 9101-01.402 e 02-02.896;
- Há **Vedação** ao Confisco;
- Decisão proferida pelo STF (ADI-MC 1075 e ADI 551), em sede de Repercussão Geral, julgou constitucional a cobrança moratória de 20%, nos autos do Recurso Extraordinário 582.461, por ser

Fl. 23 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

fixada em valor menos que o tributo devido, assim o STF, em sede de Repercussão Geral, ratificou seu entendimento de que as multas que superam o percentual de 100% do valor do tributo são confiscatórias e, conseqüentemente, inconstitucionais;

- Há determinação no RICARF sobre a aplicação e obediência do entendimento exarado pelos Tribunais Superiores sob a sistemática prevista no artigo 543-B, do antigo Código de Processo Civil, assim, também pelo seu caráter confiscatório, a multa qualificada aplicada à Recorrente deve ser cancelada, ou, ao menos, reduzida para 75% do valor do tributo supostamente devido;
- Caso assim não se entenda, como a inconstitucionalidade da multa qualificada no patamar de 150%, será julgada em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 736.090, deve o CARF determinar o sobrestamento deste processo administrativo, nos termos do artigo 1.037 do CPC;
- Há **impossibilidade na cobrança da multa isolada** em razão da falta de recolhimento do IRPJ e da CSEL por estimativa;
- É inaplicável a Multa Isolada em Razão do Encerramento dos Anos Base de 2013, 2014 e 2015 quando da Lavratura dos Autos de Infração ocorrer após o encerramento desses anos bases, conforme reiteradas decisões do CARF e da CSRF 9101-002.092, 1301-001.492 e 1301-001.362;
- Há **duplicidade de cobrança**, quando da exigência concomitante de Multa isolada com a multa de ofício, devendo se aplicada a Súmula 105, do CARF;
- É ilegal a cobrança de juros sobre a multa;
- Por fim, requer, em síntese, o conhecimento e o provimento de seu recurso.

Em seguida, há o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, responsável solidário, **ARTUR NOEMIO GRYNBAUM**, fls. 02389/0242, que alega, em síntese, as razões abaixo:

- ✓ Ratifica as razões de mérito apresentadas pela Calamo, pois considera a exação totalmente indevida, requerendo que o recurso apresentado pela Calamo seja parte integrante de sua defesa, recorrendo de todo crédito tributário;
- ✓ Deve ser cancelado o Termo de Responsabilidade Tributária, pelos motivos a seguir;

Fl. 24 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- ✓ Preliminarmente, há falta de motivação da responsabilidade solidária atribuída e ausência de indicação do dispositivo legal que fundamentaria a suposta solidariedade;
- ✓ Não foi indicado o inciso do Art. 135, para a responsabilização e para a DRJ só a indicação dos motivos para a aplicação do Art. 135 já seriam suficientes para fundamentar a responsabilização;
- ✓ A ausência de indicação do dispositivo compromete a atribuição dessa responsabilidade;
- ✓ Se fosse irrelevante a indicação do terceiro responsável o acórdão recorrido não teria se esforçado tanto para citar a doutrina de Plácido e Silva e Pontes de Miranda ou mesmo discorrer sobre o estatuto social da Cálamo, com o intuito único de qualificar o Recorrente como administrador e enquadrá-lo no inciso III, do artigo 135 do CTN;
- ✓ Se o Recorrente fosse enquadrado como apenas sócio/acionista da autuada, por exemplo, a atribuição de responsabilidade de solidariedade com base no artigo 135 do CTN estaria completamente comprometida;
- ✓ Nula, portanto, a responsabilização;
- ✓ Precedentes do CARF estariam de acordo com o que alega, pois foi cerceado seu direito de defesa;
- ✓ A fiscalização **não fundamentou a responsabilidade solidária** atribuída ao recorrente, pois ausente a indicação dos **motivos** de fato que levariam à suposta responsabilidade solidariedade;
- ✓ A Autoridade Fiscal e a DRJ descumpriram seu ônus de demonstrar a existência de conduta específica do Recorrente que pudesse ser qualificada como "ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto da Cálamo";
- ✓ O Recorrente jamais procedeu à autorização para a emissão das debêntures com distribuição de lucros na posição de administrador (de direito ou de fato) da Cálamo, mas somente exerceu seu direito essencial de AÇIONISTA da companhia de votar em assembleias gerais;
- ✓ Não há no Relatório Fiscal e no acórdão recorrido qualquer indicação de ato praticado pelo Recorrente na condição de acionista, muito menos na condição de administrador, que tenha violado expressa disposição legal, pois não se aponta qual dispositivo legal teria sido violado pelas condutas do Recorrente na condição de acionista ou administrador;
- ✓ Além do mais, como demonstrado no recurso da Cálamo, o Fundo em que o Recorrente participa, não recebeu nada referente a essas debêntures;
- ✓ A DRJ não enfrentou essa questão;

Fl. 25 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- ✓ Há impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária motivada apenas em função do cargo ocupado na pessoa jurídica, pois o Recorrente era acionista;
- ✓ Somente pelo cargo, função, não é cabível a responsabilização solidária, devendo demonstrar o ato praticado em infração à lei;
- ✓ É inaceitável a atitude fiscal da autoridade fiscal de buscar a desconsideração da personalidade jurídica da Cálamo, pois não houve infringência do contrato ou da lei, impossibilitando-se a aplicação do artigo 1.080, do Código Civil; e não há decisão judicial a este respeito;
- ✓ Inexiste a responsabilidade tributária do recorrente, pois é incompatível a tributação da pessoa jurídica como devedora principal e, concomitantemente, a responsabilização de terceiros com fundamento no artigo 135 do CTN, o que gerou erro na identificação do sujeito passivo;
- ✓ Como está **ausente a comprovação de intuito doloso** é impossível a aplicação do artigo 135 do CTN;
- ✓ Além do mais **não ocorreu quaisquer atos** praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;
- ✓ Equívoca e descabida a aplicação da multa qualificada; e
- ✓ Requer, ao final, em síntese, o conhecimento e o provimento de seu recurso.

Por fim, há o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, responsável solidário, **MIGUEL GELLERT KRIGSNER**, fls. 02499/02555, que alega, em síntese, quase as mesmas razões do responsável solidário ARTUR.

- ✓ A diferença consta em alegar que:
- ✓ Não ocupa nem ocupou nenhum cargo de administração na Cálamo (devedor principal) à época das supostas infrações;
- ✓ A Autoridade Fiscal reconhece que o Recorrente não exercia nenhum cargo de gerência ou administração na Cálamo e pretende atribuir a qualidade de administrador "de fato" a este para que, assim, possa fundamentar a atribuição de responsabilidade solidária com base no artigo 135 do CTN;
- ✓ Ocorre que, em momento algum o artigo 135 do CTN indica, dentre aqueles capazes de serem pessoalmente responsáveis, a figura do "administrador de fato", cujo conceito, inclusive, não foi trazido e desenvolvido pela Autoridade Fiscal e pela DRJ;
- ✓ Por meio do Parecer CST 48/72 a Administração Federal Tributária já manifestou o seu entendimento acerca dos conceitos de diretores e

Fl. 26 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

administradores das sociedades empresárias, onde se verifica que a a figura do tal "administrador de fato" não se adequa às hipóteses trazidas pelo artigo 135, do CTN e não se inclui nem mesmo nos conceitos de diretor ou administrador adotados pela própria Administração Tributária;

- ✓ Apesar de devidamente questionada na impugnação a Turma Julgadora, na linha da acusação fiscal, não indica as condutas supostamente praticadas que dariam azo à responsabilização tributária;
- ✓ Os sócios não se enquadram nas previsões do Art. 135, do CTN;
- ✓ Ao indicar como pressuposto fático, para a atribuição de responsabilidade tributária, ato praticado pelo Recorrente na posição de acionista da Cálamo, a Autoridade Fiscal e a DRJ deixaram de descrever a suposta conduta do Recorrente que resultaria na hipótese prevista no artigo 135 do CTN, pois deveriam descrever qual ato de administração foi praticado;
- ✓ Por fim, requer o conhecimento e o provimento de seu recurso.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou suas contra razões, fls. 02627/02679, argumentando, em síntese, que:

- Não houve nulidade alguma, pois não estão demonstradas as causas de nulidade, expressas no Art. 59, do Decreto 70.235/1972;
- Para a verificação da dedutibilidade da despesa os Arts 299 e 462 do RIR/99 podem e devem ser verificados conjuntamente;
- Os recebimentos do BRADESCO BERJ buscavam outro fim;
- Os valores pagos a título de participação nos lucros, como remuneração das debêntures, não se enquadram na concepção de despesas necessárias, normais ou usuais;
- A parcela de remuneração de debentures paga aos fundos Tsadik e Quartzão são, na verdade, participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores;
- Incabível o cálculo de parcela de remuneração paga com lucros apurados antes da emissão das debêntures;
- As regras de dedutibilidade do IRPJ devem ser aplicadas à dedutibilidade da CSLL;
- A multa isolada e a multa de ofício devem ser aplicadas concomitantemente;
- A multa qualificada foi corretamente aplicada;
- São cabíveis juros sobre a multa de ofício;

Fl. 27 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

- Os responsáveis solidários devem ser mantidos; e
- Deve ser negado provimento ao Recurso Voluntário.

O Recurso foi enviado ao CARF, para análise e decisão.

É o relatório.

VOTO:

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator.

ADMISSIBILIDADE:

Os recursos atendem aos requisitos de admissibilidade previstos na Legislação, sendo tempestivos e pertinentes, motivo pelo qual deles se toma conhecimento, para examinar as razões trazidas pelos recorrentes.

PRELIMINAR:

Nas preliminares, há questão a ser analisada.

Uma das infrações possui o seguinte fundamento:

9.3 – PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS

No Instrumento Particular de Escritura da 1ª (primeira) Emissão de Debêntures, Não Conversíveis em Ações (fls --) há a cláusula 4.9.8.2 que obriga o emitente ao pagamento de participação nos lucros calculado através de um percentual do EBTIDA. No Instrumento Particular de Escritura da 2ª (segunda) Emissão de Debêntures, Não Conversíveis em Ações (fls --) há a cláusula 4.9.8.2 com as mesmas condições. Todas as debêntures emitidas na Primeira e Segunda Emissão de Debêntures foram adquiridas pelo fundo de investimento Sirius Crédito Fundo de Investimento em Direitos Creditórios conforme demonstrado nos documentos apresentados pelo contribuinte (fls.).

Conforme demonstrado anteriormente no item 6 – DA COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA DA CÁLAMO, a participação direta e indireta de Miguel Gellert na Cálamo é quatro vezes superior à participação de Artur Noemio. Isto ocorre até mesmo na distribuição de dividendos e juros sobre capital próprio, conforme demonstrados nas atas de Assembleia Geral Ordinária (fls. 43 a 46), sendo que a G&K Holding Ltda, apesar de possuir 99% (noventa e nove por cento) das ações da Cálamo, recebe uma fração de dividendos e JCP, mais uma demonstração que os reais acionistas são Miguel Gellert e Artur Noemio.

Esta mesma relação de 4 para 1 entre Miguel Gellert e Artur Noemio ocorre também em suas participações no fundo de investimento SIRIUS Crédito Fundo de Investimento em Direitos Creditórios desde a sua fundação que se dá através de seus fundos de investimento exclusivos Tsadik (de Miguel Gellert) e Quartzo Azul (de Artur Noemio). O fundo Tsadik possui 13,333% do fundo Sirius e o fundo Quartzo Azul 3,333%, que é uma relação de 4 para 1 igual a existente em suas participações acionárias direta e indireta na Cálamo. Ou seja, no fundo de investimento Sirius os dois acionistas mantiveram a mesma relação de participação que há na Cálamo.

Fl. 28 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

O fundo de investimento Sirius é gerido pela PHRONESIS INVESTIMENTOS LTDA, CNPJ 10.479.557/0001-00, que é a mesma gestora dos fundos de investimento exclusivos Tsadik e Quartzo Azul de Miguel Gellert e Artur Noemio, respectivamente, **o que demonstra que os verdadeiros proprietários de fato do fundo Sirius são os dois únicos acionistas de fato da Cálamo, Miguel Gellert e Artur Noemio.**

Estes fatos demonstram que a participação indireta dos dois sócios pessoa física da empresa fiscalizada no fundo de investimento Sirius, através dos seus fundos investimentos exclusivos (Tsadik e Quarto Azul), teve como finalidade de se apropriar de parte da distribuição de lucros que foi proporcionada pela Primeira e Segunda Emissão de Debêntures da Cálamo. Estas participações nos lucros foram escrituradas como despesas financeiras e não adicionadas na apuração do lucro real, o que ocasionou uma redução do lucro tributável. Essa distribuição de lucros a que teve direito os debenturistas é calculada através de um percentual do EBTIDA que está demonstrado nos itens 3.5 e 4.5 – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS, que descrevemos novamente abaixo.

Primeira Emissão de Debêntures	
Ano-calendário	Participação nos lucros (percentual do EBTIDA)
2013	15,38%
2014	11,38%
2015	5,99%

Segunda Emissão de Debêntures	
Período	Participação nos lucros (percentual do EBTIDA)
09/2014 a 11/2014	35%
12/2014 a 05/2015	35%
06/2015 a 11/2015	26%
12/2015 a 05/2016	26%
06/2016 a 11/2016	21%
12/2016 a 05/2017	21%

Elaboramos o demonstrativo abaixo com a finalidade de demonstrar a alta participação relativa sobre o lucro líquido da empresa que as debêntures da primeira e segunda emissão obtiveram.

Ano-calendário	Lucro líquido	PL - 1ª emissão	% PL/LL	PL - 2ª emissão	% PL/LL
2013	445.608.073,48	87.132.996,55	19,55%	0,00	0,00
2014	367.833.947,92	61.393.073,26	16,69%	96.181.633,35	26,15%
2015	447.714.000,00	36.228.000,00	8,09%	177.203.000,00	39,58%

Do exame do parágrafo único do artigo 58, do Decreto-Lei nº 1.598/77, combinado com o parágrafo 3º do artigo 45, da Lei nº 4.506/64, conclui-se que a autorização para excluir do lucro líquido do exercício as participações nos lucros asseguradas a debêntures de sua emissão **não se estende aos casos em que essas participações sejam atribuídas a seus dirigentes e administradores, mesmo que indiretamente.**

Com a finalidade de contornar esta restrição legal, os dois acionistas pessoa física da Cálamo utilizaram-se de fundo de investimento. Primeiramente constituíram o fundo de investimento Sirius e após, os seus fundos de investimento exclusivos Tsadik e Quartzo Azul adquiriram cotas do fundo Sirius, que por sua vez adquiriu as debêntures emitidas pela Cálamo, com isso tentou-se blindar os reais beneficiários das participações nos lucros, no caso os dois únicos proprietários de fato da Cálamo, Miguel Gellert e Artur Noemio. Além do fato de que se apropriaram de parte dos lucros da Cálamo e escrituraram estas participações nos lucros como despesa financeira, o que diminuiu o lucro tributável.

Fl. 29 da Resolução n.º 1302-001.186 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.721414/2018-71

Ocorre que em suas alegações a Recorrente afirma que somente o Bradesco BERJ, detentor da grande maioria das ações do fundo Sirius, 83,33%, por ser acionista sênior, recebeu, no período da autuação algum recurso das debentures. Para os outros fundos, subordinados – em que a fiscalização informa que seus proprietários são os mesmos da Cálamo – não teriam sido distribuídos quaisquer recursos.

Com isso, devido haver dúvida sobre essa informação, conforme relato integral da infração, acima, necessário se faz converter o julgamento em diligência, a fim de que a autoridade fiscal se pronuncie sobre o recebimento, ou não, de valores, por parte dos fundos dos acionistas da recorrente, no período da autuação, já que há a acusação de recebimento de participação nos lucros pelos acionistas.

Outro ponto a esclarecer é se as notas promissórias estavam em poder da empresa Bradesco BERJ, participante do Fundo SIRIUS, ou de outra instituição, já que há acusação de que o motivo para a participação nesse Fundo seria a quitação dessas notas.

Portanto, decide-se converter o julgamento em diligência, a fim de que a autoridade fiscal emita Parecer Conclusivo esclarecendo essas duas questões.

Após essa medida, deve ser dada ciência aos recorrentes, para caso desejem, apresentem seus argumentos, em prazo de trinta dias de suas ciências.

CONCLUSÃO:

Por tudo exposto, no relatório e voto, converte-se o julgamento em diligência, para as providências cabíveis.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira