



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.721414/2018-71
ACÓRDÃO	1302-007.528 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	23 de setembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO. Fica afastada hipótese de nulidade de crédito constituído quando há evidência de constituição por autoridade competente e atendimento a requisitos formais que possibilitem exercício de direito de defesa.

NULIDADE DE TERMO DE RESPONSABILIDADE. Há nulidade de termo de responsabilidade quando a autoridade tributária, ao formalizá-lo, descumpre requisitos fundamentais para pleno exercício de defesa do sujeito responsabilizado.

EMIÇÃO DE DEBÊNTURES COM PARTICIPAÇÃO DE LUCROS. SUBSTITUIÇÃO DE DÍVIDA. LICITUDE DA OPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ARTIFICIALIDADE. DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS FINANCEIRAS.

A emissão de debêntures com participação de lucros, ainda que não seja usual, não é ilegal, porquanto prevista no artigo 56 da Lei nº 6.404/1976.

No caso concreto, a recorrente demonstra as razões econômicas que justificaram a substituição da dívida originária que detinha. A emissão das debêntures envolveu terceiro independente, teve classes distintas de cotas do fundo subscritor e fixou a remuneração do valor mobiliário de forma que não onerou excessivamente a companhia. Em suma, as razões econômicas subjacentes ao negócio jurídico são convergentes com os interesses tanto da companhia emissora quanto do fundo subscritor das debêntures.

Não existe artificialidade no negócio jurídico lícito e provido de razoabilidade econômica, financeira e contábil, de modo que os efeitos relacionados à dedutibilidade das despesas financeiras não podem ser

desconsiderados pela autoridade fiscal, garantindo-se à contribuinte a dedutibilidade das despesas.

ACUSAÇÃO FISCAL DE REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES COM A EMISSÃO DE DEBÊNTURES. FATO NÃO COMPROVADO NO PERÍODO FISCALIZADO.

A autoridade fiscal entendeu que a emissão das debêntures com participação de lucros teve o objetivo de remunerar os administradores da recorrente, cotistas do fundo subscritor dos valores mobiliários.

Entretanto, em diligência, foi confirmado que no período fiscalizado não houve amortização direcionada aos fundos cujos cotistas eram os administradores da recorrente, em razão de amortização privilegiada das cotas seniores.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, e, no mérito, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Relator, que votou por dar parcial provimento ao recurso para afastar as responsabilidades solidárias atribuídas e a qualificação da multa. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Henrique Nimer Chamas.

Assinado Digitalmente

Marcelo Izaguirre da Silva – Relator

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas – Redator Designado

Assinado Digitalmente

Sérgio Magalhães Lima – Presidente

Participaram da Sessão de Julgamento os conselheiros(as) Marcelo Izaguirre da Silva, Henrique Nimer Chamas, Alberto Pinto Souza Junior, Miriam Costa Faccin, Natália Uchôa Brandão e Sérgio Magalhães Lima (Presidente).

RELATÓRIO**DELIMITAÇÃO DA ESSÊNCIA DO LITÍGIO****Preliminares**

1. Em pedido Preliminar ao julgamento de mérito a **Delimitação da Essência do Litígio** resume-se a Pedido de Declaração de Nulidade relacionado aos seguintes assuntos:
 - a) Erro de Fundamentação Legal.
 - b) Preterição a Direito de Defesa
 - c) Incompetência da Autoridade Julgadora de Primeira Instância para realizar novo lançamento.
 - d) Nulidade de Termos de Responsabilização de sujeitos passivos solidários.

Mérito

2. Em questões de julgamento de mérito a Delimitação da Essência do Litígio resume-se a Planejamento Tributário envolvendo, na visão do Fisco, as seguintes despesas indedutíveis geradas por processo de substituição de dívidas baseada em emissão de Debêntures e outros títulos bancários:

DESPESAS INDEDUTÍVEIS	
Tipo	Montante R\$
Despesas Financeiras	268.017.050,71
Despesas Não Necessárias	37.086.467,06
Despesas de Participações nos Lucros	35.128.072,59
Total R\$	340.231.590,36

3. Na visão do Fisco, tais despesas, envolvendo principalmente prêmios em emissão de debêntures transformados em despesa financeira dedutível na referida substituição de dívida, foram consideradas não usuais, atípicas e anormais para operações e negócios jurídicos do gênero.

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

INFORMAÇÕES ESSENCIAIS

Composição do Crédito

4. O processo trata de constituição de crédito tributário de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), Multas Isoladas, Multa Qualificada de Ofício de 150% e Responsabilização Solidária. O valor atualizado do crédito é de aproximadamente R\$ 603,2 milhões.

Infrações Constituídas

5. Os Autos de Infração instruídos nos autos abarcam infrações relacionadas com Despesas Financeiras Indedutíveis, Despesas Não Necessárias e Multas Qualificadas e Isoladas.

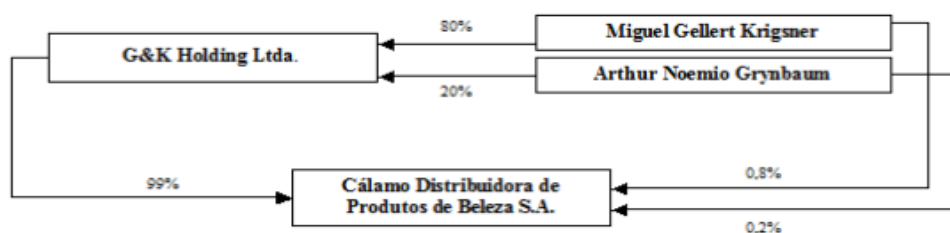
FUNDAMENTOS DO RELATÓRIO FISCAL

Planejamento Tributário – Debêntures

6. O crédito constituído ocorreu em face de operações com debêntures decorrentes de suposto planejamento tributário ilícito. A Recorrente atua em atacado de produtos de beleza e integra o grupo empresarial Boticário.

Quadro Societário

7. A estrutura societária da empresa revela participação acionária concentrada, direta e indiretamente, em duas pessoas físicas, na proporção de **80% e 20%**:



Emissão de Debêntures

8. Houve duas emissões de debêntures não conversíveis em ações, em ofertas restritas e séries únicas:

PRIMEIRA: aprovada em assembleia geral extraordinária de **24/4/13**, para ser expedida em quinhentos títulos de valor unitário de R\$ 650 mil e prêmio de subscrição de R\$ 350 mil, gerando fluxo de R\$ 500 milhões (R\$ 325 milhões em debêntures e R\$ 175 milhões em prêmios).

SEGUNDA: aprovada em assembleia geral extraordinária de **9/9/14**, para a expedição de setecentos títulos de valor unitário de R\$ 600 mil, com prêmio de subscrição de R\$ 400 mil, gerando fluxo de R\$ 700 milhões (R\$ 420 milhões em debêntures e R\$ 280 milhões em prêmios). Os vencimentos das debêntures foram previstos para os seguintes prazos:

Número	Primeira emissão		Segunda emissão	
	Vencimento principal	% de amortização	Vencimento principal	% de amortização
1	31/7/13	13%	22/12/14	8%
2	31/3/14	13%	30/6/15	8%
3	31/7/14	13%	22/12/15	8%
4	31/3/15	13%	30/6/16	8%
5	31/7/15	13%	22/12/16	8%
6	31/3/16	35%	30/6/17	60%
	Total	100%	Total	100%

Remuneração das Debêntures

9. As debêntures seriam remuneradas por juros incidentes a partir da integralização e subscrição, equivalentes a 100% das taxas médias diárias dos depósitos interfinanceiros (DI), adicionado da sobretaxa de 1,25% ao ano, no caso da primeira emissão, e 1,20% ao ano, no caso da segunda.
10. Adicionalmente, os debenturistas fariam jus a participação nos lucros correspondente a percentuais incidentes sobre o EBITDA1, conforme dos padrões transcritos na planilha adiante:

Primeira emissão		Segunda emissão	
Ano-calendário	% sobre o EBITDA	Período	% sobre o EBITDA
2013	15,38%	9/2014 a 11/2004	35%
2014	11,38%	12/2014 a 5/2015	35%
2015	5,99%	6/2015 a 11/2015	26%
		12/2015 a 5/2016	26%
		6/2016 a 11/2016	21%
		12/2016 a 5/2017	21%

Fundo de Investimentos

11. Todas as debêntures emitidas foram adquiridas pelo fundo de investimento Sirius Crédito Fundo de Investimento. Esse fundo foi constituído em 28/2/13 e teve início em 22/4/13, com

duração prevista para quatro anos, permitida prorrogação ou liquidação nas hipóteses previstas no regulamento ou por deliberação da assembleia geral dos titulares de suas cotas.

12. Tal Fundo foi concebido sob a forma de condomínio fechado, com duas classes de cotas, de acordo com a preferência em relação à amortização (sênior e subordinada), e gerido por **Phronesis Investimentos Ltda.** Os quadros a seguir demonstram a composição dos cotistas e outros detalhes da operação:

Cotista	Tipo	De 22/5/13 a 15/5/14		De 16/5/14 a 22/9/14		A partir de 23/9/14	
		Número de cotas	Participação no fundo	Número de cotas	Participação no fundo	Número de cotas	Participação no fundo
Tsadik FIM CP IE	Subordinada	736	12,267%	800	13,333%	1920	13,333%
Quartzo Azul FIM CP IE	Subordinada	184	3,067%	200	3,333%	480	3,333%
Boticário Prev. Soc. Previdência Privada	Subordinada	80	1,333%	-	-	-	-
Banco Bradesco Berj S/A	Sênior	5000	83,333%	5000	83,333%	12000	83,333%
Totais		6000	100,000%	6000	100,000%	14400	100,000%

Obs.: O Boticário Previdência Social alienou as suas oitenta cotas para os fundos Tsadik (64) Quartzo Azul (16) em 16/5/14.

SIRIUS CRÉDITO FIDC - SUBORDINADA JR						
Data	Cotista	CNPJ	Operação	Valor Cota	Número de cotas	Valor
22/05/2013	Tsadik FIM CP IE	13.071.579/0001-25	Integralização de Cota	100.000,00	736	73.600.000,00
22/05/2013	Quartzo Azul FIM CP IE	13.071.581/0001-02	Integralização de Cota	100.000,00	184	18.400.000,00
22/05/2013	Boticário Prev. Soc. Previd. Privada	00.998.828/0001-80	Integralização de Cota	100.000,00	80	8.000.000,00
16/05/2014	Boticário Prev. Soc. Previd. Privada	00.998.828/0001-80	Venda	107.215,51	80	8.577.240,44
16/05/2014	Quartzo Azul FIM CP	13.071.581/0001-02	Compra	107.215,51	16	1.715.448,09
16/05/2014	Tsadik FIM CP	13.071.579/0001-25	Compra	107.215,51	64	6.861.792,35
22/09/2014	Tsadik FIM CP	13.071.579/0001-25	Integralização de Cota	100.000,00	1120	112.000.000,00
22/09/2014	Quartzo Azul FIM CP	13.071.581/0001-02	Integralização de Cota	100.000,00	280	28.000.000,00
SIRIUS CRÉDITO FIDC - SENIOR						
Data	Cotista	CNPJ	Operação	Valor Cota	Número de cotas	Valor
22/05/2013	Banco Bradesco BERJ S/A	33.147.315/0001-15	Integralização de Cota	100.000,00	5.000	500.000.000,00
SIRIUS CREDITO FIDC - SENIOR - 2ª SERIE						
Data	Cotista	CNPJ	Operação	Valor Cota	Número de cotas	Valor
22/09/2014	Banco Bradesco BERJ S/A	33.147.315/0001-15	Integralização de Cota	100.000,00	7.000	700.000.000,00

13. Os fundos de investimentos Tsadik e Quartzo Azul também eram geridos pela Phronesis Investimentos. Cada um possuía apenas um cotista: do primeiro, Miguel Gellert Grigsner; do segundo, Artur Noemio Grynbaum – os mesmos sócios pessoas físicas da atuada.
14. A relação entre as participações de Miguel Gellert Grigsner e Artur Noemio Grynbaum sobre as cotas do fundo Sirius sempre se efetivou na mesma proporção de 4:1 (80% por 20%), refletindo a correlação de domínio societário sobre a G&K Holding e sobre a interessada.

Entendimento da Fiscalização

15. Com referência à remuneração das debêntures, a fiscalização entendeu que os juros remuneratórios baseados em DI, com sobretaxas de 1,2% e 1,25% atenderiam às condições de

- mercado e aos critérios da necessidade, usualidade e normalidade dos dispêndios de desenvolvimento das atividades empresariais, nos termos do art. 299 do RIR/99.
16. No entanto, as participações sobre os lucros baseadas em percentuais de EBITDA fugiriam desses parâmetros e não teriam propósito negocial.
 17. Segundo o entendimento fiscal, a participação nos lucros teria a finalidade de devolver e remunerar os debenturistas pelos elevados prêmios, equivalentes a cerca de 54% (1ª emissão) e 66% (2ª emissão), criando ainda a ficção de transformar a "amortização" do prêmio em despesa financeira para Cálamo, aumentando as deduções que sensibilizariam direta e artificialmente o lucro tributável.
 18. A intenção de recompensar o prêmio também ficou patente pelo pagamento de participação sobre lucros correspondentes a períodos anteriores à emissão das debêntures.
 19. A amortização das cotas do fundo investidor, no montante aproximado de R\$ 1,3 bilhões, foi destinada primeiramente ao único cotista sênior, o Bradesco Berj:

Cód. CETIP: 1739013SIR						
MENSAGEM	NUMERO STR	DATA	HORA	D/C	VALOR	DOC
LDL0005R2	STR20130731000156724	31/07/2013	12:43:18	C	92.404.499,51	DOC 2.5.1
STR0006R2	STR20140331000123050	31/03/2014	15:02:27	C	114.424.952,36	DOC 2.5.2
STR0006R2	STR20140731000081476	31/07/2014	14:41:05	C	96.917.132,62	DOC 2.5.3
STR0006R2	STR20150331000105240	31/03/2015	14:03:57	C	105.258.350,92	DOC 2.5.4
STR0006R2	STR20150731000182219	31/07/2015	16:12:54	C	91.399.801,40	DOC 2.5.5
STR0006R2	STR20160331000191120	31/03/2016	15:44:10	C	91.960.697,16	DOC 2.5.6

Cód. CETIP: 1739014SIR						
MENSAGEM	NUMERO STR	DATA	HORA	D/C	VALOR	DOC
STR0006R2	STR20141222000160009	22/12/2014	16:33:00	C	138.826.784,02	DOC 2.5.7
STR0006R2	STR20150630000093258	30/06/2015	13:58:38	C	157.799.626,18	DOC 2.5.8
STR0006R2	STR20151222000103563	22/12/2015	12:49:34	C	151.159.794,40	DOC 2.5.9
STR0006R2	STR20160630000198289	30/06/2016	15:12:01	C	144.446.142,12	DOC 2.5.10
LTR0005R2	STR20161222000212833	22/12/2016	12:15:17	C	116.666.666,66	DOC 2.5.11
LTR0005R2	STR20161222000212834	22/12/2016	12:15:17	C	17.063.345,73	DOC 2.5.12

Despesas Financeiras Indedutíveis

20. O Fisco analisou as transações, autuando a interessada. As despesas com participações nos lucros que superaram a rentabilidade que se daria com base nos juros remuneratórios foram consideradas como despesas financeiras indedutíveis (veja-se planilha de fl. 1302).
21. A fiscalização entendeu que a utilização do fundo de investimento Sirius para se apropriar da distribuição de lucros, proporcionada pelas emissões de debêntures, na mesma proporção de uma distribuição direta dos lucros da Cálamo aos seus acionistas, constituiu subterfúgio para aumentar as despesas financeiras da autuada e, com isso, diminuir o lucro tributável.

Despesas Desnecessárias

22. Os pagamentos, por mera liberalidade, das participações nos lucros, proporcionais a períodos anteriores à emissão das debêntures, foram reputados como despesas desnecessárias.
23. Os valores pagos aos fundos de investimentos Tsadik e Quartzo Azul foram tidos como participações não dedutíveis, uma vez que os fundos eram de domínio exclusivo dos sócios da Cálamo e a legislação não autoriza a dedutibilidade de participações atribuídas a dirigentes ou administradores de pessoa jurídica (Lei 4.506/64, art. 45, § 3º).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

24. Diante da artificialidade das operações, o Fisco constituiu multa de ofício qualificada de 150%, conforme autorizado pelo art. 44, I, § 1º, da Lei 9.430/96.

MULTAS ISOLADAS

25. As infrações revelaram falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre a base estimada mensal. Em vista disso, houve aplicação de multa isolada de 50%, prevista no art. 44, II, da Lei 9.430/96.

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA

26. Com base no artigo 135 (no Auto de Infração não há indicação do inciso deste dispositivo) da Lei 5.172/66 MIGUEL GELLERT KRIGSNER e ARTUR NOEMIO GRYNBAUM foram imputados como responsáveis solidários pelos créditos constituídos.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

27. Discordando do Fisco, visando suspender o crédito constituído, a Recorrente apresentou Impugnação em desfavor dos argumentos explicitados no Relatório Fiscal. No acórdão de primeira instância que julgou o recurso consta o seguinte conteúdo:

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.

SEGUNDA INSTÂNCIA

28. Discordando das argumentações explicitadas na Decisão de Primeira Instância, a Recorrente e Responsáveis Solidários apresentaram Recursos Voluntários em separado invocando, em essência, argumentações similares a aquelas incluídas na Impugnação.
29. Em tal recurso, há explicitação de argumentos contrários ao entendimento unânime exarado na referida decisão. Seguem fundamentos essenciais das alegações. Os argumentos dos Responsáveis Solidários serão analisados em tópico específico em análise preliminar.

PRELIMINARES

30. A Recorrente (Sujeito Passivo Principal) pede declaração de anulação da presente constituição de crédito baseada na ideia de que houve Erro de Fundamento Legal, Preterição do Direito de Defesa e Incompetência de Autoridade Julgadora.

Erro de Fundamentação Legal

31. A Recorrente, alegando erro de fundamentação legal em mesmos termos de interposição de recurso para a primeira instância de julgamento, afirma que há dispositivo específico (Artigo 462 do RIR) que trata de dedutibilidade de remuneração baseada em participação em lucros atrelada a debêntures.
32. Na continuidade, afirma-se que, diversamente da condição geral imposta pelo artigo 299 do RIR/99, a referida norma específica (Artigo 462 do RIR) não estabelece qualquer requisito para a dedutibilidade das despesas em questão, muito menos que a despesa seja necessária, usual ou normal, como indevidamente supôs a Autoridade Fiscal, bem como, a própria DRJ (embora a normalidade, necessidade e usualidade estejam presentes, como será mais adiante demonstrado).
33. Na visão da Recorrente, tal contexto (uso de norma geral, artigo 299 do RIR, em detrimento de norma específica contida no artigo 462 do RIR) configura grave vício de fundamentação, que é motivo mais que suficiente para que se reconheça a nulidade da constituição de crédito.
34. Em resumo, conforme indicado, pede-se declaração de nulidade baseada na ideia de que o fundamento adotado pela autoridade fiscal (art. 299 do RIR/99) não corresponde à disposição legal vigente e aplicável à dedutibilidade das despesas consideradas indedutíveis. Alega-se

que, por antinomia de normas, deve ser preconizada regra de que "a norma especial prefere a geral".

35. Assim, seriam aplicáveis os artigos 374 e 462, I, do RIR/99, que não exigem necessidade, usualidade e normalidade como requisitos para a dedutibilidade de despesa atrelada a emissão de debênture própria.

Nulidade do Acórdão Recorrido — Preterição do Direto de Defesa

36. No entendimento da Recorrente, instruído a partir da folha 2181, houve preterição ao seu direito de defesa. Isto porque, a DRJ alterou o fundamento do lançamento (inclusão de simulação, ausência de propósito negocial, artificialidade e outras matérias) no acórdão recorrido, ao utilizar para as suas conclusões, ilações que não foram desenvolvidas pela Autoridade Fiscal, fato que ocasionou supressão de instância e outras consequências, ferindo o direito ao contraditório e a ampla defesa, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade do referido acórdão.

Incompetência da Autoridade Julgadora - Exigência de CSLL – Adição

37. Em função de cancelamento de adições de participações em lucros (infração CSLL), a DRJ procedeu ao acréscimo à base de cálculo de despesa financeira indedutível. Neste sentido, alega-se incompetência da DRJ para formalizar lançamento fiscal complementar (adição). Entende-se que, ao haver acréscimo de tal montante em outro item do crédito constituído (IRPJ), nasce motivação de nulidade da decisão recorrida.

MÉRITO

38. No mérito, caso não seja determinada nulidade ou reforma integral do acórdão recorrido e o consequente cancelamento integral dos lançamentos tributários, a Recorrente explicita argumentos contidos nos tópicos que seguem.

LICITUDE DA EMISSÃO DE DEBÊNTURES

39. Na visão da Recorrente, as emissões de debêntures se deram de forma lícita e adequada para alcançar a readequação do perfil do endividamento e da relação entre dívida e capital, mediante captação de recursos expressivos no mercado, aplicados no desenvolvimento do objeto social. A emissão de debêntures com participação nos lucros é espécie de valor mobiliário expressamente prevista na legislação.

40. A participação nos lucros era interessante para viabilizar a captação de recursos expressivos, necessários para a atividades da empresa, para representar um passivo exigível de menor valor, melhorar os índices financeiros, diferir a tributação do prêmio enquanto ele fosse mantido em conta de reserva e permitir remuneração variável com apenas um percentual razoável dos lucros, sem ônus excessivo em caso de cenário adverso.
41. Apesar dos riscos elevados do negócio devido às incertezas quanto à performance futura da Recorrente ou da taxa DI, o debenturista (fundo Sirius) poderia alcançar retorno condizente, caso se concretizassem suas projeções de bons resultados, proporcionando remuneração mais vantajosa do que aquela aplicável a uma dívida remunerada apenas por uma taxa predeterminada.
42. O Fisco, na tentativa de descaracterizar a racionalidade dos termos negociados, afirmou que os prêmios representavam 54% e 65%, quando, na verdade correspondiam a 35% e 40% – percentuais normais, razoáveis e em linha com o mercado.
43. A autuação deixa de respeitar a legislação então vigente e não analisa corretamente as circunstâncias fáticas que permeiam o caso.
44. A Recorrente objetivou obter recursos expressivos no mercado para o desenvolvimento de seu objeto social e das suas atividades, sendo que as debêntures, com remuneração dividida entre uma parcela sobre taxa DI (renda fixa com taxa flutuante) e outra sobre participação em seus lucros (renda variável), alcançavam a melhor condição de mercado possível.
45. Os instrumentos de emissão das debêntures, respaldados em assembleias gerais extraordinárias, obrigavam a Recorrente a calcular a participação em seus lucros considerando tanto o exercício social de 2013 (primeira emissão), quanto todo o mês de setembro de 2014 (segunda emissão).
46. A participação nos lucros atrelada às debêntures não se confunde com a participação nos lucros concedida pelas companhias a seus colaboradores em decorrência da relação de trabalho (hipóteses dos incisos I e II do art. 58 do Decreto-Lei 1.598/77).

Planejamento Tributário Lícito

47. A Constituição Federal contém princípios que asseguram aos contribuintes o direito de auto-organizar suas atividades livremente, valendo-se de opções não vedadas pela legislação para alcançarem os seus objetivos, ainda que representem menor onerosidade fiscal (planejamento tributário lícito).
48. A condição de acionista da Recorrente não perfaz as características de administrador. Desta forma, seria inaplicável o fundamento legal utilizado pela fiscalização.

49. A participação nos lucros da companhia, destinada a seu administrador não inclui os acionistas, cuja remuneração está atrelada à valorização da participação que detêm, realizada através da distribuição de dividendos.
50. O Fisco não determinou a origem dos rendimentos que compuseram a valorização das cotas do Sirius: se oriunda da remuneração variável das debêntures ou dos demais investimentos do ativo do Sirius.
51. O Fisco não pode desconsiderar a operação realizada pela Recorrente e imputar o negócio jurídico como artificial ou fictício porque não tem amparo legal, uma vez que o art. 116 do CTN depende de regulamentação por lei ordinária.

Razões Negociais (Propósito Negocial)

52. Alega-se que houve razões negociais legítimas para a realização das operações com debêntures, sendo os efeitos fiscais – incertos no momento da emissão – uma consequência da operação e não a sua causa.
53. O lançamento das debêntures se deu mediante realização de oferta pública, com esforços restritos de colocação, com liquidação em ambiente da Cetip – Mercados Organizados, tendo o principal aporte do fundo adquirente sido originário de parte não relacionada (terceiro independente), o Bradesco Berj, segundo o seu próprio interesse negocial e em posição antagônica à da Recorrente.
54. As operações em tela não decorreram de propósito exclusivamente fiscal, mas em um cenário de negociação sob parâmetros de mercado e com efetivo propósito negocial.

Relações Jurídicas Distintas

55. O Fisco tentou equiparar ou atribuir natureza semelhante a três relações jurídicas distintas, que se submetem a diferentes regimes jurídicos:
- (i) uma decorrente da **relação societária de acionista**, os quais se obrigaram a integralizar o capital social e adquiriram determinados direitos como o de receber dividendos com suas respectivas participações.
 - (ii) uma derivada da **operação em que os cotistas se obrigaram a contribuir para a formação do fundo Sirius**, recebendo direitos legais e regulamentares como o de vender as cotas valorizadas ou respectivas amortizações resultantes dos recursos advindos de remuneração dos investimentos.
 - (iii) **uma, configurada no presente caso, resultante da emissão das debêntures**, em que a Recorrente é a emissora e o Sirius o adquirente e credor das remunerações advindas dos títulos.

Notas Promissórias

56. A captação de recursos mediante emissão de notas promissórias foi um expediente simplificado que a contribuinte utilizou para obter recursos imprescindíveis imediatamente.
57. O financiamento pela emissão de notas promissórias proporcionou tranquilidade para definir as condições para a emissão das debêntures – títulos que, apesar de mais complexos, tinham retorno em longo prazo.
58. Não houve "troca" da dívida com efeitos comutativos, mas mudança do perfil da dívida, resultando em um aumento de valores captados com impacto positivo nos índices de endividamento, alongamento do prazo de pagamento e mudança na forma e base de remuneração (parte fixa e parte variável).

Terceiros Independentes

59. Não haveria razão para que o fundo Sirius ou o seu controlador, o Bradesco Berj, que são terceiros independentes, assumissem risco de perderem valores relevantes simplesmente para criar uma despesa dedutível para a Recorrente.
60. A operação não contém os elementos condenados pela jurisprudência administrativa, na medida em que houve efetiva captação de recursos, as partes envolvidas eram independentes e os percentuais do prêmio e da participação nos lucros eram razoáveis.
61. Os fundos de investimento multimercado Tsadik e Quartzo Azul, cujos cotistas eram os acionistas pessoa física da Recorrente, não eram os únicos nem os principais cotistas do Sirius, mas detinham participação minoritária e subordinada ao cotista majoritário, o Bradesco Berj – terceiro independente e titular das cotas seniores.
62. Os acionistas da Recorrente são pessoas físicas que não compunham o quadro de cotistas do Sirius nem receberiam eventual remuneração baseada na participação nos lucros da Recorrente. No máximo, teriam recebido remuneração na qualidade de cotistas dos fundos Tsadik e Quartzo Azul, por terem direito em razão do capital atribuído para a formação do Sirius.
63. Os recursos disponíveis no Sirius foram distribuídos somente para o Bradesco Berj, de modo a amortizar suas cotas seniores, não havendo qualquer transferência de recursos aos fundos Tsadik e Quartzo no período autuado.

Atendimento a Requisitos de Necessidade, Usualidade e Normalidade - Dedutibilidade

64. Na diretriz do propósito negocial, alega-se que as operações em questão atendem aos requisitos da necessidade, usualidade e normalidade.
65. Os recursos captados com as debêntures foram aplicados estritamente no exercício das atividades da Recorrente, constituindo reforço de capital de giro.
66. Além de não aplicar o fundamento legal correto, a autoridade fiscal não indicou, especificamente, os requisitos que não teriam sido cumpridos para que as despesas fossem tachadas de desnecessárias, não usuais e anormais.
67. Não só foram adimplidos os termos do artigo 462, I, do RIR/99, quanto à dedutibilidade das despesas com pagamento de participação dos lucros assegurada às debêntures, como também as disposições do artigo 299 do mesmo diploma.
68. Se quisesse vedar a possibilidade de dedução das despesas com o pagamento de remuneração com base na participação nos lucros atrelada a debêntures emitidas com prêmio de subscrição, o legislador tê-lo-ia feito quando da edição das Leis 11.941/09 ou 12.973/14.
69. A imputação aos senhores Miguel Krigsner e Artur Grynbaum de condutas típicas de acionistas não é suficiente para o preenchimento da hipótese legal da indedutibilidade das despesas. o Sr. Miguel não ocupou cargo de administração na Recorrente no período em análise – a fiscalização não esclareceu em que se baseou para atribuir-lhe a qualificação de administrador de fato.

Exclusão do Lucro Real

70. É fato que o prêmio oriundo da emissão de debêntures comporia o resultado da companhia, sendo excluído da apuração do lucro real e não tributado enquanto mantido em conta de reserva de lucros (diferimento da tributação sobre o prêmio).

OUTROS TEMAS DE MÉRITO

71. Adicionalmente aos argumentos mencionados nos tópicos anteriores, subsidiariamente, caso não seja declarado nua a decisão recorrida, bem como, não seja cancelada a autuação em função dos argumentos anteriormente explicitados, a Recorrente pede que:

(i) seja reconhecida a impossibilidade de adição, à base de cálculo da CSLL, das despesas consideradas indedutíveis, por absoluta ausência de previsão legal.

(ii) seja reconhecida a impossibilidade da qualificação da multa de ofício.

(iii) alternativamente, haja redução da multa de ofício para o percentual de 75%, de modo que não supere o valor do crédito tributário em questão, na esteira da jurisprudência do STF.

(iv) seja determinado o cancelamento das multas isoladas, em razão, tanto do encerramento dos anos-base, quanto da impossibilidade de sua cumulação com a multa de ofício.

(v) seja determinado o retorno dos autos à DRJ para conhecimento e julgamento da impossibilidade de aplicação dos juros sobre a multa de ofício ou, ao menos, haja a exoneração dos juros calculados sobre a multa de ofício.

Base de cálculo da CSLL

72. Não há previsão de adição do valor das despesas questionadas na base de cálculo da CSLL, assim como daquelas decorrentes de pagamento de participação nos lucros a administradores (conforme Instrução Normativa RFB 1.700/17, item 1 do Anexo I, e Solução de Consulta 546/17).

Multa Qualificada

73. O Fisco não apresentou a conduta concreta, praticada pela Recorrente, que poderia justificar a aplicação da multa de ofício qualificada, tampouco indicou qual o dispositivo da Lei 4.502/64 seria aplicável ao caso concreto – não houve fraude, simulação ou conluio – no máximo, uma interpretação diversa da lei pelas partes, o que não pode ser confundido com ato ilícito.
74. A multa qualificada deve ser cancelada ou, ao menos, reduzida a 75%, sob pena de agredir ao art. 150, IV, da Constituição Federal, que veda o confisco.

Multa Isolada

75. Segundo a legislação, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL não poderiam ser punidas pela exigência de multa isolada após o encerramento dos anos-bases 2013, 2014 e 2015. A multa isolada não pode cumular com a multa de ofício, sob pena de duplicidade de cobrança.

Juros Sobre a Multa de Ofício

76. Não há previsão legal para a cobrança de juros sobre a multa de ofício lançada.

DILIGÊNCIA

77. A partir da folha 3090, há resultado de Informação Fiscal oriunda de diligência determinada em função de resolução (folha 2692) julgada por esta turma de julgamento. Em tal informação houve dois pontos de esclarecimento, os quais foram devidamente respondidos:

Esclarecimento 1: houve 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. RESPOSTA: *os dois fundos dos acionistas da Cálamo participante do fundo Síríus se apropriaram das participações dos lucros da Cálamo.*

Esclarecimento 2: 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. RESPOSTA: *as 250 Notas Promissórias Comerciais da 2ª Emissão estavam de posse do Banco Bradesco, controlador do Bradesco Berj.*

PETIÇÃO

78. A partir da folha 3114, há instrução de Petição da Recorrente solicitando, após explicitação de informações adicionais nela contida, cancelamento da constituição de crédito.

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Inexistência de Responsabilidade

79. Os responsáveis solidários Miguel Gellert Grigsner e Artur Noemio Grynbaum apresentaram Recurso Voluntário em termos semelhantes. Do mesmo modo que na primeira instância, pleiteiam reconhecimento de inexistência de responsabilidade solidária.
80. Enfatizam que não receberam qualquer parcela dos lucros distribuídos. Pregam que a impossibilidade de atribuição de responsabilidade tributária apenas em função do cargo ocupado na pessoa jurídica e que a desconsideração da personalidade jurídica ausente de provas seriam motivos de nulidade.

Falta de Motivação/Fundamentação

81. Os sócios da interessada pregam falta de motivação e/ou fundamentação da responsabilidade, tendo em vista não ter sido consignado o dispositivo legal (inciso do art. 135

do CTN) e os motivos de fato (conduta específica dos agentes, praticada com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto) que levariam à responsabilização.

Direito de Voto

82. Ressaltam terem exercido atos na posição de acionistas da Cálamo, em face de seu direito essencial do voto, e não na condição de administradores (Miguel Grigsner sequer era administrador e a hipótese "administrador de fato" não está inserida no art. 135 do CTN).

Responsabilidade Pessoal

83. É incompatível a tributação na pessoa jurídica como devedora principal concomitantemente com a responsabilização de terceiros, com fundamento no art. 135 do CTN, uma vez que nesta hipótese, a responsabilidade é pessoal.
84. A tentativa de atingir dois alvos em uma só tentativa causa obscuridade comprometedora da aplicação do art. 142 do CTN, que imputa à autoridade administrativa o dever de identificar o sujeito passivo.

Intuito Doloso

85. A aplicação do art. 135 do CTN depende da comprovação do intuito doloso daquele a quem se atribui a responsabilidade: a mera indicação de pessoas físicas que supostamente teriam poder de ingerência na pessoa jurídica, sem a individualização do agente dos atos ou das condutas com excesso de poderes ou infração à lei ou estatuto não é suficiente para amparar a responsabilização.
86. A responsabilidade tributária integral dos Recorrente Solidários está lastreada em mera presunção, o que é inadmissível e insuficiente para a aplicação do art. 135 do CTN. A responsabilização prevista no art. 135 do CTN pressupõe a descrição do fato concreto de forma detalhada, acompanhada da prova inequívoca do ilícito.
87. É pacífico na doutrina e jurisprudência (recurso repetitivo) que a infração à lei referida no art. 135 do CTN não há de ser entendida como a mera ausência de pagamento do tributo.
88. Ao menos a multa deve ser afastada dos supostos responsáveis porque a Constituição Federal impede que a pena ultrapasse a pessoa do condenado.

Petições

89. A partir das folhas 3114/3133/3152, há instrução de Petições dos responsabilizados solicitando, após explicitação de informações adicionais nelas contidas, cancelamento das referidas imputações de responsabilidade.

CONTRARRAZÕES DA PGFN

90. A partir da folha 2635 constam contrarrazões da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

MEMORIAL

91. A pedido da Recorrente houve instrução nos autos de **Memorial** sobre as operações implementadas.

É O RELATÓRIO.

VOTO VENCIDO

Conselheiro Marcelo Izaguirre da Silva - Relator

PRELIMINARES**TEMPESTIVIDADE E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE**

91. Nos termos do Decreto 70.235/1972, o Recurso Voluntário é tempestivo e atende a requisitos de admissibilidade. Conforme Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), aprovado pela Portaria MF 1.634/2023, a matéria objeto do Recurso está contida em rol de atribuições que compõem competências da Primeira Seção de Julgamento do referido colegiado.

NULIDADE – SUJEITO PASSIVO PRINCIPAL

92. Em essência, os temas sobre Nulidade citados no Recurso Voluntário já foram objeto de análise no julgamento de primeira instância. De fato, conforme já explicitado naquela decisão, as possibilidades de declaração de nulidades compreendem questões bem delineadas pelo Processo Administrativo Fiscal (PAF).
93. A norma basilar que trata do assunto consta no artigo 59 do Decreto 70.235/72 (PAF). Tal dispositivo se refere, essencialmente, a atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição de direito de defesa e contraditório.
94. Como regra, somente será declarada nulidade do crédito constituído se houver ausência, em sua constituição, de elementos fundamentais previstos no referido dispositivo (artigo 59) em combinação com o artigo 10 do referido diploma legal. No presente processo não há que se falar em nulidade. Analisemos as argumentações da Recorrente quanto ao tema.

Erro de Fundamentação Legal

92. Conforme indicado no Relatório, a partir da folha 2171 a Recorrente pede que seja declarada nula a constituição de crédito devido ao fato de equívoco cometido pela autoridade fiscal com relação às normas aplicáveis à dedutibilidade das despesas em análise. Tal assunto já foi objeto de análise do Acórdão de primeira instância (a partir da folha 2088). Me filio ao entendimento exarado naquela decisão.
93. Sem dúvidas, as bases de fundamento da constituição de crédito são claríssimas e estão detalhadas nos elementos probatórios instruídos no presente processo. Elas permitiram e permitem ao sujeito passivo principal pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Tanto que assim o faz a Recorrente na presente fase de julgamento.
94. O fato de o Fisco ter indicado artigo mais genérico (artigo 299 do RIR) do que aqueles indicados (artigos 374 e 462, I, do RIR) pela Recorrente não impediram o contraditório e a ampla defesa. As matérias explicitadas nos autos de infração permitiram aos representantes da autuada a plena contra-argumentação de mérito.
95. Tanto é que, repito, assim foi feito de forma bastante detalhada no extenso Recurso Voluntário interposto pela Recorrente. Sendo assim, indo ao encontro da decisão de primeira instância, também entendo que em relação à matéria não há cerceamento do direito de defesa e do contraditório. Eventuais equívocos, erros ou excessos serão analisados no mérito.

Nulidade do Acórdão Recorrido — Preterição do Direto de Defesa

96. A partir da folha 2181 a Recorrente alega nulidade do Acórdão exarado em primeira instância. Em sua visão, a inovação argumentativa ratificada pelos julgadores para a manutenção do

- crédito constituído impediu o direito de defesa e o contraditório. Em essência, pede-se declaração de nulidade fundamentada no artigo 59, inciso II, do PAF.
97. Neste ponto, equivocam-se os representantes da Autuada. Mesmo que haja argumentação de critério jurídico distinto daquele delimitado pelo Fisco, trata-se de invocação argumentativa de membros da turma julgadora de primeira instância visando fundamentar as razões de decidir.
98. Do mesmo modo, também não cabe razão à Recorrente no que se refere a alegado fundamento inovador exarado na referida decisão. Ambas as situações estão na competência do órgão julgador de explicitar suas razões de decidir.
99. A mesma diretriz se aplica para as alegações de que foram invocadas premissas equivocadas no Acórdão Recorrido. Todos os argumentos são invocações subjetivas autorizadas para a decisão dos membros julgadores da turma da DRJ. Não há sentido algum em invocar nulidade em função de invocação de tais fundamentos visando prerrogativa de razão de decidir dos referidos julgadores.
100. Ou seja, tais fundamentos estão ora sendo analisados em função de própria solicitação da Recorrente, fato que, por si só, coloca por terra o argumento de que houve preterição ao direito de defesa. Portanto, entendo como ilegítimos os argumentos da Recorrente em relação à suposta nulidade.

Da Incompetência da Autoridade Julgadora - Exigência de CSLL – Adição

95. A partir da folha 2193 a Recorrente solicita declaração de nulidade alegando incompetência da autoridade julgadora para realizar novo lançamento e necessidade de cancelamento da exigência de CSLL sobre despesas com suposto pagamento de lucros para administradores.
96. Alega-se que, a partir do cancelamento das adições das participações nos lucros aos administradores CSLL (infração III), a DRJ procedeu ao acréscimo deste montante à base de cálculo da despesa financeira indedutível (infração I).
97. A Recorrente afirma que além da evidente insubsistência da argumentação fiscal nesse sentido, que será abordada em tópico de mérito específico, verifica-se que a Autoridade Julgadora formulou, conforme já indicado, novo lançamento. Neste sentido, indica-se que, em resumo, 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.***

(ii) se trata de **despesa financeira indedutível**, o que revela o erro na fundamentação do lançamento fiscal e, assim, a insubsistência desta parcela da exação.

101. Em essência, o entendimento da Recorrente é o de que, além de adentrar em espectro de atuação atinente à outra autoridade, o que por si só é suficiente para declarar a improcedência do ato, também houve constituição de um novo crédito tributário, sem que houvesse o direito de a Recorrente se defender - mais uma vez, violando-se o princípio da ampla defesa e contraditório.
102. Assim como os demais tópicos de nulidade já analisados, entendo que não é verdadeira a visão da Recorrente de que houve lesão a seu direito de defesa e contraditório conforme previsto no PAF. Isto porque, de fato, a Recorrente no Recurso Voluntário está fazendo defesa detalhada de sua divergência em relação ao julgamento. Tal situação, por si só, torna injustificável a alegação da Recorrente.
103. A DRJ está na sua plena prerrogativa de expor suas razões de decidir. Cabe a este Colegiado, em análise de mérito, analisar se tais razões são razoáveis ou não e, se for o caso, julgar se há argumentos para manutenção de tal entendimento. Desta forma, voto pela improcedência deste tópico preliminar.

NULIDADE – RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

104. Os tópicos sobre Preliminares de Nulidade trazidos nos Recursos Voluntários instruídos pelos Responsáveis Solidários Artur Noêmio Grynbaun e Miguel Gellert Krignes são idênticos àqueles descritos em Impugnações dos respectivos sujeitos passivos.
105. Quanto a alegação de falta de fundamentação e motivação da responsabilidade, itens II.2.1 e II.2.2 do sumário dos respectivos recursos voluntários instruídos a partir das folhas 2397 e 2507, matérias trazidas novamente por ambos os responsabilizados, me filio ao entendimento dos Responsabilizados. De fato, a constituição de crédito não indica de forma apropriada os elementos probatórios e os motivos que justificaram a responsabilização. Vejamos.
106. Conforme indicado nos autos de infração (folhas 1307 a 1361), o enquadramento da Autoridade Tributária não especificou o inciso de tal artigo aplicável para a responsabilização intentada. Foi indicado simplesmente o caput de norma, ou seja, somente o Art. 135¹:

¹ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Enquadramento Legal

A partir de 01/01/2000

Art. 135 da Lei nº 5.172/66.

107. Tal fato não seria um problema se no corpo do texto que fundamentou tal responsabilização houvesse indicação de tal inciso. Porém, isto também não ocorreu. A referida autoridade fez meros comentários sem enquadrar de forma específica os motivos pelos quais estava imputando tal responsabilidade.
108. Aliás, em pesquisa no texto sobre a matéria descrito no Termo de Verificação Fiscal instruído a partir da folha 1236 não há nem mesmo citação ao referido artigo. Nos autos de infração já mencionados, a pesquisa nos textos que descrevem as responsabilizações retornou duas citações específicas ao número “135”, ambas idênticas incluídas no enquadramento legal indicado na imagem acima extraída dos referidos autos. Ou seja, de fato, não houve indicação específica do inciso aplicável.
109. Tanto na decisão de primeira instância, quanto nas contrarrazões da PGFN há tentativa de reparo ao erro de falta da referida indicação, a qual, em ambas as fontes, se limitou a afirmar que o Fisco acertou ao enquadrar tal responsabilização no inciso III do art. 135 do CTN.
110. Neste sentido, a tentativa foi a de esclarecer o que o Fisco não fez. Não houve detalhamento de quais foram, de forma específica, os eventuais atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato ou estatuto. Definitivamente, não há especificação detalhada probatória em relação a tais atos. Vale indicar argumentos dos Responsabilizados nesta diretriz:

O Recorrente demonstrou em seu Recurso Voluntário, mediante a análise do TVF, dos autos de infração e do Termo de Responsabilidade Solidária originários do presente processo administrativo, que a Autoridade Fiscal imputou a responsabilidade tributária solidária com base no artigo nº 135 do CTN, **sem, contudo, indicar o respectivo inciso no qual estaria enquadrada sua suposta conduta.** Confira-se:

A DRJ afastou a argumentação trazida pelo Recorrente sob a justificativa de que os autos de infração e os demonstrativos dos responsáveis solidários teriam indicado as condutas praticadas pelos agentes que deram azo à imputação de responsabilidade. Ou seja, a indicação do motivo da aplicação do artigo nº 135 do CTN seria suficiente para fundamentar a atribuição de responsabilidade. Confira-se:

“Os autos de infração mencionam, nos ‘demonstrativos dos responsáveis tributários’ (fls. 1.309/1314 e 1338/1343), os motivos pelos quais foram atribuídas ‘responsabilidades solidárias por excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto’, conforme previsto no art. 135 do CTN. **O relato indica as ações praticadas pelos agentes que deram azo à imputação da responsabilidade. Cerceamento do direito de**

defesa haveria se a atribuição da responsabilidade não tivesse a indicação de seu motivo.” (fl. 13 do acórdão recorrido – g.n.)

Sendo assim, por óbvio, **a ausência de indicação do inciso no qual figuraria, em tese, o terceiro responsável – como ocorreu neste caso – compromete totalmente a atribuição da responsabilidade trazida no artigo 135 do CTN.**

Diga-se, a atribuição da responsabilidade solidária deve passar, obrigatoriamente, pela subsunção ao *caput* (indicação do motivo/conduita) e inciso (apontamento do terceiro responsável) da norma. Assim sendo, ainda que no presente caso a Autoridade Fiscal tivesse descrito a conduita “*com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*”, o que se admite apenas a título argumentativo², ela deveria também ter qualificado o terceiro responsável, por meio da indicação do inciso aplicável.

Saber se lhe está sendo atribuída responsabilidade em razão da sua posição como ou como sócio ou mandatário ou preposto ou diretor ou gerente, etc., é imprescindível para que o responsável possa exercer seu direito de defesa.

Tanto é assim, que a própria DRJ sentiu a necessidade de discorrer por 03 páginas (fls. 14/16 do acórdão recorrido – item 04) acerca da suposta qualificação do Recorrente e do Sr. Miguel como administradores, o que configuraria a hipótese do artigo 135, III, do CTN.

Ora, se fosse irrelevante a indicação do terceiro responsável, a Turma Julgadora não teria envidado esforços 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.

A Turma Julgadora teve de agir dessa forma (tentando qualificar o Recorrente como administrador) na medida em que se ele fosse qualificado de outra forma, como apenas sócio/acionista da autuada, por exemplo, a atribuição de responsabilidade de solidariedade com base no artigo 135 do CTN estaria completamente comprometida.

Ou seja, a própria DRJ atesta a necessidade de se indicar o terceiro responsável – o inciso, portanto - pela conduita “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. Necessidade essa que não foi suprida pela Autoridade Fiscal quando do lançamento, frise-se.

Nem poderia ser diferente, na medida em que, em um Estado Democrático de Direito, que determina a observância da **estrita legalidade em matéria tributária**, não pode ser admitida a exigência de tributos com base em fundamentações legais incompletas.

A descrição precisa da conduta individualmente praticada pelo contribuinte (motivação de fato) e a **indicação da legislação infringida** (motivação de direito) são requisitos imprescindíveis para a edição de quaisquer atos administrativos, inclusive o de lançamento tributário, nos termos do artigo 97 e do parágrafo único do artigo 142, todos do CTN, **sob pena de nulidade por ausência de motivação legal e específica.**

111. Deve-se registrar, ainda, em adição, que há efetiva carência de fundamentação nas referidas imputações de responsabilizações. Vejamos as informações neste sentido dos responsabilizados:

Além da falta de indicação do dispositivo legal que fundamentaria a responsabilidade solidária, o que implica por si só na nulidade do ato administrativo por falta de motivação, **a atribuição de responsabilidade tributária solidária ao Recorrente também carece de fundamentação em razão da ausência dos motivos de fato que levariam à imputação da responsabilidade solidária com base no artigo 135 do CTN.** Por isso é que, também pelos motivos que serão expostos a seguir, deve ser declarada a nulidade do presente Termo de Responsabilidade Solidária.

Com efeito, o raciocínio adotado pela Autoridade Fiscal e pela Turma Julgadora foi o de que, tendo o Recorrente, na posição de administrador, **(i)** autorizado a emissão de debêntures com distribuição de lucros e **(ii)** supostamente apropriado indiretamente parte dos referidos lucros distribuídos ao titular das debêntures, deveria ser responsabilizado nos termos do artigo 135 do CTN.

112. Analisando as informações trazidas pelo Fisco, ratificadas pela DRJ e contrarrazões, presume-se que, de fato, as motivações das responsabilizações se resumem nos itens I e II citados acima, os quais estão assim detalhados:

A partir da simples leitura do mencionado dispositivo legal, verifica-se que a responsabilização tributária de terceiro (responsável tributário), por fato jurídico tributário supostamente incorrido por outrem (contribuinte), exige que aquele tenha praticado **atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto**.

Assim, para que haja a subsunção à hipótese descrita no artigo 135 do CTN, é necessária a existência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, de modo que **a Autoridade Fiscal deve descrever a conduta das pessoas dispostas em referido dispositivo legal que tenha sido praticada de tal maneira para que, assim, haja a perfeita atribuição da responsabilidade tributária**.

Entretanto, verifica-se no presente caso que 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, nos termos do artigo 135 do CTN.

Isto por que, conforme acima mencionado, a Autoridade Fiscal e a Delegacia de Julgamento indicaram como ato praticado pelo Recorrente a autorização, como suposto administrador da Cálamo, da emissão das debêntures com distribuição de lucros e a suposta apropriação indireta de parte dos referidos lucros distribuídos.

Ocorre que, de modo diametralmente oposto ao quanto alegado, **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 ACIONISTA da companhia de votar em assembleias gerais.

Ou seja, o que a Autoridade Fiscal e a DRJ pretenderam no presente caso foi transformar típico ato representativo do exercício de direito essencial de acionista (direito de voto em assembleia geral) em ato de administração, o que não se pode aceitar, para então responsabilizar o Recorrente pelo crédito tributário lançado em face da Cálamo com base no artigo 135 do CTN.

Com efeito, **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**, qual seja, ato praticado como administrador e qualificado pelo excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

113. Considerando o exposto, por falta de correta indicação do enquadramento legal que levou à responsabilização, bem como, por ausência probatória de efetivas motivações compatíveis

com o dispositivo citado em decisão de primeira instância, voto pela nulidade dos Termos de Responsabilização dos Recorrentes solidários.

MÉRITO

A ESSÊNCIA DO LITÍGIO

114. A partir da folha 2198, a Recorrente inicia alegações de mérito indicando a essência do litígio. Na origem, a controvérsia entre o Fisco e o Sujeito Passivo tem como elemento fundamental despesas deduzidas em bases de cálculo do IRPJ e CSLL.
115. Tais deduções decorreram de Planejamento Tributário implementado pela Recorrente e seus sócios. Conforme já indicado no Relatório, a ação lastreou dedução de R\$ 340,2 milhões² nas referidas bases de cálculos.
116. Depreende-se de indicação do relator do Acórdão recorrido (folha 2093), tendo por base o contexto dos negócios implementados pela Autuada, que, na prática, tais despesas resultaram em dedução tributária que inexistiria sem o implemento do referido Planejamento Tributário.
117. É este cenário antagônico que deve ser aqui analisado, no qual o Fisco defende ilicitude de tal dedução e a Recorrente defende sua completa legalidade. O fato é que, na visão do Fisco, a dedução implementada pela Recorrente não é legítima. Teve como pano de fundo processo de substituição de dívidas que resultou nos Autos de Infração ora analisados.
118. Como conclusão decorrente da análise do contexto dos negócios, tanto o Fisco quanto a decisão de primeira instância e as contrarrazões da PGFN entenderam que houve artificialidade das operações.

DO PROCESSO DE SUBSTITUIÇÃO DE DÍVIDAS

119. Antes de tudo, para entendimento da conjuntura de ações que permearam o planejamento tributário que resultou na já mencionada Substituição de Dívidas, como questão de ordem, se faz necessário o conhecimento de composição de DÍVIDAS da Recorrente citada nos autos.

² Valores mensais explicitados em Autos de Infração instruídos a partir da folha 1307.

NOTAS PROMISSÓRIAS**Captação de Recursos**

120. Conforme já explicitado, Notas Promissórias de emissão da Recorrente exerceram papel fundamental no referido processo de substituição de dívidas. Ao total, foram três emissões que perfizeram o montante de R\$ 850 milhões captados:

CAPTAÇÃO DE RECURSOS - NOTAS PROMISSÓRIAS			
Contrato		Origem	Valor da Dívida R\$
18/01/13	Folha 243, item VIII	Primeira Emissão	200.000.000,00
18/01/13	Folhas 2243 e 248	Segunda Emissão	250.000.000,00
28/03/14	Folhas 2243 e 336	Terceira Emissão	400.000.000,00
Total R\$			850.000.000,00

121. Conforme informação da própria autuada contida no segundo parágrafo da folha 2246 do Recurso Voluntário, é relevante, para efeitos de análises que virão, entender origem, justificativas e motivações de captação de recursos financeiros disponibilizados (segunda e terceira emissões, a primeira emissão não foi objeto de análise do Fisco) em contas bancárias da Recorrente em função de emissão de notas promissórias.

Deliberação em Ata**Segunda Emissão de Notas Promissórias**

122. Na folha 245 consta deliberação e autorização, observado o disposto no Estatuto Social da Companhia, para prática de atos necessários para execução da Segunda Emissão de Notas Promissórias que resultaram em disponibilização de R\$ 250 milhões em contas bancárias da Recorrente. Segue texto de tal deliberação e autorização:

Observado o disposto no Estatuto Social da Companhia, autorizar os diretores da Companhia a praticar todo e qualquer ato, celebrar quaisquer contratos e/ou instrumentos necessários à realização da Segunda Emissão e da Oferta Restrita, incluindo, sem limitação:

(a) discutir, negociar e definir os termos e condições das Notas Comerciais;

(b) contratar instituição financeira autorizada a operar no mercado de capitais para ser responsável pela estruturação e coordenação da Oferta Restrita, o Banco Mandatário, assessores legais e outros, conforme o caso; e

(c) contratar e manter contratado o sistema de distribuição das Notas Comerciais, no mercado primário, bem como de sua custódia, conforme aplicável.

123. Vale registrar que o montante de R\$ 250 milhões oriundo da Segunda Emissão de Notas Promissórias, conforme informação contida na folha 243 (item viii), teve previsão de destinação para quitação de R\$ 200 milhões, dívida oriunda de operação de Primeira Emissão de Notas Promissórias:

(viii) Destinação de Recursos: os recursos captados mediante a colocação das Notas Comerciais serão destinados para o pagamento das notas promissórias comerciais da primeira emissão da Companhia, no valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) e outros usos.

Terceira Emissão de Notas Promissórias

124. Na folha 422 consta deliberação e autorização, observado o disposto no Estatuto Social da Companhia, para prática de atos necessários para execução da Terceira Emissão de Notas Promissórias que resultaram em disponibilização de R\$ 400 milhões em contas bancárias da Recorrente. Na referida folha, item II, consta texto idêntico sobre condições de deliberação e autorização mencionada na primeira emissão já citada.
125. Vale registrar que o montante de R\$ 400 milhões oriundo da Terceira Emissão de Notas Promissórias, conforme informação contida na folha 423 (item viii), diferentemente da segunda emissão, teve previsão de destinação para reforço de capital de giro da Companhia:

(viii) Destinação de Recursos: os recursos captados mediante a colocação das Notas Comerciais serão destinados para reforço de capital de giro da Companhia;

Contratos de Emissão de Notas Promissórias

126. A partir da folha 248 e 428, respectivamente, constam os contratos da Segunda e Terceira Emissão de Notas Promissórias. Conforme se percebe pela leitura de tais documentos, as operações se caracterizaram por uma série de complexos e onerosos passos e ações, envolvendo custos e obrigações mútuas, além de uma série de obrigações imputáveis aos subscritores de tais documentos (representantes societários da Autuada e o Banco Bradesco).³

³ Conforme Ata (a partir da folha 301), em 2016 houve discussão e votação acerca da realização da 4a (quarta) emissão de notas promissória no montante de R\$ 400 milhões.

EMIÇÃO DE DEBÊNTURES**Recursos Captados**

127. O montante já mencionado de R\$ 340,2 milhões de despesas indedutíveis nasceu de pagamentos realizados a empresa integrante do grupo Bradesco (Bradesco Berj) ratificados por meio de duas operações de Emissões de Debêntures, as quais resultaram nos seguintes recursos disponibilizados em contas bancárias da Recorrente:

EMIÇÕES DE DEBÊNTURES - RECURSOS CAPTADOS			
Data	Origem	Meio de Realização do Depósito	Valor do Depósito R\$
22/05/13	Banco Bradesco	Depósito Bancário (vide TED folha 216)	500.000.000,00
22/09/14		Depósito Bancário (vide TED folha 377)	700.000.000,00
Total R\$			1.200.000.000,00

128. Assim, conforme se percebe, para efetivação do plano, segundo informação (folhas 2198 e 2199) da própria Recorrente, houve captação de recursos expressivos de R\$ 1,2 bilhões no mercado para serem aplicados no desenvolvimento do objeto social da empresa. No contexto de tais emissões, deve-se atentar para a correlação entre tais debêntures e as notas promissórias já mencionadas.
129. O entendimento final do Fisco e da decisão de primeira instância em relação a tais emissões é o de que, apesar de ter havido utilização de instrumentos jurídicos formais válidos (inclusive com realização de oferta pública, esforços restritos de colocação e liquidação em ambiente Cetip – Mercados Organizados), não se vislumbram vantagens para o emissor das debêntures, à exceção de benefícios tributários decorrentes de transformação de devolução de prêmios em despesas financeiras.
130. Nesta diretriz, a decisão de primeira instância ratifica a ideia de que os elevados prêmios vinculados às debêntures somente têm consistência lógica quando comparados às vultosas participações nos lucros.
131. Em paralelo, a participação de terceiro (Bradesco), de fato, está assentada em baixíssimo risco para a instituição financeira. Isto porque, houve utilização dos recursos captados para liquidação de operações anteriores com a instituição. Agrega-se, ainda, a rápida reposição do capital aportado.
132. Ou seja, conforme apontado, os recursos depositados retornaram para a conta bancária do Fundo Sírius em curto prazo. Conforme informa o Fisco, não se verificou efetiva captação de recursos direcionados à atividade da Recorrente, o que seria o objetivo primordial da emissão dos títulos.
133. O Fisco afirma que o que de fato ocorreu foi uma simples alteração do título jurídico da obrigação que a Recorrente possuía com o BRADESCO. Isto é, ao invés de dívidas a pagar a

Recorrente passou a registrar na contabilidade obrigações com debêntures a pagar. Este seria o objetivo essencial do Planejamento Tributário implementado. A alegação é a de que houve mero fato contábil comutativo, que altera a composição de elementos patrimoniais sem provocar alterações no patrimônio líquido da entidade.

Envolvidos

134. Considerando os elementos probatórios instruídos nos autos, vale identificação resumida dos envolvidos nos negócios implementados:

1	Emitente das debêntures	<i>Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza</i> (contribuinte)
2	Sócios da Cálamo	<i>G&K Holding Ltda.</i> (99%), <i>Miguel Grigsner</i> (0,8%) e <i>Artur Grynbaum</i> (0,2%)
3	Sócios da G&K Holding Ltda.	<i>Miguel Grigsner</i> (80%) e <i>Artur Grynbaum</i> (20%).
4	Debenturista exclusivo	<i>Sírius Crédito Fundo de Investimento</i>
5	Investidores do fundo Sírius	<i>Bradesco Berj S/A</i> , banco mandatário que atuou na oferta pública do referido valor mobiliário, responsável para aplicação de 83,33% dos recursos do fundo <i>Tsadik Fundo de Investimento Multimercado – Crédito Privado Investimento no Exterior</i> (aplicação de 12,267% no primeiro ano e, após, 13,333%) <i>Quartzo Azul Fundo de Investimento Multimercado – Crédito Privado Investimento no Exterior</i> (aplicação de 3,067% no primeiro ano e, após, 3,333%) <i>Boticário Previdência – Sociedade de Previdência Privada</i> (1,333% apenas no primeiro ano).
6	Investidor do fundo Tsadik	<i>Miguel Grigsner</i> (100%)
7	Investidor do fundo Quartzo Azul	<i>Artur Grynbaum</i> (100%)
8	Gestor dos fundos de investimento	<i>Phronesis Investimentos Ltda.</i> (decide sobre a composição da carteira, quando e quanto comprar ou vender)
9	Administradora do fundo Sírius	<i>Citibank Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A</i> (responsável pela constituição, administração, regras de funcionamento, objetivos e política de investimento)
10	Administradora dos fundos Tsadik e Quartzo Azul	<i>Credit Suisse Hedging-Griffo Corretora de Valores S/A</i>

135. Acerta a decisão de primeira instância ao indicar na folha 2105 que a análise da 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 Sírius.
136. Em relação ao referido quadro, vale trazer informação contida na folha 2106 da decisão de primeira instância:

A manifestação de vontade das pessoas físicas dos sócios coincide com a da assembleia-geral e da administração da Cálamo, uma vez que os agentes são os mesmos. Há uma perfeita simbiose, a confundir agentes e poderes.

137. Vale destacar que, em relação ao poder de decisão que possibilitou a implementação dos negócios jurídicos formalizados, eram três os sócios da Recorrente à época dos fatos: Miguel Gellert Grigsner, Artur Noemio Grynbaum e G&K Holding. Apesar da referida Holding possuir capital majoritário no quadro societário da Recorrente, eram os sócios pessoas físicas que gozavam de domínio efetivo de decisões, pois eram os únicos sócios da holding.

Fundo Sirius

138. Em paralelo ao contexto do cenário societário indicado há a figura jurídica denominada de Fundo de Investimentos Sirius. Para tal fundo foi atribuída a função de aquisição de integralidade de debêntures emitidas nos dois lançamentos, conforme indicado nos autos.

Bradesco Berj

139. Em relação à primeira emissão de debêntures, o Bradesco Berj aportou, via ingresso no fundo Sirius, R\$ 500 milhões. Em contrapartida, tal valor REINGRESSOU INTEGRALMENTE em suas contas da seguinte forma através de recebimentos que compuseram R\$ 552 milhões:

IMEDIATAMENTE através de quitação de notas promissórias de R\$ 250 milhões (pagamento de dívidas).

NO SEGUNDO MÊS através de recebimento de R\$ 92 milhões a título de retorno de investimento.

NO DÉCIMO MÊS através de recebimento de R\$ 114 milhões a título de retorno de investimento.

NO DÉCIMO QUARTO MÊS através de recebimento de R\$ 96 milhões a título de retorno de investimento.

140. Na folha 2107 da decisão de primeira instância há menção ao fato de que, em relação à participação do Bradesco Berj no fundo Sirius, não há comprovação de que os recursos fornecidos pela instituição financeira representassem interesse de terceiros. Ou seja, não teria havido demonstração clara de que as operações tenham ocorrido em ambiente de mercado.
141. Conforme consta nos autos, o incremento do risco foi logo atenuado, uma vez que o retorno dos capitais se fez com prioridade, em virtude de haver cotas sênior detidas no fundo Sirius. Há evidências de que na primeira emissão de debêntures, assim como na segunda, parte do valor obtido com os títulos e prêmios foi destinada à quitação de operações anteriores da Recorrente, contraídas junto ao Bradesco.
142. No caso específico da primeira emissão, a bonificação paga em julho de 2013, com a contabilização do resultado EBITDA de período anterior ao nascimento dos papéis, garantiu considerável redução do risco em apenas dois meses. Em pouco mais de um ano, o retorno nominal já era maior que o capital novo investido pela instituição financeira (fl. 2077).

Objetivo Final

143. Entende-se, considerando o contexto apresentado e afirmações (folhas 2198 e 2199) dos próprios representantes da Recorrente, que as emissões de debêntures, na visão da Autuada, tiveram OBJETIVO FINAL de possibilitar, principalmente, melhoria de análise de indicadores econômicos por meio de informações enviadas ao mercado. É preciso analisar a lógica de tal objetivo com o contexto probatório instruído nos autos.

Readequação de Perfil de Endividamento

144. Analisando as informações prestadas no Recurso Voluntário, pode-se interpretar que o atingimento da meta proposta pelo planejamento, ou seja, o objetivo final de melhoria dos referidos indicadores econômicos, seria realizado através de readequação de perfil de endividamento da empresa.
145. Eis a primeira verificação importante para deslinde do litígio, qual seja, análise de existência nos autos de comprovação de que houve, por conta do planejamento elaborado, efetiva melhoria de relação entre montante de dívida registrada no passivo e capital registrado no patrimônio líquido. Não só isso, verificação, também, da contrapartida onerosa (emissão de debêntures) para implementação da readequação do referido perfil de endividamento.
146. Deve-se destacar que o Fisco alega que, embora a integralização das debêntures tenha se dado mediante depósito em conta bancária da Cálamo, tais recursos serviram, de fato, para pagamento de dívidas da Recorrente junto ao principal e mais relevante participante subscritor do Fundo Sírius (BRADESCO). Continuemos a análise.

Aplicação em Desenvolvimento de Objeto Social

147. Ainda conforme informação prestada pela própria Recorrente no Recurso Voluntário, contida nas folhas 2198 e 2199, há afirmação dos representantes da autuada indicando que o valor de R\$ 1,2 bilhões, depositado na conta bancária da empresa pelo Debenturista das duas operações de emissões de debêntures (Bradesco), serviria para aplicação em desenvolvimento de seu objeto social.
148. Nesta diretriz, deve-se destacar, ainda, que tal aplicação, na visão da autuada, por si só justificaria a dedução de despesas incluída no crédito constituído. Vale transcrever tal visão, contida na folha 2199:

... motivo pelo qual todos os valores pagos pela Recorrente ao debenturista devem ser admitidos como despesas financeiras.

149. Eis a segunda verificação importante para deslinde do litígio, qual seja, análise de existência nos autos de comprovação de que houve aplicação dos recursos recebidos de 1,2 bilhões no objeto social da Recorrente. Analisemos.

Aplicação em Capital de Giro

150. Em paralelo às questões fundamentais que envolvem o litígio, conforme alegação do Fisco de necessidade de aplicação dos referidos recursos em capital de giro da empresa, deve-se analisar igualmente se demais requisitos contidos em cláusulas contratuais de documentos que formalizaram os negócios implementados entre os participantes das referidas emissões (Recorrente e seus sócios, Fundos e Bradesco) foram atendidos.
151. Adicionalmente, deve-se, também, como ação suplementar relevante e condicionante, haver verificação de que a empresa atendeu a requisitos legais que regulam operações de emissão de debêntures, como é o caso da referida necessidade de aplicação em capital de giro alegada pelo Fisco.
152. O Fisco alega que os recursos que ingressaram em contas bancárias da Recorrente, em verdade foram utilizados para os seguintes propósitos, contrariamente a propósito formalizado para a emissão das debêntures, qual seja, Investimento em Capital de Giro:

LIQUIDAÇÃO (pagamento de dívidas de R\$ 850 milhões) de notas promissórias comerciais junto ao Bradesco.

ADIANTAMENTOS a futuro aumento de capital em empresas do grupo empresarial.

153. A decisão de primeira instância na folha 2104 destaca que:

...Em pouco mais de um ano, além de obter o retorno integral do capital investido, conseguiu um lucro extraordinário de mais de 21%, enquanto a variação da Selic representou menos de 11% no período; em julho do ano seguinte, o retorno foi de mais de 100%, com a Selic tendo variado em torno de 22,5% na totalidade período de vigência do financiamento.

Dessa forma, verificou-se que a exigência de prêmio contra a elevada remuneração, baseada em participações, representou um custo muito elevado para que não fosse atingido o propósito inicialmente especificado. Efetivamente, não se confirma a afirmação de que a impugnante almejava com as operações recursos expressivos no mercado para o desenvolvimento de seu objeto social e atividades.

154. De fato, considerando a rapidez do retorno dos valores investidos e a rentabilidade, deve haver reflexão sobre as razões negociais para que a emissora das debêntures e seus sócios tenham assumido encargo tão oneroso e relevante. Soma-se a isso, o contexto de a operação não ter realmente alcançado o fim a que dizia pretender.

155. Nesta perspectiva, não há como se afastar da conclusão de que as operações contrariam a lógica, bem como, de que despesas decorrentes dos negócios implementados não são necessárias, usuais e normais, pois não possuem conexão com a atividade operacional da Recorrente.
156. De fato, o contexto de negócios implementados indica que não há evidências de que tenha sido de fato pretendida a captação de recursos de terceiros para o capital de giro da Recorrente (conforme delineado formalmente em atas de assembleias gerais).
157. Nesta diretriz, realmente, a única ideia que fica, e que poderia explicar o fato de que a Recorrente repassou parcela bastante relevante de seu lucro em favor de terceiros, é a possibilidade da dedução de despesas indeferidas pelo Fisco e que resultou na constituição do crédito ora analisado.

Participações nos Lucros Pagas Para Administradores

158. O trabalho fiscal indica que parte das despesas glosadas se relacionam a participações nos lucros pagas a administradores. O Fisco identificou parcelas de participações atribuídas ao debenturista (Sirius) que nada mais são do que remuneração aos sócios-administradores (Miguel Grigsner e Arthur Grynbaum), nas condições de verdadeiros beneficiários finais.
159. As referidas participações, na visão da decisão de primeira instância (folha 2110), evidencia que a Recorrente optou por remuneração ao capital emprestado diferente da forma habitual de remuneração de debêntures.
160. Nesse sentido, afirma o Acórdão daquela instância de julgamento que a emissão de debêntures não é usual, pois prevê remuneração de terceiros debenturistas com juros de DI + 1,2 ou 1,25% a.a. e participações que chegam a alcançar 35% do EBITDA.
161. O entendimento da Autoridade Julgadora é claro ao afirmar que a transferência de lucros tão significativos é estranha aos objetivos sociais da empresa. Nesse caminho, de fato, o resultado econômico representaria a mesma coisa, porém, o resultado tributário não.
162. Como resultado da operação, não há como negar que a captação pelas debêntures representou financiamento de atividade com recursos bastante onerosos para a Recorrente. Não seria sensato que alguém pagasse prêmio tão elevado sem que houvesse garantia plausível de recuperação de investimento.

PROPÓSITO NEGOCIAL

A Visão do Fisco

163. De um lado, o argumento fundamental do Fisco é o de que as operações com debêntures, de fato, não tiveram propósito negocial. Foram concebidas com objetivo de redução ilegal de bases de cálculo de IRPJ e CSLL através de dedução indevida de despesas de R\$ 340,2 milhões, as quais inexistiram sem a implementação do planejamento tributário intentado.
164. De outro lado, a Recorrente argumenta o contrário. Que implementou tais operações em pleno gozo de seu direito de livre auto-organização e de acordo com regras estabelecidas pela legislação tributária, contábil e societária.
- 165.** Sobre a referida Falta de Propósito Negocial, na decisão de primeira instância, após detalhada análise sobre o tema planejamento tributário abusivo, afirma-se *...que as operações com debêntures foram realizadas sem propósito negocial e visando exclusivamente a vantagem tributária.*
166. A leitura do Relatório Fiscal autoriza o entendimento de que, apesar de formalmente válidos, instrumentos jurídicos adotados pela Recorrente para formalizar as operações implementadas não apresentaram lógica negocial e tiveram intuito de remuneração de elevados prêmios e de obtenção de benefícios tributários.
167. Ou seja, a finalidade de pagamento de prêmios elevados, combinada com pagamento de participação em lucros, seria o caminho para obtenção de vantagem tributária (dedução de despesa) que inexistiria sem o implemento da operação.
168. Conforme já dito, o Fisco alega que por consequência da simples alteração do título jurídico (já mencionada) foi possível criação de verdadeira ficção baseada em transformação de “amortização” de prêmio em despesa financeira dedutível (aumento de despesas visando redução de lucro tributável).

NECESSIDADE, USUALIDADE E NORMALIDADE DE DESPESAS

169. O Fisco afirma que despesas geradas em função do planejamento tributário não cumpriram com requisitos de necessidade, usualidade e normalidade previstos na legislação tributária indicada nos autos.
170. Indo ao encontro desta diretriz, vale indicar as seguintes ponderações contida na folha 2105 da decisão de primeira instância:

Não é razoável supor que uma empresa abriria mão de tamanha quantia de seus lucros para assumir dívidas com um terceiro – a não ser que esse terceiro fosse ligado a ela, quando então não se abriria mão de coisa alguma, já que tudo pertenceria aos sócios. A concessão de descomunal montante de lucros para terceiros é estranha aos objetivos sociais da empresa.

171. Em paralelo a tudo o que foi indicado no Relatório Fiscal, realmente ganha sentido a afirmação contida na folha 2106 de que a aquisição das debêntures por um único investidor se coaduna ao objetivo intentado pelo planejamento das operações. Isto porque, de fato, não há nos elementos probatórios instruídos nos autos informação de:

INTENÇÃO REAL DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS junto ao mercado investidor.

A emissão das debêntures se deu em ÂMBITO PRIVADO, com integral subscrição por parte da Sirius com o Bradesco sendo cotista Sênior.

NÃO HOUE OFERTA DOS TÍTULOS a qualquer terceiro isento, que denotasse vontade concorrente.

172. O Fisco, ratificado pela decisão de primeira instância, indica que por trás da estrutura de relações jurídicas eleitas para implementação dos negócios, existe a mão dos acionistas, atuando como administradores e fornecedores dos recursos para debêntures/prêmios. Como resultado das operações planejadas, entende-se que há finalidade ilícita de lesar o fisco.
173. Sem dúvidas, há elementos probatórios e indícios indicando, no mínimo, que as operações não se enquadram em situações normais de emissão de debêntures, em relação as quais despesas registradas seriam dedutíveis do lucro líquido (artigo 58 do Decreto-lei 1.598/77).
174. No mesmo sentido, há elementos probatórios e indícios que indicam que as operações não são usuais e apresentam características que revelam inexistência de lógica negocial efetiva.
175. Analisando os Autos de Infração, bem como, o Relatório Fiscal emitido pelo Fisco, conclui-se que, sem dúvidas, o foco do trabalho foi a análise da situação fática envolvida nas operações implementadas pela Recorrente. No contexto das operações implementadas, de fato, há domínio e interesse dos mesmos sócios nos negócios formalizados.
176. Vale registrar que o Fisco, em seu contexto de argumentações, não questionou a constituição formal de empresas envolvidas e de fundos de investimentos, tampouco, a validade de institutos utilizados. A diretriz essencial foi, de fato, se ao fim e ao cabo houve Necessidade, Usualidade e Normalidade de Despesas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS

177. No Relatório Fiscal, a ordem de análise de cada uma das despesas consideradas indedutíveis é a seguinte:

9.1.1 – DESPESA FINANCEIRA INDEDUTÍVEL DA PRIMEIRA EMISSÃO DE DEBÊNTURES.

9.1.2 – DESPESA FINANCEIRA INDEDUTÍVEL DA SEGUNDA EMISSÃO DE DEBÊNTURES.

9.2 – DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS (9.2.1 – PAGAMENTO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS DA PRIMEIRA EMISSÃO DE DEBÊNTURES e 9.2.2 - PAGAMENTO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS DA SEGUNDA EMISSÃO DE DEBÊNTURES).

9.3 – PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS.

178. Tendo por base a decisão de primeira instância, bem como, contrarrazões apresentadas pela PGFN, em contraponto com o Recurso Voluntário apresentado, passemos às considerações finais sobre a Dedutibilidade de tais despesas. Para a conclusão do que de fato ocorreu é necessário analisar o contexto explicitado nos autos. Vejamos.

Enquadramento

179. Em Preliminares, conforme já analisado, a Recorrente pediu reconhecimento de nulidade em função de fundamento adotado pelo Fisco (art. 299 do RIR/99). Analisemos se houve algum equívoco do Fisco em relação a tal matéria.
180. Quanto aos fundamentos, alega-se que o dispositivo geral vigente à época dos fatos, qual seja, o artigo 299 do RIR/99 e demais citados nos autos de infração, não poderia ter sido invocado para fundamentar a indedutibilidade.
181. Tal alegação baseia-se no entendimento de que deveria ser preconizada regra de que *a norma especial prefere a geral*. Nesse sentido, seriam aplicáveis os artigos 374 e 462, I, do RIR/99, aos quais em princípio não se aplicariam os conceitos de necessidade, usualidade e normalidade como requisitos para dedutibilidade de despesa atrelada a emissão de debênture.
182. Conforme informou a decisão de primeira instância, é relevante registrar que o Fisco não incluiu a parte da remuneração das debêntures (despesa financeira) que estaria em padrão de normalidade. Houve inclusão somente da parte que extrapolou a usualidade, a normalidade, a necessidade.
183. Vale dizer que há julgados no Carf de matéria similar ao objeto do planejamento tributário ora analisado. Segue exemplo:

PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUÍDAS A DEBÊNTURES – A remuneração das debêntures sob forma exclusiva de participação nos lucros, comprometendo 50% ou 80% dos mesmos, foge ao padrão de normalidade.

*Evidenciado que o objetivo e consequência única da operação foi a **redução substancial da carga tributária**, fica o fisco autorizado a considerar a operação como planejamento a ele inoponível, requalificar os fatos e glosar as despesas deduzidas a título de remuneração de debêntures. (Primeiro*

Conselho de Contribuintes, Primeira Câmara, Acórdão 101-97.083, julgado em 17/12/08, relatora: Sandra Maria Faroni)

184. De antemão, ratifico a visão sobre o tema descrita em decisão de primeira instância e em contrarrazões da PGFN. Nesta diretriz, vale transcrever aqui trecho (folha 2649) contido nas referidas contrarrazões que resume a questão:

*Percebe-se, portanto, que a natureza da remuneração de debêntures com participação dos lucros é indubitavelmente de despesa. Restaria, então, examinar se a legislação teria conferido, por presunção legal, a natureza de despesa operacional, ou seja, **usual, normal e necessária**.*

Novamente, analisando a redação do art. 462 do RIR/99, não se encontra nenhum indício de que a norma teria dado tratamento fiscal diferenciado para essa despesa, seja de forma expressa ou implícita.

Ao contrário, o tratamento fiscal da remuneração de debêntures, por meio de participação nos lucros da emitente do título, tem por fundamento a equiparação dessa modalidade de remuneração ao pagamento de juros... Nesse ponto, convém ressaltar que não há a menor dúvida de que os juros devem ser submetidos aos requisitos previstos no art. 299 do RIR/99, para serem deduzidos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

185. O referido dispositivo, conforme indicado em tal visão, baseia o entendimento do Fisco, qual seja, o de que os valores pagos a título de remuneração aos debenturistas, considerando o contexto probatório aqui explicitado, não podem ser classificados como despesas necessárias, normais e usuais.
186. Em conclusão, de fato, a norma específica alegada não se coaduna com os negócios implementados que geraram a referida indedutibilidade. Nos itens que seguem analiso tais despesas objetivando analisar critérios previstos no artigo 299 do RIR/99.

Despesa Financeira (Item 9.1)

187. Em relação à despesa financeira de R\$ 268 milhões considerada indedutível, oriunda de pagamentos ao Bradesco Berj, o Fisco questionou a vontade declarada para as duas emissões de debêntures. Questionou, ainda, os efeitos da remuneração pactuada.
188. Nas duas emissões pode-se dizer que há incompatibilidades. Declara-se que, dentre outros propósitos, o principal seria captação de recursos para o reforço do capital de giro. Esse fato, unido ao contexto dos negócios praticados, levou, de forma coerente, a questionamento de motivação e lógica negocial das emissões dos títulos.

189. Não há como negar que os encargos financeiros contratados para a remuneração das notas promissórias teriam causado ônus financeiro muito menor para a Recorrente. As explicações dadas no Recurso Voluntário, para efeitos tributários, não podem ser acolhidas.
190. De fato, o contexto das informações leva ao entendimento de que a justificativa para o pagamento a título de participação nos lucros teve origem no alto valor pago pelos debenturistas a título de prêmio, o qual representou 54% do valor unitário de cada debênture na primeira emissão e 66% na segunda.
191. Ora, conforme amplamente explicitado nos autos, embora a integralização das debêntures tenha sido por depósito bancário direto em conta da Recorrente, tais recursos serviram, em verdade, para o pagamento de dívidas da Recorrente junto ao BRADESCO. Neste sentido, deve-se destacar que houve rápido retorno dos valores para o referido banco.
192. Nesta diretriz, sem dúvidas, ratifica-se a ideia confirmada pela decisão de primeira instância, qual seja, a de que, de fato, não houve efetiva captação de recursos direcionados à atividade da empresa. Houve mera alteração de título jurídico da dívida.
193. Considerando todos os elementos probatórios instruídos nos autos analisados pelo Fisco, pela decisão de primeira instância e pelas contrarrazões trazidas pela PGFN, ratifico a visão de que, em realidade, não se pode afirmar que houve efetiva lógica negocial. A intenção explicitada na realidade foi a devolução do dinheiro para o Bradesco.
194. Neste contexto, pode-se adotar a ideia de que houve criação de ficção visando transformar amortização de prêmio em despesa financeira, com a consequência de aumento de despesa dedutível.

Participação nos Lucros – Administradores (Item 9.2)

195. Conforme demonstrado, em paralelo ao mencionado, o Fisco entendeu que as verbas pagas aos sócios controladores da Recorrente, a título de participação nos lucros, são indedutíveis. Sob o aspecto material de tudo que foi explicitado nos autos, não tenho dúvidas de que as referidas parcelas são, de fato, remuneração dos sócios-administradores (Miguel Grigsner e Arthur Grynbaum), em condições de reais beneficiários finais.
196. Em relação a tal tema, não se pode negar que, no pano de fundo da estrutura de relações jurídicas implementadas houve a ação efetiva dos acionistas, os quais atuaram de forma efetiva como administradores e com poder de decisão em relação a estruturação dos negócios.
197. Deve-se indicar, ainda, que não há nos autos, conforme já dito, evidências de que os recursos envolvidos nos negócios representassem interesse de outros terceiros que não aqueles vinculados às dívidas originais decorrentes das referidas operações com notas promissórias.

198. Vale destacar, conforme explicitado nas contrarrazões da PGFN, que a Recorrente sugere:

...ter havido equívoco do autuante ao equiparar diferentes hipóteses de participações nos lucros, previstas nos incisos do art. 58 do Decreto-lei 1.598/77: as asseguradas a debêntures (inciso II) com as atribuídas a empregados (inciso I).

Parece sugerir que as primeiras não se submeteriam à regra de indedutibilidade prevista no parágrafo único (adição ao lucro líquido). Não se discorda das diferenças entre as espécies; inclusive, há outras. Observe-se, no entanto, que a indedutibilidade contemplada no parágrafo único não é direcionada às participações pagas a empregados, mas às partes beneficiárias e aos administradores da pessoa jurídica.

Não se deve confundir lucros distribuídos com participação nos lucros. A repreensão fiscal reside sobre as participações nos lucros decorrentes das debêntures. A menções a distribuição de lucros no relatório fiscal referem-se aos lucros dos fundos, destinados aos seus investidores, e aos lucros da Cálamo, potencialmente passíveis de distribuição, reduzidos em virtude do pagamento das participações.

O fato de o fundo Sirius, no período autuado, ter distribuído as participações no lucro exclusivamente ao Bradesco Berj não impede a adição ao lucro líquido das despesas que proporcionalmente corresponderiam às participações dos administradores da emissora das debêntures. Afinal, como proprietários dos fundos Tsadik e Quartz, eles as receberiam, ao fim e ao cabo. É importante reconhecer que o fulcro da infração tributária assenta-se na dedução indevida de despesas contabilizadas pela emissora das debêntures em face de um processo simulado, e não na distribuição dos resultados financeiros do fundo de investimento Sirius.

199. Sem dúvidas, no contexto das operações implementadas, o aporte de recursos, mediante aquisição de debêntures emitidas por substituição de dívida menos onerosa financeiramente, indica anormalidade da operação. Deve-se lembrar neste diapasão que, conceitualmente, como regra, debêntures são títulos que servem para captação de recursos de implementação ou ampliação de operações.

Participação nos Lucros – Períodos Anteriores (Item 9.3)

200. Em relação a acusação fiscal de lucros apurados em períodos anteriores à própria emissão das debêntures, ratifico a visão de que houve ônus desarrazoado e injustificado para a Recorrente, fato que fundamenta a ideia essencial de impossibilidade de dedução. Aceita

essa ideia, seria o mesmo que concordar com remuneração retroativa. Isto é, entregou-se parte dos resultados de forma antecipada.

201. Sobre tal matéria, a inclusão de lucros anteriores à emissão das debêntures, no cômputo da remuneração a ser entregue ao debenturista, não merece ser considerada como prática negocial realizada em condições de mercado. Por este motivo, ratifico a ideia central defendida pelo Fisco, DRJ e PGFN:

Diante disso, são pertinentes os questionamentos da DRJ quanto à usualidade e normalidade de uma operação nos moldes como realizado pela contribuinte. Com efeito, a inclusão de lucros anteriores à emissão das debêntures, no cômputo da remuneração a ser entregue ao debenturista, não se mostra como uma prática negocial em condições de mercado.

Daí o acerto da autoridade fiscal, corroborada pela DRJ, de considerar essa parcela da remuneração como pagamento feito por mera liberalidade da contribuinte, o que impede a sua dedutibilidade do IRPJ e da CSLL.

Regras do IRPJ Aplicáveis à CSLL

202. Sobre a alegação de que há impossibilidade de adição à base de cálculo da CSLL das despesas incluídas nos autos de infração, ratifico o entendimento sobre o tema contido em decisão de primeira instância, bem como, em contrarrazões da PGFN. Vejamos.
203. Em conclusão, tendo por base as razões indicadas por ambas as peças citadas, não há como negar que, de fato, a lei determina, de forma expressa, por pura lógica idêntica de apuração, que para o cálculo da base de cálculo da CSLL devem ser aplicadas regras do IRPJ. Ou seja, o entendimento majoritário do CARF é de que deve ser estendido para a CSLL o disposto nas normas de apuração do lucro real.

Juros Sobre Multa

204. Sobre a alegação de não aplicação de juros sobre multa aplicada pelo Fisco, conforme indicado em contrarrazões da PGFN, a discussão sobre incidência de juros sobre a multa de ofício foi pacificada no âmbito do CARF por meio da Súmula 108.⁴

Multa Isolada

⁴ **Súmula 108 Carf:** Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

205. Não concordo com a tese de impossibilidade de cumulação da multa isolada defendida pela Recorrente. Neste sentido, entendo que o recolhimento a menor de estimativas mensais causado pelas operações ora analisadas sujeita a Recorrente a tal multa.
206. Neste sentido, tomo como razões de decidir, sendo desnecessário, em minha visão, citação de transcrição argumentativa, conteúdo integral sobre o tema contido em acórdãos (exemplificativos) da Câmara Superior de Recursos Fiscais que seguem cujo as ementas, por si só, indicam a diretriz de meu entendimento:

Acórdão nº 9101-002.251 – 1ª Turma

MULTA DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA. LEI Nº 11.488, DE 2007. CUMULATIVIDADE.

Em face da nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Lei nº 11.488, de 2007, é cabível a exigência cumulativa da multa de ofício sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, não recolhida, e da multa isolada sobre o valor do pagamento mensal apurado sob base estimada ao longo do ano, não efetuado, relativamente aos anos-calendário a partir de sua vigência.

Acórdão nº 9101-003.702 – 1ª Turma

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL. COBRANÇA CONCOMITANTE COM MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício cominada pela falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário.

207. Considerando tais decisões, bem como, todas as demais existentes no Carf sobre o tema, voto por manter a referida multa isolada.

Multa Qualificada

208. Em Relação à imputação de Multa Qualificada, o Fisco afirma que a Recorrente e seus sócios administradores utilizaram o fundo de investimento Síruius para se apropriar de parte da distribuição de lucros que foi proporcionada emissões de debêntures. Na visão do Fisco, conforme indicado no Relatório Fiscal (item 9.3 – PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS), houve aumento de despesas financeiras visando diminuição de lucro tributável.
209. Em análise dos elementos probatórios instruídos para fundamentar a qualificação pode-se concluir que os argumentos essenciais foram:

- a) utilização das operações de debêntures para distribuição de participações nos lucros com finalidade de criar despesas fictícias.
- b) transformação da devolução de prêmio de emissão das debêntures em despesas financeiras (item 9.1 – DESPESA FINANCEIRA INDEDUTÍVEL).
210. Em análise do texto descrito no Relatório Fiscal sobre o tema, de fato, cabe razão a diversos argumentos trazidos no Recurso Voluntário. Vejamos.
211. O Fisco não indicou e explicitou, com análise e explicitação probatória, quais seriam hipóteses enquadráveis nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/61. Neste sentido, realmente, houve mera indicação de atos praticados pelos sócios representados, os quais, em tese, mostrariam suas intenções em criação de despesas fictícias (fls. 56 e 57 do TVF/fls. 1.293 e 1.294 dos autos).
212. A DRJ sugere que houve simulação. Porém, além de inovar, não descreve quais foram as ações simuladas. Registra-se, neste sentido, que este não foi o caminho detalhado pelo Fisco. Não há como sustentar tal tese.
213. Além disso, conforme alegação da Recorrente, também não restou caracterizada e provada com documentos embasadores de eventual intenção de sonegação, fraude ou conluio. Nesta diretriz, a própria característica de constituição do crédito de despesas desnecessárias não se coaduna de forma sólida com os argumentos para a referida qualificação. De fato, não houve prova do dolo, condição imprescindível para a qualificação. Neste caminho, vale transcrever apontamentos da Recorrente:

Considerando-se que o **dolo** é elemento **imprescindível** para que se caracterize a sonegação e a fraude, e, portanto, **deve ser minuciosa e cabalmente comprovado pela Autoridade Fiscal**, é notório que no presente caso a multa qualificada é indevida, em razão da absoluta **ausência de comprovação da prática dolosa** da Recorrente.

De fato, como já dito, pela simples análise do TVF e dos autos de infração, verifica-se a falta de evidenciação do dolo da Recorrente, bem como de indicação precisa do dispositivo legal que justificaria tal alegação (artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64), omissão fiscal que não poderia ser ajustada pela Turma Julgadora "a quo", haja vista **que se trata de uma obrigação / ônus da Fiscalização para possibilitar a aplicação da severa multa de 150%.**

Deveras, 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 (nº 476), liquida as operações em mercado organizado (Cetip) e, quando fiscalizado, não entrega a documentação solicitada, procurando sob todas as formas ocultar essas operações. E mais, adultera documentos, utiliza-se de documentos calçados e paralelos, pessoas inexistentes ou "laranjas" e de documentos falsos e inidôneos.

214. No mesmo sentido, não há prova contundente que justifique e comprove a real existência de conluio. Pode-se questionar as motivações que levaram a Recorrente a pagar despesas muito superiores nas operações evidenciadas. Porém, isso, por si só, não caracteriza o

conceito efetivo de conluio, que é prova de real intenção de enganar terceiro, qual seja, o Fisco.

215. A Recorrente registrou, arquivou e disponibilizou toda a documentação gerada nas operações. Não houve nenhum evento oculto. Os documentos juntados são verdadeiro e lastreiam os negócios praticados. Para corroborar tal conclusão, vale transcrever argumentos finais trazidos sobre tema pela Recorrente:

Em conclusão, quem age de má fé, quem dissimula, quem simula, perpetra fraude, oculta fatos geradores de tributos, quem quer sonegar tributo não é aquele que **(i) leva a registro todos os atos societários relacionados à operação; (ii) apresenta todas as informações à Fiscalização, por meio das declarações e obrigações acessórias; (iii) presta todas as esclarecimentos requeridos pela Fiscalização; e (iv) oferece à Fiscalização todos os documentos necessários ao procedimento fiscalizatório**, como ocorreu no presente caso e se infere da mera leitura do TVF.

Observe-se que, apesar de a Delegacia de Julgamento asseverar na fl. 44 do acórdão recorrido (fl. 2.120 dos autos) que os elementos acima não seriam suficientes para afastar a aplicação da multa qualificada, tampouco evidencia os elementos que permitiriam o afastamento das razões acima.

Ou seja, mais uma vez verifica-se que aquela Turma Julgadora optou por superar os argumentos da Recorrente sem qualquer justificativa precisa, com base única e exclusivamente em supostos "indícios" (não nomeados) e em seu juízo de valor pessoal, o que não pode ser admitido por este E. Conselho.

Deste modo, constata-se que **não restou comprovada qualquer prática dolosa pelas partes, ou seja, não houve fraude, sonegação ou conluio nos termos em que prescritos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, necessários à imposição da multa qualificada no presente caso**, o que denota a total improcedência da manutenção, pela DRJ dos lançamentos correspondentes à aplicação do percentual de 150% incidente sobre os valores glosados a título de despesas indedutíveis.

216. Considerando o exposto, tendo por base todos os elementos trazidos aos autos, ratifico a visão da Recorrente. Não há elementos probatórios capazes de fundamentar a visão do Fisco. Portanto, voto por cancelar a qualificação intentada, mantendo a multa de ofício de 75%.

CONCLUSÃO

217. Quanto as despesas ora analisadas, os elementos probatórios indicam que o intuito final da Recorrente foi o de utilizar distribuições de participações nos lucros com finalidade de devolução de prêmios na emissão de debêntures. Tais devoluções se converteram em despesas financeiras absolutamente atípicas que oneraram de forma relevante o lucro.
218. Considerando o exposto, voto pela procedência parcial do Recurso Voluntário, devendo a multa de ofício ser limitada ao percentual de 75% e a responsabilidade solidária anulada, mantendo-se as demais matérias que integram o crédito tributário constituído.

É o Voto.

Assinado Digitalmente

Conselheiro Marcelo Izaguirre da Silva - Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Henrique Nimer Chamas**, redator designado.

Não obstante o substancioso voto do relator, as razões meritórias divergentes ao seu entendimento que ensejaram o resultado pelo provimento do Recurso Voluntário da contribuinte são as seguintes.

O desenrolar fático das operações e suas particularidades são essenciais para a compreensão do caso para a subsunção dos fatos à norma jurídica, sobretudo, considerando: (i) a existência de partes independentes; (ii) as razões econômicas para a *substituição de dívida* da contribuinte; (iii) a existência de previsão legal para a emissão de debêntures e, portanto, a licitude dos atos negociais; e (iv) a coerência correlacional entre as razões econômicas que justificaram a operação, o interesses de cada uma das partes, a liquidação das obrigações da contribuinte, emissora das debêntures e a estrutura jurídica adotada.

Analiso o caso concreto.

Os fatos e seus efeitos jurídicos

Como dito, compreender os fatos do negócio jurídico objeto do litígio é relevante.

Num momento inicial, a recorrente era devedora de três cédulas de crédito bancário/notas promissórias, perante o Banco Bradesco S/A. Tais obrigações eram registradas contabilmente em seu passivo, aumentando o seu endividamento.

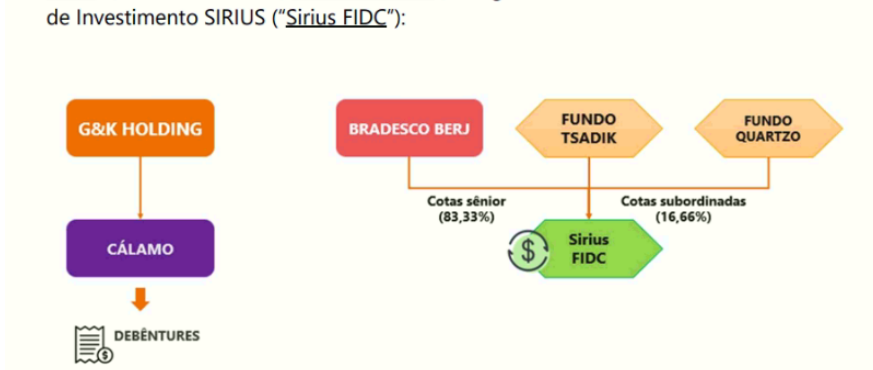
Com a intenção de alterar o perfil de sua dívida, emitiu debêntures com prêmio de subscrição, cuja remuneração fixada foi uma taxa de juros de mercado e uma remuneração variável diferenciada, calculada com base em percentual da participação nos seus lucros.

Conforme apresentado pela recorrente em seus memoriais, resumidamente, as etapas das operações foram as seguintes:

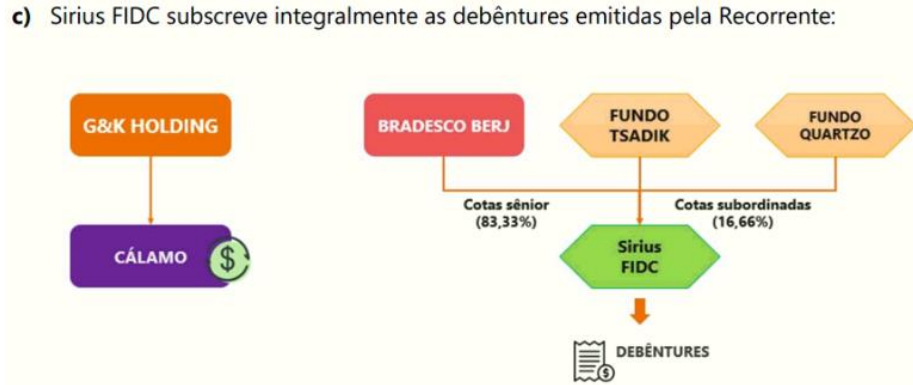
a) Recorrente delibera e aprova a emissão de debêntures:



b) Bradesco BERJ integraliza as cotas seniores e os Fundos de Investimento Tsadik ("Fundo Tsadik") e Quartzo Azul ("Fundo Quartzo") integralizam as cotas subordinadas do Fundo de Investimento SIRIUS ("Sirius FIDC"):



c) Sirius FIDC subscreve integralmente as debêntures emitidas pela Recorrente:



E, ainda, as duas emissões de debêntures têm as principais informações a seguir:

Emissão	Ano	Quantidade	Valor Nominal	Valor Prêmio	% Prêmio	Valor Total
1ª	2013	500	R\$ 325 milhões	R\$ 175 milhões	35%	R\$ 500 milhões
2ª	2014	700	R\$ 420 milhões	R\$ 280 milhões	40%	R\$ 700 milhões

Remuneração	Fixa	Variável
	Taxa CDI + Sobretaxa	% EBITDA

O plano de fundo dos eventos é a substituição de dívidas (nota promissória por debêntures) e a recorrente afirma que seu intuito foi alterar o perfil de endividamento da

companhia e a relação entre dívida e capital, além de utilizar os recursos angariados em seus objetivos sociais.

Como se depreende do TVF, a autoridade fiscal entendeu que a emissão de debêntures com prêmios de subscrição e remuneradas com parte da participação nos lucros teria o único propósito de gerar despesas financeiras artificiais, a fim de reduzir o lucro tributável nos períodos fiscalizados. Ainda, sustenta que tal operação objetivou pagar lucros a administradores, gerando despesas financeiras, não adicionadas na base de cálculo do IRPJ. Portanto, trata-se de glosa de despesas financeiras.

Passo a analisar o caso.

Sob o ponto de vista jurídico-normativo, a autorização legal para a emissão das debêntures com participação de lucros da companhia (“**DPL**”) tem previsão no artigo 56 da Lei nº 6.404/1976⁵ e, como se sabe, confere ao seu titular um direito de crédito contra a companhia emissora.

A decisão sobre emitir ou não debêntures pertence à própria sociedade empresária, não cabendo ao Estado ingerir em sua liberdade decisória, notadamente quando há autorização legal que a subsidie. Outrossim, o fato de a DPL não ser usual, não a torna atípica e nem ilícita.

A partir dessa interpretação *abstrata* da legislação, a licitude do negócio jurídico entabulado não poderia ser questionada, a menos que fossem desconsiderados seus efeitos com base nos permissivos do artigo 149, inciso VII, do CTN, mediante a comprovação de dolo, fraude ou simulação – posto que o parágrafo único do artigo 116 do CTN pende de regulamentação por lei ordinária. A saber, no TVF, somente se invocou o instituto jurídico de fraude para qualificar a multa de ofício e em algumas passagens, sustentou-se a *artificialidade* das operações.

A priori, então, as despesas financeiras decorrentes da emissão de DPL, assumidas pela recorrente e deduzidas da apuração do lucro real, decorrem de incontestada obrigação perante terceiros e foi contraída de forma lícita. Seus efeitos não são adversos daquele que motivou sua celebração, pois, ainda sob o prisma jurídico, por exemplo, a obrigação de pagamento seria igualmente exigível em caso de inadimplemento da remuneração fixada nas debêntures emitidas pela contribuinte.

É curioso, então, que as despesas financeiras decorrentes de negócio jurídico lícito (emissão de DPL) seja considerada desnecessária, sem que o próprio negócio estivesse diretamente relacionado ao manto acusatório de simulação ou fraude.

Sustentar que o *efeito econômico* “aumento substancial de despesas financeiras” não gera efeitos tributários, sem contestar a licitude do negócio jurídico, implica afastamento da lei societária e tributária por motivos *extralegais* e *finalísticos*.

⁵ Art. 56. A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso.

Independentemente dessa constatação, os autos de infração invocam a indedutibilidade das despesas financeiras, considerando-as desnecessárias, suscitando a ausência de propósito negocial e a artificialidade da operação, e por terem remunerado os administradores da recorrente.

As premissas da acusação fiscal não se sustentam, seja sob a ótica jurídica (licitude da emissão da DPL), como já discorrido, mas também quando se aprofunda nas razões fáticas que justificaram a substituição da dívida da recorrente.

Inicialmente, as notas promissórias, dívida originária da recorrente com o Banco Bradesco S/A, eram de titularidade desta, e não do Banco Bradesco BERJ S/A (“BERJ”). Não obstante o BERJ estivesse sob controle daquela, tem-se duas sociedades com personalidades jurídicas distintas, o que confere à operação de emissão da DPL a existência de *terceiro independente*. Isto é, o detentor das notas promissórias não é o cotista do fundo subscritor das debêntures – e isso foi confirmado na diligência que precedeu esse julgamento.

Esse primeiro ponto fático difere o caso concreto de alguns julgamentos administrativos cujo tema são os efeitos tributários na emissão de DPL, pois, nos Acórdãos nº 9101-003.310, 9101-002.538, 9101-002.535 e 9101-002.973, as debêntures eram detidas integralmente pelos sócios da companhia emissora.

Ainda sobre os cotistas do FIDC Sirius (subscritor das debêntures), os Fundos Tsadik e Quartzo detinham 16,66% das cotas subordinadas e, de fato, os sócios administradores da recorrente, Miguel Gellert Grigsner e Artur Noemio Grynbaum, eram os cotistas únicos de tais fundos, cada qual com o seu. Por outro lado, o Banco Bradesco BERJ S/A era detentor de 83,33% das cotas seniores.

A diferença entre as cotas subordinadas e as seniores estava prevista no item 17.4 do regulamento do fundo. A amortização das cotas seniores tinha prioridade de pagamentos sobre as de classe subordinadas e estas seriam amortizadas somente após a amortização das cotas seniores. No negócio de substituição de dívida desenvolvido, então, a prioridade de amortização era do BERJ.

Outrossim, por mais que seja inquestionável a existência de cotas subordinadas que, ao cabo, eram detidas pelos administradores da recorrente, estas representavam 16,33% do total de cotas, de classe sem privilégios. Na diligência fiscal determinada por este conselho, a autoridade fiscal de origem confirmou que no período fiscalizado não houve amortização das cotas detidas pelo Fundo Tsadik e Quartzo. Tal constatação infirma a acusação fiscal de remuneração dos administradores da recorrente.

Outro elemento fático que merece destaque é a remuneração prevista, cujos aspectos se relacionam no binômio *risco-retorno*: (i) no início, houve o pagamento de prêmio de subscrição em percentual que variou de 35% a 40% do valor de face da emissão e a justificativa econômica apresentada para o pagamento do prêmio foi a expectativa de remuneração superior à usualmente utilizada na remuneração de debêntures, se a recorrente tivesse bons resultados; (ii) a

taxa de juros CDI, acrescida de um percentual fixo; e (iii) a participação nos lucros, cujo percentual variava entre 5,99% e 35% do EBITDA e teve uma média de 21%.

Esse segundo ponto fático igualmente difere o caso concreto em análise daqueles julgados nos Acórdãos nº 9101-003.310, 9101-002.538, 9101-002.535 e 9101-002.973, haja vista que nestes a remuneração da DPL decorria exclusivamente da participação de lucros e os percentuais superavam 70% do resultado das companhias emissoras.

Por fim, ainda é válido discorrer sobre outra consideração de ordem econômica.

Não há dúvidas que ao emitir a DPL, a recorrente e o BERJ, terceiro independente, mas controlado pelo Banco Bradesco, obtiveram ganhos mútuos na substituição da dívida originária (notas promissórias). A recorrente alterou seu perfil de endividamento, reduzindo seu passivo e melhorando seus índices financeiros, recebeu prêmio que não compunha a dívida e estava sujeito ao diferimento de tributação (art. 422, III, do RIR/99) e incutiu o componente remuneratório atrelado à participação de lucros, sem que fosse onerada excessivamente nos percentuais aplicáveis à remuneração e resguardando-se em caso de resultados negativos. Por outro lado, o debenturista observou o potencial de retorno com base nas projeções de resultados da recorrente e, no binômio risco-retorno, o negócio foi vantajoso, tanto é que foi celebrado.

A meu ver, todas essas considerações fáticas demonstram que a operação teve propósito negocial, não foi artificial e, sobretudo, é lícita. Portanto, seus efeitos jurídicos não podem ser desconsiderados.

Logo, não há descumprimento ao artigo 299 do RIR/1999, de modo que as despesas financeiras incorridas pela contribuinte são necessárias, cujos fatos demonstram as razões econômicas que sustentam a substituição de dívida com a emissão de DPL; inexistente ilicitude na emissão das debêntures com participação de lucros; e, no caso concreto, está demonstrado que no período de apuração objeto dos lançamentos de ofício não foram efetuados pagamentos aos debenturistas dos Fundos Tsadik e Quartz, cujos quotistas são os administradores da recorrente.

Isto posto, voto por **dar provimento** ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Henrique Nimer Chamas