



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16095.000603/2007-14
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.538 – 1ª Turma
Sessão de 20 de janeiro de 2017
Matéria Dedutibilidade de remuneração de debêntures
Recorrente JS ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS S/A nova denominação de LETERO EMPREENDIMENTOS, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. NORMALIDADE. USUALIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.

As despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica, e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, sendo, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

ABATIMENTO DO IRRF. DECORRÊNCIA.

Afastando-se os efeitos jurídicos da operação, com consequente glosa da dedutibilidade fiscal das debêntures, deixa também de ser pertinente o IRRF que incidiria sobre ela. Necessário abatimento dos IRRF apurado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS DESNECESSÁRIAS. PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA.

A partir de 1º de janeiro de 1996, devem ser adicionadas ao lucro líquido do período, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição social, as despesas incorridas pela pessoa jurídica que não possuam os atributos de necessidade, anormalidade e usualidade, em virtude da previsão legal contida no art. 13 da Lei nº 9.249/1995.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído e não pago no vencimento, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. A declaração por escrito, dos conselheiros fazendários, manifestando-se pelo não impedimento e suas razões, será anexada aos autos. Por maioria de votos, acordam em rejeitar as preliminares de conversão do julgamento em diligência e de devolução dos autos à câmara de origem para complementação da análise de admissibilidade do recurso especial, suscitadas pelo relator, o qual restou vencido e, por maioria de votos, em conhecer integralmente do Recurso Especial do Contribuinte, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo (relator), que conheceu parcialmente do recurso. No mérito, (1) em relação às despesas de remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da recorrente, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; (2) quanto à glosa de despesas na apuração da CSLL, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos Luís Flávio Neto, Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. A conselheira Adriana Gomes Rego votou pelas conclusões; (3) quanto à necessidade de compensação do IR/Fonte recolhido, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos Rafael Vidal de Araújo (relator), Adriana Gomes Rego e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe negaram provimento; (4) já quanto à cobrança de juros sobre a multa, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos Luís Flávio Neto, Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luís Flávio Neto. Solicitaram apresentar declaração de voto os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio.

(Assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Relator.

(Assinado digitalmente)

Luis Flávio Neto – Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo,

Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (RICARF/2009), em que se alega a existência de divergência de interpretação da legislação tributária para as matérias abordadas nos seguintes tópicos:

- Da Normalidade, Usualidade e Necessidade das Despesas de Remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente;
- Da Ilegalidade da Glosa de Despesas na Apuração da CSLL;
- Da Necessidade de Compensação do IR/Fonte Recolhido pela Recorrente; e
- Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa.

A contribuinte suscitou ainda divergência sobre outras matérias que não foram admitidas no exame de admissibilidade do recurso.

A recorrente insurge-se contra o Acórdão nº 1402-001.575, 12/02/2014, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF negou provimento a recurso voluntário anteriormente apresentado.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa: DEBÊNTURES. DESPESAS COM REMUNERAÇÃO. DEDUÇÃO.

Inaceitável a dedução dos valores pagos a título de remuneração de debêntures quando demonstrado o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa: LANÇAMENTO DECORRENTE

Aplica-se ao lançamento tido como decorrente o resultado do julgamento do IRPJ, tendo em vista o liame fático que os une.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa: JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

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

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA.

Cabe a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício com base na taxa SELIC, nos termos do nos termos do art. 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Alexandre Alkmin Teixeira, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que votaram por dar provimento parcial ao recurso para limitar a glosa ao valor da despesa que excedesse à remuneração do IGPM+6%. Por maioria de votos, manter a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Paulo Roberto Cortez. Declarou-se impedido o Conselheiro Carlos Pelá. Participou do julgamento o Conselheiro Alexandre Alkmin Teixeira, que apresentará declaração de voto.

No recurso especial, a contribuinte afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, procurando reverter o que restou decidido para as matérias acima indicadas.

Nesse intento, ela desenvolve os argumentos descritos abaixo:

1) Da Normalidade, Usualidade e Necessidade das Despesas de Remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente

- como mencionado, o presente processo administrativo teve origem em autos de infração lavrados em razão da alteração do critério de remuneração das debêntures emitidas em 06/05/1999 que inicialmente utilizava a variação do IGPM acrescida de 6% ao ano de juros e passou a adotar o percentual de 97% do resultado positivo auferido no exercício social;

- isso porque, de acordo com o entendimento equivocado da Autoridade Fiscal, tal alteração de critério não se revestiria de características normais e usuais, motivo pelo qual configuraria, supostamente, a "criação meramente liberal de despesas financeiras caracterizadas como não necessárias";

- entretanto, conforme demonstrado pela Recorrente nas folhas 40 a 50 do seu Recurso Voluntário, a alteração do critério de remuneração das debêntures (do IGPM + 6% a.a. para 97% do lucro ajustado) representava, na realidade, uma redução nos valores que seriam repassados aos debenturistas;

- com efeito, verificou-se que a média ponderada da remuneração praticada por todas as debêntures nos 6 anos anteriores (1995 a 2000 - única base de comparação válida à época da alteração) representou o equivalente a 110% do lucro ajustado da Recorrente;

- ademais, evidenciou-se a razoabilidade do novo critério de remuneração de debêntures adotado pela Recorrente (97% do lucro ajustado) comparando-o com as taxas praticadas pelo mercado com relação ao mesmo produto (emissão de debêntures por outras empresas privadas) e confrontando-se a remuneração acumulada dos anos seguintes (2002 a 2005) com outros indicadores de mercado;

- frise-se que ambas as comparações provaram que o novo critério de remuneração de debêntures adotado pela Recorrente estava de acordo com o que vinha sendo praticado no mercado;

- além disso, demonstrou-se ainda a estreita ligação entre a despesa com remuneração de debêntures com a atividade praticada pela Recorrente, holding que objetivava a captação de recursos para participação em outras empresas;

- por fim, insta destacar que durante os debates realizados pelos I. Conselheiros deste E. CARF no julgamento da peça recursal da Recorrente, questionou-se acerca do ingresso de recursos referentes à emissão das debêntures;

- assim, apesar de tal fato não ter sido objeto do Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente, visando auxiliar a Autoridade Julgadora na sua busca pela verdade material, apresentou em sede de memoriais a documentação necessária para comprovar que houve o efetivo ingresso de recursos no seu ativo;

- a despeito de todos os esforços da Recorrente para demonstrar a realidade dos fatos, concluiu o I. Conselheiro Relator da decisão ora combatida, sem analisar nem sequer um dos argumentos e/ou documentos supracitados, que as mencionadas despesas com remuneração de debêntures seriam uma mera liberalidade;

- saliente-se que as omissões do acórdão recorrido mencionadas no parágrafo anterior foram objeto dos Embargos de Declaração da Recorrente. Contudo, tais Embargos restaram rejeitados pelo I. Conselheiro Relator, que nas suas razões se restringiu a transcrever novamente parágrafos genéricos da decisão recorrida;

- ocorre que, em posição diametralmente oposta àquela adotada pelo acórdão recorrido, a antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, ao julgar o processo administrativo n° 13820.000860/2002-10, do qual a Recorrente também ocupa o polo passivo, proferiu o acórdão paradigma n° 101-97.021;

- deveras, por meio do mencionado acórdão, a Primeira Câmara analisou os mesmos fatos que aqui se debatem (referentes ao ano-base de 2001) e reconheceu a usualidade, a normalidade e a necessidade das despesas com a remuneração de debêntures, mesmo após a alteração do critério de pagamento (do IGPM + 6% a.a. para 97% do lucro ajustado); [...]

- como se verifica do quadro acima, a decisão recorrida preferiu se respaldar na suposta "doutrina majoritária" e ignorar, na sua análise, (i) os normativos legais (art. 56 da Lei n° 6.404/1976 e art. 462 do RIR/99), (ii) os demonstrativos de que o critério utilizado

anteriormente (IGPM + 6% a.a.) estava tendo um custo maior que o novo critério (97% do lucro ajustado) e (iii) a comparação com outros indicadores de mercado; [...]

- em outras palavras, constata-se que foram afastados sem qualquer justificativa os critérios objetivos (lei, documentos, demonstrativos fundamentados na contabilidade da Recorrente e em números do mercado) para se privilegiar um exame subjetivo (interpretação pessoal sobre entendimentos doutrinários);

- veja-se que, na decisão recorrida, chegou-se ao ponto de se asseverar que se buscava a usualidade e normalidade das referidas despesas com vistas à conclusão de sua necessidade e ao mesmo tempo considerou-se "circunstancial" o fato da remuneração questionada ser razoável perante o que era praticado no mercado; [...]

- no entanto, constata-se que o acórdão paradigma adotou interpretação completamente diversa daquela adotada no acórdão ora recorrido. Isto porque, na decisão paradigma, entendeu-se que a alteração de critério de remuneração das debêntures analisadas não configurou uma mera liberalidade, na medida em que não favoreceu os debenturistas e foram feitas de acordo com os parâmetros que vinham sendo adotados no mercado;

- desta forma, diversamente do entendimento exposto pelo acórdão recorrido, conclui-se, com base no acórdão paradigma nº 101-97.021, que a alteração do critério de remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente (de IGPM + 6% de juros a.a. para 97% do lucro ajustado) não pode ser classificada como uma liberalidade, motivo pelo qual deve ser reconhecida a possibilidade da sua dedução pela Recorrente como despesa;

- não obstante o paradigma acima apontado, referente à própria operação ora em análise, também é relevante mencionar o acórdão paradigma nº 1101-000.889, no qual também se reconhece expressamente a possibilidade de dedução das despesas de remuneração de debêntures com participação nos lucros; [...]

- nota-se que a alteração do percentual de remuneração das debêntures em si, não é base para glosa de despesas e não pode servir de fundamento fiscal para manutenção do lançamento, como aconteceu no caso em apreço e foi levado a efeito no v. a cordão recorrido;

- além de a alteração do critério não ser motivo para glosa, é preciso reiterar que, tal como foi demonstrado pela Recorrente e confirmado pelos acórdãos paradigmas, não se tratou de mera liberalidade dela, mas, sim, de remuneração de debêntures atreladas à atividade social e, por conseguinte, de despesa usual, normal e necessária;

- portanto, é de rigor o reconhecimento da divergência e, conseqüentemente, do acatamento das posições contrárias ao do acórdão *a quo*, que, na mesma situação ora vivenciada, reconheceram como válida a remuneração das debêntures no percentual de 97% do lucro ajustado e, da mesma forma, a regularidade na apropriação das despesas dela decorrente;

- e não é só. Na pior e na improvável hipótese de não se reconhecer o percentual de 97% do lucro ajustado como válido, o que se admite apenas para argumentar, deve ser reconhecida a divergência e acatada a possibilidade de dedução das despesas com base no critério anterior (IGPM + 6% de juros a.a.);

- é preciso assentar que, na origem de ambos os processos, relativos aos acórdãos paradigma e ora recorrido, a fiscalização, fundamentou a glosa das despesas na

mudança de critério da remuneração das debêntures, isto é, considerou válida, pelo menos, a despesa reconhecida pela Recorrente, correspondente ao IGPM + 6% a.a.;

- partindo-se dessa premissa, o acórdão paradigma, mesmo reconhecendo que a alteração da remuneração das debêntures (de IGPM + 6% de juros a.a. para 97% do lucro ajustado) não é motivo para manter a glosa das despesas, consignou que o critério anterior não foi contestado pela fiscalização e, por isso, é plenamente válido;

- já o acórdão recorrido, acrescido e ratificado pelo despacho em embargos de declaração, negou essa realidade e afastou o pedido subsidiário da Recorrente, consistente, na pior das hipóteses, de provimento parcial para manutenção do critério anterior de remuneração das debêntures pelo IGPM + 6% de juros a.a., repita-se, aceito pela fiscalização;

- o voto vencedor do acórdão recorrido, de forma geral e no mesmo bloco, manteve a glosa pela mudança do critério (97% do lucro ajustado) e afastou o pedido subsidiário da Recorrente de manutenção da dedução pelo critério anterior (IGPM+ 6% a.a.);

- já o acórdão paradigma, com acerto, grifou a validade incontestada de ambos os percentuais, destacando, inclusive, que o antigo nem sequer foi contestado pela fiscalização e, por isso, plenamente aceitável sob o ponto de vista da dualidade e subsidiariedade do pedido de reconhecimento da dedução parcial da despesa;

- é bom grifar também, que o voto vencido do acórdão ora recorrido, da mesma forma do paradigma em destaque, salienta o fato de a fiscalização não ter criticado o percentual anterior das debêntures nem desconsiderá-las e, por tais razões, retrata ser imperativo o reconhecimento da dedução parcial das despesas;

- se, de um lado a remuneração das debêntures em 97% do lucro ajustado foi considerada uma liberalidade, por não ser usual, de outro, face à sua inquestionável existência, é incontestável que à Recorrente, na pior das hipóteses, não pode ser negada a dedutibilidade da parcela dos encargos que não constituíram uma liberalidade (IGPM+ 6% a.a.);

- quer dizer, se o trabalho fiscal e o acórdão recorrido entenderam que 97% do lucro constitui um exagero, negar toda e qualquer dedução para a Recorrente também é um excesso. Isso porque a glosa total nega a existência das debêntures, que, repita-se, não foi desconsiderada pela fiscalização, além de ter sido, ressaltado-se, aceita, dado que a acusação funda-se apenas na mudança do critério, sem que tivesse qualquer lançamento em período anterior a ela;

- a manutenção da glosa integral das despesas, mesmo diante do fato da existência das debêntures e da homologação fiscal de que o critério de remuneração anterior estava correto (IGPM+ 6% a.a.), acarreta na tributação do patrimônio e não da renda, enquanto acréscimo patrimonial, da Recorrente;

- portanto, diante da evidente divergência de interpretação da legislação entre a decisão recorrida e as decisões paradigmas, requer-se o recebimento e o conhecimento do presente Recurso Especial e, pelas razões aqui apresentadas, o seu integral (97% do lucro ajustado) ou, quando menos e na pior das hipóteses, parcial provimento (IGPM+ 6% a.a.).

2) Da Inobservância do Princípio da Legalidade pela Decisão Recorrida

Matéria não admitida.

3) Da Necessidade de Aplicação do Princípio da Especialidade

Matéria não admitida.

4) Da Possibilidade de Inovação do Critério Jurídico pela Autoridade Julgadora

Matéria não admitida.

5) Da Inobservância do Princípio da Verdade Material pela Decisão Recorrida

Matéria não admitida.

6) Da Ilegalidade da Glosa de Despesas na Apuração da CSLL

- a Fiscalização constituiu os créditos tributários da CSLL sob a alegação de que as despesas apropriadas pela Recorrente não seriam normais, usuais e necessárias, nos termos do artigo 299 do RIR/99;

- contudo, para justificar a aplicação do referido dispositivo legal, que é uma regra específica do IRPJ, a Autoridade Fiscal se valeu da regra prevista no artigo 28 da Lei n° 9.430/1996 que prevê que na apuração da base de cálculo da CSLL aplicam-se nas normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1° a 3°, 5° a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei;

- entretanto, como demonstrado nas folhas 8 a 13 da peça recursal da Recorrente, nenhum desses dispositivos legais ampara a glosa das despesas realizadas pela Fiscalização, razão pela qual se concluiu que não há, no ordenamento jurídico pátrio, permissivo legal especial dirigido à formação da base de cálculo da CSLL estabelecendo a qualificação da despesa como normal, usual e necessária;

- o entendimento manifestado no acórdão recorrido está equivocado, na medida em que como demonstrado, não se pode utilizar a legislação do IRPJ, no tocante à glosa de despesa, para o lançamento da CSLL;

- nesse sentido já decidiu a antiga Primeira Câmara do Conselho de Contribuintes por meio do acórdão paradigma n° 101-94.825 (doc. 13). Confira-se:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E OUTRO - AC. 1995 CSLL - DESPESAS DESNECESSÁRIAS - ADIÇÃO À BASE DE CÁLCULO - IMPROCEDÊNCIA - a base de cálculo da CSLL é o resultado do período, apurado na forma da legislação comercial, ajustado na forma da legislação específica (artigo 2° da lei n° 7.689/1988). As despesas desnecessárias são indedutíveis para o IRPJ, não o sendo para a CSLL por falta de expressa previsão legal, desde que comprovadas por documentos hábeis e idôneos.

- este também foi o entendimento adotado no acórdão paradigma n° 107-07.610 (doc. 14), *in verbis*:

CSLL. BASE DE CÁLCULO. Somente a lei pode fixar a base de cálculo dos tributos, não se admitindo que valores indedutíveis para efeito do IRPJ

sejam adicionados à base de cálculo da CSLL sem expressa determinação legal neste sentido.

- portanto, demonstrado que os acórdãos paradigmas adotaram decisão diametralmente oposta àquela utilizada pelo acórdão recorrido, requer-se o recebimento e o conhecimento do presente Recurso Especial por esta E. CSRF, bem como o seu provimento para determinar o cancelamento do auto de infração de CSLL que também deu origem ao presente processo.

7) Da Necessidade de Compensação do IR/Fonte Recolhido pela Recorrente

- ainda que nenhum dos argumentos apresentados anteriormente seja aceito, o que se admite a título argumentativo, ao menos deverá reconhecer esta E. CSRF que o montante recolhido pela Recorrente a título de IR/Fonte sobre a remuneração das debêntures deveria ser compensado com o valor exigido pelo Fisco nos autos de infração originários do presente processo;

- com efeito, como demonstrado pela Recorrente nas folhas 53 e 54 da sua peça recursal, a despesa oriunda da remuneração das referidas debêntures foi integralmente glosada pela Autoridade Fiscal;

- contudo, o Sr. Agente Fiscal não levou a efeito na recomposição do suposto saldo de IRPJ e CSLL a pagar o montante de IR/Fonte incidente na remuneração das debêntures;

- ora, se, por um lado, o Sr. Auditor Fiscal desconsiderou a despesa reconhecida pela Recorrente, refez o cálculo do IRPJ e da CSLL e os lançou, deveria, de outro, ter levado em consideração o IR/Fonte acima mencionado e tê-lo compensado na apuração final;

- a interpretação contida no acórdão recorrido não está de acordo com o posicionamento adotado por este E. Conselho sobre o tema. De fato, constata-se que no acórdão paradigma nº 101-94.986 (doc. 15) o voto vencedor da I. Conselheira Sandra Maria Faroni autoriza a compensação do IR/Fonte, sem condicioná-la à existência de simulação, *verbis*:

"Entendo, todavia, que por uma questão de razoabilidade, **deve ser deduzida da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte.** É que, **ao se considerar como indedutíveis as despesas** correspondentes aos rendimentos de debentures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debentures como lucros distribuídos. **Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte**, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência". (Fl. 17 do acórdão paradigma nº 101-94.986 - g.n.)

- pontue-se que o acórdão paradigma nº 101-94.986 foi utilizado pela própria decisão recorrida para justificar o seu entendimento quanto à glosa das despesas, uma vez que, de acordo com o I. Relator, o caso analisado naqueles autos seria "idêntico ao presente" (p. 9

da decisão recorrida). Contudo, de forma contraditória, não adota o mesmo entendimento quanto à possibilidade de compensação do IR/Fonte pago pela Recorrente;

- ademais, saliente-se que também adotou esta interpretação a 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção deste E. CARF no acórdão paradigma nº 1102-00.659 (doc. 16), veja-se:

"(...) desde a edição da Lei nº 9.249/95, estabeleceu o legislador a isenção do imposto de renda na distribuição de lucros já tributados na pessoa jurídica, como forma de evitar uma dupla incidência sobre os mesmos resultados. Entretanto, a recorrente deu aos valores pagos aos sócios o tratamento de participações atribuídas a debêntures, as quais, por não serem tributadas na pessoa jurídica, sofrem a incidência do imposto de renda na fonte por ocasião do pagamento.

A I. Conselheira Sandra Faroni, no seu voto proferido no acórdão nº 101-94.986, bem abordou a questão nos seguintes termos: (...).

Assim, na esteira também dos precedentes citados pela recorrente, entendendo que, ao restabelecer a verdade dos fatos, deve-se fazê-lo de modo integral, permitindo a compensação de tributos comprovadamente recolhidos (...)" (Fl. 35 do acórdão paradigma nº 1102-00.659 - g.n.)

- insta ressaltar que no acórdão paradigma nº 1102-00.659 tampouco a autorização da compensação do IR/Fonte pago se deu em função de ter sido constatada uma simulação, mas sim em razão da correção do raciocínio que se apresenta no presente tópico;

- por conseguinte, evidenciada a divergência entre o posicionamento adotado pela decisão recorrida e os acórdãos paradigmas, imprescindível que esta E. CSRF receba e conheça o presente Recurso Especial no tocante a este tópico, para que ao menos seja reconhecido o direito de a Recorrente compensar os valores recolhidos de IR/Fonte sobre a remuneração das debêntures com o montante autuado.

8 - Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

- por fim, com relação à ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa, discussão suscitada pela Recorrente nas fls. 56 a 60 do seu Recurso Voluntário [...] ainda que se entenda pela manutenção da autuação em análise, o que se alega a título argumentativo, é certo que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal, merecendo reforma a decisão recorrida também com relação a esse ponto;

- o entendimento exarado no acórdão recorrido, conflita frontalmente com posição adotada pelo Plenário desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, que, em julgamento ocorrido nos autos do processo administrativo nº 10680.002472/2007-23 (acórdão paradigma nº 9101-00.722 - doc. 17), no dia 08/11/2010, negou provimento a recurso especial da PGFN, reconhecendo a impossibilidade de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, em razão do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional;

- nesse diapasão, também se destaca o acórdão paradigma nº 1302-00.655 (doc. 18), que segue o mesmo entendimento acima mencionado;

- assim, verificada e comprovada a divergência de interpretação entre os acórdãos paradigmas e o acórdão recorrido, com relação à manutenção da cobrança dos juros SELIC sobre a multa de ofício, cumprido está o requisito exigido pelo artigo 67 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, motivo pelo qual se requer a reforma da decisão ora recorrida, também no que tange a esse item, para que a decisão siga o estabelecido nos acórdãos paradigmas anexos ao presente.

9) Síntese das razões expostas

- diante de tudo o que foi exposto, imprescindível a admissão do presente Recurso e a análise por esta E. Câmara Superior de Recursos Fiscais dos pontos aduzidos pela Recorrente em seu Recurso Voluntário, os quais, frise-se, estão intrinsecamente ligados aos paradigmas abordado nesta peça recursal;

- nesse sentido, traz-se abaixo um resumo dos pontos que, requer-se, sejam abordados por esta E. CSRF:

- o caso da Recorrente, onde a emissora das debêntures é uma Holding e cujo objetivo principal é captar recursos para o Banco Safra S/A (empresa operacional), é diferente dos demais casos analisados pelo antigo Conselho de Contribuintes, nos quais as empresas operacionais emitiam debêntures para reduzir o seu lucro líquido;

- a regularidade da debênture que é um meio legal para o financiamento das atividades da companhia, a possibilidade de dedução do custo do financiamento nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 462 do RIR/99), a faculdade de se atrelar a remuneração das debêntures à participação do lucro da companhia emitente (art. 56 da Lei nº 6.404/1976) e a ausência de qualquer limitação legal do percentual do lucro que poderá ser utilizado ou que esta relação seja estabelecida entre sócio e empresa emissora;

- a necessidade de se aplicar o Princípio da Especialidade no presente caso, na medida em que a norma específica (art. 462 do RIR/99) deve prevalecer sobre a norma geral (art. 299 do RIR/99);

- a impossibilidade de a Autoridade Julgadora inovar o critério jurídico questionando a produção de provas que não foram requeridas, como, por exemplo, o efetivo ingresso de recursos. Sendo que nesta hipótese o dever de provar é exclusivo do Fisco;

- a comprovação pela Recorrente quanto à relação das despesas de remuneração das debêntures com a sua atividade que objetivava a captação de recursos para participação em outras empresas, levando-se em consideração que a remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente com base em 97% do seu lucro ajustado, se comparada com os anos anteriores a sua instituição, seria inferior ao montante que seria pago com o IGPM + 6% a.a. e que tal remuneração estava de abaixo da taxa praticada no mercado em operações similares;

- ainda que a remuneração de debêntures com base em 97% do lucro ajustado da Recorrente fosse uma "mera liberalidade" como alegou a Fiscalização, o que se admite a título de argumento, deveria ser aceita como dedutível ao menos as despesas que correspondem ao critério anteriormente adotado (IGPM + 6% a.a.), uma vez que isso nunca foi contestado pela Autoridade Fiscal;

- *ad argumentandum*, mesmo que os pontos anteriormente trazidos não sejam admitidos, deve-se reconhecer que os valores recolhidos a título de IR/Fonte pela Recorrente sobre a remuneração de debêntures devem ser compensados com o montante de IRPJ apurado pela Fiscalização;
- ilegalidade da glosa de despesas na apuração da CSLL, tendo em vista a ausência de previsão legal para adição de despesas consideradas indedutíveis para o IRPJ;
- a ilegalidade da cobrança dos juros sobre a multa.

Quando do exame de admissibilidade do recurso especial da contribuinte, o Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do despacho exarado em 05/06/2015, admitiu parcialmente o recurso especial, reconhecendo a existência de divergência para as matérias já mencionadas, nos seguintes termos:

"1) Da Normalidade, Usualidade e Necessidade das Despesas de Remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos dos acórdãos apresentados como paradigmas:

(...)

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que os mesmos trazem o entendimento de que mesmo reconhecendo que alteração da remuneração das debêntures (de IGPM + 6% de juros a.a. para 97% do lucro ajustado) não é motivo para manter a glosa das despesas, consignando que o critério anterior não foi contestado pela fiscalização e, por isso, é plenamente válido.

Está registrado no Voto condutor do Acórdão recorrido:

(...)

Assim, o acórdão recorrido, por seu turno, vem esclarecer que de forma geral deve ser mantida a glosa pela mudança do critério (97% do lucro ajustado) e afastado o pedido de manutenção da dedução pelo critério anterior (IGPM+ 6% a.a.).

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial demonstrada pelo Sujeito Passivo.

(...)

6) Da Ilegalidade da Glosa de Despesas na Apuração da CSLL

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos dos acórdãos apresentados como paradigmas:

(...)

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que os mesmos trazem o entendimento de que as despesas desnecessárias são indedutíveis para o

IRPJ, não o sendo para a CSLL por falta de expressa previsão legal, desde que comprovadas por documentos hábeis e idôneos.

Está registrado no Voto condutor do Acórdão recorrido:

(...)

Assim, o acórdão recorrido, por seu turno, vem esclarecer que aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial demonstrada pelo Sujeito Passivo.

7) Da Necessidade de Compensação do IR/Fonte Recolhido pela Recorrente

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos dos acórdãos apresentados como paradigmas:

(...)

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que os mesmos trazem o entendimento de que não cabendo o imposto de renda retido na fonte, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência.

Está registrado no Voto condutor do Acórdão recorrido:

(...)

Assim, o acórdão recorrido, por seu turno, vem esclarecer que descabe, portanto, a compensação suscitada. Em primeiro lugar, porque a incidência decorre de disposição expressa da norma e em segundo lugar, pelo fato do ônus do imposto ser do debenturista e não da fonte pagadora.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial demonstrada pelo Sujeito Passivo.

8) Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos dos acórdãos apresentados como paradigmas:

[...]

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que os mesmos trazem o entendimento de que os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa ofício aplicada.

Está registrado no Voto condutor do Acórdão recorrido:

[...]

Assim, o acórdão recorrido, por seu turno, vem esclarecer que tem cabimento a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional aplicada.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial demonstrada pelo Sujeito Passivo.

Conclusão

Do exame dos requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 67 e 68 do Anexo II do RICARF, verifica-se que o recurso especial deve ser admitido em parte, a saber:

I) existem as divergências jurisprudenciais indicadas em relação aos seguintes itens:

1) Da Normalidade, Usualidade e Necessidade das Despesas de Remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente;

6) Da Ilegalidade da Glosa de Despesas na Apuração da CSLL;

7) Da Necessidade de Compensação do IR/Fonte Recolhido pela Recorrente; e

8) Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa.

II) não existem as divergências jurisprudenciais indicadas em relação aos seguintes itens:

2) Da Inobservância do Princípio da Legalidade pela Decisão Recorrida;

3) Da Necessidade de Aplicação do Princípio da Especialidade;

4) Da Possibilidade de Inovação do Critério Jurídico pela Autoridade Julgadora;

e 5) Da Inobservância do Princípio da Verdade Material pela Decisão Recorrida."

Vale registrar que a negativa de seguimento de parte do recurso especial, por inexistência de algumas das divergências suscitadas, foi confirmada por despacho de reexame de admissibilidade exarado pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em caráter definitivo, nos termos do art. 71 do Anexo II do RICARF/2009.

Em 25/06/2015, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do despacho que admitiu parcialmente o recurso especial da contribuinte, e em 26/06/2015 o referido órgão apresentou tempestivamente as contrarrazões ao recurso, com os seguintes argumentos:

INDEDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO DAS DEBÊNTURES

Inaplicabilidade, ao caso, do art. 462 do RIR/99:

- a recorrente alega ser incabível a aplicação do artigo 299 do RIR/99 ao caso dos autos, já que os pagamentos efetuados não seriam referentes a despesas operacionais, mas sim à participação nos lucros, dedutível nos termos do artigo 462 do RIR/99;

- nesse sentido, entende que ele (art. 462 do RIR/99) seria o único dispositivo legal apto a incidir no caso, conforme o princípio da especialidade, de tal modo que se sobreporia ao art. 299 do mesmo Regulamento. Em consequência, a Recorrente aduz que houve o erro de tipificação do lançamento;

- no entanto, tais argumentos não merecem prosperar;

- a glosa de despesa, por não atender ao requisito legal da necessidade, é forma direta de tributação, dependendo apenas da prova da sua desnecessidade à luz dos fatos concretos e da legislação que envolve o gasto ou dispêndio, tornando-o indedutível;

- genericamente, o art. 462, I, do RIR/1999 prevê a dedutibilidade, do lucro líquido, das participações nos lucros asseguradas a debêntures emitidas pela empresa;

- a finalidade do art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que alicerça o art. 462 acima, citada no Parecer Normativo CST nº 299, DOU de 7/12/78, foi assim disposta:

"26. A lei da sociedade por ações conceitua as participações como deduções no lucro líquido do exercício, pois do ponto de vista dos acionistas são despesas, que reduzem o montante do lucro que lhes cabe. Para a lei fiscal, todavia, somente são dedutíveis as participações atribuídas a empregados... ou de debêntures de emissão da companhia (porque essa participação tem natureza de juros)" (g. n.).

- portanto, a dedução do lucro líquido a título de participação nos lucros (mesmo que decorrente de debêntures) possui natureza contábil e jurídica de despesa. Assim, plenamente cabível verificar se essa despesa enquadra-se ou não nos critérios de dedutibilidade;

- ademais, as participações nos lucros das pessoas jurídicas, asseguradas às debêntures de sua emissão, somente se caracterizam como deduções no lucro líquido quando reduzirem o montante do lucro a ser distribuído aos acionistas;

- contudo, tornou-se incontroverso no processo que os próprios acionistas eram os titulares das debêntures. Ou seja, a redução dos lucros da empresa (despesa) se deu em benefício dos próprios acionistas, de tal modo que não se poderia admitir tal dedução, sob pena de completa subversão dos motivos que inspiraram a norma;

- e mais, a própria Recorrente contribuiu decisivamente para a imputação fiscal com esteio no art. 299 do RIR/99, isto porque “a própria contribuinte, apesar de agora defender o erro na imputação fiscal, preferiu não dar abertamente o tratamento de dedução do lucro líquido às remunerações de debêntures, que deveriam estar informadas em campo específico da declaração” (fls. 868-v);

- outrossim, a DRJ verificou que nas DIPJ apresentadas (2000 a 2006) “não consta qualquer informação no campo próprio da Ficha 6A – ‘Demonstração do Resultado’, Linha 47 – ‘Participações de Debêntures’”;

- ora, se a própria documentação apresentada pela Recorrente registrou a despesa como despesa financeira, não poderia ela, sob pena de violar o princípio da boa-fé, invocar vício na imputação do qual ela contribuiu, mormente porque não trouxe qualquer fundamentação plausível para comprovar, em tese, o erro no preenchimento da declaração;

- ressalte-se que, ao tratar tais pagamentos como despesas financeiras, não caberia, agora, considerá-las como dedução do lucro para embasar suposto erro na tipificação da autuação.

A despesa com debêntures é indedutível, porque possui caráter de liberalidade:

- é sabido que todo e qualquer tipo de dedução da base de cálculo deve guardar estrita conformidade com as exigências legais e regulamentares pertinentes, devendo ser glosada qualquer despesa que não ostente os requisitos indispensáveis para fins de dedutibilidade;

- a qualificação dos dispêndios da pessoa jurídica como despesas dedutíveis na determinação do lucro real está subordinada a normas específicas da legislação tributária (art. 299 do RIR/99);

- não é qualquer despesa com debêntures, contabilizada pela pessoa jurídica, que pode ser deduzida. Nos termos do dispositivo acima mencionado, a despesa somente é dedutível quando for necessária à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora de receitas, e desde que seja usual ou normal no tipo de operações ou atividades da entidade;

- necessária é a despesa essencial às operações relacionadas com a exploração da atividade (inerente ao negócio), e que esteja vinculada com a fonte produtora de rendimentos. Despesa normal é despesa comum, vale dizer, aquela que, na realização do negócio, verifica-se de forma costumeira ou ordinária. A usualidade deve ser interpretada na acepção de habitualidade em relação à espécie do negócio;

- basta examinar as circunstâncias que envolveram o negócio jurídico realizado para constatar, claramente, que os valores a título de participação em debêntures foram pagos pela contribuinte por mera liberalidade;

- as debêntures são valores mobiliários emitidos pela pessoa jurídica para captação de recursos, a fim de custear a implementação de projetos ou a ampliação do empreendimento, e que representam uma alternativa de investimento para aquele que as adquire. Trata-se de um título que viabiliza o auto-financiamento da empresa;

- porém, no caso em apreço, a captação de recursos inseriu-se apenas no plano hipotético, teórico, imaginário, haja vista que a decisão recorrida enfatizou que “não há prova efetiva nos autos de que o valor de R\$1.348.780.000,00 tenha sido integralizado pelos sócios, únicos debenturistas, com recursos distintos daqueles já constantes do próprio patrimônio da empresa”;

- ademais, sequer constou autenticação mecânica nos recibos vinculados aos Boletins de Subscrição de Debêntures, o que reforça o mote de que a operação foi realizada meramente “no papel”, isto é, sem qualquer ingresso de recursos para implementar ou incrementar as atividades da Recorrente, que, segundo diz, seria o aporte de capitais em outras empresas;

- de acordo com o artigo 56 da Lei nº 6.404/1976, a debênture pode assegurar ao seu titular remuneração por meio de juros, participação nos lucros, ou prêmio de reembolso. No caso concreto, essa remuneração foi acordada por meio de participação nos lucros da contribuinte;

- essa forma de remuneração, apesar de prevista em lei, não é a forma usual e normal. Sendo a debênture um título característico de empréstimo, os juros e a correção é que são, de fato, as formas comuns para sua remuneração;

- com efeito, uma debênture, enquanto título de crédito, deve se basear na certeza. Logo, vincular tal título ao desempenho da empresa emitente, condicionando a sua remuneração inteiramente aos lucros daquela, descaracteriza a debênture como título de crédito. Nesse sentido, foi o entendimento da Conselheira Sandra Maria Faroni, no voto proferido no acórdão nº 101-94986 (transcrição contida nas contrarrazões);

- além disso, verifica-se que a utilização de fração módica dos lucros como remuneração do título mobiliário até poderia ser tida como razoável. Todavia, o comprometimento do percentual de 97% dos lucros com essa finalidade assim não se apresenta;

- essa mesma questão também foi tratada no mencionado Acórdão nº 101-94.986. Naquele caso, o percentual ajustado era menor (70% dos lucros) do que o acordado pela Recorrente (repita-se, 97% dos lucros) e, ainda assim, este Conselho entendeu que a operação era incomum e que as despesas por ela geradas eram indedutíveis;

- outrossim, no caso dos autos, a emissão de debêntures realizada pela empresa não proporcionou o ingresso de recursos financeiros e nem a captação de novos investimentos em busca de melhores resultados;

- o que ocorreu foi, simplesmente, o uso de um artifício que teve como objetivo a criação de uma despesa para reduzir, artificialmente, o resultado operacional;

- a remuneração dos 2 (dois) únicos sócios da empresa gerou uma despesa milionária, que praticamente suprimiu o lucro da companhia, mediante uma operação sem qualquer propósito negocial e com escopo de economia exclusivamente fiscal;

- em momento algum os recursos negociados em razão da emissão das debêntures serviram para alcançar a melhoria de seus resultados. Por isso é que não foi possível reputar, às despesas, a característica de necessárias;

- este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já teve a oportunidade de se manifestar pela indedutibilidade de despesas de debêntures em casos semelhantes (transcrição de ementa e voto do Acórdão nº 103-21543);

- por tais motivos, conclui-se que a Fiscalização atuou de acordo com os parâmetros legais para glosar a despesa lançada pela Recorrente a título de remuneração com debêntures.

Alteração da remuneração no percentual de 97% do lucro - operação atípica de mercado

- a debênture é um título cambial que representa uma dívida de médio ou longo prazo que assegura ao respectivo titular (debenturista) o direito de crédito contra a sociedade emissora. Ela tem a finalidade precípua de obter empréstimos junto a terceiros, que são atraídos pelo título em face, principalmente, dos juros e outros direitos que podem remunerar o mútuo;

- a remuneração das debêntures pode gerar, em tese, uma despesa pelo pagamento de tais benefícios, notadamente quando o título assegurar, ao debenturista, juros, participação no lucro da companhia e/ou prêmio de reembolso (Lei nº 6.404/1976, art. 56);

- em uma operação típica de mercado, as debêntures são emitidas a médio ou longo prazo para que a sociedade capte recursos para fazer frente às suas necessidades, gerando, com isso, lucros;

- ocorre que, no caso das debêntures emitidas pela recorrente, o propósito principal da companhia (lucro) nunca seria alcançado;

- isto porque o lucro foi substancialmente comprometido pela alteração contratual que vinculou a remuneração das debêntures no percentual de 97%;

- cabe indagar: seria comum, no mercado, que alguma companhia comprometesse quase a totalidade do seu lucro se o empréstimo viesse de terceiros, isto é, não pertencentes ao quadro societário? A resposta só pode ser negativa;

- assim, além de não usual e atípica, essa prática é contrária à própria razão de ser das companhias mercantis, qual seja a finalidade lucrativa. Aliás, o art. 2º da Lei nº 6.404/1976 define que na sociedade por ações “Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo”;

- de fato, considerando que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista da companhia, os sócios da Recorrente receberam, a título de remuneração das debêntures, valores que eles iriam obter posteriormente na real distribuição de lucros. E, nessa trama, formalizaram uma operação que permitiria reduzir o lucro tributável em até 97% do lucro, como bem ressaltou a decisão da DRJ (fls. 868-v);

- eis os elementos que demonstram que a operação da Recorrente foi atípica no mercado, sem qualquer propósito negocial, almejando apenas reduzir artificialmente a carga tributária:

1) remuneração das debêntures que beneficiava exclusivamente os sócios da companhia;

2) os 2 (dois) sócios foram os únicos subscritores das debêntures emitidas;

3) os referidos títulos foram emitidos na exata proporção da participação no capital social;

4) inexistiu qualquer entrada de capital externo na operação;

5) inexistência de prova de que o valor de emissão das debêntures tenha sido integralizado pelos sócios com recursos distintos daqueles já constantes do patrimônio da companhia;

6) alteração contratual que comprometeu 97% do lucro de uma companhia;

- se tais elementos não fossem suficientes para justificar a desnecessidade, anormalidade e não usualidade das despesas, o que se diz para fins de argumentação, convém ressaltar que o planejamento efetuado pela Recorrente extinguiria quase que a totalidade do seu lucro (e a incidência da respectiva tributação) até 2014, haja vista a data do seu vencimento (02/09/2014);

- a manipulação para reduzir artificialmente o lucro da Recorrente fica evidente porque até o ano de 2014, ou seja, 15 (quinze) anos após a emissão das debêntures (em 1999), a quase totalidade do seu lucro (97%) seria destinada aos credores dos aludidos títulos, que são, evidentemente, os próprios sócios da empresa. E isso sem qualquer ingresso de recursos distintos do próprio patrimônio da companhia;

- em síntese, não há recuo no tempo que justifique o comprometimento de 97% do lucro de uma companhia por 15 (quinze) anos como forma de remuneração de debêntures aos próprios sócios.

GLOSA DE DESPESAS NA APURAÇÃO DA CSLL – PERMISSIVOS LEGAIS: ART. 28 DA LEI 9.430/96, ART. 13 DA LEI 9.249/95 e ART. 47 DA LEI 4.506/64

- o art. 13 da Lei nº 9.249/1995 previu, expressamente, que as despesas desnecessárias também são indedutíveis da base de cálculo da CSLL:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964

- é importante destacar o referido caput, que faz remissão expressa ao art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Esse dispositivo é o fundamento legal do art. 299 do RIR/99 e dispõe exatamente sobre a necessidade, usualidade e normalidade das despesas da empresa que poderão, em tese, ser deduzidas do lucro líquido do período;

- o art. 28 da Lei nº 9.430/1996 manteve a aplicação da legislação concernente à apuração da base de cálculo da CSLL e inclui, certamente, a Lei nº 9.249/1995. Assim, a indedutibilidade das despesas com remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente teve fundamento na legislação tributária vigente expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, qual seja o art. 13 da Lei nº 9.249/1995 c/c o art. 47 da Lei nº 4.506/1964;

- convém ressaltar que o auto de infração indicou a Lei nº 9.249/1995 dentro do enquadramento legal atribuído à apuração da base de cálculo da CSLL (fls. 437, 449, 461, 473 e 485);

- embora a autuação tenha se referido ao art. 19 da Lei nº 9.249/1995, quando, na verdade, o ideal seria o seu art. 13, isso em nada prejudicou a Recorrente, já que ela

exerceu plenamente o seu direito de defesa, *ex vi* as exaustivas explanações feitas na peça recursal diante das imputações que lhe foram feitas;

- ademais, convém destacar a proximidade entre as hipóteses de incidência da CSLL e do IRPJ, que há muito vem sendo debatida e reconhecida pela doutrina e jurisprudência dos tribunais pátrios, tendo, inclusive, sido objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a argüição de inconstitucionalidade da contribuição social em questão no RE 138.284, Relator Min. Carlos Veloso, julgamento em 01.07.1992, DJ. 28.08.1992;

- no mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a legalidade da indedutibilidade do valor da CSLL na apuração do lucro real, previsto na Lei nº 9.316/1996, afirmou o seguinte:

“É consabido que **o aspecto quantitativo do fato gerador da contribuição social sobre o lucro se identifica com o do imposto de renda**, pois a base de cálculo do imposto de renda é o montante real, arbitrado ou presumido da renda ou dos proventos tributáveis auferidos no ano-base (art. 44 do CTN).” (Destaque nosso)

- nessa toada, isto é, considerando essa relação de proximidade entre a CSLL e o IRPJ no tocante ao fato gerador e base de cálculo, o legislador ordinário, por meio da Lei nº 8.891/1991 estabeleceu no art. 57, o seguinte:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995) (Destaque nosso)

- o legislador ordinário não disse no art. 57 que tão somente as regras de recolhimento do IRPJ devem ser observadas para a CSLL. Ao revés, foi bastante claro ao determinar que também as regras de apuração são aplicáveis a essa espécie de contribuição social;

- ora, o que é apurar a não ser compor a base de cálculo tributável, efetuando-se as devidas adições, exclusões e compensações previstas em lei. Se a legislação do IRPJ preceitua que determinada parcela deva ser adicionada/excluída ou não considerada para efeito da apuração do lucro real, idêntico procedimento deve ser efetuado para cálculo do valor devido da CSLL, por força do que dispõe o art. 57 da Lei nº 8.891/1991;

- ante o exposto, resta claro que as despesas desnecessárias não podem ser deduzidas da base de cálculo da CSLL.

IRRF - AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO SEU RECOLHIMENTO

- a Recorrente pretende a compensação do IRRF supostamente recolhido sobre as remunerações das respectivas debêntures no período autuado com o IRPJ ora lançado;

- além da fundamentação legal contemplada no acórdão vergastado (transcrita nas contrarrazões), ao qual a Fazenda Nacional reporta-se integralmente, cumpre ressaltar que não há provas nos autos acerca do recolhimento do IRRF pela Recorrente;

- com efeito, depreende-se das fls. 661/671 que há apenas 1 (uma) DCOMP transmitida em 06/11/2006, referente ao período 2002, que não traz qualquer comprovação de que houve o recolhimento do imposto retido. Convém lembrar que o período autuado, no presente caso, abrange os anos-calendário 2002/2005;

- por fim, cabe lembrar o alerta proferido pela DRF no sentido de que “o efeito fiscal decorrente da existência destes papéis é uma sistemática geração de despesas, sem que em contrapartida haja qualquer tributação dos beneficiários (Imposto de Renda Retido na Fonte), já que o vencimento dos títulos é em 2014, e a escritura não prevê pagamentos periódicos de rendimentos...” (fls. 295);

- portanto, considerando que a Recorrente já se valeu do procedimento para o pedido de compensação/restituição do valor que ela ora postula seja compensado, assim como por inexistir nos presentes autos provas da retenção do tributo, o pedido deve ser denegado.

DA COBRANÇA DE JUROS SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

- a utilização da taxa Selic para o cômputo dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício é plenamente cabível e condizente com a legislação tributária vigente (artigos 44, I e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996);

- verifica-se que a divergência sobre a aplicabilidade da Selic sobre a multa de ofício a título de juros de mora se dá, primordialmente, acerca do que se entende por “débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”;

- é sabido que, com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, surge o direito subjetivo público do sujeito ativo (União) de receber o crédito tributário e o respectivo dever do sujeito passivo (devedor) de pagá-lo no prazo previsto na legislação específica;

- portanto, nota-se que, se não pago o tributo no prazo estipulado legalmente, o fisco efetuará o lançamento do crédito tributário, expressão que abrange o tributo e os acréscimos legais (multa e juros);

- quer-se dizer com isso que os débitos a que se referem o art. 61, caput, e seu § 3º da Lei nº 9.430/1996 são os créditos tributários devidos à União e não somente o valor do tributo (principal). Os juros incidirão sobre o principal e a multa de ofício aplicada. É o que determina o citado § 3º;

- portanto, a Lei nº 9.430/1996 dispôs de modo diverso do § 1º do art. 161 do CTN e expressamente mandou aplicar aos créditos tributários da União a “taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento”, que é a taxa SELIC;

Processo nº 16095.000603/2007-14
Acórdão n.º **9101-002.538**

CSRF-T1
Fl. 23

- assim, consoante as disposições acima mencionadas, nada há que afaste a incidência da taxa Selic sobre débitos de qualquer natureza devidos à União, o que inclui a multa de ofício;

- nesse sentido, a jurisprudência do CARF (ementas transcritas);

- logo, resta correta a aplicação dos juros de mora, com base na taxa Selic, sobre a multa de ofício;

DO PEDIDO

- em face do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer seja negado provimento ao recurso especial interposto pelo recorrente.

Os autos seguiram então para a CSRF para o julgamento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

PRELIMINAR DE ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO

Em razão da arguição de impedimento aduzida pelo patrono da contribuinte por ocasião da sustentação oral ocorrida na sessão de julgamento, ao argumento de que nós, Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, estaríamos impedidos de atuar no presente julgamento, faz-se necessário juntar-se aos autos a presente manifestação, nos termos do art. 44 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, haja vista que não reconheço tal impedimento.

A arguição foi motivada pela publicação da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015, cujo art. 5º prevê um Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, nos seguintes termos:

Art. 5º Ficam instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

§ 1º O Programa de que trata o caput será gerido pelo Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, nos termos a serem definidos em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será definido pelo Índice de Eficiência Institucional, mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ato do Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil será editado até 1º de março de 2017, o qual estabelecerá a forma de gestão do programa e a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e fixará o Índice de Eficiência Institucional.

§ 4º *A base de cálculo do valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será composta pelo valor total arrecadado pelas seguintes fontes integrantes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo [Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975](#):*

I - arrecadação de multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de impostos, de taxas e de contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a que se refere o [art. 4º da Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988](#), inclusive por descumprimento de obrigações acessórias; e

II - recursos advindos da alienação de bens apreendidos a que se refere o [inciso I do § 5º do art. 29 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976](#).

§ 5º *O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira a ser distribuído aos beneficiários do Programa corresponde à multiplicação da base de cálculo do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira pelo Índice de Eficiência Institucional.*

§ 6º *O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não poderá ultrapassar o valor da base de cálculo de que trata o § 4º.*

Em apertada síntese, foi alegado que, em decorrência do §4º do supracitado artigo prever que o bônus possui como base de cálculo, além do produto da alienação de bens objeto de pena de perdimento, o valor da arrecadação das multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e aquelas exigidas em virtude do descumprimento de obrigações acessórias, e considerando que o CARF é o órgão competente para o julgamento de recursos versando sobre as multas que servirão como base de cálculo para o bônus, os resultados dos seus julgamentos deveriam repercutir no valor a ser pago aos Auditores-Fiscais e Analistas-Tributários, o que caracterizaria interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, fato que, por sua vez, impediria os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional de atuarem no julgamento de recursos, nos termos do art. 42 do Anexo II do RICARF, ora colacionado:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

III - como parte, cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 3º (terceiro) grau.

§ 1º *Para efeitos do disposto no inciso II do caput, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos*

casos em que o conselheiro representante dos contribuintes preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ou perceba remuneração do interessado, ou empresa do mesmo grupo econômico, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º As vedações de que trata o § 1º também são aplicáveis ao caso de conselheiro que faça ou tenha feito parte como empregado, sócio ou prestador de serviço, de escritório de advocacia que preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, bem como tenha atuado como seu advogado, nos últimos cinco anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

§ 3º O conselheiro estará impedido de atuar como relator em recurso de ofício, voluntário ou recurso especial em que tenha atuado, na decisão recorrida, como relator ou redator relativamente à matéria objeto do recurso.

§ 4º O impedimento previsto no inciso III do caput aplica-se também aos casos em que o conselheiro possua cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 2º (segundo) grau que trabalhem ou sejam sócios do sujeito passivo ou que atuem no escritório do patrono do sujeito passivo, como sócio, empregado, colaborador ou associado. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Ocorre que tal dispositivo só tem aplicação para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, consoante o disposto no seu §1º. E, consoante a doutrina processual civil, as hipóteses de impedimento são objetivas, definidas a partir da presunção absoluta de parcialidade do julgador, de modo que se a hipótese não está prevista no diploma regulador do processo, não é possível constituí-la a partir de uma interpretação extensiva da norma.

De toda a sorte, há uma razão para a hipótese regimental não alcançar os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Essa diferença de tratamento reside nas consequências advindas da não observância ao próprio dispositivo.

É que, para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, nos termos do art. 45, inciso I, do Anexo II do RICARF, configurado o impedimento, se o Conselheiro argüido assim não se reconhecer, fica caracterizada hipótese de descumprimento ao Regimento Interno, configurando hipótese de perda de mandato.

No entanto, para os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, o descumprimento acarreta ato de improbidade administrativa, nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, punível com a demissão, nos termos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Nesse sentido, o Presidente do CARF, no âmbito das atribuições de exarar atos administrativos complementares ao Regimento Interno, nos termos do art. 3º, incisos IV, XI e §2º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do RICARF, editou a Portaria CARF nº 1, de 2017, ora transcrita:

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos IV, XI e § 2º do art. 3º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, em face de questionamentos suscitados por Conselheiros representantes da Fazenda Nacional diante do disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2016,

DECLARA:

Art. 1º A hipótese de impedimento prevista no inciso II do art. 42 do Anexo II do RICARF aplica-se exclusivamente aos conselheiros da representação dos contribuintes dada a especificidade de que trata o § 1º do mesmo dispositivo.

§ 1º O interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, ocorre nos casos em que o conselheiro da representação dos contribuintes, em relação ao interessado ou empresa do mesmo grupo econômico:

I - preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil; ou

II - perceba remuneração, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º Eventual enquadramento de conselheiro da representação da Fazenda Nacional nos casos de que trata este artigo tipificaria improbidade administrativa nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Art. 2º Há impedimento do conselheiro da representação da Fazenda Nacional:

I - na hipótese em que tenha atuado como autoridade lançadora, ou praticado ato decisório monocrático, nos termos do inciso I do art. 42 do Anexo II do RICARF;

II - quando o interesse for presumido pelo vínculo de parentesco ou de afinidade, nos termos do inciso III do mesmo artigo; e

III - na qualidade de relator, quando tiver atuado na condição de relator ou redator em decisão anterior.

Art. 3º Esta Portaria será publicada no Boletim de Serviço do CARF.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Com efeito, o Regimento anterior ao atual, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, vigente ao tempo em que advogados podiam atuar como Conselheiros representantes dos Contribuintes, concomitantemente com a prática da advocacia, já dispunha:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto;

III - como parte, cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;

IV - participado do julgamento em primeira instância.

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso II, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes:

I - preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, ou dele perceba remuneração sob qualquer título, no período da instauração do processo administrativo fiscal e até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso; e

II - atue como advogado, firmando petições, em ação judicial cujo objeto, matéria, ou pedido seja idêntico ao do recurso em julgamento

Ou seja, mesmo quando o Regimento não obrigava os representantes dos Contribuintes a se licenciar da Ordem dos Advogados do Brasil, o dispositivo já era direcionado aos Conselheiros representantes dos Contribuintes.

Situação diferente ocorria em Regimentos anteriores, em que a redação do dispositivo que tratava do impedimento trazia em seu bojo, a título de parágrafo, uma complementação ao caput, usando a expressão “considera-se também”. A título exemplificativo, transcreve-se o que constava da Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007:

Art. 15. O conselheiro estará impedido de participar do julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

III - cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, como parte, , ou como advogado da parte.

*§ 1º Para os efeitos deste artigo, **considera-se também existir** interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro:*

I - percebe ou percebeu remuneração do recorrente, de advogado, de sociedade de advogados, de consultoria ou assessoria que lhe preste assistência jurídica e/ou contábil, em caráter eventual ou permanente, qualquer que seja a razão ou o título da percepção, no período que medeia o início da ação fiscal e a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso;

II - figure como representante ou mandatário, legal ou convencional, em ação judicial que tenha por fundamento ou pedido, no todo ou em parte, a mesma matéria que seja objeto do recurso em julgamento.

§ 2º O conselheiro representante da Fazenda Nacional estará impedido de atuar como relator em recurso no Conselho de Contribuintes quando tiver atuado como relator em instância inferior.(Negritamos)

É importante destacar, ainda, que ao Processo Administrativo Fiscal aplica-se o Decreto nº 70.235, de 1972 e, somente em caráter subsidiário, a Lei nº 9.784, de 1999, cujo art. 69 traz disposição expressa nesse sentido: "*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*" E o Decreto nº 70.235, de 1972, remete ao Regimento Interno do CARF, a disciplina do seu julgamento, nos termos do art. 37, *verbis*:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

Todavia, ainda que se entenda ser possível interpretação diversa aquela conferida por meio da Portaria CARF nº1, de 2017, é oportuno esclarecer que o bônus de eficiência, tal como regulamentado por meio da Portaria RFB nº 31, de 18 de janeiro de 2017, ainda que precariamente, posto que será submetido ao Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, somente será devido se a Secretaria da Receita Federal do Brasil atingir as metas constantes do Anexo II.

Para tanto, será necessário que os indicadores de 1 a 8, que não são atrelados à arrecadação, sejam positivos. Consoante a fórmula trazida no §2º do art. 2º, a arrecadação somente influenciará o fator de multiplicação F (Indicador 9), o qual, por sua vez, será multiplicado pela somatório de todos os demais indicadores, de onde se conclui que, se a soma não for positiva, ou, em outras palavras, se os demais indicadores de eficiência e produtividade não foram atingidos, o indicador representativo da arrecadação será multiplicado por "zero", resultando, por conseguinte, em um bônus igual a zero.

Entretanto, ainda que todos esses argumentos até então aduzidos estivessem superados, considera-se oportuno registrar que, na condição de julgador representante da Fazenda Nacional, entendo não estar impedido porque sempre me vi julgando de acordo com o melhor direito, pautado na imparcialidade que a própria condição de julgador me impõe.

Nesse sentido, e com a devida vênia aos que aduziram o tal impedimento, entendo ser necessário colocar e analisar os cenários possíveis decorrentes da presente problemática:

Pois bem, para levantamento desses cenários possíveis, devemos considerar que:

- (a) a multa lançada pode ser (i) indevida ou (ii) devida e
- (b) no julgamento, essa multa pode ser (i) mantida ou (ii) cancelada.

Dessa forma, por análise combinatória, concluo que os cenários possíveis são:

- I. multa indevida mantida;
- II. multa indevida cancelada;
- III. multa devida mantida; e

IV. multa devida cancelada.

A seguir, analiso em separado cada um desses quatro possíveis cenários.

O **primeiro cenário, de multa indevida mantida**, é justamente aquele que aparentemente tem apelo. Poder-se-ia pensar que o conselheiro julgaria como devida uma multa indevida para aumentar a base de cálculo do bônus e, assim, aumentar sua parcela no bônus futuramente devido.

Entretanto, esse pensamento é equivocado porque não considera dois pontos essenciais:

- a verdadeira natureza do julgamento administrativo, uma revisão de legalidade do lançamento, que é facultativa e sujeita à palavra final do Poder Judiciário; e
- que a base de cálculo do bônus de eficiência não é a multa mantida administrativamente, mas sim a multa efetivamente devida, aceita, conformada e recolhida.

Na verdade, todo crédito tributário mantido no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, antes de ser recolhido, pode ser questionado no Poder Judiciário, em ação própria ou em sede de embargos à execução. E o Poder Judiciário é que tem a palavra final, é ele quem diz se a multa era efetivamente devida ou indevida. A palavra do Poder Judiciário é superior ao julgamento administrativo, podendo reformá-lo e, inclusive, dentro das regras legais e regimentais, vincular todos os julgamentos administrativos futuros.

Nesse caso, se o Poder Judiciário efetivamente decidir que uma multa mantida no âmbito do Processo Administrativo Fiscal era indevida, não haverá qualquer possibilidade de seu valor influenciar a base de cálculo do bônus de eficiência. Ao contrário, essa situação ensejaria ônus da sucumbência. E o mais importante, esse diálogo com o Poder Judiciário sinaliza o critério a ser utilizado administrativamente em situações equivalentes.

Portanto, como a multa administrativamente mantida e considerada indevida pelo Poder Judiciário não é a multa efetivamente recolhida, fica aqui afastada para esse primeiro cenário, a alegação de interesse indireto e, conseqüentemente, de impedimento do conselheiro fazendário.

Passamos agora à análise do **segundo cenário, de multa indevida cancelada**. Ora, uma multa indevida e cancelada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, por óbvio não aumentaria a base de cálculo do Bônus de Produtividade, o que afasta também nesse cenário qualquer possibilidade de impedimento.

O **terceiro cenário, de multa devida mantida**, é o que a sociedade espera da atuação do Estado, das autoridades tributárias e de todos os julgadores administrativos, sejam eles representantes da Fazenda Nacional, sejam eles representantes dos contribuintes: a aplicação correta da legislação.

Todavia, nessa situação, para o caso de o sujeito passivo entender que a multa seria por acaso indevida, caberia a discussão junto ao Poder Judiciário, o que torna aqui aplicáveis todas as explicações já apresentadas para o primeiro cenário. Portanto, também não se pode alegar que, nesse cenário, falar-se-ia de parcialidade e conseqüentemente de impedimento.

Por fim, **o quarto cenário, de multa devida cancelada**, é o cenário que toda a sociedade quer evitar. Uma multa que pudesse ser considerada devida pelo Poder Judiciário, em face da legislação, e que fosse, entretanto, cancelada no âmbito administrativo caracteriza crédito tributário teoricamente devido, porém definitivamente perdido, porque, nesse caso, a decisão administrativa (ainda que equivocada) é definitiva, por não ter a União legitimidade para recorrer ao Poder Judiciário contra decisão administrativa, salvo que seja provada má-fé, por corrupção.

Esse cenário, sim, é desencorajado pelo bônus de eficiência.

Mas esse cenário é ilegal, além de não interessar à sociedade e, conseqüentemente, ao Estado, aos bons contribuintes ou até mesmo aos conselheiros. Na verdade, esse cenário somente interessaria ao sonegador e àqueles que viessem a lucrar com a sonegação perpetrada. Aliás, situações relacionadas a esse cenário foram apontadas - pelo que se depreende do que foi publicado na imprensa ao longo dos anos de 2015 e 2016 - na chamada operação "Zelotes".

Ora, não se pode dizer que um mecanismo que inibe o erro e a corrupção venha a ser motivo de impedimento de atuação do conselheiro.

Portanto, afasta-se aqui, para esse cenário, também, a possibilidade de impedimento.

Enfim, para todos os cenários possíveis:

- a multa é devida ou indevida em face da legislação e não da vontade do conselheiro; e

- independentemente de sua vontade, nenhuma multa que o interessado considere indevida será recolhida sem que a ele seja assegurada a possibilidade de discussão junto ao Poder Judiciário.

Pelo que se encontra exposto acima, resta claro que não há interesse do conselheiro, seja direto ou indireto, na multa por ele julgada.

Confirmando a conclusão acima, cabe olhar mais uma vez para o passado e perquirir como aqueles que nos antecederam analisaram a situação sobre a qual agora nos debruçamos. Isso porque a presente situação é ontologicamente idêntica àquela que vigiu por mais de uma década nos Conselhos de Contribuintes, entre o início de 1989 e meados de 1999, quando a remuneração dos então Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional era composta pela RAV - Remuneração Adicional Variável.

A RAV, instituída pela Lei nº 7.711, de 1988, era calculada sobre o produto da arrecadação de multas em função da eficiência individual e plural da atividade fiscal. O valor dessa RAV foi limitado, inicialmente, ao valor do soldo do Almirante de Esquadra e, posteriormente, a 8 (oito) vezes o valor máximo do vencimento do Auditor-Fiscal e o valor da RAV devida aos conselheiros era o valor médio devido aos demais Auditores-Fiscais.

Ora, em tudo a RAV se assemelhava ao atual Bônus de Eficiência:

- a base era a mesma (produto de multas arrecadadas);

- o critério era o mesmo (eficiência da atividade fiscal);
- os limites eram equivalentes, valores máximos de soldos ou vencimentos (atualmente o limite é o vencimento de Ministro do Supremo Tribunal Federal); e
- o Regimento Interno vigente à época tinha dispositivo de impedimento equivalente.

Entretanto, durante todo o período da RAV, nunca foi sequer apontado um caso concreto de parcialidade por interesse direto ou indireto, nem discutido o impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional, em função dessa remuneração. No entendimento deste conselheiro, a inexistência desse questionamento se deve ao fato de os que nos antecederam terem feito a análise de cenários aqui apresentados e visualizado a inocorrência de interesse direto ou indireto dos conselheiros na multa em julgamento.

Mais do que isso, não há registro, durante esse período, de aumento de multas indevidas mantidas administrativamente.

Portanto, a história confirma a análise aqui realizada e corrobora a inexistência de qualquer interesse direto ou indireto do conselheiro fazendário na multa em julgamento.

Aliás, se fosse possível inferir tal interesse, caberia arguir impedimento em qualquer julgamento acerca de exigências de crédito tributário promovido por funcionários públicos, quer em sede de processo administrativo ou judicial, vez que os tributos arrecadados são a principal fonte de recursos a assegurar a remuneração dos servidores públicos.

Ainda, a título de reforço, cumpre fazer referência a outros tribunais administrativos que, em 22 Estados Membros da Federação, também remuneram seus agentes com base na eficiência da fiscalização e arrecadação tributárias, sem que isso implique impedimento para o julgamento administrativo dos lançamentos de ofício.

Nesse sentido, convém trazer à tona o modelo do Estado de Pernambuco, onde se tem um Tribunal Administrativo autônomo, composto por julgadores concursados especificamente para tal fim, ou seja, sequer há paridade nos termos do CARF e, a despeito disso, não há diferença entre Auditor-Fiscal e Julgador, pois ambos os cargos recebem, entre outros valores, um bônus de 30% da arrecadação de multas (dividido por todos os auditores e julgadores, incluindo aposentadorias e pensões).

Por esses motivos não me declaro impedido.

Voto vencido no conhecimento parcial

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

Inicialmente, faz-se necessária a apreciação de um aspecto do recurso especial, interposto pela contribuinte, a respeito do qual se calou o despacho que examinou a admissibilidade da peça recursal.

Conforme já foi exposto no relatório, a primeira matéria questionada no recurso especial diz respeito à "normalidade, usualidade e necessidade das despesas de remuneração das debêntures" e à "efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da recorrente".

Discorrendo sobre o assunto, a recorrente defende que o acórdão recorrido teria dado à legislação aplicável à matéria uma interpretação diferente da que foi adotada nos Acórdãos nº 101-97.021 e nº 1101-000.889. Basicamente, os acórdãos apontados como paradigma não consideram, ao contrário do acórdão recorrido, que a remuneração de debêntures com base apenas em um elevado percentual dos lucros da empresa emitente e a subscrição somente por pessoas relacionadas à pessoa jurídica representem impedimento à dedutibilidade das despesas decorrentes dos pagamentos feitos aos debenturistas.

Assim, pede a recorrente que tal entendimento seja aplicado ao seu caso concreto, já que as debêntures de sua emissão, subscritas apenas por seus sócios, passaram a ser remuneradas, a partir de julho de 2001, com base em 97% do resultado positivo, ajustado pela exclusão dos rendimentos de participações societárias de caráter permanente. Entre 02/12/1999 (data de emissão das debêntures) e 30/07/2001 (data da alteração do critério de remuneração), os papéis eram remunerados pelo IGPM + 6% a.a..

Exposta tal tese, a recorrente passa a defender, na hipótese da impossibilidade de seu acatamento, a aplicação de uma metodologia alternativa, segundo a qual pelo menos o critério adotado até julho de 2001 deveria ser aceito pelo Fisco e limitar a glosa imposta pela Fiscalização. Aduz o recurso especial:

"E não é só. Na pior e na improvável hipótese de não se reconhecer o percentual de 97% do lucro ajustado como válido, o que se admite apenas para argumentar, deve ser reconhecida a divergência e acatada a possibilidade de dedução das despesas com base no critério anterior (IGPM + 6% de juros a.a.).

É preciso assentar que, na origem de ambos os processos, relativos aos acórdãos paradigma e ora recorrido, a fiscalização, fundamentou a glosa das despesas na mudança de critério da remuneração das debêntures, isto é, considerou válida, pelo menos, a despesa reconhecida pela Recorrente, correspondente ao IGPM + 6% a.a.."

Observa-se, portanto, que dentro do item III.1 de seu recurso especial ("Da normalidade, usualidade e necessidade das despesas de remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da recorrente"), a contribuinte na verdade alega a existência de duas divergências jurisprudenciais diferentes.

A primeira delas diz respeito à dedutibilidade das despesas com pagamento da remuneração de debêntures nos moldes adotados pela contribuinte (subscrição somente pelos acionistas da pessoa jurídica e remuneração baseada em um alto percentual dos resultados). Quanto a este tema, o despacho de exame de admissibilidade do recurso concluiu pela comprovação da existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas nº 101-97.021 e nº 1101-000.889, dando seguimento ao recurso relativamente à matéria.

Já a segunda divergência jurisprudencial arguida pela recorrente diz respeito à tese subsidiária de que, se o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais não for pela total dedutibilidade das despesas oriundas da remuneração das debêntures e consequente reversão total das glosas operadas pela Fiscalização, que pelo menos só seja mantida a glosa daquilo que ultrapassar o critério adotado até julho de 2001, qual seja o IGPM + 6% a.a..

Tal matéria não foi objeto de apreciação pelo despacho que examinou a admissibilidade do recurso especial, razão pela qual o conhecimento do tema deve ser analisado neste voto.

A recorrente alega que o acórdão recorrido, ao concluir pela manutenção total da glosa determinada pela Fiscalização, teria entrado em divergência com o Acórdão nº 101-97.021. Registre-se que este acórdão apreciou exatamente a mesma infração que provocou a autuação objeto dos presentes autos, mas em relação aos efeitos tributários observados no ano-calendário de 2001.

Ocorre que tal julgado só se presta à comprovação de divergência jurisprudencial à luz da tese inicialmente defendida pela recorrente: pedido de reversão total das glosas constantes dos autos de infração em virtude do reconhecimento da dedutibilidade das despesas de pagamento de remuneração das debêntures. Tanto é assim que o mesmo acórdão paradigma foi indicado em relação à primeira tese e efetivamente se prestou a demonstrar a existência de divergência jurisprudencial.

No que diz respeito à tese subsidiária defendida pela contribuinte, qual seja a possibilidade de glosa parcial das despesas registradas, somente no que ultrapassar um limite dito aceitável (critério de remuneração adotado até 30/07/2001, de IGPM + 6% a.a.), o acórdão apontado como paradigma não se pronuncia.

No intuito de comprovar a alegada divergência jurisprudencial, a recorrente transcreve os seguintes trechos do voto condutor do acórdão paradigma:

"Da análise dos autos, retroagindo aos últimos 6 (seis) anos-calendário 1995 a 2000 - a média ponderada da remuneração das debêntures (IGPM + 6%a.a.) - **diga-se de passagem, não questionada pela fiscalização** (...)"

"Se levarmos em consideração a remuneração das debêntures praticada no mercado (IGPM + 6%, NTN-C e 100 do CDI), para os anos-calendário posteriores - 2002 a 2005 - (fl. 654 dos autos), **verifica-se que a Recorrente teve uma despesa com remuneração muito menor se compara com a remuneração atrelada aos títulos do governo (NTN-C).**" (negritos no recurso especial)

Da análise dos excertos reproduzidos, constata-se a ausência de qualquer menção ao cabimento de algum procedimento de glosa parcial de despesas tidas como não dedutíveis, respeitando-se um patamar que se entendesse como razoável.

Conforme já foi mencionado, a conclusão do Acórdão n.º 101-97.021 foi pela dedutibilidade das despesas decorrentes do pagamento de remuneração das debêntures emitidas pela recorrente em fevereiro de 1999, após a alteração do critério de remuneração operacionalizado em julho de 2001. Tanto é assim que o acórdão foi utilizado com êxito na comprovação da existência de divergência no que concerne à primeira matéria contestada pela contribuinte em seu recurso especial.

O trecho do voto condutor daquela decisão, reproduzido pela recorrente, somente afirma, de maneira acessória, que o critério adotado até 30/07/2001 não foi questionado pela Fiscalização. Tal afirmação configura simples *obter dictum*, instrumento de retórica manejado pelo I. Relator sem a produção de efeitos decisórios. O fato de o critério utilizado até meados de 2001 não ter sido questionado pela Fiscalização obviamente não conduz à conclusão de que o critério adotado após este período não tinha o condão de provocar a indedutibilidade das despesas relacionadas ao pagamento da remuneração das debêntures.

Assim sendo, em relação à matéria questionada pela recorrente de forma subsidiária dentro do tópico "III.1 - "Da normalidade, usualidade e necessidade das despesas de remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da recorrente", ou seja, a possibilidade de reconhecimento parcial da dedutibilidade das despesas de pagamento de remuneração de debêntures, até um limite considerado aceitável, considero que não foi comprovada a divergência jurisprudencial arguida, não tendo sido cumprido o requisito previsto no art. 67, *caput* e § 6º, do Anexo II da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF/2015 (art. 67, *caput* e § 4º, do Anexo II do RICARF/2009). NÃO CONHEÇO, portanto, do recurso especial da contribuinte no que atine a tal matéria.

Registre-se que a PGFN, provavelmente influenciada pelo fato de a admissibilidade da matéria referente à glosa parcial das despesas de pagamentos de remuneração de debêntures não ter sido mencionada no despacho de exame de admissibilidade do recurso especial, também não abordou o assunto em suas contrarrazões.

Todavia, como a conclusão alcançada neste voto é pelo não conhecimento da matéria, reputo dispensável a devolução dos autos para que seja oferecida à PGFN a oportunidade de contrarrazoar o tema específico. Como o oferecimento de tais contrarrazões não alteraria a conclusão aqui exposta, deixo de devolver o processo à Câmara *a quo* em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais.

De toda forma, se eu restar vencido no que diz respeito ao não conhecimento da matéria que deixou de ser apreciada em sede de despacho de admissibilidade, sugiro o encaminhamento dos autos, por meio de Resolução, para o oferecimento de contrarrazões pela PGFN, como forma de garantir a inocorrência de cerceamento de sua defesa.

No que toca às demais matérias, o despacho que examinou a admissibilidade do recurso interposto pela contribuinte concluiu que, de um total de oito temas contestados, em relação a quatro foram cumpridos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, fixados pelo art. 67 do Anexo II do RICARF/2015. As matérias que provocaram o seguimento do recurso foram: "Da normalidade, usualidade e necessidade das despesas de remuneração das

Processo nº 16095.000603/2007-14
Acórdão n.º **9101-002.538**

CSRF-T1
Fl. 36

debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da recorrente", "Da ilegalidade da glosa de despesas na apuração da CSLL", "Da necessidade de compensação do IR/Fonte recolhido pela recorrente" e "Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa".

Não tendo sido apresentadas pela PGFN, por ocasião da exposição de suas contrarrazões, alegações preliminares de não conhecimento da peça recursal interposta pela contribuinte, adoto as razões expostas no aludido despacho para CONHECER do recurso especial em relação às quatro matérias admitidas (e somente elas), passando à análise de seu mérito.

Voto vencedor no mérito, exceto quanto ao IR/Fonte (item 3)

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

As matérias serão analisadas em uma ordem que respeite a relação de dependência existente entre elas. Por tratar-se do tema principal do debate travado nos autos, a questão da necessidade das despesas de remuneração das debêntures emitidas pela recorrente será abordada primeiro. Em seguida serão analisados, sucessivamente, os temas concernentes à ilegalidade da glosa de despesas desnecessárias da base de cálculo da CSLL, à necessidade de compensação do IR/Fonte recolhido pela recorrente e à ilegalidade da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

1) Da normalidade, usualidade e necessidade das despesas de remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente

A contribuinte JS ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS S/A foi autuada porque a autoridade tributária que a fiscalizou entendeu que foram indevidamente deduzidas, na apuração do IRPJ e da CSLL referentes aos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005, despesas decorrentes de remuneração de debêntures de sua emissão.

A emissão das debêntures em questão se deu em 02/12/1999, por meio da lavratura de escritura particular. Foram emitidas 10.000 debêntures, cada uma com o valor nominal de R\$170.000,00. A forma de remuneração inicialmente prevista para os papéis era de atualização monetária com base na variação do IGP-M mais juros de 6% a.a. e sua data de vencimento foi definida como 02/12/2014.

A possibilidade de subscrição das debêntures emitidas não foi aberta ao público em geral, ficando restrita às pessoas físicas dos dois únicos acionistas da contribuinte. Cada um dos acionistas subscreveu e integralizou 3.987 títulos, permanecendo os demais na carteira da contribuinte até seu cancelamento, ocorrido em 28/08/2001. A integralização das debêntures foi realizada por meio de compensação de créditos que os sócios possuíam junto à recorrente, decorrentes de debêntures anteriormente emitidas (em 1991) por empresas das quais a recorrente era sucessora.

Em 30/07/2001, a recorrente alterou o critério de remuneração de suas debêntures, de IGP-M + 6% a.a. para 97% do resultado positivo de cada exercício social, ajustado pela exclusão dos rendimentos de participações societárias de caráter permanente.

As remunerações pagas ao longo dos anos de 2002 a 2005 foram deduzidas pela contribuinte na apuração do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL, relativos àqueles períodos. A Fiscalização discordou do procedimento adotado pela contribuinte, argumentando que a empresa não se sujeitaria a entregar 97% do seu resultado aos debenturistas caso estes não fossem seus próprios acionistas. Assim, argumentando que a operação teria visado exclusivamente a redução da carga tributária e que as despesas decorrentes do pagamento de remuneração das debêntures eram desnecessárias e, portanto, indedutíveis (art. 299 do Decreto nº 3.000/1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR), a Fiscalização efetuou os lançamentos tributários sob discussão nos presentes autos.

O lançamento relativo às glosas das deduções consideradas indevidas foi mantido pelas decisões de primeira e segunda instâncias administrativas.

Pois bem. Embora a matéria que a recorrente denominou de "Da necessidade de aplicação do princípio da especialidade" não tenha seguido para julgamento por esta Câmara Superior de Recursos Fiscais, em razão da não comprovação da existência de divergência jurisprudencial acerca do assunto, julgo relevante apreciar inicialmente um argumento que a recorrente ali apresenta, para fins de delimitação da análise que será empreendida acerca da principal matéria discutida nos autos.

A recorrente alega que a dedutibilidade de despesas oriundas do pagamento de remuneração de debêntures é expressa e incondicionalmente prevista no inciso I do art. 462 do RIR/1999, cuja matriz legal encontra-se no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

II - atribuídas a seus empregados segundo normas gerais aplicáveis, sem discriminações, a todos que se encontrem na mesma situação, por dispositivo do estatuto ou contrato social, ou por deliberação da assembléia de acionistas ou sócios quotistas;

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999 (art. 359).

Segundo a recorrente, a dedutibilidade das despesas de remuneração de debêntures não se submete a quaisquer verificações adicionais, já que o dispositivo que a prevê o faz de forma incondicional. Com base em tal tese, alega a recorrente que está equivocado o entendimento exposto pela autoridade tributária, que defende que tais despesas só seriam dedutíveis do lucro líquido se fossem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Ainda segundo a tese da recorrente, as despesas oriundas do pagamento de remuneração de debêntures submeter-se-iam exclusivamente à regra do art. 462 do RIR/1999, afastando-se, nestes casos, a aplicação do art. 299 do mesmo Regulamento (que tem sua matriz no art. 47 da Lei nº 4.506/1964):

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

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

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

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

No meu entender, entretanto, tal interpretação não é a mais adequada para o caso sob análise.

Acredito que a regra insculpida no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e reproduzida no art. 462 do RIR/1999 não se aplica a casos como o esquadrinhado nos presentes autos. E minha conclusão se baseia em motivos semelhantes aos expostos pelo i. ex-Conselheiro Marcus Vinicius Neder de Lima em declaração de voto constante do Acórdão nº 107-08.029, de 13/04/2005:

"Na verdade, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, permitiu que, na determinação do lucro real da pessoa jurídica, fossem deduzidas (art. 58) as participações nos lucros atribuídas a debêntures de sua emissão. Na exposição de motivos desse Decreto-lei (citada no Parecer Normativo CST nº 99, DOU de 7/12/78), a justificativa do artigo 58 trazida pelo proponente do projeto é que: **"26. A lei da sociedade por ações conceitua as participações como deduções no lucro líquido do exercício, pois do ponto de vista dos acionistas são despesas, que reduzem o montante do lucro que lhes cabe. Para a lei fiscal, todavia, somente são dedutíveis as participações atribuídas a empregados ... ou de debêntures de emissão da companhia (porque essa participação tem natureza de juros)".**

A razão da autorização da dedução do lucro tributável das participações de debêntures é sua natureza de juros, tanto que sua tributação na fonte segue as regras aplicáveis as demais aplicações financeiras de renda fixa. Portanto, a possibilidade de dedução dessas participações, que se assemelham a juros, deve ser confrontada com o critério de sua necessidade em face dos objetivos sociais da empresa" (grifou-se)

O eminente ex-Conselheiro lança mão da Exposição de Motivos do legislador para alcançar as razões que justificaram a edição do art. 58 da Decreto-Lei nº 1.598/1977. Dessa forma, verifica que o legislador foi motivado pela necessidade de se estabelecer, em relação às participações, um tratamento fiscal distinto daquele adotado pela legislação societária. Enquanto a lei societária encarava todas as participações como despesas, a norma tributária somente deveria considerar como dedutíveis as participações atribuídas a empregados e as asseguradas às debêntures de emissão da empresa.

E o legislador expressamente indicou a razão da dedutibilidade fiscal das participações relativas às debêntures: sua natureza de juros. Prova de que a legislação fiscal encara as participações de debêntures como indissociáveis da remuneração sob a forma de juros é o fato de sua tributação na fonte seguir a mesma regra aplicável às demais aplicações de renda fixa, como muito bem apontou o ex-Conselheiro signatário da declaração de voto.

Assim, em situações como a analisada nos presentes autos, em que as debêntures emitidas pela empresa não são remuneradas sob a forma de juros, mas apenas de participação nos resultados da emitente, não se justifica a dedutibilidade automática das remunerações de debêntures prevista no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e no art. 462 do RIR/1999.

Além disso, outra característica presente no caso concreto da recorrente, se analisada sob a luz da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, também leva à conclusão pela inaplicabilidade do art. 462 do RIR/1999.

Na citada Exposição de Motivos, o legislador explica que a lei societária encara as participações como deduções do lucro líquido porque elas são, do ponto de vista dos acionistas, despesas que reduzem o montante do lucro que lhes cabe. Esta lógica, no entanto, não se aplica à situação concreta dos autos, uma vez que os sócios e os debenturistas da empresa são exatamente as mesmas pessoas.

Os valores pagos pela empresa aos debenturistas não diminuem, na realidade, o montante final que será repassado aos sócios. O que os sócios veriam como redução de seu lucro, em uma situação em que os debenturistas fossem terceiros estranhos ao quadro societário da empresa, no caso examinado neste processo caberá aos próprios sócios, que apenas o receberão sob título diverso dos dividendos.

Portanto, concluo que não procede a tese de que somente seria aplicável às participações de debêntures de emissão da recorrente a regra do art. 462 do RIR/1999. Quer seja pelo fato de que a remuneração de suas debêntures não se deu sob a forma de juros, quer seja pela perfeita identidade entre seus sócios e debenturistas, entendo que a dedutibilidade tributária dos valores pagos a título de remuneração de debêntures durante os anos-calendário de 2002 a 2005 deve ser realizada sob a luz dos critérios gerais de necessidade à atividade da empresa e à manutenção de sua fonte produtiva, nos termos previstos no art. 299 do RIR/1999.

Definido o escopo da análise que será empreendida, importante se faz revisitar o que dispõe o art. 299 do RIR/1999, reproduzindo regra oriunda da Lei nº 4.506/1964. Segundo os mencionados diplomas legais, as despesas são consideradas operacionais (e, conseqüentemente, dedutíveis do lucro real), se forem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Despesas necessárias, por sua vez, são aquelas relacionadas à realização de transações ou operações exigidas pela atividade a que a empresa se dedica. Por fim, fixa-se que as despesas operacionais admitidas para fins de dedutibilidade são aquelas que atendam os requisitos de usualidade e normalidade em relação ao tipo de transações, operações ou atividades praticadas pela empresa.

O Parecer Normativo CST nº 32/1981 fez, a partir da legislação mencionada, a seguinte análise acerca dos conceitos de despesas necessárias, usuais e normais:

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

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

A recorrente argumenta que as despesas decorrentes do pagamento de remuneração das debêntures de sua emissão seriam dedutíveis por satisfazerem os critérios de necessidade, usualidade e normalidade estabelecidos no art. 299 daquele mesmo Regulamento.

Antes de adentrarmos no exame acerca da procedência de tal alegação, registre-se que, como as debêntures de emissão da recorrente tiveram seu critério de remuneração alterado em 2001 e os autos de infração objeto deste processo administrativo

dizem respeito aos anos-calendário de 2002 a 2005, somente será considerado na análise o critério adotado após a alteração promovida pela recorrente: 97% do resultado positivo de cada exercício social, ajustado pela exclusão dos rendimentos de participações societárias de caráter permanente.

O critério de remuneração que a recorrente adotou entre dezembro de 1999 e julho de 2001 (IGP-M + 6% a.a.) é irrelevante para a análise que será desenvolvida. O único cenário em que se poderia atribuir relevância ao critério anterior seria na investigação acerca da eventual possibilidade de promoção de uma glosa parcial das despesas de remuneração de debêntures, em que fosse respeitado um "limite aceitável" para a dedutibilidade de tais despesas, conforme defendeu a contribuinte em seu recurso especial.

Voltando à análise das características das despesas que a recorrente pretende dedutíveis, antecipo que não vislumbro sua necessidade, usualidade ou normalidade, pelas razões que passo a expor.

Esclareço inicialmente que concordo com a recorrente quando ela defende a legalidade da sua operação de emissão de debêntures. Mas não é disso que trata a presente discussão.

Como muito bem expôs a i. Conselheira Sandra Maria Faroni, ao relatar o Acórdão nº 101-94.986, de 19/05/2005, é o conjunto das características da operação, todas elas legais, que deve ser analisado para fins de verificação dos efeitos tributários cabíveis:

"Não se trata, como aventado pela Recorrente, de restringir a dedutibilidade em razão de critérios como "ausência de pagamento de juros", "percentual de participação", "pagamento mediante créditos detidos pelos sócios em conta corrente", mas sim, de confrontar a operação praticada com os cânones de usualidade e normalidade, condições para apreciação da qualidade de "necessárias" das despesas.

(...)

Inegavelmente, a operação praticada não encontra vedação expressa na lei. Mas isso não significa que se trate de operação usual e normal, a respaldar a dedutibilidade da remuneração das debêntures emitidas.

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos Assim, cada caso

deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor."

O voto delinea muito bem a discussão travada também nos presentes autos. O fato de uma despesa decorrer de uma operação legal, expressamente prevista na legislação, não autoriza automaticamente sua dedutibilidade tributária. A legalidade da operação é aferida à luz das legislações societária, civil e outras. A dedutibilidade submete-se às regras estabelecidas nas leis tributárias.

Assim, para que determinada despesa seja dedutível do lucro real e da base de cálculo da CSLL, não basta que seja oriunda de uma operação legal. Como fixado pelo art. 299 do RIR/1999, a despesa é dedutível se for necessária às atividades e à produção da empresa. E o requisito da necessidade da despesa é verificada por meio de sua usualidade e normalidade.

Em outras palavras, a licitude da operação não implica em automática oponibilidade de seus efeitos ao Fisco. Para operar efeitos tributários, mais do que a conformidade com a lei, a operação deve estar conforme o Direito.

No caso examinado no presente processo, as seguintes características, analisadas em conjunto e confrontadas com as demais variáveis observadas, levam-me à conclusão pela desnecessidade das despesas decorrentes da operação praticada pela recorrente e, conseqüentemente, pela sua indedutibilidade:

- a) a remuneração das debêntures emitidas pela recorrente se deu exclusivamente com base em participação nos lucros da empresa, em um percentual elevadíssimo de 97% do resultado apurado;
- b) a possibilidade de subscrição e integralização das debêntures só foi aberta aos dois sócios da empresa;
- c) a integralização das debêntures subscritas foi realizada por meio de compensação com créditos que os sócios detinham contra a empresa (relativos a debêntures emitidas em 1991 e vencidas em 02/12/1999), não se verificando efetiva captação de recursos, que seria o objetivo primordial da emissão dos papéis.

Ressalto novamente que nenhuma destas características é ilícita ou necessariamente implicaria, por si só, na indedutibilidade das despesas verificadas com a remuneração das debêntures. A conclusão pela indedutibilidade das despesas advém do "conjunto da obra", como se passa a demonstrar. A meu juízo, a cumulatividade das letras "a" e "b" já cria impeditivo, para fins fiscais.

Tratando inicialmente da forma de remuneração das debêntures emitidas pela recorrente, registre-se que o art. 56 da Lei nº 6.404/1976 prevê a possibilidade de que este tipo

de título de crédito seja remunerado com base em juros (fixos ou variáveis), participação no lucro da empresa emitente ou ainda prêmio de reembolso:

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

A lei efetivamente não prevê precedência entre as formas de remuneração ou obrigatoriedade de adoção de alguma delas em específico. A escolha é facultativa e pode ser ou não cumulativa.

Ocorre que o fato de a remuneração de debêntures baseada exclusivamente na participação nos lucros da empresa ser legalmente prevista não implica necessariamente que ela seja usual e normal e, portanto, necessária às atividades da empresa emitente. Neste sentido, peço vênua para novamente colacionar trecho do voto lavrado pela i. Conselheira Sandra Maria Faroni no Acórdão nº 101-94.986, em que consta rica análise a respeito do posicionamento doutrinário acerca do tema:

"É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. Comentando a Lei das Sociedades por Ações, Roberto Barcellos de Magalhães, ao mencionar que as debêntures podem ter remuneração sob a forma de juros, participação nos lucros, prêmios de reembolso ou até correção monetária, registra que "são vantagens que poderão ser deferidas ao debenturista isolada ou cumulativamente, conforme estipulação constante da escritura de emissão e do certificado...".

Não se pode, todavia, dizer que essa forma de remuneração seja "usual" e "normal". Pelo menos, pode-se afirmar tratar-se de aspecto controvertido.

Falando sobre a Lei 6.404/76 (Nova Lei das S.A.), Amador Paes de Almeida registra:

"Ponto altamente controvertido na nova Lei, e que, por isso mesmo, vem se constituindo em objeto de controvérsias, é a regra estabelecida no art. 56, que faculta participação nos lucros da companhia ao debenturista. Manifestando-se a respeito, assim se expressou a Federação do Comércio do Estado de São Paulo: **'A debênture é título característico de empréstimo, sendo os juros e a correção monetária a remuneração a ela peculiar, não se justificando a concessão de vantagens adicionais, dada a natureza do negócio jurídico que origina seu lançamento. Lucro é remuneração de capital de risco e, salvo o caso especial das 'partes beneficiárias', não deve ser estendido a outros títulos que não as ações.'**"

José Edwaldo Tavares Borba, (in Direito Societário, 9ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

"A debênture, como título de renda fixa, deveria oferecer sempre uma taxa determinada de juros. A atual lei, entretanto, alterando o sistema anterior, estabelece que 'a debênture poderá assegurar juros

fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso'.

Criam-se, desse modo, alternativas várias para a empresa emitente, que poderá optar entre uma taxa certa de juros e uma taxa variável, ou, até mesmo, fazer depender o rendimento do título do lucro da empresa, dando-lhe caráter de mera participação.

Essa flexibilidade não se afigura conveniente, uma vez que atenta contra a tradição brasileira, a qual, em matéria de títulos de crédito, sempre se fundou na certeza. **Uma debênture cujo rendimento depende do desempenho da emitente não é uma verdadeira debênture e sua existência, sob o aspecto psicológico, apresenta a desvantagem de esgarçar a consistência do título, descaracterizando-o,"**

Em nota de pé de página, o mesmo autor registra que Fernando Mendonça (in "Debêntures", Saraiva, São Paulo, 1988, p. 14) não aceita uma debênture sem juros, e assim desenvolve seu entendimento:

"Há quem admita, em virtude dos termos da lei atual, que o rendimento da debênture possa consistir, tão somente, em participação no lucro. Não nos parece ser o melhor entendimento" (...) "Interpretação diversa, no sentido de se poder deixar de atribuir juros à debênture, levaria à descaracterização do título. **Com efeito, debênture sem juro, com participação no lucro apenas, não teria a natureza de debênture, mas a de parte beneficiária".**

Modesto Carvalhosa (in Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Saraiva, S.Paulo, pp. 532 e seguintes) leciona:

"Lei n. 6.404, de 1976

A lei faculta a adoção de juros variáveis, além da participação nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração do capital debenturístico. Ao assim facultar, a lei não exige a cumulatividade de vantagens ou a alternatividade.

O caráter facultativo permite a atribuição de outras vantagens remuneratórias complementares, que façam as debêntures atrativas e com melhor colocação no mercado.

Fica então reafirmado o princípio da onerosidade e comercialidade da debênture, que não poderá deixar de oferecer vantagem pecuniária, compativelmente remuneratória do capital mutuado.

.....

....., os juros fixos constituem a remuneração básica e indeclinável das debêntures, sendo as demais modalidades acessórias daqueles, como a participação nos lucros da companhia e/ou o prêmio de reembolso.

.....

Juros como remuneração necessária

Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas à companhia. Sendo a remuneração própria do capital. Os juros serão sempre devidos.

Participação nos lucros não é substitutiva dos juros, mas adicional

A remuneração adicional de participação nos lucros da companhia emissora já estava prevista no Decreto-lei nº 718, de 1938, que admitia a emissão de debêntures com renda variável, ajustada à lucratividade da empresa.

A menção a essa faculdade na lei vigente prende-se mais à diversidade de remuneração das debêntures adotada no direito norte-americano, cujos usos, no entanto, pouco têm que ver com o nosso sistema. As idéias fora de lugar ainda aí prevaleceram, como se percebe na canhestra redação do artigo, que dá a impressão de que a participação nos lucros poderia constituir remuneração substitutiva dos juros.

Tal prática no direito norte-americano, ou seja, de substituição de juros por participação nos resultados das empresas, dá-se na reorganização de empresas insolventes (*reorganization*). Nesse caso, propõe a administração aos credores debenturísticos a substituição dos juros por uma remuneração advinda de lucros líquidos (*net profits*) ou de lucros líquidos do exercício (*earned profits*). Criam-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à *reorganization*, planos substitutivos de falência pura e simples, os famosos *incorr bonus* (*cumulative* e *nom cumulative incorr bonus*). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados *Adjustment bonus*.

Entre nós, o instituto norte-americano assimilável é o *participating bonus*, que concede, além dos juros, a participação dos debenturistas nos lucros.

A causa dessa dupla remuneração é óbvia, tanto aqui como lá, ou seja: visa atrair para a emissão dos títulos uma vantagem adicional, consistente na participação nos lucros sociais. Os *participating bonus*, com efeito, são a única modalidade que se pode admitir em nosso direito, em face do caráter oneroso e mercantil do empréstimo debenturístico, que não poderia sujeitar o tomador ao não recebimento de remuneração nos exercícios em que não houvesse lucros.

A periodicidade da remuneração do capital integra a própria natureza do mútuo debenturístico, não se podendo admitir que a pretensão de recebê-los ficasse suspensa nos exercícios vários em que não houvesse ou fossem insuficientes os lucros apurados.

Trata-se, pois, a participação nos lucros de remuneração adicional ou complementar àquela de juros periódicos.

Críticas à participação nos lucros

A inclusão na lei de emissão de debêntures com participação nos lucros da companhia, embora admitida no direito comparado, tem sido alvo de críticas. **Argumentam tratar-se de empréstimo, sendo, portanto, a remuneração originada de lucros descaracterizadora do mútuo. Isto porque retiraria o requisito de certeza da dívida. Comenta-se, outrossim, que tal cláusula remuneratória afastaria a liquidez do título, requisito essencial à sua cobrança por via de execução,** prevista no art. 596 do Código de Processo Civil. **Haveria a descaracterização absoluta do título que, de certeza, passaria a tornar-se de risco, à semelhança das ações representativas do capital da companhia.**

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

Não há, mesmo, como admitir substitutivamente a remuneração via lucros por aquela dos juros. Se assim fosse, estaria, com efeito, desfigurada a debêntures como título de dívida comercial, líquida e certa.

Ocorre que a lei ao facultar a participação no lucro da companhia o faz como prêmio, adicional, portanto, aos juros fixos estabelecidos. E o faz como substitutivo do prêmio representado pela concessão de juros variáveis ...

.....

A causa desse prêmio é a mesma dos juros variáveis, ou seja, sustentar as debêntures de determinada classe no mercado, promovendo assim sua valorização e a sua liquidez. Isto posto, fica evidente que a participação no lucro da companhia constitui vantagem adicional, não podendo substituir a remuneração pecuniária certa, representada pelos juros fixos."

Como se vê, não obstante prevista em lei, não parece ser tão pacífico que a remuneração das debêntures sob forma exclusiva de participação no lucro seja normal. Embora, talvez, legal, não há evidências de que essa forma de remuneração seja usual.

Inegavelmente, a operação praticada não encontra vedação expressa na lei. Mas isso não significa que se trate de operação usual e normal, a respaldar a dedutibilidade da remuneração das debêntures emitidas.
(grifou-se)

Os doutrinadores citados são unânimes ao considerar que as debêntures, como títulos de renda fixa que são, sempre deveriam oferecer alguma remuneração baseada em juros fixos. A remuneração fundada apenas na participação nos lucros descaracteriza o mútuo que define a debênture, afastando suas certeza e liquidez. Assim, o título passa a ostentar características muito mais assemelhadas às de partes beneficiárias do que de debêntures propriamente ditas, fugindo da sua configuração normal.

Ainda em relação à forma de remuneração eleita pela recorrente, há de se destacar a anormalidade e a inusualidade verificadas em uma situação em que a empresa abdica do absurdo percentual de 97% de seu lucro em favor de seus debenturistas.

A recorrente defende que não há regra legal que preveja um percentual máximo de participação nos lucros que pudesse ser estipulado como remuneração de debêntures. Segundo sua tese, a adequação e a razoabilidade de determinado percentual de participação nos resultados de uma empresa só podem ser aferidas mediante sua comparação com os índices e taxas praticados no mercado, tanto para obtenção de crédito quanto para remuneração de investimentos financeiros.

A despeito dos argumentos elencados pela recorrente, é evidente que causa perplexidade o fato de qualquer pessoa jurídica com fins lucrativos concordar em comprometer praticamente a totalidade de seu lucro (97%), ainda mais por um prazo tão longo quanto o de quinze anos (previsto na escritura de emissão das debêntures). Confrontado com tal aspecto, torna-se irrelevante o fato de a remuneração das debêntures ter ou não correspondido a índices de mercado.

A prevalecerem as razões da recorrente, uma pessoa jurídica poderia abdicar mesmo de 100% de seu lucro, desde que comprovasse que os valores pagos a título de remuneração de debêntures ficara abaixo de outras formas de remuneração de capital encontradas no mercado. A emissão de debêntures nestes moldes levaria a uma absurda situação em que simplesmente deixaria de existir lucro tributável na pessoa jurídica. Tudo em nome da alegada liberdade negocial de que dispõem as pessoas jurídicas de direito privado.

Analisando situação semelhante, o i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, designado como Redator do voto vencedor do Acórdão nº 1102-00.659, de 31/01/2012, assim se pronunciou a respeito do tema sob discussão:

"Deste modo, conquanto também não tenha a lei tributária expressamente estabelecido limite ou condição à dedutibilidade das participações pagas a debenturistas, evidentemente não é o intuito da lei permitir, ou mesmo incentivar, por exemplo (e ainda que não seja o caso presente) que 100% dos lucros da empresa possam ser a eles destinados, posto que isto significaria simplesmente a extinção da tributação na pessoa jurídica, sendo desnecessário, neste sentido, que a lei expressamente faça tal ressalva.

Do exposto, tenho como certo que as participações pagas a debêntures também tem de atender aos critérios de necessidade, usualidade, e normalidade, assim como todos os demais custos e despesas operacionais também têm de fazê-lo.

Neste contexto, a emissão de debêntures sem previsão de juros, com remuneração atrelada unicamente aos lucros da empresa, em percentual de até 70% destes, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante a simples conversão de valores a eles devidos pela empresa, não é operação que se enquadre nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade."

Foge à razoabilidade, portanto, a remuneração de debêntures baseada em participação nos lucros estabelecida em um percentual de tal magnitude que possibilite o esvaziamento da tributação na pessoa jurídica emitente dos papéis e desvirtue a vontade do legislador. Tal operação obviamente foge aos parâmetros de normalidade da atuação de qualquer empresa.

Outras características anormais e inusuais do caso sob análise, já identificadas alhures, dizem respeito ao fato de os sócios da empresa serem os únicos debenturistas e à inexistência de efetivo ingresso de recursos na pessoa jurídica por ocasião da integralização dos papéis subscritos.

A razão de existir das debêntures é a necessidade que empresas eventualmente possam ter de se capitalizar, de captar recursos financeiros, por qualquer que seja o motivo. No caso sob análise, pode-se concluir que tal captação de recursos não ocorreu.

Na Ata da Assembleia Geral Extraordinária da recorrente, realizada em 30/11/1999, consta a seguinte passagem, localizada à e-fl. 687:

"Os acionistas, Joseph Yacoub Safra e Moise Yacoub Safra, assumem a obrigação de subscrever e integralizar as novas debêntures no montante equivalente ao crédito do valor líquido correspondente às debêntures de emissão anterior que vencerão em 02 de dezembro de 1999, a tanto destinando o referido crédito."

Apesar de a mesma ata prever, no item "j" da 2ª Deliberação, que a integralização das debêntures que seriam emitidas poderia se dar em moeda nacional ou em créditos, o próprio documento já determinou em seguida que a integralização da carga inicial dos títulos se daria exclusivamente pela compensação com créditos que os dois acionistas detinham contra a empresa, relativos a debêntures emitidas em 1991 e que venceriam em 02/12/1999.

Não houve, assim, captação de novos recursos que justificassem a emissão das debêntures. Todas as 7.974 debêntures então emitidas e subscritas (3.987 por cada um dos dois acionistas) foram integralizadas com a utilização de créditos oriundos de remuneração/resgate relativos às primeiras debêntures.

O que ocorreu de fato foi uma simples alteração da obrigação que a recorrente tinha com seus sócios: das debêntures emitidas em 1991 para as debêntures emitidas em 1999. Tratou-se de fato contábil comutativo, que altera a composição de elementos patrimoniais sem provocar alterações no Patrimônio Líquido da entidade.

Portanto, quando se afirma que não houve efetivo ingresso de recursos por ocasião da subscrição e integralização das debêntures emitidas pela recorrente, não se trata de exigência de efetiva circulação monetária, em seu sentido físico, para o interior dos cofres da empresa. O que se verificou no caso foi a ausência de efetiva alteração quantitativa do patrimônio da pessoa jurídica.

Tal fato comprova a desnecessidade da operação de emissão de debêntures pela recorrente. A simples existência de uma dívida relativa ao vencimento das debêntures emitidas em 1991 não obrigaria a sociedade ao seu imediato pagamento. Como restou demonstrado na Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 30/11/1999, os mesmos dois sócios que eram os credores dos valores relativos às debêntures de 1991 deliberaram pela nova emissão das debêntures. Nada os impedia de deixar os recursos financeiros correspondentes aos seus créditos à disposição da empresa por um período maior. Os efeitos, para fins de captação de recursos, seriam exatamente os mesmos verificados no processo de emissão de debêntures levado a cabo pela recorrente em 1999.

A transformação da dívida decorrente das debêntures emitidas em 1991 em nova dívida, relacionada aos títulos emitidos em 1999, somente seria mandatória se os beneficiários dos primeiros papéis fossem debenturistas distintos dos dois acionistas da recorrente. Nesta hipótese, diante da exigência dos primeiros debenturistas pelo efetivo pagamento de seus créditos e de uma eventual necessidade de não descapitalização da empresa, poder-se-ia justificar a efetiva necessidade de imediata captação de recursos por meio da emissão de debêntures.

Mas não foi isso que se verificou no processo sob exame. Os sócios da recorrente optaram por converter a dívida referente aos primeiros títulos em novas debêntures e passar a receber a remuneração de 97% dos lucros apurados a partir de então (critério adotado a partir de julho de 2001). Poderiam ter simplesmente deixado em aberto por mais tempo o saldo dos créditos a que tinham direito e seguir recebendo os dividendos apurados a partir de então em seu patamar normal, sem a influência de uma dedução que reduzisse o lucro tributável e o total dos dividendos auferidos. Os efeitos financeiros para a empresa, no que atine aos recursos sobre os quais tinha disponibilidade, seriam praticamente os mesmos.

É improcedente, portanto, o argumento de que a emissão das debêntures em 1999 foi necessária. Toda a operação foi desnecessária, assim como o foram as despesas dela decorrentes.

Dentro dos parâmetros de usualidade e normalidade do mercado, uma pessoa jurídica jamais concordaria em abrir mão, pelo extenso prazo de quinze anos, da quase totalidade de seu lucro em favor de debenturistas.

A forma de remuneração das debêntures só foi fixada, a partir de 30/07/2001, em 97% dos lucros da recorrente porque já se sabia que os únicos debenturistas eram (e continuariam a ser) os sócios da empresa. Aliás, toda a operação só foi realizada nos moldes verificados porque os papéis de investidor e de investida estavam nas mãos das mesmas duas pessoas físicas, sócios acionistas da recorrente. As pessoas que deliberaram pela alteração da forma de remuneração das debêntures são as mesmas que já figuravam como debenturistas. Está aí uma das principais provas da anormalidade e da inusualidade da operação.

Na forma atípica em que foi concebido o negócio jurídico, verifica-se a criação de uma certa confusão patrimonial, uma vez que o lucro da empresa, mediante a dedução da despesa relativa à remuneração das debêntures, é quase integralmente transferido para as pessoas físicas dos próprios sócios, que deveriam receber dividendos pela detenção do capital social (rubrica não dedutível do lucro líquido).

Assim, a empresa tem personalidade jurídica, possui patrimônio próprio, responde por seus atos, exerce a atividade prevista no objeto social, mas a maior parte do lucro não é dela, mas dos sócios pessoas físicas no papel de debenturistas. Tal configuração, obviamente, não gera prejuízos para a empresa ou para seus sócios/debenturistas, mas somente para o Fisco e para a sociedade.

A forma eleita pelos sócios da recorrente para a emissão/remuneração das debêntures não lhes acarretava nenhuma perda, qualquer que fosse o resultado auferido no período de apuração. Caso houvesse prejuízo, a empresa ficaria dispensada de remunerar os sócios-debenturistas e estes não veriam seu empreendimento ser descapitalizado. Já na hipótese de lucro, a empresa deveria remunerar os sócios-debenturistas, mas reduziria seu lucro tributável a 3%, enquanto os sócios-debenturistas seriam remunerados com 97% do lucro

auferido, devendo pagar o imposto de renda retido da fonte à alíquota de 20%, bem mais vantajosa do que a tributação que ocorreria sobre o lucro na pessoa jurídica (IRPJ de 15% mais 10% de adicional, além dos 9% de CSLL).

Reitere-se que não se pretende aqui contestar a liberdade de que dispõem os empresários para administrar seus empreendimentos da forma que melhor lhes aprouver, direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que está em discussão são os efeitos tributários do negócio jurídico praticado pela recorrente e seus sócios. Nem todos os atos negociais, ainda que conformes à legislação, podem ser opostos ao Fisco para fins de redução da carga tributária.

A este respeito, irretocáveis as colocações da i. Conselheira Sandra Maria Faroni constantes de trecho já reproduzido do voto condutor do Acórdão nº 101-94.986. Concordo integralmente com a nobre Conselheira quando diz que o direito do empresário de gerir seus negócios com inteira liberdade não é ilimitado, devendo respeitar os direitos de outrem. Mais do que estar de acordo com a lei, a conduta deve guardar conformidade com o Direito, em que se inserem os princípios jurídicos.

Assim, um negócio lícito que se apóie em causas reais, em legítimos propósitos negociais, pode ser oposto ao Fisco. Já o negócio lícito desnecessário, sem real propósito negocial, que vise simplesmente a redução artificial da carga tributária, não obriga o Fisco a acatar os efeitos desejados pelo empresário.

É justamente o que se verificou na operação esquadrinhada nos presentes autos. A emissão de debêntures pela recorrente, subscritas somente por seus sócios, integralizadas mediante compensação entre contas referentes a obrigações que a empresa tinha com estes e remuneradas exclusivamente com participação de 97% dos lucros auferidos, não pode ser considerada uma operação normal, usual ou necessária às atividades da empresa.

A operação claramente foi projetada como uma forma de instrumentalizar a distribuição de dividendos da empresa por meio da criação artificial de despesas dedutíveis. O objetivo era trocar a tributação dos resultados na pessoa jurídica (34%, entre IRPJ e CSLL) pela incidência de 20% de imposto de renda retido em fonte sobre as remunerações pagas às pessoas físicas beneficiárias das debêntures, não por acaso os sócios da recorrente.

A recorrente, sem incorrer realmente em despesa alguma, criou uma operação que lhe permitiu reduzir artificialmente seu lucro tributável em absurdos 97%. E a razão de não ter havido nenhuma despesa efetiva é que a participação nos lucros já estava assegurada às duas pessoas físicas que subscreveram as debêntures, por ser inerente à sua condição de sócios da empresa.

Diante de tal análise, outra conclusão não se alcança senão a de que as despesas decorrentes do pagamento das debêntures emitidas pela contribuinte não podem ser consideradas normais, usuais ou necessárias às suas atividades. Não podem também, portanto, ser consideradas dedutíveis do lucro tributável.

Também não houve inovação nos fundamentos do lançamento e nem desrespeito ao princípio da verdade material.

Vale transcrever as seguintes conclusões manifestadas pela fiscalização no Termo de Verificação e Constatação, que é parte integrante do auto de infração:

[...] o objetivo principal de uma companhia é auferir lucros aos seus acionistas, mas quando este lucro passa servir de remuneração a debêntures cujos próprios acionistas são os únicos beneficiários, fica evidenciado que tal operação serviu exclusivamente para reduzir a carga tributária, através da criação meramente liberal de despesas financeiras caracterizadas como não necessárias;

Quanto ao pedido subsidiário, a situação não muda.

Inicialmente, não se pode aplicar um índice referente a uma cláusula revogada, que já não mais existe no mundo jurídico.

Também à época as características das debêntures já eram as mesmas, exceto pelo índice. E, quanto ao índice, a própria contribuinte informa que o critério do IGPM + 6% a.a. chegou a resultar num valor de 110% do lucro da PJ. Assim, qualquer dos dois critérios de participação de debenturistas por ela adotado levaria ao mesmo resultado, qual seja, a abusiva redução a "zero" (ou quase "zero") do lucro tributável da PJ por meio da dedução de elevados valores a título de participação de debenturistas, debenturistas esses que são também os únicos sócios da PJ.

Dito de outro modo, se é certo que o critério de participação de debenturistas com base no IGPM + 6% a.a. não é, em si mesmo, abusivo, também é certo que esse critério, tomado e conjunto com outros fatos que aqui se verificaram, revelou-se abusivo. Realmente, como confessa a própria recorrente, tal critério reduziria a "zero" (ou quase "zero") o lucro tributável, tal como o critério de 97% do lucro. E isso ocorreria porque o IGPM + 6% a.a. remuneraria debêntures que somam a enorme quantia de R\$ 1.348.780.000,00, títulos esses que têm como credores os próprios sócios da PJ, os quais tem interesse na redução da tributação do lucro da empresa.

De toda forma, como a auditoria fiscal retratada nos presentes autos foi realizada no curso do ano-calendário de 2007, não haveria como fiscalizar aspectos relativos às despesas apropriadas durante os anos de 2001 e anteriores. Por isso os autos de infração não se aprofundaram na análise da repercussão do critério de remuneração adotado até 2001, embora fosse, também ele, caracterizador de distorção.

Depois, não se pode dizer que a RFB, nos autos daquele processo, tenha convalidado este índice, e, ainda que o tivesse feito, isso não vincula este Conselho.

Toda essa distorção, frisando mais uma vez, decorre do fato de o sócio financiar a pessoa jurídica não pela integralização de capital, mas como um terceiro debenturista.

Os sócios/empreendedores criam a pessoa jurídica, mas a financiam como terceiros. Têm-se a apartação patrimonial que muitas vezes convêm, ao mesmo tempo em que há uma confusão patrimonial, porque o lucro da PJ passa a ser lucro dos sócios.

Por isso, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da contribuinte no que se refere ao pedido de cancelamento das glosas de despesas relativas à remuneração de suas debêntures, indevidamente deduzidas do lucro real nos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005.

2) Da ilegalidade da glosa de despesas na apuração da CSLL

Quanto a essa divergência, a contribuinte alega que não há no ordenamento jurídico pátrio permissivo legal dirigido à formação da base de cálculo da CSLL estabelecendo a qualificação da despesa como normal, usual e necessária; e que não se pode aplicar uma regra específica do IRPJ (art. 299 do RIR/1999), no tocante à glosa de despesa, para realizar lançamento de CSLL.

No tópico anterior ficou registrado que a possibilidade de remuneração de debêntures mediante participação nos lucros da empresa emitente desses títulos não poderia servir para um completo desvirtuamento dos princípios contábeis e das demais normas jurídicas (societárias e tributárias), fazendo com que os sócios sejam credores da PJ não pela conta do capital social (PL) mas pelo passivo exigível, como se fossem terceiros estranhos à sociedade, numa proporção em que praticamente todo o lucro tributável da pessoa jurídica é consumido pela dedução de uma despesa financeira que, na verdade, seria lucro a ser distribuído na forma de dividendos (não dedutível).

É nesse contexto que deve ser colocada a questão da necessidade, usualidade e normalidade da despesa, como requisitos para a sua dedutibilidade.

Não entendo que a regra do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, ao estipular que "aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas", tenha produzido uma coincidência plena na base de cálculo desses dois tributos, porque esse próprio dispositivo, na seqüência do texto, mantém "a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor":

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, **mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor**, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995) (g.n.)

Não há dúvidas de que a lei prevê ajustes específicos (adições e exclusões) que não abrangem os dois tributos; de que nem todos os ajustes de um tributo serve ao outro.

Pois se aquela norma houvesse de fato produzido uma coincidência plena entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, seria inteiramente descabido que normas posteriores a ela viessem estabelecer pontualmente, em determinadas situações, a equiparação.

Por exemplo, o art. 60 do Decreto-lei nº 1.598/77 (base legal do art. 464 do RIR/99), estabeleceu que na determinação do lucro real devem ser adicionados os valores caracterizados como distribuição disfarçada de lucros.

Então, se o art. 57 da Lei 8.981/95 houvesse equiparado as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a partir de então a DDL também deveria ser adicionada à base de cálculo da CSLL, certo?

Mas se isso fosse correto, porque então o art. 60 da Lei nº 9.532/97, abaixo transcrito, expressamente estabeleceria essa adição? Qual seria o sentido dessa nova norma legal promulgada em 1997 se, supostamente, desde 1995 já havia equiparação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL determinada pelo art. 57?

Art. 60. O valor dos lucros distribuídos disfarçadamente, de que tratam os arts. 60 a 62 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com as alterações do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, serão, também, adicionados ao lucro líquido para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

Ora, se há normas posteriores ao art. 57 da Lei 8.981/95 que vêm pontualmente determinando a adição de certos valores à base de cálculo da CSLL, valores esses que antes só eram adicionadas ao lucro real, é de se concluir inexoravelmente que o referido art. 57 não equiparou as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Aliás, como dito acima, essa conclusão encontra amparo literal no próprio texto do art. 57 que expressamente dispõe que devem ser "mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor (...)".

Por outro lado, deve-se ter em conta que o art. 13 da Lei nº 9.249/95, abaixo transcrito, determinou a adição das "despesas desnecessárias" à base de cálculo da CSLL.

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[...]

Veja que o art. 47 da Lei nº 4.506/1964 é o fundamento legal do art. 299 do RIR/1999. Ele dispõe exatamente sobre os requisitos da necessidade, usualidade e normalidade para a dedutibilidade das despesas.

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas, do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto legal.

Concluo, desse modo, que as "despesas" em pauta também não são dedutíveis da base de cálculo da CSLL.

Por fim, necessário tecer-se alguns comentários sobre o argumento segundo o qual a manutenção da exigência da CSLL com base no art. 13, *caput*, da Lei nº 9.249/95 não pode ser levada a cabo no julgamento do presente recurso especial uma vez que tal fundamento legal somente agora está sendo levantado, o que representa cerceamento do direito de defesa da recorrente.

Bem, em primeiro lugar não é verdade que o art. 13, *caput*, da Lei nº 9.249/95 somente agora esteja sendo levantado como fundamento para a manutenção da exigência da CSLL.

De fato, a Turma recorrida já havia expressamente feito alusão à norma em comento, conforme trecho a seguir transcrito do voto condutor do acórdão (e-fls. 3369/3370):

O questionamento em relação à inexistência de base legal para a glosa das despesas em relação à CSLL não resiste a uma análise básica. Isso porque o art. 28, da Lei nº 9.430/96 deve ser analisado em conjunto com toda a legislação que trata da CSLL. Atente-se para o texto desse dispositivo, na redação à época dos períodos sob exame (destaque acrescido):

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Verifica-se que o dispositivo remete às normas da legislação vigente e não apenas aos dispositivos expressamente mencionados. O alcance do texto vai muito além do que deseja crer a recorrente.

Sob esse prisma, veja-se o art. 13, da Lei nº 9.249/95 (destaques acrescidos):

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[.....]

(...)

Ademais, a própria recorrente transcreveu em sua peça recursal parte do trecho do voto condutor acima reproduzido, inclusive com a citação ao art. 13 da Lei nº 9.249/95 (vide e-fls. 3737/3738).

Isso posto, não é verídica a afirmação de que só agora, no presente voto, o art. 13 da Lei nº 9.249/95 esteja sendo suscitado como fundamento legal para a exigência da CSLL.

Em segundo lugar deve-se ressaltar que não há aqui "argumento novo", mas apenas a indicação do art. 13 da Lei nº 9.249/95 como "enquadramento legal" do ilícito apurado pela autoridade fiscal, enquadramento esse que deixou de ser arrolado no TVF e no auto de infração.

Importante esclarecer neste momento que a doutrina e a jurisprudência processualista civil fazem distinção entre o "fundamento jurídico" do pedido (o que no PAF chamamos de "descrição dos fatos") e o "fundamento legal" do pedido (o que no PAF chamamos de "enquadramento legal" da infração).

E, ademais, de modo pacífico entendem que a indicação do "fundamento legal" do pedido na petição inicial é inteiramente dispensável, sendo que sua ausência ou incorreção de modo algum implica o indeferimento da petição. O que importa, portanto, é a indicação clara e precisa "fundamento jurídico" do pedido (a descrição dos fatos).

Tal entendimento encontra-se lastreado na lei processual civil brasileira, em especial no art. 330, § 1º do novo CPC (arts. 282 e 284 do Código anterior), a qual acolheu a chamada teoria da substanciação, ou seja, exige que o autor indique "fundamento jurídico" do pedido (os fatos), mas não exige que indique o "fundamento legal" do pedido (a norma legal violada). Daí porque no Brasil cabem os brocardos "o juiz conhece o direito" e "mostre-se os fatos e eu te darei o direito".

No processo administrativo fiscal de exigência de crédito tributário o auto e infração faz as vezes de petição inicial nos casos em que o sujeito passivo impugna (art. 14 do Decreto nº 70.235/72) o crédito tributário que dele é exigido (art. 10, V, do mesmo Decreto). De fato, é por meio do auto de infração que a Fazenda pede (ou exige) a satisfação do seu

direito (o pagamento do crédito tributário), e é por meio da impugnação que o sujeito passivo contesta a existência daquele direito (daí porque não efetua o pagamento).

Mas diferentemente do que ocorre na lei processual civil, no âmbito do processo administrativo fiscal exige-se que o auto de infração indique não somente "fundamento jurídico" do pedido (a descrição dos fatos), mas também que indique o "fundamento legal" do pedido (o "enquadramento legal" da infração), conforme respectivamente se vê nos incisos III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

(...)

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(...)

Isso posto, "em princípio", no âmbito do processo administrativo fiscal, a falta de indicação do "fundamento legal" do pedido ("enquadramento legal") implica a nulidade do auto de infração.

Digo "em princípio" porque de acordo com jurisprudência há muito sedimentada neste Conselho, a falta, a imprecisão ou a incompletude no "enquadramento legal" do ilícito fiscal não enseja a declaração de nulidade do auto de infração, se a autoridade tributária houver descrito com precisão e clareza a infração por ela apurada (o "fundamento jurídico" do pedido ou "descrição dos fatos"), e o sujeito passivo houver demonstrado ter compreendido a acusação que lhe foi imputada.

No caso dos presentes autos foi exatamente isso o que ocorreu. Realmente, no parte "A" do TVF, intitulada "Dos Fatos" (vide e-fls. 885/891) a autoridade tributária descreveu clara e pormenorizadamente a infração fiscal por ele apurada, qual seja, a dedução de despesas desnecessárias, fruto da distribuição de dividendos aos acionistas travestida de pagamento de juros a debenturistas, conforme se observa no breve trecho do TVF a seguir transcrito:

- Não fosse o caso dos próprios acionistas da empresa serem os únicos subscritores das debêntures emitidas, e na exata proporção da participação acionaria de cada um, sujeitar-se-ia a empresa a entregar 97% do seu resultado aos debenturistas? Não pode ser considerado razoável a aceitação da troca pela empresa de uma posição consolidada de remuneração às debêntures já subscritas (IGPM + juros de 6% aa), por outra que a obriga entregar quase que a totalidade de seu resultado positivo aos debenturistas. Tal forma de remuneração não se reveste de características normais e usuais, quando comparadas às emissões de debêntures em geral. Afinal, o objetivo principal de uma companhia é auferir lucros aos seus acionistas, mas quando este lucro passa servir de remuneração a debêntures cujos próprios acionistas são os únicos beneficiários, fica evidenciado que tal operação serviu exclusivamente para reduzir a carga tributária, através da criação meramente liberal de despesas financeiras caracterizadas como não necessárias;

(...)

Ademais, o sujeito passivo demonstrou bem haver compreendido essa acusação, tanto é que dela se defendeu na impugnação ao lançamento, no recurso voluntário e no recurso especial, como exemplificativamente se verifica no seguinte trecho do especial (vide e-fl. 3715):

III.1 - Da Normalidade, Usualidade e Necessidade das Despesas de Remuneração das debêntures e da efetiva comprovação quanto à relação com a atividade da Recorrente

Como mencionado, o presente processo administrativo teve origem em autos de infração lavrados em razão da alteração do critério de remuneração das debêntures emitidas em 06/05/1999 que inicialmente utilizava a variação do IGPM acrescida de 6% ao ano de juros e passou a adotar o percentual de 97% do resultado positivo auferido no exercício social.

Isso porque, de acordo com o entendimento equivocado da Autoridade Fiscal, tal alteração de critério não se revestiria de características normais e usuais, motivo pelo qual configuraria, supostamente, a "criação meramente liberal de despesas financeiras caracterizadas como não necessárias".

Entretanto, conforme demonstrado pela Recorrente nas folhas 40 a 50 do seu Recurso Voluntário, a alteração do critério de remuneração das debêntures (do IGPM + 6% a.a. para 97% do lucro ajustado) representava, na realidade, uma redução nos valores que seriam repassados aos debenturistas.

(...)

Isso posto, o fato de o art. 13 da Lei nº 9.249/95 não haver sido indicado pela autoridade fiscal no "enquadramento legal" da infração (vide parte "C" do TVF, à e-fl. 893) de forma alguma macula de nulidade o lançamento, já que em nosso direito processual civil e administrativo vigora o princípio do "*pas de nullité sans grief*", isto é, não se declara a nulidade do ato processual se o vício não causou prejuízo à parte que, em tese, por ele seria prejudicada (princípio da instrumentalidade das formas). Tal princípio foi acolhido no art. 60 do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (g.n.)

(...)

E é por isso que também não há que se falar aqui em inovação ao lançamento por parte da Turma recorrida ou mesmo desta 1ª Turma.

Pois nem houve lá, e nem aqui haverá, manutenção da exigência da CSLL com base em "argumento novo", ou seja, com base em fatos distintos daqueles apontados pela autoridade lançadora (distribuição de dividendos travestida de pagamento de juros a debenturistas), nem por qualificação jurídica distinta daquela atribuída pela autoridade lançadora àqueles mesmos fatos (despesas não necessárias).

Ora, se a Turma julgadora, ao manter a exigência, não alude a fatos distintos daqueles indicados no TVF, nem qualifica juridicamente aqueles fatos de forma distinta da qualificação adotada no TVF, onde está a inovação?

Certamente não na alusão ao art. 13 da Lei nº 9.249/95, já que, como dito anteriormente, a ausência da indicação dessa norma no TFV e no auto de infração caracterizou, no caso, mera imprecisão ou incompletude no "enquadramento legal" do ilícito tributário, fato que, como visto acima, não implicou a nulidade do lançamento.

Diante do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte também no que se refere ao pedido de cancelamento das glosas de despesas relativas à remuneração de debêntures, indevidamente deduzidas da base de cálculo da CSLL nos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005.

3) Da necessidade de compensação do IR/Fonte recolhido pela recorrente

A recorrente apresentou também o seguinte pedido subsidiário: caso não se reconheça a dedutibilidade das despesas advindas da remuneração das debêntures de sua emissão, que lhe seja permitido deduzir do crédito tributário mantido os valores de IRRF recolhidos sobre as parcelas recebidas pelos debenturistas.

Fundamentou tal pedido na afirmação de que os efeitos da glosa, em homenagem ao critério da razoabilidade, devem ser reconhecidos como um todo: lançamento dos tributos, por um lado, e direito à compensação do IRRF recolhido em razão do negócio das debêntures, por outro.

Apreciando o mesmo pedido, formulado em outros autos, o voto condutor do multicitado Acórdão nº 101-94.986 expôs o seguinte entendimento:

"(...) ao se considerar como indedutíveis as despesas correspondentes aos rendimentos de debêntures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debêntures como lucros distribuídos. Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte, (...)"

Neste aspecto particular, divirjo daquela decisão.

No que se refere à possibilidade de se deduzir do IRPJ lançado o IRRF recolhido sobre os rendimentos pagos aos debenturistas, entendo que não há fundamento legal para a compensação pretendida. Isto porque não houve a desconsideração da despesa, como se inexistente fosse, mas simplesmente a negação dos efeitos tributários pretendidos pela contribuinte (dedutibilidade da despesas associadas aos pagamentos).

No caso sob exame, os valores pagos como remuneração de debêntures não foram considerados como lucros distribuídos, mas apenas como despesas indedutíveis.

Aliás, mesmo que se chegasse à conclusão de que não era cabível a cobrança de imposto de renda sobre os valores pagos (o que se admite apenas como hipótese argumentativa), seriam as pessoas físicas debenturistas as únicas possíveis beneficiárias de eventual restituição. As retenções incidiram sobre rendimentos das pessoas físicas investidoras, e não da pessoa jurídica investida. Logo, não podem beneficiar a pessoa jurídica.

O voto condutor do acórdão recorrido fundamentou assim a negativa de provimento dirigida ao recurso voluntário em relação ao tema:

"No que se refere ao IRRF sobre os rendimentos pagos aos debenturistas, o pedido de compensação suscitado pela requerente parte de uma premissa equivocada. Afirma na peça recursal que (destaque acrescido):

[....]

*Ora, se, por um lado, a **Fiscalização desconsiderou a despesa reconhecida pela Recorrente**, fez o cálculo do IRPJ e o lançou, deveria, de outro, ter levado em consideração o IRRF acima referido e tê-lo compensado na apuração final.*

[.....]

Na verdade não houve a desconsideração pura e simples da despesa, como se inexistente, mas sim a não aceitação da dedutibilidade. De fato, se a operação fosse considerada simulada o rendimento pago se convolaria em dividendos e não se justificaria a incidência na fonte. Não foi o que ocorreu, no presente caso.

Descabe, portanto, a compensação suscitada. Em primeiro lugar, porque a incidência decorre de disposição expressa da norma e em segundo lugar, pelo fato do ônus do imposto ser do debenturista e não da fonte pagadora."

Entendo que o posicionamento exposto não merece reparo algum.

A Fiscalização fundamentou a glosa objeto dos presentes autos de infração no art. 299 do RIR/1999, por entender que os pagamentos efetuados pela recorrente, relativos à remuneração de debêntures de sua emissão, são despesas desnecessárias e, portanto, indedutíveis.

Já a retenção do imposto de renda na fonte deve-se ao disposto no art. 729 do RIR/1999, que obriga a retenção sobre rendimentos produzidos por aplicações financeiras auferidos por qualquer beneficiário, que no caso dos autos foram as pessoas físicas dos sócios.

Em resumo: o IRPJ devido pela pessoa jurídica não tem qualquer relação com o IRRF, de tributação exclusiva na fonte, retido e incidente sobre os rendimentos pagos às pessoas físicas. Nos termos do disposto no art. 733 do RIR/1999, a recorrente figurou somente como responsável pela retenção do imposto por ter efetuado o pagamento dos rendimentos.

Logo, totalmente incabível cogitar-se de uma compensação entre o IRPJ lançado contra a recorrente na condição de contribuinte e o imposto de renda que ela reteve em fonte e recolheu aos cofres públicos no papel de responsável pelo pagamento das remunerações aos debenturistas.

Corroborá esta tese o art. 166 do Código Tributário Nacional, que trata especificamente de restituição mas que se baseia em *ratio legis* perfeitamente aplicável ao caso em questão:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem

prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Também vai no mesmo sentido o art. 74 da Lei nº 9.430/1996, que considera como não declarada a compensação que tenha por escopo a utilização de créditos pertencentes a terceiros:

art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

(...)

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

(...)

Por fim, reproduzo as lúcidas considerações do ex-Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior perfiladas na declaração de voto do Acórdão nº 101-94.986, que pesaram na formação da minha convicção na parte relativa ao IRRF:

"Daí nossa primeira objeção com a decisão alcançada no brilhante voto da douta Relatora, pois se de pura desnecessidade se tratasse, não se poderia prover parcialmente o recurso com a dedução do imposto retido na fonte quando do pagamento das participações de lucros (encargos) relativas às debêntures.

A desnecessidade da despesa não poderia descaracterizar sua natureza, permanecendo como encargos pagos e tributáveis. No momento em que se provém parcialmente o recurso para descontar o valor retido na fonte estar-se-ia a considerar os pagamentos não mais como encargos tributáveis, mas como lucros não tributáveis, fato que é bastante diverso da imputada infração de desnecessidade da despesa."

Como de pura desnecessidade das despesas se trata no presente julgamento, não se pode prover o pedido de dedução do imposto retido na fonte. Assim, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte também em relação a este pedido.

4) Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa

Por fim, a recorrente contesta a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, por absoluta falta de previsão legal que ampare tal cobrança.

Se equivoca o recorrente ao alegar que tal cobrança estaria desamparada pela legislação tributária.

A cobrança de juros de mora sobre os créditos não pagos até a data de vencimento é prevista no art. 161 do CTN, nos seguintes termos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

A expressão "crédito", constante do *caput* do artigo reproduzido, obviamente se refere ao crédito tributário, pela própria natureza do diploma legal que habita. Para se definir o alcance de tal expressão, recorre-se a outro dispositivo do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Já a definição de obrigação principal, mencionada no art. 139 do CTN, é trazida pelo §1º do art. 113 do mesmo Código. Tal obrigação tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária. *In verbis*:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

O critério utilizado pelo CTN para enquadrar determinada obrigação tributária como principal é, portanto, seu conteúdo pecuniário. Uma vez que a multa de ofício tem a característica de penalidade pecuniária, resta incontroverso que ela integra a obrigação principal, ao lado dos tributos.

Interpretando em conjunto os dispositivos reproduzidos, conclui-se que incidem juros de mora sobre os créditos tributários não integralmente pagos no vencimento (art. 161) e que tais créditos decorrem da obrigação principal (art. 139), englobando o tributo e a multa de ofício (art. 113, §1º). Assim, a conclusão construída é a de que o CTN prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício proporcional.

Os defensores da ilegalidade da cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício argumentam que a interpretação literal do *caput* do art. 161 do CTN impossibilitaria tal incidência em razão da presença da expressão "*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*". Se a penalidade referente à multa de ofício já estiver contemplada na expressão

"*crédito não integralmente pago no vencimento*", a que outras penalidades cabíveis estaria se referindo o legislador? - indagam.

Ocorre que, frequentemente, a interpretação de uma norma tributária demanda a consideração da realidade jurídica e fática a que se aplica. Mais do que isso, a norma deve ser interpretada sistematicamente, levando-se em conta todo o sistema tributário pátrio.

A este respeito, examine-se a interessante colocação da Ilustre Conselheira Viviane Vidal Wagner, designada para redigir o voto vencedor do Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010:

"Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. E a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema."

Sendo assim, a melhor interpretação a ser dada ao art. 161 do CTN é, sem dúvida, aquela que guarda harmonia com os demais dispositivos daquele Código que tratam do tema sob análise, qual sejam, os arts. 113 e 139.

Além do CTN, a Lei nº 9.430/1997, em seu art. 61, *caput* e §3º, também dispõe sobre o cabimento de juros de mora sobre multa de ofício:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

(...)

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do

pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Depreende-se do artigo reproduzido que incidem juros de mora sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos pela legislação específica. A multa de ofício se amolda perfeitamente a tal definição, já que sua cobrança decorre, entre outras hipóteses, da falta de pagamento de imposto ou contribuição, nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1997.

Sendo assim, a exemplo do que ocorre com o art. 161 do CTN, também o art. 61 da Lei nº 9.430/1997 fundamenta a possibilidade de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Corroborando ainda tal entendimento o art. 43 da Lei nº 9.430/1997 que, em seu parágrafo único, prevê expressamente a incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. Assim, vê-se que a legislação não enxerga incompatibilidade entre os juros de mora e uma multa pecuniária de caráter punitivo:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito da legalidade da cobrança de juros de mora nos moldes praticados no presente processo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: 'É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.' (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1335688/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, dez/2012)

Por fim, tanto §3º do art. 61 quanto o parágrafo único do art. 43, ambos da Lei nº 9.430/1997, fazem alusão à taxa aplicável a título de juros de mora: taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais.

Quanto a este ponto, a matéria já foi inclusive pacificada por meio da edição da Súmula CARF nº 4:

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

Na esteira desses argumentos, decido manter a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, votando por NEGAR SEGUIMENTO ao recurso especial da contribuinte no que diz respeito ao pleito de exoneração dos aludidos juros.

Desse modo, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso especial interposto pela contribuinte e, no mérito:

- negar-lhe provimento quanto ao pedido de cancelamento das glosas das despesas decorrentes do pagamento de remuneração de debêntures de sua emissão, mantendo-se o lançamentos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL dos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005;

- negar-lhe provimento quanto ao pedido de compensação dos valores de IRRF recolhidos sobre as remunerações pagas aos debenturistas ao longo dos anos-calendário de 2002, 2003, 2004 e 2005;

- negar-lhe provimento quanto ao pedido de afastamento da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

(Assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo

Voto

Voto vencedor no conhecimento integral

Conselheiro Luis Flávio Neto

Não obstante o fundamentado voto do i. Conselheiro Relator quanto ao conhecimento apenas parcial do recurso especial interposto pelo contribuinte, assim como a maioria do Colegiado, peço vênias para divergir.

Ao analisar os acórdãos nº 101-97.021 e nº 1101-000.889, indicados para paradigmas de divergência pela recorrente, o despacho de admissibilidade do recurso de especial, proferido pelo i. Presidente da Turma *a quo*, decidiu conhecer a matéria pertinente à dedutibilidade da remuneração das debêntures. Outros acórdãos paradigmas de divergências supostamente autônomas não foram reconhecidos como hábeis pelo referido despacho (e-fls. 4222 e seg.).

Vale transcrever o seguinte trecho do aludido despacho de admissibilidade, pertinente à análise dos acórdãos paradigmas nº 101-97.021 e nº 1101-000.889, *in verbis*:

“Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que os mesmos trazem o entendimento de que mesmo reconhecendo que alteração da remuneração das debêntures (de IGPM + 6% de juros a.a. para 97% do lucro ajustado) não é motivo para manter a glosa das despesas, consignando que o critério anterior não foi contestado pela fiscalização e, por isso, é plenamente válido.

Está registrado no Voto condutor do Acórdão recorrido:

Pode-se concluir que sem embargo da ausência de vedação legal, está longe de ser usual ou normal o estabelecimento da remuneração do título nos moldes efetuados pela interessada. O comprometimento de 97% do resultado com a remuneração do título é incompatível com as necessidades da empresa de, como alegado, gerar recursos para o Banco. [...]

A autuação tem origem no entendimento fiscal de que o sujeito passivo apropriou indevidamente, nos períodos sob exame, despesas financeiras oriundas da remuneração de debêntures.

Foi constatada alteração na cláusula de remuneração contida na escritura de emissão das debêntures, originalmente prevista com base da variação do IGPM mais juros de 6% a.a., que passou a ser vinculada ao percentual de 97% do resultado ajustado.

Assim, o acórdão recorrido, por seu turno, vem esclarecer que de forma geral deve ser mantida a glosa pela mudança do critério (97% do lucro ajustado) e afastado o pedido de manutenção da dedução pelo critério anterior (IGPM+ 6% a.a.).

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial demonstrada pelo Sujeito Passivo.”

Por sua vez, o i. Conselheiro Relator também compreendeu que os acórdãos nº 101-97.021 e nº 1101-000.889 seriam paradigmas hábeis para demonstrar a divergência de interpretação quanto à dedutibilidade da sacrifícios incorridos com a remuneração de debêntures emitidas aos sócios da companhia e calculados com base nos lucros desta.

No entanto, o i. Conselheiro Relator compreendeu que não deveria ser admitido o argumento do contribuinte quanto à “possibilidade de reconhecimento parcial da dedutibilidade das despesas de pagamento de remuneração de debêntures, até um limite considerado aceitável”, por considerar “que não foi comprovada a divergência jurisprudencial arguida”.

Com a devida vênia, assim como a maioria do Colegiado, compreendo que não se trata de matéria autônoma, mas de pedido subsidiário apresentado pelo contribuinte em sua defesa quanto à matéria da dedutibilidade da remuneração das debêntures.

A subsidiariedade do argumento exclui o caráter autônomo, prescindindo de paradigma específico. Sem adentrar ao mérito do recurso, se os Conselheiros poderiam julgar que toda a remuneração com debênture dedutível, também poderiam o menos, ou seja, decidir que apenas uma parte seria passível de dedutibilidade.

O i. Conselheiro Relator também explicitou seu entendimento quanto à necessidade de concessão de nova oportunidade para apresentação de contrarrazões pela PFN, especialmente quanto a este pedido subsidiário do contribuinte em seu recurso especial.

Permissa vênia, acompanho a maioria do Colegiado para divergir do i. Conselheiro Relator também em relação a esse ponto. É necessário considerar que a questão já se encontrava no recurso especial apreciado pela PFN para a produção de suas contrarrazões, sendo digno de nota que o i. Procurador da Fazenda Nacional dedicou parte de sua sustentação oral justamente a esse pedido subsidiário do contribuinte, não arguindo ou manifestando o prejuízo ao contraditório aferido pelo i. Conselheiro Relator.

Assim, quanto às matérias conhecidas pelo despacho de admissibilidade, compreendo que, em seu recurso especial, o contribuinte apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF.

Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial quanto às matérias conhecidas, razão pela qual voto pela sua manutenção.

Voto vencedor no mérito quanto ao IRRF ("item 3" do voto do i. Conselheiro Relator)

Conselheiro Luis Flávio Neto

Por restar vencido quanto ao mérito principal deste recurso, a decisão deste Colegiado foi desconsiderar os efeitos jurídicos das operações realizadas pelo contribuinte, de tal forma que os sacrifícios incorridos pela contribuinte não ostentariam a natureza jurídica de debêntures e, assim, não seria aplicável a regra de dedutibilidade fiscal que lhes seria inerente.

Por coerência, em face da decisão deste Colegiado de recusar a natureza jurídica de debêntures, também deixa de ser aplicável aos pagamentos em questão a regra que determina a retenção de IRRF sobre a remuneração de debêntures. Dessa forma, os recolhimentos realizados a tal título pela recorrente também deixaram de assumir essa roupagem.

Dessa forma, assim como a maioria do Colegiado, compreendo que deve ser acolhido o pedido do recorrente, no sentido de que, com a glosa de despesas de debêntures (IRPJ), que o IRRF decorrente da remuneração das debêntures perde a sua causa. Vale observar que, ao assim decidir-se, a CSRF mantém também coerência com outros julgados, como aquele proferido nos autos do processo n. 13899.001314/2006-16.

Trata-se da necessidade de se considerar (ou compensar, ou deduzir) o IRRF do IRPJ lançamento de ofício dos presentes autos. É relevante, contudo, considerar que o IRRF em questão foi extinto por meio de declaração de compensação.

Ocorre que, em face da dedução da remuneração com debêntures e o seu impacto no cômputo anual, houve a apuração de saldo negativo (IRPJ) no final do período. Por outro lado, a remuneração das debêntures implicou na incidência de IRRF. A contribuinte aproveitou-se, então, do saldo negativo para encaminhar DCOMP (com efeito de confissão de dívida), pleiteando a compensação do IRRF.

Na medida em que a presente decisão entendeu que a despesa com debêntures não atendeu aos requisitos de dedutibilidade, na realidade descaracterizou toda a operação. Se a emissão das debêntures foi descaracterizada, restou afastado o seu desdobramento, a remuneração das debêntures aos debenturistas.

Nesse contexto, eventual declaração de compensação, que tenha se utilizado como crédito o saldo negativo, e confessado como débito o IRRF decorrente da remuneração das debêntures, deve ser revista, para se verificar se o débito de IRRF refere-se, efetivamente, à remuneração de debêntures objeto do presente processo.

Em sustentação oral, informou a contribuinte ao Colegiado que a declaração de compensação, que relaciona o IRRF como débito e o saldo negativo como crédito, encontra-se em outro processo (16098.000327/2007-64), apenso aos presentes autos, mas cuja cópia do PER/DCOMP encontra-se disponível às e-fls. 1369/1386 (PER/DCOMP nº 14356.63602.061106.1.3.02-7808).

De fato, consta débito de IRRF no valor principal de R\$270.358.366,21, cujo crédito é saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2003.

Há que se verificar, contudo, quais as receitas que foram objeto de tributação do IRRF.

Verifica-se quadro demonstrativo (e-fl. 1367), no qual se demonstra a composição do IRRF de R\$270.358.366,21:

Item		Rendimento Bruto	IRRF
1	Resgate 368 Debêntures emissão 1997	327.991.025,66	60.851.719,22
2	Resgate 3744 Debêntures emissão 1999	983.894.945,23	183.184.184,73
3	Resgate 223 Debêntures emissão 1999	58.602.715,39	10.910.809,87
4	Remuneração sobre saldo JCP/Dividendos	77.058.259,28	15.411.652,38
	TOTAL	1.447.546.945,56	270.358.366,20

Os presentes autos tratam da remuneração das debêntures emitidas no ano-calendário de 1999.

Nesse sentido, os débitos de IRRF a serem afastados correspondem aos itens 2 e 3 do quadro, de R\$183.184.184,73 e R\$10.910.809,87, que inclusive se encontram em destaque (negrito) à e-fl. 1367. Perfazem o total de R\$194.094.994,60.

Assim, na medida em que a presente decisão afasta a dedutibilidade, e por consequência reduz ou anula o saldo negativo, o direito creditório sofre uma diminuição no seu valor, e o IRRF, confessado como débito, no valor de R\$194.094.994,60, na declaração de compensação, poderá cobrado em sede de execução, de maneira indevida. Ou seja, poderia haver uma dupla cobrança.

Nesse cenário, há que se encontrar uma solução para que o IRRF não seja cobrado, ou, nas palavras da contribuinte, a “necessidade de compensação do IR/Fonte recolhido”. Surgem ao menos duas formas para se operacionalize referida compensação.

A primeira seria promover uma espécie de compensação do IRRF nos presentes autos, abatendo-se o valor do lançamento fiscal de IRPJ. Contudo, tal possibilidade resta prejudicada, pois o IRRF não foi realmente pago, mas sim compensado. E, apesar de poder ser objeto de execução fiscal, vez que foi objeto de confissão de dívida em DCOMP, poderia se consumir situação no qual a execução fiscal não fosse consumada. Na realidade, o que existe, atualmente, é uma expectativa de que o débito de IRRF em DCOMP seja objeto de execução fiscal. E, mesmo em execução fiscal, uma expectativa de que não houvesse um litígio que pudesse resultar no afastamento da cobrança. Nessa perspectiva, não se mostra prudente efetuar a compensação do IRRF nos presentes autos.

Por sua vez, tem-se uma segunda opção, de se corrigir o débito de IRRF na declaração de compensação. Ou seja, efetua-se a exclusão do débito de IRRF objeto de remuneração das debêntures emitidas dos presentes autos. Essa parece ser a solução mais adequada. Não se altera o lançamento de IRPJ dos presentes autos e evita-se a cobrança de IRRF nos autos que tratam da declaração de compensação.

Dessa maneira, após debates no Colegiado, prevaleceu o entendimento da segunda opção. Assim, para se operacionalizar a compensação do IRRF em questão, cabe a exclusão, no PER/DCOMP nº 14356.63602.061106.1.3.02-7808, do valor de R\$194.094.994,60, do débito anteriormente confessado de IRRF no valor de R\$270.358.366,21. Assim, salvo incorreções de cálculo, remanesceria o valor de IRRF de R\$76.263.371,60.

Diante do exposto, por restar vencido quanto ao provimento integral do recurso do contribuinte, voto no sentido CONHECER INTEGRALMENTE a matéria admitida pelo r. despacho, bem como para o acolhimento do pedido de abatimento do IRRF apurado na operação, da forma decidida pelo Colegiado, com o PROVIMENTO PARCIAL do recurso.

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto

Declaração de voto

Conselheiro Luís Flávio Neto

Embora nenhum caso seja idêntico a outro, o tema ora sob julgamento apresenta semelhanças com a matéria analisada por esta Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) no processo n. 13899.001314/2006-16, em que fui relator. Faço remissão aos fundamentos do voto que proferi naquele caso e que, por coerência, me fizeram compreender pela legitimidade das operações aqui realizadas, apresentando, nesta declaração de voto, algumas observações relevantes ao presente caso.

A dedutibilidade da remuneração de debêntures é tutelada pelo art. 462 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

II - atribuídas a seus empregados segundo normas gerais aplicáveis, sem discriminações, a todos que se encontrem na mesma situação, por dispositivo do estatuto ou contrato social, ou por deliberação da assembleia de acionistas ou sócios quotistas;

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999 (art. 359).

Preenchida a hipótese de incidência do art. 462 do RIR/99, deve ser garantida a dedutibilidade das despesas incorridas pela companhia com a remuneração de seus debenturistas. Para tanto, exige-se que uma companhia adote o típico instituto da debênture para a captação de recursos, incorrendo em sacrifícios para a remuneração desse capital.

Como se verifica dos autos, a recorrente emitiu debentures que não são questionadas neste processo administrativo, com vencimento em 1999. Com o vencimento consumado, a companhia passou, então, a ter uma obrigação perante os seus debenturistas. Contudo, referidos debenturistas concordaram em investir os referidos créditos em novas debêntures emitidas pela companhia.

Em 02.12.1999, então, foram então emitidas 10.000 debêntures, cada uma com o valor nominal de R\$170.000,00, cuja remuneração originalmente se daria pelo IGP-M mais juros de 6% ao ano. Em 30.07.2001, por sua vez, a recorrente alterou o critério de remuneração dessas debêntures para 97% do resultado positivo de cada exercício social, ajustado pela exclusão dos rendimentos de participações societárias de caráter permanente.

Conforme a tese sustentada pela PFN, aos sacrifícios incorridos pela recorrente não se poderia atribuir o título jurídico de *remuneração de debêntures de sua emissão*, pois: (i) a remuneração teria sido estipulada com base em participação nos lucros da pessoa jurídica emissora; (ii) os debenturistas também assumiriam a condição de acionistas da pessoa jurídica emissora e; (iii) não teria ocorrido o ingresso de novos recursos no ato de subscrição das debêntures.

De início, é necessário reconhecer que essa objeção (iii), suscitada pela recorrida, não se confirma nestes autos. É correto afirmar que houve efetivo ingresso de novos recursos com a emissão das debêntures.

Para haver efetivo ingresso de novos recursos na companhia, não é, por óbvio, necessário o trânsito físico de moeda, mas sim de direitos positivos que, antes da subscrição, inexistiam.

No caso, a compensação de créditos assegurou que recursos com natureza jurídica e perfil econômico novos passassem a estar disponíveis à companhia. Com o vencimento das debêntures anteriormente emitidas, a empresa possuía dívidas exigíveis de imediato, deixando de tê-las e passando a deter novo título jurídico (novas debêntures emitidas), com vencimento de longo prazo. Não se trata de questão irrelevante, mas fator que notoriamente pode ser fundamental à gestão e solvência das empresas.

Em relação às objeções (i) e (ii), opostas pela PFN, não há oposição do contribuinte quanto aos fatos. Resta saber, então, se elas afastariam a incidência do art. 462 do RIR/99.

Não há qualquer impedimento legal para a remuneração de debêntures exclusivamente com base em participação nos lucros da companhia emitente. A referida objeção (i) não possui base legal. Mais do que isso, há regra expressa que garante a remuneração de debêntures exclusivamente com base em participação nos lucros da emitente, veiculada por lei ordinária.

A remuneração exclusiva com base em participação nos lucros é expressamente tutelada pela Lei das SA, em seu art. 56:

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

A lei societária, portanto, atribui faculdade à companhia, sem que lhe seja imposta preferência ou cumulação das alternativas em questão, entre as quais figura expressamente a “participação no lucro da companhia”.

Nesse sentido, impossível ignorar a doutrina de MODESTO CARVALHOSA¹, que inclusive superou entendimento em obras anteriores, *in verbis*:

“A doutrina mais consentânea é a que afirma que a remuneração por meio de participação nos lucros não retira a natureza pura dos títulos de crédito. (...) Então, dentro da teoria do direito subjetivo, a debênture com participação nos lucros da companhia emissora outorga ao tomador um direito decorrente da obrigação assumida, pela companhia emissora, de pagar determinado percentual do lucro anualmente apurado. Não há, portanto, nenhum direito eventual, na espécie, pois o direito à participação nos lucros constitui direito certo a que corresponde uma obrigação cuja exigibilidade (pretensão) pode não se configurar em determinados exercícios sociais”

¹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v. 1. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 793 e seg.

Também é importante destacar o magistério de NELSON EIZIRIK², *in verbis*:

“Os rendimentos que a companhia pode atribuir às debêntures de sua emissão – juros, participação no lucro e prêmio de reembolso – são facultativos; não são, portanto, cumulativos ou obrigatórios. Poderão ser atribuídas às debêntures todas as vantagens previstas neste artigo ou apenas uma delas”.

O mesmo ocorre em relação à oposição (ii), acima referida. Não há proibição legal para a subscrição de debêntures por acionistas da pessoa jurídica. A figura típica da debênture não é desnaturada caso tal circunstância se verifique. Há, portanto, permissão para a que o acionista de uma companhia seja, também, debenturista desta.

Mais do que a ausência de proibição, a referida permissão resta confirmada em face de enunciados como o art. 57, § 10, da Lei das SA, que assegura a preferência dos acionistas a certas debêntures.

Portanto, nenhuma das objeções suscitadas é capaz de descaracterizar a operação realizada pela recorrente como emissão de debêntures, devendo ser reconhecidos os efeitos tributários dos sacrifícios incorridos para a correspondente remuneração dos debenturistas.

Concordo com o i. Conselheiro Relator quando afirma que “O fato de uma despesa decorrer de uma operação legal, expressamente prevista na legislação, não autoriza automaticamente sua dedutibilidade tributária. (...) A dedutibilidade submete-se às regras estabelecidas nas leis tributárias”. Discordo, contudo, de suas conclusões.

Como se sabe, embora o legislador possua competência para descrever integralmente as características de cada um dos fatos geradores de tributos, é comum a remissão a institutos e conceitos do Direito Privado, capazes de exprimir substrato econômico passível de tributação.

A “recepção” de conceitos do Direito Privado por normas tributárias pode ocorrer de forma “expressa” ou “implícita”. No primeiro caso, o legislador tributário faz explícita referência a dispositivos específicos do Direito Privado, enquanto que, no segundo, a lei tributária adota termos que remetem a conceitos e institutos consagrados pelo Direito Privado.³

Do art. 109 do CTN, pode ser construída a norma de que o legislador tributário, por não se submeter ao Direito Privado, está livre para criar seus próprios institutos ou mesmo atribuir sentidos diversos a expressões oriundas deste, mas se optar “por um instituto, conceito e forma do Direito Privado e não o define com tintas próprias, então deve o intérprete/aplicador compreender que tais institutos não podem ser desprendidos do contexto (de Direito Privado) onde foram desenvolvidos”⁴. Daí decorre que, se determinado *instituto* do Direito privado compõe algum enunciado prescritivo de matéria tributária, ao menos duas hipóteses seriam possíveis: (i) pode o legislador tributário atribuir definição, conteúdo e alcance diversos do que se verifica no Direito Privado (*apenas o nome de batismo seria igual*

² EIZIRIK, Nelson. A Lei das SA Comentada, v. 1. São Paulo : Quartier Latin, 2015, p. 385 e seg.

³ Cf. COSTA, Alcides Jorge. Direito Tributário e Direito Privado. In: MACHADO, Brandão (coord.). Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 222.

⁴ SCHOUERI, LUÍS EDUARDO. Direito Tributário. Saraiva : São Paulo, 2012, p. 683; 762-763.

nas diferentes searas jurídicas), ou; (ii) caso o legislador tributário silencie quanto à questão, deve ser compreendido conforme o seu perfil no Direito Privado⁵.

Para o presente julgamento, interessa compreender como tais questões se manifestam no enunciado do art. 58, II, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, refletido pelo art. 462 do RIR/99. No caso, o legislador realizou remissão ao instituto típico da debênture, tutelando expressamente as suas consequências tributárias.

O art. 58, II, do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, refletido pelo art. 462 do RIR/99, prescreve que “podem ser excluídas do lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica (...) asseguradas a debêntures de sua emissão”. O legislador tributário valeu-se, sem ajustes ou ressalvas, ao instituto típico da debênture edificado pelo Direito privado, atribuindo-lhe uma consequência tributária clara: a dedutibilidade de participações nos lucros companhia asseguradas por debêntures de sua emissão.

É com fundamento no princípio da legalidade em matéria tributária que a dedutibilidade da remuneração de debêntures deve ser acatada nos termos do art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, refletido pelo art. 462 do RIR/99. Não se pode negar eficácia à Lei, por considerar-se, a partir de critérios subjetivos, que a operação realizada pelo contribuinte não está conforme a uma pessoal concepção de “Direito” de um agente administrativo.

Diante da decisão expressa do legislador competente, cabe à administração fiscal apenas verificar se a operação realizada pode ser qualificada como debênture conforme as normas do Direito Privado (**o que se confirma no presente caso**) e, então, aplicar as consequências jurídicas estabelecidas nas leis tributárias.

Os agentes, que agem em nome do Poder Executivo, detêm a competência primária de aplicar o produto legislativo. Como bem suscita BIANOR ARRUDA BEZERRA NETO⁶, enquanto o Poder Legislativo assume a função de “criador das normas jurídicas, as quais seriam autoaplicáveis por todos os integrantes da sociedade”, o Poder Executivo seria “o promotor, provedor e fiscalizador da sua aplicação, no que diz respeito aos temas de sua responsabilidade”.

Em matéria tributária, em que vige o princípio da estrita legalidade, a atividade da administração fiscal dependente da decisão do Poder Legislativo, como elemento fundamental da estrutura de separação dos poderes que rege o sistema jurídico brasileiro, o que, tamanha a sua importância, foi erigida à modalidade de cláusula pétrea da Constituição. Deve ser respeitada a competência do legislador, seja para decidir quais normas gerais de reação ao planejamento tributário devem viger (Lei Complementar), ou para eleger quais serão as hipóteses de incidência (Lei Ordinária).

No caso dos autos: (i) há norma com *status* de lei ordinária que, de forma expressa, realiza remissão ao instituto da debênture no Direito Privado e prescreve a dedutibilidade de participações nos lucros companhia asseguradas por debêntures de sua emissão; (ii) o contribuinte realizou operações qualificadas como típicas emissões de

⁵ Nesse sentido, vide: SCHOUERI, LUÍS EDUARDO. Direito Tributário. Saraiva : São Paulo, 2012, p. 762-763.

⁶ BEZERRA NETO, BIANOR ARRUDA. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC, in Direito Tributário e os novos horizontes do processo. XII Congresso Nacional de Estados Tributários. São Paulo : Noeses, 2015, p. 198 e seg.

debêntures; (iii) não se verifica a caracterização das hipóteses previstas pelo CTN para a desconsideração dos negócios jurídicos realizados pelo contribuinte.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da apelação e reexame necessário n. 2010.61.00.007888-3/SP, enunciou decisão à qual me alinho neste voto, como se observa de sua ementa:

TRIBUTÁRIO. DIFERENÇA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS IRPJ/CSLL. GLOSA NAS BASES DE CÁLCULOS. REMUNERAÇÃO DEBÊNTURES EMITIDAS PELA APELADA E SUBSCRITAS PELOS SEUS ACIONISTAS. PRELIMINAR CONTRARRAZÕES. REJEITADA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO UNIÃO FEDERAL. IMPROVIDAS.

-Afastada a preliminar arguida em contrarrazões, de não conhecimento do apelo por ausência de ataque às razões da sentença, porquanto nos termos do citado artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, a apelação deve apresentar *os fundamentos de fato e de direito*. Trata-se, pois, da positivação do denominado "princípio da dialeticidade", o qual cumpre ao apelante apresentar as razões de sua inconformidade, impugnando os argumentos da decisão proferida na origem. No caso em apreço, as razões de apelação apresentadas pela ré enfrentam os argumentos contidos no julgado singular.

-No tocante à possibilidade da remuneração das debêntures exclusivamente com base na participação nos lucros, há que se observar o disposto no art. 56 da Lei 6.404/76. Da leitura de tal dispositivo, depreende-se que a debênture pode atribuir ao seu titular juros e/ou participação no lucro e/ou prêmio de reembolso, de onde se conclui que o pagamento de juros é, portanto, uma faculdade prevista na referida legislação.

-A ausência de circulação monetária, no sentido exclusivamente físico, não implica na inexistência de circulação econômica e jurídica de recursos financeiros.

-As debêntures diferenciam-se de despesas operacionais, na medida em que as despesas operacionais alcançam insumos ou custos diversos do contribuinte e não deduções financeiras como as debêntures.

-*In casu*, não há como ser acolhida a pretensão da apelante, visto que o disposto no art. 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64 (e art. 299 do RIR), não se aplica à questão suscitada nos autos, porquanto não refletem os fatos ora narrados, bem como anterior à vigência da legislação que dispõe sobre dedutibilidade de despesas.

-O disposto no art. 462 do RIR/99 não impõe qualquer restrição quanto à dedutibilidade da remuneração das debêntures - salvo as regras gerais próprios dos atos jurídicos gerais, a sua efetiva existência, validade, como a forma e os seus requisitos gerais.

-O art. 187 da Lei das S/A obedece ao critério de divisão de resultados. A operação efetivada pela apelada, portanto, atende aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, então prevista no art. 82 do CC/1916, quais sejam objeto lícito, agentes capazes e forma prescrita em lei.

- No caso concreto, a emissão das debêntures obedeceu às disposições da Lei da S/A como a preferência de sua emissão aos acionistas. O fato de os acionistas terem sido os subscritores das debêntures não descaracterizou o negócio ou o tornou ilegal, eis que é expressamente previsto em lei a possibilidade dos acionistas da companhia passarem a ser seus debenturistas, aspecto que não pode ser utilizado para caracterizar a operação como anormal e, portanto, desnecessária.

-Constada a legalidade e eficácia da emissão de debêntures e sua subscrição, devendo ser afastada a glosa da base de cálculo efetuada efetivada pela autoridade fiscal no IRPJ da autora no processo administrativo nº. 19.515.002923/2003-85.

-Não havendo previsão legal à adição de despesas operacionais não dedutíveis para o IRPJ (art. 47 da Lei 4.506/64), não se pode exigir da apelada qualquer quantia a título de CLS, visto que ausente previsão legal que determinasse a adição dessas despesas em sua base de cálculo.

-Na hipótese dos autos, considerando o valor da causa (R\$ 22.633.213,49 em 07/04/2010 - fls. 76), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido ao seu serviço, mantidos os honorários advocatícios nos termos em que fixado pelo r. juízo *a quo* (1%). De acordo com os enunciados aprovados pelo Plenário do C. STJ, na sessão de 09/03/2016, a data do protocolo do recurso é parâmetro para aplicação da honorária de acordo com as regras do então vigente Código de Processo Civil/1973.

-Negado provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal.

Embora seja aplicável ao caso concreto o art. 462 do RIR/99, compreendo que o art. 299 também poderia conferir legitimidade à dedutibilidade em questão.

Discordo do i. Conselheiro Relator, quando assume, em seu voto, que “*o fato de a remuneração de debêntures baseada exclusivamente na participação nos lucros da empresa ser legalmente prevista não implica necessariamente que ela seja usual e normal e, portanto, necessária às atividades da empresa emitente*”.

Compreendo que a expressa tutela legal da operação empreendida pela contribuinte, como uma figura típica e tradicional no Direito Privado justamente por encontrar corriqueira adoção na sociedade, é suficiente, como poucas evidências o são, para demonstrar a usualidade e normalidade requeridas pelo art. 299 do RIR/99.

Também é evidência da normalidade e usualidade o fato de a CVM, há décadas, admitir a remuneração de debêntures com base na participação dos lucros da companhia, como se observa do Parecer CVM/SJU n. 15/88:

"É possível, diante da Lei n. 6.404/76, a existência de debênture perpétua, a que seja atribuída remuneração apenas a título participativo nos lucros sociais".

Quanto ao percentual na participação dos lucros estipulado como remuneração das debêntures, compreendo que também não se pode considera-lo *a priori* excessivo, inclusive por não haver parâmetros legais para essa discriminação.

Chama a atenção o parecer da auditoria independente PricewaterhouseCoopers apresentado pela recorrente, assinado pelo Sr. Lindomar Schmoller,

em que comparou-se a remuneração atribuída pelas debêntures (97% dos lucros da emitente) e as taxas de CDI do período. Aponta-se, nesse parecer, que, se o capital em questão houvesse sido investido em um fundo de renda fixa remunerado pelo CDI, o retorno obtido seria superior àquele proporcionado pelas debêntures em questão.

Essa comparação de rentabilidades aferida por auditoria independente pode conduzir ao menos a duas perspectivas compatíveis com o sistema jurídico vigente. Por uma primeira, exigir que remuneração mais desvantajosa que essa fosse obtida pelo debenturista, como requisito para a sua dedutibilidade fiscal, redundaria em ingerência indevida na esfera de direitos do particular, inclusive pela ausência de decisão do legislador competente nesse sentido.

Ademais, também é possível concluir que essa comparação de rentabilidade não legitima, por si, as debêntures em questão, mas apenas demonstra não ser imediata a anormalidade ou não usualidade alegada pela recorrida, ainda que “97%” possa impressionar à primeira vista.

Determinante para essa dedutibilidade é a efetiva emissão de debêntures, tal como o instituto típico do Direito privado, com a incidência do art. 462 do RIR/99, o que se verifica no presente caso. Mesmo que fosse aplicável o art. 299 do RIR, a ausência de normalidade ou usualidade da operação deve ser demonstrado e não presumida de forma apriorística.

O mesmo se dá em relação ao requisito da “necessidade”. Não identifiquei evidências que demonstrem o seu não cumprimento. Pelo contrário, a substituição de obrigações de curto prazo ou mesmo de exigência imediata, por obrigações de longo prazo, é geralmente reconhecida como necessária à boa gestão da companhia. A necessidade dessa despesa financeira, salvo hipóteses de dolo, fraude ou simulação, parece ser pressuposta da própria emissão de debêntures. Assim, a “desnecessidade” dessa despesa, longe de ser imediata, deveria ser demonstrada, o que não se verifica.

É, assim, por todo o exposto, que votei no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte.

(assinatura digital)

Luís Flávio Neto

Declaração de voto

Com a devida vênia, divirjo do voto do ilustre Relator.

Primeiramente, divirjo relativamente às debêntures, especialmente considerando a legalidade da operação à luz da Lei das S.As. e normas da CVM e Banco Central.

Com efeito, a Lei das S.As. (Lei nº 6.404/1976) autoriza a emissão de debêntures para sócios, como se observa do artigo 57, §1º, a seguir colacionado:

Art. 57. A debênture poderá ser conversível em ações nas condições constantes da escritura de emissão, que especificará: (...)

§ 1º Os acionistas terão direito de preferência para subscrever a emissão de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações, observado o disposto nos artigos 171 e 172.

Ademais, a Lei das S.As. (Lei nº 6.404/1976) legitima remuneração exclusiva por meio de participação nos lucros, nos termos do artigo 56, *verbis*:

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

O renomado professor Modesto Carvalhosa apresentou parecer, acostado aos autos pela contribuinte, que menciona normas da CVM e Banco Central atestando a legitimidade da remuneração fixada para debêntures pela contribuinte. Destaco trecho do parecer:

Portanto, a remuneração exclusivamente pela participação nos lucros é expressamente prevista e autorizada pela Lei, a qual não impõe qualquer ressalva ou condição especial para a emissão de debêntures nesses termos. A Lei equipara, assim, todas as formas de remuneração de debêntures, de modo que o intérprete não pode, substituindo-se ao legislador, impor qualquer condição ou restrição, não prevista em Lei, que limite indevidamente a autonomia das partes.

Nesse ponto, a Lei Societária foi reiterada por uma série de atos administrativos que reafirmam a possibilidade de remuneração das debêntures exclusivamente em porcentagem dos lucros.

O parecer CVM/SJU nº 15/88 admite, expressamente, que a remuneração da debênture pode se dar exclusivamente pela participação nos lucros sociais:

"É possível, diante da Lei nº 6.404/76, a existência de debênture perpétua, a que seja atribuída remuneração apenas a título participativo nos lucros sociais"

No mesmo sentido, a Decisão Conjunta nº 13/203, do Banco Central e da CVM, em seu art. 5º, se refere especificamente às debêntures remuneradas apenas com participação nos lucros:

"As disposições desta decisão-conjunta não se aplicam às debêntures que assegurem, exclusivamente, participação nos lucros da companhia emissora"

No mesmo sentido, a Decisão Conjunta nº 13/203, do Banco Central e da CVM, em seu art. 5º, se refere especificamente às debêntures remuneradas apenas com participação nos lucros:

A evolução legislativa foi verificada também na doutrina, embora de forma mais lenta. Atualmente, encontra-se superada a posição inicial de alguns autores, inclusive a nossa, no sentido de preservar a visão tradicional das debêntures inserida no Decreto-Lei 781, de 1938, o qual autorizava apenas uma remuneração adicional aos juros fixos, correspondente a juros variáveis de acordo com a lucratividade da sociedade emissora.

O percentual de participação nos lucros - pagos como remuneração das debêntures - não pode ser desconsiderado sem parâmetro legal ou comparação com qualquer remuneração de mercado. Afinal, ao aplicador do direito (auditor fiscal atuante e julgador administrativo) é defeso definir limites não especificados em lei.

Pois bem. Inexistindo qualquer limitação LEGAL delimitadora do percentual de lucros para remuneração de debêntures, seja do ponto de vista societário (Lei das S.As.), seja do ponto de vista da lei tributária, não cabe ao agente administrativo criar este limite.

De toda forma, há o limite - razoável - decorrente da comparação entre a operação analisada e a negociação de mercado. Eventual remuneração de debêntures em valores comparativamente maiores que aqueles negociados em mercado, poderia ocasionar a glosa parcial de valores de remuneração de debêntures.

Sobreleva considerar que consta dos autos parecer elaborado pela *PricewaterhouseCoopers* no qual consta quadro comparativo entre despesas de debêntures da contribuinte e índices praticados no mercado, destacando-se trecho do citado parecer:

Período (2002 a 2005)	Despesa de remuneração das debêntures (1)	IGPM+6% limitado ao lucro (2)	IGPM 10,39% ao ano (3)	+ 100% CDI (4)
Total	1.369.252.189	1.125.529.857	2.540.255.843	1.914.022.006

(1) Valor total da despesa de remuneração das debêntures, de acordo com a demonstração do resultado de 2002 a 2005.

(2) Valor total da remuneração calculada com base na variação do IGPM + 6% a.a., de acordo com a memória de cálculo preparada pela administração da empresa.

A citada planilha serve à demonstração da inexistência de substancial diferença entre o valor de remuneração das debêntures em análise no presente processo e o valor de IGPM+6%. Assim, o lançamento tributário poderia impor a tributação da diferença entre remuneração de mercado (IGPM + 6%) e aquela definida pela contribuinte, pois assim estaria demonstrado - em lançamento tributário - o excesso na remuneração de debêntures. Mas a mera desconsideração da totalidade da remuneração de debêntures apenas por conta do percentual de lucro por esta definido, não se sustenta.

O Parecer Normativo nº 138/1975, legitima despesas com mútuo firmado com sócio, acionista, etc. Tanto assim que explicita: "*4. Igualmente os juros relativos a mútuo contratado nos termos da legislação comercial, serão também dedutíveis como despesa operacional.*"

A limitação imposta pelo Parecer Normativo à dedutibilidade de juros com mútuo, nessa hipótese, é com relação ao valor usualmente utilizado no mercado. Nesse sentido, é o item 5 daquele Parecer:

5. Entretanto, os juros e demais encargos pagos a sócio, acionista, dirigente, administrador, ou participante nos lucros da pessoa jurídica, e seus respectivos cônjuges, parentes ou dependentes, não poderão ser calculados a taxas de que decorram custos superiores aos comumente incorridos no mercado financeiro, e nem àqueles relativos aos empréstimos menos onerosos obtíveis, na data, pela empresa, sob pena de o excesso ser considerado como distribuição disfarçada de lucros, nos termos do art. 72, b, da Lei nº 4.506/64 (art. 233, alínea b, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 02/09/75), por se tratar de aquisição de direito por valor notoriamente superior ao de mercado. Esses parâmetros não poderão ser ultrapassados com a inclusão de outra eventual modalidade de remuneração ou valorização do capital mutuado, sob qualquer título ajustado entre as partes, inclusive correção monetária, pois esta, quando convencionada entre particulares, equipara-se aos juros para efeito fiscal, conforme já se pronunciou esta Coordenação através do Parecer Normativo nº 164/71, publicado no Diário Oficial da União em 18/03/71. (grifamos)

Entendo que o racional do PN 138/75 (legitimidade de juros com mútuo firmado com sócio, desde que observado o valor usualmente utilizado no mercado), reforça a necessidade de provimento ao recurso especial da contribuinte. Se a própria Receita Federal admite a dedutibilidade de juros com mútuo contratado com sócio, desde que observado o parâmetro de mercado, há que se reconhecer a possibilidade de dedução de remuneração de debêntures emitidas para sócio no caso destes autos, observando-se os limites acima referidos.

Ademais, divirjo do D. Relator no que concerne aos débitos de IRFonte tratados em processo apenso, acompanhando o voto vencedor pelas suas razões, e quanto aos juros de mora sobre multa de ofício, neste ponto restando vencida.

Por tais razões, voto por **dar provimento ao recurso especial** reconhecendo a legitimidade da dedução de remuneração de debêntures até o limite de IGPM+6%. Sucessivamente, voto por dar parcial provimento para extinção dos débitos de IRFonte tratados em processo administrativo anexo e para afastar os juros sobre a multa.

(Assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Processo n° 16095.000603/2007-14
Acórdão n.º **9101-002.538**

CSRF-T1
Fl. 79
