



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

Processo nº	16561.720155/2013-73
Recurso nº	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	9101-003.310 – 1ª Turma
Sessão de	17 de janeiro de 2018
Matéria	DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES
Recorrentes	FAZENDA NACIONAL HEINZ BRASIL S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. NORMALIDADE. USUALIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. FAVORECIMENTO A PESSOAS LIGADAS. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

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; bem assim essa situação também de evidente favorecimento a pessoas ligadas configura distribuição disfarçada de lucros, o que torna tais despesas indevidáveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APlicabilidade. OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO.

Caracterizada a ação dolosa do contribuinte visando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, é cabível a aplicação da multa qualificada de 150%.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. OCORRÊNCIA.

Quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o transcurso do prazo decadencial ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na forma do artigo 173, I do CTN. (Súmula CARF nº 72)

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal *ainda que* tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em negar-lhe provimento (i) por unanimidade de votos, em relação às debêntures e (ii) por maioria de votos, em relação à concomitância, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que lhe deram provimento nessa matéria. Votaram pelas conclusões, em relação às debêntures, os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento (iii) por unanimidade de votos, em relação à decadência e (iv) por voto de qualidade, em relação à multa qualificada, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento nesse ponto.

Julgamento iniciado na reunião de 11/2017.

(assinado digitalmente)
Adriana Gomes Rêgo - Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

FAZENDA NACIONAL e HEINZ BRASIL S.A recorrem a este Colegiado, por meio dos Recursos Especiais de e-fls. 1.745 a 1.761 e 1.834 a 1.889, respectivamente, contra o acórdão nº 1402-002.295, de 13 de setembro de 2016 (e-fls. 1.678 a 1.743), que, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso para acolher a decadência em relação ao ano-calendário de 2007 e reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%; e por voto de qualidade, manteve a exigência da multa isolada.

Transcreve-se a ementa do acórdão recorrido:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
IRPJ*

Ano-calendário: 2007, 2008

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Preenchidos os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA E INOCORRÊNCIA ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Não é nula a decisão que não pretere o direito de defesa da Recorrente, fundamentando adequadamente o porquê de suas conclusões. Tendo o auto de infração utilizado mais de uma fundamentação para confirmação da glosa de despesas, não há que se falar em inovação da decisão de primeira instância que motiva suas razões de decidir com base em uma das fundamentações utilizadas pela autoridade fiscal lançadora.

RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. NEGÓCIOS EM CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO DE PESSOA LIGADA.

Presume-se distribuição disfarçada de lucros o negócio pelo qual a pessoa jurídica realiza com pessoa ligada qualquer negócio em condições de favorecimento, assim entendidas as condições que sejam mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

Enquadra-se nesta situação a emissão de debêntures feita exclusivamente em favor dos acionistas da companhia fechada, quando a remuneração é composta unicamente de participação dos lucros, em percentuais estratosféricos para operações desta natureza.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. FRAUDE À LEI. ABUSO DE DIREITO.

Os institutos do abuso de direito e da fraude à lei, embora previstos na lei civil, não foram eleitos pelos legislador tributário para qualificação da penalidade.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DA SUCESSORA POR INFRAÇÃO COMETIDA PELA SUCEDEDIDA. DATA DA COMINAÇÃO DE PENALIDADE. DESINFLUÊNCIA.

A responsabilidade tributária da empresa sucessora abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que o fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. Precedente do STJ no REsp N° 923.012/MG julgado sob o rito do art. 543C do CPC.

Tanto o tributo quanto as multas a ele associadas pelo descumprimento da obrigação principal fazem parte do patrimônio (direitos e obrigações) da empresa incorporada que se transfere ao incorporador, de modo que não pode ser cingida a sua cobrança, até porque a sociedade incorporada deixa de ostentar personalidade jurídica.

O que importa é a identificação do momento da ocorrência do fato gerador, que faz surgir a obrigação tributária, e do ato ou fato originador da sucessão, sendo desinfluente, como restou assentado no aresto embargado, que esse crédito já esteja formalizado por meio de lançamento tributário, que apenas o materializa. Inteligência dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 923.012/MG julgado sob o rito do art. 543C do CPC. Entendimento que deve ser reproduzido neste Conselho por força do art. 62A do Regimento Interno do CARF.

DECADÊNCIA. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO NO FUTURO. QUESTÕES ATINENTES A PERÍODOS ANTERIORES AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advém dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SONEGAÇÃO E EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. PRECEDENTE DO STJ NO RECURSO ESPECIAL N° 973.733/SC.

Constatada a existência de pagamento antecipado, e a ausência de dolo, fraude ou simulação, dá-se a homologação do pagamento de que trata o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, iniciando-se a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador. Precedente do STJ no Recurso Especial nº 973.733/SC julgado nos termos do art. 543C do CPC o que implica, em razão do disposto no art. 62, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, vinculação dos membros deste Colegiado à tese vencedora no âmbito do STJ.

Tendo o lançamento sido cientificado ao contribuinte no decorrer do ano de 2013, o crédito tributário decorrente dos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 2007 devem ser extintos por decadência, uma vez que deveriam ter sido constituídos até o último dia do ano de 2012.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2007, 2008

REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

São indevidáveis, devendo ser adicionados à base de cálculo da CSLL, os valores pagos a título de remuneração de debêntures, tendo em vista os contornos de artificialidade presentes na operação, e a expressa previsão legal de tributação, por esta contribuição, dos lucros distribuídos disfarçadamente.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007, 2008

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao resarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Ambos os recursos foram admitidos por meio, respectivamente, do Despacho de e-fls. 1.805 a 1.817 e do Despacho de e-fls. 2.069 a 2.080.

Recurso da Fazenda Nacional

A Fazenda Nacional suscita divergência jurisprudencial quanto às seguintes matérias: a) multa de ofício proporcional qualificada; b) contagem do prazo decadencial em hipótese de dolo, fraude ou simulação. Aponta como paradigmas os acórdãos a seguir, cujas ementas estão assim redigidas na parte de interesse:

Multa de ofício qualificada - Acórdão nº 1202-00.728

Assunto: Normas de Administração Tributária

Exercício: 2007, 2008

(...)

DESPESAS FINANCEIRAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

As despesas com remuneração aos sócios da autuada, correspondentes à operação com debêntures, a pretexto de captar recursos para dotar a companhia de um novo sistema de gestão, não podem ser deduzidas do lucro líquido, na medida em

que se comprova nos autos que deixaram de reunir as condições necessárias estabelecidas pela legislação fiscal.

MULTA QUALIFICADA.

A constatação de conduta fraudulenta praticada com intuito de reduzir a base imponível enseja a aplicação de multa qualificada.

Decadência - Acórdão nº 105-15.955

DECADÊNCIA - DOLO, FRAUDE, SIMULAÇÃO - Quando a autoridade lançadora demonstra que ocorreu dolo, fraude ou simulação, a decadência rege-se conforme o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional tendo em vista que o sujeito passivo utilizou-se de artifícios para ocultar a ocorrência do fato gerador.

(...)

MULTA QUALIFICADA - APPLICABILIDADE E PERCENTUAL - Caracterizado o evidente intuito de fraude, pela prática reiterada de omitir receitas através da falta de contabilização da movimentação bancária, é aplicável a multa de ofício qualificada no percentual legalmente definido de 150%.

Em suas razões recursais, inicialmente, a Recorrente insurge-se contra a decisão da turma *a quo* que desqualificou a multa de ofício, argumentando, em síntese, que revela evidente intuito de fraude a conduta da contribuinte de "*reduzir indevidamente o lucro tributável em operação artificial de emissão de debêntures*", o que justifica a aplicação da multa de 150%. Além disso, afirma que o objetivo dessa conduta foi impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte do Fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, demonstrando "*desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação*", o que em seu entendimento indica "*a intensidade do dolo*". Assim, defende que seja aplicado ao caso em análise o previsto no artigo 44, I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96, conforme redação conferida pela Lei nº 11.488/2007, combinado com a Lei nº 4.502/64.

Em relação à matéria da decadência, afirma que em casos de dolo, fraude ou simulação aplica-se o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe que "*o prazo decadencial para o lançamento é de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*". Por esse critério, defende que "*o auto de infração foi lavrado na constância do prazo decadencial*", já que, considerando-se o fato gerador ocorrido em 31/12/2007, o início do prazo ocorreu em 1/1/2009, findando-se em 31/12/2013. Assim, como "*a intimação do sujeito passivo acerca do auto de infração deu-se em 23/11/2013, afasta-se, por completo, a possibilidade de decadência*".

Ao final, pede a Fazenda Nacional que "*seja conhecido e provido o presente recurso especial no sentido de se reformar o acórdão recorrido, na parte objeto de irresignação, para restabelecer a multa de 150% (...) por se ter configurado a ação fraudulenta, nos termos da fundamentação supra, bem como para afastar a decadência nestes autos*".

A Contribuinte apresentou contrarrazões (e-fls. 2.015 a 2.046), defendendo, em preliminar, o não conhecimento do recurso especial por falta de similaridade entre os acórdãos recorrido e paradigmas. Aduz, em essência, o que segue:

a) em relação à "multa qualificada", que "*o fundamento legal das autuações é diverso*", o que "*traz uma consequência jurídica relevante para a qualificação da multa*". Aponta que no caso em tela a autuação se deu com fundamento nos artigos 464, 466 e 467 do RIR e, subsidiariamente, no artigo 299 do RIR, de forma que "*a autuação considerou que a operação com debêntures se caracterizava como distribuição disfarçada de lucros; e, subsidiariamente, entendeu que a despesa era indevidável*"; aqui, "*é reconhecida a ocorrência de um pagamento, porém, por presunção de DDL esse pagamento não pode ser deduzido para fins fiscais*". Por sua vez, no acórdão paradigma, "*apesar de a situação fática aparentar similaridade o enquadramento legal do lançamento foi no artigo 299 do RIR, ou seja, por não ter preenchido o requisito de despesa necessária, e o Acórdão trata tal despesa como inexistente*". Acrescenta, ainda, que o recurso não pode ser conhecido por não ter atacado "*todos os fundamentos do Acórdão recorrido no que tange à qualificação da multa*";

b) em relação à "decadência", que não há divergência entre o acórdão recorrido e o paradigma apresentado, uma vez que as decisões foram distintas por estarem diante de situações distintas. Afirma que "*no Acórdão recorrido entendeu-se que não houve fraude e daí a aplicação do artigo 150 do CTN; no paradigma entendeu-se que houve fraude e daí a aplicação do artigo 173*".

Em relação ao mérito, a Contribuinte rechaça a qualificação da multa de ofício, por não haver tipicidade em sua conduta que configure fraude ou sonegação previstas nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, bem como as alegações da Procuradoria acerca da decadência. Em apertada síntese, aduz o que segue:

a) todas as operações realizadas foram devidamente informadas ao Fisco, seja por meio de suas declarações de rotina, seja durante o curso da fiscalização;

b) sua conduta "*deu-se estritamente nos termos das leis que regem a temática societária, fiscal e regras contábeis*", respaldado por "*doutrina que aceitava a operação nos moldes efetuados como capaz de gerar dedutibilidade fiscal*";

c) o fundamento da autuação e do acórdão recorrido para entender pela indevidabilidade da despesa foi classificá-la como distribuição disfarçada de lucros, que é uma presunção. Sendo assim, "*caberia ao fisco a comprovação do evidente intuito de fraude a teor do previsto na Súmula 14 do CARF*";

d) colaciona decisões do CARF e da CSRF, registrando que a jurisprudência "*é no sentido da não qualificação da multa de ofício para os casos similares ao presente, seja porque toda a informação está na DIPJ, seja porque nos casos de operação com debêntures não há qualificação da multa*";

e) quanto à decadência, entende que o acórdão recorrido seguiu o "*decidido em sede de Recurso Repetitivo*" do Superior Tribunal de Justiça, devendo "*ser mantido o quanto decidido sobre a decadência dos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2007*".

Por fim, a Contribuinte requer não seja conhecido o Recurso Especial da Fazenda e, caso seja conhecido, que lhe seja negado provimento.

Recurso da Contribuinte

A Contribuinte apresenta divergência jurisprudencial em relação às seguintes matérias: a) dedutibilidade da remuneração de operação com debêntures; b) exigência concomitante da multa isolada e da multa de ofício. Aponta como paradigmas os acórdãos a seguir, cujas ementas estão assim redigidas na parte que interessa ao exame das matérias:

Remuneração de debêntures - Acórdão nº 101-97.021

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

(...)

IRPJ — REMUNERAÇÕES DE DEBÊNTURES - DEDUTIBILIDADE — LIMITES — A legislação societária e fiscal prevê a possibilidade de a debênture assegurar participação no lucro da companhia, sem, contudo, impor um limite percentual do lucro.

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO — Para que se considere distribuição disfarçada de lucros, deve ficar suficientemente demonstrado que houve favorecimento por descontos maiores, sendo que a parcela tributável deve corresponder apenas à diferença entre o desconto dado a terceiros e o desconto dado à controladora.

Aplicação da multa isolada

Acórdão nº 1401-001.522

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

(...)

ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário. Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo.

Acórdão nº 1401-001.741

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2008

(...)

*MULTAS ISOLADAS. MULTAS DE OFÍCIO.
CONCOMITÂNCIA.*

Seguindo o entendimento majoritário firmado pela turma, como as bases de cálculo das multas de ofício superam as bases de cálculo das multas isoladas, devem ser canceladas essas últimas para evitar a aplicação concomitante de multas.

No mérito, sobre o tema da remuneração das debêntures, a Contribuinte aduz, em essência, o que segue:

- a) Colaciona decisão do TRF 3^a Região, de 18/7/2016, na Apelação/Remessa Necessária nº 000788882.2010.4.03.6100/SP, que "*entendeu que as despesas com a remuneração das debêntures, realizadas nos mesmos moldes da ora discutida, estavam caracterizadas pela legalidade*";
- b) Afirma que contratou "*empresa especializada e independente*", para avaliar os documentos e movimentações contábeis, financeiras, societárias e operacionais que estivessem relacionadas com o objeto da autuação, do que resultou o Relatório Técnico "*Memorando de Procedimentos Pré Acordados*", que apresentou juntamente com sua impugnação e ao qual faz referência ao longo de suas razões recursais;
- c) Sobre a existência dos recursos captados por meio da emissão de debêntures, afirma que "*a existência de dinheiro no caixa da Recorrente revela a sua disponibilidade financeira de levar adiante dos projetos para os quais se propôs e cujo financiamento deu-se a partir da emissão das debêntures*". Alega que "*a ausência do fluxo financeiro exigido pela fiscalização, no sentido de observar a existência de efetivo ingresso é facilmente explicado e decorre do fato de que os valores devidos pela Recorrente aos seus acionistas-debenturistas eram suficientes para cobrir o valor total da emissão. Ou seja, seria um sem sentido exigir uma transferência bancária da Recorrente para os acionistas-debenturistas, seguida de uma transferência, idêntica em termos de valor, destes para a Recorrente*";
- d) Sobre a adequada aplicação dos recursos, aponta equívoco tanto do acórdão recorrido quanto da Fiscalização, que "*por pressupor que a operação era artificial não analisou se os investimentos que foram programados para serem realizados a partir do valor captado via debêntures realmente o fora*". Entretanto, pondera que "*o relatório técnico e vasta documentação acostada ao presente processo, demonstram de forma irrefutável que o valor captado via as debêntures foi efetivamente utilizado para realizar os investimentos declarados*" na Ata que tratou da operação com debêntures (AGE de 16/5/2005);
- e) A Recorrente pretende demonstrar que a operação não foi artificial, pois o "*numerário existia e foi integralmente utilizado para os investimentos para os quais foram emitidas as debêntures*", além de a remuneração estar na média praticada no mercado, e, portanto, não poderia ser descharacterizada

pela Fiscalização e pelo acórdão recorrido. Argumenta que "*está patente a impossibilidade da desconsideração da operação*", uma vez que restou demonstrada a existência dos recursos e a sua aplicação na atividade operacional e produtiva da Recorrente; formalmente a operação seguiu as determinações legais aplicáveis. Justifica a "*alta remuneração*" constatada pela Fiscalização alegando que "*a lucratividade da Companhia era um fator de risco*" em função das pragas e "*problemas de tempo*" a que estão sujeitos o agronegócio, sua área de atuação; e no fato de "*a Companhia ter o seu lucro muito atrelado aos benefícios fiscais estaduais que tem*". Além disso, afirma ter apresentado "*provas de que a 'altíssima' remuneração indicada no lançamento era, na verdade, uma remuneração média se comparadas a outras vias de tomada de empréstimo*", já que à época dos fatos tinha pouca relevância no mercado, o que elevaria os percentuais cobrados em operação bancária para tomada de empréstimo;

- f) Afirma que "*uma vez demonstrada a impossibilidade fática e jurídica da descaracterização da operação e não tendo o fisco logrado êxito em provar a DDL na medida em que abstraiu a realidade fática existente não há que se falar em glosa de despesas*". Acrescenta que "*a jurisprudência é farta no sentido de se exigir a prova por parte do fisco do favorecimento das pessoas ligadas; e, também, da necessária demonstração daquilo que seria o parâmetro de mercado*", o que não teria sido observado pela Fiscalização no presente caso;
- g) Sobre a dedutibilidade das despesas glosadas pela fiscalização, refuta o entendimento de que as despesas contabilizadas como participação das debêntures nos resultados seriam desnecessárias à atividade da empresa. Aponta que o já citado relatório técnico demonstra a regularidade da operação, ao "*evidenciar a existência dos recursos (dinheiro em caixa)*", evidenciar também "*a aplicação desses recursos na operação da Recorrente ou em transações ou operações exigidas por sua atividade, revelando-se, por isso, como despesas necessárias, normais e usuais e, portanto, perfeitamente enquadradas nas regras de dedutibilidade*". Acrescenta que esses recursos "*trouxeram resultados concretos à sua operação*", e que o referido relatório "*enfrentou diretamente a questão da rentabilidade, 'quebrando' a tese de favor (...), de que seria irreal e desconectada do mercado, justificando-se apenas em caso de pessoas ligadas*";
- h) Por último, alega que ainda que a remuneração das debêntures fosse considerada abusiva, "*a glosa, nessa hipótese, teria que ser da diferença entre aquilo que se consideraria uma despesa normal, ou uma remuneração normal e a remuneração ocorrida no caso concreto, nos moldes do quanto decidido no acórdão paradigma*". Defende, assim, que "*a glosa parcial seria o caminho natural para a recomposição da base de cálculo dos tributos lançados*", de forma que "*é nítida a caracterização do vedado excesso de exação e a configuração de erro na quantificação do montante tributável*". Como "*não há a necessária correlação entre o binômio hipótese de incidência e base de cálculo*", o lançamento deve ser considerado nulo.

Sobre a impossibilidade da aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício, em apertada síntese, as razões apresentadas pela Contribuinte foram as seguintes:

- a) Defende que "*a multa isolada por falta de recolhimento de imposto/contribuição sobre base de cálculo mensal estimada não pode ser aplicada cumulativamente com multa de lançamento de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996*", entendimento que condiz com o previsto na Súmula CARF nº 105, que disciplina que: "*A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício*";
- b) Aponta que o relator do acórdão paradigma nº 1401-001.522 "*entende que mesmo com a edição da Medida Provisória nº 351/07, convertida na Lei nº 11.488/07, prevalece o entendimento previsto na Súmula CARF nº 105*";
- c) Acrescenta que "*quando os fatos sobre os quais recaem as multas de ofício e isolada são os mesmos, não se pode falar em aplicação cumulativa, conforme disposto nos Acórdãos paradigmáticos e na Súmula nº 105, sob pena de incorrer em 'bis in idem'*".

Ao final, pede que "*seja conhecido e provido o presente Recurso Especial, a fim de que seja reformado parcialmente o acórdão recorrido*", afastando-se "*o entendimento de que a remuneração da operação com as debêntures caracterizou-se como distribuição disfarçada de lucros*" e "*qualquer entendimento de que as despesas com remuneração eram indevidáveis*", julgando o lançamento integralmente nulo. Subsidiariamente, "*requer seja provido quanto ao tema da aplicação da multa isolada pelo recolhimento a menor das estimativas mensais para o ano de 2008*".

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (e-fls. 2.082 a 2.106).

Preliminarmente, defende o não conhecimento do recurso especial da Contribuinte, já que diante da "*diversidade fática entre os acórdãos confrontados, não há como se configurar divergência sobre a glosa da remuneração com debêntures*". Conforme expõe, a decisão do acórdão paradigma considerou particularidades daquele caso não identificadas na hipótese dos autos, como o fato de as debêntures serem "*remuneradas, inicialmente, com base no IGPM, acrescido de 12% ao ano, com posterior alteração para uma cesta de índices que leva, na prática, a uma remuneração próxima à do CDI; mas adiante alterada para o IGPM, acrescido de juros de 6% ao ano*". Diante desses dados, foi que o Colegiado "*firmou seu entendimento de que as debêntures eram remuneradas de acordo com as práticas do mercado*". As variações de mercado, por sua vez, "*sequer foram consideradas pelo acórdão recorrido, que se fundamentou em outros fatores para confirmar a artificialidade da operação efetuada pelo contribuinte nos presentes autos*".

Em relação ao mérito do recurso especial da contribuinte, a Procuradoria contra-arrazoa, por meio das seguintes alegações, quanto às operações com debêntures:

- a) Inicialmente, afirma que "*os mecanismos utilizados pela Recorrente, para contrair os empréstimos decorrentes da emissão de debêntures, revelaram*

que ela praticou operações circulares, artificiosas, cujo escopo precípuo, para não dizer único, foi reduzir a carga tributária";

- b) Elenca como aspectos que indicam a anormalidade da operação os seguintes: i) "As debêntures foram adquiridas unicamente pelos dois acionistas da empresa autuada"; ii) "As debêntures foram integralizadas por meio de créditos já mantidos pelos acionistas contra a sociedade, ou seja, não houve ingresso de recursos novos, provenientes de terceiro. Na verdade, o que se realizou foi apenas uma movimentação escritural de recursos dentro da própria empresa, uma reclassificação do passivo"; iii) "Inexistência de prova de que o valor da emissão das debêntures tenha sido integralizado pelos sócios em espécie. Ao contrário, o pagamento deu-se por meio de recursos já existentes na própria empresa"; iv) "Os referidos títulos foram emitidos na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior de debêntures"; v) "A remuneração prevista era de 78% do lucro da sociedade. Em quatro anos, a remuneração dos valores mobiliários totalizou 265%, muito mais do que os recursos supostamente captados"; vi) "Não foi apresentado qualquer documento que comprovasse a existência dos títulos, nem mesmo o livro de registro";
- c) Afasta a possibilidade de reconhecimento das despesas com remuneração de debêntures como necessária e usual, afirmando que "os valores a título de participação em debêntures foram pagos pela contribuinte por mera liberalidade", já que "no caso em apreço, a captação de recursos inseriu-se apenas no plano hipotético, teórico, imaginário, pois a integralização ocorreu por meio de valores dos sócios, ou seja, o pagamento das debêntures foi feito por meio de créditos dos sócios junto à empresa". Assim, não houve "qualquer ingresso de recursos para implementar ou incrementar as atividades do Recorrente", de forma que "em momento algum os recursos negociados em razão da emissão das debêntures serviram para alcançar a melhoria dos resultados da empresa", o que impede que sejam reputadas às despesas, as características de necessárias e usuais;
- d) Por fim, afirma que "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". Ocorre que "tornou-se controverso no presente caso 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".

Ainda em contrarrazões, a Fazenda Nacional sustenta a possibilidade de cumulação da multa de ofício com a multa isolada, apresentando, em síntese, as seguintes razões:

- a) Defende a Procuradoria a possibilidade de aplicação concomitante da multa isolada com a multa de ofício, alegando, em síntese, que é cabível a cumulação das multas exigidas no ano-calendário de 2008, pois as infrações apenadas por cada uma delas são diferentes. Enquanto a multa de ofício decorre do não pagamento de tributo pelo contribuinte, a multa isolada

decorre do descumprimento do regime de estimativa. Assim, o Contribuinte deve pagar tanto a multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, como a multa então disposta no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/1996, pois não se verifica, no presente caso, hipótese que dispense qualquer das exigências;

- b) Ainda com a finalidade de demonstrar que as multas sob análise são "*inteiramente diversas*", argumenta que não incidem sobre a mesma base de cálculo. A multa de ofício deve incidir sobre o tributo efetivamente devido pelo sujeito passivo, que, no caso, é apurado no momento em que ocorre o ajuste anual, ao passo que a outra deve incidir sobre as bases de cálculo estimadas, sendo que essas antecipações não equivalem ao tributo efetivamente devido, mas, consoante a jurisprudência pacificada do CARF, são meros adiantamentos do tributo;
- c) Afirma que a cobrança concomitante das multas em discussão sempre foi cabível, mas que "*após o advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, não há sequer espaço para discussão do assunto, em face da clareza do texto legal*".

Ao final, requer, preliminarmente, não seja admitido o recurso especial da Contribuinte em relação à glosa da dedução de debêntures; e, no mérito, seja integralmente negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Ambos os recursos são tempestivos porém, como existem argüições no sentido do não conhecimento, passa-se inicialmente a tais análises.

1) CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO SUJEITO PASSIVO**1.1) Preliminar de inadmissibilidade da divergência relativa à Dedutibilidade das Debêntures**

O Recurso Especial do Sujeito Passivo foi admitido com fundamento na demonstração de divergência relativamente paradigma nº 101-94.986. A Fazenda Nacional, por sua vez, questiona que o referido paradigma não apresenta similitude fática em relação ao acórdão recorrido.

Nesse sentido, sem razão a contrarrazoante, pois é indubitável a divergência na interpretação da legislação, que ficou muito bem evidenciada pelo despacho de admissibilidade, conforme se demonstrará.

A ementa do recorrido dispõe o seguinte, no relevante:

(...)

RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. NEGÓCIOS EM CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO DE PESSOA LIGADA.

Presume-se distribuição disfarçada de lucros o negócio pelo qual a pessoa jurídica realiza com pessoa ligada qualquer negócio em condições de favorecimento, assim entendidas as condições que sejam mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

Enquadra-se nesta situação a emissão de debêntures feita exclusivamente em favor dos acionistas da companhia fechada, quando a remuneração é composta unicamente de participação dos lucros, em percentuais estratosféricos para operações desta natureza.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007, 2008

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. FRAUDE À LEI. ABUSO DE DIREITO.

Os institutos do abuso de direito e da fraude à lei, embora previstos na lei civil, não foram eleitos pelos legislador tributário para qualificação da penalidade.

A ementa do paradigma, por sua vez, dispõe o seguinte, no essencial:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2001

Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - SALDO NEGATIVO DE IRPJ - HOMOLOGAÇÃO TÁCITA - IMPOSSIBILIDADE. Não se submetem à homologação tácita os saldos negativos de IRPJ, a serem regularmente comprovados, quando objeto de pedido de restituição ou compensação.

IRPJ REVISÃO DE OFÍCIO - É cabível a revisão de ofício imposto de renda apurado pelo contribuinte e informado na DIPJ, realizada pela autoridade tributária competente, mediante despacho decisório, científica antes do transcurso do prazo decadencial, sendo disciplinada a lavratura de auto de infração.

IRPJ — REMUNERAÇÕES DE DEBENTURES - DEDUTIBILIDADE — LIMITES — A legislação societária e fiscal prevê a possibilidade de a debênture assegurar participação no lucro da companhia, sem, contudo, impor um limite percentual do lucro.

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO — Para que se considere distribuição disfarçada de lucros, deve ficar suficientemente demonstrado que houve favorecimento por descontos maiores, sendo que a parcela tributável deve corresponder apenas à diferença entre o desconto dado a terceiros e o desconto dado à controladora.

(...)

Tanto no recorrido quanto no paradigma, o lançamento foi assentado sobre o mesmo arcabouço jurídico, isso porque são as mesmas normas de direito que foram apreciadas: art. 299 do RIR/99 e art. 56 da Lei nº 6.404/de 1976, ligando-se à infração relacionada à indedutibilidade das despesas por serem desnecessárias, e artigos 464 e 467 do RIR/99 relacionados à indedutibilidade da despesa por Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL). Em ambos, o lançamento foi assentado nos 2(dois) fundamentos acima e de forma cumulativa.

Há também similitude nos aspectos fáticos essenciais e caracterizadores das situações por eles enfocadas:

- emissão privada de debêntures somente participativas, sem juros;
 - alta porcentagem de participação nos lucros;
 - subscrição apenas por pessoas ligadas;
 - a emissão das debêntures foi considerada artificial; e
- Na captação não houve o efetivo ingresso de “dinheiro novo”, uma vez que foi utilizado as dívidas que a empresa contraiu com os próprios acionistas.

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando, em situações idênticas ou análogas, e em face do mesmo arcabouço normativo, são adotadas soluções diversas. E foi exatamente isso que aconteceu neste caso.

Enquanto o Acórdão recorrido, diante dessas mesmas situações fáticas relevantes, entendeu configurada a indedutibilidade das despesas seja por ser considerada desnecessária, seja por também configurar a denominada distribuição disfarçada de lucros em

favorecimento aos sócios acionistas; de outro lado, o **Acórdão paradigma**, ao analisar as despesas advindas da remuneração de debêntures participativas, em que os debenturistas eram os acionistas da Companhia, naquelas mesmas situações fáticas, entendeu dedutível tal despesa seja por considerá-la necessária, seja porque não identificou a *Distribuição Disfarçada de Lucros* (DDL) por favorecimento aos sócios.

Porém, a Fazenda Nacional, contesta essa conclusão porque identifica uma situação fática que tornaria os fatos não assemelhados, nos seguintes termos:

Preambularmente, ao tratar da remuneração de debêntures no acórdão nº 101-97021, o relator registra que a análise deve ser feita em cada caso específico. A partir desta observação, constata-se que a decisão considerou particularidades do caso, não identificadas na hipótese dos autos.

Com efeito, no caso do suposto paradigma, aceito pelo Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, as debêntures eram remuneradas, inicialmente, com base no IGPM, acrescido de 12% ao ano, com posterior alteração para uma cesta de índices que leva, na prática, a uma remuneração próxima à do CDI; mas adiante alterada para o IGPM, acrescido de juros de 6% ao ano. Nesse mesmo caso, constatou-se ainda que a média ponderada da remuneração das debêntures (IGPM + 6% ao ano) correspondia a 110% do lucro ajustado da Recorrente, tendo, inclusive, em alguns períodos — 1995, 1996, 1997, 1998 e 1999.

Foi diante de tais dados, específicos do caso, que a 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes firmou seu entendimento de que as debêntures eram remuneradas de acordo com as práticas do mercado, razão pela qual não haveria razão para glosar as despesas correspondentes.

As variações de mercado, relevantes no julgamento proferido pela 1ª Câmara do Antigo 1º Conselho de Contribuintes, sequer foram consideradas pelo acórdão recorrido, que se fundamentou em outros fatores para confirmar a artificialidade da operação efetuada pelo contribuinte nos presentes autos.

Tendo em vista a diversidade fática entre os acórdãos confrontados, não há como se configurar divergência sobre a glosa da remuneração com debêntures.

A esse respeito, não vejo como dar razão à PFN neste ponto. Isso porque comungo das mesmas razões tecidas no despacho de admissibilidade que muito bem expôs e refutou essa possível falta de similitude fática, motivo pelo qual adoto aqui as mesmas razões de decidir que constaram do referido despacho de admissibilidade, transscrito abaixo:

Registro que identifiquei a existência de uma circunstância fática que tornaria, ao menos em tese, os dois casos dessemelhantes entre si, contudo, é fato que esta circunstância não foi considerada, no contexto do voto condutor do acórdão recorrido, relevante para a decisão que veio a ser proferida, de sorte que, por este motivo, concluo que, ao fim e ao cabo, restou suficientemente demonstrada pela recorrente a similitude fática entre os casos confrontados, assim como a divergência entre as decisões.

Explico.

No caso paradigmático, não há dúvidas de que a remuneração efetiva das debêntures se afigurava bastante módica com relação aos parâmetros de remuneração que seriam obtidos pelas pessoas físicas beneficiárias dos seus rendimentos, consoante se verifica no seguinte excerto do voto condutor daquele acórdão:

"Se levar-mos (*sic*) em consideração a remuneração das debêntures praticada pela Recorrente com os demais indicadores do 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 comparada com a remuneração atrelada aos títulos do governo (NTN-C)."

Já no caso dos autos, a remuneração paga aos debenturistas era completamente dissonante de qualquer parâmetro de mercado, consoante restou registrado no seguinte excerto do voto condutor, já ao norte transscrito, *verbis*:

"(...) elevadíssimo retorno financeiro aos beneficiários das debêntures (superior a 13.000% do capital investido, entre a data da emissão das debêntures iniciais, em 1997, e do último fato gerador sob fiscalização, ano-calendário de 2008 - R\$ 2.000.000,00 investidos para uma remuneração de mais de R\$ 260.000.000,00"

Entretanto, é fato que o acórdão recorrido, consoante bem registrou a recorrente, "*entendeu que não deveria haver qualquer comparação entre os valores remunerados aos acionistas com o pago pelo mercado*", o que de fato constou no seguinte excerto do voto condutor, também ao norte já transscrito, *verbis*:

"De toda forma, não há de se falar em comparação com taxas de juros e outros tipos de remuneração de mercado, até porque o cerne da questão não é o retorno financeiro em si, mas o fato de que a operação foi realizada de modo artificial, em claro benefício dos sócios e prejuízo à tributação." (sublinhado no original)

Assim, o único elemento fático que poderia tornar os casos substancialmente dessemelhantes entre si não foi relevante, no contexto do acórdão recorrido, para a decisão proferida, de modo que não se pode atribuir a esta dessemelhança fática a divergência entre as decisões.

E, com relação às demais características fáticas das debêntures analisadas nos dois casos confrontados, há substancial semelhança, donde se conclui que a divergência entre as decisões efetivamente se ampara na divergência entre os entendimentos acerca do quanto disposto nos artigos 464 e 467 do RIR/99, assim como no artigo 299 do RIR, em face de situações semelhantes, pelo que deve ter seguimento o recurso com relação a este ponto.

Por todo o exposto, deve ser dado conhecimento à referida matéria do recurso especial do contribuinte; bem assim da outra matéria relativa às multas isoladas por falta de estimativas pagas, por se concordar com o despacho decisório e não ter havido contestação por parte da PFN.

2) CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL

2.1) Preliminar de inadmissibilidade da divergência relativa à multa qualificada

O Recurso Especial da Fazenda Nacional, relativamente à matéria Multa Qualificada, foi admitido com fundamento na demonstração de divergência relativamente ao paradigma nº 1202-00.728. Nas contrarrazões (e-fls. 2.015 a 2.046), o Sujeito Passivo questiona que o referido paradigma não apresenta similitude fática em relação ao acórdão recorrido.

Nesse sentido, sem razão a contrarrazoante, pois é indubitável a divergência na interpretação da legislação, que ficou muito bem evidenciada pelo despacho de admissibilidade, conforme se esclarecerá.

Conforme já relatado, alega a contribuinte que "o fundamento legal das autuações é diverso", o que traria uma consequência jurídica relevante para a qualificação da multa. Nesse sentido, aponta que no caso em tela a autuação se deu com fundamento nos artigos 464, 466 e 467 do RIR e, subsidiariamente, no artigo 299 do RIR, de forma que "a autuação considerou que a operação com debêntures se caracterizava como distribuição disfarçada de lucros; e, subsidiariamente, entendeu que a despesa era indedutível"; aqui, "é reconhecida a ocorrência de um pagamento, porém, por presunção de DDL esse pagamento não pode ser deduzido para fins fiscais". Por sua vez, no acórdão paradigmático, "apesar de a situação fática apresentar similaridade o enquadramento legal do lançamento foi no artigo 299 do RIR, ou seja, por não ter preenchido o requisito de despesa necessária, e o Acórdão trata tal despesa como inexistente".

Contudo, a autuação do acórdão recorrido foi embasada por dois fundamentos cumulativos e autônomos, ou seja, qualquer um deles por si só já seria suficiente para manter a autuação, independente do caráter subsidiário que se queira emprestar a um ou outro fundamento, haja vista que o acórdão recorrido adotou o da DDL, enquanto muitos outros que já se julgou aqui neste colegiado, manteve-se a autuação com fundamento no art. 299 do RIR.

Mas, ainda que não se entenda que são fundamentos autônomos, ao contrário do que aduz a contribuinte, analisando-se todo o contexto do TVF, é de se verificar que o fundamento principal foi mesmo o fato de a despesa ter sido considerada desnecessária a teor do art. 299 do RIR/99, como também bem apontou a decisão de primeira instância. Nesse sentido, destaco da fl. 26 do referido Termo:

Outro ponto importante a argumentar é que, independentemente à caracterização da operação como distribuição disfarçada de lucro, ao não captar novos recursos, as despesas contabilizadas como participação das debêntures nos resultados devem ser consideradas como desnecessárias à atividade da empresa, visto que é pressuposto básico de dedução das despesas para fim de apuração do resultado tributável a sua necessidade, conforme previsto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, consolidado no art. 299 do Decreto nº 3.000/99, que assim estabelece:

(...)

Depreende-se do texto legal que as despesas para serem dedutíveis devem ser necessárias à realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. No presente caso o que temos? A assunção de dívidas para com os acionistas, em condições extremamente vantajosas, que reduziram o lucro tributável da fiscalizada sem uma contrapartida financeira, que ocorreria pela captação de novos recursos, que viesse a alavancar o desenvolvimento dos objetivos sociais da empresa.

Para tanto, em harmonia com o disposto no Regulamento do Imposto de Renda, não há de se contemplar como dedutível qualquer despesa com debêntures, contabilizada na pessoa jurídica, cuja origem, a causa para a sua emissão não ocorreu (entrada de novos recursos na empresa), mas tão-somente aquelas despesas que, sendo operacionais, estejam revestidas dos predicados de USUalidade e normalidade e que guardem uma natural e íntima relação com a atividade da empresa e com a manutenção da respectiva fonte produtora.

Então para efeito de análise da divergência por meio do paradigma nº 1202-00.728, o que importa é saber se diante do mesmo quadro fático, as soluções para a qualificação da multa foram divergentes.

A própria contribuinte, afora essa questão do enquadramento legal, quando em suas contrarrazões afirma que "**apesar de a situação fática apresentar similaridade** o enquadramento legal do lançamento foi no artigo 299 do RIR, ou seja, por não ter preenchido o requisito de despesa necessária (...)" termina por concordar com a similitude fática.

E não há mesmo como discordar, pois o quadro fático é praticamente idêntico, senão vejamos a situação do paradigma:

- percentual exorbitante de participação no lucro (85%);
- operação praticada apenas com pessoas ligadas (sócios), na prática apenas realocando os seus lucros na forma de despesas desnecessárias;
- operação considerada sem propósito negocial na medida em que não houve entrada de recursos novos e sem resgates com saídas para os sócios, tendo o fiscal intitulado de "debêntures de papel", assim como também aconteceu no recorrido;
- as debêntures foram emitidas na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior de debêntures;
- falta de retenção do imposto de renda na fonte;
- remuneração na forma de apenas participação nos lucros teve retornos altíssimos;
- Operação considerada apenas com finalidade exclusiva de redução da carga tributária não poderia ser oponível ao Fisco.

Eis abaixo trechos do relatório e voto do paradigma evidenciando o acima resumido:

Relatório:

Destaca alguns aspectos comuns das operações que, quando analisados conjuntamente, confirmam a força da despesa com remuneração de debêntures:

- 1) Emissão de debêntures cuja remuneração **alcança 85% dos lucros** da companhia emitente;
- 2) As adquirentes das debêntures foram **os próprios acionistas** da Recorrente;

3) Inexistência de prova de que o valor da emissão das debêntures tenha sido integralizado pelos sócios em espécie;

4) Os referidos títulos foram emitidos na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior de debêntures , com prazos de vencimento exígues (13, 3 e 2 meses).

(...)

Voto

(...)

Ademais, conforme destacado pela autoridade fiscal em seu relatório, **inexistiu retenção na fonte ou recolhimento de IRF** nem informação em DIRPF dos acionistas e administradores que lastreasse as operações registradas pela recorrente em sua contabilidade.

(...)

A desnecessidade da operação de emissão de debêntures e, consequentemente, da despesa decorrente, **resta evidenciada pelo conjunto dos fatos analisados, em especial pela falta de comprovação da efetiva entrada dos recursos no caixa da recorrente**, apesar dos registros contábeis, além de ter sido **realizada entre pessoas vinculadas e com remuneração na ordem de 85% dos lucros**. Tudo isso caracterizou ato de evidente liberalidade, e não de necessidade.

Os requisitos de normalidade e usualidade da despesa também ficam comprometidos quando se depara com **a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros e em percentual elevadíssimo**. Essa situação não é usual e somente foi cogitada porque os adquirentes eram **unicamente os acionistas da emitente**.

(...l)

É certo que uma operação com finalidade **exclusiva de redução da carga tributária** não pode ser oponível ao Fisco. (Destacou-se)

Também não é verdade que o paradigma destoa do recorrido, como apontado pela contribuinte, quando diz que no primeiro a despesa foi considerada inexistente e no último, desnecessária.

Eis trecho abaixo do paradigma em que a relatora desenvolve substancialmente o fundamento da desnecessidade da despesa e, não de sua inexistência:

Nos termos da legislação do imposto de renda, as despesas operacionais, para serem consideradas legítimas, devem guardar natural e íntima relação com a atividade da empresa e com a manutenção da respectiva fonte produtora, tal como dispõem os arts. 277, 299 e 462 do RIR/99, in verbis:

(...)

Diante disso, para fins de dedutibilidade da despesa na apuração do resultado tributável são exigidos **os requisitos de necessidade e usualidade ou normalidade**, observando que são necessárias as despesas essenciais para a consecução dos objetivos sociais, ainda que secundários, desde que vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos; são normais as despesas ordinariamente realizadas nas

atividades e operações destinadas à manutenção da fonte produtora; e são usuais aquelas realizadas de maneira frequente ou habitual em determinado tipo de atividade ou operação.

A desnecessidade da operação de emissão de debêntures e, consequentemente, da despesa decorrente, resta evidenciada pelo conjunto dos fatos analisados, em especial pela falta de comprovação da efetiva entrada dos recursos no caixa da recorrente, apesar dos registros contábeis, além de ter sido realizada entre pessoas vinculadas e com remuneração na ordem de 85% dos lucros. Tudo isso caracterizou ato de evidente liberalidade, e não de necessidade.

Os requisitos de normalidade e usualidade da despesa também ficam comprometidos quando se depara com a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros e em percentual elevadíssimo. Essa situação não é usual e somente foi cogitada porque os adquirentes eram unicamente os acionistas da emitente. (destacou-se)

Por todo esse contexto, não há de se dar razão à interessada, uma vez que em situação fática quase idêntica, **o acórdão paradigma** considerou que a multa deveria ser qualificada em face do evidente intuito de fraude, enquanto **o acórdão recorrido** entendeu que se trataria apenas de abuso de direito, tudo sendo feito às claras, sem atrair, portanto, o dolo.

Deve, portanto, ser conhecido o Recurso Especial da Fazenda no tocante à multa qualificada.

2.2) Preliminar de inadmissibilidade da divergência relativa à Decadência

Apesar de o sujeito passivo contestar em suas contrarrazões a admissão dessa matéria feita pelo despacho de admissibilidade, não há necessidade de se debruçar sobre tal preliminar de inadmissibilidade, uma vez que, pelo efeito devolutivo do recurso especial de divergência relativo à multa qualificada, se da análise do mérito se entender por manter a multa qualificada, deverá ser aplicada a Súmula CARF nº 72, segundo a qual, *Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.*

Com efeito, certamente e a partir dessa súmula, jamais haverá um paradigma que considere que, mesmo havendo dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial deverá ser contado pela regra do art. 150, §4º, do CTN.

Por conseguinte, sequer precisaria, nesse caso, a Fazenda ter trazido acórdão paradigma. Pois, como bem demonstra a contribuinte, se um colegiado entendeu que não era devida a multa qualificada e por isso contou a decadência com base no art. 150, §4º, do CTN, e outro, por entender pelo cabimento da multa qualificada, contou pelo art. 173, I, a divergência relativa à decadência é uma decorrência da multa qualificada.

Portanto, afasto esta preliminar de inadmissibilidade.

3) MÉRITO- Recurso especial do Contribuinte

3.1) Da indedutibilidade das debêntures

Conforme relatado, foram glosadas as despesas derivadas da emissão de debêntures para o ano-calendário de 2005 a 2008. A acusação lastreou-se em duas fundamentações: a despesa foi considerada indedutível posto que desnecessária, à luz do artigo 299 do RIR/99, bem assim por ter sido considerado que houve também uma distribuição disfarçada de lucros (DDL) - artigos 464 c/c 467 do RIR/99.

Em síntese, a autuação afirmou que a operação com as debêntures fora simulada e, portanto, não oponível ao Fisco pelos seguintes motivos: 1) os debenturistas eram pessoas ligadas, seus próprios acionistas; 2) a remuneração das debêntures era baseada apenas na lucratividade da Recorrente e em taxa exorbitante; 3) a "Debêntures era de papel", descumprindo-se vários requisitos formais (não comprovou a existência física das debêntures, dos certificados e do Livro de Registro de Debêntures), inclusive sem o efetivo ingresso de "dinheiro novo", uma vez que foi utilizado as dívidas que a empresa contraiu com os próprios acionistas; 3) a remuneração na forma de apenas participação nos lucros foi superior à média de mercado; iv) houve conduta dolosa da Recorrente ao realizar tal operação, motivo pelo qual a multa também foi qualificada.

Além disso, na ótica da fiscalização, a operação em causa não passou de um arranjo que tinha como único fito inflar artificialmente as despesas operacionais, por meio da distribuição disfarçada de lucros para seus acionistas e assim reduzir indevidamente os tributos a pagar por meio de despesas desnecessárias.

Esclareça-se que como a autuação se baseou em dois fundamentos independentes um do outro (despesas desnecessárias e Distribuição Disfarçada de Lucros), a permanência de apenas um deles seria suficiente para manter o lançamento. Neste voto será considerado primeiro o enfrentamento do fundamento mais genérico (despesas desnecessárias) para depois prosseguir com o enfrentamento do fundamento mais específico (DDL).

Posto isto, antes de avançar no mérito, passa-se em revista a conceituação e a legislação de regência sobre as debêntures, bem assim a possibilidade de ser dedutível da base de cálculo do IRPJ, para depois diferenciar as debêntures das ações e das denominadas *partes beneficiárias* e então extrair conclusões relevantes para efeito de enquadramento na chamada DDL (Distribuição disfarçada de lucros).

I. Conceituação das Debêntures

Por pertinente, reproduz-se abaixo a conceituação oferecida pela própria BM&F, em seu "Guia de Debêntures - emissor":

As debêntures são valores mobiliários que podem ser emitidas por sociedades por ações, de capital aberto ou fechado, que não sejam sociedades de crédito imobiliário ou instituições financeiras (com exceção daquelas que não recebem depósitos do público).

São títulos de longo prazo, nominativos, negociáveis, por meio dos quais os debenturistas se tornam credores da empresa.

As debêntures **rendem juros, fixos ou variáveis**, sendo todas as características definidas na escritura de emissão. Essas características podem ser periodicamente repactuadas, ou seja, renegociadas entre os debenturistas e a empresa. O quadro 1 detalha as principais características das debêntures.

As debêntures também podem oferecer prêmios visando:

- fornecer remuneração adicional;
- adaptar a rentabilidade total às condições de mercado;
- compensar o debenturista pelo resgate antecipado; e
- estimular o debenturista a continuar com as debêntures em processos de repactuação.

(...)

Ou seja, as debêntures, cujo disciplinamento jurídico encontra-se nos artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das S.A.), são títulos de créditos que foram concebidos como instrumento de captação de recursos financeiros para a companhia de sociedades anônimas (abertas ou fechadas), em tese, **junto a um público externo, de forma pulverizada**, mediante ainda o atendimento de diversas formalidades.

Destaca-se, por enquanto, o art. 56 da Lei nº 6.404/76:

Juros e Outros Direitos

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

A interpretação desses dispositivos tem sido motivo de várias controvérsias, mas para o deslinde da presente lide, inicia-se pela análise das possíveis formas de remuneração dessas debêntures.

II) Da possibilidade de existir debêntures com participação exclusiva nos lucros

A lição de Modesto Carvalhosa, em Comentários à Lei das Sociedades Anônimas (Vol. 1, da Editora Saraiva, Edição de 2002 - pág. 647), é atual quando afirma que embora a lei não diga expressamente, o juro é a remuneração natural da debênture:

O caráter facultativo da norma 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. Faculta a lei de 1976 que, além dos juros, poderá a escritura de emissão estabelecer outras vantagens, como a participação nos lucros e prêmios, notadamente de reembolso. A alusão a juros variáveis constitui acessório do juro fixo estabelecido, consubstanciados aqueles na aceitação, pela comunhão de debenturistas, de vantagens adicionais aos juros prefixados, quando da colocação de novas séries, ou de debêntures em tesouraria.

Assim 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.

E dentre essas vantagens adicionais aos juros fixos, poderá a companhia emissora oferecer preferência aos tomadores na aquisição de bens, na prestação de serviços ou na aquisição de direito, sempre visando tornar mais atrativa e competitiva a colocação das debêntures no mercado. (Destacou-se)

Com efeito, a partir da tabela abaixo, que retrata levantamento extraído do Sistema Nacional de Debêntures - SND por livro elaborado pela Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro – ANDIMA, verifica-se que o usual praticado no mercado é a utilização de uma taxa de juros combinada ou não com índice que capte a inflação:

TABELA 1

Percentual de Participação por Indexador das Debêntures Emitidas										
Ano de Emissão	Índice de Preços	Taxa Anbid	BTN	TR	TJLP	TBF	Dólar Com.	Taxa DI	Sem Correção	
1981/1987	37,50	7,50	5,00	50,00	-	-	-	-	-	
1988	56,25	-	6,25	37,50	-	-	-	-	-	
1989	31,58	2,63	-	60,53	-	-	-	-	5,26	
1990	28,75	1,25	3,75	53,75	1,25	-	-	-	11,25	
1991	64,10	-	-	24,36	-	-	6,41	-	5,13	
1992	71,70	-	1,89	9,43	-	-	5,66	-	11,32	
1993	80,99	-	-	4,13	0,83	-	6,61	0,83	6,61	

Obs.: Os dados específicos sobre o mercado de debêntures nesta publicação têm como fonte exclusiva o SND - Sistema Nacional de Debêntures. **Fonte:** Cetip.

Utiliza-se também pesquisa efetuada pelo fiscal na análise do processo nº 10120.731585/201242 e trazida pelo Acórdão nº 1201-001.466, nos seguintes termos:

O autuante provou que as condições de emissão dessas debêntures foram completamente desconformes com o que é praticado no mercado: das 223 Ofertas Primárias de Debêntures Registradas na CVM, de 2005 a 2009, nenhuma foi com base em participação em lucros; apenas 16 tiveram pagamento de prêmio de emissão sendo que o maior registrado foi de 2,35%.

Do TVF do referido processo se extrai com mais detalhes a fonte dessa informação:

"28. Analisamos as operações de mercado, com debêntures, registradas na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, de 2005 a 2009, para fins de comparação com as operações da [autada]. Esses registros sobre operações de mercado constam do Anexo II – Ofertas Primárias de Debêntures Registradas na CVM – de 2005 a 2009. Os dados foram obtidos no sitio dessa autarquia (<http://www.cvm.gov.br> - Registros de Ofertas Públicas - Ofertas Registradas – Debêntures).

29. Pela análise das 223 (duzentos e vinte e três) operações registradas no período de 2005 a 2009, constatamos que:

a) **não houve qualquer operação cuja remuneração fosse com base em participação em lucros;**

b) apenas 16 (dezesseis) operações tiveram pagamento de prêmio (ágio), sendo que o maior prêmio registrado foi de apenas 2,35%.

(...) (Destacou-se)

Fica demonstrada que, se as características dessa emissão privada com os próprios sócios não é ilegal, porém não é normal ou usual, fugindo completamente ao padrão encontrado na realidade do mercado, conforme registros colhidos da própria CVM.

Ou seja, o que acontece normalmente no mercado é a utilização de juros fixos de forma isolada, ou uma combinação entre estes e um indexador de atualização monetária qualquer (IPCA, IGPM etc), confirmando-se a lição de Modesto Carvalhosa. Não se vê no mercado primário e secundário essa utilização das debêntures apenas como participação no lucro, justamente pelo alto grau de incerteza da remuneração a ser paga à debenturista.

As debêntures, portanto, não possuem em geral o caráter de incerteza, pois são remuneradas normalmente através de juros fixos ou variáveis (IPCA mais taxa de juros, por exemplo). Quando em sua remuneração há algo relativo à participação no resultado, trata-se de um adicional que tem por finalidade tornar mais atrativo o investimento; seria um *plus*, fazendo-se uma espécie de compensação em termos de se reduzir a taxa de juros fixa paga.

E de fato, uma leitura isolada do disposto no art. 56 da Lei nº 6.404/76, acima transscrito, permite concluir que a remuneração das debêntures não comportaria a participação exclusiva nos lucros.

Porém, a remuneração das debêntures encontrava-se regulada pela Decisão Conjunta nº 7 do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, de 23 de setembro de 1999¹.

Previa-se, entre outras formas de remuneração, a possibilidade de remuneração das debêntures com base na variação da receita ou lucro da companhia emissora (art. 3º, parágrafo único²). Havia um outro dispositivo afirmando que às debêntures que assegurassem, como condição de remuneração, exclusivamente participação no lucro da companhia emissora (art. 4º)³ não estavam contempladas nessa Resolução.

A mesma sistemática é repetida literalmente na Decisão Conjunta nº 13 do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários de 14 de março de 2003⁴ (art. 5º⁵) que revogou a Decisão Conjunta nº07.

Dessa forma, para o que interessa no momento, se o art. 56 da Lei nº 6.404/76 já permitia esta modalidade de remuneração, mas comportando certa ambiguidade, a decisão conjunta do BACEN e da CVM SJU/nº 15/88⁶ vem retirar essa dúvida, admitindo, sim, a participação no lucro como modalidade de remuneração, porém, como se verá adiante, sua utilização tem que se dar de forma comedida, dentro de certos limites legais, mormente quando já se demonstrou que essa participação nos lucros é estatisticamente incomum no mercado.

¹ Fonte:www.cvm.gov.br/legislacao/decisoesconjuntas/anexos/dcbccvm07.pdf

² Parágrafo único. É admitido que o prêmio das debêntures tenha como base a variação da receita ou do lucro da companhia emissora.

³ Art. 4º As disposições desta Decisão-Conjunta não se aplicam às debêntures que assegurem, como condição de remuneração, exclusivamente participação no lucro da companhia emissora.

⁴ Fonte:<http://sistemas.cvm.gov.br/Port/Atos/DecCon/Bccvm13.asp>

⁵ Art. 5º As disposições desta decisão-conjunta não se aplicam às debêntures que assegurem, como condição de remuneração, exclusivamente, participação no lucro da companhia emissora.

⁶ Fonte:http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=juris_cvm_wi&pagfis=7476

Reita-se por importante, que essa posição de aceitar a legalidade dessa possibilidade atípica de remunerar as debêntures exclusivamente com participação nos lucros, é convergente com o entendimento da Conselheira Sandra Faroni e que foi referenciada em muitos outros julgados deste CARF, no acórdão nº 101-94.986, em matéria assemelhada:

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. (...)

Porém, a ilustre Conselheira também reafirma nesse voto que a legalidade não pressupõe a usualidade ou normalidade da operação para efeito de dedutibilidade de despesa:

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. (Destacou-se)

III) Da natureza jurídica das debêntures para efeito de dedutibilidade do imposto de renda

Antes de empreender esforços investigativos mais profundos relacionados à natureza jurídica das debêntures, é importante que se diga que essa perquirição tem sua razão de ser na repercussão tributária que se busca descobrir.

Nesse contexto, já de início, é importante observar que, em razão da certeza da remuneração através de juros (fixo ou variável), - embora não constituinte do conceito de debêntures, é que o legislador permitiu a sua dedutibilidade, pois tudo que tem a natureza de juros é, em princípio, uma despesa dedutível do Imposto de Renda, porquanto obter empréstimos para investir ou suprir seu capital de giro faz parte indiretamente das operações de toda empresa.

Para demonstrar tal entendimento, traz-se à tona a exposição de motivos do art. 58 Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, matriz legal do art. 462 do RIR/99, *verbis*:

(...)

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**. (Destacou-se)

Aliás, como se verá mais adiante, essa natureza de juros das participações de debêntures e o fato de serem despesas, como deduções do lucro líquido são razões já suficientes para se afirmar que tais participações se sujeitam também a serem confrontadas com o critério de sua necessidade, usualidade e normalidade em face da atividade econômica exercida pela empresa.

E qual é o fato sob análise? O fato é uma operação privada de estruturação da captação pelo contribuinte através da emissão de debêntures com uma remuneração de percentual de 78% de participação no lucro em **que os únicos debenturistas são os próprios sócios da empresa emissora**.

E quais as norma jurídicas que estão sendo interpretadas no momento? São elas: a Lei nº 6.404, de 1976, e o Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, *verbis*:

Lei nº 6.404/76:

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

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).

Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, **as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

(...) (Destacou-se)

E qual o fato jurídico tributário que está sendo investigado? Se as despesas de debêntures, tal como configurada no caso concreto, são dedutíveis ou não da base de cálculo dos tributos (IRPJ/CSLL).

Debêntures x Ações

A primeira intuição que se tem quando se eleva demasiadamente o percentual de participação nos lucros, ou mesmo quando se considera de forma isolada esse tipo de rendimento, dada a incerteza dos pagamentos que ficarão na condição de a empresa apresentar lucro ou não, é que tal instrumento mais se pareceria com a captação de recursos através de ações ou de uma parte beneficiária. E, diga-se que as despesas relacionadas a essas ou àquelas

não são dedutíveis do Imposto de Renda⁷, daí a importância de se diferenciar uma coisa das outras.

O que diferencia uma debênture de uma ação, é que a primeira é fundamentalmente um título de crédito geralmente situado no mercado de renda fixa e utilizado como instrumento de captação de novos recursos. Isso quer dizer que o possuidor desse tipo de título é um credor da empresa emissora, sem ter qualquer outra espécie de relacionamento com a empresa, em termos de interferência na gestão e administração da empresa.

Por outro lado, uma ação, diferente de um título de crédito, caracteriza-se por ser um título mobiliário patrimonial, situado no mercado de renda variável, em que o seu possuidor é dono de um quinhão da empresa, sendo, portanto, sócio ou acionista e, a depender do tipo e da quantidade das ações, podem interferir ou não no negócio da empresa. Ademais, o valor despendido para adquirir a ação passa a integrar o patrimônio da empresa e não o seu passivo.

Outrossim, quando uma empresa emite ações, diferentemente das debêntures, ela não se obriga a pagar nada para o investidor (acionista). Sua única obrigação é entregar bons resultados para que as ações se valorizem. Isso porque nem os dividendos são obrigatórios na ausência de lucros. O rendimento variável aqui não significa apenas uma oposição a um rendimento de renda fixa, no sentido de que a remuneração é variável, mas significa incerteza diante da possibilidade de **descontinuidade dessa remuneração**, a depender da existência ou não de lucros. De outra banda, na aplicação em debêntures é esperado que essa continuidade, em tese, de pagamento aconteça.

Debêntures x Participações beneficiárias

Na lição de Fábio Ulhôa Coelho⁸, partes beneficiárias são valores mobiliários emitidos por companhias fechadas, com objetivo também de captação de recursos⁹, que asseguram ao seu titular direito de crédito eventual contra a sociedade anônima emissora, consistente numa participação nos lucros desta. Diz-se, eventual, pois assim como as debêntures participativas, nada pode ser exigido caso a empresa não gere lucros em determinado período.

Nessa captação, a empresa recebe dos adquirentes o pagamento do preço atribuído ao valor mobiliário que comporá obrigatoriamente a reserva de capital (LSA, art. 182, § 1º, b), tornando-se assim devedora eventual do valor correspondente a parte de seus lucros.

A diferença relevante reside no fato de que tais títulos, por serem personalíssimos e não negociáveis em mercado, deixariam de ser títulos mobiliários.

Como se vê, praticamente não existe diferenciação entre as debêntures exclusivamente com participação nos lucros e as partes beneficiárias, principalmente se se observar que as partes beneficiárias têm com função também beneficiar terceiros ligados à

⁷ Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

⁸ Curso de Direito Comercial, volume 2, 16ª edição , São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 200)

⁹ Ao lado dessa função, típica dos valores mobiliários, as partes beneficiárias apresentam também outras duas, a de remuneração por prestação de serviços e a atribuição gratuita (Op. cit. p.201)

empresa, pela remuneração na prestação de serviços, tal qual acontece com diretores estatutários.

As diferenças se esmaecem mais ainda quando se observa que no caso concreto a debenturista é uma parte ligada (sócios), assim como um diretor estatutário também o é. Da mesma forma, as debêntures perdem de certa forma sua característica de serem mobiliários quando se transaciona com empresas ligadas, pois adquirem esse caráter também personalíssimo, não ensejando, inclusive sua negociação no mercado.

Mas o nosso ordenamento jurídico atribui às "partes beneficiárias"¹⁰ regramento específico tratando de, primeiro, **reputá-las totalmente indeudáveis da base do IRPJ** e, por último, mas talvez mais importante para efeito de determinação do grau de tolerância do percentual de remuneração das debêntures, limitá-las a apenas 10% do lucro da empresa (art. 46, § 2º da Lei das SA).

Entretanto, no caso que se cuida, estamos diante de espécie bastante assemelhada quanto à natureza, só que em um percentual muito mais elevado, na ordem de 78%.

É de se observar, ainda, que essa indeudabilidade das partes beneficiárias posta no RIR segue topologicamente no artigo subsequente ao artigo que trata da dedutibilidade dos rendimentos pagos a título de debêntures:

PARTICIPAÇÕES

Subseção I

Participações Dedutíveis

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;
- (...)

Subseção II

Participações não Dedutíveis

Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

Essa topologia é mais explicada ainda pela estrutura da base legal do RIR (art. 58 do Decreto Lei nº 1.598/77), uma vez que seu parágrafo único trata de excetuar as situações em que as participações são apenas sobre os lucros da empresa, inclusive dos seus administradores, que muito se equipara aqui à situação dos sócios debenturistas.

¹⁰ partes beneficiárias são valores mobiliários que asseguram ao seu titular direito de crédito eventual contra a sociedade anônima emissora, consistente numa participação nos lucros desta. Só as companhias fechadas podem emitir partes beneficiárias (LSA, art. 47, parágrafo único).

A primeira função das partes beneficiárias é a captação de recursos. A companhia emite-as para aliená-las a interessados na rentabilidade proporcionada pela participação nos seus resultados líquidos.

DECRETO LEI N° 1.598/77**SUBSEÇÃO I****Participações**

Art 58 - Podem ser excluídas do lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica:

I - 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;

II - asseguradas a debêntures a sua emissão.

Parágrafo único - Serão adicionadas ao lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores. (Destacou-se)

LEI N° 6.404/76**Partes Beneficiárias
Características**

Art. 46. A companhia pode criar, a qualquer tempo, títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, denominados "**partes beneficiárias**".

§ 1º As partes beneficiárias conferirão aos seus titulares direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação nos lucros anuais (artigo 190).

§ 2º **A participação atribuída às partes beneficiárias, inclusive para formação de reserva para resgate, se houver, não ultrapassará 0,1 (um décimo) dos lucros.**

§ 3º É vedado conferir às partes beneficiárias qualquer direito privativo de acionista, salvo o de fiscalizar, nos termos desta Lei, os atos dos administradores.

(...) (Destacou-se)

Ora, se o legislador quis limitar a participação nos lucros a 10% (art. 46, § 2º da Lei das SA), no caso das partes beneficiárias, por qual razão se deveria aceitar *a priori* percentuais exorbitantes de remuneração das debêntures na forma de participação exclusivamente nos lucros que, em regra, já seriam remuneradas por juros?

Mas além de remunerar as debêntures a um percentual de 78% dos lucros, tem-se ainda o fato de emissor (empresa) e debenturista (sócios) se confundirem, de forma que a conjunção dessas duas atipicidades derroga a condição de dedutibilidade, para fins tributário, dessa despesa, pois que evidencia uma operação artificial, conforme bem identificado pelo fiscal por meio da acusação de que houve uma simulação, com intuito unicamente de gerar despesas desnecessária a quem está pagando por essa remuneração.

Parecer da CVM/SJU nº 15/88

Por oportuno, traz-se o parecer da CVM/SJU nº 15/88, já citado, para evidenciar essa indecidibilidade da debênture participativa em razão de ter sido adquirida por pessoas ligadas.

Tal parecer procurou *saber se é possível, em nosso ordenamento jurídico, a existência de debênture remunerada apenas com participação nos lucros, e qual seria a sua natureza jurídica.*

Por óbvio, não trata diretamente da questão da dedutibilidade dessa despesa para fins de apuração do lucro real.

Todavia, faz referência à doutrina do espanhol LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ que, por sua vez, dá os contornos necessários a serem seguidos por uma debênture participativa sem que sua natureza seja transformada em outro tipo de contrato. Dessa forma, lança luzes também sobre os requisitos de dedutibilidade dessa despesa.

Quem pretende se utilizar desse parecer meramente com a função de afirmar que as debêntures participativas existem, esquece-se de avaliar que na essência do parecer, cujo trecho mais relevante transcreve-se abaixo (tradução livre¹¹), existem certas condições que devem ser atendidas para que esse tipo de participação não se desnature:

Não obstante, para que produza um verdadeiro contrato de sociedade há de se atender a diversos pressupostos, todos eles essenciais, como são a existência de uma aporte de capital, a participação em perdas e ganhos e o *affectio societatis*, pressupostos que não dão na emissão das obrigações com cláusula de participação (debêntures).

Outrossim, o Parecer trata de fazer essa análise, obviamente, levando em consideração taxas de participação nos lucros consideradas usuais e normais no mercado, uma vez que a consulta não abordou esse aspecto.

Porém no caso concreto, essa atribuição atípica da vantagem adicional ao debenturista (participação no lucro) não se apresenta de forma isolada, mas se dá em conjunção com o fato de o debenturista e o emissor envolverem pessoas ligadas (empresa/sócios).

E a ocorrência dessa ligação entre pessoas ligadas é que desfaz as diferenças existentes entre um e outro instrumento, tornando-os praticamente assemelhados. Isso porque:

1) quando se envolve a presença pessoas ligadas, está-se, na verdade, diante de um verdadeiro aporte de capital, que seria a primeira nota diferenciadora constante no referido Parecer CVM não satisfeita pelo caso concreto.

2) A segunda nota diferenciadora também desaparece nesse contexto de pessoas ligadas, vez que o *affectio societatis* passa a existir naturalmente nessas situações,

¹¹ No obstante, para que se produzca un verdadero contrato de sociedad han de concurrir diversas notas, todas ellas esenciales, como son la existencia de una aportación, la participación en pérdidas y ganancias y la affectio societatis, notas que no se dan en la emisión de obligaciones con cláusula de participación.

vindo a reboque também e esmaecendo a questão da interferência no controle do negócio, que as obrigações em si não comportam.

3) Por fim, a terceira nota diferenciadora que seria o fato de as obrigações com as debêntures apenas comportarem participações nos lucros, também não se preserva, pois em face dos únicos debenturistas serem sócios, haveria necessariamente a participação deles não somente dos lucros (com as debêntures), mas também no eventual prejuízo produzido pela empresa, afinal os debenturistas são os próprios sócios da empresa.

Verifica-se que apesar de toda atipicidade que por si só já comporta a emissão de debêntures em percentuais exorbitantes de participação nos lucros, **muito acima do limite de 10% estabelecido para as partes beneficiárias**, some-se a isso ainda outra atipicidade tão forte quanto, que é o caso de essa mesma captação envolver ainda pessoas ligadas. Essa conjunção de atipicidades não é pouca coisa, conforme foi demonstrado pelas lições colhidas no Parecer CVM nº 15/88.

Ora, se da análise detida do referido Parecer, pode-se até extrair a sua descaracterização se não atendidas aqueles três pressupostos, da mesma forma que procedeu o fiscal quando acusou a operação de artificial e simulada, com maior razão a despesa oriunda dessas mesmas debêntures inseridas nesse contexto totalmente atípico não se habilitaria a ser considerada despesa usual e normal ao teor do art. 299 do RIR/99.

É bom deixar claro que não se pretende aqui limitar a liberdade de que dispõem os empresários para administrar seus negócios da forma mais independente possível.

Porém, o relevante em discussão são os efeitos tributários do negócio jurídico praticado por pessoas ligadas no âmbito da emissão de um instrumento que em princípio visa à captação de recursos externos à empresa de forma pulverizada.

É sabido que um dos parâmetros consagrados para se atestar se uma operação fugiria à normalidade e usualidade baseia-se em imaginar se tal operação poderia ser concebida da forma que o foi com terceiros independentes.

Nesse contexto, a pergunta relevante é esta: uma pessoa jurídica concordaria em abrir mão, por extenso prazo, da quase a totalidade de seu lucro em favor de debenturistas?

Portanto, por todo o exposto mantendo o lançamento já por este único fundamento (despesas desnecessárias).

IV) Distribuição Disfarçada de Lucros - DDL

Depois de todo o arrazoado produzido para demonstrar que as características gerais dessa operação, por si só, já conduziriam a tornar a despesa desnecessária, prescindível envidar maiores esforços para também afirmar que houve negócio realizado em condições de claro favorecimento com pessoas ligadas (seus acionistas), mediante a remuneração de 78% dos seus lucros apurados, e assim também caracterizar a Distribuição Disfarçada de Lucros, (DDL), conforme dispositivos legais abaixo, que conduzem também à indevidabilidade dessas despesas por outra via:

Seção II - Lucros Distribuídos Disfarçadamente

Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

(...)

VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros."

(...)

Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 62, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, incisos VII e VIII):

(...)

V - no caso do inciso VI do art. 464, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis. (Destacou-se)

Admitir-se a forma de remuneração de debêntures aqui implementada, com base em 78% ou 65% dos lucros (a partir de 04/2008) pagas aos próprios acionistas do empreendimento, seria permitir a manipulação pelos contribuintes da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por meio de contratos particulares entre pessoas ligadas, como foi o caso.

Com efeito, os dispositivos que tratam da DDL só vêm reforçar que o nosso ordenamento jurídico não tolera tais manipulações artificiais e abusos de direito.

Dessa forma, tudo que já se colocou retro em relação às despesas não serem necessárias, só vem a reforçar o preciso enquadramento nesses dispositivos legais acima, sendo inegável que se os debenturistas fossem realmente terceiros, as condições de remuneração das debêntures previstas não prevaleceriam. E como ficou bem claro e demonstrado, no TVF, mesmo se a operação fosse encarada por outro ângulo, não dos percentuais exorbitantes e acima do mercado, em termos de participação no lucro, mas do ângulo do retorno financeiro do capital aplicado, percebe-se que tais retornos financeiros foram também exorbitantes e muito acima do que o mercado paga:

(...)

Por outro lado, do ponto de vista financeiro, a suposta remuneração das debêntures emitidas pela fiscalizada não tem qualquer paralelo com o mundo real (razão que explica o fato de ter sido oferecida somente aos acionistas).

O certo é que, como demonstrado anteriormente, a emissão de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) de debêntures no ano-calendário de 1.997, capitalizadas com as expressivas participações nos lucros, acabou lastreando a emissão das debêntures ocorrida em 17/05/2005.

Compulsando as DIPJ apresentadas pela fiscalizada desde 2005, ano da emissão das debêntures, verifica-se que para a "captação" de R\$ 56.562.000,00 (cinquenta e seis milhões, quinhentos e sessenta e dois mil reais) foram distribuídas as seguintes remunerações de debêntures até 2008:

Ano	Lucro Líquido	Participação no Lucro	Valor Distribuído	Retorno no Ano	Valor Distribuído Acumulado	Retorno Acumulado
2005	40.647.891,08	75,89%	30.848.969,49	54,54%	30.848.969,49	54,54%
2006	41.913.143,24	78,00%	32.692.206,70	57,80%	63.541.176,19	112,34%
2007	52.242.867,95	77,92%	40.706.813,15	71,97%	104.247.989,34	184,31%
2008	89.967.728,10	51,16%	46.029.129,37	81,38%	150.277.118,71	265,69%

Observa-se que ao final de 2006, ano seguinte ao da emissão das debêntures, a empresa já havia remunerado os debenturistas com mais de 100% (cem por cento) do capital "emprestado" (total de R\$ 63.541.176,19, ou seja, 112,34% dos R\$ 56.562.000,00 captados).

Passados 4 (quatro) anos, a remuneração acumulada paga aos acionistas debenturistas totalizou R\$ 150.277.118,71 (cento e cinquenta milhões, duzentos e setenta e sete mil, cento e dezoito reais e setenta e um centavos), ou seja, um retorno de 265,69% (duzentos e sessenta e cinco inteiros e sessenta e nove centésimos por cento) em relação ao capital investido.

Resta evidente que a emissão de debêntures realizada pela fiscalizada não tem qualquer racionalidade econômica, a não ser a economia de tributos. É de se questionar qual empresa no mundo real ofereceria como remuneração por um empréstimo a participação de 78% (setenta e oito por cento) do seu lucro bruto anual a pessoas que a ela não estivessem ligadas. Não é crível que tamanha benesse fosse concedida a um terceiro, sem ligação ou influência nos negócios da empresa.

Como se vê, tal capitulação poderia ser até prescindível, como foi bem enfatizado pela decisão de primeira instância, porque tudo quanto já se colocou retro, no bojo de considerar a despesa desnecessária, já seria suficiente para manter a autuação. Tal capitulação vem, portanto, de forma subsidiária apenas reforçar a fundamentação ligada ao art. 299 do RIR/99.

A defesa, em síntese, tece os seguintes argumentos:

1) apesar de não ter havido o efetivo ingresso financeiro na emissão das debêntures, na prática, os eventos transcorreram como se tivesse havido. Ou seja, defende que a utilização de créditos em conta corrente dos acionistas para integralização das debêntures representou efetiva captação de recursos novos pela Recorrente;

2) procura também demonstrar o propósito negocial da operação de emissão de debêntures, alegando que houve os investimentos que estariam vinculados ao instrumento de captação;

3) aduz da importância, no caso concreto, de se fazer uma análise econômica dos fatos, comparando-se com as taxas de mercado; nesse sentido, afirma que a referida operação incorreu em um dispêndio real que estaria na média do mercado, considerando uma variedade de outros instrumentos;

4) Por fim, ataca erro na determinação da base de cálculo.

Contudo, o cerne da questão é, em razão de todos os argumentos já expostos, que não se pode considerar como normal ou usual uma despesa contraída por alguém que

decidiu emitir debêntures apenas a pessoa ligadas, remunerando-as em um percentual de 78% do seu lucro.

Além disso, se há motivo para dizer que uma determinada despesa não é dedutível, como foi o caso, não interessaria aqui o montante em consideração: se muito aquém ou muito além do que o mercado remuneraria, mormente porque quando o debenturista se confunde com seus próprios acionistas.

Porém, como o fiscal também fundamentou a autuação, de forma subsidiária, pela via do DDL (Distribuição Disfarçada de Lucros), passa-se a avaliar também esses aspectos fáticos e econômicos, demonstrando que eles apontam para uma direção diferente da pretendida pela defesa.

1) Da alegação de efetiva captação de recursos novos

O primeiro ponto adicional corrobora apenas o fato de que se está utilizando de um instrumento de captação de recursos apenas como forma de distribuir dividendos, de forma disfarçada e fugir assim da tributação.

É que a conduta dos acionistas da empresa não se coaduna com a decisão tomada na AGE de que tinha por finalidade capitalizar a empresa.

Isso porque, além de não haver o efetivo ingresso financeiro (nem entradas - captação de "dinheiro novo"), nem saídas (resgates), que é usual em toda operação normal de debêntures, esses mesmos acionistas promoveram a “descapitalização” da empresa ao longo do período, ao destinar em média 78% dos lucros aos debenturistas(sócios), representando taxas efetivas elevadíssimas, conforme demonstrado no TVF, chegando desde o seu momento da emissão até a autuação (10 anos) em um retorno de 13.000%. Ou seja, conforme consta de Tabela do TVF, ao se considerar a data da emissão das debêntures iniciais, em 1997, e do último fato gerador, ano-calendário de 2008: R\$ 2.000.000,00 investidos para uma remuneração de mais de R\$ 260.000.000,00: um retorno escandalosamente elevado.

O fato é que não se encontra uma justificativa plausível para a dedução da despesa correspondente a uma operação, cujo objetivo precípua seria a captação de recursos, mas que, ao fim e ao cabo, não trouxe qualquer riqueza nova para financiar o seu projeto. Indubitavelmente, trata-se de mais um fator que se soma a todos os outros, convergindo novamente para a constatação cristalina de que a despesa não é normal, nem usual. O normal seria se a operação em tela se traduzisse mesmo em um aumento de capital. Este, sim, seria o caminho natural e tudo estaria no seu devido lugar.

Outrossim, como bem pontuou o acórdão recorrido, é completamente irrelevante o marco temporal que a Recorrente procura fazer no que diz respeito à existência ou não disponibilidade de caixa na data da emissão das debêntures objeto da presente lide:

Ademais, a operação de emissão de debêntures iniciou-se, pelo menos, em 1997 sendo sucessivamente renovada com valores cada vez mais expressivos e oriundos da própria remuneração de debêntures lançada anteriormente, remanescente e aumentando, a cada período, a obrigação de remunerar os sócios, tendo como consequência a redução drástica do IRPJ e da CSLL devidos no período. Ora, se o objetivo realmente fosse o de capitalizar a empresa para tais investimentos, o resgate dos títulos já deveria ter sido feito, até porque restou comprovado que o capital dos sócios foi remunerado, em pouco mais de uma década, em mais de

13.000%, o que não parece razoável, tampouco se encontra dentro dos parâmetros de mercado.

Por essas mesmas razões, não é possível fazer o "corte" temporal que a defesa procurou explorar em seu recurso: a existência ou não de disponibilidade de caixa na data da emissão das debêntures objeto da presente lide é irrelevante, pois os recursos não foram disponibilizados à pessoa jurídica a partir dessa emissão, muito antes pelo contrário, tais recursos advieram da multiplicação exponencial da remuneração das debêntures emitidas, ao menos, a partir de 1997, remuneração essa praticamente não distribuída a seus sócios e que, conforme já abordado, teve origem, em realidade, nas operações normais da pessoa jurídica, de modo que estariam disponíveis independentemente das emissões de debêntures, bastando a pessoa jurídica não distribuir tal parcela de verdadeiro lucro aos seus sócios.

Portanto, afasta-se este ponto da defesa.

2) Do propósito negocial da operação

A Recorrente, em sua defesa, procura demonstrar o propósito negocial da operação de emissão de debêntures, alegando que houve os investimentos que estariam vinculados ao instrumento de captação.

A esse respeito, conforme relatado, afirma que o fiscal *por pressupor que a operação era artificial não analisou se os investimentos que foram programados para serem realizados a partir do valor captado via debêntures realmente o fora.*

Porém, os motivos não são convincentes, pelo contrário, tais aspectos são completamente irrelevantes, senão vejamos.

Em primeiro lugar, a aquisição de debêntures de companhia fechada por seus próprios acionistas e cujos "recursos" teriam sido investidos, significou apenas que os mesmos detentores do capital da empresa estavam nada mais do que alocando os lucros naturalmente produzidos pela empresa a que já teriam direito. Apenas através de manipulações contábeis disfarçaram esta situação.

Além do que, para dotar de coerência suas explicações, não existe prova, por exemplo, de que a distribuição de lucros seria uma obrigação estatutária, eventualmente sujeita a vencimentos e encargos mais onerosos do que aqueles fixados na emissão das debêntures, e nem mesmo que os sócios teriam interesse imediato na retirada de suas participações.

Partindo-se dessas premissas não provadas, chega-se facilmente à conclusão de que a obrigação original não gerava encargo algum à empresa, ficando assim difícil aceitar a sua tese de haver razoável motivação empresarial para empreender tal operação de debêntures já com todas aquelas outras atipicidades demonstradas.

Ora, como as subscrições foram pagas com os rendimentos das debêntures anteriormente emitidas ("coincidentemente" na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior) e que na prática os próprios sócios admitiram esperar para receber tais remunerações a título de debêntures, é de se indagar por que estes mesmos sócios não deliberaram que a obrigação da empresa para com eles, ao invés de motivar a emissão de debêntures, permanecesse em aberto no passivo, sem motivar qualquer pagamento.

O que importa é que efetivamente não houve entrada de "recurso novos" para financiar qualquer empreendimento, os recursos eventualmente disponíveis para aplicação em qualquer investimento foram produzidos pelo próprio negócio, nada tendo a ver com a emissão de debêntures.

A esse respeito, muito bem desenvolveu o acórdão recorrido:

Relativamente aos argumentos da Recorrente de que a operação teria sido usual e o montante empregado na capitalização da empresa, bem como na realização de investimentos que redundaram em valorização do negócio a ponto de despertar o interesse da aquisição a grupos de investidores estrangeiros, discordo totalmente da relação e causa e efeito: não foi a emissão das debêntures que ocasionou tal disponibilidade de caixa, pois os valores em questão foram praticamente gerados pela própria empresa em razão de suas operações normais, ou seja, do próprio lucro da pessoa jurídica. Ou seja, bastaria não haver a distribuição de lucros para que a empresa já tivesse disponível os recursos para tais investimentos, isso porque não houve ingresso de novos recursos com a emissão das debêntures. Por essas razões, não faria sentido a necessidade de que a autoridade fiscal visitasse as instalações da pessoa jurídica, como alega a Recorrente, a fim de que pudesse averiguar se os valores relativos às debêntures efetivamente haviam sido aplicados em investimentos de tamanho retorno à autuada.

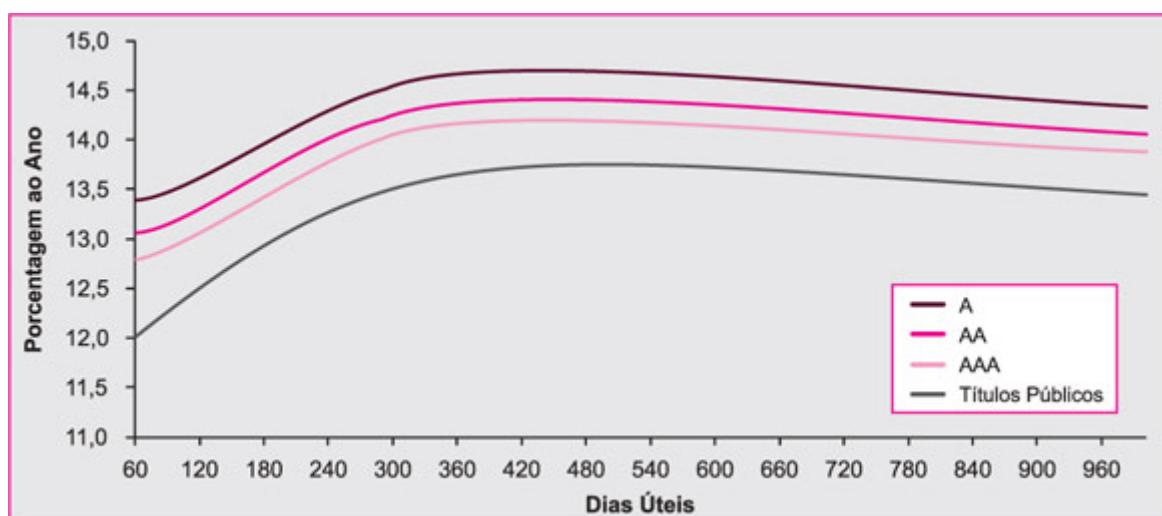
Portanto, sem razão a Recorrente também neste ponto.

3) Do comparativo com as taxas de mercado de debêntures

Outrossim, em relação a esse ponto, para fins de demonstração de que as despesas não são necessárias ou que houve uma operação com claro favorecimento entre pessoas ligadas, não se trata apenas de comparar simplesmente o custo financeiro do negócio (taxas efetivas de 71,97% (2007) e 81,38% (2008)) com as taxas praticadas por qualquer modalidade de empréstimo bancário no mercado. A comparação deve ser feita em relação às taxas médias oferecidas pelas próprias debêntures públicas em geral (pré e pós fixadas).

Abaixo traz-se uma estatística compreendendo também o período da autuação (2007/2008), publicada na Revista de Administração, um estudo feito por três economistas:

Gráfico 1: Curva Zero Coupon de Debêntures Prefixado do Dia 05/05/2008



Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000100008&lng=en&nrm=iso&tlang=pt

As taxas obtidas no presente caso em muito superam as do mercado das debêntures. Como se observa no gráfico acima, referido estudo¹² concluiu cientificamente que a maior taxa de juros (prefixado) oferecido pelo mercado brasileiro de debêntures (curva mais alta), entre janeiro de 2008 a setembro de 2009, **jamais atingiu a casa dos 15% ao anos e, portanto, bem abaixo das taxas efetivas de 71,97% (2007) e 81,38% (2008) ofertada no caso concreto.**

O mesmo estudo também prova estatisticamente, através do gráfico abaixo, utilizando-se dessa feita uma outra amostragem (as debêntures pós-fixadas), as taxas de juros oferecidas pelo mercado, para o mesmo período, **nunca ultrapassaram a casa dos 11% ao ano.**

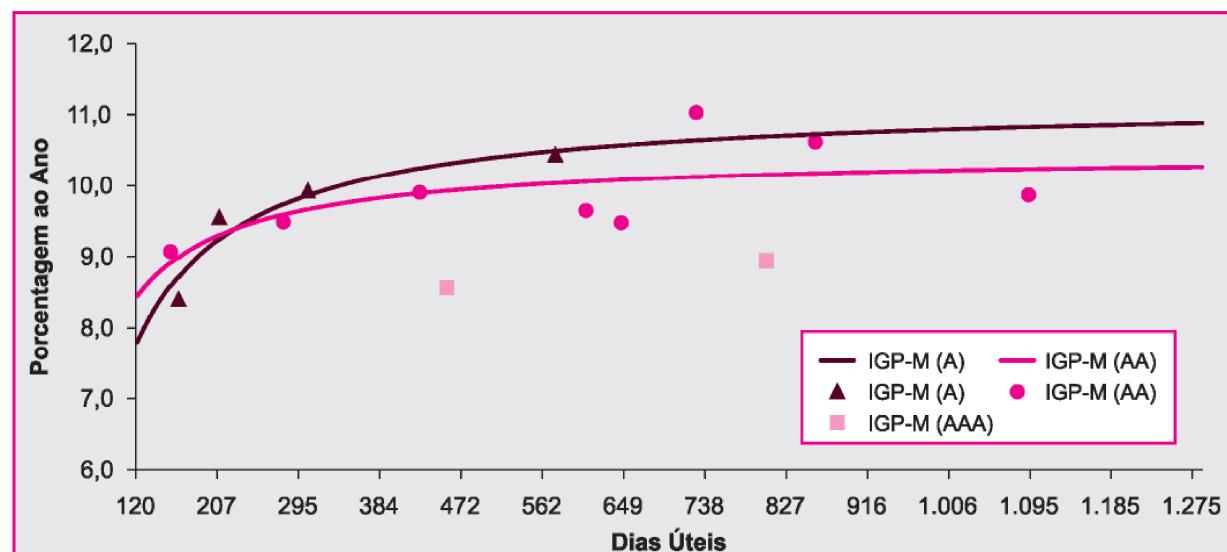


Gráfico 7: Curva Zero Coupon de Debêntures IGP-M + Spread do Dia 03/11/2008

Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000100008&lng=en&nrm=iso&tlang=pt

¹² Fonte: Estudo publicado na ISSN/IBICT (ISSN nº 0080-2107) – denominado “CONSTRUÇÃO DE CURVA DE DEBÊNTURES NO MERCADO BRASILEIRO UTILIZANDO A PARAMETRIZAÇÃO NELSONSPIEGEL”.

Portanto, tanto pelo viés econômico, quanto da motivação negocial, bem se vê também a artificialidade da operação.

4) Alegação de equívoco na base de cálculo-DDL

Conforme relatado, defende que "a glosa parcial seria o caminho natural para a recomposição da base de cálculo dos tributos lançados", de forma que "é nítida a caracterização do vedado excesso de exação e a configuração de erro na quantificação do montante tributável". Como "não há a necessária correlação entre o binômio hipótese de incidência e base de cálculo", o lançamento deveria ser considerado nulo.

Em primeiro lugar, cabe salientar que sua pretensão de considerar os autos nulo pelos motivos acima se confunde com o próprio mérito da autuação em que já se demonstrou que a despesa foi também considerada desnecessária.

Dessa forma a acusação de erro na determinação das bases de cálculo ao glosar toda a despesa, perde também o seu sentido, tendo em vista que consideradas desnecessárias as despesas indevidamente deduzidas na determinação do lucro tributável, a glosa deve recair sobre a totalidade delas.

A prevalência desse fundamento é tão forte que a decisão da DRJ chegou a entender que o único fundamento relevante da autuação foi apenas o fato de a despesa ser considerada desnecessária a teor do art. 299 do RIR/99. Nesse sentido as referências feitas pelo fiscal à "distribuição disfarçada de lucros" seriam inapropriadas, mas que isso não cerceou o seu direito de defesa.

Embora não se concorde inteiramente com a conclusão da DRJ, transcreve-se abaixo seus fundamentos porque, de certa forma, corroboram com a linha de entendimento aqui adotada no sentido de que o fundamento mais relevante considerado pelo fiscal foi mesmo o fato de a despesa ser considerada desnecessária, sendo a outra capitulação apenas um reforço do primeiro fundamento:

Muito embora não se possa deixar de considerar que o Fisco, ao capitar os dispositivos legais que dão guarida à presente exigência, **comete certa confusão ou menciona, de forma inapropriada, na capitulação legal da exigência os dispositivos legais pertinentes ao tipo legal da “distribuição disfarçada de lucros”**, tal fato em nada prejudicou a ampla defesa da Impugnante. Não verdade, pela leitura do TVF, não há duvidas que a Fiscalização promoveu a glosa de despesas, por serem desnecessárias, à luz do art. 299, do RIR/1999. Nesse sentido, vejam-se os seguintes trechos do TVF:

“4.5. Despesas não necessárias.

- Outro ponto a argumentar é que, independentemente à caracterização da operação como distribuição disfarçada de lucro, **ao não captar novos recursos, as despesas contabilizadas como participação das debêntures nos resultados devem ser consideradas como desnecessárias à atividade da empresa, visto que é pressuposto básico de dedução das despesas para fim de apuração do resultado tributável a sua necessidade (art. 299, do RIR/1999).**

- (...)

- Para tanto, em harmonia com o disposto no RIR/1999, **não há que se contemplar como dedutível qualquer despesa com debêntures, contabilizada na pessoa jurídica, cuja origem, a causa para a sua emissão não ocorreu** (entrada de novos recursos na empresa), mas tão-somente aquelas despesas que, sendo operacionais, estejam revestidas dos predicados de usualidade e normalidade e que guardem uma natural e íntima relação com a atividade da empresa e com a manutenção da respectiva fonte produtora.

- (...)

- De todo o exposto, **cumpre destacar que a dedução prevista no art. 462 do RIR/1999 não se aplica aos casos em que não foram cumpridas as condições gerais de dedutibilidade de dispêndios**, notadamente quando se verifica que a operação caracterizou-se como meramente artificial, abusiva, constituindo-se tão-somente de reclassificação contábil de passivo, sem o ingresso de capital de terceiros investidores, com o único propósito de extinguir abruptamente (de um só passo), o resultado do período de apuração em quase sua totalidade.” (Grifos acrescentados)

Resta claro pela leitura dos trechos acima que, a despeito de mencionar-se a “distribuição disfarçada de lucros”, as despesas foram glosadas por que desnecessárias, uma vez que não cumpridas as condições gerais de dedutibilidade (art. 299, do RIR/1999), não se aplicando ao caso a dedução prevista no art. 462, do mesmo RIR/1999.

Por todo o exposto, afasta-se também este ponto da defesa.

Assim, entende-se que não merece reparos a decisão recorrida e o posicionamento desta CSRF também não destoa da conclusão deste voto, como se passa a demonstrar.

O primeiro julgado que a CSRF se debruçou sobre a matéria foi o caso do Vasco da Gama licenciamento S.A (Ac. 9101-000.869), tendo reformado o entendimento da Câmara a quo (Ac. 107-08.029), que havia dado provimento ao recurso do contribuinte. Segue ementa e excerto do voto condutor:

Ementa: REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES SIMULAÇÃO –NÃO DEDUÇÃO DO LUCRO REAL Se a emissão das debêntures não foi efetiva, restando manifesto o motivo simulatório de, por meio da emissão das debêntures e apropriação dos respectivos juros, originar despesas dedutíveis, essas devem ser consideradas como indedutíveis do lucro real. Revelada a simulação, não pode prevalecer a aplicação do art. 430 do RIR/94, atual art. 462 do RIR/99, que autoriza a dedução, na apuração do lucro líquido do período base, das participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas a debêntures de sua emissão. Este dispositivo se aplica à verdade declarada, mas não à verdade real apurada, que prevalece sobre aquela.

OMISSÃO DE RECEITAS E AMORTIZAÇÃO DE DIREITOS O negócio jurídico deve ser caracterizado de acordo com os seus elementos. Não cabe à fiscalização atribuir nova classificação ao negócio jurídico com base em cláusulas de garantia de um negócio maior que não se circunscrevia apenas ao negócio jurídico de empréstimo. A prova carreada aos autos comprova que as partes realizaram vários negócios todos abarcados por um contrato de parceria.

Naqueles autos, destacou o em. voto condutor acerca da emissão de debêntures:

Apesar de a emissão e subscrição das debêntures terem atendido, no caso, a todos os requisitos formais exigidos pela legislação comercial aplicável, entendo estarmos diante de hipótese em que se revela a artificialidade da transação, realizada com objetivos meramente de redução da carga tributária.

Outro julgado recente enfrentado pela CSRF foi o Acórdão nº 9101-002.538, da JS Administração de Recursos S/A nova denominação de LTERO, de 20 de janeiro de 2017, da relatoria do Conselheiro Rafael Vidal, que, por voto de qualidade, negou-se provimento ao Recurso Especial do contribuinte:

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.

Por fim, o julgado mais recente da CSRF, que ocorreu em 05/07/2017, através do Acórdão nº 9101-002.973, em situação muito assemelhada ao presente caso (segundo julgamento do "caso Natura"), esta 1ª Turma, por maioria de votos, manteve o mesmo entendimento do presente voto:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: **DESPESAS OPERACIONAIS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE.**

A qualificação dos dispêndios da pessoa jurídica como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam o conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito.

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS.

A entrega de parcelas significativas de seus lucro a título de remuneração das debêntures no contexto de empresas ligadas, caracteriza liberalidade, e desvirtua a natureza de despesa necessária, tornando-a indedutível na apuração do lucro real.

(...)

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, quanto (i) à dedutibilidade das

despesas relativas às debêntures, (ii) à existência de regra que vede a dedutibilidade da base de cálculo da CSLL e (iii) à possibilidade de aproveitamento do IRRF. Por unanimidade de votos, acordam em não conhecer do tema juros sobre multa e, por maioria de votos, em conhecer da alegação de decadência, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que não conheciam da decadência e, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. No mérito, quanto às matérias (i) e (ii), por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento e, quanto à matéria (iii), por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor nas matérias (i) e (ii) a conselheira Adriana Gomes Rego. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe deram provimento.

É de se observar que em todos esses julgados, houve a retenção do imposto de renda na fonte, o que não aconteceu no caso que se cuida, demonstrando assim a existência de mais um agravante em relação aos outros julgados para fins de melhor caracterizar a artificialidade desta operação.

Afora este aspecto, com todo respeito ao julgado referenciado pela Recorrente do poder judiciário (decisão do TRF 3^a Região, de 18/7/2016, na Apelação/Remessa Necessária nº 000788882.2010.4.03.6100/SP), o ponto essencial da questão, como foi exaustivamente demonstrado, **não é o retorno financeiro em si**, sendo este apenas um pormenor, mesmo porque sujeito a variáveis de mercado não controláveis (lucro da empresa, taxas de mercado). O que importa mesmo é todo o conjunto de fatores que faz com que esse tipo operação seja considerada artificial, em claro benefício dos sócios e prejuízo à tributação, dentre eles se destacando o exagerado e não usual percentual de participação de lucro estabelecido *a priori* (78%).

Portanto, a entrega de parcelas significativas dos lucros da recorrente à título de remuneração das debêntures no contexto de pessoas ligadas, torna indeditível a despesa relacionada à remuneração das debêntures, uma vez que tal operação, nos moldes artificiais que foram praticadas, além de se constituir em uma despesa não necessária, não usual e anormal às atividades da pessoa jurídica; evidenciou-se tratar também de um Distribuição Disfarçada de Lucros, com evidente favorecimento aos sócios, reforçando assim a indeditibilidade destas despesas.

Por essas razões, vota-se no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do contribuinte neste item.

3.2.) Da aplicação simultânea da multa isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais com a multa de ofício

No mérito, uma outra questão a ser dirimida no recurso especial da contribuinte diz respeito à possibilidade de serem aplicadas, simultaneamente, a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais, e a multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

A lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real, apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou, o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais, a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução. Observe:

Lei nº 9.430, de 1996 (redação original):

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.

[...]

Vê-se, então, que a pessoa jurídica, obrigada a apurar seus resultados de acordo com as regras do lucro real trimestral, tem a opção de fazê-lo com a periodicidade anual, **desde que**, efetue pagamentos mensais a título de estimativa. **Essa é a regra do sistema.**

No presente caso, a pessoa jurídica fez a opção por apurar o lucro real anualmente, sujeitando-se, assim, e de forma obrigatória, aos recolhimentos mensais a título de estimativas.

Como se vê nos autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 404 e ss), a multa isolada aplicada pela falta de recolhimento das estimativas mensais desses tributos, referente ao ano-calendário 2008, teve fulcro no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, mais precisamente em seu inciso II, alínea "b", com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007.

O colegiado *a quo*, no julgamento do Recurso Voluntário, manteve a exigência da multa isolada, sob o fundamento de que a partir da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, "*a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício*".

De outro modo, a exemplo do que argumenta a Contribuinte em suas razões, há aqueles que alegam que as alterações promovidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 2007, não teriam afetado, substancialmente, a infração sujeita à aplicação da multa isolada, apenas reduzindo o seu percentual de cálculo e mantendo a vinculação da base imponível ao tributo devido no ajuste anual. Nesse sentido, muitas vezes, invocam a própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 351, de 2007, que limitou-se a esclarecer que *a alteração do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, efetuada pelo art. 14 do Projeto, tem o objetivo de reduzir o percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa, bem como retira a hipótese de incidência da multa de ofício no caso de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora*. E, ainda que se entenda que a identidade de bases de cálculo foi superada pela nova redação do dispositivo legal, para essas pessoas subsistiria o fato de as duas penalidades decorrerem de falta de recolhimento de tributo, o que imporia o afastamento da penalidade menos gravosa.

Ora, a vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é incontestável, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resulta falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, esta penalidade foi prevista nos mesmos termos daquela aplicável ao tributo não recolhido no ajuste anual, ou seja, *calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*, inclusive no mesmo percentual de 75%, e passível de agravamento ou qualificação se presentes as circunstâncias indicadas naquele dispositivo legal. Veja-se:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de

declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuitivo de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

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

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

[...]

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

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

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998)

[...]

A redação original do dispositivo legal resultou, assim, em punições equivalentes para a falta de recolhimento de estimativas e do ajuste anual. E, decidindo sobre este conflito, a jurisprudência administrativa posicionou-se majoritariamente contra a subsistência da multa isolada, porque calculada a partir da mesma base de cálculo punida com a multa proporcional, e ainda no mesmo percentual desta.

Frente a tais circunstâncias, o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, foi alterado pela Medida Provisória nº 351, de 2007, para prever duas penalidades distintas: a primeira de 75% calculada sobre o imposto ou contribuição que deixasse de ser recolhido e declarado, e exigida conjuntamente com o principal (inciso I do art. 44), e a segunda de 50% calculada sobre o pagamento mensal que deixasse de ser efetuado, ainda que apurado prejuízo fiscal ou base negativa ao final do ano-calendário, e exigida isoladamente (inciso II do art. 44). Além disso, as hipóteses de qualificação (§1º do art. 44) e agravamento (2º do art. 44) ficaram restritas à penalidade aplicável à falta de pagamento e declaração do imposto ou contribuição. Observe-se:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

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

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

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

As consequências desta alteração foram apropriadamente expostas pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

Logo, tendo sido alterada a base de cálculo eleita pelo legislador para a multa isolada de totalidade ou diferença de tributo ou contribuição para valor do pagamento mensal, não há mais qualquer vínculo, ou dependência, da multa isolada com a apuração de tributo devido.

Perfilhando o entendimento de que não se confunde a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição com o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, é vasta a jurisprudência desta CSRF, valendo mencionar dos últimos cinco anos, entre outros, os acórdãos nºs 9101-00577, de 18 de maio de 2010, 9101-00.685, de 31 de agosto de 2010, 9101-00.879, de 23 de fevereiro de 2011, nº 9101-001.265, de 23 de novembro de 2011, nº 9101-001.336, de 26 de abril de 2012, nº 9101-001.547, de 22 de janeiro de 2013, nº 9101-001.771, de 16 de outubro de 2013, e nº 9101-002.126, de 26 de fevereiro de 2015, todos assim ementados (destaquei):

O artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano.

Dai porque despropositada a decisão recorrida que, após reconhecer expressamente a modificação da redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 pela Lei nº 11.488, de 2007, e transcrever os mesmos dispositivos legais acima, abruptamente conclui no sentido de que (e-fls. 236):

Portanto, cabe excluir a exigência da multa de ofício isolada concomitante à multa proporcional.

Em despacho de admissibilidade de embargos de declaração por omissão, interpostos pela Fazenda Nacional contra aquela decisão, e rejeitados, foi dito o seguinte (e-fls. 247):

Por fim, reafirmo a impossibilidade da aplicação cumulativa dessas multas. Isso porque é sabido que um dos fatores que levou à mudança da redação do citado art. 44 da Lei 9.430/1996 foram os julgados deste Conselho, sendo que à época da edição da Lei 11.488/2007 já predominava esse entendimento. Vejamos novamente a redação de parte [das] disposições do art. 44 da Lei 9.430/1996 alteradas/incluídas pela Lei 11.488/2007:

[...].

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto à impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual.

Todavia, tratou apenas das duas últimas hipóteses na nova redação, ou seja, deixou de prever a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas. E não se diga que seria esquecimento, pois, logo a seguir, no parágrafo § 1º, excetuou a cumulatividade de penalidades quando a ensejar a aplicação dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Bastava ter acrescentado mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996, estabelecendo expressamente essa hipótese, que aliás é a questão de maior incidência.

Ao deixar de fazer isso, uma das conclusões factíveis é que essa cumulatividade é mesmo indevida.

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, inilvidavelmente, às duas multas em conjunto, e não

mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

Destaque-se, ainda, que a penalidade agora prevista no art. 44, inciso II da Lei nº 9.430, de 1996, é exigida isoladamente e mesmo se não apurado lucro tributável ao final do ano-calendário. A conduta reprimida, portanto, é a inobservância do dever de antecipar, mora que prejudica a União durante o período verificado entre data em que a estimativa deveria ser paga e o encerramento do ano-calendário. A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente¹³.

Diferentes, portanto, são os bens jurídicos tutelados, e limitar a penalidade àquela aplicada em razão da falta de recolhimento do ajuste anual é um incentivo ao descumprimento do dever de antecipação ao qual o sujeito passivo voluntariamente se vinculou, ao optar pelas vantagens decorrentes da apuração do lucro tributável apenas ao final do ano-calendário.

E foi, justamente, a alteração legislativa acima que motivou a edição da referida Súmula CARF nº 105.

Explico.

O enunciado de súmula em referência foi aprovado pela 1ª Turma da CSRF em 08 de dezembro de 2014. Antes, enunciado semelhante foi, por sucessivas vezes, rejeitado pelo Pleno da CSRF, e mesmo pela 1ª Turma da CSRF. Veja-se, abaixo, os verbetes submetidos a votação de 2009 a 2014:

PORTARIA Nº 97, DE 24 DE NOVEMBRO DE 2009¹⁴

[...]

¹³ Neste sentido é o disposto no art. 6º, §1º c/c §2º da Lei nº 9.430, de 1996.

¹⁴ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 112, em 27 de novembro de 2009.

ANEXO I

I - ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DO PLENO:

[...]

12. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até a vigência da Medida Provisória nº 351/2007, a multa isolada decorrente da falta ou insuficiência de antecipações não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado no ajuste anual.

[...]

PORTARIA Nº 27, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2012¹⁵

[...]

ANEXO ÚNICO

[...]

II- ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 1ª TURMA DA CSRF:

[...]

17. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401- 00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 9202-01.833, de 25/10/2011.

[...]

III- ENUNCIADOS A SEREM SUBMETIDOS À APROVAÇÃO DA 2ª TURMA DA CSRF:

[...]

22. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA nº:

Até 21 de janeiro de 2007, descabe o lançamento de multa isolada em razão do não recolhimento do imposto de renda devido em carnê-leão aplicada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Acórdãos precedentes: 104-22036, de 09/06/2006; 3401- 00078, de 01/06/2009; 3401-00047, de 06/05/2009; 104-23338, de 26/06/2008; 9202-00.699, de 13/04/2010; 9202-01.833, de 25/10/2011.

[...]

PORTARIA Nº- 18, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2013¹⁶

[...]

¹⁵ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19, em 27 de novembro de 2012.

¹⁶ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 71, de 27 de novembro de 2013.

*ANEXO I**I - Enunciados a serem submetidos ao Pleno da CSRF:*

[...]

9ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA

Até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes: 9101-001261, de 22/11/11; 9101-001203, de 22/11/11; 9101-001238, de 21/11/11; 9101-001307, de 24/04/12; 1402-001.217, de 04/10/12; 1102-00748, de 09/05/12; 1803-001263, de 10/04/12.

[...]

PORTARIA Nº 23, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2014¹⁷

[...]

ANEXO I

[...]

II - Enunciados a serem submetidos à 1ª Turma da CSRF:

[...]

13ª. PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Acórdãos Precedentes: 9101-001.261, de 22/11/2011; 9101-001.203, de 17/10/2011; 9101-001.238, de 21/11/2011; 9101-001.307, de 24/04/2012; 1402-001.217, de 04/10/2012; 1102-00748, de 09/05/2012; 1803-001.263, de 10/04/2012.

[...]

É de se destacar que os enunciados assim propostos de 2009 a 2013 exsurgem da jurisprudência firme, contrária à aplicação concomitante das penalidades **antes** da alteração promovida no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, pela Medida Provisória nº 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007. **Jurisprudência esta, aliás, que motivou a alteração legislativa.**

De outro lado, a discussão acerca dos lançamentos formalizados em razão de infrações cometidas a partir do novo contexto legislativo ainda não apresentava densidade suficiente para indicar qual entendimento deveria ser sumulado.

Considerando tais circunstâncias, o Pleno da CSRF, e também a 1ª Turma da CSRF, rejeitou, por três vezes, nos anos de 2009, 2012 e 2013, o enunciado contrário à concomitância das penalidades até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007. As

¹⁷ Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12, de 25 de novembro de 2014.

discussões nestas votações motivaram alterações posteriores com o objetivo de alcançar redação que fosse acolhida pela maioria qualificada, na forma regimental.

Com a rejeição do enunciado de 2009, a primeira alteração consistiu na supressão da vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007, substituindo-a, como marco temporal, pela referência à data de sua publicação. Também foram separadas as hipóteses pertinentes ao IRPJ/CSLL e ao IRPF, submetendo-se à 1^a Turma e à 2^a Turma da CSRF os enunciados correspondentes. Seguindo-se nova rejeição em 2012, o enunciado de 2009 foi reiterado em 2013 e, mais uma vez, rejeitado.

Este cenário deixou patente a imprestabilidade de enunciado distinguindo as ocorrências alcançadas a partir da expressão "até a vigência da Medida Provisória nº 351, de 2007", ou até a data de sua publicação. E isto porque a partir da redação proposta havia o risco de a súmula ser invocada para declarar o cabimento da exigência concomitante das penalidades a partir das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, apesar de a jurisprudência ainda não estar consolidada neste sentido.

Para afastar esta interpretação, o enunciado aprovado pela 1^a Turma da CSRF em 2014 foi redigido de forma direta, de modo a abranger, apenas, a jurisprudência firme daquele Colegiado: a impossibilidade de cumulação, com a multa de ofício proporcional aplicada sobre os tributos devidos no ajuste anual, das multas isoladas por falta de recolhimento de estimativas exigidas com fundamento na legislação antes de sua alteração pela Medida Provisória nº 351, de 2007. Omitiu-se, intencionalmente, qualquer referência às situações verificadas depois da alteração legislativa em tela, em razão da qual a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas passou a estar prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", e não mais no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, sempre com vistas a atribuir os efeitos sumulares¹⁸ à parcela do litígio já pacificado.

¹⁸ Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e alterado pela Portaria MF nº 586, de 2010:

[...]
Anexo II
[...]

Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

[...]
XXI - negar, de ofício ou por proposta do relator, seguimento ao recurso que contrarie enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, em vigor, quando não houver outra matéria objeto do recurso;

[...]
Art. 53. A sessão de julgamento será pública, salvo decisão justificada da turma para exame de matéria sigilosa, facultada a presença das partes ou de seus procuradores.

[...]
§ 4º Serão julgados em sessões não presenciais os recursos em processos de valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF ou de decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

[...]
Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

[...]
§ 2º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais ou do CARF, ou que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de primeira instância.

[...]

Assim, a Súmula CARF nº 105 tem aplicação, apenas, em face de multas lançadas com fundamento na redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, tendo por referência **infrações cometidas antes da alteração** promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, publicada em 22 de janeiro de 2007, e ainda que a exigência tenha sido formalizada já com o percentual reduzido de 50%, dado que tal providência não decorre de nova fundamentação do lançamento, mas sim da retroatividade benigna prevista pelo art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Neste sentido, vale observar que os precedentes indicados para aprovação da súmula reportam-se, todos, a **infrações cometidas antes de 2007**:

Acórdão nº 9101-001.261:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

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

Acórdão nº 9101-001.203:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2000, 2001

Ementa: MULTA ISOLADA. ANOS-CALENDÁRIO DE 1999 e 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor das glosas efetivadas pela Fiscalização.

Acórdão nº 9101-001.238:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2001

[...]

MULTA ISOLADA. ANO-CALENDÁRIO DE 2000. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA

COM MULTA DE OFICIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. Incabível a aplicação concomitante da multa por falta de recolhimento de tributo sobre bases estimadas e da multa de ofício exigida no lançamento para cobrança de tributo, visto que ambas penalidades tiveram como base o valor da receita omitida apurado em procedimento fiscal.

Acórdão nº 9101-001.307:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 1998

[...]

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

Acórdão nº 1402-001.217:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

[...]

MULTA DE OFICIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFICIO. INAPLICABILIDADE. É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).

[...]

Acórdão nº 1102-000.748:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

Ementa:

[...]

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. Devem ser exoneradas as multas isoladas por falta de

recolhimento de estimativas, uma vez que, cumulativamente foram exigidos os tributos com multa de ofício, e a base de cálculo das multas isoladas está inserida na base de cálculo das multas de ofício, sendo descabido, nesse caso, o lançamento concomitante de ambas.

[...]

Acórdão nº 1803-001.263:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

[...]

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

Frente a tais circunstâncias, ainda que precedentes da súmula veiculem fundamentos autorizadores do cancelamento de exigências formalizadas a partir da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, não são eles, propriamente, que vinculam o julgador administrativo, mas sim o enunciado da súmula, no qual está sintetizada a questão pacificada.

Digo isso porque esses precedentes têm sido utilizados para se tentar aplicar outra tese no sentido de afastar a multa, qual seja a do princípio da consunção. Ora se o princípio da consunção fosse fundamento suficiente para inexigibilidade concomitante das multas em debate, o enunciado seria genérico, sem qualquer referência ao fundamento legal dos lançamentos alcançados. A citação expressa do texto legal presta-se a firmar esta circunstância como razão de decidir relevante extraída dos paradigmas, cuja presença é essencial para aplicação das consequências do entendimento sumulado.

Há quem argumente que o princípio da consunção veda a cumulação das penalidades. Sustentam os adeptos dessa tese que o não recolhimento da estimativa mensal seria etapa preparatória da infração cometida no ajuste anual e, em tais circunstâncias o princípio da consunção autorizaria a subsistência, apenas, da penalidade aplicada sobre o tributo devido ao final do ano-calendário, prestigiando o bem jurídico mais relevante, no caso, a arrecadação tributária, em confronto com a antecipação de fluxo de caixa assegurada pelas estimativas. Ademais, como a base fática para imposição das penalidades seria a mesma, a exigência concomitante das multas representaria *bis in idem*, até porque, embora a lei tenha previsto ambas penalidades, não determinou a sua aplicação simultânea. E acrescentam que, em se tratando de matéria de penalidades, seria aplicável o art. 112 do CTN.

Entretanto, com a devida vênia, discordo desse entendimento. Para tanto, aproveito-me, inicialmente, do voto proferido pela Conselheira Karem Jureidini Dias na condução do Acórdão nº 9101-001.135, para trazer sua abordagem conceitual acerca das sanções em matéria tributária:

[...]

A sanção de natureza tributária decorre do descumprimento de obrigação tributária – qual seja, obrigação de pagar tributo. A sanção de natureza tributária pode sofrer agravamento ou qualificação, esta última em razão de o ilícito também possuir natureza penal, como nos casos de existência de dolo, fraude ou simulação. O mesmo auto de infração pode veicular, também, norma impositiva de multa em razão de descumprimento de uma obrigação acessória obrigação de fazer – pois, ainda que a obrigação acessória sempre se relate a uma obrigação tributária principal, reveste-se de natureza administrativa.

Sobre as obrigações acessórias e principais em matéria tributária, vale destacar o que dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

“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.”

Fica evidente da leitura do dispositivo em comento que a obrigação principal, em direito tributário, é pagar tributo, e a obrigação acessória é aquela que possui características administrativas, na medida em que as respectivas normas comportamentais servem ao interesse da administração tributária, em especial, quando do exercício da atividade fiscalizatória. O dispositivo transrito determina, ainda, que em relação à obrigação acessória, ocorrendo seu descumprimento pelo contribuinte e imposta multa, o valor devido converte-se em obrigação principal. Vale destacar que, mesmo ocorrendo tal conversão, a natureza da sanção aplicada permanece sendo administrativa, já que não há cobrança de tributo envolvida, mas sim a aplicação de uma penalidade em razão da inobservância de uma norma que visava proteger os interesses fiscalizatórios da administração tributária.

Assim, as sanções em matéria tributária podem ter natureza (i) tributária principal quando se referem a descumprimento da obrigação principal, ou seja, falta de recolhimento de tributo; (ii) administrativa – quando se referem à mero descumprimento de obrigação acessória que, em verdade, tem por objetivo auxiliar os agentes públicos que se encarregam da fiscalização; ou, ainda (iii) penal – quando qualquer dos ilícitos antes mencionados representar, também, ilícito penal. Significa dizer

que, para definir a natureza da sanção aplicada, necessário se faz verificar o antecedente da norma sancionatória, identificando a relação jurídica desobedecida.

Aplicam-se às sanções o princípio da proporcionalidade, que deve ser observado quando da aplicação do critério quantitativo. Neste ponto destacamos a lição de Helenilson Cunha Pontes a respeito do princípio da proporcionalidade em matéria de sanções tributárias, verbis:

“As sanções tributárias são instrumentos de que se vale o legislador para buscar o atingimento de uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico. A análise da constitucionalidade de uma sanção deve sempre ser realizada considerando o objetivo visado com sua criação legislativa. De forma geral, como lembra Régis Fernandes de Oliveira, “a sanção deve guardar proporção com o objetivo de sua imposição”. O princípio da proporcionalidade constitui um instrumento normativo-constitucional através do qual pode-se concretizar o controle dos excessos do legislador e das autoridades estatais em geral na definição abstrata e concreta das sanções”.

O primeiro passo para o controle da constitucionalidade de uma sanção, através do princípio da proporcionalidade, consiste na perquirição dos objetivos imediatos visados com a previsão abstrata e/ou com a imposição concreta da sanção. Vale dizer, na perquirição do interesse público que valida a previsão e a imposição de sanção”. (in “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, ed. Dialética, São Paulo, 2000, pg.135)

Assim, em respeito a referido princípio, é possível afirmar que: se a multa é de natureza tributária, terá por base apropriada, via de regra, o montante do tributo não recolhido. Se a multa é de natureza administrativa, a base de cálculo terá por grandeza montante proporcional ao ilícito que se pretende proibir. Em ambos os casos as sanções podem ser agravadas ou qualificadas. Agravada, se além do descumprimento de obrigação acessória ou principal, houver embarraco à fiscalização, e, qualificada se ao ilícito somar-se outro de cunho penal – existência de dolo, fraude ou simulação.

A MULTA ISOLADA POR NÃO RECOLHIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES

A multa isolada, aplicada por ausência de recolhimento de antecipações, é regulada pelo artigo 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A norma prevê, portanto, a imposição da referida penalidade quando o contribuinte do IRPJ e da CSLL, sujeito ao Lucro Real Anual, deixar de promover as antecipações devidas em razão da disposição contida no artigo 2º da Lei nº 9.430/96, verbis:

[...]

A natureza das antecipações, por sua vez, já foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, que manifestou entendimento no sentido de considerar que as antecipações se referem ao pagamento de tributo, conforme se depreende dos seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CSSL. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. ESTIMATIVA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE.

1. "É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96" (AgRg no REsp 694278-RJ, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 3/8/2006).

2. A antecipação do pagamento dos tributos não configura pagamento indevido à Fazenda Pública que justifique a incidência da taxa Selic.

3. Recurso especial improvido."

(Recurso Especial 529570 / SC - Relator Ministro João Otávio de Noronha - Segunda Turma - Data do Julgamento 19/09/2006 - DJ 26.10.2006 p. 277)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO CSSL APURAÇÃO POR ESTIMATIVA PAGAMENTO ANTECIPADO OPÇÃO DO CONTRIBUINTE LEI N. 9430/96.

É firme o entendimento deste Tribunal no sentido de que o regime de antecipação mensal é opção do contribuinte, que pode apurar o lucro real, base de cálculo do IRPJ e da CSSL, por estimativa, e antecipar o pagamento dos tributos, segundo a faculdade prevista no art. 2º da Lei n. 9430/96. Precedentes: REsp 492.865/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 25.4.2005 e REsp 574347/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.9.2004. Agravo regimental improvido." (Agravo Regimental No Recurso Especial 2004/01397180 - Relator Ministro Humberto Martins - Segunda Turma - DJ 17.08.2006 p. 341)

Do exposto, infere-se que a multa em questão tem natureza tributária, pois aplicada em razão do descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de pagamento de tributo, ainda que por antecipação prevista em lei.

Debates instalaram-se no âmbito desse Conselho Administrativo sobre a natureza da multa isolada. Inicialmente me filiei à corrente que entendia que a multa isolada não poderia prosperar porque penalizava conduta que não se configurava obrigação principal, tampouco obrigação acessória. Ou seja, mantinha o entendimento de que a multa em questão não se referia a qualquer obrigação prevista no artigo 113 do Código Tributário Nacional, na medida em que penalizava conduta que, a meu ver à época, não podia ser considerada obrigação principal, já que o tributo não estava definitivamente apurado, tampouco poderia ser considerada obrigação acessória, pois evidentemente não configura uma obrigação de caráter meramente administrativo, uma vez que a relação jurídica prevista na norma primária dispositiva é o "pagamento" de antecipação.

Nada obstante, modifiquei meu entendimento, mormente por concluir que trata-se, em verdade, de multa pelo não pagamento do tributo que deve ser antecipado. Ainda que tenha o contribuinte declarado e recolhido o montante devido de IRPJ e CSLL ao final do exercício, fato é que caberá multa isolada

quando o contribuinte não efetua a antecipação deste tributo. Tanto assim que, até a alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, o caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, previa que o cálculo das multas ali estabelecidas seria realizado “sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição”.

Frente a estas considerações, releva destacar que a penalidade em debate é exigida isoladamente, sem qualquer hipótese de agravamento ou qualificação e, embora seu cálculo tenha por referência a antecipação não realizada, sua exigência não se dá por falta de "pagamento de tributo", dado o fato gerador do tributo sequer ter ocorrido. De forma semelhante, outras penalidades reconhecidas como decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias são calculadas em razão do valor dos tributos devidos¹⁹ e exigidas de forma isolada.

Sob esta ótica, **o recolhimento de estimativas melhor se alinha ao conceito de obrigação acessória** que à definição de obrigação principal, até porque a antecipação do recolhimento é, em verdade, um ônus imposto aos que voluntariamente optam pela apuração anual do lucro tributável, e a obrigação acessória, nos termos do art. 113, §2º do CTN, é medida prevista não só no interesse da fiscalização, mas também da arrecadação dos tributos. Veja-se, aliás, que as manifestações do Superior Tribunal de Justiça acima citadas expressamente reconhecem este ônus como decorrente de uma opção, e distinguem a antecipação do pagamento do pagamento em si, isto para negar a aplicação de juros a partir de seu recolhimento no confronto com o tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário.

É certo que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento contrariamente à aplicação concomitante das penalidades em razão do princípio da consunção, conforme evidencia a ementa de julgado recente proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.576.289/RS:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44, I E II, DA LEI 9.430/1996 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/2007). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTES.

¹⁹ Lei nº 10.426, de 2002: Art. 7º O sujeito passivo que deixar de apresentar Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica, Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF e Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais - Dacon, nos prazos fixados, ou que as apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela Secretaria da Receita Federal - SRF, e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante do imposto de renda da pessoa jurídica informado na DIPJ, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

II - de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante dos tributos e contribuições informados na DCTF, na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica ou na Dirf, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega destas Declarações ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no § 3º;

III - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante da Cofins, ou, na sua falta, da contribuição para o PIS/Pasep, informado no Dacon, ainda que integralmente pago, no caso de falta de entrega desta Declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

IV - de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

[...]

1. A Segunda Turma do STJ tem posição firmada pela impossibilidade de aplicação concomitante das multas isolada e de ofício previstas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/1996 (*AgRg no REsp 1.499.389/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2015; REsp 1.496.354/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/3/2015*).

2. *Agravo Regimental não provido.*

Todavia, referidos julgados não são de observância obrigatória na forma do art. 62, §1º, inciso II, alínea "b" do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015.

Além disso, a interpretação de que a falta de recolhimento da antecipação mensal é infração abrangida pela falta de recolhimento do ajuste anual, sob o pressuposto da existência de dependência entre elas, sendo a primeira infração preparatória da segunda, desconsidera o prejuízo experimentado pela União com a mora subsistente em razão de o tributo devido no ajuste anual sofrer encargos somente a partir do encerramento do ano-calendário. Favorece, assim, o sujeito passivo que se obrigou às antecipações para apurar o lucro tributável apenas ao final do ano-calendário, conferindo-lhe significativa vantagem econômica em relação a outro sujeito passivo que, cometendo a mesma infração, mas optando pela regra geral de apuração trimestral dos lucros, suportaria, além do ônus da escrituração trimestral dos resultados, os encargos pela falta de recolhimento do tributo calculados desde o encerramento do período trimestral.

Quanto à transposição do princípio da consunção para o Direito Tributário, vale a transcrição da oposição manifestada pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Da inviabilidade de aplicação do princípio da consunção

O princípio da consunção é princípio específico do Direito Penal, aplicável para solução de conflitos aparentes de normas penais, ou seja, situações em que duas ou mais normas penais podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato.

Primeiramente, há que se ressaltar que a norma sancionatória tributária não é norma penal stricto sensu. Vale aqui a lembrança que o parágrafo único do art. 273 do anteprojeto do CTN (hoje, art. 112 do CTN), elaborado por Rubens Gomes de Sousa, previa que os princípios gerais do Direito Penal se aplicassem como métodos ou processos supletivos de interpretação da lei tributária, especialmente da lei tributária que definia infrações. Esse dispositivo foi rechaçado pela Comissão Especial de 1954 - que elaborou o texto final do anteprojeto, sendo que tal dispositivo não retornou ao texto do CTN que veio a ser aprovado pelo Congresso Nacional. À época, a Comissão Especial do CTN acolheu os fundamentos de que o direito penal tributário não tem semelhança absoluta com o direito penal (sugestão 789, p. 513 dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN) e que o direito penal tributário não é autônomo ao direito tributário, pois a pena fiscal mais se assemelha a pena cível do que a criminal (sugestão 787, p.512, idem). Não é difícil, assim, verificar que, na sua gênese, o CTN

afastou a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios do direito penal na interpretação da norma tributária, logicamente, salvo aqueles expressamente previstos no seu texto, como por exemplo, a retroatividade benigna do art. 106 ou o in dubio pro reo do art. 112.

Oportuna, também, a citação da abordagem exposta em artigo publicado por Heraldo Garcia Vitta²⁰:

O Direito Penal é especial, contém princípios, critérios, fundamentos e normas particulares, próprios desse ramo jurídico; por isso, a rigor, as regras dele não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico.[15] Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.212] Na hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo de Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas do Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas.

A ‘forma de sancionar’ é instituída pelo legislador, segundo critérios de conveniência/oportunidade, isto é, discricionariedade. Compete-lhe elaborar, ou não, regras a respeito da concorrência de infrações administrativas. No silêncio, ocorre cúmulo material.

Aliás, no Direito Administrativo brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações, conforme se observa, por exemplo, no artigo 266, da Lei nº 9.503, de 23.12.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), segundo o qual “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Igualmente o artigo 72, §1º, da Lei 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente: “Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações [administrativas, pois o disposto está inserido no Capítulo VI – Da Infração Administrativa] ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas combinadas”. E também o parágrafo único, do artigo 56, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990, que regula a proteção do consumidor: “As sanções [administrativas] previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.[16] Evidentemente, se ocorrer, devido ao acúmulo de sanções, perante a hipótese concreta, pena exacerbada, mesmo quando observada imposição do mínimo legal, isto é, quando a autoridade administrativa tenha imposto cominação mínima,

²⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644

estabelecida na lei, ocorrerá invalidação do ato administrativo, devido ao princípio da proporcionalidade.]

No Direito Penal são exemplos de aplicação do princípio da consunção a absorção da tentativa pela consumação, da lesão corporal pelo homicídio e da violação de domicílio pelo furto em residência. Característica destas ocorrências é a sua previsão em normas diferentes, ou seja, a punição concebida de forma autônoma, dada a possibilidade fática de o agente ter a intenção, apenas, de cometer o crime que figura como delito-meio ou delito-fim.

Já no caso em debate, a norma tributária prevê expressamente a aplicação das duas penalidades em face da conduta de sujeito passivo que motive lançamento de ofício, como bem observado pelo ex-Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão no já citado voto condutor do Acórdão nº 9101-002.251:

[...]

Ora, o legislador, no caso, fez mais do que faria se apenas acrescentasse “mais uma alínea no inciso II da nova redação do art. 44 da [Lei nº] 9.430/1996”.

Na realidade, o que, na redação primeira, era apenas um inciso subordinado a um parágrafo do artigo (art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996), tornou-se um inciso vinculado ao próprio caput do artigo (art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996), no mesmo patamar, portanto, do inciso então preexistente, que previa a multa de ofício.

Veja-se a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, dada pela Lei nº 11.488, de 2007 (sublinhei):

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

[...];

Dessa forma, a norma legal, ao estatuir que “nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas”, está a se referir, iniludivelmente, às duas multas em conjunto, e não mais em separado, como dava a entender a antiga redação do dispositivo.

Nessas condições, não seria necessário que a norma previsse “a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas”. Pelo contrário: seria necessário, sim se fosse esse o caso, que a norma excetuasse essa possibilidade, o que nela não foi feito. Por conseguinte, não há que se falar como pretendeu o sujeito passivo, por ocasião de seu recurso voluntário em “identidade

quanto ao critério pessoal e material de ambas as normas sancionatórias”.

Se é verdade que as duas normas sancionatórias, pelo critério pessoal, alcançam o mesmo contribuinte (sujeito passivo), não é verdade que o critério material (verbo + complemento) de uma e de outra se centre “no descumprimento da relação jurídica que determina o recolhimento integral do tributo devido”.

O complemento do critério material de ambas é, agora, distinto: o da multa de ofício é a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição; já o da multa isolada é o valor do pagamento mensal, apurado sob base estimada ao longo do ano, cuja materialidade, como visto anteriormente, não se confunde com aquela. (grifos do original)

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, portanto, claramente fixou a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. Somente desconsiderando-se todo o histórico de aplicação das penalidades previstas na redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, seria possível interpretar que a redação alterada não determinou a aplicação simultânea das penalidades. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". Ademais, quando o legislador estipula na alínea "b" do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal **ainda que** tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente, claramente afirma a aplicação da penalidade **mesmo se** apurado lucro tributável e, por consequência, tributo devido sujeito à multa prevista no inciso I do seu art. 44.

Acrescente-se que não se pode falar, no caso, de *bis in idem* sob o pressuposto de que a imposição das penalidades teria a mesma base fática. Basta observar que as infrações ocorrem em diferentes momentos, o primeiro correspondente à apuração da estimativa com a finalidade de cumprir o requisito de antecipação do recolhimento imposto aos optantes pela apuração anual do lucro, e o segundo apenas na apuração do lucro tributável ao final do ano-calendário. A análise, assim, não pode ficar limitada, por exemplo, à omissão de receitas ou ao registro de despesas indevidáveis, especialmente porque, para fins tributários, estas ocorrências devem, necessariamente, repercutir no cumprimento da obrigação acessória de antecipar ou na constituição, pelo sujeito passivo, da obrigação tributária principal. A base fática, portanto, é constituída pelo registro contábil ou fiscal, ou mesmo sua supressão, e pela repercussão conferida pelo sujeito passivo àquela ocorrência no cumprimento das obrigações tributárias. Como esta conduta se dá em momentos distintos e com finalidades distintas, duas penalidades são aplicáveis, sem se cogitar de *bis in idem*.

Neste sentido, aliás, são as considerações do ex-Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior no voto condutor do Acórdão nº 1302-001.823:

Ainda que aplicável fosse o princípio da consunção para solucionar conflitos aparentes de norma tributárias, não há no caso em tela qualquer conflito que justificasse a sua aplicação. Conforme já asseverado, o conflito aparente de normas ocorre quando duas ou mais normas podem aparentemente incidir sobre um mesmo fato, o que não ocorre in casu, já que temos duas situações fáticas diferentes: a primeira, o não recolhimento do

tributo devido; a segunda, a não observância das normas do regime de recolhimento sobre bases estimadas. Ressalte-se que o simples fato de alguém, optante pelo lucro real anual, deixar de recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada não enseja per se a aplicação da multa isolada, pois esta multa só é aplicável quando, além de não recolher o IRPJ mensal sobre a base estimada, o contribuinte deixar de levantar balanço de suspensão, conforme dispõe o art. 35 da Lei no 8.981/95. Assim, a multa isolada não decorre unicamente da falta de recolhimento do IRPJ mensal, mas da inobservância das normas que regem o recolhimento sobre bases estimadas, ou seja, do regime.

[...]

Assim, demonstrado que temos duas situações fáticas diferentes, sob as quais incidem normas diferentes, resta irrefutável que não há unidade de conduta, logo não existe qualquer conflito aparente entre as normas dos incisos I e IV do § 1º do art. 44 e, consequentemente, indevida a aplicação do princípio da consunção no caso em tela.

Noutro ponto, refuto os argumentos de que a falta de recolhimento da estimativa mensal seria uma conduta menos grave, por atingir um bem jurídico secundário – que seria a antecipação do fluxo de caixa do governo. Conforme já demonstrado, a multa isolada é aplicável pela não observância do regime de recolhimento pela estimativa e a conduta que ofende tal regime jamais poderia ser tida como menos grave, já que põe em risco todo o sistema de recolhimento do IRPJ sobre o lucro real anual – pelo menos no formato desenhado pelo legislador.

Em verdade, a sistemática de antecipação dos impostos ocorre por diversos meios previstos na legislação tributária, sendo exemplos disto, alem dos recolhimentos por estimativa, as retenções feitas pelas fontes pagadoras e o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), feitos pelos contribuintes pessoas físicas. O que se tem, na verdade são diferentes formas e momentos de exigência da obrigação tributária. Todos esses instrumentos visam ao mesmo tempo assegurar a efetividade da arrecadação tributária e o fluxo de caixa para a execução do orçamento fiscal pelo governo, impondo-se igualmente a sua proteção (como bens jurídicos). Portanto, não há um bem menor, nem uma conduta menos grave que possa ser englobada pela outra, neste caso.

Ademais, é um equívoco dizer que o não recolhimento do IRPJ-estimada é uma ação preparatória para a realização da “conduta mais grave” – não recolhimento do tributo efetivamente devido no ajuste. O não pagamento de todo o tributo devido ao final do exercício pode ocorrer independente do fato de terem sido recolhidas as estimativas, pois o resultado final apurado não guarda necessariamente proporção com os valores devidos por estimativa. Ainda que o contribuinte recolha as antecipações, ao final pode ser apurado um saldo de tributo a

pagar, com base no resultado do exercício. As infrações tributárias que ensejam a multa isolada e a multa de ofício nos casos em tela são autônomas. A ocorrência de uma delas não pressupõe necessariamente a existência da outra, logo inaplicável o princípio da consunção, já que não existe conflito aparente de normas.

Tais circunstâncias são totalmente distintas das que ensejam a aplicação de multa moratória ou multa de ofício sobre tributo não recolhido. Nesta segunda hipótese, sim, a base fática é idêntica, porque a infração de não recolher o tributo no vencimento foi praticada e, para compensar a União o sujeito passivo poderá, caso não demande a atuação de um agente fiscal para constituição do crédito tributário por lançamento de ofício, sujeitar-se a uma penalidade menor²¹. Se o recolhimento não for promovido depois do vencimento e o lançamento de ofício se fizer necessário, a multa de ofício fixada em maior percentual incorpora, por certo, a reparação que antes poderia ser promovida pelo sujeito passivo sem a atuação de um Auditor Fiscal.

Imprópria, portanto, a ampliação do conteúdo expresso no enunciado da súmula **a partir do que consignado no voto condutor de alguns dos paradigmas**.

É importante repisar, assim, que as decisões acerca das infrações cometidas depois das **alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não devem observância à Súmula CARF nº 105** e os Conselheiros têm plena liberdade de convicção.

Somente a essência extraída dos paradigmas, integrada ao enunciado - no caso, mediante expressa referência ao fundamento legal aplicável antes da edição da Medida Provisória nº 351, de 2007 (art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996) - , representa o entendimento acolhido pela 1ª Turma da CSRF a ser observado, obrigatoriamente, pelos integrantes da 1ª Seção de Julgamento. Nada além disso.

De outro lado, releva ainda destacar que a aprovação de um enunciado não impõe ao julgador a sua aplicação cega. As circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas e, caso identificado algum aspecto antes desconsiderado, é possível afastar a aplicação da súmula.

Veja-se, por exemplo, que o enunciado da Súmula CARF nº 105 é omisso acerca de outro ponto que permite interpretação favorável à manutenção parcial de exigências formalizadas ainda que com fundamento no art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996. Neste sentido é a declaração de voto da ex-Conselheira Edeli Pereira Bessa no Acórdão nº 1302-001.753:

²¹ Lei nº 9.430, de 1996, 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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 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)

A multa isolada teve em conta falta de recolhimento de estimativa de CSLL no valor de R\$ 94.130,67, ao passo que a multa de ofício foi aplicada sobre a CSLL apurada no ajuste anual no valor de R\$ 31.595,78. Discute-se, no caso, a aplicação da Súmula CARF nº 105 de seguinte teor: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Os períodos de apuração autuados estariam alcançados pelo dispositivo legal apontado na Súmula CARF nº 105. Todavia, como evidenciam as bases de cálculo das penalidades, a concomitância se verificou apenas sobre parte da multa isolada exigida por falta de recolhimento da estimativa de CSLL devida em dezembro/2002. Importa, assim, avaliar se o entendimento sumulado determinaria a exoneração de toda a multa isolada aqui aplicada.

*A referência à exigência **ao mesmo tempo** das duas penalidades não possui uma única interpretação. É possível concluir, a partir do disposto, que não subsiste a multa isolada aplicada no mesmo lançamento em que formalizada a exigência do ajuste anual com acréscimo da multa de ofício proporcional, ou então que a multa isolada deve ser exonerada quando exigida em face de antecipação contida no ajuste anual que ensejou a exigência do principal e correspondente multa de ofício. Além disso, pode-se interpretar que deve subsistir apenas uma penalidade quando a causa de sua aplicação é a mesma.*

Os precedentes que orientaram a edição da Súmula CARF nº 105 auxiliam nesta interpretação. São eles:

[...]

Observa-se nas ementas dos Acórdãos nº 9101-001.261, 9101-001.307 e 1803-001.263 a abordagem genérica da infração de falta de recolhimento de estimativas como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano, e que por esta razão é absorvida pela segunda infração, devendo subsistir apenas a punição aplicada sobre esta. Sob esta vertente interpretativa, qualquer multa isolada aplicada por falta de recolhimento de estimativas sucumbiria frente à exigência do ajuste anual com acréscimo de multa de ofício.

Porém, os Acórdãos nº 9101-001.203 e 9101-001.238, reportam-se à identidade entre a infração que, constatada pela Fiscalização, enseja a apuração da falta de recolhimento de estimativas e da falta de recolhimento do ajuste anual, assim como os Acórdãos nº 1402-001.217 e 1102-000.748 fazem referência a aplicação de penalidades sobre a mesma base, ou ao fato de a base de cálculo das multas isoladas estar contida na base de cálculo da multa de ofício. Tais referências permitem concluir que, para identificação da concomitância, deve ser

avaliada a causa da aplicação da penalidade ou, ao menos, o seu reflexo na apuração do ajuste anual e nas bases estimativas.

A adoção de tais referenciais para edição da Súmula CARF nº 105 evidencia que não se pretendeu atribuir um conteúdo único à concomitância, permitindo-se a livre interpretação acerca de seu alcance.

Considerando que, no presente caso, as infrações foram apuradas de forma independente - estimativa não recolhida em razão de seu parcelamento parcial e ajuste anual não recolhido em razão da compensação de bases negativas acima do limite legal - e assim resultaram em distintas bases para aplicação das penalidades, é válido concluir que não há concomitância em relação à multa isolada aplicada sobre a parcela de R\$ 62.534,89 (= R\$ 94.130,67 - R\$ 31.595,78), correspondente à estimativa de CSLL em dezembro/2002 que excede a falta de recolhimento apurada no ajuste anual.

Divergência neste sentido, aliás, já estava consubstanciada antes da aprovação da súmula, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 1201-00.235, de lavra do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes:

[...]

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve ser apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 – R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Abaixo, segue a discriminação dos valores:

Base estimada remanescente: R\$ 3.826.453,79

Estimativa remanescente (R\$ 3.826.453,79 x 25%): R\$ 956.613,45

Multa isolada mantida (R\$ 956.613,45 x 50%): R\$ 478.306,72

Multa isolada excluída (R\$ 1.109.844,27 – R\$ 478.306,72: R\$ 631.537,55

[...]

A observância do entendimento sumulado, portanto, pressupõe a identificação dos requisitos expressos no enunciado e a análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de conferir eficácia à súmula, mas não aplicá-la a casos distintos. Assim, a referência expressa ao fundamento legal das exigências às quais se aplica o entendimento sumulado limita a sua abrangência, mas a adoção de expressões cujo significado não pode ser identificado a partir dos paradigmas da súmula confere liberdade interpretativa ao julgador.

Como visto, no caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida para fatos ocorridos após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sendo ambas as multas devidas.

Em face do exposto, vota-se no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da contribuinte, mantendo-se a exigência da multa isolada por irregularidade nos recolhimentos de IRPJ e CSLL por estimativas.

4) MÉRITO- Recurso especial da Fazenda Nacional

4.1) Da multa qualificada

A Turma do CARF recorrida manteve a autuação da infração, manifestando-se no sentido de que a despesa com a remuneração das debêntures deduzida foi produzida de forma *absolutamente artificial*, apenas com o intuito de economia tributária.

Colaciona-se vários trechos do recorrido que dá conta desse caráter artificioso da operação:

Retornando ao caso concreto, **ressalta aos olhos o posicionamento artificial** da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

(…)

Entendo que a operação em questão, **nem de longe, se amolda às operações típicas envolvendo debêntures, tratando-se, em realidade, de operação absolutamente artificial** cujo propósito foi, exclusivamente, diminuir as bases de cálculo de IRPJ e de CSLL, reduzindo em 34% do valor da remuneração paga o valor a recolher de IRPJ de CSLL, substituindo-os por uma tributação de imposto de renda exclusiva na fonte que deveria ser de 20%, uma vez que nem esse valor foi retido pela Recorrente.

(…)

Resta evidente, desse modo, que a emissão das debêntures **foi apenas um artifício criado pela empresa** para retirar da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte significativa do lucro, que fica separada numa conta do Passivo Realizável a Longo Prazo. A medida em que a autuada pagava valores aos sócios, sob quaisquer pretextos, estes valores eram lançados a débito da conta de provisão de debêntures, diminuindo seu saldo, **dando uma aparente validade jurídica** para o suposto pagamento de remuneração de debêntures (Destacou-se)

Porém, mesmo neste cenário, por vislumbrar apenas abuso de direito, desqualificou a multa de ofício, com as seguintes considerações:

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, entendo não restar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, mormente quando não há ocultação da prática e da intenção final dos negócios levados a efeito.

Além do mais, não se pode esquecer que a autuação como distribuição disfarçada de lucros se calca em presunção legal, aplicando-se, com as adaptações necessárias, o disposto na Súmula CARF nº 14, haja vista a ausência de comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Como argumento adicional, não há como ignorar que à época dos fatos geradores havia doutrina de peso que endossava o procedimento adotado pela autuada.

No entanto, reza a Lei 9.430, de 1996, com a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, que já constou na capitulação legal da autuação:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Os artigos acima mencionados estabelecem:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Da leitura dos dispositivos acima pode-se extrair as seguintes constatações:

- as ações caracterizadas como sonegação ou fraude (o conluio é o ajuste que combina ambas), nos termos acima definidos, são as que autorizam a qualificação da multa;

- além da prática das ações e omissões definidas como sonegação, fraude ou conluio, para que se aplique a qualificação da multa (duplicação) é necessário que o sujeito passivo tenha agido com dolo;

- por fim, o dolo, elemento ínsito aos 3(três) dispositivos, indicando a intenção em buscar um resultado ilícito, *a contrario sensu*, afasta a conduta culposa.

Discorda-se do acórdão recorrido, pois restou evidente a presença dos elementos que permitem enquadrar a conduta da autuada nos conceitos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, uma vez que a despesa deduzida foi registrada de forma simulada e com intuito de fraude, por meio de uma aparente sequência de operações societárias, levadas a cabo apenas para obter redução indevida de tributos, conforme inclusive asseverou o acórdão recorrido.

A conduta eventualmente culposa é afastada na medida em que a prática é reiterada, tendo a operação se iniciado desde de 1997 com sua emissão e se perpetuado, pelo menos até o último ano-calendário da autuação (2008). A corroborar este aspecto, há o fato de as referidas debêntures, para fazer face às "necessidades" de investimento, foram emitidas coincidentemente na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior de debêntures, apenas demonstrando a artificialidade da operação e a forma bem arquitetada que foi feita, não se podendo dizer que se trata de uma conduta culposa.

A esse respeito, o acórdão recorrido que desqualificou a multa foi preciso na identificação dessa circunstância agravante:

Ademais, a operação de emissão de debêntures iniciou-se, pelo menos, em 1997 sendo sucessivamente renovada com valores cada vez mais expressivos e oriundos da própria remuneração de debêntures lançada anteriormente, remanescendo e aumentando, a cada período, a obrigação de remunerar os sócios, tendo como consequência a redução drástica do IRPJ e da CSLL devidos no período. Ora, se o objetivo realmente fosse o de capitalizar a empresa para tais investimentos, o resgate dos títulos já deveria ter sido feito, até porque restou comprovado que o capital dos sócios foi remunerado, em pouco mais de uma década, em mais de 13.000%, o que não parece razoável, tampouco se encontra dentro dos parâmetros de mercado.

Na verdade, a contribuinte não conseguiu justificar a contento sua participação lícita em toda essa operação. O que se viu nitidamente foi uma clara intenção dolosa visando um fim ilícito de apropriar-se indevidamente de despesas desnecessárias criadas artificialmente, por meio apenas de uma forma lícita: emissão de debêntures. E tal prática foi perpetrada pela contribuinte de forma reiterada por diversos períodos consecutivos.

Também não se concorda como o que se colocou no acórdão recorrido, no sentido de que a multa não poderia ser qualificada em virtude de ser atribuída uma infração que pressupõe uma presunção legal (DDL). Como já se demonstrou em tópico específico, tal raciocínio não prospera, isso porque a infração relacionada à glosa de despesa desnecessária, por si só, é um fundamento autônomo do auto de infração, capaz de sustentá-lo em sua integralidade. Ora, se mesmo que considerássemos sem fundamento a outra infração (DDL), o auto de infração ainda prevaleceria, não se pode imputar uma deficiência na outra parte que sustenta o auto e pretender que o seu efeito contamine a outra parte que é completamente autônoma e nesse sentido capaz de dar sustentação à qualificação da multa.

Posto isso, em resumo, sem dúvida no caso vertente, houve não um único, mas uma série de sucessivos atos perpetrados por pessoas ligadas com intenção de forjar uma despesa desnecessária e completamente artificial, com vistas a diminuir indevidamente o crédito tributário de responsabilidade da interessada.

A fiscalizada, ao formalizar seus registros contábeis e societários de forma a dar uma aparência de correção ao montante das despesas contabilizadas, pretende induzir a que se avalize como seria uma operação que nitidamente tem os seguintes atributos de artificialidade:

- percentual exorbitante de participação no lucro (78%). O lucro e as taxas de mercado são variáveis incontroláveis, mas a atribuição do percentual exorbitante e não usual de 78% dos lucros era a única variável controlável com a qual a artificialidade da operação fica denunciada;

- operação praticada apenas com pessoas ligadas (sócios), facilitando o conluio e a confecção da operação artificial;

- operação considerada sem propósito negocial na medida em que não houve entrada de recursos novos e sem resgates com saídas para os sócios, tendo o fiscal intitulado de "debêntures de papel", assim como também aconteceu no recorrido;

- as debêntures foram emitidas na exata proporção dos valores de resgates da emissão anterior de debêntures;

- a falta de retenção do imposto de renda na fonte, demonstra assim mais um aspecto da falta de seriedade da operação, sendo mais um agravante em relação aos outros julgados que mesmo sem esse aspecto a multa qualificada foi mantida pela CSRF, como por exemplo atesta o Ac nº 9101-002.189;

- a remuneração na forma de apenas participação nos lucros teve retornos altíssimos, superando em muito a média de mercado oferecida pelas debêntures em geral;

- operação considerada apenas com finalidade exclusiva de redução da carga tributária não poderia ser oponível ao Fisco;

- por fim, provando que se tratavam mesmo apenas de "debêntures de papel", conforme intitulou o fiscal, a fiscalizada nem sequer comprovou a existência física das debêntures, dos certificados e do Livro de Registro de Debêntures, conforme tópico aberto no TVF.

Não obstante a tentativa da empresa em dar uma aparência de legalidade (vontade declarada) às operações realizadas, ao se analisar os fatos acima, bem se vê que a vontade real da empresa e dos seus acionistas era diversa daquela informada.

No caso, a simulação regulada nos artigos 102 a 105, do Código Civil Brasileiro, também foi caracterizada e foi feita de forma maliciosa, violando frontalmente a legislação tributária na medida em que se fabricou artificialmente despesas no intuito apenas de reduzir indevidamente o lucro real da pessoa jurídica.

A fraude, correspondente à atitude dolosa da contribuinte em reduzir o montante do imposto devido, está mais do que comprovada ante aos fatos narrados.

A contribuinte, ao gerar de forma artificial uma despesa através da emissão privada de debêntures artificial com os próprios acionistas, praticou, de forma inequívoca, uma ação dolosa (intencional) e consciente. De forma meticulosa e planejada, ocultou parcela significativa de seus lucros econômicos com o objetivo exclusivo de sonegar tributos federais, perpetrando também a sonegação.

Por todos estes motivos, é inquestionável a tentativa de impedir ou retardar o conhecimento por parte da Administração Tributária e nesse sentido caracterizado está também o dolo inerente aos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, fato esse suficiente para autorizar a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%.

Diante desse contexto, vota-se por DAR provimento ao recurso especial de divergência da Fazenda Nacional, restabelecendo-se a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), por configurar o evidente intuito de fraude, nos termos do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

4.2) Da Decadência

Conforme foi relatado, o Acórdão recorrido ao desqualificar a multa de ofício, acolheu a decadência do crédito tributário referente a fato gerador ocorrido em 2007, uma vez que o lançamento foi formalizado somente em 2013, no caso ultrapassando o prazo quinquenal disposto no artigo 150, § 4º do CTN.

Eis os termos do Acórdão recorrido:

No caso concreto, compulsando os autos, de fato, constatei a existência de pagamentos antecipados de IRPJ e de CSLL (fls. 313319 indicam retenção de imposto de renda na fonte e às fls. 16151676 demais recolhimentos). Assim, tendo em vista a redução da multa de ofício qualificada, afasta-se também a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, e o início da contagem do prazo decadencial deve se dar com base no disposto § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, a partir da data de ocorrência do fato gerador.

O Regimento Interno do CARF determina que sejam observadas, por seus julgadores, as decisões de mérito proferidas pelo STJ e STF afetadas como representativas de controvérsia, bem como suas súmulas.

Nesse contexto, o STJ já firmou entendimento em caráter definitivo (julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação 2(duas) questões são relevantes para a definição do prazo decadencial:

- 1) a importância da existência ou não de pagamento antecipado;
- 2) a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O pagamento antecipado atrairia a regra do art. 150, § 4º²² do CTN, - 5(cinco) anos contados após o fato gerador - desde que não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que conduziria à regra mais elástica do art. 173, I do CTN (o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado). Por outro lado, no caso da ocorrência de dolo fraude ou simulação, como ocorre no caso concreto, a regra a ser aplicada, independente de haver ou não pagamento antecipados, é a do 173, I do CTN, a mais elástica.

Segue, então, entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da ementa do acórdão proferido no Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), afetado como representativos de controvérsia, julgado em 12 de agosto de 2009, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux:

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C,
DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO
ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO
CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO
INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO
CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS
150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.**

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi,*

²² Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

"Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3^a ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3^a ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10^a ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3^a ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Ademais, tal matéria hoje já se encontra sumulada no CARF, por meio da Súmula CARF nº 72, segundo a qual, *Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.*

No presente caso, prevalece a regra do art. 173, I do CTN (termo final, 5(cinco) anos do exercício seguinte ao que poderia ter sido lançado), uma vez que foi restabelecida a qualificação da multa em virtude da presença de dolo e da simulação.

Desse modo, o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 2007 (apuração anual) não são atingidos pela decadência, uma vez que o prazo final para constituição do crédito tributário (*dies ad quem*) se daria apenas em 31/12/2013 e o lançamento foi cientificado ao contribuinte no decorrer do ano de 2013.

Por todos estes fundamentos, vota-se por DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da FAZENDA NACIONAL.

Conclusão:

- a) Recurso da Fazenda Nacional: vota-se por conhecer e dar provimento.
- b) Recurso da Contribuinte: vota-se por conhecer e negar provimento.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo