



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

Processo nº 10480.731928/2011-07
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.669 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de maio de 2014
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente SHOPPING CENTER TACARUNA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010

GLOSA DE DESPESA COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE. ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE. IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA.

Não restando comprovado nos autos que o negócio jurídico (subscrição privada de debêntures) foi simulado ou engendrado com fraude à lei e, principalmente, não restando comprovado tratar-se de operações simuladas, as participações de debêntures, regularmente registradas e emitidas, comprovado que se tratam de operações normais, reduzem o lucro líquido do exercício, por expressa previsão legal.

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. VERIFICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

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. O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido efetivamente devido pelo contribuinte surge com o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano-calendário. É improcedente a aplicação de penalidade pelo não recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou Contribuição Social sobre o Lucro Líquido apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA DO IRPJ E CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejulgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões o Conselheiro Carlos Pelá.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

SHOPPING CENTER TACARUNA S/A, contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.115.890/0001-87, com domicílio fiscal na cidade de Recife - PE, Estado Pernambuco, à Av. Governador Agamenon Magalhães, nº 153 - Bairro Santo Amaro, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Recife - PE, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 1378/1387, prolatada pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife - PE, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 1396/1434.

Contra a contribuinte, acima identificada, foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Recife - PE, em 16/12/2001, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 116/123), com ciência pessoal, em 19/12/2011 (fl. 04), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 12.344.913,99), a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social, acrescido de multa lançamento de ofício normal 75%; da multa isolada de 50% e dos juros de mora de, no mínimo, 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto e contribuição referente aos exercícios de 2007 a 2010, correspondente aos anos-calendários de 2006 a 2009.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente aos exercícios de 2007 a 2010 onde a autoridade lançadora constatou as seguintes irregularidades:

1 - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES INDEDUTÍVEL: Valores pagos a título de remuneração de debêntures, considerados indedutíveis, que deixaram de ser adicionados ao Lucro Líquido do período, para a determinação do Lucro Real, conforme descrição dos fatos que se encontra devidamente circunstanciados no Relatório de Auditoria Fiscal, que faz parte do presente Auto de Infração. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2006 e 31/12/2009. Infração capitulada no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995 e arts. 247, 249, inciso I, 462, inciso I do RIR/99;

2 - SALDO INSUFICIENTE - COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO OPERACIONAL COM RESULTADO DA ATIVIDADE GERAL: Compensação indevida de prejuízos fiscais, devido à insuficiência de saldo, conforme detalhamento narrado no Relatório de Auditoria Fiscal que se encontra anexo ao presente Auto de Infração. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2007 e 31/12/2007. Infração capitulada no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, arts. 247, 250, inciso III, 251, 509 e 510 do RIR/99;

3 - MULTA OU JUROS ISOLADOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA: Multa isolada pela falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica incidente sobre a base de cálculo estimada em função dos balanços/balancetes de suspensão/redução, conforme detalhamento narrado no Relatório de Auditoria Fiscal que se encontra anexo ao presente Auto de Infração. Fatos

geradores ocorridos entre 31/01/2006 e 31/12/2009. Infração capitulada nos arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996 e art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

Os Auditores Fiscal da Receita Federal do Brasil responsáveis pela constituição do crédito tributário lançado esclarecem, ainda, através do Relatório da Auditoria Fiscal (fls. 54/74), entre outros, os seguintes aspectos:

- que nos anos-calendário objeto das análises desta fiscalização (2006 a 2009), a empresa registrou em sua contabilidade, valores consideráveis a título de Despesa de Remuneração de Debêntures, que reduziram os seus resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL dos exercícios;

- que se observou que a fiscalizada vem sistematicamente deduzindo do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL despesas de remuneração de debêntures, caracterizadas por participação nos resultados;

- que, com efeito, após as análises dos fatos e dos documentos apresentados pelo contribuinte, firmamos o entendimento de que tais despesas, como consideradas pela fiscalizada, são indedutíveis na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, pois, não se enquadram na hipótese de participação no lucro prevista no inciso I do art. 462 do RIR/99; portanto, deveriam ter sido adicionadas ao lucro líquido na apuração do Lucro Real e à base de cálculo da CSLL – o que não foi feito pela fiscalizada;

- que o empreendimento “Shopping Center Tacaruna” teve início em 01/08/1992, através da constituição do Consórcio “Multicorp / Bompreço”, com a participação da Multicorp Construções e Incorporações Ltda. em 75% do empreendimento e os 25% restantes pertencentes ao Bompreço S/A;

- que o BOMPREGO e a MULTICORP celebraram em 29/07/1993, Promessas de Compra e Venda com os fundos de pensões COMPREV E CELPOS, tendo como objeto área real privativa de lojas, bem como frações ideais do terreno de áreas comuns referentes às futuras unidades autônomas do Shopping Center Tacaruna;

- que, em 30/06/1994, foi constituída a empresa Shopping Center Tacaruna S/A, sendo a MULTICORP sua sócia majoritária, com 99,94% de participação e tendo como objeto social exclusivamente a aquisição de parte do empreendimento denominado Shopping Center Tacaruna, a ser construído na cidade do Recife, para posterior locação;

- que, em 30/09/1994, a MULTICORP transferiu 255 da sua participação no empreendimento ao BOMPREGO, através de Contrato de Promessa de Compra e Venda com Cessão Parcial de Direitos e Obrigações;

- que, em 19/09/1995, a MULTICORP alienou à FUNCEF, 20,155 da área real privativa de lojas, bem como frações ideais do terreno e áreas comuns referentes às futuras unidades autônomas do Shopping Center Tacaruna, pelo valor contratado de R\$ 9.653.001,49. Nesta mesma data, a MUTICORP transferiu 50% dos direitos relativos ao contrato supra ao BOMPREGO;

- que, em 31/01/1996, a MULTICORP alienou toda a sua participação no empreendimento para o Shopping Center Tacaruna S/A (25%). Nesta mesma data, foi transferido o controle acionário da fiscalizada ao BOMPREGO, passando ambos a possuírem 50% de participação no empreendimento;

- que apesar de a fiscalizada ter como objeto social: “exclusivamente, a participação no empreendimento denominado – Shopping Center Tacarana”, conforme alteração estatutária promovida pela Assembléia Geral Extraordinária de 31/05/1996, verifica-se, na prática, que a remuneração paga aos debenturistas anula o resultado tributável da empresa, sendo, portanto esses (os debenturistas) os beneficiários efetivos de todo o resultado operacional da fiscalizada, antes da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL da fiscalizada;

- que nos anos calendário objeto desta fiscalização (2006, 2007, 2008 e 2009), a fiscalizada deixou de adicionar, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as despesas indedutíveis de remuneração de debêntures lançadas na sua contabilidade;

- que tendo em vista que, nos anos calendários de 2006 a 2009, a empresa optou pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real, sujeitas ao pagamento das estimativas mensais, e, em considerando as infrações apuradas por esta fiscalização, que alteraram os resultados fiscais dos períodos., apuramos que a fiscalização deixou de efetuar o pagamento do IRPJ e da CSLL a título de estimativas mensais;

- que a falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa e a multa isolada pela falta de pagamento do IRPJ e da CSLL devidas por estimativa mensal. Portanto, nos anos calendários de 2006 a 2009, a empresa optou pela forma de tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real anual, sujeito ao pagamento das estimativas mensais, e, em considerando as infrações apuradas por esta fiscalização, que alteram os resultados fiscais dos períodos, apurados que a fiscalizada então deixou de efetuar o pagamento do IRPJ e da CSLL a título de estimativas mensais;

- que a empresa apurou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário de 2006, no valor de R\$ 7.213,45, conforme valores registrados no seu LALUR do ano de 2006 e informados na sua DIPJ/2007;

- que, assim sendo, as compensações efetuadas pela fiscalizada no ano calendário de 2007, no valor de R\$ 3.819,03, são indevidas por inexistência de saldo de período anteriores; logo, serão glosadas e tributadas por esta fiscalização;

- que as alterações no valores dos resultados fiscais após a apropriação dos resultados desta fiscalização, bem como suas respectivas compensações, estão detalhadas nos demonstrativos do sistema da RFB – SAPLI.

Em sua peça impugnatória de fls. 1254/1284, instruído pelos documentos de fls. 1285/1345, apresentada, tempestivamente, em 18/01/2012, o autuado se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a Receita Federal do Brasil deflagrou fiscalização especial em empresas que fizeram operações de lançamento de debêntures no mercado financeiro, uma vez que, em diversos outros casos, identificou que os compradores do papel têm algum tipo de vínculo com a empresa emitente das debêntures. A investigação tinha por objetivo verificar se o negócio jurídico de fato existiu, se era válido e eficaz, ou se tratava de planejamento tributário para pagar menos tributos (na medida em que as despesas com o pagamento de juros das debêntures diminuem o lucro da empresa, o que reduz os valores e da CSLL a serem pagos);

- que é válido consignar, que a autoridade lançadora não faz qualquer referência sobre haver ou não vínculo entre os debenturistas e a impugnante, o que não há, constituindo-se, isso, fato incontroverso;

- que a Ilustre Autoridade Lançadora se utiliza da decisão proferida no Caso Natura para fundamentar a autuação. O problema, ao que parece, está no sistema de cálculo da remuneração da debênture, denominado RODI, que, a seu ver, “A sua consequência prática é a impossibilidade de a empresa obter lucro, afastando a tributação do IRPJ e da CSLL”;

- que no caso da impugnante, há quatro diferenças cruciais: primeiro, havia, de fato, a necessidade de captação de recursos, a justificar a emissão das debêntures; segundo, as debêntures foram adquiridas por terceiros (as Entidades de Previdência Complementar – EPC: CAPEF, FACHESF, CELPOS e COMPREV), sem qualquer vínculo com a impugnante; terceiro, foi identificada a origem (aquisição dos recursos financeiros mediante emissão de debêntures) e a aplicação dos recursos (participação na construção da primeira Etapa do Empreendimento Shopping Center Tacaruna); e, quarto, o objetivo do negócio não era reduzir carga tributária, tampouco anular o resultado tributável da empresa, mas viabilizar o Empreendimento Shopping Center Tacaruna;

- que outro ponto que mostra a diferença entre o Caso Natura e o presente, é a temporalidade. O caso em lide, da impugnante, esse negócio ocorreu em 25/06/1995 e as debêntures ainda existem sem prazo para pagar ou permutar em área bruta locável, o que significa 16 anos que a negociação não foi feito num dia e desfeito na outra;

- que a Impugnante não pode ser autuada só porque foi forçada a buscar recursos no mercado financeiro e emitir debêntures e, conseguindo-os, por aplicá-los na Primeira Etapa do Empreendimento Shopping Center Tacaruna;

- que se buscou parte dos recursos junto à instituição financeira (BNDES) e se pensou, para dar seqüência à Etapa I do Empreendimento, em lançar debêntures, tendo como garantia a parte da construção que, àquela altura, estava em estágio avançado. Inicialmente, foram lançadas debêntures privadas, seguidas de debêntures públicas numa empresa cujo valor do ativo era formado pela construção em andamento (do Empreendimento Shopping Center Tacaruna) e o passivo eram as debêntures. Essa alternativa, ao que se pensou, seria a melhor estratégia para se conseguir os recursos financeiros;

- que foram emitidas as debêntures e hauridos os recursos com os quais se concluiu a Primeira Etapa do Empreendimento Shopping Center Tacaruna. É dizer: sem eles (os recursos hauridos) seria impossível a conclusão da Primeira Etapa do Empreendimento. Isso já prova a necessidade de se ter que suportar a despesa com a remuneração das debêntures (juros); e sendo uma despesa necessária, pertinente e normal, é dedutível do IRPJ e CSLL (RIR/99, art. 299);

- que as debêntures, enquanto título de crédito, são preferíveis a outro meio de captação de recursos, para se pagar menos encargos financeiros. O estranho é que não se questione a despesa quando os recursos são originários de bancos (mesmo sendo mais oneroso) e se questione os juros das debêntures, que são menos onerosos e melhor para o fisco;

- que a remuneração da debênture tomando-se por base o fator denominado Resultado Operacional Disponível (RODI) é incomum. Mas, na verdade, trata-se de planejamento financeiro e não tributário com cláusulas negociais claras, evidentes e com circulação de recursos. No caso da debênture ela é mais que longo prazo porque já decorrem quase duas décadas de existência;

- que estando suportado em causas reais, o Fisco a ele nada pode opor. E foi esse o caso dos autos: utilizando-se de suas liberdades negociais, a Impugnante, para viabilizar uma etapa apenas do empreendimento sem pagar juros acima do mercado financeiro (e não pensando em reduzir tributos), por estratégia, lançou as debêntures. E, com a concretização dessa Primeira Etapa, poderia dar seguimento às próximas etapas com capital de risco;

- que não se pode falar em destinação do lucro aos debenturistas, como sugere a Autoridade Lançadora. Essa figura de destinação do lucro ao debenturista somente seria possível de se falar se estes fossem também Acionistas (que não é o caso) ou se a remuneração das debêntures consistisse em participação sobre o lucro; tomando-se esse lucro como base de remuneração; seguindo-se, nesta hipótese, o que determinam o inciso VI do art. 187 e o art. 190 da Lei das Sociedades por Ações. E assim não foi. A remuneração do debenturistas tomou como base o Resultado Operacional Disponível (parte da demonstração financeira que se pode chamar, de acordo com o Prospecto de Oferta Pública de Debêntures, de Demonstração do Fluxo de Caixa ou Resultado Financeiro);

- que, de outro lado, em relação ao Imposto sobre a Renda e à CSLL não há diferença de tributação, na medida em que os debenturistas (CELPOS, FACHESF e COMPREV), mesmo em relação à participação direta na Segunda Etapa do Empreendimento Shopping Center Tacaruna, não recolhem aquelas exações, posto que os rendimentos por eles obtidos são isentos;

- que a Autoridade Lançadora interpretou que a remuneração das debêntures levada a efeito pela Impugnante teria tido como base de remuneração a Participação nos Lucros. E isso não aconteceu;

- que, em verdade, ocorreu foi que a Impugnante precisava remunerar os debenturistas. A Lei das Sociedades por Ações, consoante dispositivo antes transcrito, deixa a critério da Emitente da debêntures o “modus” da remuneração. Dentre as formas de remuneração, tem-se; juros, participação nos lucros e prêmio;

- que, no caso da Impugnante, ela tomou como forma de remuneração os juros (decorrentes do RODI, cuja composição é formada de elementos que, em sua essência, são tidos como resultado financeiro da companhia);

- que, aliás, é oportuno consignar que, para que se trate de juros remuneratórios, foi garantido aos debenturistas, nos três primeiros anos, uma remuneração mínima (no mínimo a meta atuarial das Entidades de Previdência Complementar – EPC, na qualidade de debenturistas). Isso evidencia a diferença do RODI para a “participação nos lucros”, já que, com ou sem lucro, as debêntures seriam remuneradas, como de fato o foram;

- que como a remuneração paga pela Impugnante se caracteriza como despesa financeira de juros, eis que essa, embora se apresente, como deve, na Demonstração do Resultado do Exercício, não é item que se espelhe após a absorção dos prejuízos acumulados e da provisão para o Imposto sobre a Renda e da CSLL, conforme citado no item 42 do Relatório de Auditoria Fiscal;

- que como esse critério de remuneração (no caso presente, juros calculados tendo como base de cálculo o RODI), é permitido pela legislação societária em destaque, constante, inclusive, em toda a documentação básica à emissão da debênture, eis que o negócio

jurídico celebrado entre as partes possui todas as características que lhe são imprescindíveis: existência, validade e eficácia;

- que é certo que acolhidas as razões de defesa anteriores, afastando-se a infração principal, as infrações reflexas serão, igualmente, afastadas, na medida em que a acusação de “falta de pagamento do IRPJ e da CSLL mensal por estimativa” e “insuficiência de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL de exercícios anteriores”, são reflexas da acusação (principal) de “falta de adição na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL de despesa indedutível de remuneração de debêntures”;

- que sob o argumento de que a “fiscalizada então deixou de efetuar o pagamento do IRPJ e da CSLL a título de estimativas mensais” (“considerando as infrações apuradas por esta fiscalização, que alteraram os resultados fiscais dos períodos), a Autoridade Lançadora aplica multa de 50% sobre o valor que deixou de ser paga no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2009. Acontece que o Auto de Infração só foi lavrado em dezembro de 2011, isto é, quando já ultrapassados mais de 05 (cinco) anos dos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 2006;

- que, em todos os períodos, a Impugnante apurou o IRPJ e a CSLL, sendo que somente para os meses de fevereiro e setembro de 2006 houve valor a recolher (que foi efetivamente recolhido). Entretanto, o que é mais importante é a atividade exercida pela Impugnante: realizou o lançamento dos tributos em questão, lançamento este que estava sujeito à condição resolutória de ulterior homologação a ser exercida pelo Fisco no prazo de 05 (cinco) anos contados do fato gerador;

- que a impossibilidade de concomitância de multas, de fato as hipóteses de aplicação previstas para ambas as multas são diferentes e excludentes, não comportando interpretação. Segundo o inciso I do art.44 da Lei 9.430/96, a multa de ofício será aplicada juntamente com o tributo apurado por lançamento de ofício (regra geral. A multa isolada em questão, por sua vez, não é aplicável na hipótese de lançamento de ofício de tributo, mas apenas de aplicação isolada de multa, quando a estimativa mensal não é recolhida;

- que impõe-se reconhecer a improcedência da multa isolada imposta concomitantemente com a multa de ofício imposta no mesmo Auto de Infração pelo não recolhimento dos tributos em questão (IRPJ e CSLL);

- que a impossibilidade de impor multa isolada depois de encerrado o período de apuração, ou seja, a CSRF já decidiu no sentido de que, encerrado o período de apuração do IRPJ e da CSLL, a exigência de recolhimentos por estimativa deixa de ter sua eficácia, uma vez que prevaleça a exigência do imposto efetivamente devido, com base no lucro real, apurado em declaração de rendimentos apresentada;

- que, portanto, não procede à multa isolada porque imposta depois de encerrado o período de apuração;

- que a desproporcionalidade das multas aplicadas, não bastasse o quanto defendido, impõe-se destacar um fato inusitado; a Autoridade Lançadora apurou IRPJ a pagar no valor de R\$ 3.486.442,76, e CSLL a pagar no valor de R\$ 1.284.052,36; de outro lado, para o IRPJ aplica uma multa total de R\$ 4.345.967,08 e para a CSLL aplica uma multa total de R\$ 1.601.563,67. Veja-se que a multa pelo suposto descumprimento das obrigações principal (pagar o tributo) e acessória (antecipar o recolhimento) é superior ao valor do próprio tributo;

- que, diante de tudo isso, em caráter de pedido sucessivo, a Impugnante requer, acaso superados os pedidos anteriores, que, diante das peculiaridades do caso concreto, se afaste a multa imposta, utilizando-se, para tanto, dos princípios da equidade, da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife – (PE), concluíram pela improcedência da impugnação e pela manutenção do crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, no que diz respeito da remuneração de debêntures, é de se dizer, que apesar de a interessada ter como objeto social, de forma exclusiva, a participação no empreendimento denominado Shopping Center Tacaruna, conforme alteração estatutária promovida pela Assembléia Geral Extraordinária de 31/05/1996, na prática, vem ao longo dos anos remunerando debêntures de sua emissão em valores que, praticamente, anulam os seus resultados tributáveis (vide quadro da fl. 63);

- que a base adotada no cálculo da remuneração, denominada “Resultado Operacional Disponível – RODI”, não conferiria característica de participação no lucro, pois que diferente do resultado do exercício, nos termos estabelecidos pela Lei Societária todo o resultado operacional da empresa antes da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL fora destinado aos debenturistas, particularidade ocorrida de comum acordo entre eles e a interessada (item 41, fl. 64);

- que da leitura dos artigos 56, 187, VI c/c art.189 da Lei nº 6.404, de 1976, restaria claro que as debêntures podem assegurar ao seu titular participação no lucro da companhia, dedutível na demonstração do resultado do exercício, consoante previsão do inciso I do art. 426 do RIR, de 1999, somente após a absorção dos prejuízos acumulados e da provisão para o IRPJ e CSLL o que não teria sido observado no caso em questão;

- que a remuneração assim decorreria de ato de liberalidade, de favor, estranho aos objetivos sociais da empresa. A consequência prática da utilização do “RODI”, com efeito, fora a impossibilidade de a empresa obter lucro, o que denota intenção de furtar-se à tributação do IRPJ e da CSLL (item 48, fl. 66);

- que na impugnação contrapõe-se, em substância, que o caso em questão seria completamente distinto daquele tratado na decisão (Acórdão nº 101-94986 do Conselho de Contribuinte, atual CARF, fls. 66, 67 e 68) em que se fundamentou a autuação. Ali, o único objetivo teria sido a redução da carga tributária, o que, para tanto, “a companhia se utilizou de operação inexistente no mundo dos fatos”. Aqui, teria havido a prática efetiva de um negócio jurídico, válido e eficaz;

- que não haveria falar em ato de mera liberalidade, ou benefício, na destinação de todo o Resultado Operacional Disponível (RODI) para os debenturistas, pois que teria havido necessidade, qual seja a viabilização do empreendimento Shopping Center Tacaruna;

- que não se poderia falar em destinação do lucro aos debenturistas, como teria sugerido a autoridade lançadora. “A remuneração concedida aos debenturistas, consoante o Prospecto de Oferta Pública de Debêntures, consistiu no pagamento de juros (os quais tiveram como base o RODI), e não participação nos lucros.” A Lei nº 6.404, de 1976, não

determinaria forma específica de remuneração aos debenturistas (fl. 1.266). A remuneração das debêntures tratar-se-ia de “despesa financeira de juros”, pelo que seriam dedutíveis na apuração do resultado do exercício;

- que o negócio que envolveu a emissão e a remuneração das debêntures seria existente, válido e eficaz, uma vez que se apoiaria “em legítimos propósitos negociais, de forma que, contra ele, o Fisco nada pode objetar;

- que não há acordar com as razões da defesa. Como se sabe, debêntures são certificados ou títulos de valores mobiliários representativos de dívida de médio e longo prazo que asseguram a seus detentores (debenturistas) direito de crédito contra a companhia emissora;

- que a possibilidade de a emissora determinar o fluxo de amortizações e as formas de remuneração dos títulos é o principal atrativo das debêntures. Essa flexibilidade permite que as parcelas de amortização e as condições de remuneração se ajustem ao fluxo de caixa da companhia, ao projeto que a emissão está financiando se for o caso e às condições de mercado no momento da emissão;

- que por tratar-se de despesas financeiras e, portanto operacionais, o pagamento de juros, sejam eles fixos ou variáveis, é dedutível na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. O pagamento a título de participação no lucro é dedutível *ex vi* inciso I do art. 462 do RIR, de 1994. Para que seja dedutível, assim, a remuneração há de se enquadrar numa dessas hipóteses;

- que a remuneração por meio do que se chamou de “RODI” não se caracteriza como participação nos lucros, pois que só se pode falar desta, como dedução na demonstração do resultado do exercício, somente após a absorção dos prejuízos e das provisões do IRPJ e da CSLL;

- que a remuneração de debêntures em monta que, praticamente, exaure todo o resultado da empresa o que ocorre *in casu* vai de encontro à própria essência da emissão do título, que é a economia financeira na captação de recursos, como dito alhures;

- que, neste caso, a suposta remuneração, portanto, por não se enquadrar como juros ou participação nos lucros, deveria ter sido adicionada ao lucro líquido para efeito de cálculo das bases do IRPJ e da CSLL, particularidade que, por si só, dá sustentação ao lançamento;

- que não há dúvidas de que adrede se planejou as operações das quais resultou a remuneração das debêntures, em valores que consumiram todo o resultado da empresa, com o único objetivo de obter-se vantagem tributária. Isso fica claro da leitura dos Relatórios da Administração das Demonstrações Financeiras dos anos de 1997 a 2000 (malgrado tratar-se de anos diversos, a situação persistiu ao longo dos anos objeto da autuação), disponibilizados no site da CVM (vide fl. 64);

- que a economia de tributo não é objeto social de nenhuma empresa. Na condução dos negócios, é evidente que tal economia pode lícitamente ocorrer, mas há que decorrer do cumprimento do objeto social da sociedade, o que não ocorreu *in casu*;

- que, no que diz respeito das multas e da decadência, é de se dizer, que consoante a impugnação, por os lançamentos do IRPJ e da CSLL serem por homologação, apurados na forma do art. 150 do CTN, teria decaído o crédito relativo às multas isoladas por falta de pagamento de estimativa dos meses de janeiro a novembro de 2006;

- que é de se observar, em relação a esse tipo de exação, o disposto no inciso I do art. 173 do CTN. Como não se passaram mais de cinco anos entre a data da ciência do lançamento e o primeiro dia do ano de 2007, não houve perda do direito de lançar, evidentemente;

- que, no que diz respeito da concomitância da multa por falta de recolhimento e da por falta de pagamento das estimativas, pode-se notar, que contrapôs-se na impugnação, a multa isolada (inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996) e a multa proporcional (inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996) não poderiam ser aplicadas de forma concomitante, pois que incidiriam sobre a mesma base, além do que a primeira não poderia ser aplicada após encerrado o período de apuração, uma vez que prevaleceria “a exigência do imposto efetivamente devido”;

- que se decidiu quanto ao lançamento do IRPJ estende-se ao lançamento da CSLL, em virtude da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

A decisão encontra-se consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

LUCRO REAL. REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. DEDUÇÃO. FALTA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

A despesa com remuneração de debênture não pode ser deduzida do lucro líquido quando não reúne as condições estabelecidas pela legislação fiscal. A remuneração calculada exclusivamente sobre a participação no resultado operacional disponível (receitas menos algumas despesas) não é dedutível do lucro líquido, pois que não caracteriza participação nos lucros, tampouco pagamento de juros.

MULTA ISOLADA. IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA. FALTA DE RECOLHIMENTO.

A tributação com base no lucro real anual sujeita a pessoa jurídica a antecipações mensais do imposto, calculadas com base em estimativa. O não recolhimento, ou o recolhimento a menor, da antecipação enseja a aplicação de multa de ofício isolada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA.

A perda do direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo à multa isolada extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

*MULTA ISOLADA. MULTA PROPORCIONAL.
CONCOMITÂNCIA.*

É cabível a aplicação da multa exigida em face do não recolhimento das estimativas mensais concomitantemente com a multa proporcional referente ao IRPJ devido e não pago ao final do período, haja vista as respectivas hipóteses de incidência cuidarem de situações distintas.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A decisão prolatada no lançamento matriz estende-se ao lançamento decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 25/07/2012, conforme Termo constante às fl. 1396, e, com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, em tempo hábil (23/08/2012), o recurso voluntário de fls. 1396/1434, instruído pelos documentos de fls. 1435/1462, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, **no que diz respeito da preliminar de nulidade da decisão recorrida**, é de se dizer, que tratando-se de preliminar, a Recorrente adianta, alguns aspectos que ensejam a nulidade da decisão recorrida, posto que não enfrentou todos os pontos Impugnados tampouco motivou-se como deveria. No entanto, diante da relevância desses pontos, impunha-se que fossem enfrentados para deslinde desta contenda;

- que não obstante a clara demonstração do propósito lícito e do real objetivo da Recorrente, a decisão recorrida, superficialmente, limitou-se a argumentar que, no caso presente, o objetivo da Recorrente era, simplesmente, vantagem tributária; e, para tanto, partiu da premissa de que toda empresa tem que dar lucros aos seus sócios. Em seu favor, invocou o Acórdão nº 101-94986 e argumentou que “não é razoável aceitar como dentro dos objetivos sociais a remuneração de debêntures que consumiu todo o resultado da empresa, ou melhor, que possibilitou o auferimento de lucros”;

- que, por fim, a decisão recorrida não se manifestou sobre ponto específico relacionado às multas impostas: a desproporcionalidade dessas e o pedido de afastamento / redução. Não tratou em nenhum momento sobre isso. Não há uma linha sequer;

- que é dever do agente público, na prolação de decisão, em sede de processo administrativo, a análise dos aspectos fáticos trazidos na defesa, sob, pena de violação ao due process of Law e aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

. Não tendo, portanto, havido enfrentamento do cerne da questão, diante disso, o primeiro pedido da Recorrente é pela nulidade da decisão recorrida;

- que, **no que diz respeito da contextualização do negocio jurídico firmado, o qual apresenta as características básicas; existência, validade e eficácia**, é de se dizer, que a Ilustre Autoridade Lançadora se utiliza da decisão proferida no Caso Natural para fundamentar a autuação que é completamente diferente do caso em lide. E pior é que esse fato não foi enfrentado na decisão Recorrida;

- que em relação à remuneração do debenturista tomou com base de cálculo o Resultado Operacional Disponível, (parte da demonstração financeira que se pode chamar, de acordo com o Prospecto de Oferta Pública de Debêntures, de Demonstração do Fluxo de Caixa ou Resultado Financeiro);

- que, deste modo, é de se afirmar que a remuneração concedida aos debenturistas, consoante o Prospecto de Oferta Pública de Debêntures, consistiu no pagamento de juros (os quais tiveram como base o RODI), e não participação nos lucros. E o mesmo que se dizer que a Recorrente pagou despesas de juros aos debenturistas, sendo essas indiscutivelmente dedutíveis, como seria no caso de se pagar despesas de juros a uma instituição bancária;

- que o negócio jurídico que envolve a emissão e a remuneração das debêntures é existente, válido e eficaz, posto que se apóia em causas reais, em legítimos propósitos negociais, de forma que, contra ele, o Fisco nada pode objetar. Sendo assim, são insubsistentes a acusação fiscal e a infração apontada, bem como a decisão recorrida, pelo que esta deve ser reformada e da Impugnação deve ser julgada procedente, cancelamento, no todo, o Auto de infração;

- que o valor da multa isolada imposta corresponde a exatos 50% dos tributos apurados. Acontece que, sobre essa mesma base foi imposta multa de ofício de 75%, pelo que se depreende que, sobre o mesmo fato, estão sendo aplicadas multas concomitantes. Dessa forma, impõe-se reconhecer a improcedência da multa isolada imposta concomitantemente com a multa de ofício imposta no mesmo Auto de Infração pelo não recolhimento dos tributos em questão (IRPJ) e (CSLL);

- que a impossibilidade de impor multa isolada depois de encerrado o período de apuração, como visto anteriormente, a DRJ/REC rejeitou a Impugnação no que tange à multa isolada. E rejeitou o argumento aqui tratado especificamente ao argumento de que “Inexiste restrição legal quando à aplicação da referida multa após o encerramento do ano-calendário”;

- que as desproporcionalidade das multas aplicadas, ou seja, não bastasse o quanto defendido, impõe-se destacar um fato inusitado: a Autoridade Lançadora apurou IRPJ a pagar no valor de R\$ 3.486.442,76, e CSLL a pagar no valor de R\$ 1.284.052, 36; de outro lado, para o IRPJ aplica uma multa total de R\$ 4.345.967,08 e para a CSLL aplica uma multa total de R\$ 1.601.563,67. Veja-se que a multa pelo suposto descumprimento das obrigações principal (pagar o tributo) e acessória (antecipar o recolhimento) é superior ao valor do próprio tributo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Trata o presente de Recurso Voluntário (fls. 1396/1434), interposto contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife - PE (fls. 1378/1387).

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente aos exercícios de 2007 a 2010, onde a autoridade fiscal lançadora lavrou os autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 03 e 04) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 29 e 30), formalizando a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 12.344.913,99 (valores principais, multas e juros).

De acordo com o Relatório de Auditoria Fiscal (fls. 54 a 74), o lançamento decorreu de adições não computadas na apuração das bases de cálculo dos tributos, sob a acusação de que as despesas deduzidas a título de remuneração de debêntures não se enquadrariam na hipótese de participação do lucro do inciso I do art. 462 do RIR, de 1999; de compensações indevidas de prejuízos e de bases negativas de CSLL de períodos anteriores, por insuficiência de saldos, e de falta de recolhimento de estimativas mensais (lucro real anual), o que deu ensejo ao lançamento de multa isolada.

Inconformada, em virtude de não ter logrando êxito na instância inicial, a contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, ataca o que entende terem sido os fundamentos do lançamento apresentando as preliminares de decadência e da nulidade da decisão recorrida, bem como apresenta razões de mérito.

Deixo de analisar as preliminares suscitadas em razão da decisão de mérito.

Inicialmente é importante se observar, que no presente processo não houve a qualificação da multa de ofício, ou seja, não ocorreu a simulação de qualquer ato (simulação se caracteriza, entre outras hipóteses, pela interposição de pessoas, e que a divergência entre a verdade declarada e a verdade real).

Da mesma forma é importante observar, que a recorrente enfatiza, que o Acórdão nº 101-94.986 (caso Natura), exarado em 19/05/2005, sob a relatoria da Conselheira Sandra Maria Faroni. Determinante, naquele caso, foi a inexistência de ingresso de novos recursos financeiros na empresa, pois apenas foi alterado o título da sua obrigação frente aos acionistas (o que era crédito de acionista, dividendos a pagar, foi transformado em crédito de debenturista), bem como a remuneração das debêntures centrada exclusivamente em lucros da companhia, afirmando-se ser pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas, salvo se esses terceiros fossem os mesmos detentores do capital da empresa. Daí a conclusão de que operações formalizadas apenas “em papel” não poderiam transformar artificialmente lucros distribuídos em despesa dedutível.

Já no presente caso, a recorrente reafirma que houve entrada efetiva de novos recursos financeiros, o percentual de remuneração está justificado pela relação capital/valor de subscrição das debêntures e por se tratar de empresa em início de atividade, e o valor da remuneração foi inferior aos juros cobrados pelos estabelecimentos bancários.

Da leitura do relatório da Auditoria Fiscal (fls. 54/74), observa-se, que da análise da autoridade fiscal entendeu-se que a empresa registrou em sua contabilidade, valores consideráveis a título de Despesa de Remuneração de Debêntures, que reduziram os resultados tributáveis do IRPJ e da CSLL da recorrente dos seguintes anos-calendário: 2006 – no valor total de R\$ 3.323.864,86; 2007 – no valor de R\$ 3.509.361,94; 2008 – no valor de R\$ 2.824.419,38; e 2009 – no valor de R\$ 4.633.545,42.

Por outro lado, alega a recorrente, que não se pode falar em destinação do lucro aos debenturistas, como sugere a autoridade lançadora. Entende a recorrente, que essa figura de destinação do lucro ao debenturista somente seria possível de se falar se estes fossem também acionistas (que não é o caso) ou se a remuneração das debêntures consistisse em participação sobre o lucro; tomando-se esse lucro como base de remuneração; seguindo-se, nesta hipótese, o que determinam o inciso VI do art. 187 e o art. 190 da Lei das Sociedades por Ações. E assim não foi. A remuneração do debenturista tomou como base o Resultado Operacional Disponível (parte da demonstração financeira que se pode chamar, de acordo com o Prospecto de Oferta Pública de Debêntures, de Demonstração do Fluxo de Caixa ou Resultado Financeiro).

De fato, da análise dos autos, observa-se que a recorrente de fato tratou a operação pagando juros remuneratórios, razão pela qual foi garantido aos debenturistas, nos três primeiros anos, uma remuneração mínima. Isso evidencia a diferença do RODI para a participação nos lucros, já que, com ou sem lucro, as debêntures seriam remuneradas, como de fato o foram.

Também é fato, que a recorrente apresenta diversos aspectos que demonstravam que a natureza da remuneração era juro. Cita-se o aspecto financeiro da operação e que os debenturistas não tinham nenhuma ligação com a recorrente até porque todas são Fundações de Previdência Complementar ligadas a empresas públicas (CHESF, COMPESA, BNB E CELPOS).

Indiscutivelmente, as debêntures são, fundamentalmente, uma forma de captação de recursos para as sociedades por ações. A disciplina legal desses títulos de crédito encontra-se na Lei nº 6.404, de 1976, arts. 52 a 74 (com as modificações das Leis nºs 9.457, de 1997 e 10.303, de 2001). Esses títulos conferem aos seus titulares direito de crédito contra a companhia, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado.

A debênture emitida pela companhia pode assegurar ao seu titular participação no lucro da companhia. De acordo com o RIR/1999, art. 462, I, podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas a debêntures de sua emissão.

Assim, as debêntures são emissões de títulos de companhias, negociáveis, que podem assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro e prêmio de reembolso, podendo ter garantias, ou conversíveis em ações, tudo de conformidade com a deliberação da assembléia de acionistas. Tais títulos deverão ser formalizados mediante

competente escritura, com os registros oficiais pertinentes, tais como o registro do comércio e na Comissão de Valores Mobiliários.

Cabe acrescentar que a dedutibilidade é extensiva também para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, uma vez que não existe impedimento legal à dedução dessas participações na base de cálculo da contribuição.

Nos termos da Lei nº 6.404, de 1976, art. 56, "a debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso".

Em face da referida dedutibilidade, o Fisco tem sido rigoroso ao verificar a efetividade da emissão de debêntures, particularmente quando há aquisição desses títulos pelos próprios acionistas controladores da companhia, que não é o caso em discussão.

A princípio, para que a dedutibilidade seja aceita pela autoridade fiscal dois aspectos são fundamentais:

a) comprovação da efetiva captação de recursos pela companhia emitente;

b) não-caracterização de simulação tendente a transformar lucros distribuídos em remuneração das debêntures, com utilização indevida da dedução.

É de se lembrar, ainda, que a dedução das despesas decorrentes das obrigações relativas a debêntures está condicionada, entre outras, à efetiva captação de novos recursos financeiros inerente à emissão desses títulos.

É bom lembrar, que despesas operacionais são aquelas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais conforme o ramo de atividade. A jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais consagrou o entendimento de que a dedutibilidade de uma despesa operacional não está condicionada apenas a ela ter sido assumida ou paga, é imprescindível que reste comprovado que se refere à contraprestação de algo recebido.

Entendo que a presente emissão e subscrição das debêntures atenderam a todos os requisitos formais exigidos pela legislação comercial aplicável, da mesma forma penso estarmos diante de hipótese em que não se revela a artificialidade da transação, realizada com objetivos puramente mercantil.

A própria autoridade fiscal lançadora reconhece que não houve nenhuma simulação, planejamento tributário ou fraude a lei. Tanto é que não qualificou a multa de ofício. No pensamento da autoridade fiscal o que houve foi uma simples glosa de despesas, sob o argumento que a despesa gerada pela emissão das debêntures absorviam quase que a totalidade do lucro tributável.

Nesta linha de pensamento, destaco em favor da recorrente quatro particularidades essenciais que diferenciariam a sua conduta de outros procedimentos adotados por diversas empresas: a) teria havido a necessidade de captação de recursos, a justificar a emissão de debêntures; b) as debêntures teriam sido adquiridas por terceiros (as Entidades de Previdência Complementar – EPC, CAPEF, FACHESF, CELPOS e COMPREV) sem qualquer vínculo com a empresa; c) teria sido identificada a origem e a aplicação dos recursos, e d) não teria havido intenção de reduzir a carga tributária, tampouco anular o resultado tributável da empresa.

No caminho a ser percorrido pelo Estado-Fisco para realizar a tributação, segundo os ditames da ordem jurídica, da qual o mesmo não pode se afastar, verifica-se que, superados os momentos anteriores da fixação da hipótese de incidência e do surgimento da obrigação tributária, com a ocorrência do fato gerador, o terceiro estágio consiste justamente na especificação, quantificação, liquidação, apuração ou determinação do volume de recursos pecuniários a serem transferidos para os cofres públicos. Nessa oportunidade, por intermédio de ato administrativo - ou procedimento, conforme o caso -, denominado de lançamento, surge o crédito tributário.

Nessa perspectiva, como afirma a mais abalizada doutrina, o lançamento declara ou reconhece a existência da obrigação tributária e constitui ou quantifica o crédito tributário.

O próprio Código Tributário Nacional distingue a obrigação do crédito. Nessa medida, a obrigação é o primeiro momento na relação jurídico-tributária, quando o conteúdo dessa ainda não se apresenta nítido ou determinado quanto ao valor a ser transferido ao Erário e quanto à perfeita identificação do sujeito passivo.

Exatamente por essas características de indeterminação, apesar de presente o direito do Fisco, a prestação correspondente não pode ainda ser exigida. O crédito, por sua vez, é o segundo momento da relação jurídico-tributária. Resulta, do ato ou procedimento denominado de lançamento. Por intermédio desse expediente, a obrigação tributária, por natureza ilíquida e indeterminada, será devidamente formalizada com o necessário destaque para todos os seus elementos constitutivos. Assim, obrigação e crédito, na linguagem do Código Tributário Nacional, são momentos diversos da mesma relação jurídico-tributária.

Afirma a decisão recorrida, que as despesas incorridas por liberalidade não seriam dedutíveis na apuração do lucro real, questionando o critério de remuneração das debêntures, sob o argumento básico de que a despesa com remuneração de debênture não pode ser deduzida do lucro líquido quando não reúne as condições estabelecidas pela legislação fiscal. A remuneração calculada exclusivamente sobre a participação no resultado operacional disponível (receitas menos algumas despesas) não é dedutível do lucro líquido, pois que não caracteriza participação nos lucros, tampouco pagamento de juros.

É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante a 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”.

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

A debênture, como título de renda fixa, deveria oferecer sempre uma taxa determinada de juros. A atual lei, entretanto, alterando o sistema anterior, estabelece que ‘a debênture poderá assegurar juros fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso’.

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

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

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

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

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

Lei n. 6.404, de 1976

A lei faculta a adoção de juros variáveis, além da participação nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração do capital debenturístico.

Ao assim facultar, a lei não exige a cumulatividade de vantagens ou a alternatividade.

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

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

[...]

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

[...]

Os juros como remuneração necessária

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

[...]

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

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

Tal prática no direito norte-americano, ou seja, de substituição de juros por participação nos resultados das empresas, dá-se na reorganização de empresas insolventes (reorganization). Nesse caso, propõe a administração aos credores debenturísticos a substituição dos juros por uma remuneração advinda de lucros líquidos (net profits) ou de lucros líquidos do exercício (earned profits).

Criam-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à reorganization, planos substitutivos de falência pura e simples, os famosos incorr bonus (cumulative e non cumulative incorr bonus). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados Adjustment bonus.

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

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

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

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

Críticas à participação nos lucros

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

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

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

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

[...]

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

É necessário ressaltar, que no caso analisado, a emissão das debêntures não foi efetiva, que não é o caso em questão, restando manifesto nos autos 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. 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 a verdade real apurada, que prevalece sobre aquela.

Dos fatos indicados, entendo, que os mesmos não revelam a divergência entre a verdade declarada pela contribuinte e a verdade real, de captação dos recursos junto a terceiros (não sócios).

Como já se disse no presente voto, neste processo não há indícios de simulação, fraude, conluio, abuso de forma ou fraude a lei. Isto foi reconhecido pela própria autoridade fiscal no ato da formalização do crédito tributário aplicado a multa de ofício normal de 75%.

O professor Helenilson Cunha Pontes, atuando na condição de debatedor no Primeiro Seminário do Instituto de Pesquisas Tributárias — IPT, realizado no mês de novembro de 2002, publicado sob o título "IMPACTO TRIBUTÁRIO do Novo Código Civil, publicado pela Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2004, págs. 155 a 170, em face da palestra proferida pelo nobre advogado Marco Aurélio Greco, externou sua posição a propósito do tema "O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil", nestes termos:

A meu ver, só temos uma hipótese de inexistência de um motivo real: quando estamos na área do abuso. Se eu estou na área do abuso, estou na área do ilícito. Se estou na área do ilícito, o que era permitido se transforma em proibido. Aqui eu lembro que esses temas de fraude à lei e abuso de direito configuram o que a Dogmática denomina ilícitos atípicos. Por que atípicos? Porque a ilicitude não decorre da contrariedade a uma regra expressa prevista no ordenamento. A contrariedade decorre do exercício de um poder ou de uma norma que permite a você agir, ou seja, você age com base numa norma que lhe permite fazer aquilo, mas a consequência da sua ação viola a eficácia de um determinado princípio. Isso é óbvio em matéria tributária, temos aqui um princípio que é o princípio da capacidade contributiva que está sempre subjacente ao nosso discurso. Quando dentro da minha liberdade contratual pratico um negócio jurídico que posso praticar porque é permitido pelo ordenamento, mas a consequência daquele meu negócio é lesiva à eficácia do princípio da capacidade contributiva, eu posso estar no âmbito do chamado abuso de direito ou abuso da lei. O que vai dizer se estou no âmbito do abuso do direito ou no âmbito do abuso da lei vai ser a ofensa que eu vou ter causado com aquele meu ato ao princípio da capacidade contributiva.

[...]

Agora para concluir, me parece que o tema do abuso não pode ser confundido com o tema da antielisão. Colocar o tema do abuso de direito ou fraude à lei dentro do tema antielisão significa tornar ilícitas ações lícitas. Tenho certeza que o Marco Aurélio não está dizendo isso, mas eu tenho medo do que vai acontecer com a aplicação da Medida Provisória 66 (atual Lei 10.637/02). Significa dizer que economizar tributo passou a ser ilícito, porque diz lá a MP 66 que o motivo seja equivalente. Nós não podemos transformar a exceção, que é a fraude à lei, que é uma possibilidade teórica, uma possibilidade jurídica, uma possibilidade normativa, na regra, isto é, toda e qualquer hipótese de elisão que configurar a prática de um negócio jurídico indireto ou atípico ser desconsiderada simplesmente por que foi para economizar tributo. Uma coisa é elisão, outra coisa é o abuso de forma, o abuso de direito. (...) Dizer que não tenho mais a opção entre duas ou três forma lícitas significa dizer que não tenho mais liberdade de contratar. Liberdade pressupõe alternativas de comportamento. Aceita o pressuposto de que em alguns casos eu não tenho uma alternativa de comportamento na seara tributária, isto é, devo escolher o caminho que o Fisco (não através da lei, mas da interpretação desta), me determinou, significa concluir que desapareceu a liberdade de contratar, de

optar entre caminhos igualmente lícitos. Em uma palavra, significa retirar, significa negar tudo que é de valor na Constituição no que tange à liberdade de iniciativa.

Na mesma obra, agora trazendo à baila palestra do Dr. Ricardo Mariz de Oliveira "Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário", págs. 176 a 207, pedimos vênua para reproduzir as passagens como abaixo:

Inicialmente, é necessário lembrar que a elisão tributária lícita sempre se caracterizou, e se contrapôs à evasão fiscal ilícita, por três — e apenas três — requisitos: (1) ser resultado de atos ou omissões anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que se quer elidir; (2) ser resultado de atos praticados ou omissões mantidas com absoluta observância da ordem jurídica aplicável à situação, ou seja, com absoluta licitude; (3) ser resultado de atos ou omissões reais, e não de atos simulados.

Sempre destaquei que o terceiro requisito está contido no segundo, pois simulação é vício do ato jurídico, portanto, causa de ilicitude, mas é colocada em destaque pó a principal causa de evasão fiscal, como já dito acima. Tanto isto é verdade que a Lei Complementar nº 104 veio se ocupar apenas dela.

Os três citados requisitos são referidos na doutrina e na jurisprudência predominantes, a despeito de algumas vozes isoladas, embora respeitáveis.

[...]

A ilicitude do objeto ou o objetivo de fraudar a lei imperativa não se confundem com a intenção de economizar tributos através de procedimentos lícitos, pois a elisão fiscal é direito que promana da Constituição Federal.

Também é preciso não confundir o motivo determinante do negócio, comum a ambas as partes, que, quando ilícito torna nulo o contrato, com a motivação das partes na estruturação regular dos seus negócios, com vistas à economia de tributos.

Outrossim, embora a lei tributária seja imperativa, a sua imperatividade somente existe após a ocorrência do fato gerador, de tal arte que, antes desse evento o objetivo de evitá-lo, que de resto é constitucionalmente assegurado, não representa fraude à lei tributária.

Portanto, essas causas de nulidade dizem respeito ao negócio jurídico em si, e não aos efeitos tributários dele decorrentes.

[...]

Paralelamente, o art. 104 do novo estatuto civil, reprisando o anterior art. 82, afirma que a validade do negócio jurídico requer "objeto lícito, possível, determinado ou determinável". Ora, determinada estrutura jurídica produtora de objeto lícito, possível, determinado ou determinável no âmbito privado, e igualmente produtora das conseqüentes incidências ou não incidências tributárias, atende a ambos os dispositivos.

Em suma, como sempre foi, o ato continuará lícito enquanto praticado no exercício regular de um direito. O qualificativo "regular" contrapõe-se, como sempre ocorreu, ao exercício irregular, o que se manifesta em cada situação, segundo as suas peculiaridades e circunstâncias.

Mas nem de longe se pode pensar que a escolha de um caminho legal tendente a produzir a elisão fiscal possa, por si só, representar irregular exercício de direito. Pelo contrário, é regular exercício de direito constitucional, na medida em que, como já dito e repetido, o caminho escolhido seja lícito.

[...]

O parágrafo segundo é importante, na medida em que os atos forem praticados com o ânimo do proprietário exercer os atributos da propriedade, acima aludidos, sem prejudicar outrem, que não é o caso do fisco quando não chega a adquirir direito à cobrança de algum tributo porque o proprietário usou o seu patrimônio sem adentra a situação necessária e suficiente à exigência desse tributo.

Em outras palavras, este ou aquele uso da propriedade com vista à economia de tributos é uso que traz utilidade para o proprietário, e, se tal uso não se constitui em "situação definida em lei como necessária e suficiente" à ocorrência do fato gerador, na dicção do art. 114 do CTN, não há intenção de prejudicar o fisco. Tal intenção somente pode existir se o fisco tiver direito ao tributo pela já existência da respectiva situação necessária e suficiente.

Resta claro nos autos, que a autoridade fiscal glosou a redução do lucro, apoiando-se nas regras de dedutibilidade de despesas operacionais previstas no art. 299 do RIR/99, assim redigido:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506/64, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506/64, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei n.º 4.506/64, art. 47, § 2º).

O artigo transcrito não serve como suporte à discutida exigência, posto que o caso em exame não tem a configuração de despesas desnecessárias, que é o substrato fático do referido dispositivo. No caso vertente, trata-se da dedutibilidade da participação conferida aos debenturistas que tem regra própria, assim definida no art. 462 do RIR/99:

Art. 462. Podem ser deduzidas na apuração do lucro líquido do período-base as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 58):

I- asseguradas a debêntures de sua emissão:

Portanto, o fato tributado deveria estar enquadrado no campo de exclusão indevida das bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social e não no âmbito de despesas desnecessárias. É, igualmente, descabida a fundamentação do fisco de que a operação engendrada feriu dispositivos da Constituição Federal, que claramente são destinados ao legislador e não ao órgão executor das leis. Da mesma forma, não têm força para sustentar as exigências tributárias os dispositivos citados do Código Tributário Nacional, em face do primado da estrita legalidade em matéria de exigência tributária.

Ora, quando há um dispositivo normativo específico sobre dedutibilidade de um determinado instituto, não pode a autoridade fiscal lançadora livremente lançar mão do dispositivo genérico, criado para situações que não tenham tratamento legal individual, posto que sua atividade, como é sabido, é vinculada à lei, não permitindo interpretação contrária ao disposto no preceito específico.

O tributarista Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Editora Quartier Latin, ano 2008, p. 690) elucidou a questão da utilização do art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964 – matriz legal do art. 299 do RIR/99 – somente quando não houve regra específica, ao afirmar que:

Portanto, na abordagem do art. 47 deve-se sempre ter em mente que originalmente todas as despesas relacionadas às atividades da empresa ou à manutenção de sua fonte produtora tem vocação para serem deduzidas da base de cálculo do IRPJ, somente se cuidando de acrescentar a ela as despesas para as quais algum dispositivo legal imponha uma exceção à regra da dedutibilidade, numa das situações de exceção acima elencadas.

A Recorrente comprovou que os recursos captados são originários dos subscritores das debêntures. Este é um ponto crucial - a efetiva origem dos recursos. Não a origem em relação ao ingresso no patrimônio da atuada - que foi efetivo e por conta das debêntures, mostram os autos - mas a "origem da origem".

De se perguntar até onde caminhou o trabalho da autoridade fiscal no sentido de comprovar suas suspeitas de que as despesas com a remuneração das debêntures eram excessivas. Nos autos nada consta, a não ser meras ilações da autoridade fiscal.

Uma vertente importante que não foi explorada pela fiscalização é a natureza dos valores pagos por debêntures participativas. Modesto Carvalhosa ao analisar a debênture como título de crédito, assim a definiu:

Constituem as debêntures um direito de crédito do seu titular diante da sociedade emissora, em razão de um contrato de empréstimo por ela concertado. Tem a natureza de título de renda, com juros fixos ou variáveis gozando de garantias determinadas nos termos da escritura de emissão.

Ademais, na subscrição privada de debêntures, como é o caso, tais benefícios se verificam não só quando a emitente é pessoa jurídica sujeita à tributação pelo IRPJ e pela CSLL e a debenturista é pessoa física sujeita apenas ao imposto de renda em menor alíquota, mas também quando a debenturista é pessoa jurídica, pois apesar de a remuneração das debêntures ser despesa para a emitente e receita para a debenturista, com efeitos nulos num mesmo grupo empresarial – salvo em caso de excesso de prejuízos disponíveis para compensação em uma das empresas do grupo –, a amortização do prêmio pela debenturista não

encontra correspondente realização de receita na emitente, enquanto o prêmio é mantido em reserva de capital.

Assim, para não se revestir de artificialidade, o prêmio pago na subscrição das debêntures deve guardar relação com a expectativa de retorno do investimento. Não há razão econômica para a disponibilização de recursos à emitente, que não serão restituídos, salvo se houver a expectativa de o investimento produzir resultados que beneficiarão a debenturista mediante a remuneração fixada, no prazo de vencimento das debêntures.

A meu juízo, a operação, no molde delineado em lei, como presunção relativa não pode prosperar ante todos os elementos probatórios elisivos dessa pretensão existentes nos autos.

Deve se ter em foco que o núcleo de toda a operação fiscalizada é a emissão de debêntures e não uma simples operação de redução do lucro tributável, onde a essência dessa é a escrituração de despesas a título de remuneração de debêntures e a correspondente entrega dos valores aos debenturistas.

A autoridade fiscal lançadora não pode, por mera subjetividade comum, desprezar os elementos próprios e condizentes com a específica atividade da empresa, contextualizando o fato da necessidade considerando a sua causa e a finalidade, tendo em vista o negócio proposto, no caso, emissão de debêntures para movimentar, legitimamente, recursos disponíveis sejam dos sócios, sejam da própria empresa, independentemente de operar-se com recursos de terceiro ou de mercado.

Despesa necessária é aquela que está vinculada à fonte produtora, como reza o Regulamento do Imposto sobre a Renda, e a doutrina, correspondente à efetividade de receita, em contrapartida, não necessariamente decorrente direta das operações comerciais da empresa, mas como ativo da empresa para seus fins de desenvolvimento operacional e negocial. O conceito de necessidade, sob o ângulo tributário, não subsiste isoladamente, por mero interesse comum e geral, porém, deve ser balizado e considerado no contexto organizacional e finalístico das operações implementadas para os objetivos da atividade econômica específica do contribuinte, no caso, remuneração das debêntures, tendo como base juros, adquiridas por empresas que não tinham nenhum vínculo com a recorrente.

É evidente, que comunga-se do entendimento jurisprudencial que planejamentos tributários não se podem limitar a criar artificialmente necessidades, não corroboradas pelos fatos da operação desenvolvida pela empresa, devendo existir a convergência de elementos fáticos da necessidade de se fazer a operação (verdade real).

No caso em comento, não se demonstrou que teria havido qualquer tipo de simulação correspondente a atos jurídicos ou operações permeadas de artificialidade, por tais motivos, foi reconhecida como válida a emissão das debêntures na forma da Assembléia Geral.

Em face ao conjunto probatório dos autos e da acusação fiscal que entendo ter sido elaborada de forma superficial, limitando-se a glosa das despesas pelo simples fato de considerar indedutíveis, entendo que a exigência não pode prosperar, nos termos lavrados.

Importa ressaltar que a emissão e as demais operações realizadas com as debêntures não foi desqualificada ou considerada imprestável para os efeitos fiscais, tanto assim que a autoridade fiscal, para reconhecer os “encargos financeiros das debêntures” se

baseou nesses mesmos lançamentos contábeis auditados, fazendo prova a favor da recorrente no tocante a refletir os registros de fatos narrados pelo mesmo em sua defesa, a fim de afastar a presunção da indedutibilidade da remuneração.

Não é possível reputar artificial este tipo de operação apenas com base no percentual de lucro estipulado para remuneração das debêntures. Como visto, há diversos outros aspectos envolvidos nesta forma de capitalização, e a autoridade lançadora deve analisar estas repercussões antes de afirmar que a emissão de debêntures foi realizada com propósito único de fabricar uma despesa gerando artificialmente deduções fiscais conferidas a este título.

Cabe ao intérprete, mormente no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, como julgador, ponderar tanto as razões econômicas, como técnicas contábeis, operacionais, negociais, financeiras e de gestão corporativa, para bem desenvolver os fundamentos de sua interpretação, não se firmando apenas na aparente formalidade, ainda que correta e não abusiva, nem unicamente pela razão econômica, mas buscando, efetivamente, seja a intenção verdadeira dos seus agentes, como a busca dos resultados, além de econômicos, como outros, inserindo aí o tributário, que possam justificar a aplicação do instituto das debêntures com remuneração através de juros.

O Ato Administrativo de Lançamento requer seja produzida a prova da ocorrência de fato que, inequivocamente, se subsuma à hipótese descrita pela norma jurídica. A fundamentação da glosa de custos ou despesas operacionais realizadas e contabilmente apropriadas pelo sujeito passivo, há de ser acompanhada de elemento probatório, produzido pela Fiscalização, de que os gastos suportados não são necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos. A remuneração das debêntures, satisfeitas as condições legalmente estabelecidas, por se tratar de despesa necessária é dedutível para efeito de se determinar o lucro real.

Conclui-se, do exposto, que o procedimento fiscal não logrou reunir elementos suficientes para atestar que a despesa não era necessária, usual ou normal. O aporte não restou desvinculado das atividades da investida, a forma jurídica escolhida não é vedada em lei, e o montante final de despesas não foi validamente desqualificado frente ao que seria esperado em razão do volume captado. Eventualmente uma abordagem mais ampla dos efeitos tributários da operação poderia revelar seus vícios, especialmente quando considerado o prêmio pago pela debenturista e sua posterior amortização. Contudo, na ausência destes elementos, não há como manter a exigência.

Por esse motivo, a autuação fiscal agiu com desacerto e incongruência a considerar os encargos financeiros de debêntures como indedutíveis, sem demonstrar a invalidade e improcedência dos mesmos, sem desconsiderar as operações realizadas. Há erro de critério de apuração do crédito tributário sobre o interesse fazendário bem visível, que macula, irremediavelmente, também o lançamento de ofício.

Como se infere do relato, a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) decorre do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e, especificamente, em razão das irregularidades apuradas pela autoridade fiscal lançadora e mantidas no decisório recorrido.

Em observância ao princípio da decorrência, e sendo certo a relação de causa e efeito existente entre o suporte fático em ambos os processo, o julgamento daquele apelo principal, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), deve, a princípio, se refletir nos presentes julgados, eis que o fato econômico que causou a tributação por decorrência é o mesmo e já está consagrado na jurisprudência administrativa que a tributação

decorrente/reflexa deve ter o mesmo tratamento dispensado ao processo principal em virtude da íntima correlação de causa e efeito. Considerando que, no presente caso, a autuada não conseguiu elidir a totalidade das irregularidades apuradas, deve-se manter, em parte, o exigido no processo decorrente, que é a espécie do processo sob exame, uma vez que ambas as exigências que a formalizada no processo principal quer as dele originadas (lançamentos decorrentes) repousam sobre o mesmo suporte fático.

Ademais, no caso da aplicação da multa isolada motivada pela falta de recolhimento das estimativas, resta claro, que o ponto nodal da discussão diz respeito ao procedimento fiscal que ocorreu após o encerramento dos exercícios questionados.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico pátrio rechaça a existência de *bis in idem* na aplicação de penalidades tributárias. Significa dizer que não é legítima a aplicação de mais de uma penalidade em razão do cometimento da mesma infração tributária, sendo certo que o contribuinte não pode ser apenado duas vezes pelo cometimento de um mesmo ilícito. Entretanto, não é essa a discussão no presente processo. Aqui a discussão se restringe aos casos em que a aplicação da multa exigida isoladamente foi realizada após o encerramento do exercício questionado.

É de se observar, que a pessoa física ou jurídica que apura resultados positivos (rendimentos ou receitas tributáveis), sofre a incidência da alíquota normal. Se omitiu rendimentos, receitas ou apresentou declaração de rendimentos inexata, sujeita-se à multa de lançamento de ofício. Parece tranqüilo o raciocínio de que o imposto cobrado em virtude desse lançamento continua sendo tributo e que a multa constitui sanção pelas irregularidades levantadas pelo fisco.

Ora, o tributo cobrado através de procedimento de ofício do fisco segue tendo por origem fato gerador concretizado pela atividade do contribuinte, ainda que este, por ação ou omissão, tenha contribuído para a ocultação, total ou parcial, do fato tributado. Não é o comportamento incorreto do contribuinte, eventualmente descoberto pelo fisco, que determina o fato gerador. O fato gerador preexistiu. O fisco apenas sancionou, com multa legal, esse comportamento.

Nesta linha de raciocínio entendo que a razão esta com a decisão recorrida, isto porque depois de encerrado o ano-calendário objeto da penalidade – Multa Isolada, havendo ou não base tributável em 31/12, não há como subsistir tal exigência, já que os dispositivos legais previstos nos incisos III e IV, § 1º, art. 44, da Lei 9.430, de 1996, em sua versão original, têm como objetivo obrigar o sujeito passivo da obrigação tributária ao recolhimento mensal de antecipações de um provável Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, que poderá ser devido ao final do ano-calendário.

A Lei nº 9.430, de 1996, que autoriza a aplicação da multa isolada, se manifesta da seguinte forma:

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 estimado, 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.

[...]

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;

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

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

[...]

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 base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente.

A Lei nº 8.981, de 1995, se manifesta da seguinte forma:

Art. 35 – A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado excede o valor do imposto, calculado com base no lucro real do período em curso.

[...]

§ 2º - Estão dispensadas do pagamento de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a existência de base de cálculo negativas fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário.

Importante firmar que o valor pago a título de estimativa não tem a natureza de tributo, eis que, juridicamente, o fato gerador do tributo só será tido por ocorrido ao final do período anual (31/12). O valor do lucro – base de cálculo do tributo só será apurado por ocasião do balanço no encerramento do exercício, momento em que são compensados os valores pagos antecipadamente em cada mês sob bases estimadas e realizadas outras deduções desautorizadas no cálculo estimado.

A lógica do pagamento de estimativas é, portanto, de antecipar, para os meses do ano-calendário respectivo, o recolhimento do tributo que, de outra forma, seria só devido ao final do exercício (em 31/12). Sob o sistema de estimativa mensal, permite-se a redução dos pagamentos mensais caso o resultado tributável seja reduzido ou aumentado ao longo do ano-calendário, desde que evidenciado por balancetes de suspensão (art. 29 da Lei nº 8.981/94). Assim, via de regra, o tributo – sob a forma estimada não será devido antecipadamente em caso de inexistência de lucro tributável.

Assim, não tenho dúvidas que é inerente ao dever de antecipar a existência da obrigação cujo cumprimento se antecipa, e sendo assim, a penalidade só poderá ser exigida durante o ano-calendário em curso, tendo em vista que, com a apuração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou Contribuição Social sobre o Lucro Líquido efetivamente devido ao final do ano-calendário (31/12), desaparece a base imponible daquela penalidade (antecipações), pela ausência da necessária ofensa a um bem juridicamente tutelado que a justifique.

Ora, com o encerramento do ano-calendário objeto das antecipações, surge, a partir daí, uma nova base imponible, ou seja, a base que irá suportar o tributo efetivamente devido ao final do ano-calendário, surgindo assim à hipótese da aplicação, tão-somente, do inciso I, § 1º do referido artigo, caso o tributo não seja pago no seu vencimento e apurado *ex-officio*, mas jamais a aplicação concomitante da penalidade prevista nos incisos III e IV, do § 1º do mesmo diploma legal, até porque a dupla penalidade afronta o disposto no artigo 97, V, c/c o artigo 113 do Código Tributário Nacional, que estabelece apenas duas hipóteses de obrigação de dar, sendo a primeira ligada diretamente à prestação de pagar tributo e seus acessórios, e a segunda relativamente à obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas pecuniárias por descumprimento de obrigação acessória.

No presente caso, conforme se depreende dos autos, o auto de infração foi lavrado após o encerramento dos anos-calendário objeto do lançamento, portanto, quando já apurada a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro líquido efetivamente devidos nos períodos.

Logo, embora a contribuinte não tenha antecipado ou tenha antecipado a menor o tributo nos anos-calendário questionado, o fato é que a exigência da referida penalidade somente foi consubstanciada após os anos-calendário questionados, portanto, quando já conhecida a respectiva base de cálculo e o imposto e a contribuição efetivamente devidos, porquanto, impossível, coexistir num determinado momento (ocasião do lançamento), duas bases de cálculo para uma mesma exação, ou seja, uma com base nas estimativas mensais e outra ao final do ano-calendário.

Esta matéria já tem jurisprudência formada neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e com decisão favorável ao sujeito passivo e entre outros acórdãos, podem ser transcritas as seguintes ementas:

Acórdão nº 103-20.662, de 20/07/2001:

CSSL. LUCRO REAL ANUAL. ESTIMATIVA MENSAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. FISCALIZAÇÃO ANTES E APÓS A ENTREGA DA DIRPJ. MULTAS DE OFÍCIO ISOLADA E EM CONJUNTO. SUBSISTÊNCIA PARCIAL DA TRIBUTAÇÃO. Não podem prosperar a incidência da multa de ofício isolada sobre os valores mensais estimados não-recolhidos e a exigência de multa associada à parcela defluente da apuração anual, tendo em vista que aquela, por ser mera antecipação desta, esta aquela contém. Subsistirá a exigência da multa isolada quando a ação fiscal se der no curso do ano-calendário, desde que indisponíveis as demonstrações financeiras, em toda a sua extensão e profundidade, do período investigado.

Acórdão nº 107-07.047, de 19/03/2003

PENALIDADE. MULTA ISOLADA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - FALTA DE RECOLHIMENTO - PAGAMENTO POR ESTIMATIVA - Não comporta a cobrança de multa isolada em lançamento de ofício, por falta de recolhimento da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido devido por estimativa em ajustes efetuados pela fiscalização após o encerramento do ano calendário.

Acórdão CSRF nº 9101-001.207, de 17/10/2011:

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercícios: 1998, 1999, 2001, 2002

CSLL. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 precisa que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro real apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade isolada quando a base estimada exceder ao montante da contribuição devida, apurada ao final do exercício.

Acórdão CSRF nº 9101-001.335, de 26/04/2012:

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL MULTA ISOLADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA – O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo efetivamente devido pelo contribuinte surge com o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Improcede a aplicação de penalidade pelo não recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

Acórdão CSRF nº 9101-001.237, de 21/11/2011:

FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA.

A multa isolada por falta de recolhimento de imposto/contribuição sobre base de cálculo mensal estimada não pode ser aplicada cumulativamente com a multa de lançamento de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996.

No curso do período de apuração, descumprido o dever de antecipar, incide a penalidade sobre as estimativas não recolhidas. Porém, após o encerramento do período, quando já não existe mais o dever de antecipar, mas sim e unicamente o de promover o ajuste pelo confronto entre o valor devido efetivamente e os valores recolhidos na forma estimada, incide tão somente a multa de ofício proporcional ao imposto que está sendo exigido.

Processo nº 10480.731928/2011-07
Acórdão n.º **1402-001.669**

S1-C4T2
Fl. 17

Assim, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a iterativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que a exigência da multa isolada sobre diferenças de CSLL não recolhidas mensalmente somente se justifica se operada no curso do próprio ano-calendário.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido dar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez