



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

Processo nº 10510.003122/2005-74
Recurso nº 157.959 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1102-00.395 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrentes EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S.A. - ENERGIPE
2ª TURMA DRJ/SDR

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Lavrado por autoridade competente, compreendidos os fatos que ensejaram o lançamento e respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, conforme disciplina do art. 59, do Decreto n.º 70.235/72.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRORROGAÇÕES. VALIDADE.

Válida a prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal efetuada através da internet. Reiterados precedentes.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Presentes os dados e provas suficientes ao convencimento do julgador, prescindível a realização de diligência, especialmente quando não atendidos os requisitos legais.

DECADÊNCIA. IRPJ. ART. 150, §4º, DO CTN. TERMO INICIAL. FATO GERADOR.

Feita a opção pelo lucro real anual, a data do fato gerador do IRPJ é o dia 31 de dezembro, termo inicial para a contagem do prazo decadencial.

ADIANTAMENTOS PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL.

Para que uma transferência de recursos financeiros seja considerada um adiantamento para futuro aumento de capital, e não um passivo financeiro, é necessário: (i) que haja comprometimento contratual irrevogável e irretratável de que tais recursos se destinem a futuro aumento de capital; (ii) que o número de ações ou quotas sociais pelas quais se irá converter aquele adiantamento seja fixo e pré-definido já no momento do adiantamento; e (iii) que o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira AGE ou

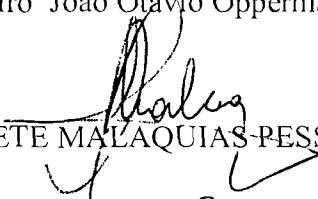
alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora.

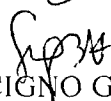
ENCARGOS FINANCEIROS DESNECESSÁRIOS. TRANSFERÊNCIAS A TÍTULO DE ADIANTAMENTOS PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL.

Revelam-se desnecessários à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora e, portanto, indedutíveis, os encargos financeiros decorrentes de captação externa junto à entidades financeiras quando, simultaneamente, a pessoa jurídica transfere dinheiro à sua controlada, sem incidência de qualquer encargo, ainda que tal transferência se faça a título de adiantamento para aumento de capital, e mormente quando evidenciado que sequer as transferências efetuadas reuniam as características necessárias para serem tratados como verdadeiros adiantamentos para futuro aumento de capital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos NEGAR provimento ao recurso de ofício, vencido o Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, que dava parcial provimento. Quanto ao voluntário, com relação a CSLL, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, e, com relação ao IRPJ, pelo voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso, para excluir os contratos assinados com BNDES, Eletrobrás, Banese e HSBC vinculados ao Finame, Inergus, atinentes ao COMPROR, nos termos do voto vencedor, vencidos a conselheira Silvana Rescigno Guerra Barreto (Relatora), Manoel Mota Fonseca e João Carlos de Lima Júnior, que davam provimento integral. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé.


IVETE MALAQUIAS-PESSOA MONTEIRO - Presidente.


SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETTO - Relatora.


JOÃO OTÁVIO OPFERMANN THOMÉ- Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (presidente da turma), João Carlos de Lima Júnior (vice-presidente), Silvana Rescigno Guerra Barretto, João Otávio Oppermann Thomé, José Sérgio Gomes e Manoel Mota Fonseca.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ – e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – dos anos-calendário de 2000 a 2003, lavrados em decorrência de glosa de despesas financeiras tidas por desnecessárias pela fiscalização, por serem decorrentes de empréstimos obtidos no mercado financeiro, ao mesmo tempo em que foram fornecidos recursos a outras empresas controladas, sem remuneração.

A conduta da Recorrente foi enquadrada nos artigos 249, I; 251, parágrafo único; 299 e 300, do RIR/99 e está descrita no Termo de Verificação da Infração de fls. 86/98, que traz a estrutura societária do Sistema Guatacazes – Leopoldina – responsável por diversas empresas do setor energético do qual faz parte a Recorrente, dentre as quais foram destacadas a CAT – LEO Energia S.A e a ENERGISA S.A., esta última controladora da Recorrente que, por sua vez, exerce o controle direto sobre as empresas PBPART SE2, Companhia Energética da Borborema (CELB) e S. A. Eletrificação da Paraíba (SAELPA)

Em resumo, a fiscalização descaracterizou os Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital – AFAC – por ter verificado nos registros contábeis e através dos esclarecimentos fornecidos pelas empresas envolvidas, que grande parte dos valores adiantados, tantos os recebidos pela Recorrente quanto os por ela aportados não teriam sido convertidos em aumento de capital, ou o teriam sido após transcurso de longo período de tempo e parcial.

Os fatos que deram ensejo ao lançamento, foram descritos no Termo de Verificação de Infração da seguinte forma:

i) AFAC ENERGISA X RECORRENTE

Em 25/01/01, a ENERGISA elevou seu capital social em R\$ 396.637.730,85, mediante subscrição efetuada, parte pelo grupo Alliant., e parte pela CFLCL e, em seguida, aportou em favor da Recorrente, a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC – o montante de R\$ 210.262.679,27, que, por sua vez, foi contabilizado através de dois lançamentos: R\$ 120.262.679,27 depositado em conta no Unibanco e R\$ 90.000.000,00 que teria sido diretamente depositado na conta bancária da PBPART Ltda. a título de AFAC.

Ao AFAC recebido da ENERGISA, houve o acréscimo, em 31/03/00, de R\$ 50.496.087,65, decorrente da transformação em AFAC de empréstimos contraídos à própria ENERGISA, antes do ano de 2000: primeiramente, foram consolidados os débitos com a CFLCL, no valor de R\$ 50.355.845,18, os quais foram, posteriormente, consolidados à ENERGISA e, atualizados, montaram a quantia transformada em AFAC. Portanto, no final de abril de 2000, o AFAC total em nome da ENERGISA era de R\$ 260.758.766,92 e, em dezembro daquele ano R\$ 260.188.966,61, montante que pouco variou até 31/12/03, quando representava R\$ 260.121.293,13, que permaneceu até janeiro de 2005.

A manutenção dos valores recebidos como adiantamentos permaneceram nessa condição por longo tempo, durante o qual não se prestaram para aumento de capital, o que, no entender da autoridade fiscal, permitiria a sua caracterização como simples operação de

Y

crédito, que melhor se classificaria como mútuo entre a ENERGISA e a Recorrente, uma vez que as operações teriam a finalidade de disponibilização de recursos financeiros.

Registrou a autoridade fiscal que os recursos recebidos foram empregados principalmente em aplicações financeiras, amortizações de empréstimos e pagamentos de mútuos.

ii) AFAC RECORRENTE X PBPART LTDA.

O AFAC efetuado pela Recorrente em favor da PBPART, em 25/01/00, no valor de R\$ 90.000.000,00 foi aplicado no mercado financeiro, gerando receitas até dezembro de 2000 e apenas em 31/01/01 foi parcialmente utilizado para efetivo aumento de capital, remanescendo saldo de R\$ 63.201.000,00 em 01/03/02. Após outros lançamentos, inclusive devolução da AFAC à Recorrente, em 30/04/03, mediante baixa no valor de R\$ 14.603.384,58, o saldo do AFAC passou a ser em 31/12/03, de R\$ 51.412.156,81. Com o resultado de novos adiantamentos, ocorridos em 2004 e 2005, o saldo final do AFAC na PBPART era, em 31/07/05 de R\$ 94.499.271,96.

A PBPART informou que o AFAC recebido foi inicialmente aplicado no Unibanco e, posteriormente, transferido em parte para aplicações no Banco Rural, e Bradesco. Referidas quantias, acrescidas das respectivas receitas financeiras serviram para aquisições de ações da CELB, foram emprestadas à Recorrente, serviram para quitar empréstimo perante a Prefeitura de Campina Grande e mútuos junto à Recorrente e à PBPART SE2, além da concessão de mútuo à CFLCL.

Concluiu a fiscalização que a Recorrente, apesar de se encontrar em dívidas e tomar empréstimos no mercado financeiro, aportou AFAC para repasse a PBPART, na sua maior parte em forma de empréstimos às demais empresas do grupo, sem que a Recorrente se beneficiasse dos juros, operação que foi interpretada como retorno à Recorrente de valores após quase um ano da realização da AFAC.

iii) AFAC RECORRENTE X PBPARTSE1

Em 31/12/00, o valor total da AFAC na PBPART SE1 montava R\$ 147.924.402,70 e, em janeiro de 2001, houve a capitalização de R\$ 78.866.129,52. Na mesma operação, a Recorrente cedeu os direitos de AFAC, no valor de R\$ 69.056.850,24 em favor da Alliant, valor recebido pela Recorrente através de depósito na conta do Bradesco, em 31/01/01. Até janeiro de 2002, novos AFAC's foram realizados e houve nova cessão de direitos em favor da Alliant, permanecendo saldo de R\$ 140.095.196,74, que foi aumentado com aportes mensais até chegar ao montante de R\$ 154.656.332,12, em 31/12/03.

Segundo PBPART SE1, os recursos foram destinados, quase integralmente a PBPART SE2, que os manteve em grande parte registrado em conta da AFAC. Na PBPART SE2, o capital foi aumentado em R\$ 265.908.261,00, permanecendo em AFAC o total de R\$ 178.403.902,67, em 15/12/03.

Pontuou a Autoridade Fiscal que tanto os adiantamentos concedidos quanto os recebidos pela Recorrente não teriam sido registrados no Livro de Atas de Assembleias ou sua conversão em aumento de capital, além de inexistir comprometimento de que os recursos recebidos pela ENERGISA se destinassem a futuro aumento de capital. Também não estava amparada por contrato as operações de AFAC entre a Recorrente e ENERGISA, ou coligadas.

A grande quantidade de operações de AFAC e o decurso de períodos consideráveis permitiria concluir que tanto a empresa que recebe o aporte da Recorrente, como ela própria, mostram o alto grau de artificialidade das transações e demonstrariam se tratar de mútuo com outra roupagem.

iv) Glosa de despesas consideradas indedutíveis

A glosa de despesas indedutíveis teve por base registros vultosos de saldos de empréstimos, conforme planilhas elaboradas pela Recorrente e registros contábeis, ao passo que concede AFAC, que permanecem muito tempo nessa condição, sem que se preste para efetivo aumento de capital. Grande parte dos recursos não teriam destinação específica e teriam retornado para empréstimos a outras empresas do mesmo grupo, o que as tornariam desnecessárias e indedutíveis, com respaldo em atos administrativos da Receita Federal (Ato Declaratório CST nº 950, e Parecer Normativo CST nº 23/81) e decisões da DRJ e do Conselho de Contribuintes que interpretariam como mútuo AFAC não destinado ao efetivo aumento de capital dentro de um lapso de tempo razoável.

Ao mesmo tempo em que efetuava AFAC não-oneroso em favor da PBPART e da PBPART SE1, possuía a Recorrente saldos de empréstimos e contratava novos empréstimos, com registros de encargos financeiros em decorrência de mútuos, o que tornariam desnecessárias as despesas referentes às parcelas dos encargos financeiros correspondentes ao montante de recursos que beneficiaram por meio de AFAC as pessoas jurídicas ligadas. Com base nessas constatações, parte dos encargos financeiros contabilizados e deduzidos do lucro real foram tidos como indedutíveis, na proporção dos capitais colocados à disposição das outras empresas do grupo, em relação ao montante dos saldos de empréstimos tomados no mercado financeiro.

A quantia aportada em favor da PBPART, de R\$ 90.000.000,00, constitui o saldo de créditos disponíveis para quitar os saldos de empréstimos e novas liberações de recursos a partir do início de fevereiro de 2000. Foram glosadas despesas decorrentes dos saldos de empréstimos cobertos pelos saldos de créditos, conforme planilhas de Glosa de despesas – 2000, elaboradas a partir de planilhas de empréstimos apresentados pela Recorrente nas fls. 850/1463.

Os saldos dos empréstimos dos contratos foram abatidos dos saldos dos créditos mensais – quando estes eram suficientes para quitar aqueles. A partir de então as despesas foram consideradas desnecessárias e, portanto, glosadas, produzindo efeitos, em alguns contratos, até 2003.

No tocante ao contrato firmado com o BNDES, a autoridade fiscal, baseada no alto valor do saldo devedor, e na insuficiência do saldo para quitar a dívida integral, efetuou glosa proporcional ao valor dos saldos remanescentes, R\$ 16.440.373,87, produzindo efeitos até o final de 2003. Foi verificada a relação percentual entre o saldo remanescente e o valor do empréstimo e, posteriormente, aplicado às despesas. Esse percentual foi ajustado por conta da liberação de novas parcelas pertinentes ao contrato, e gerou glosa de despesas em 2000 no montante de R\$ 9.505.306,60.

No ano de 2001, a glosa de despesas foi de R\$ 18.956.550,79, em 2002 de R\$ 13.620.494,16 e, em 2003 de R\$ 6.858.706,70.

Da Impugnação



Cientificada do lançamento, a Recorrente apresentou Impugnação requerendo a nulidade do lançamento, em razão da ausência de notificação da prorrogação do MPF, erro quanto ao valor da glosa, porquanto superior à despesa efetivamente incorrida no período, insatisfatória descrição da infração e transcurso do prazo decadencial.

No mérito, sustentou a Recorrente que: inexistiria a prova da identidade entre os recursos captados e aqueles repassados a título de AFAC; a glosa das despesas financeiras com base em presunção não autorizada por lei, sem o exame da captação e do repasse dos recursos às empresas coligadas divergiria do entendimento consagrado no Conselho de Contribuintes, além de impossível a prevalência da presunção equiparando o AFAC ao mútuo, sem expressa previsão em lei, apenas fundamentado no Ato Declaratório CST n.º 9, de 11 de junho de 1976 e no Parecer Normativo n.º 23, de 26 de junho de 1981, editado pela Coordenação do Sistema de Tributação.

Em seguida, a Recorrente defende que a presunção levada a cabo pela fiscalização teria sido prejudicada pela comprovação da capitalização de valores adiantados e defende a dedutibilidade da CSLL, cujos critérios não coincidiriam com o IRPJ e protesta pela produção de todas as provas admitidas, sobretudo, a realização de diligências e juntada de documentos.

Acórdão DRJ

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Salvador afastou as preliminares de nulidade, de decadência, bem como o pedido de diligência, e manteve em parte o lançamento para reduzir a exigência do IRPJ para R\$ 5.245.258,57 e de CSLL para R\$ 1.640.219,21, apresentando demonstrativos da apuração, baseando-se nos seguintes fundamentos:

i) consoante DIPJ acostada na fl. 2.335, a Recorrente optou pela tributação com base no lucro real anual, cujo fato gerador é apurado no dia 31/12 de cada exercício, de sorte que a decadência não alcançou fatos geradores ocorridos após 26/12/2000;

ii) o lançamento está lastreado no art. 299 do RIR/99 e art. 47, da Lei n.º 4.506/64, que estabelecem requisitos para a dedutibilidade de despesas, que não teriam sido atendidos pela Recorrente;

iii) deveria ser aplicado o entendimento exarado no Parecer Normativo n.º 17, de 20 de agosto de 1984, haja vista que os recursos financeiros fornecidos pela Autuada a suas coligadas não estariam irrevogável e irretratavelmente comprometidos com futuros aumentos de capital das tomadoras dos recursos, por não estarem amparadas em dispositivos contratuais ou registradas em Atas de Assembléias, mas apenas contabilizados;

iv) os suprimentos de numerários realizados pela autuada, a título de AFAC, para suas controladas, tiveram diversas destinações, tais como aplicação no mercado financeiro, por longos períodos, devoluções à própria supridora dos recursos, aquisições de ações de empresas do mesmo grupo econômico, empréstimos concedidos a empresas do mesmo grupo, inclusive à própria Recorrente, liquidação de empréstimos obtidos de empresas ligadas ou de terceiros, etc.;

v) o prazo tido como razoável pela Coordenação do Sistema de Tributação para incorporação de adiantamentos ao capital social corresponde a 120 dias e tal limitação



persistiria mesmo após a extinção da correção monetária do balanço, tendo em vista que a partir de janeiro de 1996, continuam sendo corrigidos os direitos e obrigações em função dos índices legais e contratuais;

vi) a fiscalização não estaria imputando o dever de reconhecer receitas pelo empréstimo a coligadas, mas considerando dispensáveis tais recursos para a atividade da empresa, em razão da inexistência de cláusula expressa;

vii) a Recorrente manteve um enorme saldo devedor de empréstimos tomados de instituições financeiras, acarretando o pagamento de juros contratuais e a atualização mensal dos saldos, com a respectiva apropriação das despesas de operações relacionadas a tais encargos financeiros e, por outro lado, a destinação de recursos a empresas ligadas, em desmerecimento ao emprego nas suas próprias atividades, e sem cobrança dos correspondentes encargos, evidência a desnecessidade do ônus financeiro decorrente da contratação de um empréstimo;

viii) a correspondência ou identidade entre os valores obtidos com os empréstimos e aqueles transferidos para suas coligadas não seria necessária, porquanto sobreleva, ainda assim, a existência de excedentes que foram destinados a pessoas ligadas;

ix) nos termos do art. 299, do RIR/99, apenas seriam necessárias as despesas pagas em função da atividade e da manutenção da respectiva fonte produtora, de sorte que a opção por transferências em condições extremamente favorecidas a empresas ligadas, sem o resguardo dos efeitos da indisponibilidade de tais recursos financeiros afastariam o requisito da necessidade e a vinculação com o seu objetivo social, conforme julgados do Conselho de Contribuintes sobre a matéria;

x) correta a apuração do montante tributável efetuada mediante confronto entre os saldos dos empréstimos, nos períodos-base selecionados, com os créditos decorrentes de transferências de recursos, nos mesmos períodos, efetuadas em favor de empresas ligadas sob a aparência de AFAC;

xi) apenas a parcela de obrigações decorrentes de empréstimos obtidos que excedeu os créditos dos supostos AFAC's nas empresas ligadas foi capaz de gerar encargos financeiros dedutíveis, para efeito de apuração de lucro real;

xii) foram apresentados quatro demonstrativos, um para cada período-base, de 2000 a 2003, denominados "Glosa de Despesas" (fls. 37/85), organizados mensalmente e por contrato de financiamento, que partem do saldo de empréstimos relativo a cada um dos contratos, existente no dia 1º de janeiro de cada ano e incorporadas as atualizações mensais, as amortizações, pagamentos de juros e novas liberações de parcelas dos empréstimos concernentes a cada contrato. Os saldos ao fim de cada mês foram cotejados com os créditos oriundos dos AFAC's concedidos para empresas ligadas para que cada adiantamento corresponda a um crédito que irá influenciar no cálculo do montante das despesas apropriadas no mês seguinte àquele em que o recurso foi posto à disposição da favorecida. Quando o total de créditos foi superior aos saldos dos empréstimos relativos a um determinado contrato, as despesas apropriadas a partir daquele mês foram tidas como indedutíveis, até o momento em que houve nova liberação de recursos, permanecendo indedutíveis se os recursos não excederem o saldo de créditos remanescente, fazendo demonstração e revisão individual por período e operação realizada;



xiii) no ano-calendário de 2000, o AFAC de R\$ 90.000.000,00 efetuado em 25/01/00, teria sido suficiente para absorver o saldo de todos os contratos de financiamento, com exceção do contrato do BNDES 97.2.515.3.1, cujo saldo devedor, era de R\$ 176.293.940,90, em 31/01/00, o que teria permitido a eliminação dos demais contratos para considerar as despesas correspondentes como indedutíveis e apurar de forma proporcional o restante das despesas indedutíveis, comparando-se com o crédito remanescente.

xiv) o critério da proporcionalidade utilizado em todos os exercícios teria permitido aferir a parcela indedutível das despesas de forma lógica e racional, calculando a porção sobre a qual deveria incidir a tributação e tal sistemática estaria claramente exposta no Termo de Verificação Fiscal, o que também afastaria a preliminar de nulidade baseada no critério adotado pela fiscalização;

xv) a capitalização do montante de R\$ 26.799.000,00, conforme Terceira Alteração Contratual da PBPART, realizada em 23/01/01 deveria ter sido deduzida do adiantamento de R\$ 90.000.000,00, e para a exclusão da tributação não teria sido necessário alterar significativamente o demonstrativo “Glosa de Despesas – 2000”, bastando reincorporar os contratos “BNDES-98.5893.1” (saldo de R\$ 24.573.264,76), “Eletrobrás ECF 1318” (saldo de R\$ 662.507,14), “Eletrobrás ECF 1532” (saldo de R\$ 1.534.902,13) e “Eletrobrás ECF 1708” (saldo de R\$ 29.000,17), que somam R\$ 26.799.674,20, e haviam sido excluídos, em vista de seus saldos devedores, em 31/01/00, terem sido absorvidos pelos créditos existentes na mesma data;

xvi) em decorrência da reincorporação dos contratos, teria ficado uma pequena folga de R\$ 674,20 e as despesas dos contratos que totalizaram R\$ 3.251.521,66 consideradas originariamente como indedutíveis, passaram a ser dedutíveis, para efeito de apuração da base de cálculo do IRPJ, passando as despesas glosadas de R\$ 9.505.306,60 para R\$ 6.253.784,94.

xvii) em relação à glosa de despesas de 2001, não houve realização de AFAC para a PBPART. O saldo de AFAC em 31/12/00 para a PBPART SE1 era de R\$ 147.924.402,70, com a capitalização no valor de R\$ 78.866.129,52 e a cessão de direitos de créditos em favor da Alliant, no valor de R\$ 69.056.850,24, o saldo foi praticamente esgotado, restando R\$ 1.422,96 e, em março de 2001, houve um AFAC de R\$ 8.361,48, em maio de 2001, outra capitalização de R\$ 9.000,00, restando um resíduo de R\$ 784,44, havendo novo adiantamento apenas em junho daquele ano, no valor de R\$ 103.362.934,31, que somado ao resíduo importou R\$ 103.363.718,75, valor utilizado como saldo inicial para o ano de 2001;

xix) diferentemente do defendido na Impugnação, a apuração do primeiro saldo utilizado no demonstrativo fiscal em 2001 demonstraria que foram consideradas as capitalizações de R\$ 78.866.129,52 e de R\$ 69.056.850,24 e os outros dois AFAC's, feitos em novembro e dezembro de 2001, nos valores de R\$ 83.695.929,77 e R\$44.568.377,16 teriam sido tratados de forma clara e mais benéfica para a Recorrente, na medida em que dado à cessão de crédito recebida da Alliant no montante de R\$ 91.908.825,83 o mesmo tratamento dado à capitalização, quando tal cessão caracterizaria-se como devolução de AFAC ou mesmo pagamento de empréstimo concedido, o que confirmaria que não se tratava de verdadeiro AFAC;

xx) ao dar à cessão dos créditos o mesmo tratamento dado à capitalização previsto no item 8, do Parecer Normativo n.º 17/84, o agente fiscal foi abatendo do montante dos créditos cedidos, os aportes mais recentes, a saber: R\$ 375.996,89 (janeiro de 2002), R\$

44.568.377,16 (dezembro de 2001), R\$ 46.964.451,78 (parte do adiantamento de R\$ 83.695.929,77, efetuado em novembro de 2001), restando do AFAC de dezembro de 2001, crédito na ordem de R\$ 36.731.477,99, que deveria repercutir em dezembro de 2001 e não em agosto de 2001, como constou no demonstrativo fiscal.

xxi) apesar de a Recorrente ter sofrido prejuízo por ter o saldo de R\$ 36.731.477,99 repercutido desde agosto de 2001, ao invés de dezembro de 2001, por outro lado, os créditos realizados em novembro de 2001, dezembro de 2001 e janeiro de 2002, nos valores de R\$ 83.695.929,77, R\$ 44.568.377,16 e R\$ 375.996,89 que repercutiram nos meses de dezembro de 2001, janeiro de 2002 e fevereiro de 2002, não foram também considerados nos cálculos fiscais, fato este que teria reduzido o montante das despesas indedutíveis;

xxii) o contrato “BNDES 97.2.515.3.1” teve, no ano de 2001, o mesmo tratamento proporcional para a glosa de despesas, aplicando-se o percentual de 9,2127% sobre o total das despesas apropriadas mensalmente, uma vez que não ocorreram novas liberações de recursos e os contratos que já se encontravam “eliminados” e não apresentaram novas liberações continuaram na mesma condição, com as despesas mantidas como indedutíveis;

xxiii) o saldo de créditos em 30/06/01 de R\$ 103.363.718,75 foi utilizado para absorver integralmente as novas liberações de recursos ocorridas a partir daí, inclusive os contratos “Eletrobrás ECF 1318”, “Eletrobrás ECF 1532” e “Eletrobrás ECF 1708” que a partir de julho de 2001, passaram a ser indedutíveis;

xxiv) em 30/06/01, teria restado crédito de R\$ 18.659.893,08, valor inferior ao do saldo de empréstimos na mesma data, do contrato “BNDES 98.5893.1, no montante de R\$ 21.783.282,45, mantendo-se, portanto dedutíveis as despesas apropriadas no mês de julho (R\$ 238.253,47) e consideradas também dedutíveis as despesas desse contrato apropriadas de janeiro a julho, no total de R\$ 1.664.599,87.

xxv) em 31/07/01, o saldo remanescente de R\$ 18.659.893,08, após ter absorvido outras liberações de recursos oriundas de outros contratos, ocorridas em julho e ser acrescido do crédito de R\$ 36.731.477,99, alcançou a importância de R\$ 48.241.352,90, valor suficiente para extinguir o saldo devedor do contrato “BNDES 98.5893.1”, que representava nessa data R\$ 21.513.258,47, tornando as despesas correspondentes (R\$ 1.155.894,53) como indedutíveis e restando crédito de R\$ 26.728.094,43 para os meses seguintes, que continuou sendo absorvido por novas liberações de recursos, com exceção do empréstimo no valor de R\$ 6.500.000,00, relativo ao contrato “CP Brascan”, cujas despesas dos meses de novembro de 2001 (R\$ 65.362,35) e de dezembro de 2001 (R\$ 187.820,72) foram consideradas dedutíveis.

xxvi) o contrato “CP Unibanco n.º 247866”, cujo saldo devedor, em 30/11/01, era de R\$ 20.000.000,00, superior ao crédito existente para absorvê-lo, foi dado o mesmo tratamento empregado no ano de 2000, em relação ao contrato “BNDES 97.2.515.3.1”, partindo-se do crédito existente após a última liberação de recursos no ano, para apurar a proporção entre a parcela do saldo de empréstimos suprimida pelos créditos e o total dos empréstimos, chegando-se a percentual de 20,5325%;

xxvii) no ano de 2001, passaram a ser dedutíveis, portanto, despesas no total de R\$ 2.102.369,46, reduzindo-se as despesas glosadas de R\$ 18.956.550,79 para R\$ 16.854.181,33;

xxviii) no ano de 2002 subsistem os contratos “BNDES 97.2.515.3.1”, “CP Unibanco n.º 247866” e “CP Brascan” e dois aportes de recursos à PBPART a título de AFAC, em março e agosto nos valores de R\$ 56.735,57 e R\$ 2.757.805,82, e, no que tange aos diversos AFAC’s realizados em favor da PBPART SE1, foram considerados dez, porquanto dois foram tidos como absorvidos pela cessão de direitos a Alliant ocorrida em janeiro de 2002 e desprezado pelo agente AFAC realizado em setembro no valor de R\$ 617.981,67, em benefício mais uma vez da Recorrente;

xxix) no mês de janeiro de 2002, o contrato “Banco Mercantil 24383”, em face da liberação de recursos de R\$ 4.500.000,00, sem que houvesse créditos em montante suficiente para cobri-lo, teria ficado ativo. Da despesa apropriada no mês de janeiro, de R\$ 96.117,63, apenas a quantia de R\$ 52.474,18 seria indedutível, posto que proporcional ao recurso liberado em relação à soma desse mesmo valor com o saldo inicial de empréstimos do contrato;

xxx) no que tange aos contratos BNDES 97.2.515.3.1” e “CP Unibanco n.º 247866”, manteve-se inalterada a situação, uma vez que o saldo devedor dos empréstimos superou os créditos, o que resultou na aplicação de percentuais para fins de apuração das despesas tidas como indedutíveis;

xxxi) quanto ao contrato “CP Brascan, considerando que os créditos disponíveis não superaram, em nenhum momento, absorveram os saldos devedores, as despesas apropriadas no ano de 2002, no valor de R\$ 4.660.817,37, deveriam ser consideradas integralmente dedutíveis, alterando o cálculo original, no qual reputou-se parcela de R\$ 589.899,14, como indedutível;

xxxii) as despesas financeiras de R\$ 108.383,72 indevidamente registradas juntamente com o principal não foram objeto de glosa, como alegado na Impugnação, conforme demonstrativo de fl. 73;

xxxiii) o saldo de créditos remanescentes para 2003 foi de R\$ 1.075.541,22 e as despesas apontadas como indedutíveis no ano de 2002, no total de R\$ 13.620.494,16 sofreram redução de R\$ 1.009.201,67, passando as despesas glosadas para o valor de R\$ 12.611.292,49;

xxxiv) no ano de 2003, foram realizados AFAC’s mensais em favor da PBPART SE1, mas não considerado o AFAC ocorrido em outubro, no montante de R\$ 1.083.902,85, e os AFAC’s ocorridos nos meses de novembro e dezembro, nos valores de R\$ 1.096.192,01 e R\$ 1.070.499,22, foram considerados no próprio mês ao invés do mês subsequente, o que favoreceria mais uma vez a Recorrente e, no tocante ao contrato “BNDES 97.2.515.3.1, mantido o percentual sobre o total das despesas mensais, em vista da ausência de liberação de novos recursos;

xxxv) um erro de transcrição de valores teria beneficiado a Recorrente para tornar dedutíveis despesas referentes ao contrato “Banco BBM-46110” e não deveriam ser alteradas as despesas glosadas no ano de 2003;

xxxvi) apesar de nem todas as restrições à dedutibilidade de dispêndios, previstas na legislação do Imposto de Renda serem aplicáveis à CSLL, deve-se ter em conta que a glosa das despesas em litígio não teria sido motivada por disposições específicas na legislação do IRPJ, posto que comprometeria o resultado do exercício;

xxxvii) a apropriação de encargos financeiros decorrentes de empréstimos obtidos e o repasse sem ônus a empresas interligadas tornaria a Recorrente responsável por tais dispêndios e ensejaria a aplicação do princípio contábil da entidade, afetando indevidamente a apuração do resultado do exercício (lucro líquido), devendo ensejar a glosa das despesas comprovadamente desnecessárias;

xxxviii) demonstrado que parte das despesas decorrentes de variação monetária passiva não guardaria relação com a atividade explorada ou não contribuiria para sua consecução, afetando o exercício e também a base de cálculo da contribuição social, seria correta a inclusão dos valores glosados na determinação da Contribuição Social devida.

Do Recurso de Ofício

Por força da redução do crédito tributário, em montante superior a R\$ 1.000.000,00, determinada remessa dos autos para apreciação de Recurso de Ofício.

Do Recurso Voluntário

Cientificada do acórdão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, repetindo as razões já expostas na Impugnação, sem manifestar-se sobre

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheira Silvana Rescigno Guerra Barreto.

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos de Ofício e Voluntário, passo a apreciá-los.

Recurso de Ofício:

A DRJ excluiu da tributação referente ao ano-calendário de 2000 o montante de R\$ 569.016,28 a título de IRPJ e de R\$ 204.845,85 referente à CSLL, em razão da ausência de dedução da capitalização de R\$ 26.799.000,00, efetuada através da Terceira Alteração Contratual da PBPART realizada em 23/01/01.

Conforme Termo de Verificação de Infração de fls. 86/98, sobre o AFAC efetuado pela Recorrente em favor da PBPART LTDA., no valor de R\$ 90.000.000,00, efetuado em 25/01/00, foi realmente comprovada a parcial integralização que não foi observada quando da apuração das despesas consideradas desnecessárias, exigindo, portanto, a retificação dos cálculos, cuja regularidade será objeto de apreciação quando da análise do Recurso Voluntário.

Desta feita, comprovado que parte do valor da AFAC foi efetivamente convertido em capital de forma irrevogável e irretratável, deve ser mantida a decisão *a quo* que afastou do cômputo das despesas tidas como desnecessárias tais parcelas, para reduzir a glosa de R\$ 9.505.306,60 para R\$ 6.253.784,94.

No ano-calendário de 2001, houve exoneração de R\$ 367.914,66 de IRPJ e de R\$ 132.449,28 referente à CSLL, em decorrência da redução da glosa de despesas de R\$ 18.956.550,79 para R\$ 16.854.181,33.

O saldo de AFAC em 31/12/00 era de R\$ 147.924.402,70, contudo, com a capitalização de R\$ 78.866.129,52 e a cessão de direitos em favor da Alliant de R\$ 69.056.850,24, caiu para R\$ 1.422,96 e, após novo AFAC de R\$ 8.361,48 e de outra capitalização de R\$ 9.000,00, passou a ser de R\$ 784,44. Em junho de 2001, novo AFAC de R\$103.362.934,31 resultou no saldo de R\$ 103.363.718,75, que foi o valor inicial utilizado pelo agente fiscal e foi consumido para absorver novas liberações de recursos, inclusive dos contratos “Eletrobrás ECF 1318”, “Eletrobrás ECF 1532” e “Eletrobrás 1708”, cuja dedutibilidade integral será reconhecida no julgamento do Recurso Voluntário, em razão do reconhecimento da sua necessidade.

Em novembro e dezembro de 2001, feitos novos AFAC's nos valores de R\$ 83.695.929,77 e R\$ 44.568.377,16, respectivamente, e reduzido o crédito para R\$ 36.731.477,99, em decorrência do recebimento de cessão de crédito da Alliant, no valor de R\$ 91.908.825,83 tratado como capitalização, cujo efeito deveria repercutir a partir de dezembro de 2001 e não em agosto de 2001, como feito pelo agente fiscal.



Após apropriação das despesas consideradas como dedutíveis até o mês de junho, restou saldo de R\$ 18.659.893,08, valor inferior ao saldo de empréstimos, na mesma data do contrato BNDES 98.5893.1, no montante de R\$ 21.783.282,45, permanecendo, portanto, dedutíveis as despesas apropriadas no mês de julho no montante de R\$ 238.253,47 e também foram consideradas pela decisão dedutíveis as despesas apropriadas de janeiro a julho no total de R\$ 1.664.599,87.

Em julho de 2001, ao saldo de R\$ 18.659.893,08, após ter absorvido outras liberações de recursos, foi adicionado o crédito de R\$ 36.731.477,99, alcançando a importância de R\$ 48.241.352,90 e considerado na decisão da DRJ como suficiente para extinguir o saldo do contrato “BNDES 98.5893.1, que nessa data, representava R\$ 21.513.258,47 e teve suas despesas consideradas indedutíveis, restando crédito de R\$ 26.728.094,43 para os meses seguintes, que passou a absorver novas liberações de recursos, com exceção do empréstimo da CP Brascan de R\$ 6.500.000,00 e do Unibanco n.º 247866, cujas despesas no valor total de R\$ 187.820,72 foram consideradas dedutíveis e, a partir de então aplicada a regra proporcional para apuração das despesas indedutíveis.

Diante das razões acima, utilizadas como fundamento pela DRJ, entendo que a redução da glosa de despesas no valor de R\$ 2.102.369,46 não merece, portanto, reparos.

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício.

Recurso Voluntário:

Preliminarmente, defende a Recorrente seria nulo o lançamento, por entender insatisfatória e equivocada a descrição da infração, em que pese tornar evidente na peça impugnatória e no recurso voluntário que compreendeu a controvérsia e exercitou o seu amplo direito de defesa e do contraditório.

Compulsando os autos, constato que o único erro expressamente apontado pela Recorrente é o relativo ao contrato com a instituição financeira CP Brascan, em setembro de 2002 (doc. 02 que instruiu a impugnação), com relação ao qual alegou que a fiscalização, ao lavrar o auto de infração, promoveu a glosa do valor correspondente ao principal, no montante de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), somado aos juros incorridos pela Recorrente (despesas financeiras), no valor de R\$ 108.383,72 (cento e oito mil e trezentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos), resultando em uma glosa total de R\$ 3.608.383,72 (três milhões, seiscentos e oitenta e três reais e setenta e dois centavos). Contudo, esta questão foi muito bem analisada pelo acórdão da DRJ, fls. 2912, no qual foi demonstrado que o alegado “erro” não gerou qualquer consequência com relação aos valores exigidos no auto de infração, conforme trecho que reproduzo:

“É evidente que tal alegação não procede. Houve, realmente, o registro do valor de R\$3.608.383,72 como despesa do mês de setembro, ao invés do valor correto, que seria de apenas R\$108.383,72. Todavia, aquela quantia não foi glosada, pois, como se pode observar no demonstrativo (fl. 73), foi considerada dedutível. As despesas indicadas como indedutíveis estão hachuradas, o que não acontece com o montante de R\$3.608.383,72.”

As hipóteses de nulidade do lançamento estão descritas no art. 59, do Decreto n.º 70.235/72 e não se amoldam ao presente caso:

Por outro lado, também não prospera o pedido genérico de diligência sem a obediência dos requisitos impostos pelo art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

“Art. 16. A impugnação mencionará: (...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.”

Além de prescindível a perícia diante das provas carreadas aos auto capazes de firmar o convencimento dos julgadores, não há como subsistir pleito genérico, sob pena de afronta à norma acima transcrita, especialmente quando se observa que foi oportunizado ao contribuinte o direito de Impugnação e enfrentados todos os argumentos trazidos à baila.

No que tange à alegada nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, em razão de prorrogação veiculada pela internet, também não tem procedência a irrisignação da Recorrente, haja vista que disponibilizadas, desde o início do procedimento, informações necessárias à consulta e acompanhamento pela internet. Sobre o tema, invoco precedente da Sexta Turma Especial, da Quinta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, *verbis*:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal EXERCÍCIO: 1999 - MPF. PRORROGAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSIDADE. A prorrogação do MPF pode ser efetuada por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII da Portaria SRF 3007/2001. - ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. Incabível se falar na obrigatoriedade da consecução do lançamento litigado em nome do genitor da autuada e não desta, haja vista que, conforme a legislação tributária vigente à época, estava ela obrigada a apresentar sua própria declaração de rendimentos. Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF EXERCÍCIO: 1999 - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. A Lei nº 10.174, de 2001, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro de 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos. - OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Na ausência de comprovação da origem dos recursos depositados em instituição financeira, incide a presunção de omissão de rendimentos prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96. Recurso voluntário negado.” (Recurso 158435, Acórdão 196-00032, Rel. Valéria Pestana Marques)

Conforme fl. 2.880, o prazo para a fiscalização terminaria em 06/02/2006 e a ação fiscal encerrou-se em 26/12/05, inexistindo qualquer vício capaz de anular o procedimento fiscal.

Desta feita, apesar de entender que o MPF não é mero instrumento de controle, como defendido pela DRJ, mas também de atribuição de competência à autoridade fiscalizadora, não há qualquer mácula na intimação pela internet e, ainda, consta nos autos prova de que a autoridade fiscal tinha competência para efetuar o lançamento.

A Recorrente pugna pelo reconhecimento da decadência, sob o entendimento de que apurava o IRPJ e a CSLL de forma mensal, quando na DIPJ acostada aos autos (fl. 2.335) é inequívoca a forma de apuração dos referidos tributos de forma anual.

Considerando que o período mais remoto lançado refere-se ao fato gerador ocorrido em 31/12/2000 e que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 26/12/05 não transcorreu o prazo decadencial encartado no §4º, do art. 150, do CTN, invocado pela própria Recorrente, *verbis*:

“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.”

Rejeitadas as preliminares, passo a análise do mérito:

Mérito:

A acusação fiscal pode ser resumida na glosa de despesas financeiras decorrentes de contratos de empréstimo obtidos no mercado financeiro, ao mesmo tempo em que foram fornecidos recursos a outras empresas controladas, sem remuneração, a título de Adiantamentos para Futuro Acréscimo de Capital – AFAC – que não teriam sido capitalizados, após longo período de tempo, com fundamento nos artigos 249, I, 251, parágrafo único, 299 e 300, do RIR/99, *verbis*:

“Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração:

I – os custos, despesas encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração

do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;" (...)

"Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais."

"Art. 299. São operacionais as despesas computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora."

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa."

§2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais do tipo de transações, operações ou atividades da empresa."

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

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros." de

Para a fiscalização, a desnecessidade das despesas financeiras estaria justificada pelo fato de a empresa estar canalizando recursos obtidos por meio de empréstimos por ela contraídos — ou seja, com cobrança de encargos — para financiar o capital de giro de outras empresas, a ela ligadas, sem qualquer cobrança de encargos. Contudo, para a constatação da efetiva necessidade das despesas, mister a análise dos contratos firmados.

De início, constato que, do montante envolvido nos contratos, a maior parte refere-se a empréstimos e financiamentos tomados pela Recorrente que não possuem as necessárias características que lhe permitam sequer participar de um levantamento para a apuração de eventual desnecessidade das despesas financeiras. Refiro-me, no caso, àqueles contratos com relação aos quais os recursos já tem uma destinação pré-definida, ou seja, com relação aos quais a empresa tomadora dos recursos não dispõe de discricionariedade quanto à sua aplicação, pois não são contratos para financiamento do seu capital de giro.

Nesta condição estão os contratos assinados com o BNDES, ELETROBRÁS, BANESE e HSBC vinculados ao FINAME, INERGUS, e os atinentes ao COMPROR, cuja análise foi feita pelo eminente Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé em seu voto-vista, cujo trecho peço *vênia* para transcrever:

"Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento mediante abertura de crédito nº 98.2.589.3.1 assinado com o BNDES, fls. 1568 a 1580 (identificado pelo número romano III nos quadros de glosas de despesas financeiras). Já na cláusula primeira consta que o crédito aberto em favor da recorrente é "destinado a apoiar o programa de investimentos da beneficiária em redes de transmissão, distribuição e subestações, na forma prevista no quadro de usos e fontes aprovado pelo BNDES para o projeto." Na cláusula nona, consta que a beneficiária está obrigada a "aplicar os recursos recebidos unicamente na execução do

projeto mencionado na Cláusula Primeira e de acordo com o Quadro de Usos e Fontes aprovado pelo BNDES para o projeto”, e, ainda, que deve “comprovar, previamente à liberação de cada parcela do crédito, subsequente à primeira, a correta aplicação da parcela anteriormente utilizada”. O BNDES, além de receber relatórios periódicos do andamento físico e financeiro do projeto, pode realizar inspeções físicas das obras do projeto.

Em casos como este, não há nenhuma ligação possível entre o referido contrato, e os mútuos concedidos a custo zero para as coligadas. Os recursos advindos deste contrato não se destinam a suprir o capital de giro da recorrente, pelo contrário, são recursos que possuem uma destinação específica, de modo que não se pode tomá-los como possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo.

Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com o BNDES.

Com relação aos contratos com a ELETROBRÁS ocorre o mesmo. Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento nº ECF-1343/95 assinado com a ELETROBRÁS, fls. 1616 a 1626 (identificado pelo número romano VI nos quadros de glosas de despesas financeiras). Já na cláusula segunda consta que o crédito foi aberto em favor da recorrente “para cobertura financeira de até 40% do custo de implantação do Programa de Eletrificação Rural, conforme especificado nos Anexos I e II.” Na cláusula quarta, consta que a liberação dos recursos provenientes deste contrato somente se dará após a comprovação da execução física de acordo com os cronogramas atualizados e previamente aprovados pela ELETROBRÁS, e comprovação da aplicação financeira das parcelas liberadas anteriormente, à satisfação da ELETROBRÁS. Ou seja, à semelhança dos contratos com o BNDES, os recursos advindos destes contratos possuem destinação específica, de modo que não se pode tomá-los como possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo. Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com a ELETROBRÁS.

Com relação aos contratos com o BANESE-FINAME e com o HSBC-FINAME, os recursos captados sequer transitam pela conta-corrente da recorrente, pois são depositados diretamente em favor de terceiros para aquisição de certos bens ou equipamentos. Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento nº EEF-94/00019-0 assinado com o BANESE, fls. 1788 a 1800 (identificado pelo número romano XIX nos quadros de glosas de despesas financeiras). Nele se verifica que o valor correspondente será disponibilizado diretamente em favor de INEPAR S/A - INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES, para atender exclusivamente à compra de 60 Capacitores de potência 100 Kvar, 7960 V, 60 Hz, os quais, inclusive, constituem a própria garantia do valor contratado. Por este motivo, tal contrato



também não pode ser tomado como possível fonte de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo. Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com o BANESE e o HSBC que tenham vinculação a créditos deferidos pela Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME.

Com relação ao contrato firmado com a INERGUS – Instituto Energipe de Seguridade Social, tampouco se pode falar em recursos captados junto a este Instituto, e que possam ter sido utilizados para financiar os mútuos concedidos a custo zero para as coligadas da recorrente. Conforme se verifica no contrato assinado entre as partes, fls. 1521 a 1536 (identificado pelo número romano XVII nos quadros de glosas de despesas financeiras), trata-se não de uma captação de recursos, mas sim da consolidação e confissão de dívidas vencidas da recorrente junto ao INERGUS, decorrentes do não recolhimento das contribuições da patrocinadora (recorrente).

Com relação aos contratos firmados na modalidade COMPROR, trata-se de linha de crédito oferecida por diversas instituições financeiras e destinada exclusivamente para pagamento de fornecedores da recorrente, por meio da qual o banco financia o pagamento à vista dos fornecedores, e parcela o financiamento da compra junto ao cliente. Veja-se, por exemplo, o Convênio para Concessão de Empréstimos – COMPROR nº 234.611-2, firmado com o Unibanco, fls. 1893 a 1900 (identificado pelo número romano XXVIII nos quadros de glosas de despesas financeiras). Nele se verifica que os valores do empréstimo são creditados diretamente aos fornecedores, ou à sua ordem, conforme cláusulas a seguir transcritas:

1.1. Os empréstimos de que trata o “caput” desta Cláusula poderão ser concedidos mediante solicitação da EMPRESA ao UNIBANCO, por intermédio de Carta de Adesão, as quais deverão conter, obrigatoriamente, a data de emissão, valor do empréstimo, vencimento da operação, valor e alíquota do IOC; a taxa efetiva mensal e anual, percentual de encargos incidentes, forma de reajuste, nome e assinatura dos responsáveis pela contratação da operação, nome do Fornecedor, nome do Banco/Agência para crédito dos recursos desembolsados por conta da EMPRESA e demais condições.

1.5. O UNIBANCO creditará o valor do financiamento concedido diretamente na conta corrente do Fornecedor especificado na Carta de Adesão pela EMPRESA, ou na própria conta corrente desta, desde que expressamente autorizada pelo Fornecedor, ficando tal financiamento sujeito a todas as cláusulas e condições ajustadas neste Convênio, nas Cartas de Adesão e de Constituição de Garantias e no TERMO DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA - TPG.

Assim, pelo fato de os recursos advindos destes contratos possuírem destinação específica, não se pode tomá-los como



possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem ônus pela recorrente”.

Atestada a necessidade das despesas incorridas com os contratos assinados com o BNDES, ELETROBRÁS, BANSE e HSBC vinculados ao FINAME, INERGUS e os referentes ao COMPROR, que representam a maior parte do lançamento, subsistem contratos de empréstimos que se prestaram ao financiamento do seu capital de giro, a seguir relacionados:

- Contrato Banco Real nº 16.551119.1, fls. 1553 a 1567 (identificado pelo número romano I nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Santos nº 300076-0, fls. 1827 a 1832 (identificado pelo número romano XXIII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco BNL nº NGIRB2989, fls. 1833 a 1851 identificado pelo número romano XXIV nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Unibanco nº 001.234679-9, fls. 1852 a 1861 (identificado pelo número romano XXV nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Mercantil do Brasil nº 24383, fls. 969 e 1094 (identificado pelo número romano XXVI nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Unibanco nº 060.247866-7, fls. 1879 a 1892 (identificado pelo número romano XXVII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Mercantil do Brasil nº 02397330-4, fls. 1901 a 1906 (identificado pelo número romano XXIX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco ABN AMRO Real S/A nº 4094/2001, fls. 1907 a 1951 (identificado pelo número romano XXX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Brascan nº RJ-14.11.1/2001, fls. 1964 a 1972 (identificado pelo número romano XXXII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Unibanco nº 001.233939-8, fls. 2033 a 2045 (identificado pelo número romano XXXIII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Bradesco nº 205327, fls. 2115 a 2122 (identificado pelo número romano XXXVII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Bradesco nº 1937, fls. 1071 (identificado pelo número romano XXXIX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco BBM S/A nº 46.110, fls. 2273 a 2328 (identificado pelos números romanos LVI e LVII nos quadros de glosas de despesas financeiras);

Compulsando os autos, verifico que, dos contratos remanescentes, muitos foram firmados antes dos AFAC's caracterizados pela Fiscalização como mútuo, sem que houvesse elementos para tal presunção.



Isto porquanto, na direção oposta da fiscalização e da DRJ, reputo indispensável observar que a Recorrente faz parte de estrutura societária do Sistema Guatacazes – Leopoldina – responsável por diversas empresas do setor energético – e que tem como objeto social a participação em outras sociedades, cabendo-lhe a decisão sobre a conveniência de realizar investimentos para ampliação de seus negócios ou para suprir eventuais dificuldades de suas coligadas.

Não se trata aqui de necessidade de empréstimos apenas das coligadas, mas da própria fonte produtora, em razão de ter como atividade a participação societária, cujos reflexos repercutem em suas atividades.

A glosa determinada, sob a justificativa de que seriam desnecessários empréstimos realizados em períodos anteriores à concessão dos AFAC's, quando comprovada, além da ausência de identidade entre o ingresso de recursos e a remessa às coligadas, a necessidade em relação às suas atividades, vai de encontro à autonomia e à liberdade de contratação, que estão asseguradas na Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;”

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Cabe à sociedade investidora decidir se quer investir mais ou menos na investida, não podendo o fisco interferir em tal opção, sob pena de afrontada a liberdade de contratação, assegurada na Carta Magna Federal

É importante destacar que a atividade da investidora, poderia ser desenvolvida pela própria Recorrente ou por outra participante da organização societária, apenas houve a opção de administração em separado, como forma de tornar mais eficientes as operações desempenhadas.

Pontuo ainda que mútuo e AFAC são institutos jurídicos distintos, dotados de características e efeitos diferentes. Se por um lado, o mútuo exige o requisito da onerosidade e impõe a entrega de bem e a sua devolução após o transcurso de determinado prazo, o AFAC, por sua vez, é um procedimento habitual, legal e não oneroso, entre sociedades, com a característica da reversibilidade, haja vista que não há nem o apontamento de juros, nem a obrigação de reembolso desse valor.

Entendo que as distintas características dos institutos impedem a equiparação do AFAC's a mútuos, como indiretamente feito pela fiscalização, apesar de não haver acusação de simulação.

Yt

Conforme demonstrado no próprio levantamento fiscal e objeto de análise e reforma pela DRJ várias capitalizações foram efetuadas no curso do período fiscalizado, demonstrando que se tratava de prática adotada pela Recorrente e suas coligadas.

Desta feita, se por um lado, foi caracterizada a necessidade dos contratos cujas despesas foram glosadas e, de outro, não descaracterizada a natureza de grande parte dos AFAC's efetuados, em razão das capitalizações efetuadas, entendo que deve ser cancelado integralmente o lançamento.

Por fim e apesar de se tratar de tributação reflexa, registro que, ainda que considerada indedutível para o IRPJ, não poderia subsistir a exigência da CSLL, em razão de se tratarem de despesas legítimas, cuja glosa não tem amparo legal específico.

Em face do exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício, rejeito as preliminares de nulidade e dou provimento ao Recurso Voluntário para cancelar integralmente a exigência tributária.

É como voto.


SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETTO.

Voto Vencedor

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, Redator Designado.

Colhidos os votos em sessão, esta E. Turma entendeu, pelo voto de qualidade, pelo parcial provimento do recurso voluntário, em contrário ao entendimento da Ilustre Conselheira Relatora, que em seu bem fundamentado voto, pugnava pelo integral provimento deste, pelas razões e fundamentos que ora passo a expor.

Um dos argumentos levantados pela recorrente, e também considerado pela i. Relatora, diz respeito à ausência de identidade entre o ingresso de recursos e o seu repasse às coligadas, sob a forma de AFAC.

De se observar que a autuação se faz sob o manto do artigo 47 da Lei nº 4.506, de 1964, reproduzido no artigo 299 do RIR/99, que assim dispõe:

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

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

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

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

A desnecessidade das despesas financeiras advém do fato de a empresa estar canalizando recursos obtidos por meio de empréstimos por ela contraídos — ou seja, com cobrança de encargos — para financiar o capital de giro de outras empresas, a ela ligadas, sem qualquer cobrança de encargos. Esta é a alegação fiscal, cuja consistência há de ser testada ante os fatos e provas juntados aos autos.

Sem entrar ainda, portanto, na discussão acerca da alegada equiparação entre AFAC e mútuo, o primeiro ponto a salientar é que, para tal demonstração da desnecessidade da despesa (quando for este o caso, obviamente) não é necessário efetuar a vinculação direta entre um recurso captado e o seu imediato ou posterior repasse sem custos. Isto pode ser demonstrado de forma bastante simples, com um exemplo:

Imagine-se a seguinte situação: a empresa, no dia 15/05/xx, empresta para sua coligada, o valor de R\$ 100.000,00 que estava disponível na sua conta bancária na instituição “BANCO A”. O saldo da empresa na conta corrente no “BANCO A” continua positivo, mesmo após o empréstimo feito. Contudo, desde o dia 01/01/xx, a empresa em questão possuía um empréstimo para capital de giro tomado no “BANCO B”, cujo principal é de



R\$ 300.000,00, sobre o qual correm juros. A questão é: se no dia 15/05/xx, a empresa de fato tinha à sua disposição o valor de R\$ 100.000,00, que não lhe era mais necessário para o seu capital de giro, então ela poderia nesta data ter amortizado parte do empréstimo tomado junto ao “BANCO B”, o que faria reduzir os seus juros na proporção de 1/3 do até então cobrado; no entanto, ela preferiu emprestar o dinheiro para a sua coligada, sem cobrança de encargos.

Ora, é evidente que, em circunstâncias como tais, aquela parcela de 1/3 dos juros cobrados pelo “BANCO B”, a partir do dia 15/05/xx, são indedutíveis, pois demonstrada está a sua desnecessidade para a atividade da empresa e manutenção de sua fonte produtiva.

Este simples exemplo serve para demonstrar que não é necessário comprovar nenhuma vinculação direta, nem de datas, nem sequer de instituição financeira, entre os recursos captados e os recursos repassados, pois veja-se que no exemplo dado as datas são bastante distantes entre si e os bancos também são distintos. E serve também para demonstrar que, não havendo uma identidade entre os valores captados e os repassados, a apuração da parcela das despesas considerada indedutível pode ser feita utilizando-se o critério de proporcionalidade com relação ao valor total do contrato.

De fato, não há nenhum óbice à utilização do critério da proporcionalidade para apuração da parcela indedutível das despesas financeiras de um determinado contrato, uma vez que se trata de um critério lógico e racional de cálculo a ser utilizado justamente por não haver perfeita identidade entre os valores captados e os repassados.

Conforme dito, a desnecessidade das despesas financeiras advém do fato de a empresa estar emprestando recursos, sem qualquer custo, para suas coligadas, enquanto, na outra ponta, sustenta os encargos decorrentes da captação de capital de giro junto a diversas instituições financeiras.

Entretanto, necessário se torna reconhecer que há certos empréstimos e financiamentos tomados pela empresa que não possuem as necessárias características que lhe permitam sequer participar de um levantamento para a apuração de eventual desnecessidade das despesas financeiras. Refiro-me, no caso, àqueles contratos com relação aos quais os recursos já tem uma destinação pré-definida, ou seja, com relação aos quais a empresa tomadora dos recursos não dispõe de discricionariedade quanto à sua aplicação, pois não são contratos para financiamento do seu capital de giro.

Nesta condição estão os contratos assinados com o BNDES, ELETROBRÁS, BANESE e HSBC vinculados ao FINAME, INERGUS, e os atinentes ao COMPROR, pelos motivos sucintamente expostos a seguir.

Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento mediante abertura de crédito nº 98.2.589.3.1 assinado com o BNDES, fls. 1568 a 1580 (identificado pelo número romano III nos quadros de glosas de despesas financeiras). Já na cláusula primeira consta que o crédito aberto em favor da recorrente é *“destinado a apoiar o programa de investimentos da beneficiária em redes de transmissão, distribuição e subestações, na forma prevista no quadro de usos e fontes aprovado pelo BNDES para o projeto.”* Na cláusula nona, consta que a beneficiária está obrigada a *“aplicar os recursos recebidos unicamente na execução do projeto mencionado na Cláusula Primeira e de acordo com o Quadro de Usos e Fontes aprovado pelo*

BNDES para o projeto”, e, ainda, que deve “comprovar, previamente à liberação de cada parcela do crédito, subsequente à primeira, a correta aplicação da parcela anteriormente utilizada”. O BNDES, além de receber relatórios periódicos do andamento físico e financeiro do projeto, pode realizar inspeções físicas das obras do projeto.

Em casos como este, não há nenhuma ligação possível entre o referido contrato, e os mútuos concedidos a custo zero para as coligadas. Os recursos advindos deste contrato não se destinam a suprir o capital de giro da recorrente, pelo contrário, são recursos que possuem uma destinação específica, de modo que não se pode tomá-los como possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo.

Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com o BNDES.

Com relação aos contratos com a ELETROBRÁS ocorre o mesmo. Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento nº ECF-1343/95 assinado com a ELETROBRÁS, fls. 1616 a 1626 (identificado pelo número romano VI nos quadros de glosas de despesas financeiras). Já na cláusula segunda consta que o crédito foi aberto em favor da recorrente *“para cobertura financeira de até 40% do custo de implantação do Programa de Eletrificação Rural, conforme especificado nos Anexos I e II.”* Na cláusula quarta, consta que a liberação dos recursos provenientes deste contrato somente se dará após a comprovação da execução física de acordo com os cronogramas atualizados e previamente aprovados pela ELETROBRÁS, e comprovação da aplicação financeira das parcelas liberadas anteriormente, à satisfação da ELETROBRÁS. Ou seja, à semelhança dos contratos com o BNDES, os recursos advindos destes contratos possuem destinação específica, de modo que não se pode tomá-los como possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo. Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com a ELETROBRÁS.

Com relação aos contratos com o BANESE-FINAME e com o HSBC-FINAME, os recursos captados sequer transitam pela conta-corrente da recorrente, pois são depositados diretamente em favor de terceiros para aquisição de certos bens ou equipamentos. Veja-se, por exemplo, o contrato de financiamento nº EEF-94/00019-0 assinado com o BANESE, fls. 1788 a 1800 (identificado pelo número romano XIX nos quadros de glosas de despesas financeiras). Nele se verifica que o valor correspondente será disponibilizado diretamente em favor de INEPAR S/A - INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES, para atender exclusivamente à compra de 60 Capacitores de potência 100 Kvar, 7960 V, 60 Hz, os quais, inclusive, constituem a própria garantia do valor contratado. Por este motivo, tal contrato também não pode ser tomado como possível fonte de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem custo. Com cláusulas muito semelhantes, conforme cada projeto específico, encontram-se todos os demais contratos firmados com o BANESE e o HSBC que tenham vinculação a créditos deferidos pela Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME.

Com relação ao contrato firmado com a INERGUS – Instituto Energipe de Seguridade Social, tampouco se pode falar em recursos captados junto a este Instituto, e que possam ter sido utilizados para financiar os mútuos concedidos a custo zero para as coligadas da recorrente. Conforme se verifica no contrato assinado entre as partes, fls. 1521 a 1536 (identificado pelo número romano XVII nos quadros de glosas de despesas financeiras), trata-se não de uma captação de recursos, mas sim da consolidação e confissão de dívidas vencidas

da recorrente junto ao INERGUS, decorrentes do não recolhimento das contribuições da patrocinadora (recorrente).

Com relação aos contratos firmados na modalidade COMPROR, trata-se de linha de crédito oferecida por diversas instituições financeiras e destinada exclusivamente para pagamento de fornecedores da recorrente, por meio da qual o banco financia o pagamento à vista dos fornecedores, e parcela o financiamento da compra junto ao cliente. Veja-se, por exemplo, o Convênio para Concessão de Empréstimos – COMPROR nº 234.611-2, firmado com o Unibanco, fls. 1893 a 1900 (identificado pelo número romano XXVIII nos quadros de glosas de despesas financeiras). Nele se verifica que os valores do empréstimo são creditados diretamente aos fornecedores, ou à sua ordem, conforme cláusulas a seguir transcritas:

1.1. Os empréstimos de que trata o “caput” desta Cláusula poderão ser concedidos mediante solicitação da EMPRESA ao UNIBANCO, por intermédio de Carta de Adesão, as quais deverão conter, obrigatoriamente, a data de emissão, valor do empréstimo, vencimento da operação, valor e alíquota do IOC; a taxa efetiva mensal e anual, percentual de encargos incidentes, forma de reajuste, nome e assinatura dos responsáveis pela contratação da operação, nome do Fornecedor, nome do Banco/Agência para crédito dos recursos desembolsados por conta da EMPRESA e demais condições.

1.5. O UNIBANCO creditará o valor do financiamento concedido diretamente na conta corrente do Fornecedor especificado na Carta de Adesão pela EMPRESA, ou na própria conta corrente desta, desde que expressamente autorizada pelo Fornecedor, ficando tal financiamento sujeito a todas as cláusulas e condições ajustadas neste Convênio, nas Cartas de Adesão e de Constituição de Garantias e no TERMO DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA - TPG.

Assim, pelo fato de os recursos advindos destes contratos possuírem destinação específica, não se pode tomá-los como possíveis fontes de financiamento para sustentar os empréstimos concedidos sem ônus pela recorrente.

Desta forma, excluídos todos os contratos que se encontram nas condições acima relatadas, restam como contratos de financiamento de capital de giro, e passíveis de glosa, com relação às despesas financeiras, se demonstrada a sua desnecessidade, tão somente os contratos a seguir relacionados:

- Contrato Banco Real nº 16.551119.1, fls. 1553 a 1567 (identificado pelo número romano I nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Santos nº 300076-0, fls. 1827 a 1832 (identificado pelo número romano XXIII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco BNL nº NGIRB2989, fls. 1833 a 1851 identificado pelo número romano XXIV nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Unibanco nº 001.234679-9, fls. 1852 a 1861 (identificado pelo número romano XXV nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Mercantil do Brasil nº 24383, fls. 969 e 1094 (identificado pelo número romano XXVI nos quadros de glosas de despesas financeiras);

- Contrato Banco Unibanco nº 060.247866-7, fls. 1879 a 1892 (identificado pelo número romano XXVII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Mercantil do Brasil nº 02397330-4, fls. 1901 a 1906 (identificado pelo número romano XXIX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco ABN AMRO Real S/A nº 4094/2001, fls. 1907 a 1951 (identificado pelo número romano XXX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Brascan nº RJ-14.11.1/2001, fls. 1964 a 1972 (identificado pelo número romano XXXII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Unibanco nº 001.233939-8, fls. 2033 a 2045 (identificado pelo número romano XXXIII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Bradesco nº 205327, fls. 2115 a 2122 (identificado pelo número romano XXXVII nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco Bradesco nº 1937, fls. 1071 (identificado pelo número romano XXXIX nos quadros de glosas de despesas financeiras);
- Contrato Banco BBM S/A nº 46.110, fls. 2273 a 2328 (identificado pelos números romanos LVI e LVII nos quadros de glosas de despesas financeiras).

Outro ponto contra o qual se insurge a recorrente diz respeito à equiparação dos AFAC a mútuos, que teria sido promovida pela fiscalização apoiado em meras presunções, sem qualquer amparo legal, sustentadas apenas em atos administrativos editados pela própria administração tributária

É fato que a recorrente contabilizou as operações *sub judice* sob a rubrica de Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital – AFAC. Entretanto, a fiscalização, dadas as características específicas das operações em questão, concluiu tratar-se as mesmas de mútuos. Convém reproduzir trecho do “Termo de Verificação de Infração” que contém uma síntese do que seriam estas características que levaram ao convencimento da autoridade fiscal:

“Importa salientar que, sobre os adiantamentos, tanto em relação aos concedidos quanto aos recebidos pela ENERGIPE, constatamos não ter havido qualquer registros no livro de Atas de Assembleias da ENERGIPE ou sua conversão em aumento de capital (fls. 2.647 a 2.717). Também não foi apresentada pela ENERGIPE alteração de Estatuto que indicasse o comprometimento de que os recursos recebidos da ENERGISA se destinassem a futuro aumento de capital, tampouco estariam amparados por contratos as operações de AFAC entre a ENERGIPE e a ENERGISA ou entre a ENERGIPE e as coligadas. Ora, a quantidade de operações encontradas nas contas que registram os AFAC e o decurso de períodos consideráveis em que os recursos permanecem na condição de AFAC, tanto na empresa que recebe o aporte da ENERGIPE quanto nesta própria, quando recebe aporte da ENERGISA, faz transparecer o alto grau de artificialidade de tais transações, que, salvo melhor juízo, tratar-se-iam de operações de mútuo sob outra roupagem.

Também as respostas aos esclarecimentos solicitados, via circularizações, não trouxe em seu bojo, evidências, através de uma documentação-suporte, que

indicasse, na constituição dos AFAC, uma disposição futura de conversão em Capital.”

Uma das primeiras características sempre mencionadas quando se trata de definir um AFAC é o fato de constituir ele um compromisso irretratável e irrevogável da destinação dos recursos para aumento do capital social da tomadora destes. Embora não seja o único elemento caracterizador de um AFAC, este aspecto foi muito bem abordado no Parecer Normativo nº 17, de 20 de agosto de 1984. A jurisprudência do Conselho de Contribuintes também reforça este mesmo aspecto, conforme ementa a seguir (grifos não são do original):

IRPJ - ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - Os adiantamentos de recursos financeiros, sem remuneração, ou com remuneração inferior as taxas de mercado, feitos por uma pessoa jurídica a sociedade coligada, interligada ou controlada, **não configuram operação de mútuo**, sujeita a observância do disposto no artigo 21 do Decreto Lei 2.65 de 26 de outubro de 1983, **desde que: a) entre a prestadora e a beneficiária haja comprometimento, contratual e irrevogável de que tais recursos se destinem a futuro aumento de capital e b) o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora** (Ac. 1º CC 103-19089- DO 07/01/98).

Importante salientar ainda que não somente a administração tributária ou as autoridades julgadoras trataram deste aspecto. Veja-se, por exemplo, o Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC nº 39, o qual, embora somente aprovado em 2 de outubro de 2009, permite verificar o que entende a ciência contábil a respeito do assunto.

No seu item 11, o CPC nº 39 oferece as seguintes definições de Instrumento Patrimonial, e Passivo Financeiro, as quais importa reproduzir:

“Instrumento patrimonial é qualquer contrato que evidencie uma participação nos ativos de uma entidade após a dedução de todos os seus passivos.

Passivo financeiro é qualquer passivo que seja:

...

(b) contrato que será ou poderá ser liquidado por instrumentos patrimoniais da própria entidade, e seja:

(i) um não derivativo no qual a entidade é ou pode ser obrigada a entregar um número variável de instrumentos patrimoniais da entidade; ou

(ii) um derivativo que será ou poderá ser liquidado de outra forma que não pela troca de um montante fixo em caixa, ou outro ativo financeiro, por um número fixo de instrumentos patrimoniais da própria entidade...”

Portanto, para a comunidade contábil, para que um AFAC seja considerado um instrumento patrimonial é fundamental que, na primeira assembléia ou alteração contratual posterior ao evento, haja a conversão daquele valor adiantado por um montante fixo e pré-definido de ações ou quotas sociais.

Esta conclusão é exposta também pela Auditoria PricewaterhouseCoopers, conforme texto disponível no endereço eletrônico <http://www.pwc.com/br/pt/ifrs-brasil/navegador-contabil/contabilizacao-de-adiantamentos-para-futuro-aumento-de-capital.jhtml>, o qual reproduzo abaixo (grifos não são do original):

“Há um mito de que um AFAC será instrumento patrimonial se ele for irretratável e irrevogável. O fato de que um valor recebido que será obrigatoriamente convertido em capital por uma entidade e, portanto, não precisa ser devolvido, não necessariamente o faz automaticamente instrumento patrimonial.

(...)

Em outras palavras, o simples fato de que um instrumento ser liquidado em ações, não o faz um instrumento de patrimônio de acordo com o CPC 39/IAS 32. Se houver qualquer variação no valor do adiantamento ou no número de ações que será usado para liquidar uma obrigação, o instrumento não pode ser de patrimônio e, dessa forma, é um passivo. Observe que não basta prever como será convertido, o valor do adiantamento e o número de ações devem ser fixos já no momento do adiantamento.

Um aspecto às vezes mal compreendido nesta exigência do fixo por fixo é quanto à remuneração do AFAC. Se o AFAC é corrigido pelo CDI ou, por exemplo, pelo IGP-M + 6%, até a data da conversão das ações, o acionista que efetuou o adiantamento terá até a data da conversão a remuneração garantida estipulada, sem correr o risco de patrimônio que os atuais acionistas correm. Somente após a conversão é que este investidor passa a ter o risco de patrimônio.”

Portanto, não basta apenas o compromisso de conversão em capital ser irretratável e irrevogável, é preciso ainda que a conversão em ações tenha sido previamente estipulada quanto ao montante de ações a que terá direito a entidade que faz o aporte. Caso contrário, não se trata de instrumento patrimonial, mas sim de ativo ou passivo financeiro.

No caso concreto, nenhuma destas circunstâncias foi comprovada. Na verdade, foi apenas na contabilidade das empresas que os recursos em questão apareceram na condição de AFAC. Não há nenhuma prova de que os recursos efetivamente se destinavam a aumentos de capital. Não há quaisquer registros nos livros de Atas de Assembleias ou Alterações Contratuais das empresas envolvidas, e nem sequer estão amparadas por instrumento contratual essas alegadas operações de AFAC.

As evidências coletadas, por outro lado, tais como o elevado número de operações, o longo prazo em que os recursos permaneciam na condição de AFAC, e o fato de que em algumas circunstâncias houve inclusive o retorno ou devolução parcial de supostos AFAC, apenas reforçam a conclusão fiscal de que não se tratavam os mesmos de verdadeiros AFAC, mas sim de mútuos “*sob outra roupagem*”.

Concluindo, correto o procedimento fiscal de considerar desnecessárias as despesas financeiras geradas pelas captações de recursos externos, proporcionalmente à parcela de recursos que foram aportados às suas coligadas a título de adiantamento para futuro



aumento de capital – AFAC. Aliás, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes aponta no mesmo sentido, conforme ementa a seguir transcrita:

ENCARGOS FINANCEIROS DESNECESSÁRIOS (EX. 89/92) - Revelam-se desnecessários e, portanto, indedutíveis os encargos financeiros de captação externa junto à entidade financeira quando, simultaneamente, a pessoa jurídica transfere dinheiro à sua controlada a título de adiantamento para aumento de capital, sem incidência de qualquer encargo (Ac. 1º CC 108-4.787/97 - DO 09/04/98).

Além disto, observo que as parcelas dos adiantamentos para futuro aumento de capital que foram efetivamente convertidas em aumento de capital, já foram devidamente decotadas dos valores que foram considerados como mútuos sem incidência de encargos para efeito da glosa das despesas financeiras proporcionalmente consideradas indedutíveis. Tal procedimento, aliás, também encontra-se em consonância com a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme ementa a seguir transcrita:

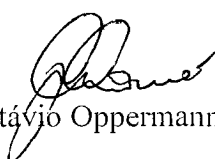
CORREÇÃO MONETÁRIA - ADIANTAMENTO PARA AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL - Recursos fornecidos ao Caixa da empresa em conta de “Adiantamento para Futuro Aumento de Capital” não pode ser tomada como operação de mútuo para fins de exigência da correção monetária a que se refere o artigo 21 do Dec.-lei nr. 2.065/83, se antes da data da ação fiscal o valor adiantado já tinha sido incorporado ao capital social (Ac. 1º CC 101- 93170).

Ocorre que, ao fazer os cálculos para reduzir a exigência fiscal quanto a estes montantes, a autoridade julgadora *a quo* acabou por eleger, para o mister de tornar dedutíveis despesas que haviam sido considerado indedutíveis pela fiscalização, justamente alguns daqueles contratos de capital de giro antes relacionados (cuja dedutibilidade dos encargos aqui não se reconhece), quando é certo que os valores ora exonerados, por força da natureza específica daqueles outros contratos que nenhuma relação tem com os valores repassados (BNDES, Banese, etc), é muito superior ao quanto foi exonerado pela DRJ. Tal circunstância, ao meu entender, poderia conduzir a um parcial provimento ao recurso de ofício, quanto a estas parcelas, entretanto, tal proposta não foi acolhida pela Turma, que decidiu por negar provimento ao recurso de ofício.

Por fim, quanto ao reflexo de CSLL, conforme bem exposto pela i. Relatora, este não pode subsistir, pois, apesar de indedutíveis para o IRPJ, não há previsão legal específica para considerar tais despesas indedutíveis também no âmbito da referida contribuição.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar integralmente a exigência de CSLL, e para excluir da exigência relativa ao IRPJ os contratos assinados com BNDES, Eletrobrás, Banese e HSBC vinculados ao Finame, INERGUS, e os atinentes ao COMPROR, conforme ao norte detalhado.

É como voto.



João Otávio Oppermann Thomé – Redator designado.

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília,

JOSÉ ANTONIO DA SILVA
Chefe de Equipe da 1ª Câmara do
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-MF

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

- ☐ apenas com ciência;
- ☐ com Recurso Especial;
- ☐ com Embargos de Declaração;
- ☐ _____.