



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 13820.000860/2002-10
Recurso nº 163.754 Voluntário
Matéria IRPJ - Ano Calendário 2001
Acórdão nº 101-97021
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente LETERO EMPREENDIMENTOS, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES S.A
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-CAMPINAS-SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

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

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

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

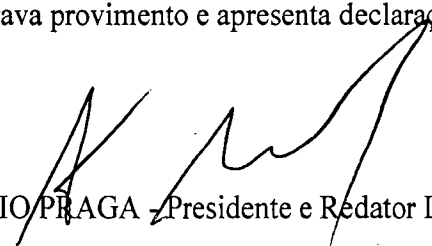
DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCRO - Para que se considere distribuição disfarçada de lucros, deve ficar suficientemente demonstrado que houve favorecimento por descontos maiores, sendo que a parcela tributável deve corresponder apenas à diferença entre o desconto dado a terceiros e o desconto dado à controladora.

CSLL - LANÇAMENTO REFLEXO - Tratando-se de lançamento reflexo, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, ao decorrente, em razão da íntima relação de causa e efeito que o vincula.

Preliminares Rejeitadas. Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de homologação tácita de parte das DECOMP; 2) Por maioria de votos, REJEITARAM a preliminar de impossibilidade da redução do IRPJ a restituir, por inexistência de lançamento de ofício para esse fim, vencido o conselheiro Valmir Sandri (Relator), designado para redigir o voto vencedor quanto a essa preliminar o conselheiro Antonio Praga. 3) No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para reconhecer o direito creditório do contribuinte e homologar as compensações em litígio, vencido o Conselheiro Antonio Praga, que negava provimento e apresenta declaração de voto.



ANTONIO PRAGA - Presidente e Redator Designado

EDITADO EM: 20 de outubro de 2009.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Antonio Praga, Sandra Maria Faroni, Valmir Sandri, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva, Caio Marcos Cândido, João Carlos de Lima Júnior e Alexandre da Fonte Filho.



Relatório

LETERO EMPREENDIMENTOS, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES S.A., atual denominação da SODEPA SOCIEDADE DE EMPREENDIMENTOS, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES S.A., já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, que por unanimidade de votos, não reconheceu o direito creditório em litígio, indeferiu o pedido de restituição e não homologou as compensações declaradas em litígio.

Trata-se o presente processo de Pedido de restituição/compensação do IRPJ apurado no ano-calendário 2001, exercício 2002, por suposto pagamento a maior do referido tributo, no valor de R\$ 104.501.145,87.

A solicitação foi deferida em parte pelo chefe do SEORT – Serviço de Orientação e Análise Tributária, fls.669/682, reconhecendo a Contribuinte o direito creditório do saldo negativo de IRPJ, no ano-calendário de 2001, no valor R\$ 6.588.243,55, tendo em conta a verificação, na determinação da base de cálculo do IRPJ, da contabilização de despesas financeiras indedutíveis, com remuneração de debêntures emitidas pela empresa em 06/12/1999, sob os seguintes argumentos.

Afirma a DRJ-Guarulhos/SP que as despesas incorridas por liberalidade não seriam dedutíveis na apuração do lucro real, questionando a mudança do critério de remuneração das debêntures, a partir de 01/06/2001, para 97% do resultado do exercício social ajustado pela exclusão de rendimentos de participações societárias de caráter permanente. Em julho de 2001, com a mudança de critérios, a contribuinte teria apropriado a título de juros e atualização monetária o valor de R\$ 251.281.662,29, valor que deduzido do rendimento negativo das debêntures mantidas em carteira (R\$ 51.914.789,36) teria apresentado uma remuneração efetiva de R\$ 199.366.862,93 (fls. 580, 578 e 504).

Destaca o referido Despacho Decisório que apesar da contabilização das despesas pelo novo critério, não teria sido estornada (fls. 578, 580 e 511) a despesa relativa a julho apropriada pelo critério anteriormente vigente (R\$ 42.765.809,86 – R\$ 8.835.416,31 = R\$ 33.930.393,55). A esse respeito, entendeu a DRF Guarulhos/SP que: “Como se pôde ver, a aplicação do novo critério, em relação ao mês de julho, representou um acréscimo às despesas no valor de R\$ 199.366.862,93, sem prejuízo da apropriação das despesas calculadas conforme o critério anterior”.

Prossegue a autoridade fiscal afirmando que na apreciação da regularidade das emissões e subscrições das debêntures ora analisadas teria sido verificado que os adquirentes das debêntures seriam os próprios acionistas, e que as aquisições teriam sido feitas na exata proporção da participação de cada sócio no capital social da empresa.

Quanto ao novo critério de remuneração, questiona a aplicação retroativa ao início do mês de julho, e cumulada com a despesa incorrida de acordo com o critério anterior, o que teria resultado num injustificado aumento da remuneração aos debenturistas, por mera liberalidade da companhia, configurando despesas desnecessárias à atividade da empresa. Para a DRF Guarulhos/SP, a retroação do critério de remuneração dos debenturistas teria reduzido o resultado sem qualquer contrapartida favorável às atividades da empresa.

Destaca, ainda, que os valores creditados aos acionistas controladores, remunerando em condição de favorecimento aplicação em debêntures, enquadrar-se-ia no conceito de distribuição disfarçada de lucros.

Salienta que à época do ocorrido, os únicos acionistas da empresa, Srs. Joseph Yacoub Safra (CPF nº 006.062.278-49) e Moise Yacoub Safra (CPF nº 006.062.198-20), conforme atestado pela Ata da Assembléia Geral, juntada aos autos às fls. 09, foram também os únicos beneficiários dos rendimentos pagos pela Sodepa a título de remuneração das debêntures emitidas, no valor total de R\$ 355.080.888,42, sendo: (i) R\$ 177.536.671,17 para o Sr. Moise Yacoub Safra e (ii) R\$ 177.544.217,25 para o Sr. Joseph Yacoub Safra, conforme Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte – Dirf apresentada pela Sodepa (fl. 666).

A autoridade fiscal aduz, também, que a aplicação retroativa da mudança de critério de remuneração teria sido deliberada num momento em que já se podia saber, com segurança, que o novo critério seria mais favorável aos debenturistas do que o anterior.

Prossegue afirmando que tal negócio somente teria sido viabilizado, tendo em conta que os únicos debenturistas eram também os únicos acionistas da empresa, e que as debêntures teriam sido adquiridas na exata proporção da participação de cada um deles no capital social. E acrescenta: *“Não é crível que tamanha benesse fosse concedida a um terceiro, sem ligação ou influência nos negócios da Companhia”*.

Dessa forma, a autoridade administrativa ratificou a indedutibilidade das despesas financeiras decorrentes da remuneração das debêntures, por se caracterizarem como desnecessárias à atividade da empresa e como distribuição disfarçada de lucros, devendo ser promovida à adição do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real, nos termos dos arts. 249, I e 467, V do RIR/99, fato a afetar, conseqüentemente, a determinação do saldo negativo de IRPJ. Procede à seguinte demonstração do valor da base de cálculo e do saldo negativo do IRPJ:

Demonstração do Lucro Real	Contribuinte	Fisco
Lucro Líquido	270.492.946,10	270.492.946,10
Adições		
Despesas Operacionais - não dedutíveis	6.687.643,89	6.687.643,89
CSLL	2.227.057,61	2.227.057,61
Outras adições	74.876,80	74.876,80
Despesa Financeira Indedutível	-	199.366.862,93
Soma das Adições	8.989.578,30	208.356.441,23
Exclusões		
Ajuste por Aum. Valor Invest. Aval. PL	249.275.635,99	249.275.635,99
Outras exclusões	161.170,94	161.170,94
Soma das Exclusões	249.436.806,93	249.436.806,93
Lucro Real antes da Comp Prej	30.045.717,47	229.412.580,40
Lucro Real após Comp Prej	30.045.717,47	229.412.580,40
Lucro Real	30.045.717,47	229.412.580,40
Cálculo do IR sobre Lucro Real		
Imposto sobre Lucro Real		

À alíquota de 15%	4.506.857,62	34.411.887,06
Adicional	2.980.571,75	22.917.258,04
Imposto Apurado	7.487.429,37	57.329.145,10
Deduções		
Oper. de Caráter Cultural e Artístico	180.274,30	180.274,30
Fundos Direito da Criança e do Adolesc.	45.068,58	45.068,58
IRRF	93.920.205,51	93.920.205,51
IR Mensal Pago por Estimativa	9.771.840,26	9.771.840,26
IR a Pagar	(96.429.959,28)	(46.588.243,55)
Diferença		(49.841.715,73)

Sendo assim, uma vez reconhecido parcial o direito creditório e homologada às compensações até o limite do crédito, foram extintos os débitos constantes das declarações de compensação autuadas neste e nos processos administrativos 13820.001162/2002-23, 13820.001212/2002-72, 13820.001309/2002-85, 13820.001366/2002-64, 13820.000019/2003-03 e 13820.000060/2003-71. Remanesceram em cobrança parte dos débitos constantes do processo nº 13820.000094/2003-66 e a totalidade dos débitos cuja compensação foi autuada nos processos nº 13820.000160/2003-06, 13820.000182/2003-68, 13820.000270/2003-60 e 13820.000387/2003-43, conforme planilha e extratos do Profisc de fls. 846/850.

Cientificada do reconhecimento parcial do indébito tributário, em 27/12/2006 (fl. 683), a contribuinte, apresentou sua manifestação de inconformidade em 25/01/2007 (fls. 696/729), alegando em síntese o que se segue:

- (i) Inicialmente, afirma que a DRF Guarulhos teria: (a) confirmado integralmente o direito creditório no valor original de R\$ 96.429.959,28; (b) promovido à compensação de ofício, relativa a débito inexistente, no valor de R\$ 49.841.715,73; e (c) em decorrência, homologado as compensações declaradas até o limite do crédito reconhecido de R\$ 46.588.243,55.
- (ii) Prossegue afirmando que a compensação de ofício no valor original de R\$ 96.429.959,28, teria sido motivada por configurarem as despesas de juros sobre debêntures mera liberalidade e distribuição disfarçada de lucros, em razão de serem os próprios acionistas controladores da Impugnante os beneficiários dos pagamentos (art. 299 e 464, VI do RIR/99).
- (iii) Acredita ter comprovado a contabilização de todas as receitas e respectivas retenções de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF que compuseram a base de cálculo e o saldo negativo do IRPJ do ano-calendário de 2001.
- (iv) Alega que não há litígio, na medida em que o direito creditório invocado, relativo ao saldo negativo do IRPJ do ano-calendário de 2001, a partir da comprovação do recolhimento das antecipações (IRRF e estimativas), efetuadas no curso do ano-calendário, foi integralmente reconhecido.



- (v) Requer a nulidade do ato administrativo relacionado à compensação de ofício do débito de R\$ 49.841.715,73, por considerar que a autoridade administrativa extrapolou suas prerrogativas funcionais quanto o formalismo processual a que está subjugada a análise do pleito formulado pelo contribuinte, amparando sua decisão na 'retificação do lucro real' da empresa.
- (vi) Afirma ser a constituição do crédito tributário, mediante lançamento, um ato vinculado, não podendo ser exercido discricionariamente, nos termos do art. 142 do CTN. Em consequência, não havendo nos autos o ato de constituição de ofício (lançamento) do crédito tributário ou de aplicação de penalidade pecuniária, não haveria litígio, nem possibilidade de contraditório. Nesse sentido transcreve jurisprudência.
- (vii) Ressalta que nos termos da legislação em vigor (art. 142 do CTN, art. 9º do Decreto nº 70.235/72 e art. 926 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999), o lançamento, mediante auto de infração ou notificação de lançamento, é imprescindível para a constituição do crédito tributário, conforme jurisprudência administrativa.
- (viii) Dessa forma, requer a declaração de nulidade do ato de não homologação das compensações efetuadas com base no direito creditório invocado. Propugna pelo entendimento de que, em sede de apreciação de direito creditório, não poderia o Fisco proceder à glosa de despesas e, conseqüentemente, à retificação da determinação do lucro real e do imposto apurado. Assinala, ainda, que nos termos do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, vigente à data da expedição do Despacho Decisório (Portaria MF nº 30, de 25/02/2005, arts. 140 e 145), o Seort não teria competência para proceder ao lançamento do crédito tributário, mas apenas o Sefis da DRF Guarulhos.
- (ix) Preliminarmente, alega, ainda, a decadência do direito de a Fazenda Pública de revisar o lançamento, tendo ocorrido à homologação tácita, pelo decurso do prazo previsto no art. 150, §4º do CTN, de vez que afastada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.
- (x) No mérito, afirma que o ato de não homologação das compensações estaria amparado exclusivamente na impossibilidade de contabilização dos juros remuneratórios das debêntures em 31/07/2001, com efeitos retroativos a 01/06/2001.
- (xi) Destaca que a contabilização dos juros incidentes sobre as debêntures não teria interferido no cálculo do IRPJ no ano-calendário de 2001. A apropriação final dos juros remuneratórios das debêntures teria se dado em 31/12/2001, em respeito à determinação contida no Aditivo à Escritura de Emissão das Debêntures (fls. 490/491), e no Estatuto Social da empresa.



- (xii) Ressalta que a fórmula de remuneração dos títulos estaria em consonância com o ordenamento jurídico nacional, tanto no que tange à legislação societária (art. 187 da Lei nº 6.404, de 1976), como à legislação tributária (art. 462, I, do RIR, de 1999).
- (xiii) Observa, ainda, que nos termos da legislação societária (art. 187 da Lei nº 6.404, de 1976), as participações nos lucros atribuídas às debêntures de emissão da empresa seriam tidas como despesas operacionais, sendo inaplicáveis os critérios de necessidade, usualidade e normalidade, de que trata o art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda. Ademais seriam dedutíveis na apuração do lucro real por determinação do art. 462, I do RIR, de 1999.
- (xiv) Entende que a Secretaria da Receita Federal, no preenchimento da DIPJ, distinguiria: na Linha 31 – Despesas Operacionais, o valor das despesas financeiras, dentre as quais os juros e a correção monetária incidentes sobre as debêntures; e na Linha 47 – Participações de Debêntures, os valores que seriam direitos dos debenturistas e incidentes sobre o lucro líquido do exercício.
- (xv) Ao contrário do que entendeu a autoridade administrativa, aduz que a mudança de critério no cálculo das despesas com pagamento de debêntures, apesar de ter representado um acréscimo das despesas relativas ao mês de julho, no montante de R\$ 199.366.862,93, teria representado, também, remuneração negativa das debêntures nos meses de novembro e dezembro, nos valores respectivamente de (R\$ 140.261.808,16) e (R\$ 79.221.290,94). Remuneração negativa significaria ‘estorno de despesas’.
- (xvi) Pretende o reconhecimento de ausência de prejuízo ao Erário, sequer no tocante aos recolhimentos mensais das estimativas, haja vista que as antecipações foram efetivadas com base na receita bruta e acréscimos, regime para o qual seriam irrelevantes os valores contabilizados como despesas.
- (xvii) Ressalta que a participação atribuída às debêntures teria sido apropriada mensalmente, em respeito ao princípio contábil da competência dos exercícios, mas tal apropriação não asseguraria participações mensais, mas apenas anuais nos lucros, pelo que seria equivocada a interpretação do Seort de aplicação retroativa das alterações das cláusulas de remuneração das debêntures. Em outro trecho, afirma que como teria optado pela apuração do lucro real anual, os efeitos da despesa de juros sobre as debêntures seriam ajustados ou compensados na apuração do lucro líquido em 31/12/2001, base de cálculo para remuneração das debêntures.
- (xviii) Entende que não existindo ilicitude na documentação apresentada (contratos e aditivos), válidos seriam os registros contábeis, e o fato de



seus efeitos terem retroagido a 01/06/2001, não seria suficiente para invalidar a despesa.

- (xix) Quanto ao suposto favorecimento aos sócios e de distribuição disfarçada de lucros, diz terem sido satisfeitos todos os requisitos legais na emissão das debêntures, sem qualquer subterfúgio ou simulação a caracterizar evasão fiscal. Em suas palavras a decisão teria desconsiderado a realidade fática da total impossibilidade de previsão da efetiva remuneração atribuível às debêntures, sujeita aos percalços do mercado financeiro.
- (xx) Questiona o favorecimento, na medida em que teria sido recolhido o IRRF à alíquota de 20%, e sobre as receitas financeiras as contribuições para o PIS e a Cofins.
- (xxi) Assevera que a distribuição disfarçada de lucros seria um ilícito sujeito a uma penalidade e não a um tributo. Todavia, nenhuma ilicitude foi verificada pelo órgão local. Para então concluir que: “Restou comprovado que as despesas de juros glosadas pelo AFRF tiveram como objetivo remunerar os investimentos dos acionistas da manifestante efetuados através da aquisição de debêntures. Como referidos investimentos foram integralmente aplicados no capital de giro da emissora das debêntures, proporcionando-lhe a obtenção das vantagens e benefícios representados por rendimentos de aplicações financeiras, lucros em participações societárias, receita de juros sobre o capital próprio e receitas em operações de *Swap*, dentre outras, todas submetidas à tributação, quando devida, não vê a manifestante qualquer lógica em considerar as despesas com juros remuneratórios dos investimentos que proporcionaram os citados ganhos da pessoa jurídica como não necessárias. Improcedente, portanto, neste tópico, o entendimento dos AFRF revisores”.
- (xxii) Salienta, finalmente, a insubsistência da tese da distribuição disfarçada de lucros a pessoa ligada, tendo em conta estar comprovada a necessidade às atividades da empresa das despesas com os juros.
- (xxiii) Em síntese, requer: (a) a nulidade do despacho decisório, em face da ausência de lançamento; (b) a declaração de decadência do crédito tributário relativo ao ano-calendário de 2001; (c) o reconhecimento do direito creditório invocado, no valor originário de R\$ 96.429.959,28, devidamente atualizado; (d) a homologação das compensações efetivadas.

Por considerar que o processo não estava em condições de ser apreciado, em 26/03/2007, o julgamento do processo foi convertido em diligência pela DRJ-Campinas - SP, nos termos da Resolução DRJ Campinas nº 1.268 (fls. 745/746), para que o Seort da DRF de Guarulhos/SP providenciasse o saneamento dos autos quanto às compensações não homologadas e objeto do presente litígio. Em atendimento, foi providenciada a juntada de



cópias das intimações para pagamento de todos os débitos objeto das declarações de compensação não homologadas (fls. 753/763).

Novamente, em 21/05/2007, o julgamento foi convertido em diligência para que a DRF Guarulhos/SP editasse ato específico de não homologação expressa das compensações autuadas nos processos administrativos nº 13820.000160/2003-06, 13820.000182/2003-68, 13820.000270/2003-60 e 13820.000387/2003-43, cujos débitos estão sendo objeto de cobrança nos presentes autos, o que foi providenciado conforme Despacho Decisório nº 320, de 2007 (fls. 772/774), do qual a contribuinte foi regularmente cientificada em 28/08/2007 (AR de fls. 831).

Em aditamento as razões de defesa anteriormente apresentada, a contribuinte além de ratificar os fundamentos de fato e de direito já acima relatados, contesta a data da assinatura aposta pelo DRF Guarulhos/SP no Despacho Decisório nº 320, de 2007, após o saneamento solicitado pelo Presidente da 2ª Turma de Julgamento da DRJ Campinas, no Despacho nº 1.505, de 17/08/2007 (fls. 829).

No Despacho de fls. 845, explicou o Chefe do Serviço de Orientação e Análise Tributária – Seort, que a data aposta no Despacho Decisório não teria provocado qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, haja vista que relevante seria a data de sua ciência devidamente formalizada em 28/08/2007, conforme AR de fl. 831.

Diante da manifestação de inconformidade apresentada, a autoridade julgadora de primeira instância, decidiu (fls. 851/866), não reconhecer o direito creditório em litígio, indeferir o pedido de restituição e não homologar as compensações declaradas em litígio.

Como razões de decidir, destacaram os julgadores que o presente litígio se restringe à determinação da existência de direito creditório em favor da Requerente no valor de R\$ 49.841.715,73, relativo ao saldo negativo do IRPJ, apurado no ano-calendário de 2001, correspondente à diferença entre o direito creditório pleiteado pela Requerente de R\$ 96.429.959,28, e o já deferido pela DRF Guarulhos, no valor de R\$ 46.588.243,55.

Ratificaram, ainda, o despacho do Seort de fls. 845 quanto à ausência de qualquer prejuízo à defesa em relação à data aposta pelo DRF Guarulhos/SP, no Despacho Decisório nº 320, de 2007 (fls. 772/774), tendo em conta que relevante é a data da ciência do Despacho Decisório já devidamente saneado, ocorrida em 28/08/2007, e regularmente comprovada mediante o AR de fls. 831.

Destacaram a conversão em declaração de compensação, desde o seu protocolo, dos pedidos de compensação de fls. 02, 55 e 59, protocolizados respectivamente em 15/07, 15/08 e 12/09/2002, pendentes de apreciação pela autoridade administrativa, em 1º de outubro de 2002, conforme preceitos contidos no art. 74, §4º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (incluído pela Lei nº 10.637, de 2002).

Dessa forma, também afastaram qualquer alegação de homologação tácita dos pedidos ou declarações de compensação, tendo em conta que a ciência do Despacho Decisório nº 1089, de 2006, no qual teriam sido apreciados os pedidos e declarações de compensação mais antiga, foi regularmente efetuada em 27/12/2006 (fls. 683), antes do

decurso do prazo de cinco anos da data de protocolo dos pedidos/declarações. Observaram que no Despacho Decisório nº 320, de 2007, com ciência datada de 28/08/2007, foram apreciadas apenas declarações de compensação apresentadas a partir de 29/07/2003.

Quanto a preliminar de nulidade do ato de não homologação de parte das compensações vinculada ao saldo negativo de IRPJ suscitada pela contribuinte, tendo em vista a competência da DRF de jurisdição do domicílio tributário do sujeito passivo, verificaram os julgadores que tal argumento não merece prosperar.

Isto porque, verificaram que o Despacho Decisório DRF/SEORT/GUA nº 1089 de 26/12/2006 (fls. 669/682), foi regularmente subscrito pelo Delegado Substituto da DRF Guarulhos, com base em Parecer elaborado pelo Serviço de Orientação e Análise Tributária – Seort, agentes competentes para a apreciação e a manifestação em processos de tal natureza, nos termos do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal – SRF.

Salientaram, ainda nesse sentido, que o ato produzido no âmbito da competência legalmente definida encontra-se também devidamente motivado, tanto que possibilitou a contribuinte à apresentação de peça de defesa, na qual são fartamente contraditados os fundamentos fáticos e jurídicos adotados para o reconhecimento apenas parcial do direito creditório, e conseqüentemente para a não homologação de parte das compensações declaradas.

Observaram, ainda, que a nulidade invocada pela defesa não está diretamente vinculada à competência do DRF Guarulhos para apreciação das declarações de compensação ou à ausência de fundamentos fáticos e jurídicos para o ato de não homologação praticado pela mesma autoridade.

Na verdade, consignaram os julgadores que a arguição de nulidade do ato de não homologação decorre do entendimento da defesa de que, na apreciação do direito creditório relativo ao saldo credor do IRPJ, deveria o órgão competente se limitar à verificação dos recolhimentos das antecipações efetuadas no curso do ano-calendário (IRRF e estimativas). Sob tal perspectiva, não caberia qualquer apreciação relativa aos elementos que integraram a determinação da base de cálculo do imposto, que somente poderia ser alterada mediante lançamento *ex-officio*. Em síntese: a invocada nulidade do despacho decisório teria por escopo a ausência de lançamento prévio para a retificação da base de cálculo do imposto.

Prosseguiram afirmando que o lançamento é ato administrativo de constituição de crédito tributário, sujeito a prazo decadencial, de acordo com as normas aplicáveis previstas no CTN (arts. 150, §4º e 173, I).

Por seu turno, no contexto do procedimento de homologação das declarações de compensação, no qual deve ser atestada a existência e a suficiência do direito creditório invocado para a extinção dos débitos compensados, a única limitação imposta à atuação do Fisco é a que diz respeito ao prazo de cinco anos da data da protocolização ou apresentação das declarações de compensação, depois do quais os débitos compensados devem ser extintos, independentemente da existência dos créditos (art. 74, §5º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).



Esclareceram, que na verdade, cumpre ao órgão competente o pronunciamento acerca da certeza e liquidez do crédito invocado em favor do sujeito passivo para extinção dos débitos fiscais a ele vinculados por meio das declarações de compensação. Não se pode admitir que a determinação da certeza e liquidez dos indébitos tributários, relativos ao saldo negativo do IRPJ, possa ser aferida sem qualquer análise da base de cálculo do imposto que lhe serve de fundamento.

Asseveraram que a análise em questão da regularidade da composição da base de cálculo, fato que serve de fundamento à determinação do saldo negativo do imposto, se já ultrapassado o termo final da contagem do prazo decadencial, não pode implicar lançamento de ofício de diferenças de imposto porventura apuradas. Todavia, não se pode dizer, por isso, que o órgão administrativo deve simplesmente “homologar” o saldo negativo de IRPJ demonstrado na DIPJ correspondente, e proceder à restituição ou à compensação sem aferir a certeza e liquidez dos indébitos tributários que lhe fundamentam.

Esclareceram que desde a instituição da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, pela Instrução Normativa SRF nº 127, de 30 de outubro de 1998, a declaração apresentada à SRF tem caráter meramente informativo, constituindo-se apenas num demonstrativo da apuração da base de cálculo, do imposto devido, e dos saldos a pagar ou a restituir de imposto, passível de verificação: (i) nos prazos decadenciais previstos no CTN, para a constituição de crédito tributário; ou (ii) no prazo da homologação tácita das compensações, para fins de restaurar a exigibilidade dos débitos fiscais indevidamente compensados.

Ainda no âmbito das distinções necessárias entre os procedimentos de lançamento e de homologação das compensações declaradas, destacaram que, não há qualquer exigência de crédito tributário, efetuada no âmbito dos presentes autos, relativa ao fato gerador do IRPJ, ocorrido no ano-calendário de 2001. A exigência fiscal vinculada ao processo em questão refere-se a débitos diversos, cuja compensação com o saldo negativo do IRPJ, apurado no ano-calendário de 2001, não foi homologada pela autoridade competente. Registraram que o ato praticado pela DRF Guarulhos/SP, no exercício da competência legalmente definida, foi de homologação em parte das compensações declaradas, por insuficiência do direito creditório, e não de constituição de ofício de crédito tributário.

Ademais, observaram que no exercício do dever/poder de verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes, atualmente, se insere, também, a verificação das compensações efetuadas, sob a responsabilidade do sujeito passivo, sem qualquer prévio procedimento de ofício relacionado ao reconhecimento do indébito tributário assim utilizado. Relevante assinalar que na sistemática das declarações de compensação, o sujeito passivo procede à extinção do crédito tributário sob condição resolutória de sua posterior homologação, conseqüentemente, sem prévio exame da autoridade administrativa.

Quanto à necessidade do lançamento de ofício para a retificação da base de cálculo do imposto, para conferir fundamento de validade ao ato de homologação em parte das compensações declaradas, consignaram que o lançamento de ofício, apesar de ser um ato necessário à constituição do crédito tributário, não se configura imprescindível para a determinação da certeza e liquidez do crédito invocado em favor do contribuinte.



Ou seja, entenderam que não é porque não houve lançamento de ofício em relação a determinado período de apuração do IRPJ, que estaria homologado o direito creditório relativo ao saldo negativo demonstrado na DIPJ correspondente, não sendo assim passível de qualquer verificação no âmbito da análise das declarações de compensação apresentadas.

Ressaltaram que à homologação tácita, prevista no art. 150, §4º do CTN, incide apenas sobre o pagamento do crédito tributário efetuado pelo sujeito passivo e vinculado a uma base de cálculo positiva sujeita à tributação (lucro real). Não há previsão legal para que a homologação tácita se aplique aos saldos negativos do IRPJ ou da CSLL.

E isso se dá, segundo os julgadores, não apenas por ausência de previsão legal, mas, também, porque a homologação não poderia atingir fatos jurídicos que devem repercutir na determinação do imposto a pagar em períodos-base futuros. No momento em que formalizada a declaração de compensação, vinculada a saldo negativo de IRPJ, deve o sujeito passivo ter instrumentos hábeis a comprovar a regularidade do direito invocado. É somente por ocasião do exercício, pela contribuinte, da compensação de tributos, que se instaura, para o Fisco, o dever/poder de exigir a comprovação da regularidade de seu exercício. E, assim sendo, não se poderia admitir que a fluência do prazo decadencial do período em que apurado o saldo negativo de IRPJ pudesse obstar a necessidade de comprovação da realidade de um fato invocado, em período não abrangido pela decadência, para reduzir o imposto devido.

Salientaram que, especificamente, para a verificação da certeza e liquidez do indébito tributário relativo ao saldo negativo do IRPJ, é a própria legislação que estabelece não se configurar suficiente à comprovação dos recolhimentos das antecipações de tributos, efetuados no curso do ano-calendário. É necessário que seja verificada, também, a regularidade da determinação da base de cálculo que lhe dá fundamento. Nesse sentido, transcreve o art. 2º, §4º da Lei nº 9.430, de 1996.

Dessa forma, entenderam os julgadores que somente é dedutível do Imposto de Renda devido ao final do período de apuração, o Imposto Retido Fonte, no curso do ano-calendário, incidente sobre as receitas computadas na determinação do lucro real. Decorre, daí, que para a determinação do saldo negativo do IRPJ, passível de ser restituído ou compensado, quando composto apenas de imposto retido no curso do ano-calendário, não basta à prova da regular retenção do imposto. É imprescindível a comprovação de que as receitas sobre as quais incidiram as retenções foram devidamente computadas na determinação do lucro real.

Sendo assim, concluíram que o ato de verificação da certeza e liquidez do indébito tributário, relativo ao saldo negativo do IRPJ, em sede de análise de declaração de compensação apresentada pelo sujeito passivo, não está limitado aos valores das antecipações recolhidas no curso do ano-calendário, devendo atingir, também, a verificação da regularidade da determinação da base de cálculo apurada pela contribuinte.

Como consequência, ainda que a retificação de base de cálculo do tributo somente seja cabível mediante lançamento de ofício, a verificação também deve ser efetuada no âmbito da análise de declarações de compensação vinculadas ao saldo negativo de IRPJ, para efeito de determinação da certeza e liquidez do crédito invocado pelo sujeito passivo para extinção de outros débitos fiscais.



Consignaram, que a jurisprudência do Conselho de Contribuintes vem, ao menos em parte, ao encontro, do entendimento adotado por este órgão julgador, na medida em que, afasta a pretendida homologação tácita, em caráter absoluto, ao fazer a ressalva expressa de que, nos casos de apuração de erro de fato ou de despesas inexistentes seria possível à retificação de prejuízos fiscais, já atingidos pelo prazo decadencial, mas passíveis de compensação em períodos-base futuros.

Pelas razões expostas, os julgadores afastaram a preliminar de nulidade do ato de homologação em parte das compensações por ausência de lançamento prévio para retificar a base de cálculo do imposto.

No mérito, após analisar os documentos acostados aos autos, verificaram os julgadores que no presente caso, cumpre definir se a legislação ampara, ou não, a dedutibilidade das despesas financeiras relativas à remuneração de debêntures, nas condições previstas nas escrituras de emissão dos títulos, em discussão, e quando tais títulos são emitidos e subscritos exclusivamente pelos acionistas da própria empresa e na proporção da participação no capital social. Nesse sentido, transcreveram acórdão nº 101-94.986 da Relatora Sandra Maria Faroni em caso análogo ao ora discutido.

Consignaram que no presente caso, a questionada remuneração das debêntures equivalia a 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social, sendo excluídos apenas os resultados oriundos de participações societárias de caráter permanente, conforme consignado no aditivo à escritura de emissão dos títulos.

Dessa forma, entenderam que às objeções brilhantemente elucidadas pela Ilma. Conselheira são perfeitamente aplicáveis no caso, na medida em que tal remuneração veio substituir as cláusulas de remuneração anteriormente definidas e que prescreviam, cumulativamente: (i) a atualização monetária com base na variação do IGPM, (ii) a incidência de juros de 6% ao ano, e (iii) o limite ao lucro líquido antes do cômputo desses mesmos juros e atualização monetária e dos resultados decorrentes de participações societárias da emissora dos títulos.

Ademais, constataram que tal remuneração de debêntures, efetuada de forma não normal ou usual, somente se explicava, por ter beneficiado exclusivamente os próprios acionistas do empreendimento, únicos subscritores das debêntures emitidas, e na proporção da participação no capital social.

Entenderam os julgadores que tais fatos denotam a utilização indevida da forma da remuneração de debêntures – cujas despesas são, em princípio, dedutíveis do lucro real, porque necessárias à manutenção do empreendimento –, para operacionalização de *real* distribuição de lucros (destinação de recursos), fato não passível de dedutibilidade do lucro real. Lança-se mão, assim, exclusivamente da forma, em detrimento de sua respectiva substância jurídica, para respaldar a redução da base tributável do imposto.

Reiteraram que não pode ser omissível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária da empresa, mediante a qual os lucros distribuídos foram transformados artificialmente em despesa dedutível. Conforme brilhantemente percebido pela Ilma. Conselheira em caso semelhante, a empresa sem incorrer, de fato, em nenhuma



despesa, visto que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista, teria formalizado uma operação que lhe permitiria reduzir o lucro tributável em até 97%.

Dessa forma, ratificaram o entendimento de que as despesas financeiras com remuneração de debêntures, apenas sob a forma de participação nos lucros, emitidas e subscritas exclusivamente pelos acionistas da própria emitente, decorrem de ato de liberalidade ou de favor, estranho aos objetivos sociais, na medida em que teriam comprometido contratualmente 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social. Frisaram que nas palavras da Ilma. Conselheira: *“É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros”*.

Entenderam que também deve ser mantida a autuação referente à distribuição disfarçada de lucros, porque devidamente caracterizado que a pessoa jurídica realizou negócio, em condições de favorecimento, com pessoas ligadas (*in casu*, os seus próprios acionistas), mediante a remuneração das debêntures com 97% dos lucros apurados nos exercícios sociais. É inegável que se os debenturistas fossem realmente terceiros, as condições de remuneração das debêntures, previstas no aditivo sob apreciação, não prevaleceriam. Nesse sentido, transcreve o art. 464, VI e art. . 467, V , ambos do RIR/99.

Em relação ao IRRF incidente sobre as remunerações das debêntures, pagas aos acionistas Sr. Moise Yacoub Safra, no valor de R\$ 177.536.671,17, e Sr. Joseph Yacoub Safra, no valor de R\$ 177.544.217,25, conforme Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte – Dirf apresentada pela Sodepa, de fls. 666, destacaram os julgadores que não é porque o pagamento do rendimento se configura, em parte, como uma despesa desnecessária e distribuição disfarçada de lucros, para a pessoa jurídica, que esta, na condição de fonte pagadora dos rendimentos de debêntures às pessoas físicas, estaria desonerada de proceder à retenção e ao recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre tais rendimentos, como responsável tributária por substituição (tributação exclusiva de fonte).

Ressaltaram, ainda, que o IRPJ devido pela pessoa jurídica não tem qualquer relação com o IRRF, de tributação exclusiva na fonte, retido e incidente sobre os rendimentos pagos às pessoas físicas. Transcreveram os arts. 729, 730, IV, 732, II, 733, 770, §2, II.

Dessa forma, entenderam que resta configurada a indedutibilidade do valor total da remuneração das debêntures, calculada com base na alteração procedida por meio do aditivo à escritura de emissão, impondo-se a sua adição ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real, e conseqüentemente do saldo negativo de IRPJ porventura superveniente.

Entretanto, pelos fundamentos adotados pelo próprio fiscal autuante, a glosa deveria ter por objeto o total das despesas de remuneração das debêntures calculadas com base no aditivo à escritura de emissão em 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social (com a exclusão apenas dos resultados oriundos de participações societárias de caráter permanente), e que teriam resultado numa despesa contabilizada de R\$ 335.123.621,86.

Dessa forma, conforme demonstrativo elaborado pela própria empresa às fls. 578 e parcialmente reproduzido no Anexo I ao presente voto, fls. 866, o valor exigível dos títulos ao final do período teria resultado da soma da apropriação mensal efetuada entre os meses de julho a dezembro de 2001. Ressaltaram, que os valores exigíveis e apropriados segundo os preceitos da escritura original de emissão das debêntures, datada de 06/12/1999 –

juros no valor de R\$ 169.468.821,52 (fls. 578), não foram objetos de contestação e não integram a presente glosa.

Todavia, os julgadores prestigiaram o procedimento adotado pela DRF Guarulhos/SP de deduzir da remuneração devida aos debenturistas subscritores (*in casu*, os próprios acionistas), nos termos do aditivo da escritura de emissão das debêntures, os valores da remuneração atribuível às debêntures mantidas em carteira em julho de 2001, no valor de R\$ 51.914.789,36. Assinale-se que em 28/08/2001, as debêntures mantidas em carteira foram canceladas, conforme 2º Aditivo à Escritura datada de 6 de dezembro de 1999, de fls. 494/495, fato confirmado pela baixa constante do demonstrativo de fls. 578.

Sendo assim, ressaltaram que a glosa total deveria ter abrangido o valor de R\$ 283.208.832,50 (R\$ 335.123.621,86 – R\$ 51.914.789,36).

Consignaram que não cabe a aplicação das regras anteriores de remuneração das debêntures, previstas na escritura de emissão original, emitida em 06/12/1999, para fins de se determinar qual seria o valor dedutível das remunerações, porque os valores foram pagos em função da regra prevista no aditivo, e ora rechaçada por configurar despesa desnecessária e distribuição disfarçada de lucros. Não se pode conferir validade a um dispositivo contratualmente revogado pelas próprias partes, e cuja revogação dá suporte à presente autuação.

Pelo exposto, considerando-se como indedutíveis o total das despesas com remuneração de debêntures pagas aos acionistas e calculadas em 97% do lucro apurado, no valor de R\$ 283.208.832,50, os julgadores retificaram a determinação do lucro real e, conseqüentemente, do saldo negativo do IRPJ conforme planilha de fls. 865.

Dessa forma, verificaram que o valor ora reconhecido do saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2001 de R\$ 25.627.751,16 é inferior aquele já deferido pela DRF Guarulhos/SP de R\$ 46.588.243,55, pelo que se impõe a improcedência da manifestação de inconformidade apresentada. Nesse contexto, ressaltaram que não compete a este órgão julgador retificar a decisão do órgão local na parte em que é favorável ao sujeito passivo, restringindo-se o litígio apenas ao direito creditório não reconhecido pela autoridade fiscal de jurisdição do domicílio tributário do sujeito passivo.

Pelas razões anteriormente expostas, os julgadores não reconheceram o direito creditório em litígio, indeferiram o pedido de restituição e não homologaram as compensações declaradas.

Cientificada da decisão de primeira instância em 06.12.2007 (fl. 867), a contribuinte apresentou, tempestivamente, em 04.01.2008, recurso voluntário às fls. 904/937, alegando em síntese o que se segue:

Após fazer um breve relato dos fatos que deram origem ao presente processo, afirma que a decisão recorrida é ilegal, uma vez que fundada em crédito inexistente, razão pela qual deve ser declarada insubsistente.

Isto porque, a Fazenda Nacional sob a alegação de que parte das despesas do ano calendário 2001, relativa à remuneração de debêntures decorria de mera liberalidade da



empresa em favor de seus acionistas e que, por isso, eram desnecessárias e constituíam distribuição disfarçada de lucros, sem efetuar qualquer lançamento de ofício, ou mesmo iniciar o procedimento de verificação fiscal, alterou o crédito da Fazenda (débito da contribuinte) para R\$ 57.103.802,22.

Dessa forma, compensou crédito líquido certo e justificado da contribuinte com crédito inexistente da Fazenda Nacional, uma vez que o crédito somente tem origem com o lançamento de ofício ou com o lançamento por homologação, nos termos do art. 142 do CTN, o que não ocorreu no caso em tela.

Ora, afirma a contribuinte que não tendo sido efetuado o lançamento de ofício, não há que se cogitar em outro crédito tributário em favor da Fazenda Nacional senão aquele declarado por ela. Ademais, ressalta que a própria decisão recorrida, reconheceu a inexistência do lançamento, conforme trechos que transcreve. Ainda a esse respeito, reporta-se a jurisprudência administrativa colacionada em sua manifestação de inconformidade.

Ressalta que os valores devidos por ela, objeto das declarações de compensação vinculadas ao direito creditório, fls. 02, 55 e 59, encontram-se extintos definitivamente, por ter se operado a homologação tácita. Dessa forma, os pedidos de compensação feitos pela contribuinte passaram a ser considerados, desde seu protocolo, como Declaração de Compensação, nos termos dos art. 74, §4º da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02.

Sendo certo que a Fazenda Nacional dispõe do prazo de cinco anos, contados da data da entrega da declaração de compensação, para homologar a compensação declarada pela contribuinte, passado o referido prazo sem que a Fazenda não se manifeste, o que ocorreu no caso ora analisado, uma vez que os Pedidos de Compensação constantes às fls. 02, 55 e 59, protocolados respectivamente, em 16.07.2002, 15.08.2002 e 12.09.2002, não foram apreciados de forma expressa e inconteste tanto no primeiro, quanto no segundo despacho decisório, deve-se considerar extintos os referidos créditos dele decorrentes, nos termos do art. 156, V do CTN.

Também no mérito, afirma que a decisão de primeira instância merece reforma, uma vez que o crédito de saldo negativo de IRPJ ora pleiteado é totalmente legítimo e, conseqüentemente, as compensações declaradas pela contribuinte representam a regular forma de aproveitamento desse crédito.

Para tanto, alega que os julgadores *a quo* consideraram premissas equivocadas, principalmente, a de que a remuneração apropriada no mês de julho de 2001 representou distribuição disfarçada de lucro. Objetivando esclarecer esses equívocos, relata a origem das debêntures, o histórico da aplicação de índices no caso e a proporção no seu balanço.

Nesse sentido, aduz que no período fiscalizado (2001) mantinha em seu passivo debêntures originárias de duas distintas emissões. A primeira, debênture de 14.01.1997, com vencimento em 14.01.2025 e de valor original de R\$ 300.000.000,00 e a Segunda, debênture de 06.12.1999, com vencimento em 02.12.2014, com valor original de R\$ 1.700.000.000,00. Ressalta que a fiscalização não identificou nenhuma ilicitude quanto à existência e materialização de qualquer das debêntures.



Prossegue afirmando que por ter reconhecido como legítimas fontes de financiamento para a consecução das atividades da contribuinte, a DRJ - Guarulhos validou integralmente as despesas financeiras vinculadas à remuneração das debêntures/1997, não tendo procedido a qualquer glosa no ano de 2001 dessa debênture.

Quanto à debênture/1999, a DRJ validou as despesas calculadas com base na variação do IGPM + 6% a.a. até julho e glosou apenas as despesas geradas em julho de 2001, após a troca do critério de remuneração no final do próprio mês de julho. Sendo, portanto, descabida a alegação dos julgadores de que se tratava de debêntures formalizadas apenas no “papel”.

Afirma que não há que se falar em retroatividade da deliberação de remuneração da debênture 1999, tendo em vista que apura lucro real anual, ou seja, somente em 31.12.2001 é que se formaria efetivamente a remuneração da debênture 1999. Ademais, tal critério encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio societário, nos termos do art. 56 da Lei nº 6.404/76 e tributário, nos termos do art. 462 do RIR/99, que assegura a dedução da participação das debêntures no lucro, sem impor limites.

Sendo assim, conclui a contribuinte que: (i) a debênture é um meio legal e adequado para financiamento das atividades de uma companhia; (ii) o custo de financiamento é dedutível na apuração de cálculo do IRPJ e da CSLL; (iii) a remuneração da debênture pode ser – a critério das partes – fixada com base em participação do lucro da companhia emitente; (iv) a modificação promovida em 30.07.2001 não pode ser considerada retroativa para o mês de julho de 2001, pois o resultado da contribuinte é apurado somente em 31.12.2001.

Observa, que o próprio art. 58, caput, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, prevê a possibilidade de as participações nos lucros serem excluídas no lucro líquido. Nesse sentido, transcreve parte do acórdão nº 107-08029.

Afirma, ainda, que não há que se falar em mero erro formal, passível de retificação, mas sim em verdadeiro erro de acusação, com normas jurídicas aplicáveis distintas. Caso contrário haveria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alega que a fiscalização se utilizou de premissas e presunções equivocadas, razão pela qual não merece prosperar a exigência fiscal.

Ressalta que a troca da remuneração não pode ser considerada desnecessária e tampouco não usual, porquanto se compara a remuneração atribuída às debêntures no ano de 2001 com as praticadas no mercado, não havendo desproporção entre ambas.

Aduz que a DRJ deveria demonstrar a falta de vinculação entre a debênture/1999 e a sua atividade operacional que lhe gera receitas, para promover a glosa integral da despesa financeira. Destaca, ainda, que somente poderia ser considerada desnecessária, caso se tratasse de um favor para o debenturista, o que não é o caso e nem restou comprovado nos autos mediante a apresentação de provas pelo Fisco.

Dessa forma, afirma que não se pode admitir que diante de um legítimo financiamento, seja desconsiderado todo o seu custo, com base em meras presunções, sem nem

mesmo perquirir todos os aspectos e valores que envolvem a atividade e balanço da contribuinte.

Caso de considere que de fato houve distribuição disfarçada de lucro, o que a contribuinte admite apenas para argumentar, afirma que somente a diferença entre o valor de mercado e o pago ao acionista não seria dedutível para efeito do lucro real, e não o total da remuneração, razão pela qual também nesse aspecto merece reforma a decisão recorrida.

Salienta que ao glosar integralmente as despesas havidas no mês de julho de 2001, o Fisco tributou o seu patrimônio e não a renda enquanto acréscimo patrimonial.

Pelas razões anteriormente expostas, requer seja dado provimento ao recurso voluntário apresentado, reformando a decisão de primeira instância, a fim de que seja concedida a restituição total a que a contribuinte tem direito, conforme seu pedido inicial, bem como sejam homologadas as demais compensações por ela realizadas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro VALMIR SANDRI, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para a sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Como relatado, a ora Recorrente insurge-se face à decisão proferida pelos julgadores de primeira instância que não reconheceram do direito creditório em litígio, indeferiram o pedido de restituição e não homologaram as compensações declaradas em litígio relativas ao IRPJ apurado no ano-calendário 2001, exercício 2002.

Preliminarmente, a Recorrente alega que a decisão da DRF corroborada pela DRJ é ilegal e, portanto, deve ser declarada insubsistente por esse E. Conselho de Contribuintes, porque fundada em crédito inexistente, eis que alterou, sem qualquer lançamento, nem sequer início de verificação fiscal, o débito inicialmente por ela apurado e declarado na DIPJ em 31.12.2001, no montante de R\$ 7.262.086,49, para o montante de R\$ 57.103.802,22, por entender que as despesas relativas à remuneração de debêntures pagas/creditadas em favor de seus acionistas no ano-base de 2001, decorria de mera liberalidade da Recorrente, e por isso, eram desnecessária e constituíam distribuição disfarçada de lucros – DDL.

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.

Para efeito de cumprimento ordinário do dever jurídico de pagamento do tributo, o legislador pode optar entre conferir ao Fisco o encargo de liquidar o tributo através do procedimento do lançamento por declaração, artigo 147 do C.T.N., ou encarregar o sujeito passivo de pagar o tributo por sua própria conta e risco, nos moldes do artigo 150.

O primeiro procedimento como visto acima está fixado no artigo 147, cabendo ao contribuinte declarar ao Fisco toda a matéria de fato relevante para acertar e liquidar o tributo devido.

Com a confissão feita pelo devedor das circunstâncias em que ocorreu o fato típico legal, cabe ao Fisco a partir desta denúncia, fazer a valoração jurídica destes fatos, produzindo o efeito jurídico da certeza (acertamento), e, em seguida, determinar o montante devido, tornando-o, finalmente, líquido e certo.

O segundo procedimento previsto pelo Código Tributário Nacional para o pagamento do débito fiscal é o fixado no artigo 150, em que cabe unicamente ao devedor acertar e liquidar o valor do tributo, que deverá ser pago sem qualquer interveniência direta do Fisco.

Neste procedimento, o contribuinte tem integral responsabilidade pela valoração jurídica dos fatos que houver praticado - (fato imponible na lição de Geraldo Ataliba) - bem como pela liquidação do tributo que deverá pagar no prazo pré-determinado pela legislação tributária.

Assim, quando o devedor enquadrar juridicamente os fatos imponíveis estará auto-acertando por sua própria conta e risco, assumindo, conseqüentemente, integral responsabilidade por esta valoração jurídico-tributária e por eventual erro ou incorreção na liquidação e pagamento do tributo.

Nestas condições, quando o devedor não preste o seu dever de informar ao Fisco a ocorrência do fato gerador no procedimento do lançamento por declaração, ou preste



informações deficientes, ou cumpra incorretamente o seu dever de "auto-liquidar" e pagar o tributo, o Fisco deverá agir "de ofício", investigando e descobrindo os fatos praticados pelo devedor, valorizando-os juridicamente no sentido de conferir o grau de certeza jurídica necessária para a liquidação correta do tributo e exigência da complementação ou integralização do pagamento.

O Direito brasileiro estabeleceu para os poderes da revisão do lançamento limites temporais e objetivos.

Assim dispõe o artigo 149 do CTN:

"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Portanto, conhecidas pelo devedor as razões de fato e de direito que levaram à constituição do lançamento tributário, este poderá ser modificado sempre que, tempestivamente, o Fisco descobrir algum erro quanto à matéria de fato, nos termos do artigo 149 do C.T.N.

Nos prazos de constituição do crédito tributário fixados no artigo 173 do C.T.N., sempre que o Fisco tomar conhecimento que as informações prestadas pelo sujeito passivo são inverídicas ou erradas, poderá, respeitando o prazo decadencial, proceder a lançamento de ofício, para retificá-lo, e exigir o pagamento do valor do tributo que estiver faltando, através de um lançamento.

Neste caso, possui o contribuinte, o direito de impugnar o lançamento tributário, sendo que para o exercício deste direito de defesa é requisito legal que lhe seja fornecido, pelo Fisco, os motivos (legal e/ou de fato) que levaram à sua constituição, sob pena de ser considerado inválido o título jurídico que vier a dar cobertura à cobrança, eis que o desconhecimento por parte do contribuinte das causas ou motivos que levaram o Fisco a lavrar o lançamento tributário constitui cerceamento do direito de defesa e, como tal, possível de levar à anulação do crédito tributário exigido.

No presente caso, a r. decisão recorrida, para não reconhecer os créditos da Recorrente, glosou parte das despesas decorrentes da remuneração das debêntures calculadas com base no aditivo à escritura de emissão em 97% do lucro apurado ao final do ano-calendário de 2001, retificando, portanto, o lucro real da Recorrente de R\$ 30.045.717,47 para R\$ 313.254.549,97, reduzindo, com isso, o indébito tributário da contribuinte de R\$ 96.429.959,28, para R\$ 25.627.751,16, inferior aquele já deferido pela DRF de Guarulhos, na importância de R\$ 46.588.243,55.

Ocorre que, como visto acima, descobrindo o Fisco que a contribuinte agiu de forma contrária a lei, caberia, por meio de agente capaz, proceder ao lançamento de ofício, tendo em vista que as autoridades administrativas incumbidas de julgamento não são autoridades lançadora e como tal não tem competência para promover lançamento e/ou revisão de lançamento de forma a agravá-lo.

De fato, nos termos do Código Tributário Nacional – art. 142 -, compete privativamente à autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional, constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o ato ou procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

In casu, para alterar a base de cálculo do imposto apurado pela Recorrente, fato que serviu de fundamento à determinação do saldo negativo do imposto, entendeu a r. decisão recorrida que, embora já ultrapassado o termo final da contagem do prazo decadencial e, com isso, não poder implicar lançamento de ofício de diferenças de imposto porventura apuradas, tal fato não significa dizer que o órgão administrativo deve simplesmente “homologar” o saldo negativo de IRPJ demonstrado na DIPJ correspondente e proceder à restituição ou à compensação sem aferir a certeza e liquidez dos indébitos tributários que lhe fundamentam.

Com a devida *vênia* do entendimento acima esposado, entendo que é esse o procedimento que deve ocorrer no presente caso, eis que ultrapassado o termo final da contagem do prazo decadencial para o fisco constituir o crédito tributário via lançamento de ofício, o lucro real apresentado pela contribuinte ao final do ano-calendário de 2001, tornou-se imutável, não cabendo, dessa forma, a autoridade lançadora, e muito menos a autoridade julgadora, revisar a base de cálculo do tributo apurado pela contribuinte no referido ano-calendário, em razão do perecimento do direito da Fazenda Nacional em proceder tal ajuste.

E não é só, mesmo que ainda não tivesse perecido o direito da Fazenda Nacional, cabia ao Fisco proceder à retificação da base de cálculo do tributo por intermédio de lançamento de ofício, nos termos do art. 142 do CTN, pois apenas ele possui efeitos jurídicos

declaratórios e constitutivos quanto à obrigação tributária, no que respeita ao crédito tributário, procedimento este, como visto dos autos, não realizado.

Desta forma, entendo que assiste razão a contribuinte ao afirmar que o Fisco não poderia alterar o débito do imposto apurado na sua DIPJ sem que fosse efetuado o respectivo lançamento de ofício. Ou seja, a Fazenda Nacional não poderia compensar crédito líquido e certo da contribuinte, com crédito inexistente da União federal, uma vez que este crédito apurado pela r. decisão recorrida não foi objeto de lançamento.

Assim, não pode prevalecer o entendimento emanado na r. decisão de 1ª instância no sentido de que “o lançamento de ofício, apesar de ser um ato necessário à constituição do crédito tributário, não se configura imprescindível para a determinação da certeza e liquidez do crédito invocado em favor do contribuinte”, eis que sendo certo que o crédito tributário somente tem origem com o lançamento de ofício ou com o lançamento por homologação, nos termos dos arts. 142 e 150 do CTN, não pode prevalecer o entendimento da DRF, corroborado pela r. decisão recorrida, de estar correto o procedimento adotado para determinar a certeza e liquidez do crédito ora questionado, retificando auto-lançamento efetuado pela contribuinte e já consolidado, ante o instituto da decadência.

Desta forma, ACOLHO a preliminar suscitada, para restabelecer a base de cálculo do imposto de renda (Lucro Real) apurada pela Recorrente em 31.12.2001, bem como, o saldo negativo do imposto de renda ali apurado.

Em sendo assim, ao restabelecer o indébito tributário da contribuinte junto a Fazenda Nacional em 31.12.2001, na importância de R\$ 96.429.959,28, decorrente do restabelecimento do Lucro Real por ela apurado, e não tendo sido impugnados pela DRF em Guarulhos os valores do imposto de renda pago por estimativa, bem como o imposto de renda retido na fonte que compuseram a Ficha 12-A da sua DIPJ do ano-calendário de 2001, sou de opinião que não restam mais litígio a ser analisados para que se homologue a compensação/restituição requerida pela contribuinte, devendo, portanto, ser homologado até o montante acima.

Por outro lado, se meus pares entender pelo não acolhimento da preliminar acima suscitada, ou seja, que a autoridade fiscal judicante tem competência para realizar de ofício o ajuste na base de cálculo do tributo, sem o necessário lançamento de ofício, passo a análise dos demais argumentos despendidos pela Recorrente.

Ainda, preliminarmente, a Recorrente alega que teria ocorrido à homologação tácita das compensações pleiteadas às fls. 05, 55 e 59, datadas respectivamente de 16.07.2002, 15.08.2002 e 12.09.2002, razão pela qual, nos termos do art. 74, §5º da Lei nº 9.430/96, o Fisco teria até 16.07.2007, 15.08.2007 e 12.09.2007, para homologá-las.

Dessa forma, não obstante o Despacho Decisório nº 2089 tenha sido objeto de diligência posteriormente, foram apreciados pela autoridade administrativa competente os pedidos de compensação formulados pela contribuinte, os quais foram dados ciência da decisão em 27.12.2006 (fl. 683).



Logo, não há como prosperar a alegação da contribuinte quanto à suposta ocorrência da homologação tácita de seus pedidos de compensação, não havendo, portanto, que se falar na extinção dos créditos por este motivo.

No mérito, o ponto fulcral da demanda diz respeito às despesas lançadas como dedutível pela Recorrente na base de cálculo do imposto de renda, decorrente de despesas de remuneração das debêntures calculadas com base no aditivo à escritura de emissão, em 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social.

No entendimento da r. decisão recorrida, tal fato denotam a utilização indevida da forma da remuneração de debêntures, para operacionalização de real distribuição de lucros (destinação de recursos), fato não passível de dedutibilidade do lucro real, lançando-se mão, assim, exclusivamente da forma, em detrimento de sua respectiva substância jurídica, para respaldar a redução da base tributável do imposto.

Entendeu também a r. decisão recorrida que a Recorrente incidiu na distribuição disfarçada de lucros, porque devidamente caracterizado que a pessoa jurídica realizou negócio em condições de favorecimento com pessoas ligadas – os seus próprios acionistas -, mediante a remuneração das debêntures na proporção de 97% dos lucros apurados nos exercícios sociais.

Inicialmente, informa a Recorrente que mantinha em seu passivo, debêntures originárias de duas distintas emissões, a primeira de 14.01.97, com vencimento para 14.01.2025, na importância de R\$ 300.000.000,00, remunerada com base na variação de uma cesta de índices, próxima à do CDI, e a segunda de 06.12.99, com vencimento para 02.12.2014, na importância de R\$ 1.700.000.000,00, a qual era remunerada com base na variação do IGPM, acrescida de juros de 6% a.a., limitada ao lucro ajustado da Recorrente, vindo, posteriormente, por meio de aditivo de 30.07.2001, o critério de remuneração alterado para 97% do lucro ajustado ajustado pela exclusão dos resultados decorrentes de participações societárias e da própria remuneração das debêntures.

Após considerações, alega que tanto a lei societária e fiscal assegura a dedução da participação das debêntures no lucro, sem impor limites, e que, a troca de índices – do IGPM + 6% a.a. para 97% dos lucros – não visou privilegiar o debenturista em detrimento da empresa, conforme se pode verificar que a remuneração paga pelas debêntures nos seis anos anteriores à operação de troca de índices suplantou o percentual de 97% do resultado ajustado da Recorrente, ou melhor, a média ponderada da remuneração praticada por todas as debêntures no período dos 6 anos anteriores à data da modificação da remuneração – 1995 a 2000 -, representou o montante equivalente a 112% do lucro da Recorrente.

Quanto à conclusão da r. decisão recorrida que concluiu que houve DDL e que, por conseguinte, toda a remuneração paga às debêntures era indedutível, alega a Recorrente que essa decisão é imprecisa quanto à caracterização da DDL, e rigorosamente absurda quanto à indedutibilidade de toda a remuneração, eis que esta foi similar à praticada no mercado, implicando a conclusão que a remuneração no mercado era igual a zero, distanciando-se, portanto, da legislação e da jurisprudência administrativa.

Pois bem, colocados os fatos e argumentos acima, a primeira questão a ser dirimida diz respeito da possibilidade de se remunerar os debenturistas com base em percentual do lucro da empresa e qual o percentual aceitável para efeito de dedutibilidade do lucro real.

De acordo com a lei societária - art. 56 da Lei n. 6.404/76 -, as debêntures podem garantir ao investidor participação nos lucros da companhia emissora, não havendo em tal dispositivo qualquer limitação a determinado percentual do lucro líquido apurado. Por sua vez, a lei tributária - art. 58 do Decreto-Lei n. 1.598/77 -, autoriza a dedução do lucro líquido do período de apuração, os valores pagos a título de remuneração de debêntures efetuadas com base no lucro da companhia emissora, também, sem qualquer limitação a determinado percentual do lucro.

Logo, a questão cinge-se em determinar até que ponto o percentual do lucro pago é usual, normal e necessário à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos. Isto porque, a questão acerca de remuneração de debêntures com base no lucro da empresa emissora é tormentosa, podendo, em alguns casos, mesmo considerando um percentual bem inferior ao que foi pago pela ora Recorrente ser considerado extremamente oneroso, e, portanto, desnecessário, inusual e anormal, ao passo que para outros casos, como o aqui discutido, serem perfeitamente admitidos e necessários à atividade da empresa.

O fato é que, ao analisarmos questão acerca da remuneração de debêntures com base no lucro, deve-se levar em consideração cada caso específico, pois não há parâmetro definido acerca de percentual “aceitável” para efeito de dedutibilidade.

Conforme se depreende dos autos, a Recorrente é uma sociedade titular de participações societárias no setor financeiro e bancário (holding), realizando aportes de capital, principalmente no Banco Safra S.A. e a aplicação de recursos no mercado financeiro, ou seja, trata-se basicamente de uma cash company, pois não possui qualquer atividade operacional.

Também, da análise dos autos, verifica-se que como forma de captar recursos para a consecução de suas atividades, a longo tempo - desde 1991 -, a Recorrente vem emitindo debêntures, remunerando-as, inicialmente, com base no IGPM, acrescido de 12% ao ano, alterando posteriormente - 1997 -, para uma cesta de índices que leva, na prática, a uma remuneração próxima à do CDI; mas adiante - 1999 -, alterado para o IGPM, acrescido de juros de 6% ao ano, limitada ao seu lucro ajustado, e por último - 07/2001 -, ora em questionamento, com base no percentual de 97% do lucro ajustado, com supedâneo no aditivo à escritura de emissão realizada em 06.12.99.

Pois bem, colocado as premissas acima, poderíamos afirmar com certeza absoluta que o fato da contribuinte remunerar as debêntures por ela emitidas decorre de ato de liberalidade ou de favor, estranho aos objetivos sociais, na medida em que teriam comprometido contratualmente 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social?

Entendo que não, e explico o porque.

Da análise dos autos, retroagindo aos últimos 6 (seis) anos-calendário - 1995 a 2000 -, a média ponderada da remuneração das debêntures (IGPM + 6% ao ano) - diga-se de passagem, não questionada pela fiscalização -, correspondia a 110% do lucro ajustado da Recorrente, tendo, inclusive, em alguns períodos - 1995, 1996, 1997, 1998 e 1999 -, conforme demonstram cópias do Razão Contábil, sido estornadas partes das despesas com a remunerações das debêntures, por ultrapassar o lucro líquido apurado.



E não é só. Se levar-mos em consideração a remuneração das debêntures praticada pela Recorrente com os demais indicadores do mercado (IGPM + 6%, NTN-C e 100 do CDI), para os anos-calendário posteriores – 2002 a 2005 – (fl. 654 dos autos), verifica-se que a Recorrente teve uma despesa com remuneração muito menor se comparada com a remuneração atrelada aos títulos do governo (NTN-C).

O fato é que, por todos os ângulos que se analisa a conclusão é uma só, ou seja, não se consegue vislumbrar o alegado ato de liberalidade ou de favor, estranho aos objetivos sociais da Recorrente que pudesse justificar a glosa das despesas com a remuneração das debêntures efetuada pela DRF e mantida pela r. decisão recorrida, pois, como se viu acima, a remuneração das debêntures, mesmo num percentual de 97% do lucro, não favoreceu de forma deliberada e injustificada os debenturistas, tendo em vista que tal remuneração refletia a que vinha sendo praticada pelo mercado.

Da mesma forma em relação à suposta distribuição disfarçada de lucros, pois, conforme acima apontado, bem como demonstrado nos autos (fls. 648/652), não há nenhuma prova nos autos de que a Recorrente efetivamente remunerou as debêntures subscritas por seus acionistas em valor superior à verificada no mercado no período, o que impõe o restabelecimento das despesas glosadas pela r. decisão recorrida para negar o direito da Recorrente à restituição/compensação pleiteada.

De fato, de acordo com o disposto no inciso VI, art. 464, do RIR/99, somente se poderia falar em DDL no presente caso se a fiscalização efetivamente comprovasse que a remuneração paga às debêntures, emitidas pela Recorrente e subscritas por seus acionistas, era superior à verificada no mercado no período e não necessárias, ou seja, a fundamentação da glosa de custos ou despesas operacionais realizadas e contabilmente apropriadas há de ser acompanhada de elemento probatório, produzido pela autoridade administrativa, de que os gastos suportados não são necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos, o que, diga-se de passagem, não ocorreu.

Isto posto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 13 de novembro de 2008.


VALMIR SANDRI



Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Praga.

O julgamento do presente processo se deu no transcurso de 3 (três) reuniões deste colegiado, sendo que as matérias em julgamento foram por demais analisadas e debatidas por todos os conselheiros. O próprio relator, Conselheiro Valmir Sandri, alterou seu entendimento inicial sobre uma das preliminares após esses debates.

Ao final do julgamento, coube a mim redigir um voto vencedor para registrar os fundamentos que preveleceram no colegiado quanto ao único ponto que o ilustre conselheiro Relator ficou vencido isoladamente, qual seja, a possibilidade de revisão de ofício imposto de renda apurado pelo contribuinte e informado na DIPJ, realizada pela autoridade tributária competente, mediante despacho decisório, cientificada antes do transcurso do prazo decadencial, sendo disciplinada a lavratura de auto de infração.

Pois bem, o artigo 149 do CTN, já transcrito neste acórdão, estabelece que *“o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa ... V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte...”*. O artigo seguinte é justamente o 150, que trata do lançamento por homologação, cuja atividade é exercida pelo sujeito passivo ou contribuinte.

No presente caso, o Despacho de Decisório de fls. 669/682, proferido em 26/12/2006, que foi aprovado pelo Delegado Substituto da DRF Guarulhos, ou seja, autoridade administrativa competente para realizar a revisão de ofício do lançamento efetuado pelo contribuinte, e foi cientificado em 27/12/2006 (fl. 683), portanto dentro do prazo de 5 (cinco) anos para rever o lançamento primitivo (ainda que contados na forma do art. 150 do CTN), atendeu ao preceito do art. 149 do CTN e, principalmente, do art. 142, pois, recompõe a apuração do lucro real do contribuinte, apontando precisamente, os valores alterados e sua motivação.

Por certo, esse despacho apreciou também as compensações pleiteadas pelo contribuinte com o alegado direito creditório, mas esse fato não descaracteriza a essência do ato, qual seja, a revisão de ofício da apuração efetuada pelo contribuinte.

Pelo exposto, essa preliminar deve ser rejeitada.

Declaração de Voto (quanto ao mérito).

No mérito, inobstante os embasados fundamentos do Conselheiro Relator, não me convenci da dedutibilidade da remuneração das debentures, pelo que registro a presente declaração de voto.

Entendo que está correta a decisão de 1ª instância uma vez que após analisar os documentos acostados aos autos, verificou que no presente caso a legislação não ampara a dedutibilidade das despesas financeiras relativas à remuneração de debêntures, nas condições previstas nas escrituras de emissão dos títulos, em discussão, e quando tais títulos são emitidos e subscritos exclusivamente pelos acionistas da própria empresa e na proporção da participação no capital social.



Nesse sentido, conforme mencionaram os julgadores de 1ª instância, vale destacar o acórdão nº 101-94.986 da Relatora Sandra Maria Faroni em caso análogo ao ora discutido.

No presente caso, a questionada remuneração das debêntures equivalia a 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social, sendo excluídos apenas os resultados oriundos de participações societárias de caráter permanente, conforme consignado no aditivo à escritura de emissão dos títulos.

Com efeito, as objeções elucidadas pela Ilma. Conselheira no mencionado acórdão são perfeitamente aplicáveis no caso, na medida em que tal remuneração veio substituir as cláusulas de remuneração anteriormente definidas e que prescreviam, cumulativamente: (i) a atualização monetária com base na variação do IGPM, (ii) a incidência de juros de 6% ao ano, e (iii) o limite ao lucro líquido antes do cômputo desses mesmos juros e atualização monetária e dos resultados decorrentes de participações societárias da emissora dos títulos.

Ademais, cabe ressaltar que tal remuneração de debêntures, efetuada de forma não normal ou usual, somente se explicava, por ter beneficiado exclusivamente os próprios acionistas do empreendimento, únicos subscritores das debêntures emitidas, e na proporção da participação no capital social.

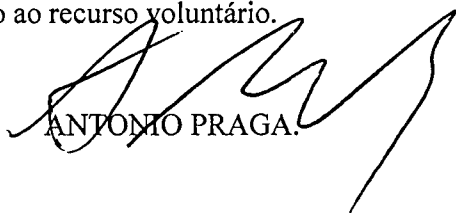
Ora, tais fatos denotam a utilização indevida da forma da remuneração de debêntures – cujas despesas são, em princípio, dedutíveis do lucro real, porque necessárias à manutenção do empreendimento –, para operacionalização de *real* distribuição de lucros (destinação de recursos), fato não passível de dedutibilidade do lucro real. Lança-se mão, assim, exclusivamente da forma, em detrimento de sua respectiva substância jurídica, para respaldar a redução da base tributável do imposto.

Assim, não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária da empresa, mediante a qual os lucros distribuídos foram transformados artificialmente em despesa dedutível. Conforme brilhantemente percebido pela Ilma. Conselheira em caso semelhante, a empresa sem incorrer, de fato, em nenhuma despesa, visto que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista, teria formalizado uma operação que lhe permitiria reduzir o lucro tributável em até 97%.

Dessa forma, ratifico o entendimento de que as despesas financeiras com remuneração de debêntures, apenas sob a forma de participação nos lucros, emitidas e subscritas exclusivamente pelos acionistas da própria emitente, decorrem de ato de liberalidade ou de favor, estranho aos objetivos sociais, na medida em que teriam comprometido contratualmente 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social.

Nas palavras da Ilma. Conselheira: “*É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros*”.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso voluntário.


ANTONIO PRAGA.

