



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

Processo nº 13899.001314/2006-16
Recurso nº 159.969 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1202-00.335 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de julho de 2010
Matéria IRPJ
Recorrentes NATURA COSMÉTICOS S/A e
5ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES EXCLUSIVAMENTE COM LUCROS. AQUISIÇÃO UNICAMENTE PELOS SÓCIOS. OPERAÇÃO NÃO USUAL E ANORMAL.

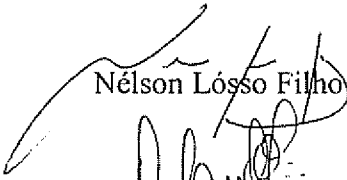
A remuneração de debêntures efetuadas exclusivamente com os lucros da empresa e oferecidas unicamente aos seus sócios, foge dos critérios de usualidade e normalidade a esse tipo de operação. Somente são admitidas como dedutíveis para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as despesas operacionais usuais ou normais ao tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

IRRFONTE. COMPENSAÇÃO COM O IRPJ.

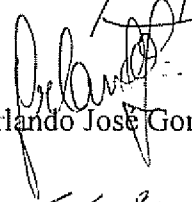
Inexiste direito a compensação do IRRF retido e recolhido pela fonte pagadora com o seu próprio IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso de ofício quanto à matéria compensação do IR Fonte, vencidos os conselheiros Valéria Cabral Géo Verçoza, Nereida de Miranda Finamore Horta e Orlando José Gonçalves Bueno, que negavam provimento ao recurso de ofício. Em relação ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, de decadência e de cerceamento ao direito de defesa e, quanto ao mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Valéria Cabral Géo Verçoza, Nereida de Miranda Finamore Horta e Orlando José Gonçalves Bueno (relator), que davam provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Donassolo.



Nelson Lósso Filho – Presidente



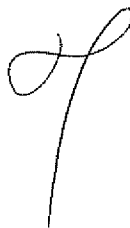
Orlando José Gonçalves Bueno – Relator



Carlos Alberto Donassolo – Redator Designado.

02 SET 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Valeria Cabral Géo Verçoza, Darci Mendes de Carvalho Filho, Nereida de Miranda Finamore Horta, Orlando Jose Gonçalves Bueno.



Relatório

Trata-se de lançamento de ofício para exigência de IRPJ em face das acusações relativas a: (i) utilização, no ano-base de 2000, de incentivos fiscais (FINAM-FINOR-FUNRES) em valores que teriam excedido o que a legislação permite, e (ii) despesas não necessárias, em razão de glosa de despesas com remuneração de debêntures no ano de 2001.

Lavrou-se também, no mesmo trabalho fiscal, o lançamento de CSLL acerca do item (ii) acima.

No Termo de Verificação Fiscal, foram dedicados 2 parágrafos para a acusação de que a empresa se utilizou de incentivos em valores superiores conforme apurado em revisão interna e demonstrado em anexo. Com relação às debêntures, após pequena introdução teórica acerca de debêntures e de dedutibilidade de despesas, o AGENTE FISCAL narrou que a empresa emitiu debêntures em 1998 com remuneração de até 70% do lucro e que foram adquiridas pelos próprios acionistas mediante aproveitamento de conta-corrente da qual eles eram credores junto à empresa. Ademais, para sustentar sua acusação, afirmou:

A emissão das debêntures da empresa infringe a legislação e conceito puro de debênture;

As características das debêntures da autuada comprovam sua anormalidade e desnecessidade, o que tornam a despesa indedutível;

Não houve captação de recursos externos (o AGENTE FISCAL adverte que este é o “motivo primordial”);

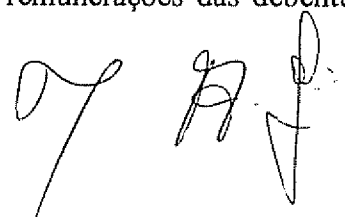
Os adquirentes das debêntures foram os acionistas da empresa, mediante transferência de crédito existente em suas contas correntes mantidas junto à empresa, cujos saldos eram oriundos de dividendos de anos anteriores não pagos;

Não houve circulação monetária para a aquisição das debêntures (o AGENTE FISCAL indica como “fator fundamental”).

Por conta de tais motivos, o AGENTE FISCAL desconsiderou a operação, tendo sido tais despesas reconhecidas como não necessárias às operações ou transações normais à atividade da empresa.

Informou ainda no TVF que a empresa já havia sido autuada anteriormente pelo mesmo motivo (processo 19515.002923/2003-85), sendo que esse lançamento relativo ao ano de 1999 foi mantido pelo 1º Conselho de Contribuintes (Acórdão 101-94.986/2005).

Em 18/04/2007, a 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas cancelou em parte o lançamento por reconhecer a decadência do lançamento no que concerne à utilização excessiva de incentivo fiscal, e o IRFonte pago nas remunerações das debêntures para o fim de diminuir o valor do lançamento do IRPJ.



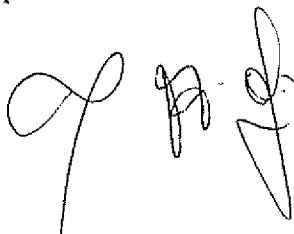
Como fundamento de sua decisão na parte que manteve o lançamento em relação à descaracterização das debêntures, a Turma Julgadora *a quo* utilizou argumentos apresentados tanto em 1ª instância quanto em 2ª instância de julgamento do referido processo decorrente da exigência do ano de 1999 em face da glosa das debêntures, mediante transcrição praticamente integral das decisões, dentre os quais se podem destacar os seguintes:

Argumentos da 1ª decisão no processo 19515.002923/2003-85:

- com o aproveitamento dos valores em conta-corrente, não houve riqueza nova (recursos novos) para financiar o projeto;
- ao reembolso do valor das debêntures acrescem-se, pelo menos, juros; a participação nos lucros deve ser vista como algo a mais além dos juros;
- a lógica do instituto de debêntures é o financiamento de projetos de longo prazo, sendo que no caso foi deliberado um prazo exíguo para o início da remuneração;
- a propriedade deve atender a sua função social, e nesse sentido está o fisco protegendo o bem da coletividade, ao cumprir seu dever de fiscalizar e arrecadar;
- o intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da validade jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos econômicos subjacentes deles.

Argumentos da 2ª decisão (CC) no processo 19515.002923/2003-85:

- é inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante participação nos lucros;
- todavia, não se pode dizer que é ela normal e usual; pode-se pelo menos dizer tratar-se de um aspecto controvertido;
- o direito do contribuinte auto-organizar sua vida não é ilimitado;
- o conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito;
- se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar; todavia, se adotada forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco pode se opor;
- é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas, de modo que isso não é usual;
- no caso, a remuneração das debêntures com até 70% dos lucros caracterizou ato de liberalidade, ainda que seja próprio da companhia captar recursos para fazer frente às suas necessidades;
- não houve ingresso de novos recursos financeiros na empresa, apenas foi alterado o título da sua obrigação frente aos acionistas (o que era crédito de acionista foi transformado em crédito de debenturista);



- não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária, mediante operação formalizada “em papel” que transformou lucros distribuídos em despesa dedutível.

Acrescentaram-se ainda argumentos de que o questionamento acerca do enquadramento legal em dispositivos da dedutibilidade de despesa operacional, sob argumento de existência de disposição específica sobre a matéria (RIR, art. 462), foi apreciado e afastado pelos acórdãos mencionados no voto e que o PN CST 99/78 fez constar o entendimento de que apenas as debêntures com natureza de juros são dedutíveis.

Quanto ao custo financeiro do crédito dos acionistas, a DRJ sustentou que a tentativa da Recorrente não pode ser acatada, pois não restou comprovado que a empresa teria a obrigatoriedade de promover pagamentos aos acionistas, e que, portanto, necessitaria fazer empréstimo. Ademais, a contribuinte adotou como parâmetro taxas pré-fixadas do Banco Central, ao passo que o órgão divulga também taxas consolidadas de aplicação e captação, todas inferiores àquelas utilizadas.

Por fim, acatou parcialmente o pedido de aproveitamento do IRFonte retido quando do pagamento das remunerações das debêntures aos acionistas para reduzir o valor do IRPJ.

A Turma Julgadora recorreu de ofício em razão do reconhecimento da decadência e da redução do IRPJ por conta do aproveitamento do IRFonte.

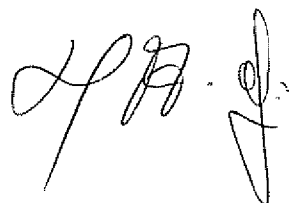
Inconformada com a decisão, a empresa Recorrente apresentou seu Recurso Voluntário no qual traz as seguintes alegações:

Em 02/05/98 a Recorrente emitiu 140.000 debêntures, no valor nominal de R\$ 1.000,00 cada, sendo que cada debênture assegurava uma remuneração com base exclusivamente em participação de 0,0005% nos lucros trimestrais da Recorrente, e que o máximo de 70% jamais foi alcançado. Até janeiro/2001 foi integralizado um total de 130.659 debêntures, sendo a integralização inicial (66.801 debêntures) efetuada com referidos créditos em contas correntes e as demais mediante os rendimentos das próprias debêntures. No ano-calendário de 2001 o percentual de participação nos lucros pelas debêntures chegou a 65,32% em média.

Os subscritores das debêntures foram acionistas da Recorrente, que efetivaram as integralizações das debêntures mediante compensação de créditos seus mantidos em contas correntes contra a empresa, oriundos de dividendos distribuídos e não pagos, mas há muito já creditados aos acionistas.

Houve cerceamento ao direito de defesa, pois a autoridade fiscal limitou-se a afirmar que a emissão das debêntures teria infringido a legislação e o “conceito puro” às debêntures, bem como que não teria se revestido das formalidades legais, sem, contudo, apontar qual o dispositivo de lei que teria sido infringido e em quais circunstâncias isto teria ocorrido.

Não se pode aplicar os requisitos de dedutibilidade das despesas operacionais (art. 299 do RIR/99) à remuneração assegurada a debêntures de participação nos lucros.



Mesmo que a remuneração das debêntures, correspondente a participações no lucro, pudesse ser subsumida ao art. 299 do RIR/99, ainda assim a dedutibilidade das mesmas estaria assegurada, pois houve relação objetiva entre a despesa e as atividades da Recorrente.

A autoridade fiscal também capitulou a exigência no artigo 300 do RIR/99, segundo o qual: “Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros”. Assim, considerando-se que a remuneração das debêntures corresponde a rendimento pago a terceiros, a única norma específica aplicável ao caso concreto é a do art. 462 do RIR/99, a qual expressamente determina a dedutibilidade das participações no lucro da pessoa jurídica “asseguradas a debêntures de sua emissão”.

O negócio jurídico atinente às debêntures foi motivado por razões empresariais legítimas e facilmente aferíveis com base nos indicadores econômico-financeiros da Recorrente.

Houve efetivo ingresso de recursos novos na empresa. A ausência de circulação monetária, no sentido exclusivamente físico desta circulação, não implica na inexistência de ingresso de novos recursos financeiros para a empresa.

A situação acionistas/debenturistas, sendo as debêntures remuneradas com base em participação nos lucros, foi plenamente justificável no caso concreto da Recorrente, em função da sua realidade empresarial vivida à época.

O empréstimo instrumentalizado pelas debêntures foi vantajoso para a Recorrente, pois seu custo ficou abaixo das taxas médias praticadas para empréstimos bancários à pessoa jurídica (34,88% para as debêntures e 40,99% para os empréstimos bancários).

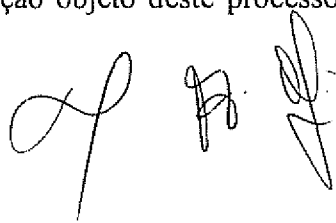
A estrutura de endividamento da Recorrente era absolutamente compatível e adequada às características de seu negócio, conforme se observa do resultado da pesquisa sobre endividamento de empresas, realizada por empresa especializada.

A redução do lucro da Recorrente pela remuneração das debêntures não importou na eliminação total ou abusiva de tributação. Adicionalmente, caso o valor total da remuneração das debêntures fosse reconhecido pela Recorrente sob a forma de contas correntes remunerados com os seus acionistas a taxas de juros de mercado ou pudesse ser pago sob a forma de juros sobre o capital próprio (JCP), nenhuma dessas outras opções seria mais onerosa do ponto de vista tributário do que acabou sendo a opção das debêntures (apresentou quadros comparativos).

Ainda que fosse mantido o lançamento do IRPJ, a dedutibilidade das participações no lucro asseguradas às debêntures não pode ser questionada quanto à base de cálculo da CSLL, na medida em que não há qualquer diploma legal determinando que as despesas não dedutíveis para fins de apuração do lucro real, em função do requisito de necessidade regulado no art. 299 do RIR/99, devam ser adicionadas à base de cálculo da CSLL.

Caso fosse mantido o lançamento em sua integralidade, os valores recolhidos pela Recorrente a título de IRRF devem ser deduzidos do crédito tributário de IRPJ, na medida em que a modificação dos efeitos fiscais de um negócio jurídico não pode limitar-se a apenas um de seus efeitos (a dedução das bases do IRPJ e CSLL), mas sim a todos eles, inclusive os pagamentos feitos em decorrência deste mesmo negócio a título de IRRF no período-base autuado.

Encontram-se nos autos pareceres de Marco Aurélio Greco e de Ricardo Mariz de Oliveira que concluem pela regularidade da operação objeto deste processo e pela eficácia para fins fiscais.



Cuida-se de retorno de diligência, nos termos da Resolução no. 1202-00.008, de 17 de junho de 2009, que teve a finalidade de esgotar a análise probatória sobre a documentação constante nestes autos, relativamente aos recolhimentos do IRRF referentes a abril, maio e dezembro de 2001, cotejadas às justificativas e demonstrativos elaborados pela Recorrente.

Pois bem, a diligência foi executada e veio aos autos seu termo conclusivo, a fls. 1733 e 1734, que leio em sessão para elucidar o quanto diligenciado.

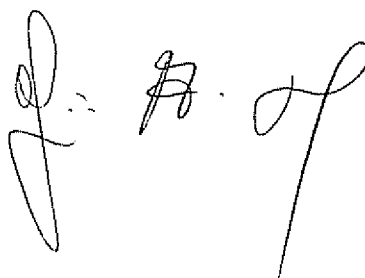
Foi dada ciência a Recorrente que se manifestou no prazo concedido, aduzindo o seguinte:

- que a diligência validou que os valores recolhidos, nos períodos de abril, maio e dezembro de 2001 do IRRF sobre emissões de debêntures e que devem ser deduzidos do IRPJ lançado originalmente neste auto de infração, alcançando os juros de mora e a multa de ofício, alegando igual tratamento conferido no julgado pela 1ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, nos autos do processo administrativo no. 19515.002923/2003-85, em que é parte a própria Recorrente;

- que, por autorizado pelo art. 3º, inciso III da Lei no. 9.784/99 requer que seja apreciado o argumento da não incidência dos juros “selic” sobre a multa de ofício, perante a exoneração pretendida em parte sobre a autuação, citando ementas deste órgão fazendário de julgamento, inclusive o acórdão CSRF/02-03.133 (processo no. 18471.001680/2004-30);

- suscita, ademais a impossibilidade de o fisco exigir crédito tributário oriundo de negócio jurídico ou ato praticado há mais de cinco anos contados da data do lançamento de ofício, ainda que esses negócios ou atos tenham gerado repercussão em períodos-base subsequentes, ou seja, suscita a decadência como questão de ordem pública, que deve ser conhecida a qualquer tempo e instância de ofício pelo órgão julgador, que implica no próprio controle de legalidade do lançamento. Reporto-me a manifestação da Recorrente a fls. 1748 a 1753, que leio em sessão para o fiel relato da ocorrência processual.

Eis o relatório.



Voto

Conselheiro Relator, Orlando José Gonçalves Bueno

Quanto ao Recurso de Ofício, a decisão de primeira instância acolheu a decadência, considerando o ano-base 2000 e a ciência do auto de infração na data de 12.12.2006, portanto, transcorrido 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, eis que deve ser mantida posto ter cumprido corretamente o quanto prescrito no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, mormente em se tratando de lançamento por homologação, na esteira da pacífica jurisprudência do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, e em não se imputando à contribuinte qualquer fraude, simulação ou vício social que tenha contaminado a operação tributária auditada.

Assim como, a decisão da DRJ também acolheu que deveria ser deduzido da exigência o valor recolhido a título de IRRFonte cuja vinculação aos rendimentos de debêntures pôde ser identificada mediante confronto dos DARF apresentados e das DIRF enviadas pela contribuinte, parcialmente pois não acolheu os valores supostamente recolhidos nos meses de abril, maio e dezembro de 2001, objeto da relatada diligência, uma vez considerados não provados.

Nesse sentido, a diligência mencionada traz aos autos, conforme relatório conclusivo, a validação dos mesmos, com que confirma o entendimento exarado pela autoridade julgadora de primeira instância, para manutenção de sua decisão, não havendo motivo para qualquer modificação perante esta instância recursal, uma vez comprovados os recolhimentos do IRRFonte, fazendo a contribuinte jus as deduções do IRPJ como decidido.

Nego, por esses fundamentos, provimento ao recurso de ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

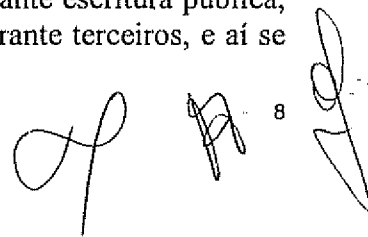
Da preliminar de decadência.

Suscita, ainda que em momento superveniente ao prazo de interposição do recurso voluntário, a decadência do lançamento, entendendo não ser possível a autoridade fiscalizadora emitir juízo de valor sobre negócio jurídico causal ou de origem, que produziu efeitos em períodos subsequentes, ultrapassados os cinco anos da revisão fiscal nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN.

Por tratar-se de matéria de ordem pública - o instituto da decadência - entendendo necessário o pronunciamento de ofício sobre tal preliminar, perante esta instância recursal administrativa, o que não seria possível se outra fosse a arguição do sujeito passivo nesta fase processual.

Portanto, em face aos argumentos apresentados pela Recorrente, sobre tal preliminar cabe serena análise.

Fato comprovado e incontestável é que o negócio jurídico, qual seja, a emissão das debêntures, em competente forma legalmente exigida, mediante escritura pública, foi lavrada em 02 de maio de 1998 (fls. 113/117), momento em que, perante terceiros, e aí se



8

inclui a Fazenda Pública, constituiu-se seus regulares e legais efeitos, geradores de sua validade, ou invalidade perante fatos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos desses mesmos efeitos, objeto inicial e principal da auditoria fiscal cometida pela autoridade administrativa lançadora.

Desta feita, sendo termo inicial de auditoria e base documental originária das conclusões finais do trabalho fiscal, é de se indagar se teria a autoridade fiscal competência e poder para examinar, no que se refere a regular produção de efeitos tributários constitutivos, o negócio originário que causou a glosa, na base de cálculo do IRPJ e CSLL, da remuneração assegurada a debêntures emitidas por aquele instrumento jurídico formal inicial.

Indiscutível, também, que a lei tributária- o CTN – estabelece um limite para a auditoria/ revisão fiscal, qual seja, o prazo de cinco anos a contar do fato gerador. Diga-se, para conferir, analisar, perquirir, apreciar documentos e negócios que tenham efeitos fiscais/tributários.

Veja-se o Termo de Verificação Fiscal para conferir a análise do aludido documento, no que diz respeito a seu juízo sobre considerar a operação de emissão de debêntures válida, ou inválida e o tratamento concedido para seus efeitos tributários futuros.

Como já relatado, a autoridade fiscal verificou e concluiu o seguinte:

a emissão das debêntures da empresa infringe a legislação e conceito puro de debênture;

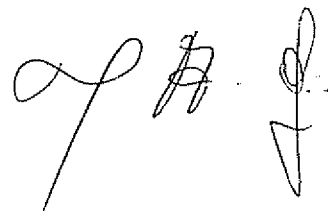
as características das debêntures da autuada comprovam sua anormalidade e desnecessidade, o que tornam a despesa indedutível;

não houve captação de recursos externos (o AGENTE FISCAL adverte que este é o “motivo primordial”);

os adquirentes das debêntures foram os acionistas da empresa, mediante transferência de crédito existente em suas contas correntes mantidas junto à empresa, cujos saldos eram oriundos de dividendos de anos anteriores não pagos;

não houve circulação monetária para a aquisição das debêntures (o AGENTE FISCAL indica como “fator fundamental”).

Dessas considerações se infere que a autoridade fiscal se debruçou para emitir juízo de valor relativamente ao mérito da própria e original emissão das debêntures, vale dizer, para desqualificar como inválidos os seus efeitos fiscais constitutivos relativos a dedutibilidade como despesa necessária à atividade operacional da Recorrente, nos períodos subseqüentes, dentro dos prazos das respectivas integralizações das mesmas, ou seja, dentro do período em que, tributariamente, competia sua auditoria. Ou seja, a autoridade fiscal interpretou o efeito – despesas operacionais – decorrentes do negócio jurídico causal como insustentáveis juridicamente, atribuindo-lhe efeitos extintivos em face aos critérios legais de dedutibilidade das despesas dele decorrentes, em períodos subseqüentes, vale dizer, dentro do período de cinco anos como permitido pela lei, quando atribui poder revisional à autoridade administrativa fiscalizadora, no regular exercício de suas funções.

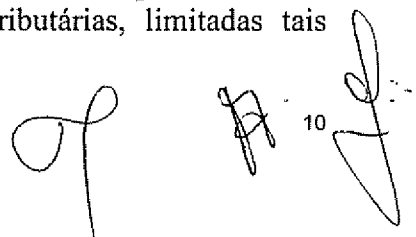


Portanto, uma vez colocada a premissa fática inicial de que a autoridade fiscal utilizou-se de documento legalmente válido para sua auditoria a partir de 02 de maio de 1998, qual seja, o negócio jurídico de onde se originou todo o tratamento fiscal/tributário conferido ao mesmo nos períodos subseqüentes, cabe examinar se tal negócio, sob o mesmo ângulo da discussão interpretativa da legitimidade, ou não, de auditoria retroativa sobre a composição cumulativa do prejuízo fiscal para o IRPJ, ou da base negativa para a CSLL, pode ser considerado como base original para a auditoria fiscal como levada a efeito.

Assim, sendo prescrito pelo art. 150, parágrafo 4º do Código Tributário Nacional o prazo de cinco anos para a homologação do lançamento de tributos sujeito a esse regime, a contar do fato gerador, e, com a segunda premissa neste autos, qual seja, glosa das despesas consideradas indedutíveis do ano de 2001, por força da desconconsideração dos efeitos do negócio jurídico de emissão de debêntures e respectivas integralizações, sobre as bases do IRPJ e CSLL, que são tributos já reconhecidos pela pacífica jurisprudência administrativa como submetidos ao regime de homologação, pode-se concluir que mediante a auditoria fiscal inicial sobre o negócio jurídico celebrado em 1998, porém para justificar a desconconsideração dos efeitos de dedutibilidade nos anos subseqüentes, dentro desse período legal, podia a autoridade fiscal analisar a base negocial, a fim de configurar os efeitos apropriados em exercícios fiscais sem qualquer óbice pela decadência.

Em outras palavras, o que a autoridade fiscal considerou foi a desnecessidade das despesas operacionais, dentro do período de cinco anos, ainda que decorrentes do negócio original de emissão de debêntures, ou seja, se ateu ao efeito fiscal da substância jurídica formal adotada pelo sujeito passivo na solução de seus investimentos empresariais, que não se confunde, de maneira nenhuma, com as operações de composição de prejuízo fiscal ou base negativa do IRPJ ou CSLL, posto que a autoridade fiscal pode avaliar e interpretar a natureza das despesas como ineficazes em face as circunstâncias subjetivas e objetivas elencadas pela mesma, sem qualquer desconconsideração do negócio jurídico original, qual seja, a escritura pública de emissão de debêntures, que restou incólume e válida como de direito. A auditoria se deteve em glosar as despesas tidas como operacionais por entendê-las desnecessárias, inusuais e anormais para a atividade econômica do sujeito passivo e este foi o objeto desta autuação fiscal, dentro do período temporal que lhe competia tal verificação, o que não quer dizer que estaria impedida de avaliar, como o fez, a própria matriz de onde derivaram tais despesas tidas como operacionais, para justificar seu entendimento da desnecessidade.

Cuida-se, impende reiterar, o presente processo de glosa de despesas consideradas desnecessárias, e não desconconsideração do negócio jurídico por qualquer vício ou patologia jurídica, que repercute no efeito fiscal, em legítimo exercício do poder fiscalizatório da autoridade administrativa. Se, no mérito, a sua operação interpretativa pode ser passível de revisão ou reexame, em virtude de razões de outras naturezas, não há se falar em óbice por decadência quando se realiza a apreciação dos fundamentos originais para a caracterização da natureza das despesas, que é o objeto do lançamento de ofício, portanto, com efeitos dentro do período temporal legalmente válido. Outra coisa, bem distinta, como vem entendendo a jurisprudência citada pela Recorrente, é o poder revisional limitado ao cinco anos da composição do prejuízo fiscal e base negativa tributárias, posto que parte integrante da própria base de nascimento da obrigação tributária verificável, intrínseca para constituição do crédito tributário, o que, por sua natureza, encontra a barreira legal do limite decadencial. Não se trata do caso dos autos, pois examinam-se operações diferentes, aqui se analisa um efeito próprio, no âmbito fiscal, como adotado pela Recorrente – despesas operacionais – cujo entendimento fiscal foi no sentido negativo de sua validade, enquanto lá se verifica o cômputo ou cálculo de valores a formarem o prejuízo fiscal diretamente no IRPJ ou na base da CSLL, para se validar os seus efeitos fiscais em face o cumprimento de obrigações tributárias, limitadas tais auditorias de bases no tempo decadencial de cinco anos.



10

Pois bem, feita a distinção na interpretação dos julgados do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, citados pela Recorrente, para ajustes no passado e repercussão futura, compreendendo-se passado aquele que ultrapassa o limite temporal dos cinco anos do poder revisional tributário, sou do entendimento que a digna autoridade fiscal lançadora poderia emitir juízo de valor quanto ao negócio jurídico pretérito e original dos efeitos objetivos como despesas operacionais, para interpretá-los inválidos, como o fez nestes autos.

Portanto, sou por rejeitar a decadência, conforme suscitada.

A Recorrente alega também preliminar de cerceamento do direito de defesa, pois ela baseou-se apenas na suposição de que a autoridade fiscal teria entendido que as participações no lucro atribuídas às debêntures deveriam ser subsumidas ao art. 299 do RIR/99, porém sem saber quais as razões que a levaram a tal conclusão, frente à existência de norma expressa do art. 462 do RIR/99.

Não obstante a autoridade autora do lançamento de ofício não ter se esmerado na formação de uma linha de raciocínio na elaboração do Termo de Verificação Fiscal e ainda ter promovido glosa integral, é possível organizar sua acusação da seguinte maneira: para receberem o tratamento fiscal previsto em lei, as debêntures devem observar a emissão e a remuneração que se encontram no mercado com critério de razoabilidade, tendo em vista que os debenturistas são os próprios acionistas e não se admite o tratamento mais benéfico para eles em relação ao mercado; ademais, seria necessário aporte financeiro com trânsito físico do recurso.

Com efeito, parece-me equivocado o embasamento legal adotado pelo agente fiscal (tema tratado no próximo item), pois, se a leitura que se deve fazer da acusação é a do parágrafo acima, evidentemente que não se trata de despesa desnecessária. O dispositivo no artigo 299 poderia, no máximo, servir de subsídio em acusação de distribuição disfarçada de lucros ou mesmo de simulação na estruturação de debêntures para o fim de criar despesas inexistentes, o que viciaria a própria estrutura do negócio jurídico causal.

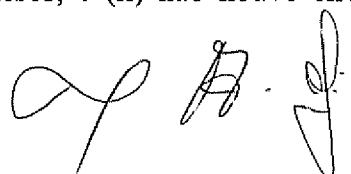
Entretanto, não é o caso de cerceamento do direito de defesa, uma vez que tanto os fatos quanto a acusação – ainda que passível de aprimoramento (mas não por autoridade julgadora) – foram devidamente apresentados pelo Termo de Verificação Fiscal. Prova disso é que a Recorrente discorreu longamente em suas peças sobre o direito de emitir debêntures com participação no lucro da companhia, o direito de apropriar o valor alocado como remuneração de tais debêntures como redutor do lucro líquido, e a impropriedade da aplicação do art. 299 do RIR/99 *in casu*.

Assim, especificamente no tocante à preliminar de cerceamento do direito de defesa, não há como acolher a pretensão da Recorrente.

Destarte, passo ao exame do mérito.

Quanto ao Recurso Voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A acusação fiscal de despesa indedutível da remuneração das debêntures – por desnecessária – baseia-se no “motivo primordial” e no “fator fundamental” indicados no TVF, quais sejam: (i) não houve captação externa de recursos, e (ii) não houve circulação monetária para aquisição de debêntures pelos acionistas.



Ou seja, duas causas econômicas.

O lançamento foi motivado também com a acusação de que a empresa infringiu a legislação e conceito puro de debênture, e o enquadramento legal foi o art. 299 do RIR/99, vale aduzir, questionada a estrutura jurídica da operação: o negócio estruturado mediante escritura pública de emissão de debêntures, com efeitos que se produziram no decorrer de mais de um ano-calendário fiscal.

Pois bem, a análise do Recurso Voluntário seguirá adiante com os seguintes pontos principais do embate: (1) a base legal adotada, (2) a legitimidade das debêntures, (3) os recursos financeiros, (4) a remuneração das debêntures. Elementos esses extraídos do exame da operação, desde a motivação para emissão de debêntures, até a apropriação como despesas necessárias à atividade produtiva, ou mantenedora da fonte produtiva da empresa fiscalizada.

A BASE LEGAL ADOTADA

Como já adiantado acima, o embasamento legal – e, por consequência, a correspondente acusação – de despesa desnecessária, por não usual ou normal, não pode ser aplicada em especial no presente caso. É que, quando há um dispositivo normativo específico sobre a dedutibilidade de um determinado instituto, não pode a autoridade administrativa livremente lançar mão do dispositivo genérico, criado para situações que não tenham tratamento legal individual, posto que sua atividade, como é sabido, é vinculada a lei, não permitindo interpretação contrária ao disposto no preceito específico.

O parecer de Ricardo Mariz de Oliveira, trazido aos autos pela Recorrente, é oportuno para elucidar a questão da utilização do art. 47 da Lei 4.506/64 – matriz legal do art. 299 do RIR/99 – somente quando não houver regra específica, ao afirmar que *“O art. 47 constitui-se em regra que se aplica a todas as despesas para as quais não haja uma norma específica sobre a sua dedutibilidade, pois visa explicitar quando uma despesa, que não seja tratada expressamente na lei, pode ou não ser deduzida perante o lucro real tributável pelo IRPJ.”* (pág. 16).

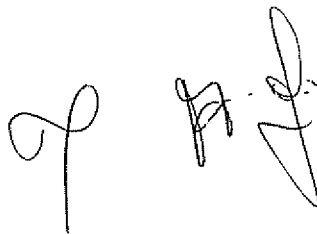
E, quanto ao art. 58 do Decreto-lei 1.598/77 (matriz legal do art. 462 do RIR/99), arremata: *“Vê-se claramente que tal disposição se integra naquela categoria de normas que não proibem, limitam ou condicionam a dedução de uma despesa contábil, ou a transferem para outro período de apuração, mas, sim, pertence ela ao grupo de normas que admitem a dedução de algum valor por exclusão do lucro líquido após a sua apuração, e não como custo ou despesa.”* (pág. 18).

Esse foi o entendimento unânime da E. 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes sobre esse mesmo tema particular, no Acórdão 107-08.029, onde no voto condutor do relator Luiz Valero constou:

“O artigo transcrito [art. 242 do RIR/94, atual 299 do RIR/99] não serve como suporte à discutida exigência, posto que o caso em exame não tem a configuração de despesas desnecessárias, que é o substrato fático do referido dispositivo. No caso vertente, trata-se da dedutibilidade da participação conferida aos debenturistas que tem regra própria, assim definida no art. 430 do RIR/94, atual art. 462 do RIR/99:

‘Art. 430. Podem ser deduzidas na apuração do lucro líquido do período-base as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 58):

I – asseguradas a debêntures de sua emissão;



(...)'

Portanto, o fato tributado deveria estar enquadrado no campo de exclusão indevida das bases de cálculo do imposto de renda e da contribuição social e não no âmbito de despesas desnecessárias. (...)”

Ou seja, devem ser diferenciadas as despesas – que se vinculam à manutenção da fonte produtora da riqueza – e a participação nos lucros – correspondente ao risco do negócio, mais especificamente do resultado do negócio.

Convém fazer breve comentário no tocante ao voto da eminente conselheira Sandra Faroni, relatora do Acórdão 101-94.986/2005 (relativo à exigência do ano de 1999 contra a mesma contribuinte), em que discorre sobre a falta de demonstração da usualidade e normalidade de debêntures com participação nos lucros da ordem de 70% (Decisão *a quo*, fls. 1041 dos autos).

Aquela decisão se vale de lições de Ricardo Mariz de Oliveira (autor de um dos pareceres juntados a estes autos) para fundamentar seu entendimento de que as despesas de remuneração de debêntures com participação nos lucros em favor de acionistas são desnecessárias; mas, para o caso dos autos, a opinião desse jurista é contrária à conclusão da 1ª Câmara (vide o parecer às páginas 19 a 40).

Com efeito, discorre o parecer no sentido de que é absolutamente pacífico que o IRPJ incide sobre o acréscimo patrimonial, que é identificado com a situação em que os novos bens e direitos do patrimônio superarem os gastos incorridos para a sua produção. E é por isso que o comando do art. 47 orienta no sentido de que *“todas as despesas relacionadas às atividades da empresa ou à sua fonte produtora têm a predestinação de serem deduzidas da base de cálculo do IRPJ, somente se cuidando de acrescer a esta base as despesas para as quais algum dispositivo legal imponha uma exceção à regra da dedutibilidade”* (pág. 21).

Ou seja, existe uma relação objetiva entre a despesa e a atividade da empresa que gera receita, com intuito de formar o lucro tributável. Assim, uma despesa é dedutível quando for inerente à atividade da empresa, vista como um sociedade que, para o pleno exercício de seu objeto social, reúne todos os elementos produtivos, sejam diretamente para a produção de mercadorias, sejam os gerenciais/administrativos e financeiros, compreendendo desde a atividade operacional central produtiva – “chão de fábrica” – até a governança corporativa, regida pelos princípios científicos e técnicos das ciências da administração e da economia.

Esta é premissa real importante, pois se trata de uma empresa industrial complexa, com modelo administrativo mais avançado que uma comum empresa industrial ou comercial, o que faz com que todos seus recursos disponíveis, sejam físicos ou materiais produtivos, sejam financeiros e administrativos, devam ser manejados a fim de buscar a excelência e otimização nas respectivas rentabilidades.

Impende ressaltar, no caso do negócio jurídico causal, a emissão de debêntures com remuneração nos lucros, em que pese todo o esforço justificativo e interpretativo da autoridade administrativa para descaracterizar o efeito fiscal de sua origem, por julgar desnecessária a despesa em comento, a mesma não reconheceu, nem revelou ou sustentou qualquer vício por simulação do negócio jurídico, corroborando, por via reflexa, que o mesmo é válido e apto a produzir os efeitos dele decorrentes.

A questão, de fundo, também importa trazer à análise, é a vetusta polêmica das causas dos planejamentos tributários, ou seja, causas econômicas e estrutura jurídica, forma e substância, para entendimento do efeito sob a ótica do intérprete, em se tratando de objeto lícito e não expressamente vedado por lei. Em suma, a discussão sobre o que deve ser considerado: o efeito econômico, ou o negócio jurídico causal, ou ambos em concurso de fatores produtivos, como aludido, tendo em vista o cerne do planejamento que é o tratamento do recurso financeiro sob a regência da legislação tributária.

No caso em tela, os recursos correspondentes à emissão das debêntures impulsionaram a atividade empresarial da Recorrente (conforme argumentação da Recorrente), o que permite concluir com segurança que se relacionam objetivamente à captação dos recursos (que geraram a dedução da respectiva remuneração na apuração do lucro) e a atividade da companhia, ora Recorrente. Assim, ainda que a fiscalização se detenha na acepção comum do termo “necessidade” da despesa, resta evidente *in casu* que o critério da necessidade deve ser entendido pragmaticamente, ou seja, no contexto negocial da Recorrente, haja vista que em razão dos valores mantidos na empresa em contrapartida das debêntures, houve desenvolvimento das operações da mesma, portanto, incremento circulatório econômico/financeiro de manutenção da fonte produtora, como foi previsto pelo legislador do comando legal aludido, ao impor a condição da despesa necessária para tal desiderato.

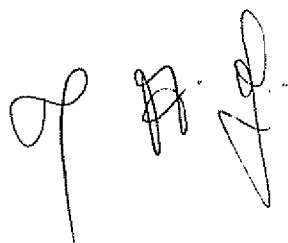
A LEGITIMIDADE DAS DEBÊNTURES

No TVF, o agente afirmou que se infringiu a legislação e conceito puro de debênture sem, entretanto, apontar efetivamente qual dispositivo legal ofendido. Portanto, examina o mérito jurídico do instituto, formalizado em estrutura jurídica já considerada válida, porque não contaminada por qualquer patologia jurídica. O que, a meu ver, demonstra uma inconsistência lógica com a incompatibilidade patenteada, posto que se o negócio jurídico está conforme a lei, com objeto lícito, e validamente considerado, não tendo sido produzido com vício de consentimento ou vício social (simulação), a autoridade administrativa sustenta violação do instituto de debênture, sem descrever, no entanto, qual transgressão expressa da regra positiva do Direito que restou cometida pela Recorrente, na adoção da estrutura jurídica negocial sob exame. Em síntese, se vale o negócio jurídico causal, legítimo, porque seu efeito fiscal foi desconsiderado sem validade jurídica, apenas fundado em apreciação isolada sem conexão ao próprio contexto negocial celebrado eficazmente ?

Na Decisão recorrida que se apóia no Acórdão da E. 1ª Câmara (que apreciou lançamento contra a ora Recorrente e decorrente dos mesmos fatos, porém relativamente ao ano de 1999), foi sustentado que as debêntures devem ser remuneradas por juros e, eventualmente, com vantagem adicional de participação nos lucros da companhia, ainda que se tenha reconhecido que: “É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. (...)” (fls. 1.036).

E adiante concluiu-se naquele Acórdão 101-94.986/2005 que “Não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária. Mediante operações formalizadas apenas ‘em papel’, a empresa transformou artificialmente lucros distribuídos em despesa dedutível.” (fls. 1.042).

Data vênia, refletindo melhor sobre o tema e com a oportunidade de analisar as circunstâncias que cercaram a operação da Recorrente, concluo que não há como manter o acompanhamento do raciocínio daquela eminente conselheira.



Em primeiro lugar porque, se a lei prevê a possibilidade de a remuneração das debêntures ser apenas mediante participação nos lucros, então não se pode admitir a imposição de prática de ilegalidade o negócio jurídico que adota o previsto em lei. Caso contrário, estar-se-ia afrontando o comando do art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual as pessoas somente estão obrigadas ou proibidas de praticar algum ato, se houver lei para tanto.

Em segundo lugar, reitere-se, porque não se demonstrou (ainda que por indícios convergentes) tratar-se de simulação, já que a afirmação final transcrita acima indica que teria havido simulação na emissão das debêntures com intuito de esconder-se a realidade. É a justificativa para tal – exposta no referido acórdão – foi a de que não seria crível uma remuneração de 70% para quem não fosse acionista da companhia (mas debenturista) levando em conta que o principal objetivo da companhia é obter lucros para os detentores do capital; e, portanto, essa remuneração somente teria sido fixada porque favorecia exatamente os mesmos indivíduos que compõem o quadro de acionistas. Como conclusão, o reflexo de diminuição da base de cálculo do IRPJ e da CSL não seria oponível ao Fisco, com base na doutrina de Marco Aurélio Greco encontrada na sua obra “Planejamento Tributário” (Editora Dialética, 2004, pp. 179 e 180).

A jurisprudência que vem se consolidando neste tribunal é que a simulação corresponde a atos jurídicos ou operações permeadas de artificialidade, e que deve ser reconhecida quando se identificarem indícios da desmontagem da operação apresentada a terceiros, em especial ao Fisco. Ou seja, a verdade é outra do que se apresenta em termos formais, e para efeitos fiscais deve ser considerado o que se escondeu que nada mais é do que o “fato jurídico tributário verdadeiro”.

Tais indícios geralmente correspondem a: (a) elaboração de inúmeras operações em curtíssimo espaço de tempo que terminam em situação favorável, do ponto de vista fiscal, (b) documentos que desdizem os documentos apresentados, (c) documentos ante ou pós-datados, (d) não submissão das partes às consequências do negócio aparente, e (e) não produção dos efeitos do ato jurídico.

Ocorre que não se demonstrou nem no Termo de Verificação Fiscal nem em qualquer outra fase processual que teria havido tal desmontagem da operação, o que leva a não se compartilhar do entendimento de que a operação questionada é artificial e inoponível ao Fisco. Por tais motivos, foi reconhecida como válida a emissão das debêntures na forma da Assembléia Geral Extraordinária de 15/04/1998 e da Escritura de 02/05/1998.

Vale comentar ainda a alegação contida no Acórdão da 1ª Câmara de que a remuneração foi deliberada a até 70% por conta da coincidência de acionistas e debenturistas nas mesmas pessoas.

Essa alegação está mais no sentido de que a remuneração está acima do que praticado pelo mercado (o que será tratado no item específico adiante – “4 A Remuneração das Debêntures”). Isso, na verdade, reitera a legitimidade da estrutura jurídica de captação adotada, já que a patologia lá apontada é o quantum da remuneração e não a estrutura em si, ainda que o percentual da remuneração seja considerada como fundamento da patologia da estrutura.

No TVF, aponta-se como “motivo primordial” o fato de que não houve captação externa de recursos. Ora, tratando-se de companhia de capital fechado, é razoável que os próprios acionistas – ou então pessoas de seu relacionamento – optem pela aquisição das

debêntures. Além de não existir proibição na Lei 6.404/76, essa razoabilidade é confirmada pelo disposto no parágrafo 1º do artigo 57 do mesmo diploma que estabelece o direito de preferência dos acionistas para subscrição de debêntures conversíveis em ações da companhia. Ao contrário da afirmação do outro acórdão, estranho seria que os debenturistas de companhia fechada fossem apenas terceiros.

Não há que se falar, pois, em planejamento tributário abusivo ou artificial por parte da Recorrente com estrutura jurídica apenas formal da operação, pois foi e está inteiramente a denotar que o propósito do planejamento foi econômico/financeiro/tributário, com o aproveitamento, ao máximo, de todas as possibilidades legítimas constantes da legislação para a adoção da estrutura jurídica conforme descrita.

Como é cediço, a linha doutrinária que rompeu o entendimento que vinha tendo o Conselho de Contribuintes no sentido de respeitar as formalidades adotadas para fim de aplicação de normas tributárias, a partir da Lei Complementar 104/2001, é capitaneada por Marco Aurélio Greco, como expressamente constou de referência do voto da conselheira da 1ª Câmara.

Por isso, parece recomendável mencionar sua linha de raciocínio acerca da legitimidade das debêntures da Recorrente, contida no parecer dos autos.

Para responder se os efeitos tributários gerados pelas debêntures são oponíveis ao Fisco, submete o jurista a operação a 4 crivos: (a) não haver ilegalidade ou ilicitude, (b) não haver patologia no negócio jurídico, (c) haver justificação por existência de motivo, finalidade e congruência, e (d) haver justificação por inserção no planejamento estratégico do empreendimento econômico (págs. 12 e 13). Após tratar detalhadamente sobre cada um deles, resume sua opinião na resposta ao quesito 4:

“A análise das circunstâncias mostra a existência de um único motivo (real e aparente) que afasta a simulação; o exercício regular do direito de emitir debêntures participativas em sintonia com a finalidade do instituto (sem distorção do seu perfil objetivo, nem reiteração abusiva); e o fato de o resultado prático visado com a operação ter sido viabilizar a aceleração dos investimentos e não a menor carga tributária (esta é efeito lateral e não predominante da operação) afastam o abuso de direito e a fraude à lei tributária.

Além de não padecer de patologias, a operação examinada encontra justificação suficiente, pois possui perfil compatível com o motivo em que se apóia e a finalidade a que visa, bem como está em sintonia com o planejamento estratégico do empreendimento e correspondeu à busca do interesse da companhia à luz, inclusive, da responsabilidade social que lhe cabe.” (págs. 58 e 59).

Ademais, a justificativa econômica da deliberação pela emissão das debêntures deve ser analisada diante das possibilidades que se apresentavam à época, levando em conta que o valor do saldo das contas correntes dos acionistas eram indispensáveis para o crescimento da Recorrente. As possibilidades eram: (a) manter em forma de empréstimo devidamente remunerado, (b) contrair empréstimo junto a alguma instituição financeira, (c) converter o passivo em capital social, ou (d) emitir as debêntures.

Quanto ao item (a), manutenção de empréstimos dos acionistas devidamente remunerado, importa dizer inicialmente que tal remuneração poderia ser a de juros que a companhia estaria obrigada se obtivesse empréstimo no mercado, respeitando assim o disposto no art. 299 do RIR/99. Não se pode supor que a companhia se beneficiasse de recursos de terceiros em qualquer contrapartida, pois haveria enriquecimento indevido, levando em conta



que, enquanto não aplicado o artigo 50 do Código Civil (desconsideração da personalidade da pessoa jurídica), não se deve confundir as pessoas dos acionistas e da companhia. A remuneração do empréstimo representaria uma despesa financeira imediata, independentemente do resultado verificado em função dos valores tomados, o que poderia marcar as demonstrações financeiras com reduções de resultado e/ou prejuízos antes de encerrado o ciclo do projeto desenvolvido com aqueles recursos.

O item (b), empréstimo junto a alguma instituição financeira, se equipara ao item (a) acima com o agravante de que a remuneração seria provavelmente superior por conta do *spread* dos bancos nas taxas de juros (a taxa cobrada pelos bancos é superior à taxa paga pelas aplicações financeiras).

No tocante ao item (c), conversão do passivo em capital social, o ato possui caráter definitivo ou de prazo indeterminado, mas sempre de longo prazo, que representa perspectiva oposta às debêntures que possuem prazo de vencimento. A liberdade de escolha, que paralelamente traga algum benefício fiscal ao contribuinte, não pode ser tolhida pelo Fisco com a justificativa de que se deve pagar mais tributo quanto possível. Além do respeito à liberdade de contratar (desde que não seja artificial), seria de se esperar que o aumento do capital social servisse também de maior base para cálculo de Juros sobre Capital Próprio, reduzindo-se da mesma forma a base de cálculo do IRPJ e CSL e sofrendo retenção de Imposto de Renda na Fonte menor (15%) se comparado ao mútuo (20%).

E o item (d), opção escolhida de emissão das debêntures, forneceu à Recorrente os recursos por um determinado período de tempo com a remuneração do principal condicionada à existência de lucros, afastando o risco de incorrer em despesa financeira enquanto não verificados os resultados esperados.

Portanto, resta claro que a acusação de que a estrutura jurídica teve por único fim a redução da carga tributária e que, por isso, não seria oponível ao Fisco, não se sustenta diante das possibilidades que se apresentavam à Recorrente, nem mesmo na visão daquele que clama pela justificativa econômica e social das escolhas adotadas pela empresa na gestão de seus negócios. Ademais, em todas as hipóteses, haveria custo financeiro dos recursos em favor da Recorrente.

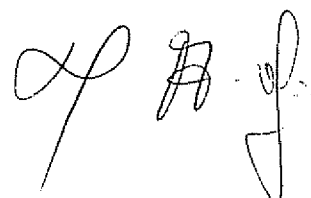
(3) OS RECURSOS FINANCEIROS

A não circulação monetária para aquisição de debêntures pelos acionistas corresponde ao “fator fundamental” do lançamento, indicado no TVF.

O próprio agente fiscal aponta para o histórico (página 4 do TVF):

“- Os adquirentes das debêntures, foram única e exclusivamente os sócios da empresa, Srs. [...], os quais adquiriram as debêntures mediante transferência de crédito existente em suas contas correntes mantidas junto a empresa.

- Os referidos saldos existentes em contas correntes, são oriundos de lucros não distribuídos de exercícios anteriores. [...]



Por tais afirmações, verifica-se que os acionistas eram credores da Recorrente uma vez que mantinham contas correntes originadas de dividendos de anos anteriores, não pagos. E que os valores dos créditos dos quais eram titulares foram disponibilizados para a companhia para pagamento da subscrição das debêntures.

Inicialmente, deve-se observar em qual relação jurídica encontravam-se de um lado os acionistas e de outro lado a companhia. A relação jurídica, que se denomina “conta corrente”, é de dívida de curto prazo onde a companhia comparece como titular da obrigação e os acionistas como titulares do direito de exigir o pagamento de determinado valor. Essa relação jurídica tem como característica a movimentação e/ou liquidação em breve espaço de tempo.

Assim, se os valores que se encontravam em poder da empresa (circulante ou permanente) devessem – por questão de orientação de investimentos adotada pelos administradores e controladores da companhia – permanecer por prazo médio ou longo, era comportamento esperado que se formasse uma outra relação jurídica, com objetivo de que a companhia não se visse, de uma hora para outra, impelida a pagar a sua dívida de curto prazo.

Como se viu acima, diante das possibilidades, a escolha dos dirigentes foi a de emissão de debênture que alterou basicamente dois aspectos se comparada à situação anterior: alongamento da dívida e remuneração condicionada ao lucro da empresa (isto é, sem remuneração caso a companhia operasse com resultado negativo).

E a subscrição das debêntures gerou para os acionistas uma dívida; isto é, antes do pagamento da obrigação pela subscrição das debêntures, os acionistas encontravam-se no pólo devedor da relação jurídica e a companhia no pólo credor.

Havia, nesse instante, duas relações jurídicas: uma, a da dívida de curto prazo em que a devedora era a companhia e credores eram os acionistas; e outra, a também de curto prazo pela subscrição das debêntures, em que os devedores eram os acionistas e a credora, a companhia.

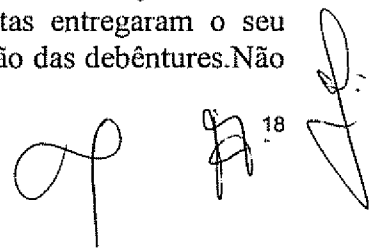
Poderiam ter ocorrido as seguintes movimentações financeiras, o que talvez satisfizesse o agente fiscal: a Recorrente pagaria a dívida aos acionistas, e, em seguida, os acionistas pagariam a subscrição das debêntures à Recorrente.

Desnecessárias tais providências, pois, além de estarem sujeitas a duas incidências de CPMF e, eventualmente, a tomar recursos no mercado para tal movimentação, a legislação pátria prevê uma solução jurídica e prática. Nesse tipo de situação, aplica-se o disposto no artigo 368 do atual Código Civil (artigo 1009 do Código vigente à época):

“Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde compensarem.”

Com base nisso, a relação jurídica da dívida de curto prazo (conta corrente) foi extinta e criou-se uma nova relação jurídica de dívida de longo prazo, suportada pelas debêntures.

É correto afirmar ainda que houve ingresso de recursos novos na companhia, ou numa linguagem mais precisa, houve ingresso de recursos sob outro título jurídico na companhia. Visto por outro ângulo, poder-se-ia dizer que os acionistas entregaram o seu crédito em dação de pagamento da sua dívida representada pela subscrição das debêntures. Não



há qualquer óbice legal ou motivo oculto negocial para que assim não se fizesse, como ocorreu de fato e de direito.

Com efeito, a Recorrente deixou de ter uma dívida de curto prazo e passou a ter uma dívida suportada em escritura e com remuneração condicionada a seu resultado, o que significa, neste sentido, claramente um tratamento jurídico próprio como um recurso novo:

“A mudança de título jurídico pelo qual o dinheiro em si se encontrava com a Consulente é que tornou aquele recurso um recurso novo, posto que não mais sujeito a uma exigência instantânea. Desapareceu uma dívida que implicaria num desembolso presente e surgiu uma dívida que enseja desembolsos futuros.

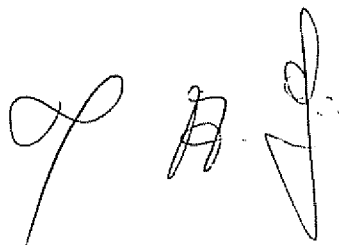
Ter recursos atrelados a um desembolso futuro (definido pela própria Consulente ao emitir as debêntures) é fazer com que este recurso seja “novo” no sentido jurídico (título) e econômico (tipo de endividamento).” (parecer Marco Aurélio Greco, pág. 20).

Em face das circunstâncias acima apontadas, a falta de circulação física dos valores do pagamento pela subscrição das debêntures não é justificativa juridicamente plausível para acusar como ilícita a operação sob exame. A alegação de ausência de substrato físico financeiro em circulação remete a citada polêmica do entendimento do que deve ser considerado relevante para análise de um planejamento tributário, ou seja, se não se visualiza a movimentação da moeda legal, seria porque se abusou da forma jurídica para a realização do negócio jurídico, vale dizer, que se faz necessário fisicamente circular dinheiro para se demonstrar a validade da estrutura jurídica e seus efeitos, em relação ao que, não se constatando isso, por consequência, o negócio jurídico deve ser tratado limitadamente dentro da concepção do que interessa à Fazenda Nacional e não na plenitude de uma estrutura válida perante o Direito.

Quer me parecer mais adequada e razoável a visão alinhada e de conformidade ao Direito, isto é, o negócio jurídico em comento para sua validade plena e eficaz, não precisa ter, como elemento essencial, a confirmação da movimentação do dinheiro, mas tem que contemplar e demonstrar toda as suas relações e implicações, seja no plano da estrutura de sua natureza e regime legal, seja no plano dos seus efeitos, econômicos, financeiros, societários, contábeis, patrimoniais, fiscais, enfim, todos os elementos que receberam influência direta, ou indireta do negócio jurídico adotado no planejamento examinado, de maneira a convalidar a licitude e eficácia jurídica do negócio modelado e praticado, como se observa nos presentes autos pela análise completa do negócio jurídico causal, seus efeitos jurídicos desejados e o contexto econômico interno da empresa e social/econômico da mesma, para a opção societária de investimentos da companhia, como formalizado na sua contabilidade.

E mais, qualquer outra opção relacionada aos acionistas (formalização de empréstimo a longo prazo ou conversão do passivo em capital social da companhia) também teria essa mesma característica da aplicação da compensação prevista no artigo 368 do Código Civil, de modo que não se pode vincular a falta de circulação física de dinheiro à inexistência das debêntures.

(4) A REMUNERAÇÃO DAS DEBÊNTURES



Aspecto que merece atenção é o percentual do lucro adotado como remuneração das debêntures.

Como consta dos autos, o valor de cada uma das 140.000 debêntures emitidas era de R\$ 1.000,00, cuja remuneração era a participação de 0,0005% nos lucros trimestrais da Recorrente. Portanto, o percentual máximo de participação nos lucros pelos debenturistas poderia chegar a 70% em contrapartida da captação de R\$ 140.000.000,00.

Não obstante esse máximo não ter sido alcançado (conforme informação da Recorrente e também do cálculo contido no TVF, item 11), adotam-se aqui o valor de captação e o respectivo percentual de participação no lucro para as ponderações que se seguem.

O que se deve concluir diz respeito à razoabilidade dessa remuneração frente ao capital (valor captado).

Evidentemente que a conclusão não pode ser obtida apenas com esses dois fatores: capital (R\$ 140 milhões) e participação no lucro (70%). Porque se a emitente das debêntures for de pequeno porte, cujo lucro é da ordem de R\$ 1 milhão, a resposta será oposta ao caso de emitente com lucro da ordem de R\$ 1 bilhão.

Assim, devem ser trazidos outros fatores, tais como a relação da dívida da Recorrente em face de seu Patrimônio Líquido ou de sua receita, o custo que a Recorrente teria se tomasse os recursos em bancos e a remuneração resultante da aplicação do percentual sobre o lucro da Recorrente.

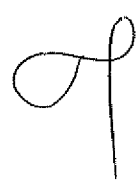
A Recorrente trouxe em sua impugnação estudo da *PriceWaterhouseCoopers* em que indica comparações da situação da Recorrente em face de outras empresas, ou grupo de empresas, tendo como parâmetros:

- Dívida Total / (PL + Dívida Total)
- Receita / (PL + Dívida)
- Dívida Total / EBITDA (lucro antes de juros, impostos, depreciação e amortização)
- Despesa Financeira / EBITDA
- Despesa Financeira / Dívida Total

E a conclusão foi no sentido de que a Recorrente não esteve, nas comparações, fora do parâmetro de mercado para favorecer os debenturistas em detrimento da companhia.

O outro elemento fundamental para afastar a acusação fiscal é a comparação entre a remuneração praticada pela Recorrente e a que seria devida em caso de empréstimo tomado junto a bancos.

A Recorrente apresentou percentuais, praticados no ano 2001, da remuneração das debêntures em relação ao capital aplicado (34,88%) e as taxas de juros do mercado financeiro em geral (40,99%). A decisão da turma julgadora da DRJ não aceitou a taxa indicada, pois “adota como parâmetro ‘taxas pré-fixadas de aplicação pessoa jurídica’ divulgadas pelo Banco Central, sem justificar sua adoção, ao passo que se verifica que aquele

  20 

órgão também divulga 'taxas consolidadas' de aplicação e de captação pessoa jurídica – todas inferiores às utilizadas.”

Se é aceita como verdade a taxa apresentada pela Recorrente, resta evidente que não houve prejuízo da companhia por não ter se valido de empréstimo bancário, mas sim de financiamento via debêntures.

Se, entretanto, os índices que seriam praticados para o financiamento da Recorrente fossem menores (como por exemplo, CDI ou Selic), poderia ficar evidenciado tratamento prejudicial à empresa. Todavia, nesse caso, não poderia a autoridade julgadora confirmar o lançamento de ofício, ainda que parcialmente.

Mas, ainda assim, deveria ser considerado algum custo financeiro para a Recorrente, pois, como se disse acima, não é razoável supor financiamento de R\$ 140.000.000,00 a custo zero.

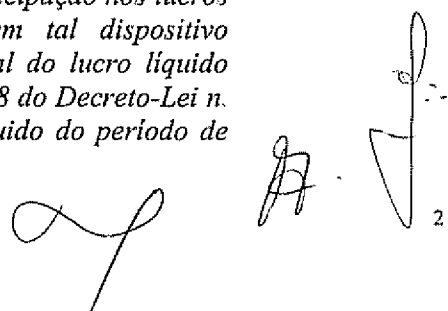
Se fosse comprovada pelo agente fiscal que a remuneração praticada teria sido em montante superior às taxas de juros de empréstimo encontradas no mercado, poder-se-ia enquadrá-la como distribuição disfarçada de lucros nos termos do artigo 60 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Mas, para tanto, a iniciativa de tal enquadramento somente pode ser da autoridade lançadora e, além disso, com prova de qual seria o parâmetro de mercado, para o fim de identificar o *quantum* da disparidade e submeter apenas o excesso à tributação.

A função do julgador administrativo é de verificar o trabalho do agente fiscal, para confirmá-lo ou cancelá-lo, total ou parcialmente. Desse modo, alterar, ajustar, reformular o lançamento de ofício está fora do âmbito da competência do julgador administrativo; ademais, a inovação do lançamento na fase final do processo cerceia evidentemente o direito da Recorrente à ampla defesa e contraditório.

Outra razão para não admitir a confirmação do lançamento diz respeito ao critério. Com efeito, a remuneração com taxas de juros para empréstimo ocorre independentemente da tomadora apresentar lucro ou prejuízo, ao passo que a remuneração das debêntures em exame ocorre somente quando há lucro, o que justificaria uma taxa maior para contrabalancear o risco de não haver nenhuma remuneração em determinado período (prova disso é que no 3º trimestre/2001 não houve remuneração alguma às debêntures). Ou seja, são perfis de dívida absolutamente distintos cuja comparação direta de taxas seria, no mínimo, desaconselhável.

A Primeira Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, em recente julgado, no processo nº 13820.000860/2002-10 – R.V. 163.754, em sessão de novembro...2008, decidiu, por maioria, dar provimento ao Recurso Voluntário, acolhendo a tese do Relator, Conselheiro Valmir Sandri, pelo que, a fim de elucidar o tratamento similar no caso do critério adotado pela remuneração de debêntures participativas a sócios acionistas, reproduzo trecho final do voto, a seguir:

“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



21

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 de 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."

Também no caso julgado foi compreendida a necessidade sim de que a Recorrente tenha considerado todas as circunstâncias e motivos negociais que justificaram a opção de investimento adotado pela emissão de debêntures com remuneração vinculada aos lucros da companhia e não pode ser considerado, por carência de prescrição legal, portanto, apenas embasado na conclusão subjetiva de fundo econômico/financeiro da autoridade administrativa para deduzir inaceitável um critério quantitativo mercadológico, a fim de invalidar a caracterização da despesa como necessária para os fins colimados na atividade operacional da Recorrente. Não cabe ao intérprete criar algo que não esteja expressamente previsto em lei, como já se disse, a atividade administrativa é plenamente vinculada aos preceitos legais e, as causas externas ao direito positivo, como fundamento de decidir não podem desconsiderar, simplesmente por motivação econômica, a estrutura jurídica negocial válida e eficaz à luz do Direito.

Alfredo Augusto Becker em sua clássica obra "Teoria Geral do Direito Tributário" criticando a interpretação do Direito Tributário segundo a realidade econômica, ou seja, aquela que oferece primazia aos fins econômicos da regra tributária em detrimento da estrutura jurídica, mesmo que válida, se aplica exatamente ao presente planejamento tributário, quando asseverou contundentemente: "Quem age (ilicitamente) é o intérprete que abstrai a estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica..." (obra citada, 1998, p. 130).

Nesse sentido cite-se o recente acórdão da Segunda Turma do STJ (março de 2010), que, em decisão colegiada unânime, firmou, ao apreciar questão tributária relativa ao ISSQN, a preponderância do respeito a forma jurídica em relação ao fundamento econômico, cujo voto foi de lavra da eminente Ministra Eliana Calmon, com ementa a seguir:

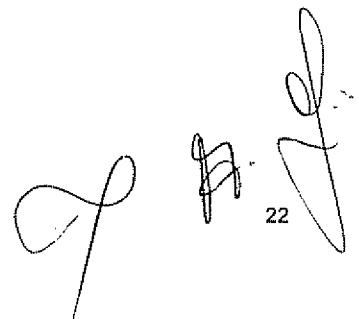
"Recurso Especial nº 1.119.405-RS

(2009/0013663-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Município de Porto Alegre

Procurador: Cristiano Silvestrin de Souza e Outro(s)



22

Recorrido: Associação dos Médicos do Hospital Conceição Amehc

Advogado: Paulo Macedônia Pereira e Outro(s)

Ementa

Tributário – ISSQN – Contrato de Estipulação em Favor de Terceiro x Corretagem – Impossibilidade de Interpretação Meramente Econômica – Repercussão Jurídica do Tributo – Ausência de Norma Expressa – Legitimidade – Art.333 do CPC – Prequestionamento – Ausência – Súmula 282/STF.

É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento.

O ISSQN é tributo de imposição direta ou indireta, a depender do tratamento normativo que recebe da legislação local.

Em regra, assume o encargo do tributo o prestador do serviço, competindo-lhe a legitimidade para pleitear a restituição.

Inexiste o fato jurídico tributário de corretagem ou agenciamento na intermediação por associação médica em defesa dos interesses de seus associados, ainda que cobrada sobretaxa dos associados para reembolso dos custos da representação.

O elemento econômico, ainda que importante para aferição da capacidade contributiva, não prevalece frente à forma jurídica empregada, salvo se evidenciada pelo Fisco a fraude, o dolo ou a simulação das partes no negócio jurídico.

Recurso especial conhecido e, nessa parte, não provido.

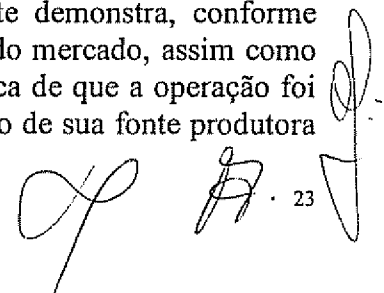
Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça `A Turma, por unanimidade, conheceu em parte o recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a) Relator(a).` Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 18 de março de 2010 (Data do Julgamento).

(Dje de 26.3.2010)” (Revista Dialética nº 177, Junho/2010, p 228 –grifo acima neste ato).

Ora, no presente caso, se confirma e a Recorrente demonstra, conforme exposto, que não realizou a operação indigitada fora dos parâmetros do mercado, assim como incumbiria a autoridade fazendária produzir a prova cabal e inequívoca de que a operação foi desnecessária às atividades operacionais da Recorrente, na manutenção de sua fonte produtora



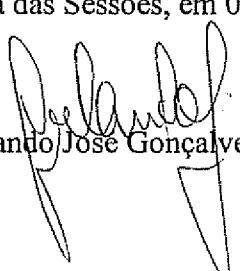
o que, como corroborado pela citada decisão da Primeira Câmara, também não se efetivou no caso presente.

Por derradeiro, sobre a dedução do IRRFonte, da remunerações pagas nas emissões da debêntures, como decidido pela decisão de primeira instância, pela legitimidade das respectivas deduções, uma vez comprovadas e sendo objeto da diligência a efetividade de tais recolhimentos referentes aos meses de abril, maio e dezembro de 2001, as quais, pelo resultado conclusivo da diligência da autoridade administrativa de origem, restaram comprovadas, ratifico e acolho, estendendo os efeitos sobre a legitimidade de dedução dos valores recolhidos, a título do IRRFonte, pertinentes aos meses de abril, maio e dezembro de 2001, posto que comprovados, como asseverado pela decisão “a quo”, fls. 1047 e 1048:

“34. Acrescente-se que a consideração do IRRFonte no valor da exigência, nos termos em que admitido no Acórdão 101-94.986, de 2005, revela-se possível no presente processo uma vez que, com a exclusão da despesa indevida, resultou imposto de renda a pagar superior à retenção comprovada e, além disso, a autuação refere-se ao ano-calendário 2001 para o qual ainda não vigia a legislação que instituiu a Declaração de Compensação.”

Por todas as razões acima aduzidas, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, sou por dar provimento ao recurso voluntário, inclusive referente ao IRRFonte recolhido em 2001, para dedução do IRPJ lançado.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2010


Orlando José Gonçalves Bueno



Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo – Redator Designado.

Em que pese os valiosos argumentos apresentados pelo ilustre relator, peço *vênia* para discordar do seu entendimento em relação ao mérito do litígio.

De acordo com o resultado da votação, em relação ao recurso de ofício, pelo voto de qualidade, foi dado provimento quanto à matéria compensação do IRR Fonte e, por unanimidade, foi negado provimento em relação à decadência do ano-calendário de 2000. Já em relação ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, foram rejeitadas as preliminares suscitadas, de decadência do ano-calendário de 2001, e de cerceamento ao direito de defesa e, quanto ao mérito, pelo voto de qualidade, foi negado provimento ao recurso.

Assim, restaram duas matérias, vencidas pelo voto de qualidade, a serem enfrentadas por este redator designado: i) compensação do IRR Fonte retido dos beneficiários dos rendimentos de debêntures com o IRPJ lançado na autuação; e ii) dedutibilidade das despesas com remuneração de debêntures.

Primeiramente, passemos à análise da dedutibilidade das despesas com a remuneração de debêntures.

Como explicado no relatório do voto vencido, a empresa autuada era, à época da negociação, uma sociedade por ações de capital fechado e as debêntures por ela emitidas foram adquiridas exclusivamente pelos seus acionistas. A forma da remuneração dessas debêntures deveria se dar com até 70% do lucro da companhia.

O litígio se formou em virtude da constatação pela fiscalização de que essa emissão não se deu de forma usual e normalmente praticada para esse tipo de transação.

Quanto à forma usual de remuneração das debêntures, transcrevo trecho dos fundamentos utilizados no acórdão recorrido, em especial a menção feita pelo consagrado mestre Modesto Carvalhosa, em sua obra Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, a qual adoto também como minha fundamentação:

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

“Lei n. 6.404, de 1976

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

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

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

Fica então reafirmado o princípio da onerosidade e comercialidade da debênture, que não poderá deixar de oferecer

 25

vantagem pecuniária, compativelmente remuneratória do capital mutuado.

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

Juros como remuneração necessária

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

Participação nos lucros não é substitutiva dos juros, mas adicional

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

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

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

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

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

o tomador ao não-recebimento de remuneração nos exercícios em que não houvesse lucros.

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

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

Críticas à participação nos lucros

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

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

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

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

.....

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

(destaquei)

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

De acordo com o texto acima transcrito, ficou claro que a operação executada pela autuada na emissão de suas debêntures, não pode ser considerado usual nem normal.

Por primeiro, porque a sua remuneração ficou atrelada unicamente nos lucros da empresa, em percentual elevado, de até 70%, quando o normal e usual para esse tipo de operação é que sejam pagos juros fixos, podendo ser oferecido, como atrativo para colocação do título de crédito, apenas uma vantagem adicional, *um algo a mais*, baseada no lucro da empresa, cujo percentual, em regra, jamais chegaria a 70% do lucro.

Em segundo lugar, porque foi oferecida e subscrita por um número limitado de pessoas, exclusivamente aos sócios da empresa, num típico ato de liberalidade, quando o normal e usual é que esse tipo de operação, é que as debêntures sejam oferecidas ao público em geral.

A emissão de debêntures prevendo a remuneração de terceiros debenturistas exclusivamente com participação no percentual de até 70% *não é usual*. A produção de tamanhos lucros para terceiros é estranha aos objetivos sociais da empresa – a não ser que esses terceiros sejam os detentores do capital da empresa, quando não estariam abrindo mão de coisa alguma, já que tudo lhes pertence. Isso significa que a sociedade empresarial e os debenturistas optaram por uma recompensa ao capital emprestado *diferente da forma usual* de remuneração da espécie de operação.

Ora, para ser considerada uma despesa operacional e admitida como dedutível da base de cálculo do IRPJ a despesa deverá ser usual ou normal para o tipo de operação. Não há como respaldar a dedutibilidade de uma despesa caracterizada pela liberalidade da empresa ao remunerar debêntures, subscritas exclusivamente por seus acionistas, com até 70% dos lucros.

Portanto, não atendidos os critérios de usualidade e normalidade ao tipo de transação previstos no art. 299 do RIR/99, não resta outra alternativa senão glosar referida despesa.

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). (grifei)

Em relação ao aproveitamento do IRRFonte, retido por ocasião do pagamento da remuneração das debêntures aos seus beneficiários (acionistas), para fins de compensação/dedução do IRPJ exigido na autuação, entendo por discordar da posição adotada pelo acórdão recorrido.

Em primeiro lugar, porque essa compensação/dedução carece de qualquer fundamento legal. E veja-se, que nesse ponto, o acórdão recorrido não apresentou qualquer base legal que justificasse a dedução do IRPJ lançado.

E o fundamento legal para essa compensação não existe, porque se estaria deduzindo do imposto de renda da pessoa jurídica-IRPJ devido pela autuada, um imposto de renda na fonte-IRRFont que incidiu sobre rendimentos de terceiros, no caso os beneficiários da remuneração das debêntures, que são os sócios, o que, como já dito, carece de qualquer fundamento legal.

No caso em tela, em que ocorreu a indedutibilidade da despesa com a remuneração das debêntures emitidas, o imposto de renda é exigido da autuada na condição de "contribuinte" do IRPJ. Já no caso da retenção do imposto de renda na fonte-IRRFonte, a autuada atua como "responsável" por essa retenção, uma vez que os contribuintes são os sócios beneficiários dos rendimentos das debêntures. Assim, não há como efetuar a dedução do IRPJ de um contribuinte (autuado) utilizando-se do IRRFon pertencente à outro contribuinte (sócios).

Além disso, o próprio Acórdão nº 101-94.986, sessão de 19/05/2005, do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, que foi utilizado para fundamentar parte da decisão de primeira instância, também não possui fundamento legal amparando a pretendida compensação do IRR Fonte com o IRPJ do autuado, o que só vem a reforçar a impossibilidade dessa pretensão.

Por fim, ainda no que se refere à compensação do IRRFonte com o imposto a pagar, o artigo 231 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 19990), exige que a receita, correspondente ao IRRFonte que venha a ser deduzido, tenha sido computada no cálculo do lucro real, fato que obviamente não ocorreu no caso ora analisado:

"Art.231. Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor (Lei nº 9.430, de 1996, art. 22, §42):

I- dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os respectivos limites, bem assim o disposto no art. 543;

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

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

IV- do imposto pago na forma dos arts. 222 a 230. (grifei).

A respeito do reflexo na tributação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL da glosa da despesa com remuneração de debêntures, entendo que a matéria foi muito bem decidida pelo acórdão recorrido, de acordo com a seguinte transcrição, da qual também adoto:

"38. Referido resultado - ponto de partida para se chegar à base de cálculo tanto do IRPJ como da CSLL -, é apurado mediante a escrituração contábil, que deve observar postulados e princípios contábeis. Dispêndios efetuados por liberalidade não podem ser contabilizados como despesas, sob pena de ser apurado resultado incompatível com a realidade dos fatos. Ademais, pelo Princípio da Entidade, uma despesa que não é necessária à empresa não deveria sequer estar na sua contabilidade.

39. Como as despesas glosadas no Auto de Infração afetam o próprio resultado do exercício, conseqüentemente também alteram a base de cálculo da Contribuição Social, como definida no art. 2º da Lei 7.689, de 1988, com as alterações do art. 2º da Lei 8.034, de 1990.



40. Assim, não se tratando, no presente processo, de mera indedutibilidade material oriunda da legislação do IRPJ, cabível é a repercussão da glosa das despesas também para a CSLL. “

Em face do exposto, é de se manter integralmente a exigência do IRPJ e da CSLL formalizados no auto de infração, relativamente ao ano-calendário de 2001.


Carlos Alberto Donassolo





MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

PROCESSO: 13899.0013142006-16

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada nos despachos 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, 03 de setembro de 2010.

Maria Conceição de Sousa Rodrigues
Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____/____/____

Nome:
Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

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