



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 16327.002112/2005-75
Recurso nº 156.685 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS
Acórdão nº 101-97.083
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A
Recorrida 2ª TURMA – DRJ – BRASÍLIA - DF

IRPJ – DECADÊNCIA – CONTAGEM DE PRAZO – HOMOLOGAÇÃO –
De acordo com as normas contidas no CTN, nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, o que pressupõe o seu pagamento antecipado.

VARIAÇÃO CAMBIAL DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR – DEDUTIBILIDADE –
Tendo em vista as razões contidas na da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível nem receita tributável, indicando necessidade de lei expressa nesse sentido.

PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUÍDAS A DEBÊNTURES-
A remuneração das debêntures sob forma exclusiva de participação nos lucros, comprometendo 50% ou 80% dos mesmos, foge ao padrão de normalidade. Evidenciado que o objetivo e consequência única da operação foi a redução substancial da carga tributária, fica o fisco autorizado a considerar a operação como planejamento a ele inoponível, requalificar os fatos e glosar as despesas deduzidas a título de remuneração de debêntures.

GLOSA DE PREJUÍZOS FISCAIS - ANOS-CALENDÁRIO 2001 E 2003 –
Provada a existência de saldos compensáveis de prejuízos fiscais, deve ser cancelada a exigência fiscal que exigiu indevidamente o tributo desconsiderando o saldo de prejuízo passível de compensação.

AMORTIZAÇÃO SOBRE PRÊMIO DE DEBÊNTURES – GLOSA – O
valor de face das debêntures deve ser classificado em conta do Ativo Circulante ou do Realizável a Longo Prazo ou em conta do Ativo Permanente – Subgrupo Investimentos, enquanto que o valor do prêmio pago na sua aquisição deverá ser classificado no Ativo Permanente da Debenturista, Subgrupo Ativo Diferido, sendo dedutível a amortização dos valores correspondentes, por se tratarem de gastos necessários ao investimento.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS E DIVIDENDOS – USUFRUTO DE AÇÕES –
Não sofrem a incidência do IRPJ e da CSLL os ganhos decorrente

não é alterado o instituto jurídico previsto no artigo 10 da Lei nº 9.249/95 que exclui da base de cálculo dos tributos do beneficiário referidas rubricas.

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS - EXCLUSÕES INDEVIDAS -RECEITAS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USUFRUTO DE AÇÕES/QUOTAS DE CAPITAL ALIENADAS - A autuada, quando vendeu sua participação no capital social da investida para o adquirente, desfez-se da condição de sócio/acionista em relação às ações/quotas de capital alienadas, recebendo, em contrapartida, o valor de venda, mais o direito de usufruto temporário, como forma de integral pagamento equivalente ao valor econômico das quotas/ações vendidas. Isto significa que os rendimentos recebidos pela autuada (usufrutuária), em suma, constituem contrapartida pela alienação de sua participação no capital social. Sendo assim, tais valores auferidos são receitas de venda de sua participação até então no capital social e devem ser adicionadas para efeito de apuração do lucro real.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE – CSLL – PIS – COFINS

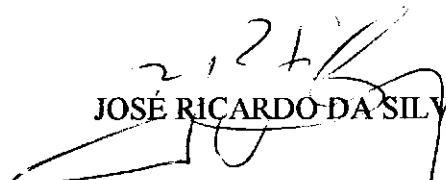
Em se tratando de exigências fundamentadas nas irregularidades apuradas em procedimento fiscal realizado na área do IRPJ, o decidido naquele lançamento é aplicável, no que couber, aos lançamentos consequentes na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da PRIMEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES: i) item 1 do auto de infração: por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da tributação a parcela referente a variação cambial; ii) item 2 do auto de infração: por maioria de votos manter a glosa da remuneração de debêntures, vencidos o conselheiro Jose Ricardo da Silva (Relator), Valmir Sandri e Alexandre Fonte Filho, que cancelavam esta glosa; designada a conselheira Sandra Faroni para redigir o voto vencedor nesta parte. iii) Item 3 do auto de infração: por unanimidade de votos cancelar a glosa da compensação de prejuízos, em face da decisão desta Câmara no Recurso 155817, Processo: 16327.002113/2005-10, cujo lançamento foi cancelado; iv) No que tange ao itens 4 e 8 do auto de infração: por unanimidade de votos, cancelar a matéria tributada; v) No item 5 do auto de infração: por maioria de votos, cancelar a matéria tributada - glosa de despesas debêntures - vencido o conselheiro Antonio Praga, que negava provimento neste item; a conselheira Sandra apresenta declaração de voto. vi) Quanto ao item 6 do Auto de Infração: por unanimidade de votos, excluir a matéria da tributação. vii) No que tange ao item 7 do auto de infração, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso nesta parte, para excluir da tributação a exigência do ano-calendário de 1999, em face da decadência e, nos demais períodos, a) manter a exigência do IRPJ, b) cancelar a exigência da CSLL no ano de 2000 e, nos demais excluir da tributação da CSLL a variação cambial; c) cancelar as exigências da COFINS, d) cancelar as exigências do PIS até o mês de novembro de 2002. viii) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso quanto as demais alegações da peça recursal. Designada a conselheira Sandra Faroni para redigir o voto vencedor, quanto aos itens em que o relator ficou vencido. O conselheiro João Carlos Lima Junior necessitou se ausentar durante o julgamento, sendo que seus votos proferidos no início

do julgamento, não foram computado, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA - Presidente


JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator


SANDRA MARIA FARONI - Redatora Designada

Editado em:

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Praga (Presidente), Sandra Maria Faroni, José Sérgio Gomes (Suplente convocado), Caio Marcos Cândido, João Carlos de Lima Júnior, Valmir Sandri, José Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A, já qualificada nos presentes autos, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls. 1740/1783), contra o Acórdão nº 18.351, de 30/08/2006 (fls. 1665/1708), proferido pela colenda 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Brasília - DF, que julgou procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infração de IRPJ, fls. 1465; PIS, fls. 1474; COFINS, fls. 1478 e CSLL, fls. 1486.

A exigência fiscal foi constituída em decorrência da constatação das seguintes irregularidades fiscais:

1 - RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL APURADA A TRIBUTAR NOS ANOS-CALENDÁRIO 2002 E 2003, EM FACE DE INVESTIMENTO PERMANENTE NO EXTERIOR (VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA) - Descrição dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal às fls. 1521/1522, o qual é parte integrante do lançamento fiscal (Fundamentos legais: RIR/99, arts. 249, I e II; 251 e § único; 384; 385; 387; 389 e 434, e IN SRF nº 213, art. 7º);

2 - PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUÍDAS A DEBÊNTURES/INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS, NO ANO-CALENDÁRIO 2003 - Descrição dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante do





lançamento fiscal (Fundamentação legal: RIR/99, arts. 247, 249-I, e 462/3, I);

3 - GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE NOS ANOS-CALENDÁRIO 2001 E 2003, PELA INEXISTÊNCIA PREJUÍZOS A COMPENSAR OU SALDO INSUFICIENTE, EM DECORRÊNCIA DE AJUSTES - INFRAÇÕES LANÇADAS QUANTO AOS PERÍODOS-BASE 1999 A 2003 - Descrição dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante do lançamento fiscal (Fundamento legal: RIR/99, arts. 247, 250-III, 251-§ único, 509 e 510);

4 - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR, ANOS-CALENDÁRIO 2000 E 2002 (ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA EM CONTROLADA NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO FICTA DOS LUCROS ACUMULADOS) - Descrição dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante do lançamento fiscal (Fundamentação legal: Lei nº 9.249/95, art. 25, §§ 2º e 3º; Lei nº 9.430/96, art. 16; RIR/99, arts. 249, II, e 394; MP nº 1.924/99, art. 3º, e reedições convalidadas pela Lei nº 9.959/00, e Lei nº 9.959/00, art. 3º; IN 38/96, art. 2º, § 9º; Lei nº 9.532/97, art. 1º, 2, b, item 4; e RIR/99, arts. 249, § único, I e II);

5 - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL, ANOS-CALENDÁRIO 1999 A 2003. AMORTIZAÇÃO DE PRÊMIO DE DEBÊNTURES (Fundamento legal: RIR/99, art. 249);

6 - EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - EXCLUSÕES INDEVIDAS. RECEITAS DECORRENTE DE USUFRUTO DE AÇÕES/QUOTAS DE CAPITAL ALIENADAS. Anos-calendário: 2001 (Fundamento legal: RIR/99, art. 250, I);

7 - ADIÇÕES - PREÇO DE TRANSFERÊNCIA - NÃO ADIÇÃO PARCELA DE JUROS E VARIAÇÕES CAMBIAIS PAGOS A CONTROLADAS NO EXTERIOR - PAÍS C/TRIBUT FAVOREC -Anos- calendário 1999 a 2003 (Fundamento legal: RIR/99, art. 245; Lei nº 9.532/97, art. 1º, c; e RIR/99, arts. 244, 245, 247, 248, 249, 299 e 300);

8 - INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE ESCRITURAÇÃO A PARTIR DO AC 97 - POSTERGAÇÃO DE RECEITAS: ANO-CALENDÁRIO 2000 - Descrição dos fatos constante do Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante do lançamento fiscal (Fundamentação legal: RIR/99, arts. 248, 249, II, 251, 273, 274, 843 e 957, § único, II).

Irresignada com o lançamento fiscal, a contribuinte apresentou tempestiva impugnação (fls. 1551/1596), na qual expõe os seguintes argumentos:

JF
4

Infração 1 – INVESTIMENTOS PERMANENTES NO EXTERIOR. RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS NO EXTERIOR AVALIADOS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL - (ANOS-CALENDÁRIOS 2002 E 2003): que o Fisco tributou o resultado positivo com equivalência patrimonial relativa à participação da autuada em coligadas no exterior (PSI e Village), mas, conforme o item 1.18 do Termo de Verificação Fiscal, dúvida não há quanto à existência de prejuízos contábeis nos anos-base 2002 e 2003; que não procede a exigência porque não são tributáveis os resultados de equivalência patrimonial de participações societárias havidas no exterior (Lei nº 9.249/1995, art. 25, § 6º). Além disso, nos referidos períodos-base os resultados decorreram unicamente de variação cambial positiva; que a tributação, no caso, baseia-se exclusivamente na IN SRF nº 213/2002, a qual contraria a já citada Lei nº 9.249/95 e, por isso, a exigência não pode prevalecer! Que a lógica de não se tributar a equivalência patrimonial, acertadamente confirmada pelo art. 25, § 6º, da Lei nº 9.249/1995, está no fato de que a atual legislação tributa apenas os lucros da controlada ou coligada no exterior; que, se fosse considerado o resultado da equivalência patrimonial como quer a autuante, a tributação recairia sobre valor maior do que o devido, uma vez que neste estará incluída a variação cambial do investimento; que inexistente norma fiscal que obrigue a pessoa jurídica investidora a reconhecer a variação cambial de investimentos em controlada ou coligada no exterior; que, em qualquer caso, a variação cambial do investimento, embutida na equivalência ou contabilizada à parte, não é tributada, por absoluta inexistência de previsão legal; que isso já foi reconhecido pela própria SRF, conforme Solução de Consulta nº 55/2003 da SRRF da 9ª Região Fiscal (DOU de 08.05.2003) e Solução de Consulta 54/2003 (DOU de 08.05.2003); que, recentemente, houve tentativa frustrada de tributar a variação cambial de investimentos no exterior pela MP 232, de 30/12/2004 (art. 9º), uma vez que o citado dispositivo foi expressamente revogado pelo art. 4º, I, da MP nº 243, de 31/03/2005; que o Primeiro Conselho de Contribuintes já decidiu que a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível nem receita tributável, por falta de lei expressa nesse sentido (Acórdão 101-94747/2004); que, por fim, o resultado com equivalência patrimonial de investimento não é tributado, por expressa disposição da Lei nº 9.249 (art. 25, § 6º) e, de outro lado, não há norma que determine a tributação da variação cambial de investimento no exterior.

Infração 2 - PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUÍDAS A DEBÊNTURES (ANO-CALENDÁRIO 2003): que inexistente razão para a descaracterização das debêntures, muito menos para modificar-lhes a natureza e concluir que as debêntures emitidas pela autuada não são debêntures, e sim partes beneficiárias; que discorda do Fisco, pois, em relação às



debêntures, o fato da não fixação de juros (e sim remuneração com base no lucro) não as descaracteriza, para serem tidas como "partes beneficiárias"; que em face do art. 56 da Lei nº 6.404/76 não se exige a fixação de juros para remuneração da debênture; que a descaracterização das debêntures para "partes beneficiárias" pelo Fisco implicou a necessidade de adição dos lucros que haviam sido distribuídos para remuneração das debêntures na apuração do lucro real (glosa da dedução), ou seja, os valores dos lucros distribuídos passaram a ser indedutíveis para efeito de apuração do lucro real (RIR/99, art. 463); que, porém, a dedutibilidade das participações atribuídas às debêntures é assegurada expressamente por outro dispositivo do mesmo diploma legal (RIR/99, art. 462, I); que- não obstante a descaracterização das debêntures (que segundo o Fisco seriam Partes Beneficiárias) – consta como enquadramento legal, impropriamente, os arts. 462/3, I, do RIR/99; que se o Fisco "considerou" as debêntures como Partes Beneficiárias, bastava citar o art. 463, porém citou também o art. 462, que assegura a dedutibilidade das participações atribuídas a debêntures; que, por conseguinte, a infração está com enquadramento legal equivocado.

Infração 3 - GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE – SALDOS DE PREJUÍZOS INSUFICIENTES (ANOS-CALENDÁRIO 2001 E 2003): *que as irregularidades (infrações) apontadas (objeto do lançamento destes autos) implicaram em compensação nos anos-calendário 1999 e 2000 de todos os prejuízos fiscais acumulados até 1999 (fls. 1192 a 1445); que, por conseguinte, as compensações de prejuízos fiscais efetuadas nos anos-calendário 2001 e 2002 – que já haviam sido informadas nas DIPJ dos exercícios 2002 e 2003 e Lahr (fls. 353 a 424) – foram consideradas indevidas, por falta de prejuízo fiscal a compensar; que, não obstante, como ficará demonstrado, as exigências do Fisco importam em excesso, donde, uma vez afastados os valores pretendidos, haverá o restabelecimento dos prejuízos, pelo afastamento das glosas.*

Infrações 4 e 8 – ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - ANOS-CALENDÁRIO 2000 E 2002 *(refere-se à participação na Primo Schincariol Internacional –PSI) e INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE ESCRITURAÇÃO A PARTIR DO AC 97 POSTERGAÇÃO DE RECEITAS - ANO-CALENDÁRIO 2000: que o Fisco entendeu que, nos anos-calendário 2000 e 2002, a transferência de quotas da empresa PRIMO SCHINCARIOL INTERNACIONAL INC (PSI), pela atuada, para outras empresas (SPR, em 2000; GEOFINANCE, em 2002) dera ensejo à disponibilização de lucros acumulados na investida no exterior para a investidora no Brasil. E, por isso, deveria sobrevir a tributação; 1 - que o Fisco considerou, conforme subitem 2.1 do Termo de Verificação Fiscal, que a cessão gratuita de quotas (da atuada para a SPR – outra sócia da PSI, em 16/02/2000) configurou disponibilização parcial de*

6

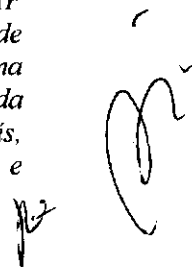
lucros dos períodos de 1996 a 1999 da investida no exterior para a investidora no Brasil; 2 - quanto à exigência relativa ao ano-calendário 2002, de acordo com o subitem 2.3.2 do mesmo Termo de Verificação Fiscal, o Fisco considerou que a venda de 54% das quotas da PSI, da autuada para a empresa GEOFINANCE, implicou disponibilização de lucros da investida no exterior para a investidora no Brasil; que as citadas transferências cessão de quotas - foi tão-somente para corrigir erro (que não houve de fato transferência de quotas). Vale dizer: a autuada sempre teve tão-somente 13,784% das quotas da PSI, porém no instrumento de aumento de capital da PSI acabou por constar, indevidamente, que a autuada teria um percentual de 82,216% das quotas da PSI. Detectado o erro, tempos após, única forma de corrigi-lo foi pelo instrumento de cessão, dado o fato de que em Portugal se apresenta impossível a retificação pelo mesmo modo pelo qual se deu a constituição, com efeito retroativo; que, em verdade, jamais houve disponibilização, ou seja, o lucro jamais pertenceu à autuada; que, anteriormente à MP nº 2.158-34/2001, o diploma legal que regulava a matéria em tela e, especialmente, definia o critério de disponibilização dos lucros auferidos no exterior como fato gerador do tributo é a Lei nº 9.532/1997 (art. 1º), com alterações da Lei nº 9.959/2000; que importa observar que as regras da Lei nº 9.532/97 estão incorporadas ao art. 394 do RIR/99 (§§ 2º e 4º) e o Fisco cita, expressamente, este dispositivo do RIR/99 em sua fundamentação; que, não obstante, o Fisco adota critério não previsto na lei para considerar disponibilizado o lucro, qual seja, o da transferência de quotas de capital, e o faz, certamente, levando em conta dispositivo ilegal de Instrução Normativa SRF nº 38/1996 (art. 2º, § 9º), quanto ao fato gerador do ano-calendário 2000, e a IN SRF nº 213/2002 (art. 2º, § 6º), quanto ao fato gerador do ano-calendário 2002; que - como já declinado - os eventos legalmente definidos como disponibilização de lucros auferidos no exterior (fato gerador do tributo) constam expressamente da Lei nº 9.532/97 (art. 1º), com alterações da Lei nº 9.959/2000 e estão incorporados ao art. 394 do RIR/99; que, entre esses diplomas legais, não figura a transferência de quotas. Por isso, as exigências com base nessas IN é absolutamente ilegal, uma vez que extrapola os termos definidos na lei, criando, sem autorização legal, hipótese que desta não consta. Por fim, ainda cita entendimentos doutrinários que execram a aplicação do art. 2º, § 9º, da Instrução Normativa SRF nº 38/96; que a impugnante lembra a existência de falha cometida pelo Fisco no enquadramento legal, vale dizer: a IN SRF 38/96, além de ilegal, não poderia, ademais, ser por ele utilizada como fundamento para a autuação relativa ao fato gerador 31/12/2002, porque fora revogada, a partir de 08/10/2002, pela IN SRF nº 213, de 07/10/2002; que, apenas para argumentar, cabe ainda observar que, mesmo se considerada a alienação de quotas pela autuada e que a alienação fosse fato gerador do imposto, ainda assim restaria a discussão sobre o Acordo entre Brasil e Portugal para evitar a bitributação; que, por fim, estão sendo tributados lucros inexistentes, conforme balanços às fls. 1613/1618; que a

75

variação no percentual de participação da atuada no capital da PSI não é tributável (RIR/99, art. 428).

Infração 5 – ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – AMORTIZAÇÃO DE PRÊMIO DE DEBÊNTURES (ANOS-CALENDÁRIO 1999 A 2003): que o autuante glosou as amortizações relativas a prêmio de debênture, e o fez alegando inexistência de autorização legal para dedução dessa despesa, declarando, inclusive, que tal despesa de amortização do prêmio como sendo “inusual, anormal e desnecessária”; que o Fisco, no Termo de Verificação Fiscal, concluiu que as debêntures constituem um título de crédito cujo custo de aquisição deve ser registrado no Ativo Realizável de Longo Prazo. Ainda, segundo o autuante, a empresa estaria equivocada ao classificar as debêntures - que adquiriu - parte no Realizável (o valor de face) e parte no Ativo Diferido (o valor do prêmio de emissão a ser amortizado); que preliminarmente, mesmo que fosse legítima a pretensão deduzida pelo Fisco neste tópico, a decadência já teria ocorrido em relação ao ano-calendário 1999, em face da ciência do lançamento fiscal ter ocorrido somente em 19/12/2005; que a decadência deve ser reconhecida, aplicando-se o prazo do art. 150, § 4º, do CTN, pois o IRPJ é um tributo sujeito à lançamento por homologação; que, em relação ao suposto impedimento legal à dedução dos valores, o Fisco concluiu que não havia dispositivo no RIR/99 que autorizasse a amortização do prêmio, o qual somente poderia ocorrer por ocasião do resgate; que, não obstante, a atuada procedeu estritamente em obediência aos ditames legais, em particular, do art. 179, V, da Lei nº 6.404/76 (sob o aspecto contábil do registro no Ativo Diferido) e dos arts. 324 e 325 do RIR/99 (quanto à dedutibilidade da amortização); que quaisquer aplicações de recursos em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um exercício social devem ser registrados no Ativo Diferido, inclusive prêmios de debêntures; que foi precisamente essa a conclusão a que chegou a própria SRF na Solução de Consulta nº 266/2001, da 7ª Região Fiscal; que fica, assim, caracterizado - à toda evidência - o acerto da impugnante ao classificar o valor do prêmio em conta do Ativo Diferido; que o Auditor-Fiscal não levou em conta o caráter exemplificativo das alíneas dos incisos I e II do art. 325 do RIR/99; que, por conseguinte, a impugnante discorda das glosas efetuadas neste item e, assim, protesta pela total exclusão da exigência a este título.

Infração 6 – EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA CSLL – EXCLUSÕES INDEVIDAS (ANO-CALENDÁRIO 2001): que a atuada vendera para PSI, em Portugal (Ilha da Madeira), a sua participação societária no capital da SAP situada no País, reservando, temporariamente, o direito de usufruto dos lucros futuros que a segunda gerasse; que, na relação jurídica em comento, a prestação a que faz jus a atuada recaí sobre dividendos de lucros produzidos pela SAP no País, irrelevante a forma de registro contábil adotada na investida e



na investidora, e que os valores recebidos manterão, sempre, a natureza de lucros, e como tal deverão ser tratados para efeito tributário, ou seja, não estão sujeitos à incidência seja do imposto de renda, seja de qualquer outra contribuição; que não há outra conclusão a extrair senão que a forma adotada pela fiscalizada ao registrar os dividendos como isentos do IRPJ, recebidos da SAP como receita de lucros e sua exclusão do lucro líquido na determinação do lucro real, está de pleno acordo com o ordenamento jurídico-tributário pátrio; que, em relação à natureza dos rendimentos decorrentes do exercício do usufruto de ações/quotas de capital para efeito tributário, deve-se inicialmente desfazer a seguinte confusão do Fisco: não se pode confundir cessão do direito de usufruto (direito real) com mera cessão do exercício do direito de usufruto (direito obrigacional): no primeiro momento estão ligados nu-proprietário e o usufrutuário e, no segundo momento, o usufrutuário e aqueles que propiciam o resultado do uso ou fruto, sem interferência direta do proprietário. Que não há usufruto sem propriedade, enquanto esta se apresenta nua porque todos os direitos que lhes são próprios a outrem são transferidos, para uso e gozo com as mesmas qualidades e atribuições. Veja-se, por exemplo, que o direito a voto, nas assembléias de acionistas só pode ser exercido pelo sócio com autorização do usufrutuário. Que resta claro que o dividendo, recebido pelo usufrutuário, continua dividendo. Que o usufruto, por transferir os mesmos direitos ao usufrutuário que o proprietário tinha quanto aos dividendos, não descaracteriza a natureza do rendimento. Portanto, o dividendo recebido pelo usufrutuário não perde a sua característica porque não pago ao nu-proprietário. Era dividendo e dividendo continua; que a redação do art. 10 da Lei nº 9.249/95 não deixa dúvida sobre o direito à não tributação dos dividendos recebidos.

Infração 7 – ADIÇÕES “PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA” (JUROS E VARIAÇÕES CAMBIAIS). ANOS-CALENDÁRIO 1999 A 2003: que, mesmo que fosse possível ou legítima a pretensão deduzida, a decadência do direito de lançar com relação ao ano 1999, em 19/12/2005, tem que ser reconhecida; que houve indevida atribuição de valores a título de juros; que o agente do Fisco considerou valores equivocados a título de juros, em alguns casos, até dissociados dos registros da impugnante, o que inclusive tornou bastante árdua a tarefa de entender os cálculos; que o fato, contudo, é que os valores que deveriam ter sido considerados pelo Fisco são os que constam do quadro constante da impugnação à fl. 1591, os quais deram lastro às adições efetivamente devidas, todas já efetuadas pela autuada nas épocas próprias, conforme cópia LAIUR às fls. 1626/1629; que relativamente ao ano-calendário 2003 nada foi adicionado pela autuada a título de juros em análise por uma razão muito simples: a existência de prejuízo na PSI, conforme balanço à fls. 1630/1631, porém este fato não foi levado em conta pela autuante, conforme Termo de Verificação Fiscal no quadro XXIX; que o mencionado prejuízo, por óbvio, afasta a obrigatoriedade de adição naquele ano 2003, uma vez que a



exigência legal é relativa, tão-somente, à hipótese de existência de lucros não disponibilizados por coligada ou controlada; que, por conseguinte, está cabalmente demonstrada a improcedência do lançamento no pertinente aos juros; que a exigência a título de variação cambial também não pode ser mantida, por flagrante ilegalidade; que o art. 3º, § 3º, da Lei nº 9.532/97 impede apenas a dedução dos juros de mútuo, e não da variação cambial; que, destarte, a lei não cogita de indedutibilidade da variação cambial; que é estranho que o agente do Fisco não faça distinção entre juros e variação cambial no Termo de Verificação Fiscal; que a lei proibiu, apenas, a dedução de juros pela empresa situada no País, em relação a empréstimos recebidos de coligada ou controlada no exterior que tenha lucros a serem distribuídos à empresa situada no Brasil. Nunca a variação cambial! Que o Fisco pretende justificar a glosa da variação cambial com a estranha tese de “despesa desnecessária, evitável”. O fato é que uma variação cambial, ativa ou passiva, nunca é desnecessária ou evitável; que, se tivesse o agente do Fisco comprovado a inexistência do mútuo (a inverdade do empréstimo), cairia no vazio o registro contábil da autuada. Mas ele não o fez, e, assim, prevalece a escrituração da empresa. O impugnante citou precedentes jurisprudências do Conselho de Contribuintes quanto à dedutibilidade de variações monetárias passivas e concluiu, por analogia, que o mesmo entendimento deve ser aplicado à variação cambial, a qual é espécie do gênero variação monetária passiva.

A Colenda Turma de Julgamento de primeira instância decidiu pela manutenção parcial da exigência tributária, conforme acórdão citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1999, 31/12/2000, 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2003

IRPJ E REFLEXOS (CSLL, PIS, COFINS). PRELIMINAR. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA:

I - Quanto ao Imposto de Renda, nos lançamentos de ofício com base no art. 149, o termo a quo - para contagem do prazo decadencial de cinco anos - é do inciso I do artigo 173, ambos dispositivos do CTN;

II - Quanto às contribuições para a seguridade social (COFINS, PIS e CSLL), o prazo de decadência é de dez anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento poderia ter sido efetuado (Lei nº 8.212/91, art. 45).

IRPJ E REFLEXOS (CSLL, PIS, COFINS). PRELIMINAR. ENQUADRAMENTO LEGAL ERRÔNEO OU INCOMPLETO

DA INFRAÇÃO. ADEQUADA DESCRIÇÃO DOS FATOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA - O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NO EXTERIOR PELA INVESTIDORA SITUADA NO BRASIL. DISPONIBILIZAÇÃO FICTA DOS LUCROS ACUMULADOS PELA INVESTIDA NO EXTERIOR - Efetivada a alienação da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros acumulados pela investida ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil (Lei nº 9.532/97, art. 1º, § 2º, b, item 4).

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE ESCRITURAÇÃO A PARTIR DO AC 97 - POSTERGAÇÃO DE RECEITAS - Configurada a postergação dos lucros auferidos no exterior - pela inobservância do regime de escrituração -, é cabível o lançamento de multa de ofício isolada e dos juros de mora isolados, sobre o imposto de renda postergado e pago sem acréscimos legais.

INVESTIMENTOS PERMANENTES NO EXTERIOR. RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS NO EXTERIOR AVALLADOS PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. ADIÇÃO - Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial de investimentos no exterior, não tributados no transcorrer do Ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do Ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLI da investidora situada no País (IN SRF nº 273/02, art. 7º, § 1º).

EXCLUSÕES/COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS - EXCLUSÕES INDEVIDAS -RECEITAS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE USUFRUTO DE AÇÕES/QUOTAS DE CAPITAL ALIENADAS - A autuada, quando vendeu sua participação no capital social da investida para o adquirente, desfez-se da condição de sócio/acionista em relação às ações/quotas de capital alienadas, recebendo, em contrapartida, o valor de venda, mais o direito de usufruto temporário, como forma de integral pagamento equivalente ao valor econômico das quotas/ações vendidas. Isto significa que os rendimentos recebidos pela autuada (usufrutuária), em suma, constituem contrapartida pela alienação de sua participação no

capital social. Sendo assim, tais valores auferidos são receitas de venda de sua participação até então no capital social e devem ser adicionadas para efeito de apuração do lucro real.

MÚTUO CONTRAÍDO PELA INVESTIDORA NO BRASIL JUNTO À INVESTIDA NO EXTERIOR. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA - ADIÇÃO DAS PARCELAS DE JUROS E VARIAÇÕES CAMBIAIS PAGOS À CONTROLADA NO EXTERIOR - PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. DESPESAS INDEDUTÍVEIS - Os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada no exterior, possuir lucros acumulados ou reservas de lucros. Nesta hipótese, não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as despesas de variação cambial e dos juros, pagos ou creditados, incidentes sobre o valor equivalente aos lucros não disponibilizados pela investida, por serem desnecessárias.

EMIÇÃO DE DEBÊNTURES PELA AUTUADA. REMUNERAÇÃO DOS TÍTULOS EXCLUSIVAMENTE COM BASE NOS LUCROS FUTUROS DA EMITENTE. FALTA DE REQUISITOS LEGAIS. DESPESA INDEDUTÍVEL. GLOSA E ADIÇÃO NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - As debêntures emitidas sem observância dos requisitos legais, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para efeito do artigo 462, I, do RIR/99. Sendo assim, serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídos a partes beneficiárias de sua emissão e a de seus administradores (RIR/99, art. 463).

AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES EMITIDAS POR EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA AUTUADA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO (PRÊMIO). DESPESA DESNECESSÁRIA, INUSUAL E ANORMAL - GLOSA E ADIÇÃO NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - A aquisição de debêntures de emissão de empresa do mesmo grupo econômico da autuada (tanto o valor de face, quando do valor do prêmio/ágio) deve ser escriturada no ativo realizável a longo prazo, quando a operação de compra é inusual, anormal e desnecessária para a exploração de seu objeto social, estando, por conseguinte, subsumida no art. 179, II, da Lei nº 4.404/76. Sendo assim, a despesa de amortização do prêmio/ágio é inusual, anormal e desnecessária, pois não se enquadra nas disposições dos arts. 299, 324 e 325 do RIR/99, sendo, destarte, despesa indedutível.

GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE PELA INEXISTÊNCIA PREJUÍZOS A COMPENSAR OU SALDO INSUFICIENTE, EM DECORRÊNCIA DE AJUSTES - INFRAÇÕES LANÇADAS DE PERÍODOS ANTERIORES - Mantidas todas as infrações imputadas, mantém-se a glosa dos prejuízos compensados indevidamente.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC. COFINS E PIS - LEI Nº 9.718/98 - ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete à autoridade julgadora, na órbita administrativa, conhecer da arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, pois tais matérias estão afetas exclusivamente ao Poder Judiciário, em face do princípio da Unidade de Jurisdição.

LANÇAMENTOS DECORRENTES: CSLL, PIS e COFINS - O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos reflexos, quando inexistir razão de ordem jurídica para lhes conferir julgamento diverso, uma vez que estes compartilham com aquele o mesmo fundamento factual.

Lançamento Procedente

Ciente da decisão de primeira instância em 06/10/2006 (fls. 1712) e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 06/11/2006 (fls. 1713), onde apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

Equivalência patrimonial (item 01)

- a) que nem a resposta da SRRF 9ª RF, quanto a não tributação da variação cambial decorrente da avaliação pelo método da equivalência patrimonial de investimentos no exterior em coligadas, controladas, filiais e sucursais, serviu ao julgador. O fundamento: as decisões só valiam à 9ª RF, não servindo aos contribuintes estabelecidos na 8ª não servindo aos contribuintes estabelecidos na 8ª;
- b) que, na impugnação, alegou a recorrente que o Fisco tributava a equivalência patrimonial relativa à participação da autuada em coligadas no exterior (PSI e Village). Afirmou que, conforme o item 1.18 do Termo de Verificação Fiscal, dúvida não havia quanto à existência de prejuízos contábeis nos anos-base de 2002 e 2003;
- c) que a pretensão, como afirmado, não tinha fundamento na Lei 9.249/95, mas tão só na IN SRF n. 213/2002;
- d) que o julgador afirmou que, na República Federativa do Brasil, haveria leis que valem segundo regiões geográficas, o que não deixa de contrariar todo o sistema tributário nacional. Puro absurdo. Teria feito melhor o julgador se nada tivesse escrito;

Participações não dedutíveis atribuídas a debêntures (item 02)

- e) que, afirmou na impugnação que o autuante havia concluído que a não fixação de juro (e sim de remuneração com base em lucro) para as debêntures caracterizava-as, por isso passando elas a se constituir em "Partes Beneficiárias";

- f) que o julgador não enfrentou uma só das razões postas na impugnação. O Fisco faz a acusação; abre-se o prazo para defesa impugnada à exaustão, combatendo o lançamento; vem o julgador e repete a acusação pondo fim à questão. Onde está a decisão que tem que ser fundamentada sob pena de nulidade? Não se estaria frente a um flagrante cerceamento ao direito de defesa? Por isso permanecem íntegras as razões de defesa;

Adições não computadas – Lucros auferidos no exterior (itens 4 e 8)

- g) que resta evidente o erro quanto ao período-base do lucro auferido e que ocorreu a decadência quando do lançamento (em 14/12/2005), quanto aos anos de 1996 e 1997;
- h) que, em relação ao acordo de não bitributação entre Brasil e Portugal, afirmou o julgador inexistir a possibilidade, a partir de 1996;
- i) que os valores apurados pelo Fisco são completamente diferentes dos resultados da empresa do exterior (PSI). Com relação à prova dos percentuais, esta se encontra nos autos. Cabe ao julgador analisá-la, pois produzidas a tempo certo.
- j) que ofereceu a empresa o valor que sempre considerou em sua escrita comercial e contábil (doc. 3 da impugnação), isto é: 54% do lucro gerado pela entrada de novo sócio. Veja que em momento algum o Fisco cuidou de enfrentar o tema, o que demonstra ter ignorado os documentos oficiais da própria empresa, os quais deveriam ter lhe servido de norte. Os números eleitos pelo auditor fiscal são frutos de ficção, nada mais. Tudo se apresenta muito confuso. Não cuidou o acusador de separar os diversos assuntos, tratando tudo como se fosse um único item;
- k) que a IN SRF 38/96 não poderia ser aplicada sobre fato gerador ocorrido em 31/12/2002, porque, em 08/10/2002, fora revogada pela IN SRF 213, de 07/10/2002;
- l) que, conforme subitem 2.1 do TVF, o autuante considerou que a cessão gratuita de quotas (da autuada para a também sócia SPR), em 16/02/2000, configurou disponibilização parcial de lucros dos períodos de 1996 a 1996, motivado pela transferência de quotas da controlada direta no exterior. Resta evidente, ainda, que estão presentes dois fatos importantíssimos a serem considerados: i) erro quanto ao período-base do lucro auferido; e ii) decadência, quando do lançamento (em 14/12/2005), quanto aos anos de 1996 e 1997;

Ações Não Computadas – Amortização de Prêmio de Debêntures (item 05)

- m) que a recorrente vendeu para a PSI em Portugal, a sua participação societária no capital social da SAP, reservando a vendedora, para si, o direito de usufruir lucros que a segunda gerar. Portanto, a prestação que faz jus a fiscalizada recai sobre dividendos de lucros produzidos pela

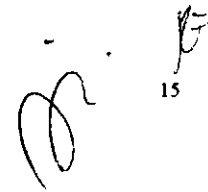
SAP no País, irrelevante a forma de registro contábil adotada, os valores recebidos manterão, sempre, a natureza de lucros, e como tal deverão ser tratados para efeito tributário, como não sujeitos à incidência seja do IRPJ, seja da CSLL;

Exclusões / Compensações Não Autorizadas na Apuração do Lucro Real e CSLL – Exclusões Indevidas (Item 06)

- n) que na relação jurídica em comento a prestação a que faz jus a fiscalizada recai sobre dividendos de lucros produzidos pela SAP no País, irrelevante a forma de registro contábil adotada, os valores recebidos manterão, sempre, a natureza de lucros;
- o) que a permissão de que outrem possa usufruir de um fruto é ato de concordância que envolve um direito; o usufruto que transmite o fruto e/ou uso, também é ato de permissão, envolvendo um direito. Nas duas situações o que se tem é alguém que possui a propriedade e os direitos de uso e fruição, destes últimos se despir em favor de outrem, por ato de vontade ou por disposição legal, de forma gratuita ou onerosa, por tempo certo ou indeterminado. não há distinção;
- p) que confunde o Fisco a cessão do usufruto com o recebimento de valores que resultam do usar e usufruir. No primeiro momento estão ligados o nu-proprietário e o usufrutuário, no segundo o usufrutuário e aqueles que propiciam o resultado do uso ou do fruto, sem interferência direta do proprietário;
- q) que deixa de considerar o Fisco que é a lei que estabelece não estar o lucro ou dividendo, tributado na geradora, sujeito a nova tributação, pouco importando quem seja o beneficiado. A conclusão do Fisco deve ser atribuída ao entendimento – fiscalista – de que ninguém pode receber valores que não sejam tributáveis, ignorando o princípio de que sem norma específica anterior, geral e abstrata, não há tributação;
- r) que não há outra conclusão a extrair senão que a forma adotada pela fiscalizada, ao registrar os dividendos recebidos da SAP como receita de lucros e ao excluir do lucro líquido, na determinação do lucro real, os mesmos valores, está de pleno acordo com o ordenamento jurídico;

ADIÇÕES: PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA (item 07) – Juros e variações cambiais

- s) que nega o Julgador não ter o Fisco segregado o que era despesa com juros da variação cambial, o que se encontraria às fls. 1523/1524 do TVF, afirmando que diante do mútuo firmado ambas mereciam ser glosadas;
- t) que, contra as decisões do Conselho de Contribuintes apontadas na impugnação, dando amparo à reclamação do contribuinte, envolvendo o tema variação monetária passiva, contenta-se o julgador em afirmar a sua não força vinculante, sendo que no caso sob exame a questão estava presa à desnecessidade;


15

- u) que o julgador deixou de enfrentar as razões da impugnação, o que transformou o seu ato em simplesmente homologatório das acusações;
- v) que ocorreu a decadência em relação ao ano de 1999, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado em 19/12/2005;
- w) que houve os seguintes erros no lançamento: 1) o Fisco não apontou os juros relativos a 1997 e 1998; 2) não procede o valor dos juros de 2001, de R\$ 12.197.177,50, sendo que o valor correto é de R\$ 1.053.202,03; 3) no ano de 2001, em virtude de repactuação dos juros de 3% para 1%, houve um estorno dos juros apurados no período de 1997 a 2001, no valor de R\$ 11.562.719,12, e uma nova apuração para o período de 1997 a 2000 no valor de R\$ 2.141.052,11; 4) que a fiscalização apurou incorretamente o valor em 2002, de R\$ 368.803,99, sendo que o valor correto é de R\$ 377.473,99; 5) que a fiscalização apurou incorretamente o valor em 2003 de R\$ 591.288,18, sendo que o correto é de R\$ 745.621,50; 6) que a fiscalização não adicionou o valor do ano de 1998, de R\$ 1.427.394,28; 7) que no ano de 2001, também em virtude de repactuação dos juros de 3% para 1%, houve uma exclusão de R\$ 6.634.890,18, relativo ao período de 1998 a 2000 e uma adição de R\$ 2.141.052,11; 8) que não foi adicionado o valor de R\$ 745.621,50 do ano de 2003, em virtude de a empresa apresentar prejuízo no ano-base;
- x) que a tributação dos lucros auferidos no exterior, anteriores a 01 de outubro de 1999 é totalmente ilegal. Aliás, foi o próprio Ato Declaratório n. 75 que determinou a incidência somente a partir de 01 de outubro de 1999, não podendo prevalecer a pretensão do Fisco em tributar os lucros de 1996 até setembro de 1999, o que, ademais, estaria atingido pela decadência.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro José Ricardo da Silva, Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

O presente voto segue a mesma sequência das matérias constantes do auto de infração.

ITEM 1 - RENDIMENTOS DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL – INVESTIMENTO PERMANENTE NO EXTERIOR (VARIAÇÃO CAMBIAL POSITIVA)

A acusação fiscal diz respeito ao ganho com equivalência patrimonial, nos anos-calendário 2002 e 2003, decorrente de participação no capital da PSI e da VILLAGE, apurados conforme demonstrativo constante do Termo de Verificação Fiscal às fls. 1521/1522.

A contribuinte teria deixado de oferecer à tributação – na apuração do lucro real dos anos-calendário 2002 e 2003 – o resultado positivo de equivalência patrimonial dos anos-calendário 2002 e 2003, decorrente de ajuste de investimento no exterior avaliado pelo método da equivalência patrimonial, infringido o disposto no art. 7º, §1º, da IN SRF nº 213/2002.

Na peça recursal a contribuinte argumenta que inexistente base legal para a incidência de IRPJ sobre os rendimentos de equivalência patrimonial em investimentos permanentes no exterior (participações societárias em controladas e coligadas no exterior), mormente quando esses ganhos decorrem exclusivamente de ajuste de variação cambial positiva.

No voto condutor da decisão recorrida, consta que inexistente a possibilidade de afastamento da aplicação da IN SRF nº 213/2002, uma vez que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (CTN art. 142, parágrafo único).

Esta matéria já foi objeto de apreciação por parte deste Colegiado em várias oportunidades, sendo cabível anotar o Acórdão nº 101-95.304, de 08 de dezembro de 2005, assim ementado:

VARIAÇÃO CAMBIAL – Tendo em vista as razões contidas na da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível nem receita tributável, indicando necessidade de lei expressa nesse sentido.



Do voto condutor do mencionado acórdão extraí-se os seguintes excertos:

Tendo em vista o que dispõe os incisos II e III do artigo 248 da Lei 6.404/76, sobre o valor do investimento, após a correção para manter a expressão do valor monetário (no caso, atualização cambial) deve ser aplicado o percentual de participação da investidora na coligada ou controlada.

A diferença positiva entre o valor assim obtido e o custo de aquisição atualizado poderá ser decorrente de lucros obtidos pela coligada ou controlada ou de reavaliação de bens efetuada pela coligada ou controlada. Se decorrente de lucros apurados pela coligada ou controlada, deve ser computada como receita no resultado do exercício.

Essa a norma contábil. Portanto, o resultado de equivalência patrimonial apenas atesta a apuração de lucros por meio de controladas ou coligadas.

A norma fiscal (art. 23 do DL 1.598/77) determinava que esse resultado não seria computado na apuração do lucro real. Uma vez que contabilmente já havia influenciado o lucro líquido do exercício, seria excluído para apuração do lucro real.

Essa norma foi observada pela Lei nº 9.532/97, que previa que a simples apuração dos lucros não era suficiente para marcar a data de sua disponibilização. A regra foi alterada pelo Decreto nº 3.093/99, e a data da apuração do lucro no balanço da entidade estrangeira passou a definir o momento da sua disponibilização.

Não cabendo a esse órgão negar aplicação ao referido dispositivo legal (art. 74 da MP 2.158-35, de 2001), cumpre apenas analisar se o artigo 7º da IN SRF 213/2002 extrapolou a lei.

Ora, é inquestionável que, a partir da Lei 9.249/95, os lucros obtidos por intermédio das controladas ou coligadas no exterior são tributáveis na investidora no Brasil. O artigo 74 da MP 2.158-35, de 2001 define o momento da disponibilização, para efeito de tributação. Uma vez que o resultado da equivalência patrimonial apenas atesta a apuração dos lucros pela coligada ou controlada, a determinação contida na Lei nº 9.249/95, para a inclusão na base de cálculo do lucro real e da CSLL do resultado positivo dessa equivalência, apenas concretiza o comando fixado pelo artigo 7º da IN SRF 213/2002.

Observe que deve ser mantida, como exclusão, a parcela referente à variação cambial.

Como efeito, tendo em vista que a variação cambial corresponde ao diferencial do montante investido inicialmente, representado em moeda estrangeira, além de não possuir qualquer relação e também não deve ser confundida com os lucros gerados no exterior, pois corresponde simplesmente a uma atualização do valor inicialmente investido pela incorporadora, o capital deve ser representado na contabilidade da empresa brasileira, como um investimento em moeda estrangeira.

A própria Secretaria da Receita Federal já se pronunciou a respeito, por intermédio da Superintendência da 9ª Região Fiscal, na solução das Consultas nº 54 e 55, tendo restado devidamente esclarecido a contrapartida de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras, coligadas ou controladas que não funcionem no país, decorrente da variação cambial, não será computada na determinação do lucro real.

Também merece destaque o voto proferido no Acórdão nº 101-94.747, de 2004, onde foi apreciada esta mesma matéria, onde consta que não é passível de tributação a parcela referente à variação cambial. Daquele aresto, é cabível de nota as seguintes observações:

O debate sobre esta assertiva poderia ser acirrado, não fosse o reconhecimento da própria Receita Federal, como nas Consultas 54 e 55 da 9ª Região Fiscal, que possuam a seguinte ementa:

"A contrapartida de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras, coligadas ou controladas que não funcionem no país, decorrente da variação cambial, não será computada na determinação do lucro real."

E para por pá de cal na questão, transcrevo texto da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, que, por sua vez, buscava criar tributação sobre a variação cambial de investimentos no exterior:

"MENSAGEM Nº 795, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2003.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei de Conversão no 30, de 2003 (MP no 135/03), que "Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências".

Ouvindo, o Ministério da Fazenda manifestou-se quanto ao seguinte dispositivo:

Art. 46



"Art. 46. A variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial é considerada receita ou despesa financeira, devendo compor o lucro real e a base de cálculo da CSLL relativos ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano-calendário."

Razão do veto

"Não obstante tratar-se de norma de interesse da administração tributária, a falta de disposição expressa para sua entrada em vigor certamente provocará diversas demandas judiciais, patrocinadas pelos contribuintes, para que seus efeitos alcancem o ano-calendário de 2003, quando se registrou variação cambial negativa de, aproximadamente, quinze por cento, o que representaria despesa dedutível para as pessoas jurídicas com controladas ou coligadas no exterior, provocando, assim, perda de arrecadação, para o ano de 2004, de significativa monta, comprometendo o equilíbrio fiscal."

Esta, Senhor Presidente, a razão que me levou a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 29 de dezembro de 2003."

Se não é despesa, também não pode ser receita."

Nessas condições, sou pela exclusão da variação cambial ativa de investimentos no exterior.

ITEM 2 - PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUÍDAS A DEBÊNTURES - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS

A autoridade fiscal efetuou a glosa da remuneração atribuída a debêntures ao argumento de que referida despesa não seria dedutível, conforme abaixo descrito:

Em 31/12/2003, através da conta 320012 – "Participações nos lucros debêntures, foi contabilizada a despesa de R\$ 2.422.095,21 e R\$ 17.897.495,47, cujos beneficiários seriam Credit Lyonnais e Forcint, respectivamente.

A dívida, além da fidedignidade causada pelos relatos acrescentados aos parágrafos anteriores, prende-se ao correto tratamento tributário a ser dispensado ao pagamento da remuneração de debêntures como participação no resultado da emitente a debenturistas que também fazem parte do



conglomerado Schincariol. Em princípio entendemos que tal remuneração paga a controladas do mesmo grupo controlador não são dedutíveis para fins de apuração do Lucro Real, fundamentando o entendimento no art. 463 do RIR/99.

...

Por decorrência, a remuneração do “empréstimo” aperfeiçoado por meio de emissão de debêntures, deverá, no mínimo, guardar correspondência com os juros praticados no mercado. A legislação (art. 56 das S/A) prevê como forma de remuneração da debênture: o pagamento de juros fixos ou variáveis, e ainda, para tornar mais atrativo esse tipo de investimento, a participação no lucro da companhia e o prêmio de reembolso.

A decisão recorrida manteve a exigência sob o argumento de que as debêntures emitidas pela contribuinte não prevalecem com tal, pois teriam sido emitidas sem atender os requisitos legais. Na verdade, as pretensas “debêntures” assemelham-se ao título denominado Partes Beneficiárias, pois conferem tão-somente eventual participação nos lucros futuros da autuada, conforme Cláusula Décima Primeira da Escritura Particular de Emissão Privada de Debêntures às fls. 877 e 880.

Com a devida vênia, discordo da decisão recorrida, pois a dedutibilidade das participações atribuídas a debêntures é assegurada em lei, conforme o inciso I do artigo 462 do RIR/99, cuja matriz é o artigo 58 do Decreto-lei nº 1.598/77, *verbis*:

Subseção I

Participações Dedutíveis

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica:

I – asseguradas a debêntures de sua emissão:

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

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

Como bem asseverou o Contribuinte em sua defesa a fls. 1753 de sua peça recursal, a saber:



Não enfrentou, em verdade, o julgador uma só das razões postas na impugnação. O Fisco faz a acusação; abre-se prazo para defesa impugnada a exaustão, combatendo o lançamento; vem o julgador e repete a acusação pondo fim a questão. Onde está a decisão que tem que ser fundamentada sob pena de nulidade? não se estaria frente a um flagrante cerceamento ao direito de defesa: Por isso permanecem íntegras as razões de impugnação para serem apreciadas em sede de recurso, ao que se acrescenta, como elemento a mais que abona o entendimento da recorrente, decisão prolatada pela 7ª Câmara do 1º CC.

A decisão prolatada pela 7ª Câmara referida pela recorrente, diz respeito a dedutibilidade da remuneração de debêntures, onde consta que, não estando provado nos autos que o negócio jurídico foi simulado ou engendrado como fraude a lei e, principalmente, não restando claro que os recursos ingressados na sociedade pertenciam aos sócios, as participações de debêntures, regularmente registradas a emitidas, reduzem o lucro líquido do exercício, por expressa previsão legal. Sendo capital financeiro, a remuneração das debêntures participativas não gozam do status de lucro distribuído a que se refere o art. 10 da Lei nº 9.249/95.

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

Importa ressaltar que a emissão e as demais operações realizadas com as debêntures não foi desqualificada ou considerada imprestável para os efeitos fiscais, tanto assim que a autoridade fiscal, para reconhecer os “encargos financeiros das debêntures” se baseou nesses mesmos lançamentos contábeis auditados, fazendo prova a favor da recorrente no tocante a refletir os registros de fatos narrados pelo mesmo em sua defesa, a fim de afastar a presunção da indedutibilidade da remuneração.

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

Sou pelo provimento do presente item.

ITEM 3 - GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE NOS ANOS-CALENDÁRIO 2001 E 2003, PELA INEXISTÊNCIA PREJUÍZOS A COMPENSAR

Trata o presente item da glosa de prejuízos que, no entender do Fisco, teriam sido compensados indevidamente nos anos-calendário 2001 e 2003, pela inexistência prejuízos a compensar ou saldo insuficiente, em decorrência de ajustes - infrações lançadas quanto aos períodos-base 1999 a 2003.



As irregularidades (infrações) apontadas, objeto do lançamento destes autos, implicaram em compensação nos anos-calendário 1999 e 2000 de todos os prejuízos fiscais acumulados até 1999 (fls. 1192/1445) que, por conseguinte, as compensações de prejuízos fiscais efetuadas nos anos-calendário 2001 e 2002 - que já haviam sido informadas nas DIPJ dos exercícios 2002 e 2003 e Lalur (fls. 353/424), foram consideradas indevidas, por falta de prejuízo fiscal a compensar.

Porém, a glosa de compensação dos prejuízos deve ser totalmente cancelada em face da decisão proferida por esta Colenda Câmara no recurso nº 155.817, Processo Administrativo Fiscal nº 16327.002113/2005-10, cujo lançamento foi cancelado.

Assim, o presente item deve ser cancelado, pois os prejuízos fiscais anteriormente glosados foram recompostos, devendo ser cancelada a exigência.

ITENS 4 E 8 – ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR, ANOS-CALENDÁRIO 2000 E 2002

Consta do auto de infração que o sujeito passivo deixou de adicionar na apuração do lucro real os lucros auferidos no exterior por controlada ou coligada.

No entendimento do Fisco, houve a transferência de titularidade de quotas de capital da investida PSI (situada na Ilha da Madeira/Portugal), pela investidora aqui no Brasil (autuada), para SPR, em 2000, e para GEOFINANCE, em 2002, implicando disponibilização dos lucros acumulados da investida para a autuada (investidora), em face do disposto no art. 1º, § 2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97 (ainda, art. 2º, § 9º, da IN SRF nº 38/1996, quanto ao fato gerador do ano-calendário 2000, e do art. 2º, § 6º, da IN SRF nº 213/2002, quanto ao fato gerador do ano-calendário 2002).

A autoridade autuante considerou, conforme subitem 2.1 do Termo de Verificação Fiscal, que a cessão gratuita de quotas (da autuada para a SPR – outra sócia da PSI, em 16/02/2000), configurou disponibilização parcial de lucros dos períodos de 1996 a 1999 da investida no exterior para a investidora no Brasil. Com relação ao ano-calendário de 2002, de acordo com o subitem 2.3.2 do mesmo Termo de Verificação Fiscal, o Fisco considerou que a venda de 54% das quotas da PSI, da autuada para a empresa GEOFINANCE, implicou disponibilização de lucros da investida no exterior para a investidora no Brasil.

Da documentação anexada aos autos, contata-se que a recorrente efetivamente teve a propriedade de 13,784% das quotas da PSI, porém no instrumento de aumento de capital da PSI acabou por constar que a recorrente teria um percentual de 82,216% das quotas da PSI. Contudo, após constatado o erro, a correção foi efetivada por meio do instrumento de cessão, considerando que a retificação não seria possível da mesma forma pela qual se deu a constituição, com efeito retroativo.

Ou seja, efetivamente não ocorreu a disponibilização pois o lucro não pertencia a autuada. Referida matéria, anteriormente a edição da MP nº 2.158-34/2001, era regulada pela Lei nº 9.532/97 (art. 1º), o qual, em especial, definia o critério de

disponibilização dos lucros auferidos no exterior como fato gerador do tributo, posteriormente sofreu alterações com a edição da Lei nº 9.959/2000.

Importa observar que as regras da Lei nº 9.532/97 estão incorporadas ao art. 394 do RIR/99 (§§ 2º e 4º) e o Fisco cita, expressamente, este dispositivo do RIR/99 em sua fundamentação; que, não obstante, o Fisco adota critério não previsto na lei para considerar disponibilizado o lucro, qual seja, o da transferência de quotas de capital, e o faz, levando em conta dispositivo ilegal de Instrução Normativa SRF nº 38/1996 (art. 2º, § 9º), quanto ao fato gerador do ano-calendário 2000, e a IN SRF nº 213/2002 (art. 2º, § 6º), quanto ao fato gerador do ano-calendário 2002.

Assim, conforme já mencionado, os eventos legalmente definidos como disponibilização de lucros auferidos no exterior (fato gerador do tributo) constam expressamente da Lei nº 9.532/97 (art. 1º), com alterações da Lei nº 9.959/2000 e estão incorporados ao art. 394 do RIR/99. Porém, entre os diplomas legais mencionados, não existe qualquer citação a respeito da figura jurídica relativa a transferência de quotas.

Nessas condições, as exigências com base nessas instruções normativas são ilegais, uma vez que extrapolam os termos definidos na lei, criando, sem autorização legal, hipótese que desta não consta.

Farta é a jurisprudência deste Colegiado contra a aplicação do artigo 2º, § 9º, da Instrução Normativa SRF nº 38/96, visto que esta não possui qualquer amparo legal, além disso, não poderia ser utilizada como fundamento para a autuação relativa ao fato gerador 31/12/2002, porque fora revogada, a partir de 08/10/2002, pela IN SRF nº 213, de 07/10/2002.

Em conclusão, voto pelo provimento dos itens 4 e 8 do auto de infração.

ITEM 5 - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – AMORTIZAÇÃO DE PRÊMIO DE DEBÊNTURES

A autoridade fiscal procedeu a glosa da despesa com amortização de prêmio de debêntures por considerá-la sem fundamentação legal, além de inusual, anormal e desnecessária.

Referidas amortizações constaram da declaração de rendimentos da recorrente nos anos-calendário de 1999 a 2003, cujo prazo de resgate das debêntures é de dez anos, sendo que o valor amortizado anualmente corresponde a 1/10 do prêmio pago, na proporção dos vencimentos dos títulos.

A decisão recorrida manteve a exigência sob os seguintes fundamentos:

a) a operação de compra dos debêntures de emissão de empresa do mesmo grupo econômico da autuada (tanto o valor de face, quando do valor do ágio-prêmio) deve ser escriturada no ativo realizável a longo prazo, pois trata-se de operação de compra inusual, anormal e desnecessária para a exploração de seu

objeto social, estando, por conseguinte, subsumida no art. 179, II, da Lei nº 4.404/76;

b) tal operação de compra de debêntures, também, revela seu caráter de verdadeiro mútuo (empréstimo) concedido pela autuada para empresa do mesmo grupo econômico (empréstimos a pessoa coligada), logo classificável no ativo realizável a longo prazo;

c) o investimento não se coaduna com o art. 179, V, da Lei nº 6.404/76, logo a contabilização segregada do valor de face (ativo realizável a longo prazo) e do valor logo do prêmio (ativo permanente diferido) não tem razão de ser. Assim, tanto o valor de face quanto o valor do prêmio das debêntures adquiridas, deveriam ter sido registradas no Realizável a Longo Prazo.

d) a despesa de amortização do prêmio, no caso, é "inusual, anormal e desnecessária", pois não se enquadra nas disposições dos arts. 324 e 325 do RIR/99, sendo, destarte, despesa indedutível.

Portanto, as glosas efetuadas são procedentes, mantendo-se a infração imputada.

Depreende-se do acima exposto, que a fiscalização, para justificar a glosa realizada, considerou que o valor do prêmio de emissão das debêntures não poderia ter sido registrado no ativo diferido. Contudo, meu entendimento a respeito vai de encontro com essa interpretação, pois o artigo 179, V, da Lei nº 6.404/76, dispõe, *verbis*:

Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

...

V – no ativo diferido: as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o período que anteceder o início das operações sociais.

O mencionado dispositivo legal não faz qualquer menção a despesas necessárias a implantação ou melhoramento da parte produtiva da empresa, nem estabelece que os valores ali registrados devam se referir a despesas vinculadas a atividade da pessoa jurídica.

Com efeito, qualquer espécie de aplicação por parte da empresa, em despesas que deverão influir nos resultados de mais de um exercício social, serão registradas no Ativo Diferido, incluindo-se, nesse caso, também os prêmios de debêntures.

Aliás, foi exatamente esse o entendimento proferido pela própria Secretaria da Receita Federal por intermédio da 7ª Região Fiscal, na Solução de Consulta nº 266/2001, cuja ementa está reproduzida abaixo:

IRPJ

DEBÊNTURES – O valor de face das debêntures deve ser classificado em conta do Ativo Circulante ou do Realizável a Longo Prazo ou em conta do Ativo Permanente – Subgrupo Investimentos, enquanto que o valor do prêmio pago na sua aquisição deverá ser classificado no Ativo Permanente da Debenturista, Subgrupo Ativo Diferido. Os rendimentos produzidos pelas debêntures, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 20%, por ocasião de seu pagamento ou crédito.

Fica, assim, evidenciado que a interpretação da autoridade autuante não corresponde a realidade dos fatos, devendo ser reconhecido a correta classificação por parte da recorrente, do valor do prêmio em conta do Ativo Diferido. Aliás, a esse respeito, cabe destacar que o direito a amortização do prêmio de emissão de debêntures não fica sujeito unicamente ao registro em conta do ativo diferido. Mesmo que estivesse registrado em outro grupo contábil do ativo, referido prêmio tem como forma de transferência para conta de resultado o instituto da amortização.

Como é sabido, o prêmio pago por parte de uma pessoa jurídica para a emitente de debêntures, efetivamente trata-se de uma despesa necessária, visto que se trata de uma exigência da empresa emitente para que possa ocorrer a negociação de compra e venda dessas debêntures. Referido prêmio possui como contrapartida a expectativa de obtenção de receitas que resultarão em lucros futuros, devendo, portanto, ser considerado como uma despesa normal a amortização do prêmio pago.

Portanto, não há que se falar na inexistência de autorização legal para dedução dessa despesa, tampouco ser desnecessária ou inusual, pois o art. 179, V, da Lei nº 6.404/76, prevê a forma de escrituração contábil no Ativo Diferido, e os arts. 324 e 325 do RIR/99, estabelecem a dedutibilidade da despesa decorrente da sua amortização.

Todas as de recursos em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um exercício social devem ser registrados no Ativo Diferido, inclusive prêmios de debêntures. Aliás, exatamente essa foi a manifestação da própria SRF na Solução de Consulta nº 266/2001, da 7ª Região Fiscal.

Sou pelo provimento deste item.

ITEM 6 – EXCLUSÕES INDEVIDAS. RECEITAS DECORRENTE DE USUFRUTO DE AÇÕES/QUOTAS DE CAPITAL ALIENADAS.

Consta do lançamento de ofício que, no ano calendário de 2001, foi excluída na apuração do lucro real, a importância de R\$ 38.258.184,69, correspondente a lucros distribuídos pela Schincariol Administração Patrimonial, e que foram recebidos pela recorrente, mediante instrumento particular de compra e venda de quotas e outras avenças, datado de 29/08/1996 (fls. 164 a 173), cujo montante foi integralmente incluído no auto de infração.

A decisão recorrida manteve a exação sob o entendimento que o usufrutuário de quota de capital ou ação, embora não sendo sócio ou acionista da empresa, tem direito a receber o rendimento da quota de capital ou ação, uma vez que o nu - proprietário aliena, temporariamente, o direito de fruir dos rendimentos gerados pelas quotas de capital/ação de sua propriedade. Considerou que a autuada (usufrutuária), no caso, quando vendeu sua participação no capital para o adquirente (nu-proprietário) desfez-se da condição de sócio/acionista, recebendo, em contrapartida, o valor de venda, mais o direito de usufruto temporário, como forma de integral pagamento equivalente ao valor das quotas/ações vendidas.

A recorrente efetuou a venda para a empresa PSI, estabelecida em Portugal (Ilha da Madeira), a sua participação societária no capital da SAP situada no País, tendo reservado de forma temporária, o direito de usufruto dos lucros futuros que fossem gerados pela segunda.

Na negociação levada a efeito, o objeto da prestação a que tem direito a recorrente, corresponde aos dividendos dos lucros produzidos pela empresa SAP, com sede no País, sendo irrelevante para o caso, a forma utilizada para a escrituração contábil utilizada, tanto na empresa investida, quanto na investidora, pois os valores por esta recebidos terão sempre a natureza de lucros.

O imposto de renda das pessoas jurídicas, por definição, busca atingir os resultados positivos apurados pela pessoa jurídica, após o confronto entre receitas, custos e despesas, dentro de um determinado período, assumido como referencial para a sua aferição. O resultado tributável, por conseguinte, corresponde ao saldo positivo, ao acréscimo patrimonial apurado. Trata-se de um fato econômico que o imposto busca alcançar, dentro da feição que a legislação estabelece.

O fato concreto atingido pelo imposto corresponde a um resultado, porém, nas operações sob exame, as importâncias recebidas pela fiscalizada deverão receber o tratamento de distribuição de lucros, devendo ter exatamente esse tratamento para fins tributários, ou seja, da não incidência, pois efetivamente, os resultados são tributados na empresa que gerou os lucros e os distribuiu e não naquela que os recebeu.

Assim, os valores percebidos pela recorrente correspondem a participação nos lucros da investida, no caso, a empresa SAP, e como tal deverão ser tratados para efeito tributário, ou seja, não estão sujeitos à incidência seja do imposto de renda, seja de qualquer outra contribuição.

Cabe ressaltar que, em relação aos rendimentos auferidos pelo exercício do usufruto de participações societárias, para efeitos de tributação, a cessão do direito de usufruto, que se trata de direito real, tem tratamento diferenciado do caso relativo a cessão do exercício do direito de usufruto, que se trata de direito obrigacional. Como é sabido, não há usufruto sem



propriedade e todos os direitos que são próprios a outrem, são transferidos, para uso e gozo com as mesmas qualidades e atribuições.

Como exemplo daquilo que foi afirmado, destaco o direito a voto em assembleia de acionistas, onde o mesmo somente pode ser exercido pelo sócio com a devida autorização do usufrutuário. Ou seja, a distribuição de lucros quando recebida pelo usufrutuário, continua sendo a mesma distribuição de lucros e sobre a mesma não existe qualquer incidência tributária.

O usufruto, por transferir os mesmos direitos ao usufrutuário que o proprietário tinha quanto aos dividendos, não descaracteriza a natureza do rendimento. Assim, o dividendo recebido pelo usufrutuário não perde a sua característica porque não pago ao nu-proprietário. Tratava-se efetivamente de dividendos distribuídos e continua nessa mesma situação, pois continua sendo dividendo e recebendo o mesmo tratamento tributário. A esse respeito, a determinação prevista no art. 10 da Lei nº 9.249/95 não deixa dúvida sobre o direito à não tributação dos dividendos recebidos.

Sou pelo provimento do presente item.

ITEM 7 - ADIÇÕES – PREÇO DE TRANSFERÊNCIA – JUROS E
VARIAÇÕES CAMBIAIS PAGOS A CONTROLADAS NO EXTERIOR – PAÍS
C/TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 1522/1524, a autoridade autuante registrou a seguinte constatação:

Conforme é possível verificar nas demonstrações de resultados da Primo Schincariol Internacional (situada na Ilha da Madeira), na demonstração de mutação do patrimônio líquido, na demonstração dos dividendos enviados entre outros documentos, a empresa no exterior apontava lucros acumulados desde 1996, (somente apresentando prejuízos em 2002). (fls. 273 a 289, 290, 291).

O art. 3º da Lei nº 9.532/97 dispõe que:

(...)

É de se concluir que os juros de mútuo de controlada para controladora, quando esta tiver lucros não distribuídos, devem ser glosados, todavia, não há como fazer distinção entre juros e variação cambial, uma vez que o nascedouro de ambas é as mesmas remessas de valores a títulos de mútuos.

O que é relevante dizer é que se a empresa tomadora do empréstimo de mútuo, ou seja, a controladora tivesse trazido os lucros no momento de sua necessidade econômica, lucro estes existente em valores até superiores ao volume dos empréstimos, não havia gerado nem juros, nem tampouco, variações cambiais,

o que significa que foi uma atitude de mera liberalidade da empresa tomar esta decisão.

Isto posto, prejudicada a aceitação de despesas de variações cambiais por entendermos como despesa desnecessária, evitável. A despesa é inusual e anormal, pois não se verifica a contratação de empréstimos, tendo, disponibilidades que poderiam suprir necessidades de caixa, conforme pode ser visto no balanço da PSI, que até possuía aplicações financeiras em outros investimentos de curto prazo.

Por seu turno, a decisão recorrida limitou-se a manter a exigência com base nos seguintes argumentos:

Como o mútuo foi contraído sem necessidade, a despesa gerada também é inusual e anormal.

Os juros são indedutíveis em face do disposto nos §§1º e 3º do art. 1º da Lei nº 9.532/97, com redação dada pela Lei nº 9.959/2000.

Já, as despesas pagas com variação cambial são indedutíveis, pois também são desnecessárias, não se enquadram nas disposições do art. 299 do RIR/99 que permite a dedução de despesas necessárias.

Logo, tanto a despesa de juros quanto a despesa de variação cambial devem ser glosadas.

Inicialmente, deve ser acolhida a preliminar de decadência suscitada pela recorrente em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1999, pois a mesma tomou ciência do auto de infração em 19/12/2005.

Esta Câmara já firmou jurisprudência no sentido de que nos casos de lançamento por homologação, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia após a ocorrência do fato gerador.

Entre outros julgados, transcrevo a ementa do Acórdão nº 101-93.783, de 21 de março de 2002, com a seguinte redação:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. A Câmara Superior de Recursos Fiscais uniformizou jurisprudência no sentido de que, a partir da Lei nº 8.383/91, o IRPJ sujeita-se a lançamento por homologação. Assim, sendo, o prazo para efeito da decadência é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Recurso provido.



Deve-se ressaltar que a jurisprudência deste Colegiado é pacífica no sentido de que a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN pressupõe o lançamento por homologação. Assim, tal qual o IRPJ, o lançamento da CSLL é por homologação e tem prazo decadencial de cinco anos.

Conclui-se, portanto, que já extinguiu o prazo para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo ao IRPJ e a CSLL em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1999.

Acolho a preliminar de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1999.

Quanto ao mérito, estão sendo exigidos no auto de infração os valores correspondentes a juros e também a variação monetária, decorrente de contrato de mútuo firmado com empresa controlada, sediada no exterior.

Em sua defesa, a recorrente apresenta a tabela abaixo reproduzida, os quais, no seu dizer, referem-se as parcelas efetivamente incidentes sobre a tributação, que já foram adicionadas nas épocas próprias, conforme o LALUR (doc. 5 em anexo):

Ano-base	Valor dos Juros	Adição/Exclusão	Valor	Totais
1997	1.197.959,18			
1998	1.427.394,28	Adição	1.427.394,28	
1999	2.770.628,96	Adição	2.770.628,96	
2000	2.436.866,94	Adição	2.436.866,94	6.634.890,18
2001	3.729.869,76			
	11.562.719,12	Exclusão	(6.634.890,18)	
2001 (estorno 3%)	(11.562.719,12)	Adição	2.141.052,11	(4.493.838,07)
Ajuste anterior 1%	2.141.052,11			
Ajuste 2001 (1%)	1.053.202,03	Adição	1.053.202,03	
2002	377.473,99	Adição	377.473,90	
2003	745.621,50			

Da peça impugnatória, foram suscitadas algumas questões por parte da fiscalizada, as quais permaneceram sem resposta, pois a decisão de primeiro grau ficou silente a respeito, quais sejam:

y) o fisco deixou de apontar os juros relativos aos anos de 1997 e 1998;

- z) não procede o valor dos juros do ano de 2001, no valor de R\$ 12.197.1277,50, sendo que o valor correto é de R\$ 1.053.202,03;
- aa) no ano de 2001, em virtude da repactuação dos juros de 3% para 1%, houve um estorno dos juros apurados no período de 1997 a 2001, no valor de R\$ 11.562.719,12 e uma nova apuração para o período de 1997 a 2000 no valor de R\$ 2.141.052,11;
- bb) a fiscalização apurou valor incorreto em 2002 de R\$ 368.803,99, quando o correto é de R\$ 377.473,99;
- cc) a fiscalização apurou valor incorreto em 2003 de R\$ 591.288,18, quando o correto é de R\$ 745.621,50;
- dd) no ano de 2001, em virtude de repactuação dos juros de 3% para 1%, houve uma exclusão de R\$ 6.634.890,18, relativo ao período de 1998 a 2000 e uma adição de R\$ 2.141.052,11.

Outro aspecto que não foi esclarecido e que a decisão de primeiro grau não fez qualquer manifestação diz respeito ao ano-calendário de 2003, em que a recorrente afirma não ter adicionado qualquer parcela a título dos juros pela ocorrência de prejuízo na empresa PSI – Primo Schincariol Internacional, conforme o balanço juntado aos autos (doc. 6), fato este não levado em conta pela fiscalização, conforme o Quadro XXIX do Termo de Verificação.

A apuração de prejuízo por parte da empresa controlada no exterior afasta a necessidade de adição dos respectivos valores na empresa controladora, pois a determinação legal prevê a adição somente no caso de existência de lucros não disponibilizados por coligadas ou controladas.

Com relação a variação cambial, referida matéria já foi objeto de apreciação no presente voto, mais precisamente no item 01, razão pela qual deixo de fazer qualquer manifestação a respeito, devendo a mesma ser excluída da exigência.

Voltando a exigência relativa a glosa dos juros moratórios, discordo da decisão proferida pela turma julgadora de primeira instância, pois, não obstante a acusação fiscal não ter apreciado a fundo os documentos apresentados pela contribuinte, também deixou de observar os valores que foram incluídos nos autos de infração estão incorretos, referentes aos anos de 2001, 2002 e 2003, conforme bem demonstram os documentos juntados aos autos.

Assim, entendo não há evidências suficientes da pretensa irregularidade fiscal praticada pela contribuinte para ensejar a manutenção do auto de infração.

Olvidou-se o autuante, de investigar mais a fundo a ocorrência da irregularidade fiscal imposta, pois depreende-se que os valores estão incorretos e também não foi examinado o balanço apurado pela controlada no exterior, apresentado durante a ação fiscal. No caso, é indispensável a realização de um trabalho um pouco mais profundo em busca da prova do ilícito fiscal, utilizando os poderes que detém sob pena de estar renunciando ao seu ofício.



No entanto, a verdade é que se deixou de aprofundar a investigação e a coleta de provas concretas e seguras capazes de autorizar a convicção de que o contribuinte agiu de forma a subtrair receitas da tributação.

Entendo que os argumentos apresentados pela recorrente procedem. O lançamento não tem a necessária consistência para justificar a acusação de desvio de receitas da fiscalizada.

Como é sabido, o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo. Tratando-se de atividade plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142), cumpre à fiscalização realizar as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário. Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar, por força do disposto no art. 112 do CTN. O imposto, por definição (CTN. art. 3º), não pode ser usado como sanção.

Nessas condições sou pelo provimento integral do presente item.

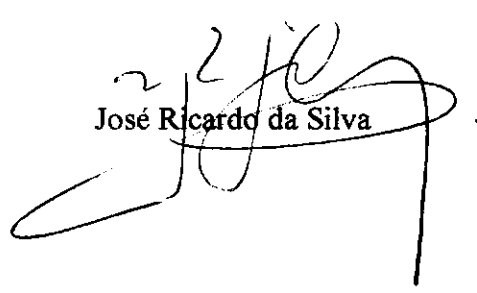
TRIBUTAÇÃO DECORRENTE – CSLL – PIS - COFINS

Em se tratando de exigências fundamentadas nas irregularidades apuradas em procedimento fiscal realizado na área do IRPJ, o decidido naquele lançamento é aplicável, no que couber, aos lançamentos consequentes na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 17 de dezembro de 2008


José Ricardo da Silva



Voto Vencedor

Conselheira SANDRA MARIA FARONI – Redatora Designada

Discordo das conclusões do ilustre Relator quanto ao item 2 do auto de infração, que trata da glosa de despesas registradas a título de remuneração de debêntures. Também me propus a fazer declaração de voto quanto ao item 5, também relacionado com debêntures.

Item 2-

Foram glosadas despesas de participações nos lucros – debêntures registradas em 31/12/2003, nos valores de R\$ 2.422.095,21 e R\$ 17.897.495,47, em favor dos debenturistas Credit Lyonnais e FORCINT, empresas do mesmo grupo da PSICR

O autuante glosou as despesas, considerando que os títulos emitidos têm as características de “partes beneficiárias”.

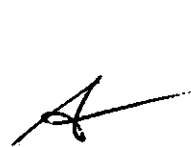
“Partes beneficiárias” são títulos negociáveis, criados pela companhia, sem valor nominal e estranhos ao capital social, e que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação nos lucros anuais. Há uma diferença fundamental entre a parte beneficiária e as debêntures, porque o titular de “parte beneficiária” não é credor da sociedade, como é o debenturista, que tem uma relação de mutuante frente à companhia.

Esta Câmara, por mais de uma vez, já enfrentou a questão de glosa de despesas com remuneração de debêntures.

No voto condutor do Acórdão 101-94.986, de 19 de maio de 2005 (Recurso nº 140.913), registrei que, ao que parece, pelos recursos que estão chegando a este Conselho, tornou-se freqüente. o planejamento instrumentalizado mediante emissão de debêntures remuneradas com participação nos lucros, mas que o ponto comum, de envolver emissão de debêntures, não implica identidade de soluções dos processos. Cada caso é um caso, e na apreciação dos seus efeitos fiscais não se consideram os aspectos específicos a eles inerentes.

A hipótese concreta que agora se põe é que a Recorrente emitiu debêntures que foram subscritas por coligadas (*controladas do mesmo grupo controlador*), que asseguram aos subscritores exclusivamente a participação em 50% dos lucros.

Embora a hipótese objeto do recurso nº 140.913 fosse distinta da presente, pois tratava de emissão privada de debêntures, subscritas pelos únicos cinco sócios da empresa, que asseguravam a participação dos debenturistas em 70% dos lucros, sirvo-me das considerações que fiz na análise daquele recurso, para tirar as conclusões apropriadas a este.



A apreciação da questão da dedutibilidade das despesas deve ser feita mediante confronto da operação praticada com os cânones de usualidade e normalidade, condições para análise da qualidade de “necessárias” das despesas.

É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. Comentando a Lei das Sociedades por Ações, Roberto Barcellos de Magalhães, ao mencionar que as debêntures podem ter remuneração sob a forma de juros, participação nos lucros, prêmios de reembolso ou até correção monetária, registra que “*são vantagens que poderão ser deferidas ao debenturista isolada ou cumulativamente, conforme estipulação constante da escritura de emissão e do certificado...*”¹.

Não se pode, todavia, dizer que essa forma de remuneração seja “usual” e “normal”. Pelo menos, pode-se afirmar tratar-se de aspecto controvertido.

Falando sobre a Lei 6.404/76 (Nova Lei das S.A.), Amador Paes de Almeida² registra

“Ponto altamente controvertido na nova Lei, e que, por isso mesmo, vem se constituindo em objeto de controvérsias, é a regra estabelecida no art. 56, que faculta participação nos lucros da companhia ao debenturista. Manifestando-se a respeito, assim se expressou a Federação do Comércio do Estado de São Paulo: ‘A debênture é título característico de empréstimo, sendo os juros e a correção monetária a remuneração a ela peculiar, não se justificando a concessão de vantagens adicionais, dada a natureza do negócio jurídico que origina seu lançamento. Lucro é remuneração de capital de risco e, salvo o caso especial das ‘partes beneficiárias’, não deve ser estendido a outros títulos que não as ações.’”

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

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

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

Essa flexibilidade não se afigura conveniente, uma vez que atenta contra a tradição brasileira, a qual, em matéria de títulos de crédito, sempre se fundou na certeza. Uma debênture cujo

¹ A Nova Lei das Sociedades por Ações Comentada, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, p.313

² Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, p. 197.

JP

rendimento depende do desempenho da emitente não é uma verdadeira debênture e sua existência, sob o aspecto psicológico, apresenta a desvantagem de esgarçar a consistência do título, descaracterizando-o,"(sombreado acrescentado)

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

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

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

"Lei n. 6.404, de 1976

A lei faculta a adoção de juros variáveis, além da participação nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração do capital debenturístico. Ao assim facultar, a lei não exige a cumulatividade de vantagens ou a alternatividade.

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

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

(...)

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

.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

JO-

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 nom 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

fls.

de certeza da dívida. Comenta-se, outrossim, que tal cláusula remuneratória afastaria a liquidez do título, requisito essencial à sua cobrança por via de execução, prevista no art. 596 do Código de Processo Civil. Haveria a descaracterização absoluta do título que, de certeza, passaria a tornar-se de risco, à semelhança das ações representativas do capital da companhia.

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

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

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

(...)

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

Como se vê, não obstante prevista em lei, não é 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*. Inclusive, conforme doutrina de, senão o mais, um dos mais respeitados especialistas em Direito Empresarial, Modesto Carvalhosa, esse fato desconfigura o título de crédito, retirando-lhe a principal característica, que é a remuneração certa, e não eventual, do valor mutuado. E não se pode aferir o cânone de usualidade pela frequência com que esse expediente tem sido utilizado, ultimamente, como planejamento tributário. Veja-se que em todos os casos de que se tem notícia, de debêntures assegurando como remuneração um elevado percentual dos lucros da companhia, os debenturistas são, sempre, pessoas ligadas ao emitente dos títulos. Não se conhece um só caso de debêntures nessas condições subscritas por pessoas totalmente estranhas à companhia. Ou seja, trata-se de operação que tem se tornado frequente, como instrumento de planejamento tributário, mas que não pode ser tida inquestionavelmente como “*normal*”.

No tema “planejamento tributário”, que percorreu sinuoso caminho na doutrina e na jurisprudência, surgiu um marco com a obra de Marco Aurélio Greco³, que tem servido de norte à jurisprudência administrativa. A partir de Greco, o ponto fulcral da análise tem se situado na fronteira entre o planejamento oponível e o não oponível ao fisco.

Em oportunidade anterior em que me manifestei sobre o tema, ponderei ser indiscutível que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo

³ Greco, Marco Aurélio, *Planejamento Tributário*, São Paulo, Dialética, 2004

lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Ressaltei, porém, haver diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam reduzir artificialmente a carga tributária.

Encontra-se, hoje, completamente ultrapassado o dogma do poder absoluto do contribuinte de se auto-regular, derivado do que se convencionou chamar de princípio da legalidade estrita, o que levava à interpretação dos fatos muito mais pelo seu formalismo do que pelo seu conteúdo.

Greco situou com maestria esse descompasso da interpretação formal e literal com a Constituição promulgada em 1988 que, segundo esclarece, não constituiu o Brasil num Estado de Direito, mas sim, num Estado Democrático de Direito, consagrando, ao lado dos dispositivos de nítido caráter protetivo (limitações de poder, proteção de direito de propriedade, proteção à segurança, etc.), regras que dizem respeito a valores sociais de caráter modificador da realidade, dando-lhe o perfil ideológico de “dupla personalidade”, ao mesmo tempo liberal e social.⁴

Pondera Marco Aurélio Greco que⁵

(...) num Estado Democrático de Direito a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico supõem a conjugação e compatibilidade entre os valores típicos do Estado de Direito (liberdade negativa, liberdade formal, proteção à propriedade) com os inerentes ao Estado Social (igualdade, liberdade positiva, solidariedade) sem que isso, obviamente, implique institucionalizar mecanismos de dominação disfarçada ou destruição das garantias fundamentais da pessoa humana.

O brilhante estudioso assim se expressou⁶:

O primeiro aspecto a considerar nesta análise resulta de uma comparação entre a Constituição Federal de 1967 e a de 1988. A Constituição Federal deixou de ser uma Constituição do Estado para se uma Constituição da Sociedade brasileira.

Basta realçar dois pontos.

A leitura do preâmbulo de ambas as Constituições é muito indicativa. Inicialmente mostra, claramente, que a CF/67 é um singelo produto da vontade do Congresso Nacional. Com esse caráter anódino sem qualquer comprometimento de caráter substancial com valores humanos e sociais, já se diferencia da CF/46 em que se fazia menção à Assembléia Constituinte e à finalidade de ‘organizar um regime democrático’, relevante preocupação da época, posto que imediatamente posterior ao período da CF/37.

Por seu lado, o preâmbulo da CF/88 é muito significativo, pois indica não apenas a razão da criação da Constituição mas também as finalidades do Estado.

⁴ Greco, Marco Aurélio, Planejamento Tributário” - São Paulo: Dialética, 2004, p. 42 e seguintes.

⁵ Mesma obra, p. 179

⁶ Mesma obra, p. 282 e seguintes.

Com efeito, nele se lê que os representantes do povo reuniram-se em Assembléia Nacional Constituinte '... para instituir um Estado Democrático', vale dizer o Estado é visto como produto da Assembléia e não algo que a antecederia.

Ademais, este Estado Democrático está '...destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...'

Vale dizer, o Estado assim constituído é instrumento para a plenitude dos valores supremos ali enumerados. Ou seja, logicamente os valores supremos preexistem ao Estado e dão as direções que deve seguir, além de explicar o significado das normas que o regulam.

Valores supremos são vistos como antecedentes à própria idéia de Estado e justifica-se a instituição deste apenas como meio para alcançar o fim desejado pela sociedade

A Constituição que daí resulta não é, portanto, mera disciplina do exercício do poder estatal perante a sociedade. É muito mais do que isto. É a descrição da tessitura social dentro da qual o Estado surge como um dos elementos concebidos para viabilizar o atingimento dos objetivos almejados pela Assembléia Nacional Constituinte

O segundo ponto a considerar é a profunda mudança no desenho do próprio texto constitucional.

(...)

Esta mudança de perfil do Estado repercute, também, no âmbito da tributação, que deixa de ser vista da perspectiva do confronto entre contribuinte e Fisco a partir do que as respectivas normas constitucionais assumem o papel de instrumentos de limitação do poder do Estado e proteções ao patrimônio do indivíduo – para ser vista como instrumento de viabilização da solidariedade no custeio do próprio Estado. Daí a necessidade contributiva ser guindada à condição de princípio geral do sistema tributário, a teor do § 1º do artigo 145 da CF.

Portanto, a compreensão e a interpretação do ordenamento tributário começam, a rigor, no preâmbulo da CF/88 e desdobram-se pelos princípios fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos até chegar ao Capítulo tributário. O sistema tributário não é o bastante em si, não existe isolado do contexto, não é o núcleo da Constituição. É parte inegavelmente relevante que encontra seu significado quando visto de fora (à luz do conjunto dos valores constitucionais) e da repercussão que a Constituição como um todo traz para este campo específico.



A partir da inserção do tema no campo dos valores e objetivos encampados pela Constituição, a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao Fisco. 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, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos.⁷ Ao exercer seu direito de se auto-regular, o contribuinte deve fazê-lo tendo como contorno a capacidade contributiva, bem como o conteúdo material dos atos, e não o meramente formal

Greco menciona que a doutrina vinha se preocupando apenas em identificar os requisitos da existência do direito, sem examinar os limites ao seu exercício. E se reporta a Serpa Lopes para ressaltar que “O direito deve ser exercido em conformidade com seu destino social e na proporção do interesse do seu titular.” E insere a temática de abuso de direito de auto organização no âmbito tributário⁸:

(...) a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco quando forem de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal. Aqui não se está falando da figura prevista no art. 123 do CTN, mas sim da possibilidade de atos privados não serem admitidos pelo Fisco quando implicarem deslocamento do foco visado pela lei ao qualificar a manifestação de capacidade contributiva

Por tudo que se disse, reafirma-se que não existe uma solução paradigma a ser adotada em todas as situações que envolvam uso de debêntures, e cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao Fisco dos negócios formalizados.

No presente caso a fiscalização apontou um emaranhado de negociações com debêntures, sempre dentro do mesmo grupo, valendo destacar :

a) Aquisição pela PSICR, em 30/06/97, de debêntures emitidas pela SEISA, com valor de face de R\$50.000.000,00 e prêmio de R\$ 250.000.000,00 (Conforme item 11.1 às fls. 62, a SEISA remunerava as debêntures com 80% dos seus lucros);

a.1) Em 30/01/1998 parte das debêntures adquiridas em 30/06/97 foram usadas para integralizar capital da PSI.

a.2) Em 12/11/2003 a PSI transferiu as debêntures para a PSICR

b) venda, pela PSICR para a FORSINT, em 08/02/2002, de debêntures de sua emissão, com valor de face de R\$13.000.000,00 e prêmio de R\$ 117.000.000,00;

c) venda, pela PSICR para a Crédit Lyonnais Uruguai, em 20/08/2002, de debêntures de sua emissão, com valor de face de R\$ 3.100.000,00 e prêmio de R\$ 27.900.000,00

⁷ Conforme lição de Marco Aurélio Greco, in “Planejamento Tributário”, Dialética. São Paulo, 2004

⁸ Mesma obra, p. 186/187.

d) venda, pela PSICR para a FORSINT, em 30/12/2002, de debêntures de sua emissão, com valor de face de R\$9.900.000,00 e prêmio de R\$ 89.100.000,00.

e) Outras informações relevantes para compreensão:

e.1) Conforme esclareceu a PSICR, para fazer frente à compra das debêntures, a Forcint emitiu debêntures nos mesmos padrões e as vendeu para a Primo Schicariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Rio de Janeiro

e.2) A Forcint tem o mesmo endereço da PSICR, iniciou suas atividades em 12/11/1999 e suas demonstrações financeiras revelam resultado sempre igual a zero. Ou seja, em toda sua existência, sua única atividade foi comprar debêntures emitidas pela PSICR e vender debêntures de sua própria emissão a outra empresa do Grupo Schincariol (a PSICR do Rio de Janeiro)

Na análise da questão da oponibilidade ou não, ao Fisco, da operação de planejamento, destaca Marco Aurélio Greco que determinadas operações exigem uma atenção particular do intérprete antes de emitir um pronunciamento, apontando: (a) Operações Estruturadas em Sequência (*step transactions*), (b) Operações Invertidas, (c) Operações entre Partes Relacionadas; (d) Uso de Sociedades (*conduit companies, sociedades aparentes; sociedades fictícias; sociedades efêmeras; interpostas pessoas*); (e) Deslocamento da Base Tributável; (f) Substituições Jurídicas; (g) Neutralização de Efeitos Indesejáveis; (h) Ingresso de Sócio Seguido de Cisão Seletiva; (i) Ágio de si mesmo; (j) Empréstimo ao invés de Investimento; (k) Operações Interestaduais de ICMS sem Trânsito; (l) Criação de Distribuidoras e Base de Cálculo do IPI; (m) Autonomização de Operações; (n) Outras (*ato normal de gestão, negócios indiretos ou fiduciários, redesenhos societários sucessivos, operações recíprocas*).

Nas intrincadas operações com debêntures que emergem dos autos, identifiquei situações que, na lição de Marco Aurélio Greco, configuram um sinal de alerta, entre elas o uso de sociedades e operações entre partes relacionadas.

Falando sobre **uso de sociedades**, aponta Greco que

“o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente); tão importante, ou até mais - em matéria tributária - é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma pessoa jurídica tem sentido na medida em que, de acordo com o Prof. Greco, corresponda à vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional. A idéia de empresa é o núcleo a ser perquirido”

Amolda-se a essa figura a criação Forcint (indústria de bebidas), cujo endereço é o mesmo da PSICR, e que desde sua criação até a data da fiscalização outra atividade não teve senão adquirir debêntures da PSICR e emitir debêntures nas mesmas condições para vendê-las à PSICR do Rio de Janeiro.

Quanto a operações entre partes relacionadas, ressalta Greco:



“Outra hipótese relevante é das operações entre partes relacionadas, vale dizer, em que a possibilidade de a causa da operação obter algum efeito Tributário intragrupo e não uma razão econômica efetiva de mercado.

Quando estamos entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo societário não podemos ignorar que esta simples circunstância faz com que existam interesses comuns no relacionamento entre seus membros.

E sobre as operações entre partes relacionadas, o Prof. Greco alerta que merece atenção a ocorrência de alterações formais de titularidade patrimonial ou de atribuição de direitos e deveres, mas que, em última análise, por ser o mesmo grupo não causam alterações substanciais. Ou seja, operações mediante as quais jurídica e patrimonialmente o grupo permanece inalterado, tal como no caso presente; a única consequência relevante é que o Fisco deixa de receber determinado tributo. Alerta, também sobre operações realizadas fora do padrão com que seriam celebradas com terceiros.

No presente caso, a circularização das debêntures dentro do Grupo Schicariol deixa entrever:

(a) As operações com debêntures realizadas (as emitidas e as adquiridas pela Recorrente), como se disse em momento anterior desse voto, estão fora do padrão com que seriam celebradas com terceiros, pois é notório que nenhuma empresa que não estivesse em situação quase falimentar comprometeria 50% (debêntures de emissão da PSICR) ou 80% (debêntures emitidas pela SEISA) dos seus lucros para remunerar terceiros. E se estivesse em situação pré-falimentar, nenhum terceiro investiria em aquisição das debêntures com um prêmio tão elevado, sem qualquer garantia de remuneração.

(b) Que o grupo permaneceu inalterado jurídica e patrimonialmente.

Resta examinar se a consequência jurídica foi unicamente a redução substancial da carga tributária, a fim de, nesse caso, considerar o planejamento inoponível ao Fisco e requalificar os fatos.

Se os adquirentes das debêntures fossem pessoas físicas, a redução da carga tributária seria evidente: haveria uma tributação exclusiva na fonte à alíquota de 20%, contra uma redução de carga tributária, no caso da PSICR, de 25% de IR (15% de alíquota normal + 10% de adicional) e 9% de CSLL. Como os adquirentes são pessoas jurídicas, e a remuneração recebida integra o resultado tributável, a verificação de ocorrência de efetiva redução da carga tributária dependeria da demonstração de o beneficiário não estar sujeito ao adicional, ou de se tratar de pessoa jurídica sistematicamente com prejuízo (que absorva a receita de debêntures).

No presente caso, um dos debenturistas (Crédit Lyonnais) é empresa domiciliada no Uruguai, e o outro (Forcint), em toda sua existência não apurou resultado operacional, e sua única atividade foi comprar debêntures emitidas pela PSICR e vender debêntures de sua própria emissão a outra empresa do Grupo Schincariol.

Assim, no presente caso entendo evidenciado nos autos que a remuneração das debêntures teve como objetivo e consequência única a redução substancial da carga tributária, e mantenho a glosa.



DECLARAÇÃO DE VOTO .

O item 5 se refere ao prêmio na aquisição, pela PSICR, de debêntures emitidas pela SEISA;

A fiscalização entendeu que a amortização de prêmio de debêntures adquiridas carece de fundamentação legal, é inusual, anormal e desnecessária.

O Termo de Verificação Fiscal, considerou que tanto o valor de face como o do prêmio devem ser escriturados no ativo realizável a longo prazo, pois trata-se de operação de compra inusual, anormal e desnecessária para a exploração de seu objeto social, estando, por conseguinte, subsumida no art. 179, II, da Lei nº 6.404/76.

Entretanto, qualquer impropriedade contábil, ainda que tivesse ocorrido, não redundaria em efeitos fiscais.

O art. 324 do RIR/99 dispõe que *“Poderá ser computada, como custo ou encargo, em cada período de apuração, a importância correspondente à recuperação do capital aplicado, ou dos recursos aplicados em despesas que contribuam para a formação do resultado de mais de um período de apuração”*.

Comentando o artigo, Noé Winkler⁹ anota que a norma se relaciona com dois tipos de aplicações de recursos: (a) perda de capital financeiro, e (b) despesas realizadas ou incorridas, que contribuirão para a formação de lucros de mais de um exercício social.

Portanto, amortização não está restrita a valores registrados no ativo diferido, tratados no inciso II do art. 325 do RIR/99. As inversões financeiras para aquisição de bens ou direitos de prazo limitado podem ser amortizadas, conforme previsto no inciso I do artigo 325.

Por conseguinte, independentemente de estar certo ou não o autuante, ao afirmar que o prêmio deveria ter sido registrado no ativo realizável, e não no diferido, esse fato, por si só, não é suficiente para impedir sua amortização. Isso porque o prêmio pago na aquisição das debêntures representa capital aplicável na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tem duração limitada, sendo sua amortização dedutível na forma do art. 325 do RIR/99.

No caso, o prêmio pago representou recurso aplicado para obter a receita referente à remuneração das debêntures, (80% dos lucros da SEISA, no prazo de 10 anos).

Portanto, não carece de fundamentação legal a amortização.

Outra questão levantada pela fiscalização é quanto à inexistência de razão econômica para justificar a realização de operação de aquisição de debênture de empresa do mesmo grupo, com ágio de 500%. Concluiu a autoridade fiscal que a única motivação foi a

⁹ Winkler, Noé- Imposto de renda: doutrina, comentários, decisões e atos administrativos (...)- Rio de Janeiro: Forense, 2001. p486

redução da base de cálculo dos tributos envolvidos, proporcionada pela amortização do prêmio, e que a ação do contribuinte é anormal, inusual e desnecessária ao objetivo proposto na emissão de debêntures.

Quanto a essa questão, um primeiro ponto a ser ultrapassado é se o fisco pode, 14 de dezembro de 2005, impugnar negócios realizados em junho de 1997.

Porém, mesmo que ultrapassada essa questão, a questão há que ser vista sob o prisma de planejamento oponível ou não ao Fisco.

Do que consta do Termo (fls. 1501), vê-se que influenciaram no entendimento da fiscalização os seguintes aspectos:

I- tratar-se de negócio jurídico realizado entre duas sociedades econômicas de capital fechado, dentro do mesmo grupo;

II- alienação de debêntures com cobrança de ágio equivalente a 500% sobre o valor nominal do título (segundo a fiscalização, se a sociedade emitente sabia que necessitava de recursos no montante de R\$ 300.000.000,00, deveria ter emitido debêntures com valor de face equivalente à necessidade do negócio)

III- não ter sido introduzido dinheiro novo no negócio, se os pagamentos de aquisição das debêntures foram compensados com dívidas que a empresa detinha, inclusive por venda de debêntures de sua própria emissão

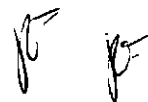
IV- se a aplicação do dinheiro foi em ampliação do parque industrial, questiona se a parte do diferido na produção também deveria ser amortizada.

O primeiro aspecto acima, por si só, não basta para desconsiderar os efeitos do negócio. A questão teria que ser analisada à luz das demonstrações financeiras e documentos contemporâneos (laudos de rentabilidade futura) ao negócio. Como o prêmio teria sido pago para adquirir direito que proporcionaria ao debenturista participar, por 10 anos, com 80% dos lucros da sociedade emissora, seria necessário verificar se suas perspectivas de lucro justificavam a aplicação dos recursos. Ainda que a amortização do prêmio tivesse sido superior e anulado o efeito tributário dos rendimentos das debêntures, se esse fato não era previsível não é possível, *a posteriori*, classificar o negócio como inoponível ao fisco. A perda em negócios representa a álea ordinária do risco empresarial.

Os demais aspectos (itens II, III e IV acima) como se vê, dizem mais respeito à sociedade emissora das debêntures que à adquirente.

Esta Câmara enfrentou situação semelhante, tendo se manifestado nos Acórdãos nº 101-95.028 e 101-95.365 pela improcedência da glosa da amortização, conforme ementa a seguir:

*IRPJ – CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS.
– ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. –
DEDUTIBILIDADE. – O Ato Administrativo de Lançamento
requer seja produzida a prova da ocorrência de fato que,
inequivocamente, se subsuma à hipótese descrita pela norma
jurídica. A fundamentação da glosa de custos ou despesas*



operacionais realizadas e contabilmente apropriadas pelo sujeito passivo, há de ser acompanhada de elemento probatório, produzido pela Fiscalização, de que os gastos suportados não são necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos. O ágio pago na aquisição de debêntures, satisfeitas as condições legalmente estabelecidas, por se tratar de despesa necessária é dedutível para efeito de se determinar o lucro real.

Naqueles processos, todos os conselheiros acompanharam o Relator apenas em suas conclusões, tendo concordado com as razões de decidir apresentadas pelo Conselheiro Mário Junqueira, que tivera vista dos autos e apresentou declaração de voto. A Câmara acompanhou o Relator apenas nas conclusões, porque não se posicionou pela impossibilidade de o fisco se opor ao planejamento estruturado, mas entendeu, na esteira do voto do ilustre Conselheiro Mário Junqueira, que em situações como aquelas, o lançamento deve ser feito na sociedade emitente das debêntures, como glosa da remuneração paga.

Assim, ressalvando que poderia, o negócio, representar planejamento inoponível ao Fisco, entendo que, no caso concreto, a fiscalização não comprovou esse fato.

Sala das Sessões, DF, em 17 dezembro de 2008.


Sandra Maria Faroni

