



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

Processo nº 16561.000075/2009-11
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1101-000.863 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de março de 2013
Matéria IRPJ e Reflexos - Glosa de Despesas
Recorrentes PRIMO SCHINCAROL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

AUDITORIA FISCAL. PERÍODO DE APURAÇÃO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO DE FATOS, OPERAÇÕES, REGISTROS E ELEMENTOS PATRIMONIAIS COM REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA FUTURA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES. O fisco pode verificar fatos, operações e documentos, passíveis de registros contábeis e fiscais, devidamente escriturados ou não, em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência. Essa possibilidade delimita-se pelos seus próprios fins, pois, os ajustes decorrentes desse procedimento não podem implicar em alterações nos resultados tributáveis daqueles períodos decaídos, mas sim nos posteriores. Em relação a situações jurídicas, definitivamente constituídas, o Código Tributário Nacional estabelece que a contagem do prazo decadencial para constituição das obrigações tributárias, porventura delas inerentes, somente se inicia após 5 anos, contados do período seguinte ao que o lançamento do correspondente crédito tributário poderia ter sido efetuado (art. 173 do CTN).

REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES EMITIDAS. AMORTIZAÇÃO DE PRÊMIO DE DEBÊNTURES ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES ARTIFICIAIS. AUSÊNCIA DE INGRESSO DE NOVOS RECURSOS. CONTRATAÇÕES ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. INDEDUTIBILIDADE. São anormais e desnecessárias as despesas vinculadas a operações com debêntures que prestam-se apenas a favorecer as pessoas jurídicas de um mesmo grupo societário com reduções da base tributável e incrementos patrimoniais que permitem aumentos de capital, dissociados do ingresso de novos recursos, mormente tendo em conta a atribuição de remuneração equivalente a 50% do lucro da emitente e o pagamento de prêmio exorbitante em subscrição fora do mercado. MULTA

QUALIFICADA. Deve ser restabelecida a qualificação da penalidade se evidenciado que a contabilização de despesas decorrentes de contratos eivados de fraude objetivou a redução das bases tributáveis. DECORRÊNCIA. Correta a glosa de despesas financeiras decorrentes de valores a pagar em razão de remuneração de debêntures que foram declaradas anormais e desnecessárias.

DESPESAS COM LEASING DE AERONAVES. Inadmissível a glosa de despesas quando dissociada da análise das operações realizadas pela fiscalizada.

DESPESAS COM VARIAÇÃO CAMBIAL. A glosa associada à existência de lucros apurados pela controlada com a qual foi acordado o mútuo que ensejou as despesas financeiras depende, minimamente, da demonstração da existência daqueles lucros.

RECOMPOSIÇÃO DAS BASES TRIBUTÁVEIS. UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZOS E BASES NEGATIVAS RELATIVOS A PERÍODOS AUTUADOS. IMPOSSIBILIDADE. Enquanto não definitivamente desconstituído o lançamento que infirmou a existência de prejuízos e bases negativas, é inadmissível a pretensão da autuada de utilizá-los para redução da exigência. ERRO NA RECONSTITUIÇÃO PROMOVIDA NO LANÇAMENTO. Correta a decisão que restabelece a base de cálculo negativa indevidamente reduzida por erro da autoridade fiscal na elaboração dos cálculos do lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da decisão recorrida; 2) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de decadência, divergindo o Conselheiro José Ricardo da Silva; 3) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, relativamente às glosas de remuneração de debêntures, de amortização de prêmio na aquisição de debêntures e de despesas de atualização monetária e juros correlatas, bem como DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de ofício, para manter a exoneração decorrente da desconstituição da glosa de amortização de prêmio promovida no ano-calendário 2007, mas restabelecer a qualificação da penalidade sobre os créditos tributários exigidos de 2004 a 2006, divergindo o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, que dava provimento ao recurso voluntário e negava provimento ao recurso de ofício, e votando pelas conclusões os Conselheiros Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Nara Cristina Takeda Taga; 4) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício, relativamente à glosa de leasing com aeronaves; 5) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, relativamente à glosa de variações cambiais passivas e juros; 6) por unanimidade de votos, foi NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, relativamente à utilização de prejuízos fiscais; e 7) por unanimidade de votos, foi NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício relativamente à reconstituição da base de cálculo da CSLL do ano-calendário 2007, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Fez declaração de voto o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior.

(documento assinado digitalmente)

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro e Nara Cristina Takeda Taga.

Relatório

PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A (PSICR – ITU), já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo-I que, por unanimidade de votos, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 17/08/2009, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 48.923.260,21. A exoneração alcançou parcelas do principal lançadas no ano-calendário 2003 e 2007, bem como a qualificação da penalidade, em montante superior ao definido na Portaria MF nº 3/2008, submetendo-se a reexame necessário.

O lançamento decorre da glosa de: 1) despesas com remuneração atribuída a debêntures emitidas pela autuada e subscritas por Forcint (atualmente Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Mato Grosso do Sul – PSICR/MS); 2) amortização de prêmio pago na aquisição de debêntures emitidas por Schincariol Empreendimentos Imobiliários S/A (SEISA); 3) despesas de atualização monetária e IOF calculados sobre mútuo decorrente de remuneração de debêntures creditada à Forcint; 4) despesas com leasing de aeronave; e 5) variações cambiais e juros de mútuos com empresa controlada no exterior.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 1143/1165, a autoridade lançadora elabora quadro das empresas que compõe o Grupo Schincariol, indicando as relações entre elas existentes, historia as *principais atas societárias da PSICR – ITU* e também expõe *dados da SPR/SEISA/FORCINT*. A partir destas informações, conclui que houve redução indevida do lucro tributável nos anos-calendário 2003 a 2007.

Relativamente às **despesas com remuneração atribuída a debêntures emitidas pela autuada, e subscritas por Forcint/PSICR-MS**, relatou que a emissão inicial correspondia a R\$ 26.000.000,00 com prêmio de R\$ 234.000.000,00, e remuneração de 50% dos resultados líquidos da emitente, apurados no período de 2002 a 2011. Verificaram-se subscrições em 08/02/2002 no valor total de R\$ 130.000.000,00 (R\$ 117.000.000,00 de prêmio e R\$ 13.000.000,00 de valor de face), e em 30/12/2002 no valor de R\$ 99.000.000,00 (R\$ 89.100.000,00 de prêmio e R\$ 9.900.000,00 como valor de face). A parcela remanescente foi inicialmente vendida em 28/02/2002 a Credit Lyonnais (Uruguay) S/A, mediante pagamento por meio de Letras do Tesouro Americano (T.Bills), mas posteriormente revendida em 20/10/2004 à Forcint/PSICR-MS por USD 8.500.000,00.

Aponta a Fiscalização que *este tema já foi abordado no auto de infração que redundou no processo nº 16.327.0002112/2005-75*, no qual foram analisados os períodos de 1999 a 2003, estando aqui tratados os períodos de 2004 a 2007, de *idêntica essência*. Reporta-se aos documentos transpostos daquele procedimento fiscal e recorda o *histórico cronológico dos acontecimentos que demonstra a intenção dos responsáveis pelas pessoas jurídicas envolvidas*.

Destaca que o valor a receber da Forcint/PSICR-MS, em razão da subscrição ocorrida em 30.12.2002, no valor de R\$ 99.000.000,00 foi liquidado em compensação com o saldo devido pela autuada à SEISA, de mesmo valor, o qual passou a existir após outras operações realizadas entre estas e envolvendo a PSICR-RJ. Observa, ainda, que a

Forcint/PSICR-MS foi declarada inapta pela Delegacia da Receita Federal do local de seu domicílio, mais à frente acrescentando que tal se deu por ela não *ter qualquer processo industrial no endereço da empresa, pela ausência de qualquer movimento financeiro e comercial, mais uma vez comprovando se tratar de empresa veículo*.

Em 29/11/2006 o Grupo decidiu pela restituição parcial do prêmio e resgate do valor de face das debêntures, em razão da autuação sofrida em 2005, restituindo-se à Forcint/PSICR-MS o prêmio pago correspondente ao período de fruição contado de 29/11/2006 a 07/02/2012.

Depois de relatar a operação de emissão de debêntures pela SEISA, adquiridas pela PSICR-ITU – origem da segunda infração autuada –, a autoridade lançadora apresenta quadro das *liquidações financeiras por compra e venda de debêntures*, comparando os valores que a SEISA recebeu da PSICR-ITU e que a Forcint/PSICR-MS recebeu da PSICR-RJ, para concluir que *dos valores “recebidos” para liquidação da venda de debêntures, resta comprovado que tais valores tiveram origem ou nas próprias coligadas ou por remuneração produzida pelas próprias debêntures*.

Abordando o conceito de debêntures em extenso arrazoado, defende a autoridade lançadora que elas devem ser, necessariamente, remuneradas por meio de juros, e que a participação nos lucros pode apenas ser um adicional para torná-las mais atrativas. Caso remuneradas exclusivamente por meio de participações nos lucros, as debêntures ficariam desfiguradas como título de dívida comercial, líquida e certa, e passariam a ter a natureza de partes beneficiárias.

Anota que a autuada deveria emitir debêntures com valor de face compatível com suas necessidades financeiras, *até porque não colocou títulos para o mercado, onde qualquer pessoa poderia adquiri-lo*. Questiona, assim, qual a razão econômica destas operações realizada por empresas do próprio grupo e qual dinheiro novo foi introduzido no negócio, asseverando que:

Em vista do exposto, pôde ser provado que a emissão promovida pela fiscalizada não se enquadra como emissão de debêntures, pois não há qualquer previsão de se remunerar os recursos obtidos através do pagamento de juros, e sendo as debêntures de emissão privada e os adquirentes coligados à fiscalizada, seus agentes os mesmos, portanto líquido e certo, menor motivo não há para que assim fosse procedido quanto a remuneração e ao prêmio.

Observando que as partes beneficiárias têm sua participação nos lucros limitada a 10%, conforme artigo 46, §2º da Lei das S/A, questiona por que o legislador não imporia limites no caso das debêntures que, em regra, já são remuneradas por juros. E, do exame do parágrafo único do artigo 58 do Decreto-Lei nº 1.598/77, conclui que a autorização para se excluir do lucro líquido do exercício as participações nos lucros asseguradas a debêntures de sua emissão não se estende aos casos em que essas participações sejam atribuídas a seus administradores, mesmo que indiretamente.

Ressalta que os recursos da Forcint/PSICR-MS também haviam sido adquiridos pela emissão de debêntures junto a outra empresa do grupo, a PSICR – RJ, com valor de face R\$ 1.000.000,00 e prêmio de R\$ 299.000.000,00, bem como que *as atas de deliberação para emissão de debêntures, a escritura de emissão de debêntures, os*

instrumentos de compra e venda de debêntures, são assinados pelas mesmas pessoas representantes das empresas do grupo.

Aduz que o grupo de empresas Schincariol define o valor de face e o prêmio, tal prêmio sob a ótica de seus proprietários permitem amortizações. Portanto, ao circularizar debêntures entre as empresas do grupo (loping), há uma economia em escala via reduções das bases tributáveis, com ou sem a correspondente remuneração compatível, ao menos, com a redução de tributos proporcionadas por estas amortizações. E complementa: dizer-se que tais debêntures não existem, seria forçar e desqualificar levemente documentos (registrados em junta comercial e cartórios), mas, não resta dúvida que o planejamento tributário aponta para operações fictícias, verdadeiramente um negócio consigo mesma.

Conclui, assim, que a remuneração de debêntures reduziu indevidamente o lucro tributável dos exercícios, sem qualquer fundamentação legal, caracterizando-se como inusual, anormal e desnecessário, conforme prescreve o art. 299 do RIR/99. Complementa que:

Para efeitos tributários, as debêntures emitidas pela atuada não prevalecem com tal pois foram 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 atuada, conforme cláusula décima primeira da escritura particular de emissão privada de debêntures.

Em face disto, a distribuição de lucros efetuada pela atuada aos investidores — adquirentes das citadas "debêntures" - Forcint S/A Industria de Bebidas (empresa do próprio grupo da atuada) não constitui despesa dedutível na apuração do lucro real, mas sim mera liberalidade (art.463/RIR/99).

Por conseguinte as despesas foram glosadas (distribuição de lucros a título de remuneração das debêntures) implicando adição do valor correspondente na apuração do lucro real, por serem despesas.

Os valores considerados indedutíveis pela fiscalização correspondem a R\$ 14.231.368,76 em 2004, R\$ 26.022.661,80 em 2005 e R\$ 11.895.478,73 em 2006.

Com referência à **amortização de prêmio pago na aquisição de debêntures emitidas por Schincariol Empreendimentos Imobiliários S/A (SEISA)**, o fiscal atuante descreve que a operação realizou-se em 1997, pagando a atuada R\$ 300.000.000,00 por debêntures com valor de face de R\$ 50.000.000,00, associada a remuneração a partir de 01.07.1998 equivalente a 80% do resultado líquido da emitente. Registra que os pagamentos pela subscrição das debêntures seriam feitos parceladamente, mas foram apresentados pedidos de prorrogação e de suspensão, até que em 30/04/2001 *foi decidido sobre a compensação do valor a pagar relativo a remuneração de debêntures da SEISA com o valor a receber da PSICR-ITU a título de subscrição de debêntures*. Em 20/12/2006 o Grupo decidiu pelo cancelamento das debêntures em razão da autuação sofrida em 2005.

Além do já exposto acerca da realização das operações entre empresas do Grupo, sem o ingresso de novos recursos; do conceito de debêntures; da emissão de títulos com valor de face inferior às necessidades financeiras da emitente em operação interna; da assinatura dos contratos pelas mesmas pessoas de ambos os lados; da circularização de debêntures entre empresas do grupo para redução das bases tributáveis; e do caráter fictício das operações, a autoridade lançadora consignou que *não há nos contratos qualquer menção sobre*

o critério de amortização do prêmio, e que estas operações, além de gerar amortizações de prêmio, potencializaram aumentos de capital com utilização do prêmio sobre debêntures tomados como reserva de capital em quase todas as empresas do Grupo. E, como somente um dos lados provoca influência nos resultados (despesas de amortização do diferido), o contribuinte conseguiu poupar tributos mercê da redução do lucro tributável.

Observa que a emissão de debêntures pela SEISA teria por objetivo o *desenvolvimento de novas fontes produtoras e novos produtos*, apesar de tal empresa ter como atividade a locação de imóveis. Menciona o contrato que seria ampliada participação societária na PSICR-RJ, mas o fiscal autuante anota que *a planta já era pertencente ao Grupo, a evidenciar a inutilidade e não necessidade da atitude tomada pela contribuinte, que só fez efeito para fins de baixa do valor tributável, lembrando que a PSICR-RJ foi adquirente de debêntures emitidas pela Forcint, que adquiriu debêntures da PSICR.*

De forma semelhante à anterior, conclui que *a ação do contribuinte é anormal, inusual e desnecessária ao objetivo proposto na emissão de debêntures, cujo real objetivo era diminuir a base tributável, claramente para burlar a tributação.* Observando que a legislação tributária não aborda o prêmio na emissão de debêntures sob a ótica de quem o pagou, e que sua dedução foi feita pela contribuinte com fundamento nos arts. 324 e 325 do RIR/99, complementa a Fiscalização que:

O art. 324 regulamenta amortização de bens e direitos, conforme destacam os parágrafos 1º e 3º, mas não só isso, no parágrafo 2º ainda manda observar as condições do Decreto formulador do Regulamento, para finalizar destacando que a permissão da amortização está vinculada a que os bens e direitos estejam intrinsecamente relacionados com a produção. A IN 11/96 veio normatizar o entendimento do que é intrinsecamente relacionado, e nela não consta qualquer relação com o prêmio amortizado.

Complementando, entendemos que a empresa emissora de debêntures não foi aquela que aplicou em bens. Pela evolução dos balanços, informações retiradas das declarações de imposto de renda é de se notar que o volume mais importante de recursos foram aplicados em investimentos permanentes, que não sofrem amortizações..

Já o artigo 325, que trata do Capital e Despesas Amortizáveis, cita diversos incisos onde se poderá dar a amortização, mas nenhum deles, claramente, se coaduna com a amortização de prêmios de debêntures, se eventualmente demandada pelo contribuinte como fundamentação legal para tal ação.

Conclui-se que a aquisição de debêntures de emissão de empresa do mesmo grupo econômico da autuada (tanto valor de face, quanto do valor do prêmio/ágio) deve ser escriturada no ativo realizável a longo prazo, portanto subsumida no art. 179, II da Lei 6.404/76. Sendo assim a amortização do valor do prêmio sobre debêntures além de não encontrar base sólida na legislação pertinente, a despesa de amortização deste prêmio/ágio é inusual, anormal e desnecessária e não se enquadra nas disposições dos artigos 324 e 325 do RIR/99, portanto, indedutível.

O fiscal autuante também registra que a PSICR-ITU utilizou parte das debêntures adquiridas para aumentar capital de outra empresa do Grupo em 1998, transferindo-lhe o correspondente prêmio, mas em 2003 tais debêntures voltaram à posse da autuada em razão da venda daquele investimento anterior à Geofinance.

Os valores adicionados para apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL correspondem a R\$ 19.999.999,98 em 2004, R\$ 19.999.999,98 em 2005, R\$ 18.333.333,32 em 2006 e R\$ 9.999.999,99 em 2007.

Relativamente às exigências decorrentes destas duas infrações, a autoridade lançadora afirma cabível o *agravamento da multa, pela comprovação que a ação do contribuinte teve o propósito deliberado de suprimir tributação mercê de artifício revestido de legalidade, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (multa agravada) e nos termos do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.*

A autoridade lançadora também **glosou valores relativos à atualização monetária, iof e redução por imposto de renda fonte**, calculados sobre o valor de R\$ 17.897.495,47 (fls.39, 43), *que é a remuneração de debêntures creditado à Forcint (contas a pagar) em virtude de debêntures adquiridas junto a PSICR ITU.* Os valores autuados corresponderam a R\$ 308.709,56 em 2005, R\$ 724.929,86 em 2006 e R\$ 67.901,30 em 2007.

O fiscal autuante reputou **desnecessárias e indedutíveis as despesas de leasing de aeronave utilizada por diretores da empresa**, já que não havia prova de que a sua utilização se dava em benefício da pessoa jurídica, nem que se relacionava intrinsecamente com as atividades da empresa. Anotou, ainda, que havia o registro de importação de uma aeronave Cessna pelo valor de R\$ 18.339.544,61 por meio de uma de suas controladas (Village), e que a fiscalizada *não enviou nenhum contrato de leasing, declaração de importação ou qualquer outro documento* a justificar os valores contabilizados.

Foram glosados os valores de R\$ 1.473.108,56 em 2003, R\$ 2.743.300,19 em 2004, R\$ 3.237.729,25 em 2005 e R\$ 3.115.802,09 em 2006.

Quanto à glosa de variações cambiais e de juros de mútuos com empresa controlada, situada no exterior, invocando o disposto no art. 3º da Lei nº 9.532/97, que veda a dedução de juros de mútuo entre controlada e controladora, quando houver lucros não distribuídos, entendeu a Fiscalização que *não há como fazer distinção entre juros e variação cambial, uma vez que o nascedouro de ambas são as mesmas remessas de valores a título de mútuo.* Caso a empresa controladora tivesse trazido os lucros da controlada, existentes em montantes superiores ao volume de empréstimos, no momento de sua necessidade econômica, não teria havido a geração de juros nem variações cambiais, configurando-se tal atitude como de mera liberalidade, e as despesas como desnecessárias, inusuais e anormais.

Identificou a parcela a ser adicionada a título de juros no valor de R\$ 37.162,74 em 2005, e o montante de R\$ 544.752,62 a título de variações cambiais, no mesmo ano.

O autuante ainda consignou que, no caso de apuração anual do IRPJ com pagamentos de estimativas mensais, aplica-se o artigo 173, I do CTN, contando-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Em todos os períodos fiscalizados a apuração original apontava prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa, os quais foram revertidos para lucro, com exceção do prejuízo fiscal de 2007, que foi reduzido de R\$ 10.914.869,05 para R\$ 846.967,76.

Impugnando a exigência, a contribuinte argüiu a decadência dos valores lançados relativamente ao ano-calendário 2003, bem como questionou a possibilidade de o Fisco rever critérios de contabilização de debêntures adquiridas em 1997, assim como das debêntures emitidas em 2002.

No mérito:

- Defendeu a dedutibilidade das despesas com leasing, apresentando cópia do contrato de leasing e planilhas de vôo da aeronave, com vistas a demonstrar a necessidade da despesa e sua intrínseca relação com a produção ou comercialização de bens e serviços;
- Discordou da qualificação das debêntures emitidas como partes beneficiárias, observou que os títulos não foram desconstituídos, limitando-se a Fiscalização a questionamentos de cunho econômico, justificou a escolha da remuneração e o menor valor de face atribuído aos títulos, e demonstrou seu entendimento de que a legislação permite a remuneração mediante a participação nos lucros e o prêmio de reembolso;
- Reiterou seus argumentos quanto à existência e validade das debêntures relativamente àquelas adquiridas, ressaltou o cancelamento da exigência correspondente a esta matéria veiculada no processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, invocou orientação contida na Solução de Consulta da 7ª RF nº 266/2001 acerca da forma de contabilização das debêntures e da amortização do prêmio, e defendeu a dedutibilidade desta amortização, bem como a sua relação intrínseca com a atividade da empresa. Subsidiariamente pediu o cancelamento da exigência pertinente a 2007, pois as debêntures foram canceladas em 2006;
- Observou que a glosa de variações cambiais de mútuos não observou a lei, que se reporta apenas aos juros e à parcela que corresponda ao montante dos lucros não disponibilizados; asseverou que a abordagem fiscal é subjetiva, e que a variação cambial só pode ser glosada se comprovada a inexistência do mútuo;
- Requereu, subsidiariamente, a utilização dos prejuízos fiscais acumulados subsistentes após o cancelamento quase integral do lançamento objeto do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, bem como parcela pertinente ao período de abril a dezembro de 2005;
- Discordou da qualificação da penalidade por tratar-se de mera divergência de interpretação acerca da dedutibilidade de despesas, e também porque seria necessária minuciosa justificativa das circunstâncias que a justificassem. Questionou, ainda, porque idênticas infrações foram lançadas, pelo mesmo Auditor Fiscal, com multa de 75% no auto de infração anterior.

A Turma julgadora acolheu parte destes argumentos, quais sejam:

- Já havia transcorrido o prazo decadencial para a exigência pertinente ao ano-calendário 2003, dado que não houve a aplicação de multa qualificada e a contribuinte apresentara declaração optando pela forma de apuração anual, evidenciando não ter valor a pagar. Assim, em observância ao art. 150, §4º do CTN, o lançamento somente poderia ter sido efetuado até 31/12/2008; e
- A aplicação da multa qualificada dependeria da subsunção dos atos praticados pelo contribuinte aos tipos encartados nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64. Contudo, examinando os pressupostos para aplicação da penalidade, afirmou não vislumbrar a hipótese de sonegação, já que *tudo foi feito à claras*, nem de fraude, dada a conduta de deduzir despesa efetivamente existente, mas classificada como indedutível. Em consequência, também não se poderia falar em conluio. Daí a redução da penalidade a 75%;
- A glosa de amortização de prêmio em 2007 não teria amparo nas provas juntadas pelas Fiscalizações, que apenas evidenciam registros até 2006, além de a própria autoridade lançadora reconhecer que as debêntures foram canceladas em dezembro de 2006. Restabeleceu, assim, parcialmente o prejuízo fiscal do ano-calendário 2007, mantendo a redução apenas da parcela relativa a “outras glosas relacionadas às despesas emitidas”, bem como corrigiu o lançamento relativo à CSLL, que havia tomado por referência base de cálculo negativa original de R\$ 1.081.071,77 e não de R\$ 10.851.071,77, declarando sua redução apenas em razão da parcela relativa a “outras glosas relacionadas às despesas emitidas”.

De outro lado: 1) rejeitou a alegação de que não poderiam ser revistos critérios de contabilização de fatos ocorridos em 1997 e 2002, pois a decadência não impede a análise de fatos que afetam o dimensionamento da base de cálculo do tributo devido em período não decaído; 2) declarou que aeronaves não estão listadas dentre os bens que se admite diretamente relacionados à produção e comercialização de bens e serviços, sendo as despesas de leasing indedutíveis independentemente da prova de que a aeronave é utilizada apenas para atender aos interesses da empresa; 3) concordou com a Fiscalização na parte em que a remuneração das debêntures emitidas pela autuada não atenderia ao art. 299 do RIR/99, *dado o percentual da participação nos lucros atribuída às debêntures, de 50%, o fato de as empresas envolvidas pertencerem ao mesmo grupo econômico, tendo como investidores no seu "topo", para usar a expressão do Auditor-Fiscal, as empresas Aleadri e Jodangill (fls. 1143 e 1144), e a ausência de propósito negocial*; 4) por decorrência, manteve as glosas de despesas de atualização monetária e IOF, mormente ante a ausência de impugnação específica neste ponto; 5) da mesma forma, admitiu que a glosa da amortização do prêmio nas debêntures adquiridas justificava-se porque não atendidos os requisitos da necessidade, normalidade e usualidade da despesa, ante as especificidades da operação realizada, entre empresas ligadas e com a fixação de um prêmio exorbitante, dissociadas da aparente motivação de implantação ou modernização de novas práticas, na medida em que não houve efetivo ingresso de recursos; 6) manteve a glosa de variações cambiais na medida em que a contribuinte não justificou a necessidade do empréstimo; 7) negou a possibilidade de utilização de saldos de prejuízos acumulados em períodos anteriores, dado que ainda não formalizado o acórdão relativo ao processo administrativo nº 16327.002112/2005-75 e também em razão de outros lançamentos (processos nº 16327.002113/2005-10 e 16024.000642/2007-55) que afetaram o saldo daqueles períodos; e

8) negou a possibilidade de utilização do prejuízo apurado de abril a dezembro/2005, porque já totalmente utilizado no processo administrativo nº16024.000642/2007-55.

Cientificada da decisão de primeira instância em 03/02/2011 (fl. 1477), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 04/03/2011 (fls. 1598).

Reproduz seus questionamentos dirigidos, em impugnação, ao lançamento, bem como reporta-se à decisão recorrida, para, na sequência, argüir a sua nulidade *por inovação das acusações*, nos seguintes pontos:

O QUE DIZ A ACUSAÇÃO	O QUE CONCLUIU A DECISÃO
<i>Debêntures sem previsão de remuneração por juros equivalem a Partes Beneficiárias . Por isto, a remuneração foi glosada.</i> Fundamento legal: violação aos arts. 247, 249, I, e 462, I, do RIR/99	<i>A ausência de juros não macula a natureza jurídica das debêntures . A glosa foi mantida, porém, sob outro fundamento despesa desnecessária, sem identificação da norma legal tomada como infringida para tanto.</i>
<i>O prêmio pago na aquisição das debêntures não pode ser classificado no Ativo Diferido e sim no Ativo Realizável a Longo Prazo. Por isso, a amortização foi glosada.</i> Fundamento legal: violação ao art. 249 do RIR/99 (norma de caráter geral).	<i>"Correta, portanto, a classificação no ativo diferido"(fls. 1.450). Mas, a glosa foi mantida por entender a decisão que a despesa seria desnecessária, sem identificação da norma legal tomada como infringida para tanto.</i>
<i>Despesas com leasing foram glosadas por inobservância do requisito de dedutibilidade.</i> Fundamento legal: art. 299 do RIR/99 (os arts. 249, 251 e 300 cuidam de normas gerais).	<i>A glosa foi mantida com fundamento no art. 13, II, da Lei nº 9.249/95 (matriz legal do art. 356, § 5º do RIR/99).</i>
<i>Foram glosadas variações cambiais e juros de mútuos com empresa controlada no exterior em face da vedação do § 3º do art. 1º da Lei nº 9.532/97.</i>	<i>A glosa foi mantida com negação à aplicação do dispositivo (fls. 1.456). A razão de manter foi por entender ser desnecessário o próprio empréstimo em face da existência de lucros na controlada no exterior. Mais uma vez modifica, o julgador, a capitulação legal do lançamento.</i>

Reporta-se ao art. 146 do CTN e menciona que o julgador tributário não pode substituir o auditor fiscal em sua atividade de lançamento prevista no art. 142 do CTN e assevera:

7. A decisão sob guerra é a prova eloqüente da nulidade do lançamento reclamada desde logo com a impugnação. Não há dúvida de que presente erro de lançamento. A decisão, para manter as acusações, rechaçou os próprios fundamentos que justificaram os lançamentos, como demonstrado. A prova encontra-se no quadro acima elaborado

8. *A dificuldade se apresentou de tal ordem que a decisão recorrida, na tentativa de salvar os lançamentos, contentou-se em argumentar que a ação do Fisco tinha embasamento tão-só na anormalidade, inusualidade e desnecessidade das operações fiscalizadas quanto às debêntures e suas conseqüências; ao leasing; e à variação cambial.*

Relativamente à glosa de despesas de leasing com aeronave, transcreve seu arrazoado apresentado em impugnação, no qual mencionou a autorização contida no art. 11 da Lei nº 6.099/74, abordou o conceito de despesas necessárias na forma do art. 299 do RIR/99 e do Parecer Normativo CST nº 32/81, bem como as restrições veiculadas na Lei nº 9.249/95, defendendo que a *pseudo lista de bens que o Fisco considera intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização*, veiculada no art. 25 da Instrução Normativa SRF nº 11/96, é reconhecida como exemplificativa pela jurisprudência administrativa, consoante ementas de acórdão que transcreveu. Naquela ocasião reportou-se, ainda, às explicações apresentadas durante o procedimento fiscal, defendendo a razoabilidade da despesa, negou que não tivesse apresentado o contrato de leasing, juntando-o naquela ocasião, bem como *amostragem de relatórios de vôos que identificam as localidades visitadas*.

Contudo, este arrazoado teria sido rechaçado de maneira simples na decisão recorrida, com base em argumentos que impediriam a produção de qualquer prova para tornar dedutível o leasing. Aduz que a Fiscalização não definiu a exata compreensão do termo *intrinsecamente*, e não demonstrou o desvio de uso do veículo objeto de leasing, bem como não adotou o fundamento legal invocado na decisão recorrida. Questiona se a dedução de vôos de carreira para seus diretores e pessoal seria admissível, e critica a subjetividade do Fisco e do julgador, para os quais *o Brasil deve se manter na época das carruagens*. Entende que, tendo a recorrente feito prova do uso do avião em suas finalidades fabris, caberia ao Fisco ou ao julgador demonstrar não serem verdadeiros os documentos ou inexistentes as fábricas lá apontadas. Assevera que também seria subjetiva a afirmação de que não foram *identificados com certeza quem tinham sido os passageiros*, bem como injustificada a *ausência de identificação dos dias em que havidos os deslocamentos*, já que os documentos encontram-se nos autos e a contabilidade registra as operações, com datas.

No que tange à matéria debêntures, entende que a defesa veiculada na impugnação é suficiente *para abater a pretensão constante do lançamento de ofício*. Naquela ocasião, disse que não foi negada a emissão, aquisição ou pagamento das debêntures, bem como não há prova de vício material ou formal nos títulos, limitando-se o Fisco a lançar *dúvidas de cunho econômico, questionando tão só os seus efeitos tributários*. Em suma, o Fisco teria aceitado *os títulos, confirma a existência da operação, mas os conceitua como partes beneficiárias e não debêntures*.

Mencionou que consultou especialistas no assunto, conforme documentos juntados à impugnação, e que todos entenderam pela legalidade da operação, optando-se *por um modelo que privilegiou a melhor remuneração possível à investidora e o menor comprometimento com dispêndios de natureza fixa (juros), o que explica a adoção de um menor valor de face e de um alentado valor de prêmio para os títulos*. Apontou que o dispositivo legal que fundamenta a glosa é justamente aquele que permite a dedução feita, e invocou entendimento expresso no Acórdão nº 107-08.029.

Quanto à *amortização de prêmio de debêntures*, acrescentou que a exigência não tem fundamento jurídico, e que tal glosa já foi desconstituída em lançamento anterior, objeto do processo nº 16327.002112/2005-75. Defendeu a forma de contabilização adotada

para os títulos, reportando-se a manifestação da Receita Federal em Solução de Consulta, e firmou a dedução da amortização com fundamento nos arts. 324 e 325 do RIR/99, e em razão de sua necessidade para aquisição das debêntures, opondo-se à restrição atribuída à Instrução Normativa SRF nº 11/96, dado esta ter apenas caráter exemplificativo do que seja intrinsecamente ligado à produção ou comercialização.

Opôs-se, ainda, à afirmação do julgador administrativo de que as operações com debêntures não envolveram recursos financeiros, juntando *planilhas de lançamentos contábeis que comprovam o pagamento de valores via cheques compensados nos termos pactuados na escritura de emissão de debêntures e instrumento particular de compra e venda citado no item 1 do Termo de Verificação Fiscal*. Afirmou que requereu a instituições financeiras os extratos que provam pagamentos em moeda corrente e que serão apresentados futuramente.

Defendeu que *a desoneração do passivo da emitente das Debêntures deve ser tida como "dinheiro novo" e/ou "pagamento"*, e junta documento para provar que *a Primo Schincariol MS (FORCINT) ofereceu à tributação os valores recebidos da autuada em remuneração às debêntures*.

Em relação à glosa de variações cambiais em mútuo com empresa controlada no exterior, destaca que a lei só se refere a juros e que a Fiscalização reconheceu que estes foram adicionados ao LALUR. Frisou que a lei não pretendeu alcançar a variação cambial, até porque esta pode ser ativa, e opôs-se à classificação da despesa como *evitável*, pois representa desrespeito à liberdade da administração da impugnante. Entendeu que a subjetividade do autuante *confere insegurança ao lançamento, dubiedade de interpretação*. Acrescentou que falta previsão legal para a glosa da dedução na apuração da CSLL.

Defendeu a compensação de prejuízos, reportando-se à glosa desconstituída na apreciação do item 3 do acórdão proferido nos autos do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, bem como ao fato de que ali foi dado provimento *em mais de 90% do que fora lançado, o que logicamente implica retomar os saldos de prejuízos então existentes*. E apontou, novamente, que a Fiscalização deixou de considerar o prejuízo do período de abril a dezembro de 2005.

Acrescentou que o Fisco *além de "Glosar" custos e despesas e exigir tributo, também "Glosa" a compensação de prejuízos que, certamente, foram gerados pelas mesmos custos/despesas, traduzindo verdadeira exigência dúplice*.

Finalizou dizendo que os autos evidenciam *flagrante violação ao princípio da tipicidade fechada, razão pela qual a nulidade não carece de maiores argumentos para o seu reconhecimento* e relacionou os seguintes fatos que deverão ser levados em consideração neste julgamento:

i) *o valor de R\$ 11.895.478, 73 do ano de 2006 citado no item 1 da intimação refere-se à baixa do prêmio que estava registrado no Ativo Diferido da Primo Itu em virtude do cancelamento da operação das Debêntures emitidas pela Schincariol Empreendimentos Imobiliários S/A e não Despesas com Remuneração de Debêntures citada na intimação; (anexo)*

ii) *em relação ao empréstimo efetuado com empresa no Exterior (Village) citado no item 6 onde há glosa de variações cambiais e juros, cabe esclarecer que o empréstimo foi efetuado no ano de 2003 e a empresa que a Pessoa Jurídica que*

emprestou os recursos apresentou prejuízo neste ano, bem como em 2004. No ano de 2005 foi quitado o referido empréstimo e o Lucro apurado foi devidamente oferecido a tributação; (anexo)

iii) o fisco erroneamente informa que o empréstimo foi realizado no ano de 2005 e não no ano de 2003, fato este que tem a ver com a perda do direito de exigir.

No mais, reiterou as razões de impugnação, especialmente no que tange à *recomposição dos prejuízos segundo outros processos devidamente apontados nos autos.*

Em 18/03/2011 a contribuinte requereu a juntada dos documentos de fls. 1605/1684.

Consta à fl. 1688 que foram concedidas vistas dos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional, mas não há notícia de contrarrazões ao recurso voluntário, ou razões para acolhimento do recurso de ofício. Há apenas memoriais juntados em 04/05/2012, apontando que o recurso voluntário seria intempestivo, e argumentando que:

- Não houve inovação do lançamento, pois a autoridade julgadora apenas *reforçou os fundamentos da autuação, robustecendo a desnecessidade das despesas registradas na contabilidade da Recorrente de acordo com as peculiaridades das provas carreadas aos autos;*
- A dedutibilidade das despesas com leasing de aeronave dependeria da comprovação da despesa, bem como da demonstração de seu relacionamento intrínseco com a produção ou comercialização de bens e serviços desenvolvidos pela empresa, para o que não se prestam as declarações por ela firmadas em “relatórios de voo”;
- A remuneração de debêntures emitidas não seria dedutível porque comprometeria percentual excessivo dos lucros em favor de empresas pertencentes ao mesmo grupo societário, além de não ter proporcionado *o ingresso de recursos financeiros e nem a captação de novos investimentos em busca de melhores resultados*, como reconhecido nos acórdãos nº 101-97.083 e 1402-00.494, em face da própria autuada, e em outros acórdãos tratando da mesma matéria, inclusive no âmbito da CSRF. Ademais, a pessoa jurídica adquirente das debêntures foi considerada inapta pelo Delegado da Receita Federal em Mato Grosso do Sul, aspecto relevante para a decisão veiculada no Acórdão nº 1402-00.494;
- As operações que conduziram ao prêmio “pago” pela recorrente na aquisição de debêntures foram revestidas de artificialidade, dadas as peculiaridades citadas pela Fiscalização (a emitente era empresa do ramo imobiliário e integrante do Grupo Schincariol, deveria ter emitido as debêntures pelo valor que queria captar, não se justificaria a pretendida ampliação do parque industrial, não houve ingresso de novos recursos, inclusive com participação da Forcint, declarada inapta), a evidenciar *que o prêmio de debêntures “pago” pela Recorrente apenas seria possível se decorresse de uma operação livre de mercado*, e que as operações só tiveram por objetivo *economia*

fiscal ilícita. Glosa desta natureza também foi mantida no Acórdão nº 1402-00.494;

- A multa qualificada tem cabimento na medida em que as despesas deduzidas pela autuada foram criadas *de forma artificial, por meio de fraude*, havendo provas robustas nos autos, neste sentido. *A ausência de substrato econômico, da mesma forma que impede a existência material da despesa, atesta o intento fraudulento praticado pela contribuinte*. Inclusive, na apreciação do processo administrativo nº10730.004842/2005-62, formalizado contra empresa do Grupo Schincariol no Rio de Janeiro, o CARF restabeleceu a qualificação da multa;
- A glosa de variação cambial decorreu da desnecessidade da empresa, e há jurisprudência no CARF que admite tal glosa quando demonstrado que *os gastos com empréstimos foram desnecessários ao desenvolvimento das atividades da empresa*;
- A utilização de prejuízos fiscais e bases negativas em decorrência do julgamento proferido nos autos do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75 seria inadmissível, na medida em que o acórdão respectivo foi embargado, e ainda não transitou em julgado.
- O prejuízo correspondente ao período de abril a dezembro/2005 foi integralmente utilizado no processo administrativo nº 16024.000642/2007-55.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Inicialmente cabe registrar que não tem razão a Procuradoria da Fazenda Nacional acerca da intempestividade do recurso voluntário. A data apontada no carimbo de recepção à fl. 1473 (10/03/2011) corresponde ao recebimento do recurso por via postal, e não à sua postagem, ocorrida em 04/03/2011 (fls. 1598). Por sua vez, o Ato Declaratório Normativo COSIT nº 19/97 interpreta que, para exame da tempestividade, deve ser considerada a data da entrega constante do aviso de recebimento da correspondência ou, na sua ausência, a data do carimbo de postagem apostado pelos Correios no envelope, o qual está juntado à fl. 1598.

Assim, sendo tempestivo o recurso voluntário e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, passa-se à sua apreciação, juntamente com reexame necessário da decisão de 1ª instância, na parte em que exonerou parcialmente o crédito tributário lançado.

Em preliminar, cabe rejeitar a arguição de nulidade da decisão recorrida. A mera comparação entre as conclusões da decisão, citadas pela recorrente, e excertos do Termo de Verificação Fiscal, permitem afirmar que as razões adotadas para manutenção do crédito tributário já integravam a acusação fiscal. Veja-se:

- Remuneração de debêntures emitidas pela autuada:
 - Conclusão apontada pela recorrente: *A ausência de juros não macula a natureza jurídica das debêntures. A glosa foi mantida, porém, sob outro fundamento despesa desnecessária, sem identificação da norma legal tomada como infringida para tanto.*
 - Acusação fiscal: *Em face disto, a distribuição de lucros efetuada pela autuada aos investidores – adquirentes das citadas “debêntures” – Forcint S/A Indústria de Bebidas (empresa do próprio grupo da autuada) não constitui despesa dedutível na apuração do lucro real, mas sim mera liberalidade (art. 463/RIR/99), conforme fl. 1158. E mais à frente, a remuneração de debêntures reduziu indevidamente o lucro tributável dos exercícios, sem qualquer fundamentação legal caracterizando-se como inusual, anormal e desnecessário, conforme prescreve o artigo 299 do RIR/99 (fl. 1159).*
- Amortização de prêmio na aquisição de debêntures:
 - Conclusão apontada pela recorrente: *"Correta, portanto, a classificação no ativo diferido"(fls. 1.450). Mas, a glosa foi mantida por entender a decisão que a despesa seria desnecessária, sem identificação da norma legal tomada como infringida para tanto.*
 - Acusação fiscal: *A resposta a estas questões, só fica clara quando se observa a redução proporcionada pela amortização do prêmio de*

debêntures feita pelo contribuinte que reduz sensivelmente a base de calculo dos tributos envolvidos. Conclui-se que a ação do contribuinte é anormal, inusual e desnecessária ao objetivo proposto na emissão de debêntures, cujo real objetivo era diminuir a base tributável, claramente para burlar a tributação. (fl. 1154).

- Despesas de leasing com aeronaves:
 - Conclusão apontada pela recorrente: *A glosa foi mantida com fundamento no art. 13, II, da Lei nº 9.249/95 (matriz legal do art. 356, § 5, do RIR/99).*
 - Acusação fiscal: *ART. 13, INCISO II, DA LEI 9.249/95. "As contraprestações de arrendamento mercantil somente serão dedutíveis quando o bem arrendado estiver relacionado intrinsecamente com a produção e comercialização de bens e serviços." Assim não restou provado que a aeronave, utilizada pelos executivos da empresa, conforme afirmação própria, eram usados efetivamente em benefício da pessoa jurídica e relacionavam-se intrinsecamente com as atividades da empresa, ou seja, indispensável para realização dos seus objetos sociais, nos termos da legislação de regência, logo, não há outra alternativa senão considera-la indedutível na determinação do lucro real. (fl. 1163).*
- Glosa de variação cambial passiva:
 - Conclusão apontada pela recorrente: *A glosa foi mantida com negação à aplicação do dispositivo (fls. 1.456). A razão de manter foi por entender ser desnecessário o próprio empréstimo em face da existência de lucros na controlada no exterior. Mais uma vez modifica, o julgador, a capitulação legal do lançamento.*
 - Acusação fiscal: *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 VILLAGE, que até possuía aplicações financeiras em outros investimentos de curto prazo (fl. 1164).*

Na transcrição da recorrente acerca do que seria a *acusação*, observa-se a referência, apenas, ao enquadramento legal citado na folha de continuação dos autos de infração, omitindo-se a extensa fundamentação contida no Termo de Verificação Fiscal que, como referido na folha de continuação dos autos de infração, é *parte integrante e inseparável* destes.

Considerando que o Termo de Verificação Fiscal também foi cientificado ao representante da autuada, e que a validade/suficiência de seu conteúdo para a manutenção da exigência é aspecto que tange ao mérito do lançamento e da decisão recorrida, o contexto acima demonstrado mostra-se suficiente para REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida.

Passando ao mérito, inicia-se a apreciação pelas operações envolvendo debêntures. Consoante relatado, a autoridade fiscal glosou a dedução de remunerações decorrentes de debêntures emitidas pela autuada, bem como a amortização de prêmio vinculado a debêntures por ela adquiridas. As operações questionadas verificaram-se entre 1997 e 2002, ensejando o registro de despesas até 2006. As despesas contabilizadas nos anos-calendário 2000 a 2003 foram objeto de lançamento nos autos do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75 e as demais resultaram na exigência aqui formalizada em 17/08/2009.

Na medida em que a recorrente reitera seus argumentos de impugnação, é de se entender que reafirma, aqui, sua alegação de que o Fisco não poderia, em 2009, questionar operações ocorridas há mais de 5 (cinco) anos, em razão do transcurso do prazo decadencial.

As razões para rejeitar esta arguição de decadência são extraídas do voto vencedor do I. Conselheiro Antonio José Praga de Souza no Acórdão nº 1402-00.993:

[...]

É certo que a decadência opera no sentido do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Em consequência, em 2010 o Fisco não mais poderia formalizar lançamento para exigência de crédito tributário e impor penalidades quanto a infrações incorridas no ano-calendário 2004, ou seja, constituir exigências tributária. Isso por disposição expressa dos artigos 150 e 173 do CTN conforme acima grifado.

O “prazo de preclusão” alegado pelo contribuinte que seria de cinco anos, corresponderia ao mesmo prazo decadencial para o lançamento (constituição da obrigação tributária), previsto no CTN.

A preclusão temporal, em princípio, corresponde à perda da possibilidade do exercício de um direito em decorrência do decurso de um determinado prazo. Portanto, para que seja possível falar nesse instituto no caso em concreto, caberia ao contribuinte identificar um dever atribuído por lei à Fazenda Pública, o qual seria passível de extinção pelo decurso de prazo.

[...]

Efetivamente, não existe essa previsão legal. Tanto o art. 142 do CTN quanto o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 prevêem apenas o lançamento como forma de exigência do crédito tributário, retificação de prejuízo fiscal e aplicação de penalidade isolada. [...]

Frise-se: o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não o ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. O prazo decadencial corre em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição.

O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente. Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É o que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 expressamente dispõe: “Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do

direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Esclareça-se que esse dispositivo não altera o prazo decadencial para constituir o crédito tributário estabelecido no CTN, tampouco cria outro prazo decadencial qualquer, apenas viabiliza a autoria fiscal dos fatos com repercussão futura. Frise-se, mais uma vez, que o prazo decadencial é sempre norteado pelo nascimento da obrigação tributária, ou seja, que se dá com a ocorrência do fato gerador.

[...]

Vejamos, na prática, algumas situações abusivas que podem decorrer do entendimento defendido pelo nobre recorrente (contribuintes optantes pelo lucro real anual):

i) No ano de 1998, determinado contribuinte adquire um bem não depreciable, composto por várias partes e peças, pelo valor total de \$100, mas contabiliza no ativo por \$200; nos anos seguintes permanece pelo mesmo valor em seus livros contábeis e balanços. No ano 2007, vende esse bem por \$180 e não apura ganho de capital. Sofre auditoria em 2010 e o Fisco solicita a comprovação do custo contabilizado, ele não apresenta notas fiscais de aquisição sequer das peças efetivamente compradas, alegando que o ano de 2001 já estava decaído, logo, ocorreu a preclusão do Fisco de verificar tais custos. É isso mesmo? O tempo pode homologar o que nunca existiu, e permitir que produza efeitos futuros, impedindo a constituição do crédito tributário devido? Estou certo de que a resposta é não.

ii) No ano de 1999 o contribuinte realiza a construção de uma planta industrial com vida útil de 20 anos e contabiliza regularmente os custos. No ano de 2001 inicia a depreciação a 5% ao ano. É fiscalizado em 2008 e apresenta apenas parte dos custos da construção realizada. Então? o Fisco não poderia glosar o excesso os encargos de depreciação de 2003 a 2007? Evidente que sim, pois esses encargos submetem-se ao regime de competência e o contribuinte deve fazer prova da efetividade dos mesmos o que só é possível mantendo em boa guarda os comprovantes dos custos e despesas incorridos.

iii) No ano de 2000 o contribuinte adquire um imóvel por \$1000. Contabiliza a aquisição por \$12.000, utilizando para tanto um documento fraudado. Realiza uma incorporação em 2001, acrescentando diversos custos inexistentes. Vende esse imóvel, já fracionado, nos anos de 2001 e 2002, apurando um pequeno ganho em 2002 que é declarado e o tributo recolhido. É fiscalizado em 2008 (ano-calendário 2002). De plano alega que o ano 2002 já está decaído, afinal passaram-se mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores. Todavia, com receio de o Fisco apurar a verdade dos fatos, apresenta o aludido documento de aquisição.

O Fisco efetua diligências e apura todas as fraudes tributárias.

Em relação à 3ª. situação hipotética acima (“iii”), cabe questionar: qual o amparo legal para o Fisco realizar em 2008 uma auditoria do ano de 2002, se o contribuinte estava em tese regular perante a Administração Tributária, inclusive tendo efetuado os recolhimentos? há vedação expressa em lei para a auditoria fiscal alcançar os anos de 2000 e 2001, nos quais apurou a verdade dos fatos?

Respondo: a única vedação expressa nessa hipótese “iii” é para constituição do crédito tributário relativo ao ano de 2001, em face da decadência.

Este Conselho já se manifestou sobre alegações dessa natureza em diversos acordãos. Em um deles, inclusive, o contribuinte alegou a preclusão para rever o ágio devidamente registrado na contabilidade. Trata-se do acórdão 10709.545, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA DECADÊNCIA— OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL GLOSA DE ÁGIO. O fisco pode questionar fatos ocorridos no passado cujos efeitos fiscais se dão no futuro, pois o tempo não pode transformar em verdadeiro o que não era real, nem tampouco desfazer o que consolidou, desde que a readequação dos fatos situados em períodos já decaídos não decorra de juízo de valor. **É o caso da formação de ágio maior por erro de cálculo, cujos efeitos fiscais somente se verifiquem no futuro, na sua amortização ou na utilização como custo na baixa**". (Grifei)

No aludido processo o contribuinte registrou o ágio de forma equivocada em 1995, mas apenas amortizou o valor em 2000. O contribuinte alegou que a fiscalização estaria proibida, face o prazo decadencial, de glosar esse ágio. Tal argumentação foi refutada pela Câmara.

Noutro acórdão, de nº 104-19.219, de 27/02/2003, que tratou da retificação de prejuízo fiscal da atividade rural de período anterior, com reflexo em outro período de apuração do tributo ainda não atingido pela decadência, a decisão também foi favorável à tese defendida por este relator. Vejamos transcrições da ementa, dispositivo e voto condutor:

Acórdão 104-19.219 de 27/02/2003

EMENTA

IRPF ANOS-CALENDÁRIO DE 1996 E 1999 – ATIVIDADE RURAL
COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – DECADÊNCIA – ABRANGÊNCIA

O prazo decadencial vincula-se direta e exclusivamente aos fatos geradores objeto do lançamento tributário, não se aplicando a elementos advindos de ano-calendário anterior, ainda que este já tenha sido atingido pela decadência. Assim, constatando-se que o ano-calendário fiscalizado encontra-se passível de revisão, é perfeitamente cabível o lançamento resultante da retificação do valor apropriado, a título de prejuízo da atividade rural a compensar, mesmo que este tenha origem em ano-calendário abarcado pela decadência.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, **REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito DAR provimento ao recurso**, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

VOTO CONDUTOR

“(…) De fato, a revisão de valores apurados em anos calendários anteriores já abrangidos pelo decurso do prazo decadencial é absolutamente inquestionável. **O que não implica reconhecer que o conceito de decadência abranja também a revisão de valores que, advindos de período já tomados pela decadência, venham a influir na apuração do resultado de ano calendário ainda não decadente.**

Evidentemente que o conceito decadencial não abrange tal influência. Exatamente por esta integrar as apropriações de ano calendário não decadente. Restrita a revisão à essa específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes. Pela simples motivação de que o conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vincula-se direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia.

(…)

A simples leitura do dispositivo em questão evidencia de sua absoluta ressonância com o princípio da decadência, a que se reporta tanto o artigo 149, § único, como

os artigos 150, § 4º, e 173, todos do CTN., como antes mencionado. Isto é, se determinada apropriação influi no resultado na apuração do crédito tributário, é passível de revisão essa circumsrita influência. Ainda que, na origem, seja legalmente carregada de período já decadente.

(Grifei)

*Veja-se que na situação versada no Acórdão 104-19.219, o contribuinte foi intimado a comprovar o saldo de prejuízos da atividade rural do ano de 1989 que foi aproveitado no ano-calendário de 1996. Diante do fato de o contribuinte ter efetuado correções a maior do aludido valor no ano de 1990, a fiscalização glosou o excesso de compensações utilizado para reduzir o tributo devido em 1996. O contribuinte alegou decadência nessa revisão, que foi rejeitada pelo Colegiado, haja vista que tais valores “**influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente**”.*

Analisemos o Acórdão nº CSRF/04-00.054, de 21/06/2005. Vejamos sua ementa e dispositivo:

Acórdão CSRF 04-00.054 de 21/06/2005

EMENTA

IRPF RESULTADO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA REVISÃO DE PREJUÍZO COMPENSÁVEL — DECADÊNCIA — ABRANGÊNCIA O conceito decadencial, quer do artigo 150, § 4º, quer do artigo 173, ambos do CTN, vinculase direta e exclusivamente ao lançamento tributário a que se referencia; **não abrange a revisão de valores advindos de período anterior, já abrangido pela decadência, que influem na apuração do resultado de ano calendário não decadente, restrita a revisão a essa circumsrita e específica influência, respeitadas as apropriações efetuadas, ainda que incorretamente, em períodos já decadentes.**

DISPOSITIVO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial interposto pela FAZENDA NACIONAL. ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Câmara recorrida para o exame do mérito do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente relatório. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, José Ribamar Barros Penha e Wilfrido Augusto Marques que negaram provimento ao recurso.

VOTO CONDUTOR

No caso, a fiscalização verificou inicialmente que o prejuízo da atividade rural fora incorretamente apurado na declaração do exercício de 1995, com indevida utilização nas declarações dos exercícios posteriores (1996 a 2000). A origem da incorreção seria o fato de a contribuinte haver procedido à atualização monetária indevida dos saldos de prejuízos e de incentivos fiscais nos anos-calendário de 1989 e 1990 (fls. 12 a 18).

No acórdão recorrido, foi acolhida a arguição de decadência, sob o seguinte argumento (fls. 276) (...)

De plano, verifica-se que tal entendimento carece de base legal. No caso em apreço, o lançamento, cientificado a contribuinte em 28/09/2000, abarcou os anos-calendário de 1996 e 1999, que ainda não se encontravam atingidos pela decadência, seja qual for o angulo pelo qual se analise.

Destarte, uma vez que os anos-calendário fiscalizados não haviam sido atingidos pela decadência, não há óbice à exigência de comprovação acerca dos elementos que de alguma forma influenciaram os respectivos lançamentos, ainda que vinculados a exercícios anteriores. Ressalte-se que os anos-calendário anteriores aos autuados, em que teria ocorrido o alegado lapso na correção dos saldos de prejuízo a compensar estes sim alcançados pela decadência não foram revistos. O que houve foi tão-somente a retificação do valor do prejuízo a compensar, apropriado nos exercícios fiscalizados.

Nesse sentido é o Acórdão nº 104-19.219, de 27/02/2003, cujo voto vencedor foi acatado por unanimidade de votos, assim ementado: (...)

(Grifei)

Apesar de ambos os acórdãos acima terem tratado de atividade rural na pessoa física, cumpre esclarecer que a Legislação sempre estabeleceu a obrigatoriedade de escrituração para os contribuintes que desejam aproveitar prejuízos de períodos anteriores.

Aliás, na redação original da Lei 8.023, acima de determinado valor de receitas era obrigatória a escrituração comercial.

Outrossim, cumpre registrar que em situações análogas, nas quais a verificação de fatos, documentos e registros contábeis, de períodos atingidos pela decadência, com repercussão futura favorável ao contribuinte, ou seja, erros que lhe prejudicam, as decisões deste Conselho são sempre favoráveis à retificação dos lançamentos nos ainda não atingidos pela decadência, inclusive para reconhecimento de direito creditório. Cite-se como exemplo as seguintes situações em que se admite retificação favorável ao contribuinte:

- Lucro Inflacionário Inexistente. Fiscalização autua em 2000 a falta de realização do Lucro Inflacionário Diferido (parcelas realizáveis em 1996 a 1999. Somente em sede recurso, o Contribuinte verifica e alega que errou na apuração/declaração do LI de 1991, estando patente que seu Patrimônio Líquido era maior que o ativo imobilizado. Conselho exclui da base de cálculo o lucro inflacionário de 1991, e determina ainda, que as realizações mínimas de 1992 a 1995, porventura não efetuadas, sejam diminuídas do Saldo (existe inclusive súmula neste sentido). Ao fim e ao cabo, mantem-se apenas a tributação do saldo do inflacionário efetivamente existe nos anos de 1996 a 1999.

- Custo de aquisição de imóvel declarado a menor. Pessoa Física e Jurídica. Contribuinte declara/contabiliza a menor o custo de aquisição de imóvel no ano de 1996 e seguintes. Em 2004 aliena o imóvel e não recolhe ganho de capital. Fiscalização autua em 2006 e toma como custo o valor declarado/contabilizado. Contribuinte faz prova do custo de aquisição real do imóvel. Conselho acolhe o custo efetivo, e reduz a exigência ainda que isso implique no reconhecimento de erros de escrituração e/ou declaração de períodos atingidos pela decadência.

Nesse sentido vide acórdãos deste Conselho:

Acórdão 103-21611 processo 13925000136200129

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZADO. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA IPC/BTNF – Havendo a pessoa jurídica, no período-base de 1990, apurado saldo devedor de correção monetária e não possuindo lucro inflacionário diferido de exercícios anteriores, não há que se falar em adição ao lucro real, a partir do período-base de 1993, do valor que corresponder à diferença entre a variação do IPC e do BTNF, de acordo com as normas de realização do lucro inflacionário.

LUCRO INFLACIONÁRIO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA O início da contagem do prazo decadencial para o Fisco dá-se a partir do momento em que é possível efetuar o lançamento, no exercício financeiro em que deve ser tributada a sua realização, e não imediatamente após o termo do ano-calendário em que foi gerado o lucro inflacionário.

LUCRO INFLACIONÁRIO ACUMULADO REALIZAÇÃO A MENOR DECADÊNCIA RECOMPOSIÇÃO DE SALDO A recomposição do saldo de lucro inflacionário acumulado deve levar em consideração, para fins de decadência, as parcelas de realização do ativo da pessoa jurídica.

JUROS DE MORA SELIC Nos termos dos arts. 13 e 18 da Lei nº 9.065/95, a partir de 1º/04/95 os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.

Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, rejeitando a preliminar de decadência e, no mérito, acatar o pleito no sentido de se excluir as parcelas do lucro inflacionário que deveriam ser realizadas nos anos calendários de 1993 e 1994.

Acórdão 101-94663 processo 10410.001504/2001-68

LUCRO INFLACIONÁRIO. SALDO DA CORREÇÃO IPC/BTNF. ERRO DE FATO. Não procede a exigência de crédito tributário decorrente de erro cometido pela pessoa jurídica no preenchimento da declaração de rendimentos, tendo informado a maior o saldo credor da diferença de correção IPC/BTNF.

Acórdão 101-3740 processo 10880.008657/98-05

ERRO DE FATO. PREJUÍZOS FISCAIS. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação de prejuízos, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

PREJUÍZO FISCAL INSUFICIENTE. DECADÊNCIA: Apesar de não haver prejuízo fiscal suficiente para compensar o lucro real apurado em determinado período de apuração, deixa-se de propor a formalização da exigência em virtude de já ter transcorrido, nesta data, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário respectivo.

ERRO DE FATO. BASE NEGATIVA. COMPENSAÇÃO: Constatado erro de fato no preenchimento da Declaração de Rendimentos, e tendo a contribuinte direito à compensação da base negativa da contribuição social, procede-se a tal compensação, exonerando-se o crédito tributário lançado.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO

Acórdão 104-16265, processo 10920.000343/96-99

IRPF GANHOS DE CAPITAL CUSTO DE AQUISIÇÃO ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA Deve prevalecer para efeitos fiscais o custo de aquisição constante da Escritura Pública de Compra e Venda devidamente registrado no Registro de Imóveis, quando este for mais favorável ao contribuinte que o custo avaliado pelo valor de mercado, em 31/12/91, constante da declaração de bens relativa ao exercício de 1992. O fato gerador do imposto de renda é a situação objetivamente definida na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Erros ou equívocos por si só, não são causa de nascimento da obrigação tributária.

Enfim, ao contribuinte incumbe a prova da regularidade dos valores utilizados para redução da base de cálculo nos períodos fiscalizados, e a autoridade tem a prerrogativa de deles discordar, enquanto não transcorrido o prazo previsto na

legislação para constituição do crédito tributário correspondente; podendo, para tanto, efetuar verificações em períodos anteriores, já atingidos por esse mesmo prazo decadencial; vedada, obviamente, a possibilidade de apuração e constituição de créditos tributários desses últimos.

Estas as razões para, também aqui, REJEITAR a arguição de decadência do direito de o Fisco formalizar lançamento em 2009 para exigência de créditos tributários devidos nos anos-calendário 2004 a 2007.

Prosseguindo no mérito, como relatado, a autoridade fiscal afirmou que as operações realizadas entre empresas do mesmo Grupo prestaram-se apenas a reduzir o lucro tributável, sem o ingresso de novos recursos, a evidenciar o caráter fictício das operações. Especialmente no que tange às despesas com remuneração atribuída a debêntures subscritas por Forcint (atualmente Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes do Mato Grosso do Sul - PSICR/MS), acrescentou que referida pessoa jurídica fora declarada inapta pela autoridade competente da Receita Federal.

A remuneração atribuída a debêntures decorre de operações que geraram efeitos em outros períodos de apuração (1999 a 2003), objeto de glosa nos autos do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75. O julgamento do recurso voluntário foi desfavorável à autuada, restando vencido o Conselheiro Relator José Ricardo da Silva, acompanhado pelos Conselheiros Valmir Sandri e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho. O voto vencedor, encartado no Acórdão nº 101-97.083, foi lavrado pela Conselheira Sandra Maria Faroni, e está a seguir transcrito:

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 que ser considerados 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, 9. edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

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

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

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

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.

Documento assinado digitalmente em 15/07/2013 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Ass

inad digitalmente em 21/08/2013 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 27/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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). Cria-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à reorganization, planos substitutivos de falência pura e simples, os famosos incorr bonus (cumulative e nominal incorr bonus). Pela razão mesma de surgirem no bonus de uma

repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados Adjustment bônus.

Entre nós, o instituto norte-americano assimilável é o participating bônus, 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 bônus, com efeito, são a única modalidade que se pode admitir em nosso direito, em face do caráter oneroso e mercantil do empréstimo debenturístico, que não poderia sujeitar o tomador ao não-recebimento de remuneração nos exercícios em que não houvesse lucros.

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

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

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

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

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

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

(...)

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

[...]

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 jurídicos⁷. Ao exercitar 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.

[...]

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

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.

⁷ Conforme lição de Marco Aurélio Greco, in "Planejamento Tributário", 4ª ed., Dialética, São Paulo, 2004

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

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, identifico 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 um 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.

Os fatos que orientam o presente lançamento são os mesmos arrolados pela I. Conselheira Sandra Maria Faroni, e a acusação fiscal, além de transcrevê-los e documentá-los,

faz referência ao conceito de debêntures mediante transcrição da obra de Modesto Carvalhosa, em maior extensão que a acima exposta. A Fiscalização também se empenha em demonstrar a movimentação de valores em contas correntes contábeis mantidas entre as empresas do Grupo, em razão das operações com debêntures, para evidenciar que não há ingresso de novos recursos a justificar as operações realizadas, bem como traz fato novo, consistente na declaração de inaptidão da Forcint/PSICR-MS, *por não ter qualquer processo industrial no endereço da empresa, pela ausência de qualquer movimento financeiro e comercial.*

A Procuradoria da Fazenda Nacional menciona que este último aspecto foi determinante para a manutenção da exigência contra este mesmo sujeito passivo, abordada no Acórdão nº 1402-00.494. Do conteúdo deste documento, obtido no *E-processo*, extrai-se a conclusão que ali prevaleceu, por maioria de votos, na abordagem do voto vencedor do Conselheiro Antonio José Praga de Souza:

Pois bem, ao contrário dos ilustres julgadores de primeira instância, que demonstraram uma pequena incerteza, a partir da análise dos mesmo fatos e provas acima transcritos, formei pleno convencimento do artificialismo dessa operação, tal qual descrito no auto de infração, sendo os autos foram instruídos com um robusto conjunto probatório da acusação fiscal.

Em verdade, o objetivo da autuada com essa operação foi reduzir as bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

A Representação fiscal de fls. 1891/1893, elaborada pela Delegacia da Receita Federal em Campo Grande, reforça essa conclusão. Vejamos seus termos:

(...)

De acordo com a documentação anexada, **a sociedade Forcint S/A Indústria de Bebidas foi constituída em 12 de novembro de 1999, com sede na Avenida Primo Schincariol, nº 2222, sala 5, município de ITU, Estado de São Paulo**, tendo como objeto social "industrialização, comércio e exportação de bebidas, comércio e exportação de bens complementares à atividade de bebidas, podendo ainda participar, sob qualquer forma, de outras sociedades, análogas ou não na condição de acionista ou quotista". A sociedade integra as empresas do Grupo Schincariol de Itu e tem entre seus acionistas Schimar Propaganda e Publicidade Ltda, CNPJ 01.026.909/000181, e Schincariol Participações e Representações SA, CNPJ 52.783.693/000130, do mesmo grupo empresarial.

A partir de 2005, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 14 de março de 2005, foram alterados, dentre outras, a denominação da sociedade para PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO MS S/A e a localização de sua sede para a Avenida nº 05, s/nº, Distrito Industrial, Município de Três Lagoas, MS, CEP 79601970.

Atualmente, a pessoa jurídica PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO MS S/A, com endereço localizado na Avenida-5-, s/n, Distrito Industrial, município de Três Lagoas —MS tem como **objeto social** definido em seu estatuto "industrialização, envase, comércio atacadista e varejista, importação e exportação de bebidas, matérias-primas, insumos, material de embalagem e insumos para fabricação de embalagem em geral, bens complementares à atividade de bebidas e mercadorias e bens em geral; o transporte rodoviário intermunicipal e interestadual de cargas em geral; a importação e exportação de mercadorias e bens em geral; a agropecuária em geral; a pesquisa e lavra de água mineral; a industrialização, a comercialização e a exportação de produtos e subprodutos de origem animal e vegetal; a prestação de serviços em geral, a locação de bens móveis", o qual consta consignado em seu CNPJ pelo

código CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) 1113502 Fabricação de cervejas e chopes (extrato anexo).

Por ocasião da análise dos processos administrativos nº 14112.000966/2007-79; nº 14112.000965/2007-24; nº 14112.000127/2008-31, a correspondência enviada para o endereço informado no CNPJ foi devolvida. Em correspondência de 28 de maio de 2008, cuja cópia foi anexada a este processo, o procurador da pessoa jurídica, Jorge Luiz Bergamo, informa que **"não se encontra em fase de construção, bem como não possui atividades em seu estabelecimento, o qual se encontra localizado na avenida 05, s/nº, Distrito Industrial, Município de Três Lagoas/MS, CEP 79.601970"**.

O procurador foi localizado no endereço de outra empresa do grupo Schincariol na cidade de Itu, Estado de São Paulo.

A fim de se apurar a real situação da empresa foi solicitada diligência fiscal, cujo resultado foi anexado, e do qual se extrai as seguintes constatações:

"- Em visita ao local indicado no cadastro da empresa no CNPJ constatamos a inexistência de qualquer movimentação que pudesse caracterizar a existência ou funcionamento de atividade comercial. No local existe uma área com terraplanagem, cercada nas divisas por cercas de arame.

- Verificamos (..) que a Prefeitura Municipal de Três Lagoas (..) está solicitando (..) a devolução da área doada para a construção da referida fábrica de bebidas.

- (..) no endereço citado não existe atividade econômica, tampouco existiu qualquer tipo de comércio ou indústria no local."

Verifica-se, que no endereço informado existe apenas o terreno, nada mais. Portanto, a pessoa jurídica em questão não tem sequer um estabelecimento ou sede.

Relativamente ao direito de empresa regulado pelo Novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, seus artigos 966, 981, 982, 985 delineiam as características da "empresa" no direito brasileiro.

(...)

A análise dos processos administrativos citados, incluindo a verificação dos Livros Diário e Razão dos anos 1999 a 2005 e outros documentos trazidos aos autos, revelou que a sociedade formalizada "produz" apenas documentos (atas, estatuto, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo Schincariol. Até mesmo as atas contém informação "fictícia" uma vez que o local de realização indicado como sendo a "Sede social da empresa, localizada na Avenida 5, s/nº, Distrito Industrial de Três Lagoas, no município de Três Lagoas/MS, CEP 79.601-970" também não existe, é apenas um terreno sem nenhuma edificação. A referida movimentação de recursos foi formalizada, principalmente, por meio de supostas emissão e aquisição de debêntures pela PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO MS S/A, antiga FORCINT, adquiridas e emitidas, respectivamente, por Primo Schincariol Ind. de Cerveja e Ref. do Rio de Janeiro S/A, CNPJ 02.864.417/0001-28, e Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A, CNPJ 50.221.019/0001-36.

Tais operações foram **descaracterizadas** pela fiscalização da Receita Federal do Brasil em autos de infração, mantidos em julgamento pela primeira instância administrativa, os processos **10730.004842/2005-62 e 16327.002112/2005-75.**

Da análise dos fatos à luz da disciplina legal e doutrina apresentadas, constata-se que a empresa PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E

REFRIGERANTES DO MS S/A **NÃO EXISTE DE FATO**, uma vez que não existe a sua atividade-fim, a atividade econômica organizada, declarada em seu objeto social e consignada junto ao CNPJ, qual seja "FABRICAÇÃO DE CERVEJAS E CHOPES" (...)

A diligência realizada, a documentação trazida aos autos e os fatos expostos demonstram que a PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIAS E REFRIGERANTES DO MS S/A, CNPJ 03.557.149/0001-64, é **INEXISTENTE DE FATO** incorrendo em três hipóteses previstas no artigo 41 da IN RFB nº 748/2007:

- 1) não dispõe de capacidade operacional necessária à realização de seu objeto, pois não dispõe de qualquer instalação para a consecução de seu objeto social;
- 2) não foi localizada no endereço informado à RFB;
- 3) se encontra com as atividades paralisadas.

(...) (*Grifei*)

Foi juntado também nos autos, às fls. 1896 e seguintes, a manifestação da empresa Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes MS S/A (antiga Forcint), e o Despacho Decisório da DRF Campo Grande e, por fim, o ato declaratório que declarou a empresa Inapta.

Ainda que a Forcint tenha obtido êxito no restabelecimento de seu CNPJ o que importa aqui são os fatos e as provas dos mesmos. A Forcint teve apenas existência formal, e dentre outros fins, prestou-se à emissão das debêntures cujo o “ágio” foi utilizado pela autuada para reduzir os tributos devidos.

Observa-se que tal decisão não se refere à atuada, mas sim a outra empresa do Grupo, Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes Rio de Janeiro S/A, contra a qual foi formalizado lançamento consubstanciado nos autos do processo administrativo nº 10730.004842/2005-62. O motivo desse outro lançamento é a operação também descrita pela autoridade lançadora à fl. 1146/1147 do Termo de Verificação Fiscal, consistente na aquisição em 28/12/99, por aquela empresa, de debêntures de emissão da Forcint S/A, no montante de R\$ 300.000.000,00, sendo R\$ 1.000.000,00 de valor de face e R\$ 299.000.000,00 de prêmio, a ensejar as amortizações demonstradas à fl. 1150.

Naqueles autos, apontou a Fiscalização que não foi observado o plano de desembolso programado naquela operação, sendo que *alguns dos pagamentos teriam sido feitos através de transferências de recursos de outras empresas do grupo, inclusive quando do recebimento dos dividendos vindos do exterior e recebidos em Títulos do Tesouro Norte-Americano (T-Bills), em 08/04/2002 e 05/07/2002, 10/07/2002 e 16/07/2002, cujos recursos teriam sido repassados na mesma data para a emitente.* Ou seja, trata-se de mais uma parte do planejamento tributário que permitiu o *looping* mencionado pela Fiscalização e a redução de resultados tributáveis das empresas efetivamente operacionais, mediante a interferência da Forcint/PSICR-MS.

A recorrente, por sua vez, diz que não foi infirmada a emissão, aquisição ou pagamento das debêntures, bem como que não há prova de vício material ou formal nos títulos, limitando-se o Fisco a lançar *dúvidas de cunho econômico, questionando tão só os seus efeitos tributários*. Contudo, estas *dúvidas de cunho econômico* infirmam, justamente, a necessidade das remunerações deduzidas pela recorrente em favor da Forcint/PSICR-MS.

Veja-se que o Fisco não se limita a fundamentar a autuação no entendimento de que as debêntures seriam, na verdade, partes beneficiárias. Este é apenas um dos argumentos que, à vista da transcrição do voto condutor do Acórdão nº 101-97.083, mostra-se

irrelevante frente aos demais elementos caracterizadores da anormalidade da operação realizada.

A recorrente também se refere a pareceres juntados à impugnação que afirma terem sido elaborados em razão de consultas suas (fls. 1311/1373). Todavia, em nenhum deles há encaminhamento à interessada e, naquele que teria sido assinado por Acyr Frederico H.B. Pinto da Luz somente há referências ao tratamento do prêmio pago na subscrição de debêntures, enquanto nos outros dois, que teriam sido assinados por Alberto Xavier e Paulo de Barros Carvalho, a operação submetida à análise envolve dois Grupos (W e B), sendo um fornecedor de insumos para as atividades do outro, e reporta-se a emissão de debêntures remuneradas com percentuais de 27% a 33,33% dos lucros apurados pela emitente, somente se cogitando do favorecimento com um percentual maior dos lucros se convertidas as debêntures em ações ordinárias. Evidentes as relevantes diferenças presentes no caso aqui tratado – operação entre empresas de um mesmo Grupo e remuneração em percentual excessivo do lucro em favor de empresa inapta – as quais impedem qualquer convalidação da operação em razão da abordagem jurídica contida em tais pareceres.

Por certo, em outra situação hipotética, a opção *por um modelo que privilegiou a melhor remuneração possível à investidora e o menor comprometimento com dispêndios de natureza fixa (juros)* justificaria operação remunerada, apenas, com um percentual dos lucros, bem como a *adoção de um menor valor de face e de um alentado valor de prêmio para os títulos*. A pergunta que se faz, porém, é se a empresa abdicaria de 50% de seus resultados em favor de seu credor, caso fosse lucrativa, ou se algum credor aceitaria esta condição sendo a empresa deficitária. A explicação, como bem consignou a Fiscalização, está no fato de as empresas pertencerem ao mesmo Grupo empresarial e na vantagem tributária auferida com o modelo adotado.

O recurso da autuada finaliza este tema transcrevendo parte da ementa do Acórdão nº 107-08.029 com os seguintes destaques:

IRPJ/CSLL - PARTICIPAÇÕES DE DEBÊNTURES - DEDUTIBILIDADE - ANOS-CALENDÁRIO DE 1998 E 1999 - Não estando provado nos autos que o negócio jurídico foi simulado ou engendrado com fraude à lei e, principalmente, não restando claro que os recursos ingressados na sociedade pertenciam aos sócios, as participações de debêntures, regularmente registradas e 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 distribuídos a que se refere o art. 10 da Lei nº 9.249/95.

Porém, tal entendimento foi revertido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme Acórdão nº 9101-00.869, prevalecendo o voto do Conselheiro Relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho que, diversamente do seu posicionamento no julgamento do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, entendeu presentes elementos caracterizadores da simulação, a impedir a dedutibilidade das remunerações na forma do art. 462 do RIR/99.

O voto condutor do Acórdão nº 9101-00.869 faz referência a texto da Conselheira Sandra Maria Faroni apresentado no Acórdão nº 101-94.986, e também incorporado, de forma resumida, no voto antes transcrito, admitindo a oposição do Fisco a *negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária*. Embora reconhecendo que a emissão e subscrição das

debêntures atenderam aos requisitos formais exigidos pela legislação aplicável, concluiu, frente às evidências do caso – *recursos captados são originários dos acionistas da Companhia* e exorbitância do percentual de lucros conferido aos subscritores (98%) –, que:

Os fatos indicados, entendo, revelam a divergência entre a verdade declarada pelo contribuinte e a verdade real, de captação dos recursos junto a seus sócios, em condições de liberalidade, apenas com a finalidade de permitir uma maior redução da carga tributária da contribuinte (deduzindo despesas do lucro real em montante superior à tributação, na debenturista, das correspondentes receitas financeiras).

Ainda, citando doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira, o voto condutor do Acórdão nº 9101-00.869 expressa a regularidade da exigência fiscal, sintetizando sua motivação em termos semelhantes aos que constaram da ementa daquele julgado:

REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES - SIMULAÇÃO - NÃO DEDUÇÃO DO LUCRO REAL - Se a emissão das debentures não foi efetiva, restando manifesto o motivo simulatório de, por meio da emissão das debêntures e apropriação dos respectivos juros, originar despesas dedutíveis, essas devem ser consideradas como indedutíveis do lucro real. Revelada a simulação, não pode prevalecer a aplicação do art. 430 do RIR/94, atual art. 462 do. RIR/99, que autoriza a dedução, na apuração do lucro líquido do período-base, das participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas a debêntures de sua emissão. Este dispositivo se aplica à verdade declarada, mas não à verdade real apurada, que prevalece sobre aquela.

No caso sob análise há um conjunto de operações, por meio das quais a mesma empresa emite e subscreve debêntures, ensejando circulação apenas escritural de recursos entre empresas do mesmo Grupo, mas que resulta na conversão de 50% do lucro apurado pela autuada em despesa que pretende dedutível. De outro lado, estas despesas favorecem empresa inapta, aspecto que talvez a contribuinte pretenda desconstituir com a juntada de demonstrações financeiras da Forcint/PSICR-MS.

Quanto às demonstrações de resultado, sem qualquer assinatura do profissional que as teria elaborado, juntadas às fls. 1539/1544, refletem apuração de prejuízo em 2004 e, em 2005, o resultado apurado a partir de despesas e receitas financeiras, deduções de remuneração de debêntures e de despesas pré-operacionais, é totalmente destinado a participação a debenturistas. Para além disso, está juntada à fl. 1554 relatório sintético de lançamentos verificados na conta 248003 – *Premio s/ debêntures a pagar*, que se presta a confirmar a acusação fiscal, na medida em que todas as contrapartidas revelam contas-correntes com coligadas ou contas contábeis relativas a outras operações com debêntures.

É certo que as demonstrações de resultado de 2004 e 2005 da Forcint/PSICR-MS foram posteriormente juntadas com assinatura de um diretor e do profissional de contabilidade (fls. 1606/1607), mas seu conteúdo é insuficiente para desconstituir a acusação fiscal de que ela se prestou como empresa veículo para as operações aqui questionadas, na medida em que as despesas e receitas ali computadas não são típicas da atividade à qual ela se dedicaria (indústria de bebidas). Tais argumentos também não desmerecem o Ato Declaratório Executivo nº 1 de 20/01/2009 de emissão da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campo Grande que, como citado à fl. 66, considerou inapta esta empresa, *motivada pela não disposição de capacidade operacional necessária à realização do objeto social, não localização do endereço informado à Receita Federal e jamais ter exercido atividade*, dado não trazerem qualquer evidência contrária a estas constatações.

Esta circunstância também afeta a apreciação das citadas *planilhas de lançamentos contábeis que comprovam o pagamento de valores via cheques compensados nos termos pactuados na escritura de emissão de debêntures e instrumento particular de compra e venda citado no item 1 do Termo de Verificação Fiscal*, com vistas a demonstrar que houve “dinheiro novo” e/ou “pagamento” nestas operações. Isto porque se a Forcint/PSICR-MS foi declarada inapta, não existia fisicamente e não operava como indústria de bebidas, a prova de que esta empresa fez de pagamentos em favor da autuada deveria abranger, também, a demonstração de que estes recursos advieram de fontes externas e não de operações com empresas do mesmo Grupo, como acusa a Fiscalização. Por esta mesma razão, *a desoneração do passivo da emitente das Debêntures não deve ser tida como “dinheiro novo” e/ou “pagamento”*.

Recorde-se, ainda, as observações da Fiscalização no sentido de que *as atas de deliberação para emissão de debêntures, a escritura de emissão de debêntures, os instrumentos de compra e venda de debêntures, são assinados pelas mesmas pessoas representantes das empresas do grupo*, assim circularizando *debêntures entre as empresas do grupo (looping)*, com conseqüente *economia em escala via reduções das bases tributáveis*. E, também, a afirmação alinhada ao caráter simulatório exigido no voto condutor do Acórdão nº 9101-00.869: *dizer-se que tais debêntures não existem, seria forçar e desqualificar levemente documentos (registrados em junta comercial e cartórios), mas, não resta dúvida que o planejamento tributário aponta para operações fictícias, verdadeiramente um negócio consigo mesma*.

Por fim, evidenciado o caráter artificial destas operações, e a anormalidade das remunerações contabilizadas em favor de Forcint/PSICR-MS, devem também ser mantidas as glosas de **valores relativos à atualização monetária, iof e redução por imposto de renda fonte**, calculados sobre o valor de R\$ 17.897.495,47 (fls.39, 43), que é a remuneração de debêntures creditado à Forcint (contas a pagar) em virtude de debêntures adquiridas junto a PSICR ITU, correspondentes às parcelas de R\$ 308.709,56 em 2005, R\$ 724.929,86 em 2006 e R\$ 67.901,30 em 2007. Ausente qualquer argumentação específica da recorrente quanto a este aspecto, subsiste a glosa destas despesas, dada sua natureza acessória.

Idêntica conclusão alcança-se na análise da amortização de prêmio pago na aquisição de debêntures emitidas por Schincariol Empreendimentos Imobiliários S/A (SEISA). Em que pese a preocupação da Fiscalização em demonstrar que o prêmio na emissão de debêntures não seria passível de amortização dedutível na apuração no lucro tributável, na forma dos arts. 324 e 325 do RIR/99, esta argumentação mostra-se irrelevante frente aos demais aspectos da acusação, alinhados à glosa da remuneração de debêntures subscritas por Forcint/PSICR-MS.

Ocorre que, como bem recorda a recorrente, exigência semelhante foi formalizada nos autos do processo nº 16327.002112/2005-75, restando desconstituída na apreciação pela 1ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes. A recorrente reitera a defesa em favor da forma de contabilização adotada para os títulos, reportando-se a manifestação da Receita Federal em Solução de Consulta, e à possibilidade de dedução da amortização com fundamento nos arts. 324 e 325 do RIR/99.

No voto condutor do Acórdão nº 101-97.093, o Conselheiro Relator José Ricardo da Silva manifestou-se contrariamente à acusação contida no processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, por entender que os prêmios na aquisição de debêntures são

aplicações em despesas que deverão influir nos resultados de mais de um exercício social, submetendo-se a amortização, quer seja registrada ou não em Ativo Diferido. Finalizando seu voto, disse o I. Relator:

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 despesas 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.

A Conselheira Sandra Maria Faroni fez declaração de voto neste ponto, concordando com o Relator e ressaltando que *qualquer impropriedade contábil, ainda que tivesse ocorrido, não redundaria em efeitos fiscais*. Além disso, complementou que:

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

Não parece ser esta a melhor solução para este caso. Como descrito pela Fiscalização, as debêntures circularam entre as empresas do Grupo, e além de ensejarem reduções do lucro tributável, *potencializaram aumentos de capital com utilização do prêmio sobre debêntures tomados como reserva de capital* em quase todas as empresas do Grupo. Logo, se a operação é artificial, ela deve ser desconsiderada em todos os seus aspectos. Aliás, esta foi a providência da contribuinte, após o lançamento anterior, como anotado pela Fiscalização às fls. 1144/1145 e 1148:

1.6- 29/11/2006 — (18:30) foi aprovado a restituição parcial do prêmio (R\$ 234.000.000,00) e do valor de face (R\$ 26.000.000,00) das debêntures emitidas pela PSICR em 08/02/02, conforme instrumentos de compra e venda datados de 30/12/02 e 20/10/04, pelos seguintes motivos:

a) os resultados auferidos pela emitente ficaram aquém das expectativas por consequência a debenturista (Forcint/PSICR MS) teve frustrada sua expectativa de retorno do investimento feito nos valores mobiliários referidos.

b) A SRF lavrou auto de infração em face da PSICR em razão da forma de contabilização da amortização do prêmio de debêntures que a mesma é detentora, bem como da remuneração das mesmas. Objeto do processo administrativo 16.327.002.112/2005-75.

c) Embora tenha oferecido a respectiva defesa a continuidade do negócio pactuado por ocasião da emissão das debêntures, poderá trazer consequências futuras a Emitente e à Debenturista, desta forma, ambas chegaram a um consenso para alterar a forma da referida operação, ou seja, re-ratificar o valor do prêmio na colocação previsto na escritura particular passando o prêmio de R\$ 234.000.000,00 para R\$ 101.076.854,75. Assim será devolvida ao debenturista o valor do prêmio pago que corresponde ao período de fruição contado até a data de 07/02/12, bem como será resgatado o valor de face. (fls. 144 a 148 e 309 a 313).

1.7- 29/11/2006 (19:00) - — aprovação da redução de capital de R\$ 564.237.000,00 para R\$ 431.313.854,75, ou seja, R\$ 132.923.145,25, a seguir o capital social foi elevado de R\$ 431.313.854,75 para R\$ 630.859.000,00, com o aproveitamento dos seguintes valores i) R\$ 132.923.145,25 integralizado neste ato com o crédito decorrente da restituição do valor do prêmio pago por ocasião da emissão de debêntures, ii) R\$ 26.000.000,00 referente ao valor de face das debêntures, iii) R\$ 40.622.000,00 em depósito bancário previsto a ser realizado até 29/12/2006.

Tudo isso pela nova sócia PSICR MS.

É necessário registrar que tais valores são frutos das seguintes resultados.

I- a PSICR Itu emitiu debêntures que foram subscritas pela Forcint (atual PSICR MS) com os seguintes valores: 08/02/02 no valor de R\$ 117.000.000,00, 30/12/02 de R\$ 89.100.000,00 e 20/10/04 foi recomprado junto a terceiros (credit Lyonnais) com pagamento de prêmio no valor de R\$ 21.419.950,00, totalizando R\$ 227.519.950,00.

II- De fevereiro de 2002 a novembro de 2006 a Forcint (atual PSICR MS) amortizou prêmios no total de R\$ 94.596.804,75 (não há registro nas Dirpjs da adquirente), restando amortizar R\$ 132.923.145,25 do total de R\$ 227.519.950,00.

No desfazimento da operação (29/11/06), do total do prêmio R\$ 234.000.000,00 foi abatido o prêmio ainda não amortizado pela PSICR MS de R\$ 132.923.145,25, restando assim R\$ 101.076.854,75. Cite-se que não houve qualquer pagamento, apenas transferência de contas correntes, inclusive de valores de remuneração de debêntures contra dívidas de debêntures adquiridas. Observe-se que as amortizações foram feitas na PSICR MS e os pagamentos (mesmo que da forma que foram feitas, ou seja, sem pagamento em dinheiro, foram liquidadas). (fls. 149 a 152 e 314 a 317).

[...]

10- 20/12/2006 — Pela Assembléia Geral dos debenturistas da SEISA é tratado o cancelamento das debêntures de emissão da SEISA e adquiridas pela PSICR ITU, pelos mesmos motivos mencionados na ata de 29/11/06 da PSICR ITU, repassado na AGE da SEISA de 28/12/2006 com a redução do capital social de R\$ 337.185.571,68 para R\$ 225.780.146,08 e deste valor para R\$ 5.000.545,20, via compensação da prejuízos e devolução de capital respectivamente.

Ou seja, ao ser acusada de realizar operações artificiais, a fiscalizada reverteu seus efeitos mediante cancelamento das debêntures e, por consequência, estorno do prêmio ainda não amortizado, o que ensejou a redução do capital social antes aumentado com referido prêmio. Evidente, portanto, a repercussão da operação questionada, e a impossibilidade de restringir a atuação fiscal, apenas, à empresa que remunera estas debêntures.

Não se justifica em uma operação realizada entre empresas do mesmo Grupo a emissão de debêntures com insignificante valor de face frente ao prêmio fixado para sua aquisição, mormente se nenhum aporte é efetivamente realizado na beneficiária, protelando-se e suspendendo-se os pagamentos correspondentes, até sua extinção mediante liquidação com outra dívida decorrente, também, de operação com debêntures. A razão para isto está expressa na acusação fiscal: redução das bases tributáveis mediante amortização do prêmio associada a registro deste mesmo montante, na beneficiária, em reservas utilizadas para posterior aumento de capital.

A recorrente, como dito, reportou-se a consulta feita a especialistas e, recordando-se as ressalvas antes feitas quanto a autoria e a destinação dos documentos juntados às fls. 1311/1372, o que consta destes documentos em nada difere das conclusões do Conselheiro José Ricardo da Silva no Acórdão nº 101-97.093, acerca deste segundo tema relacionado às debêntures. Assim, sob a ótica desta Relatora, estes apontamentos são insuficientes para justificar a dedutibilidade das amortizações do prêmio em debate, dadas as demais circunstâncias verificadas na operação de emissão das debêntures e sua posterior destinação.

Inócuo, assim, discutir a aplicação da Instrução Normativa SRF nº 11/96, acerca do que seja despesa intrinsecamente ligada à produção ou comercialização, pois o aspecto que afeta a dedutibilidade da despesa, e impõe a aplicação do art. 299 do RIR/99, é a sua anormalidade.

Quanto às *planilhas de lançamentos contábeis que comprovam o pagamento de valores via cheques compensados nos termos pactuados na escritura de emissão de debêntures* (fls. 1539/1554 e 1606/1610), verifica-se que os poucos pagamentos do prêmio feitos em cheques são ínfimos quando comparados aos recursos transferidos à SEISA por meio de contas-correntes contábeis (fl. 1149/1150). Aliás, nota-se em tais planilhas, os registros de repasse feitos à SEISA, tendo como origem a PSICR-Nordeste, arrolados pela Fiscalização à fl. 1149. Tal demonstrativo da Fiscalização, que evidencia o volume de liquidações financeiras contábeis entre as empresas do Grupo, reforça a tese da desnecessidade da operação aqui questionada, sem a participação de agente externo que aportasse, efetivamente *dinheiro novo* no Grupo societário.

Ao final de seu recurso, a interessada ainda observa que *o valor de R\$ 11.895.478,73 do ano de 2006 citado no item 1 da intimação refere-se à baixa do prêmio que estava registrado no Ativo Diferido da Primo Itu em virtude do cancelamento da operação das Debêntures emitidas pela Schincariol Empreendimentos Imobiliários S/A e não Despesas com Remuneração de Debêntures citada na intimação*. Como se vê no quadro de fl. 1150, este é o valor glosado pela Fiscalização a título de participações atribuídas a debêntures no ano-calendário 2006, com base nos elementos juntados às fls. 374/381.

Às fls. 380/381 vê-se que a conta 320016-DESP PREMIO DEBENT recebeu, em 2006, quatro lançamentos, sendo três a débito e um a crédito, evidenciando-se que um primeiro lançamento de apropriação de despesa feito em 30/11/2006, no valor de R\$ 11.666.666,74, foi estornado na mesma data, registrando-se em 28/12/2006 novamente o valor de R\$ 11.666.666,74 sob o histórico *PREMIO PROPORC PG NA SUBSCR DEBENT. REF. PER. NÃO APRO*, e seguindo-se o registro da parcela de R\$ 228.811,99, em 29/12/2006, sob o histórico *TRANSFERÊNCIA DEBÊNTURES*.

Tendo em conta que 29/11/2006 foi a data na qual se decidiu pela restituição parcial do prêmio recebido pela autuada em razão das debêntures adquiridas pela Forcint/PSICR-MS, e que 28/12/2006 é a data na qual a SEISA reduziu seu capital em razão do cancelamento das debêntures adquiridas pela autuada, os lançamentos acima denotam que a apropriação da amortização do prêmio inicialmente contabilizada foi estornada até que fosse definida a subsistência da operação questionada pelo Fisco em 2005, promovendo-se o lançamento final em dezembro, quando canceladas as debêntures. O acréscimo de R\$ 228.811,99 poderia corresponder, assim, à apropriação *pro rata* entre as datas do primeiro lançamento (29/11/2006) e do segundo registro da despesa (28/12/2006).

Para infirmar a conclusão fiscal, além da argumentação antes transcrita, a contribuinte somente junta o documento de fl. 1616, no qual apenas estão refletidas as duas partidas do lançamento realizado em 28/12/2006, no valor de R\$ 11.666.666,74, uma na conta 320016 – *Desp Premio Debêntures* e outra na conta 3460001 – *Custo Alien Imob*, sem a indicação de qual seria devedora ou credora. De toda sorte, na medida em que o documento de fl. 381 diz que o lançamento de R\$ 11.666.666,74 foi a débito da conta 320016 – *Desp Premio Debêntures*, o registro na conta 3460001 – *Custo Alien Imob* somente pode ser a crédito, representando o estorno parcial do ativo baixado para custo em razão da baixa do prêmio a amortizar, conforme decidido pelo Grupo empresarial após a fiscalização realizada em 2005. Logo, o lançamento apontado pela recorrente confirma a amortização do ativo e a necessidade da glosa promovida pela Fiscalização. Já com referência à parcela de R\$ 228.811,99, também contabilizada a débito da conta 320016 – *Desp Premio Debêntures*, conforme fl. 381, a recorrente não esclarece sua contrapartida, motivo pelo qual também não há reparos ao lançamento.

De outro lado, porém, correta se mostra a exclusão promovida na decisão sob reexame, relativamente à glosa de amortização do prêmio atribuída ao ano-calendário 2007, no valor de R\$ 9.999.999,99. A autoridade lançadora indica, à fl. 1150, que a demonstração deste valor constaria às fls. 366/373, mas nelas as despesas estão contabilizadas até novembro/2006. Considerando que, além disso, a Fiscalização relatara o cancelamento das debêntures emitidas pela SEISA em dezembro/2006, não há motivação que sustente a glosa da despesa de R\$ 9.999.999,99 em 2007, devendo ser mantida a exoneração promovida na decisão de 1ª instância.

Por todo o exposto, na medida em que a recorrente não logrou desconstituir a acusação fiscal, subsiste a conclusão de que são fictícias as operações que ensejaram as remunerações de debêntures e as amortizações de prêmios, devendo ser mantida a glosa dos valores lançados, mas apenas relativamente aos anos-calendário 2004 a 2006.

Quanto à qualificação da penalidade, o substrato fático reunido pela Fiscalização evidencia a artificialidade das operações. E, diversamente do que entendeu a autoridade julgadora de 1ª instância, vislumbra-se aqui que os elementos reunidos pela Fiscalização seriam hábeis a caracterizar o *evidente intuito de fraude* exigido na redação do art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos, bem como a hipótese prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64, segundo a nova redação daquele dispositivo, a partir da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007.

Disse a autoridade julgadora de 1ª instância:

Da leitura dos citados artigos, e contrastando-os aos fatos trazidos aos autos pela fiscalização, é possível descartar a ocorrência da sonegação (artigo 71), já que não

houve ação alguma por parte do contribuinte para impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fiscal seja do fato gerador ou qualquer de seus aspectos, seja das suas condições pessoais. Tudo foi feito às claras, devidamente documentado e declarado pelo contribuinte.

Quanto ao artigo 72, não ficou constatada qualquer ação com vistas a impedir a ocorrência do fato gerador. Também não vejo a intenção de “excluir ou modificar” as “características essenciais” do fato gerador, com vistas a reduzir o tributo devido ou diferir seu pagamento, pois como tal não se pode caracterizar a dedução de determinada despesa efetivamente existente da base de cálculo do tributo, ainda que a interpretação do Fisco seja pela sua ineditabilidade.

Não se caracterizando as hipóteses legais, seja do artigo 71, seja do artigo 72, não se pode falar que houve conluio, nos termos do artigo 73.

Contudo, a autoridade lançadora bem esclareceu: dizer-se que tais debêntures não existem, seria forçar e desqualificar levemente documentos (registrados em junta comercial e cartórios), mas, não resta dúvida que o planejamento tributário aponta para operações fictícias, verdadeiramente um negócio consigo mesma.

Não há dúvida acerca da existência dos contratos e das despesas, na medida em que estas foram contabilizadas. Mas se a causa de sua ineditabilidade é a anormalidade, o conjunto de operações denota artificialidade suficiente a justificar sua glosa, e a acusação evidencia a intenção das pessoas que assinam pelos dois lados da operação, na compra e venda de debêntures, em reduzir a base tributável, fazendo uso de pessoa jurídica que não tem existência real, e promovendo atos sem qualquer substância econômica, na medida em que seu objetivo final, que é a captação de novos recursos, não é atendido, reunidos estão os elementos caracterizadores da fraude, a qual impede parcialmente a ocorrência do fato gerador, para que ele resulte em crédito tributário inferior ao devido.

No mesmo sentido foi o entendimento que prevaleceu no Acórdão nº 1402-00.494, por voto de qualidade, quando apreciada a amortização de prêmio decorrente de debêntures subscritas por Primo Schincariol Indústria de Cerveja e Refrigerantes do Rio de Janeiro S/A, antes citada. Do voto vencedor do Conselheiro Antonio José Praga de Souza transcreve-se:

Os ilustres julgadores de primeira instância afastaram a aplicação de multa qualificada por não ter sido suficientemente comprovado, nos autos, o dolo nesta operação mesmo que se reconheça nela todo o artificialismo argüido pela Fiscalização.

Assim não entendo. Repito: são robustas as provas trazidas aos autos da artificialidade das operações. A começar pelo fato de a Forcit, que teria emitido as debêntures possuir apenas existência formal. Nas palavras da Fiscalização: “a sociedade formalizada “produz” apenas documentos (atas, estatuto, livros contábeis, entre outros) utilizados para movimentar contabilmente recursos de outras empresas do grupo Schincariol”.

Consoante o enquadramento legal utilizado pela no auto de infração, a multa qualificada no percentual de 150% tem fulcro no do art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/96, que, com a redação vigente à época da autuação, assim dispõe:

[...]

Com o advento da Medida Provisória n.º 303, de 29 de junho de 2006, art. 18, foi dada nova redação ao art. 44 da Lei n.º 9.430/96:

[...]

Observo que para os casos de mera falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração ou de declaração inexata será aplicada a multa de 75%, a menos que o fisco detecte e aponte as condutas dolosas definidas como sonegação, fraude ou conluio, consoante a Lei n.º 4.502, de 1964, arts. 71 a 73:

[...]

Não resta dúvida de que a falsidade material deixa exposto o evidente intuito de fraude, porém, o dolo elemento subjetivo do tipo qualificado tributário ou do tipo penal também está presente quando a consciência e a vontade do agente para a prática da conduta (positiva ou omissiva) exsurtem de atos que tenham por finalidade impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias a sua mensuração.

Neste caso concreto, a autoridade lançadora apontou minuciosamente os fatos, às fls. 1728 dos autos, bem como trouxe aos provas ali referenciadas,. Por sua vez, a recorrente buscou esquivar-se nada apresentando de concreto para infirmar a acusação fiscal.

Diante de tais circunstâncias, não se concebe que outra tenha sido a intenção do sujeito passivo que não a impedir a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal, de modo a evitar seu pagamento, o que evidencia o intuito de fraude e obriga à qualificação da penalidade.

Portanto, deve ser mantida a tributação sobre a glosa, restabelecendo a aplicação da multa qualificada sobre os valores devidos.

Como já dito, as operações aqui tratadas integram outra parte do esquema artificialmente criado pelo Grupo empresarial e que também envolve a Primo Schincariol Indústria de Cerveja e Refrigerantes do Rio de Janeiro S/A, sujeito passivo do lançamento acima abordado. Se no caso tratado no Acórdão nº 1402-00.494 analisou-se a amortização de prêmio na subscrição de debêntures emitidas por Forcint S/A, aqui foram glosadas remunerações decorrentes de participações nos lucros conferidas à Forcint S/A em razão de debêntures emitidas pela recorrente destes autos, assim como não foram admitidas amortizações de prêmios de debêntures por ela subscritas, mas emitidas por outra empresa do Grupo (SEISA), cujos saldos contábeis em contas correntes são influenciados por operações com a Primo Schincariol Indústria de Cerveja e Refrigerantes do Rio de Janeiro S/A e a Forcint S/A, viabilizando a existência escritural das operações que resultaram na redução do lucro tributável.

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, relativamente às glosas de remuneração de debêntures, de amortização de prêmio na aquisição de debêntures e de despesas de atualização monetária e juros correlatas, bem como DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de ofício, para manter a exoneração decorrente da desconstituição da glosa de amortização de prêmio promovida no ano-calendário 2007, mas restabelecer a qualificação da penalidade sobre os créditos tributários exigidos de 2004 a 2006.

A autoridade fiscal também glosou despesas de leasing de aeronave utilizadas por diretores da empresa. Observou, inicialmente, que houve a importação de uma aeronave em 2003, por intermédio da controlada Village, no valor de R\$ 18.339.544,61. De outro lado, afirmou a contribuinte que as despesas contabilizadas decorreriam de aeronave objeto de leasing direto entre a autuada e Cessna Finance Corporation. Contudo, segundo a autoridade

fiscal, a contribuinte apresentou apenas demonstrativos de despesas da aeronave (fls. 72/73) e não enviou nenhum contrato de leasing, declaração de importação ou qualquer outro documento.

A autoridade julgadora de 1ª instância entendeu que, embora mencionando estes fatos, o fiscal autuante não teria deles deduzido nenhuma consequência. Todavia, não parece ser esta a melhor interpretação da acusação fiscal. Em verdade, este é o primeiro aspecto apontado na acusação fiscal que, prosseguindo na apreciação das demais justificativas apresentadas pela contribuinte, também não vislumbrou a possibilidade de dedução de despesas com aeronaves utilizadas pelos executivos da empresa.

Tivesse a Fiscalização intimado a contribuinte a apresentar o contrato antes referido, sem obter resposta, possível seria imputar à autuada, no contencioso administrativo, o dever de fazer tal demonstração de forma coerente com as despesas por ela contabilizadas.

Porém, alega a contribuinte, em impugnação, que não lhe foi exigida esta prova durante o procedimento fiscal e, de fato, na intimação de fl. 65 vê-se que somente foi solicitado *identificar aeronave adquirida junto a Village (em 2003 pelo valor de 18.339.544,61) especificando sua utilização, rotas, a relação com a atividade econômica da empresa e demonstrando despesas com o aparelho (tais como, depreciação, pessoal envolvido, combustível, registros e tudo mais relativo a gastos pertinentes, junto com razões das contas)*. Daí a resposta da contribuinte às fls. 72/73 nos seguintes termos:

Resposta: Primeiramente deve ser destacado que a aeronave é objeto de leasing direto entre a PSICR e Cessna Finance Corporation do estado do Kansas, USA. O grupo econômico Schincariol de Itu/SP possui unidades para fabricação de cerveja, refrigerantes e envasamento de água mineral espalhadas em todo o Brasil, tais como em: Igrejinha/RS, Alexânia/GO, Cachoeiras de Macacu/RJ; Benevides/PA; Caxias/MA; Horizonte/CE; Recife e Igarassu/PE; Alagoinhas/BA; Murici/AL; Blumenau/SC e diversos centros de distribuição espalhados pelo país. Assim, a aeronave adquirida tem como escopo agilizar a locomoção entre as unidades. Em anexo seguem demonstrativos de despesas com a aeronave (Salários, combustível etc).

Assim, não é possível fazer maiores críticas à prova juntada à impugnação (fls. 1236/1300), consistente em contrato em língua estrangeira, acompanhado de tradução juramentada, no qual figuram Cessna Finance Corporation, como proprietária, e a autuada, como arrendatária de uma aeronave Cessna Modelo nº 650. Nem mesmo seria possível, sem inovação do lançamento, questionar o fato, observado pela autoridade julgadora de 1ª instância, de as despesas de leasing terem sido contabilizadas a partir de 2003, apesar de o referido contrato prever a entrega da referida aeronave em 31/05/2004, e o pagamento trimestral de aluguéis no valor de US\$ 146.293,96, cada, apenas 90 (noventa) dias após a entrega da aeronave.

Daí que, centrando a análise da matéria nos argumentos expostos pela Fiscalização quanto à necessidade das despesas, vê-se que, no Termo de Verificação Fiscal, foram transcritos o art. 299 do RIR/99, acompanhado das anotações referentes a: 1) alterações do dispositivo a partir de 01/01/96 (decorrentes do art. 13, inciso II da Lei nº 9.249/95, mais à frente transcrito); 2) interpretação contida no art. 25 da Instrução Normativa SRF nº 11/96; 3) decisão em processo de consulta que assim expressa:

BENS NÃO RELACIONADOS COM A PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. INDEDUTIBILIDADE. Para fins fiscais, as despesas de manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, e quaisquer outros gastos revestem condições de dedutibilidade, somente se os bens móveis (veículos) estiverem intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços. DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, e art. 25, parágrafo único, da IN SRF nº 11, de 1996. Processo de Consulta nº 124/00. SRRF / 10a. Região Fiscal. Data da Decisão: 10. 10.2000. Publicação no DOU: 16.11.2000.

Com base nestes elementos, a Fiscalização parece entender que a aeronave, tendo sido *utilizada pelos executivos da empresa*, somente poderia ensejar despesas dedutíveis se relacionadas *intrinsecamente com as atividades da empresa* ou indispensáveis *para realização dos seus objetos sociais*. Necessária seria a prova de que sem estas despesas o *empreendimento empresarial não pode ir adiante*, de que o gasto é *essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos*.

Todavia, nos termos da intimação e da resposta apresentada pela contribuinte durante o procedimento fiscal, os questionamentos da autoridade lançadora referiram-se apenas à “especificação” da *utilização, rotas, a relação com a atividade econômica da empresa*, o que ensejou os esclarecimentos da contribuinte no sentido de que a aeronave se prestava para locomoção entre as unidades citadas na resposta. Diante destes esclarecimentos, necessário seria que a Fiscalização exigisse a demonstração das pessoas que forma transportadas e o motivo destes deslocamentos para, só daí concluir que a aeronave foi *utilizada pelos executivos da empresa*, ou que esta utilização não se relacionava *intrinsecamente com as atividades da empresa* e não eram indispensáveis *para realização dos seus objetos sociais*.

É possível, como aventa a recorrente, que não vislumbrando a indicação de aeronaves no rol de despesas do art. 25 da Instrução Normativa SRF nº 11/96, a autoridade lançadora tenha concluído que tais despesas jamais poderiam ser admitidas como intrinsecamente ligadas à produção. Todavia, esta interpretação não pode ser extraída da lei, pois há atividades nas quais, reconhecidamente, o uso de aeronaves está intrinsecamente relacionada com a atividade fim das empresas, como no caso de aplicação de fertilizantes em plantações ou para deslocamentos em áreas de difícil acesso, como em atividades de extração florestal e mineral. Assim, caberia ao Fisco, a partir de evidências do uso efetivo da aeronave, construir argumentação que evidenciasse a ausência de relação deste uso com atividades de produção ou comercialização. De outro lado, se a Fiscalização vislumbrou que as aeronaves teriam sido utilizadas apenas para deslocamento de *executivos da empresa*, e que neste caso as despesas correlatas jamais estariam intrinsecamente relacionadas com a produção ou comercialização, necessário seria que restasse demonstrado que este foi o uso feito pela autuada.

Conclui-se, diante deste contexto, que o trabalho fiscal não foi suportado por evidências e argumentação suficiente para a conclusão de que as despesas glosadas não atenderiam aos requisitos legais. Assim, é desnecessário apreciar os demais argumentos da recorrente acerca da regularidade dos valores deduzidos na apuração do lucro tributável, bem como tecer considerações acerca da parcela exonerada pela autoridade julgadora de 1ª instância, relativamente às glosas do ano-calendário 2003, em razão da decadência, impondo-se DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir integralmente as exigências

correspondentes a este item da autuação, e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício na parte em que cancelou a exigência correlata ao ano-calendário 2003.

Passando à última infração, a autoridade lançadora glosou variações cambiais e parcela de juros decorrentes de mútuo entre a autuada e sua controlada no exterior, "Village". Disse o fiscal autuante que *de tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, é de se notar com clareza que era absolutamente desnecessária a manutenção de mútuos entre as PSICR ITU e a Village, principalmente considerando que desde 2003 já havia destinação para a empresa participada.*

Todavia, a única referência à "Village" no Termo de Verificação Fiscal é aquela mencionada na infração anterior, acerca da importação de registros de importação de aeronave Cessna em 2003. Não há qualquer evidência acerca das mencionadas *destinações para a empresa participada*, que talvez se refiram a lucros apurados por aquela controlada.

Além disso, a transcrição do artigo de lei feita pela Fiscalização parece dizer respeito à Lei nº 9.959/2000, que alterou o art. 1º da Lei nº 9.532/97 nos seguintes termos:

Art.3º O art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.1º.....

§1º.....

c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros;

d) na hipótese de adiantamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

§3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, pagos ou creditados, incidentes sobre o valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas:

I - coligadas ou controladas, domiciliadas no exterior, quando estas forem as beneficiárias do pagamento ou crédito;

II - controladas, domiciliadas no exterior, independente do beneficiário.

§6º Nas hipóteses das alíneas "c" e "d" do § 1º o valor considerado disponibilizado será o mutuado ou adiantado, limitado ao montante dos lucros e reservas de lucros passíveis de distribuição, proporcional à participação societária da empresa no País na data da disponibilização.

§7º Considerar-se-á disponibilizado o lucro:

a) na hipótese da alínea "c" do § 1º:

1. na data da contratação da operação, relativamente a lucros já apurados pela controlada ou coligada;

2. na data da apuração do lucro, na coligada ou controlada, relativamente a operações de mútuo anteriormente contratadas;

b) na hipótese da alínea "d" do § 1º, em 31 de dezembro do ano-calendário em que tenha sido encerrado o ciclo de produção sem que haja ocorrido a liquidação." (negrito acrescido)

O item acima negrejado assim se apresenta na acusação fiscal. Contudo, a alínea "c" do art. 1º da Lei nº 9.532/97 diz respeito às hipóteses de disponibilização de lucros para a empresa no Brasil. Em verdade, o item que demarca a indedutibilidade de juros quando há lucros não disponibilizados por controlada no exterior é o contido no §3º do art. 1º da Lei nº 9.532/97, cuja redação, inclusive, já havia sido alterada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, para passar a assim dispor:

§3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, relativos a empréstimos, pagos ou creditados a empresa controlada ou coligada, independente do local de seu domicílio, incidentes sobre valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas controladas, domiciliadas no exterior

Assim, nos termos da legislação vigente à época do fato gerador (2005), a glosa dos juros, e sua eventual extensão à variação cambial, dependeria não apenas da demonstração de que o empréstimo que os ensejou foi contratado com controlada no exterior que mantinha lucros não disponibilizados, como também que estes lucros não disponibilizados eram superiores ou equivalentes ao mútuo acordado.

Por estas razões, conclui-se que não há motivação suficiente para a manutenção da exigência, o que torna dispensável a avaliação da possibilidade de se glosar, também as variações cambiais passivas vinculadas a estas operações, bem como os apontamentos finais da recorrente acerca dos fatos que se sucederam após a contratação do empréstimo em 2003, dos resultados apurados pela pessoa jurídica que emprestou os recursos, e da indicação incorreta, pela Fiscalização, de que o empréstimo teria sido contratado em 2005 (muito embora o lançamento, em verdade, reporte a glosa de despesas registradas em 2005, mas relativas a empréstimo contratado em 2003).

Neste ponto, portanto, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Por fim, no que tange à utilização de prejuízos fiscais que teriam sido disponibilizados em razão do julgamento do processo administrativo nº 16327.002112/2005-75, e com referência aos prejuízos apurados de abril a dezembro/2005, devem prevalecer as conclusões da autoridade julgadora de 1ª instância, na medida em que o Acórdão nº 101-97.093 ainda não se tornou definitivo na esfera administrativa, vez que aguarda desde 12/03/2012 a análise de embargos de declaração, assim como inexistente prova neste sentido relativamente ao processo administrativo nº 16024.000642/2007-55 que, antes da presente exigência, já havia tornado incertos os resultados negativos da contribuinte de abril a dezembro/2005. Este último lançamento, inclusive, foi mantido em sua parte principal no julgamento consubstanciado no Acórdão nº 1301-00.826, com exclusão apenas da multa qualificada.

No mais, a autoridade julgadora de 1ª instância apenas observou que houve erro na reconstituição da base de cálculo da CSLL do ano-calendário 2007, na medida em que Fiscalização promoveu ajustes à base negativa de R\$ 1.081.071,77, enquanto a base de cálculo do período, estampada na DIPJ de fl. 923, seria R\$ 10.851.071,77. Assim, procedeu corretamente à recomposição da exigência naquele período, restabelecendo a parcela desconsiderada pela autoridade lançadora.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO aos recursos voluntário e de ofício, relativamente à utilização de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas nos períodos autuados.

Ao final, portanto, propõe-se REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida e DAR PROVIMENTO PARCIAL aos recursos voluntário e de ofício.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

RECURSO DE OFÍCIO

O recurso de ofício envolve quatro questões: a primeira diz respeito à glosa de amortização de prêmio atribuído às debêntures no exercício de 2007/2006; a segunda cuida da decadência reconhecida no exercício 2004/2003 e relativa à glosa de despesas com leasing, única exigência nesse exercício e apenada com multa de ofício de 75%; a terceira cuida de restabelecimento de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL em razão do próprio julgado e, finalmente, a quarta que remete à desqualificação da multa de ofício de 150% para 75% na parte que remanesceu do crédito tributário original.

Quanto ao tópico “glosa de amortização” no exercício de 2008/2007, não merecem reparos os fundamentos da decisão recorrida (fls. 1455 - item 3.5) que acolheu o pleito da contribuinte eis que comprovado nos autos o cancelamento das debêntures em 2006 pelo próprio relatório da fiscalização, e mais, porque nem foi demonstrado ou provado que a autuada tenha sequer amortizado qualquer valor no ano calendário de 2007.

Quanto à decadência, da mesma forma, não merece crítica a decisão recorrida (fls. 1444/1445 - item 1), ao considerar que para os fatos geradores do exercício de 2004/2003 (apenas glosa de despesas com leasing), o prazo para a Fazenda constituir o crédito tributário havia se esgotado em 31.12.2008 e como a ciência do auto de infração se deu em 19.08.2009, já se havia operado o prazo decadencial nos termos do art. 150 §4º do CTN, merecendo destaque alguns trechos da decisão, que adoto integralmente e me permito transcrever:

“ ...

Cabe, então, verificar se ocorreu uma das hipóteses excepcionadoras anteriormente citadas, que poderia deslocar a data final para 31.12.2009.

Primeiramente, a existência de pagamento.

Verificando a declaração do ano-calendário de 2003 (fls. 1412 a 1418), é possível constatar-se que o contribuinte não apurou valor a pagar de IRPJ ou CSLL pela apuração anual. Não há, portanto, a obrigação de se efetuar pagamento. A atividade de que trata o artigo 150 do CTN esgotou-se na própria declaração em que o contribuinte demonstra que não há nada a pagar no ajuste anual. Permanece, por esse prisma, o marco inicial da contagem do prazo decadencial como sendo 31.12.2003.

Quanto à existência de dolo, fraude ou simulação, é preciso levar em conta que a única infração que levou ao lançamento do ano-base de 2003 foi a dedução de despesas com leasing de aeronave, para a qual não foi imputada multa qualificada, e não há nenhum elemento nos autos que permita afirmar terem aquelas figuras jurídicas ocorrido.

Também sob esse ângulo a data inicial de contagem (31.12.2003) se mantém.

Conclui-se, portanto, pela ocorrência da decadência apenas no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2003, tanto no que se refere ao IRPJ como à CSLL, esta última em virtude do teor da Súmula Vinculante nº 8, do STF.

...”

Quanto ao restabelecimento parcial de prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, temos que decorre de erro material e da consequência lógica do que foi decidido e provido no julgado recorrido, tal como descrito no voto (fls. 1457 - item 6), cujas razões adoto integralmente, transcrevendo a parte conclusiva (fls. 1458 - item 7.1):

“ ...

Restaurar parcialmente o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL do ano de 2007, respectivamente, para os valores de R\$.10.846.967,75 e R\$.10.783.170,47.

... “

Assim, considerando que me posicionei pela correção do julgado no que tange à exclusão da “glosa de amortização” relativa ao exercício de 2008/2007 no importe de R\$.9.999.999,99, tenho como correta a decisão que traduziu seus efeitos para o prejuízo fiscal (IRPJ) e para a base de cálculo negativa (CSLL).

Quanto à desqualificação da multa de ofício de 150% para 75% sobre o crédito tributário que remanesceu, da mesma forma, merece prestígio o julgado que entendeu não ter ocorrido no caso presente as hipóteses qualificadoras, mais precisamente aquelas previstas nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, isto pelos próprios fundamentos da decisão recorrida (fls. 1453/1455 - item 3.4), que adoto integralmente e transcrevo parte:

“ ...

alguma por parte do contribuinte para impedir ou retardar o conhecimento pela autoridade fiscal seja do fato gerador ou qualquer de seus aspectos, seja das suas condições pessoais. Tudo foi feito às claras, devidamente documentado e declarado pelo contribuinte.

Quanto ao artigo 72, não ficou constatada qualquer ação com vistas a impedir a ocorrência do fato gerador. Também não vejo intenção de “excluir ou modificar” as “características essenciais” do fato gerador, com vistas a reduzir o tributo devido ou diferir seu pagamento, pois como tal não se pode caracterizar a dedução de determinada despesa efetivamente existente da base de cálculo do tributo, ainda que a interpretação do Fisco seja pela sua indedutibilidade.

Não se caracterizando as hipóteses legais, seja no artigo 71, seja no artigo 72, não se pode falar que houve conluio, nos termos do artigo 73.

... “

Não bastasse o brilhantismo da decisão recorrida nesse tópico, está evidente nos autos que a questão diz respeito a mera “dedutibilidade” ou não de despesas incorridas, do mesmo modo que não se vislumbra conduta alguma do contribuinte que, de longe, se aproxime do conceito de “evidente intuito de fraude”.

Mais ainda, corroborando o acerto da decisão ao desqualificar a multa de ofício, vejamos os reclamos do contribuinte constante do relatório (fls. 1443 - item 6):

“ ...

Por outro lado, questiona a razão pela qual as mesmas infrações lançadas no processo n.º 16327.002112/2005-75, foi exigida, pelo mesmo auditor-fiscal, multa de 75%, enquanto neste processo a penalidade foi de 150%.

... ”

Pois bem, examinando o Acórdão n.º 101-97083 relativo ao citado processo e que envolve matéria semelhante, constato que lá, além de acolhida preliminar de decadência com base no art. 150 §4º do CTN como consta da ementa, sequer se cogitou de multa qualificada, tema que, aliás, não mereceu qualquer menção em nenhuma parte do relatório ou voto.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Os temas objeto do recurso voluntário dizem respeito à “dedutibilidade de despesas com leasing de aeronave”; “glosa de variações cambiais”; “dedutibilidade da amortização de prêmios pagos na aquisição de debêntures”; “dedução de despesas com remuneração de debêntures” e, por fim, “compensação de prejuízos em relação a outros processos”.

Quanto às despesas com leasing de aeronave, os fundamentos para a manutenção da glosa nos termos da decisão recorrida podem assim ser resumidos (fls. 1447):

“ ...

Ainda que não se possa dizer que a lista é exaustiva no que se refere às atividades diretamente ligadas à produção e comercialização, ela o é naquilo que flexibiliza a determinação legal, e uma aeronave utilizada pela administração não se encontra ali contemplada.

Dessa forma, independentemente da prova de que a aeronave é efetiva e exclusivamente utilizada para atender aos interesses da empresa, as despesas de leasing correspondentes são indedutíveis.

... “

Portanto, a decisão recorrida, independentemente de a aeronave ser exclusivamente utilizada para atender aos interesses da empresa, conclui que as despesas seriam indedutíveis apenas por ser utilizado pela administração, o que não guardaria relação com a “produção” e a “comercialização” dos produtos.

Com todo o respeito, não é crível e nem razoável presumir que os administradores da empresa, no exercício de suas funções, estejam desgarrados da produção e comercialização dos produtos, eis que são eles que decidem os negócios, aí incluídas as políticas de compras, de vendas, tratativas, distribuição, logística etc...

Por outro lado, é de conhecimento público o grande porte da empresa “Schincariol” com fábricas e distribuidores em inúmeros estados da federação, o que é suficiente para justificar a utilização de aeronave própria na consecução de suas atividades e resultados operacionais.

De resto, considerando que a contratação do leasing está comprovada, que a efetividade dos pagamentos não foi questionada e diante dos planos de voo trazidos aos autos, minha posição é pelo restabelecimento das despesas nos exatos termos do art. 356 do RIR/99.

Quanto à “glosa de variações cambiais” relativas a contratos de mútuo com coligadas no exterior e que ostentava lucros, cabem, inicialmente, os seguintes esclarecimentos:

Que, o dispositivo legal indicado como infringido foi o art. 1º, §3º da Lei nº 9.532/97, que veda a dedução de juros, exclusivamente de juros, decorrentes de empréstimo contraído com controlada no exterior.

Que, os juros pagos referentes ao contrato de mútuo com a coligada no exterior foram adicionados ao lucro real, o que foi reconhecido pela fiscalização.

Que, a decisão recorrida expressamente reconhece que esta foi a imputação e que juros e variação cambial não se confundem, mas que a fiscalização, na verdade, teria considerado a variação cambial como “despesa desnecessária”, ao argumento de que a controlada no exterior poderia internar os lucros que possuía na ocasião do empréstimo.

Nesse contexto, desde logo me posiciono pela improcedência da exigência vez que o dispositivo legal apontado não contempla o fato (variação cambial) tido e eleito como imponível pelo fisco, mesmo porque a decisão recorrida sequer indicou outro eventual dispositivo em que a “suposta” infração estaria capitulada.

Não bastasse, constam elementos nos autos dando conta que a credora (controlada no exterior) reconheceu a variação cambial como receita no ano de 2005, significando dizer que quando da disponibilização do resultado, aí considerada a citada receita, a recorrente certamente arcará com os tributos devidos - IRPJ e CSLL.

Quanto à “dedutibilidade da amortização de prêmios pagos na aquisição de debêntures”, após cuidadoso exame dos autos, me rendi aos fundamentos, não só do voto vencedor, de autoria do Conselheiro relator, Dr. José Ricardo da Silva, exarado no Processo nº 16327.002112/2005-75, que cuida do mesmo tema, como também da declaração de voto, no mesmo processo, de lavra da Conselheira Dra. Sandra Faroni, que adoto integralmente, me permitindo reproduzir na íntegra as bem colocadas razões de decidir:

“ VOTO DO RELATOR.

(Cons. José Ricardo Silva)

**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 das 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 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 registrados 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 art. 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 à 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 à 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.”

“ DECLARAÇÃO DE VOTO

(Cons. Sandra Faroni)

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 Winkler 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, independente 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 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:

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

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)

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 vende de debêntures de sua própria emissão.

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 para a sociedade emissora, seria necessário verificar se suas perspectivas de lucro justificam 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 Acórdão nº 101-95.028 e 101-95.365 pela improcedência da glosa 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 a 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 a 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 do 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 o 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.”

Pois bem, apenas registrando que a diferença são os anos calendário, onde naquele eram de 1999 a 2003 e neste de 2004 a 2007, reafirmando minha convicção nos fundamentos de decidir no Acórdão nº 101-97.083 (acima transcritos), encaminho meu voto no sentido de dar provimento ao recurso neste tópico.

Quanto à “dedução de despesas com remuneração de debêntures”, ainda tenho dúvidas e confesso que fiquei sensibilizado tanto com o voto vencido encaminhado pelo relator, Dr. José Ricardo da Silva, no Processo nº 16327.002112/2005-75 (mesmos fatos), como também pelo voto divergente e vencedor de autoria da Conselheira Dra. Sandra Faroni, ambos insertos no Acórdão nº 101-97.083 - (transcrição integral abaixo), que ora submeto à reflexão e debate no colegiado.

“ VOTO VENCIDO

(Cons. José Ricardo Silva)

ITEM 2 – PARTICIPAÇÕES NÃO DEDUTÍVEIS ATRIBUIDAS 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 dúvida, 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 eminente 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 a correspondência com seus juros praticados no mercado. A legislação (art. 56 das S/A) prevê como formas 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 às 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 liquidado do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica:

I - Asseguradas às 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 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 integras 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 e 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 atuação 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.”

“ VOTO VENCEDOR

(Cons. Sandra Faroni)

Discordo das conclusões do ilustre relator 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 hão que ser considerados 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 provada 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 de 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 escrita de emissão e do certificado...”.

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 Almeida 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, 9º edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

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

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

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

Uma debênture cujo rendimento depende do desempenho da emitente não é uma verdadeira debênture e sua existência, sob o aspecto psicológico, apresenta a desvantagem de esgarçar a consistência do título, descaracterizando-o.” (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”.

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 de participação
nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração

do capital debenturístico. Ao assim falar, 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 prêmio de reembolso.

Juros como remuneração necessária.

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

(...)

Participação nos lucros não é substitutiva dos juros, mas adicional.

A remuneração adicional de participação nos lucros da companhia emissora já estava prevista no Decreto-Lei nº 718, de 1938, que admita 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 bônus (cumulative e nom cumulative incorr bônus). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados Adjustment bonus.

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

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

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

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

Críticas à participação nos lucros.

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

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros.

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

Ocorre que a lei ao facultar a participação no lucro da companhia o faz como prêmio, adicional, portanto, aos juros fixos estabelecidos. E o faz como substituto 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 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 freqüente, como instrumento de planejamento tributário, mas que não pode ser tida inquestionavelmente como “normal”.

No tema “planejamento tributário”, que percorrer sinuoso caminho na doutrina e na jurisprudência, surgiu um marco com a obra de Marco Aurélio Greco, 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 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 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 muitos 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.

Pondera Marco Aurélio Greco que

(...) 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 expressou:

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 ser 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 Assembleia 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.

Com efeito, nele se lê que os representantes do povo reuniram-se em Assembleia Nacional Constituinte '... para instituir um Estado Democrático', vale dizer o Estado é visto como produto da Assembleia 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 ideia 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 isso. 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 Assembleia 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 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 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 de 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. 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 o seu destino social e na proporção do interesse do seu titular.” E insere a temática de abuso de direito de auto organização no âmbito tributário:

(...) 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\$.3.100.00,00 e prêmio de R\$.27.900.000,00.

d) venda, pela PSICR para 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 Schincariol 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, identifique 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 prante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal (no registro competente); tão importe, 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 Schincariol 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.

Pedindo vênia ao Dr. José Ricardo Silva, certo é que após as discussões, longos debates e colocações de meus pares, vou ficar com a posição vencedora do Acórdão n.º 101-97.083, de lavra da Conselheira Sandra Faroni, cujos fundamentos adoto, encaminhando

meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário neste item e, para que não fiquem dúvidas, transcrevo sua parte conclusiva:

“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.”

Quanto à compensação de prejuízos em relação à processos outros que não este, penso que o pleito deve ser dirigido à Delegacia da Receita Federal jurisdicionante em eventual execução de julgado e/ou até mesmo “de ofício” se for o caso, não só pela impossibilidade de, no momento, quantificar valores, mas, também, porque tenho o Conselho como incompetente para adentrar no tema porquanto os citados processos já foram apreciados por outras Câmaras e não se tem notícia de que teriam transitado em julgado.

Assim, com os presentes fundamentos, encaminho meu voto no sentido de Negar Provimento ao Recurso de Ofício e Dar parcial Provimento ao Recurso Voluntário, apenas mantendo a tributação relativa ao item que diz respeito à “dedução de despesas com remuneração de debêntures”.

(documento assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator