



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

Processo nº 15889.000242/2008-98
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.490 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2017
Matéria IRPJ- Amortização de ágio na aquisição de debêntures
Recorrente COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

Ementa:

NULIDADE. AUSÊNCIA

Insustentáveis os argumentos veiculados pela contribuinte pela alteração de critério jurídico (146, CTN) a prejudicar o exercício da ampla defesa e contraditório. Ademais, a presença ou não de fundamento econômico e a legitimidade ou não da amortização do ágio na emissão de debêntures trata-se de questão de mérito

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Oponibilidade ao fisco. Abuso do direito. Propósito negocial. Inedutibilidade

A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em planejamento tributário abusivo, mais especificamente, elisão abusiva. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores e de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial. É necessário que haja um propósito negocial, de modo que o exercício do direito seja regular.

COMPENSAÇÃO PREJUÍZO FISCAL- LIMITE SUPERIOR A TRAVA DE 30%- ATIVIDADE RURAL- EXCEÇÃO

Pessoa jurídica que desempenhe atividade rural não se submete a trava dos 30% nos termos art.17, parágrafo segundo da IN n.257/2002.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e de decadência. No mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer o direito à dedução do saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL sem aplicação do limite legal. Vencido o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira que votou por dar provimento integralmente ao recurso. Designado o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves para redigir o voto vencedor. Declarou-se impedido o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Caio César Nader Quintella, Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS com vistas a reformar decisão da DRJ que entendeu por presente abuso na amortização do ágio na aquisição de debêntures (ano-calendário 2003-2006) e, ainda, por ultrapassar a trava de 30% na compensação de prejuízos fiscais no ano de 2006. A aquisição de debêntures foi realizada com a sociedade empresária do mesmo grupo econômico USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A, com identidade de administração e participação acionária, mediante estipulação ao seu alvedrio do montante a título de ágio na emissão de debêntures, sem apresentar fundamentação econômica consistente para este ágio.

Ante ao detalhado relatório empreendido pela DRJ quando do julgamento do presente feito adoto-o integralmente complementando-o ao final ante ao desdobramento do feito:

“Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, foi apurado, nos anos-calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006, amortização do ágio na aquisição, em operação fechada, de debêntures emitidas por sociedade do mesmo grupo sem comprovação do seu fundamento e que o montante seria aceito em operação com terceiros. Apurou-se, também, compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL em montante superior a 30% do lucro real antes da compensação.

Foram exigidos o IRPJ e CSLL (com os acréscimo legais) nos seguintes valores:

TRIBUTOS	TRIBUTOS (R\$)	JUROS (R\$)	MULTA (R\$)	TOTAL (R\$)
IRPJ	47.011,50	7.734,27	35.258,62	90.004,39
CSLL	16.924,13	2.784,33	12.693,09	32.401,55
TOTAL (R\$)	63.935,63	10.518,60	47.951,71	122.405,94

O enquadramento legal para o lançamento dos tributos encontrase às fls.7/8 e 15/16.

O procedimento de fiscalização e as conclusões dele decorrentes foram relatadas nos Termos de Verificação de fls. 42/43 e 44 a 50.

Segundo o relato da autoridade fiscal, a contribuinte apropriou como despesas, nos anos-calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006, a amortização de ágio na aquisição de debêntures, conforme se vê do razão contábil de fls. 75 a 78, nas importâncias de R\$ 2.398.685,69 (2003), R\$ 2.405.257,43 (2004), R\$ 2.398.685,69 (2005) e R\$ 2.398.685,69 (2006).

Informou o autuante que a sociedade Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos e a Usina Barra Grande de Lençóis S/A têm por titulares do seu capital social as mesmas pessoas físicas e jurídicas, nas mesmas proporções percentuais. Ademais, a administração das empresas é exercida pelas mesmas pessoas físicas. Relatou que a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos adquiriu, como informado às fls. 40 e 43, em 1997 e em 2002, debêntures emitidas

pela sociedade Usina Barra Grande de Lençóis S/A, aos valores de face no montante, respectivamente, de R\$ 35.000.000,00 e R\$ 30.000.000,00.

Esclareceu que, nessas operações, houve a incidência de ágio, respectivamente, nas importâncias de R\$ 14.000.000,00 e R\$ 12.000.000,00. Conforme o “Contrato de Subscrição de Debêntures”, os títulos garantem ao seu titular: a) juros de 12% ao ano, não capitalizáveis; b) participação nos lucros da emitente, à razão de 50% do valor acumulado entre o mês da emissão e o mês imediatamente anterior ao do resgate, conforme apurado em balanço, considerando-se, para tanto, o resultado antes do cômputo das despesas com CSLL e com IRPJ e após as participações atribuídas às debêntures de emissões precedentes, participação esta que será devida e paga acumuladamente, no resgate, juntamente com o principal.

Acrescentou que referido ágio foi contabilizado na sociedade emitente das debêntures na conta "2.31.00.001 — Reservas de Capital", integrante do Patrimônio Líquido, coerentemente com o que dispõe o Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1.999 (RIR/99), em seu artigo 442, inciso III, para posterior incorporação ao capital social.

De outro lado, na sociedade adquirente das debêntures, aqueles valores foram contabilizados em conta do Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo, e, posteriormente, levados a resultado do exercício por meio de amortizações contabilizadas nas contas de despesas "3.54.08.006 — Ágio na Aquisição de Debêntures" e "3.50.00.156 — Ágio na Aquisição de Debêntures", razão contábil de fls. 48 a 55.

Informou que a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos diminuiu o resultado do exercício sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL, na mesma proporção em que aumentou o Patrimônio Líquido da Usina Barra Grande de Lençóis S/A, sem alterar o resultado sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL desta sociedade.

Relatou que, se não houvesse o mencionado ágio, a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinho teria apurado resultado maior sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL, resultado este que, distribuído aos titulares do capital social, poderiam aumentar o Patrimônio Líquido da Usina Barra Grande de Lençóis Paulista S/A.

Concluiu que as operações nos termos em que realizadas provocaram efeitos negativos à União, com a redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL na Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, sem o correspondente aumento das mesmas bases na Usina Barra Grande de Lençóis S/A.

Afirmou que a amortização do ágio pago em debêntures é admitida pelo art. 325, I, “c”, do RIR/99. Intimando-se a Usina da Barra Grande de Lençóis a comprovar o fundamento do ágio pago, ela informou que, quanto às debêntures emitidas em 1997, o ágio foi fixado com base em expectativas de receitas atípicas, especialmente reversão de passivos contingentes, no período abrangido pela participação das debêntures nos lucros.

As receitas extraordinárias para o período de dezembro de 1997 a novembro de 2002 foram estimadas em R\$ 46.000.000,00, de modo que, considerando a participação de 50% dos debenturistas nos lucros (R\$ 23.000.000,00), resulta num valor presente, descontado a juros de 1% ao mês, de R\$ 14.375.000,00, valor este que foi arredondado para R\$ 14.000.000,00 para se chegar ao ágio pago.

Para as debêntures emitidas em 2002, afirmou que o ágio foi fixado em montante suficiente para compatibilizar o percentual da participação fixado à contribuição econômica das debêntures para o resultado. Assim, considerando que a relação debêntures/PL [valor das debêntures/(patrimônio líquido + debêntures)] é de 34% e que o percentual fixado para a participação das debêntures no resultado é de 50%, conclui-se que há um excesso de 16%.

Partindo-se da estimativa de resultado das atividades, para o período de dezembro de 2002 a novembro de 2007, de R\$ 120.000.000,00, conclui-se que o valor do excesso de participação das debêntures no resultado é de R\$ 19.200.000,00. Este valor, trazido a valor presente mediante o desconto de juros de 1% ao mês, perfaz o total de R\$ 12.000.000,00.

Narrou que as debêntures foram colocadas mediante negociação privada, diretamente pela emitente, sem qualquer intermediação, estando deliberado na assembléia que decidiu pela emissão que o ágio não seria inferior a 40% do valor correspondente ao valor de face. Assim, os acionistas comuns das duas empresas decidiram criar uma reserva de capital na USINA BARRA GRANDE LENÇÓIS S/A, tendo como contrapartida um encargo de amortização de ágio para a COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS.

Explanou que, para a realização desta operação, não houve a produção de qualquer documento por terceiro especializado, desvinculado dos interesses dos contratantes, que corroborasse o fundamento e a legitimidade do ágio estipulado. A emitente dos títulos limitou-se a informar a forma de cálculo do ágio, valor este assumido pela adquirente em negociação privada, sem qualquer intermediação, negociação esta, repita-se, realizada entre empresas que têm os mesmos sócios e os mesmos administradores.

Diante de todos esses elementos, concluiu a autoridade autuante que o ágio pago na emissão das debêntures não foi devidamente fundamentado, razão pela qual a glosa da respectiva amortização foi efetuada, resultando na lavratura dos autos de infração de que trata o presente processo administrativo.

Informou o autuante que, tendo em vista a inexistência de saldo de prejuízo fiscal da atividade geral de anos anteriores, fl. 120, as importâncias de R\$ 814.936,46, fl. 130, e R\$ 138.413,58, fl. 141, pleiteadas em compensação pelo contribuinte, respectivamente, nas DIPJ dos anos-calendário de 2003 e 2005, foram reclassificados para prejuízo fiscal da atividade rural de anos anteriores.

Da mesma forma, inexistindo saldo de base de cálculo negativa da CSLL da atividade geral de anos anteriores, fl. 124, a importância de R\$ 138.413,58, pleiteada em compensação na DIPJ do ano-calendário de 2005, fl. 142, foi também reclassificada para base de cálculo negativa da CSLL da atividade rural de períodos anteriores.

No ano-calendário de 2006 o contribuinte havia apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, na atividade rural, convertido em lucro real e base de cálculo positiva, em razão da infração verificada, fls. 35 e 39.

Tendo o contribuinte, na DIPJ, fls. 146 e 147, compensado aqueles valores na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, verifica-se a compensação em montante excedente ao limite de 30% na atividade geral, no valor de R\$ 172.056,84, conforme demonstrado às fls. 35 e 39.

Sendo notificada da autuação, a contribuinte ingressou com a impugnação de fls. 165 a 173, subscrita por José Carlos Morelli, alegando:

- O autuante não desenvolveu qualquer esforço no sentido de apontar as possíveis inconsistências na formulação do valor do ágio cobrado da impugnante na aquisição das debêntures emitidas pela Usina Barra Grande de Lençóis S.A., limitando-se a desqualificá-lo

porque produzida pelos próprios interessados, sem suporte em documento emitido por terceiro, diferentemente do que teria ocorrido em situação paradigma, que cita, apreciada favoravelmente ao contribuinte pelo E. Primeiro Conselho de Contribuintes. O critério de valoração do ágio foi, de plano, descartado simplesmente porque fruto de trabalho interno sem o concurso de terceiro, como se este fora obrigatório, se fora um requisito essencial para validá-lo. Essa impropriedade na fundamentação da glosa, que equivale mesmo à ausência de fundamentação, para dizer pouco, inquina o auto de nulidade, já que silencia sobre requisito essencial da autuação;

Nem a lei societária (Lei 6404/76), nem a legislação fiscal, pedem a elaboração de laudo técnico de terceiro como elemento de sustentação do preço de emissão de debêntures, do qual resulte o ágio, tampouco que somente documento dessa espécie seja apto a legitimar os respectivos fundamentos. Competente para fixar o preço de emissão é a assembléia geral de acionistas da emitente (art. 57 da Lei 6404/76), que é livre para requisitar, ou não, o auxílio de terceiro para a concreção do seu mister;

- No âmbito fiscal, apenas nas hipóteses passíveis de configuração de distribuição disfarçada de lucros, que não é o caso, a lei cuida de laudo de terceiro, não como pré-requisito de validade da operação para efeitos fiscais, mas como simples elemento de inversão do ônus da prova (art. 465, § 4º, do RIR/99);

- As debêntures, como estruturadas no direito pátrio, constituem um instrumento bastante versátil, na medida em que, a par de propiciar a captação de recursos, permite à empresa tomadora capitalizar-se, via ágio, contabilizando parcela do aporte diretamente no patrimônio líquido ao invés de fazê-lo integralmente no passivo, como se dá com as demais formas de empréstimo. Tal mecanismo é, inclusive, incentivado pelo legislador (art. 442, III, do RIR/99), ao prescrever que não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte receber a título de prêmio na emissão de debêntures;

- Em se tratando de empresas de mesma composição societária naturalmente que a preocupação com os riscos do investimento é mínima ou mesmo inexistente. Logo, em tais casos, o fundamento do ágio repousa, a bem dizer, exclusivamente na rentabilidade futura do capital investido, que vai ser definida pelas perspectivas de resultados da investida no período de vigência das debêntures "vis a vis" o percentual da participação a elas atribuído, mais os juros;

- Para a investidora, mesmo com o pagamento de ágio, o investimento nas debêntures foi amplamente satisfatório, tendo ultrapassado o CDI, já que, no período de vigência das debêntures (dez/2002 a dez/2007) este acumulou apenas 119,07% (média de 1,32% ao mês), fato que por si só justifica amplamente o sobrepreço, desmerecendo a alegação de ausência de fundamentos para o ágio em apreciação. Isso é a realidade, que fala mais alto que qualquer documento técnico opinativo, seja interno, seja de terceiro;

- Há equívoco na imputação de excesso na compensação de prejuízo fiscal no ano-calendário de 2006. De acordo com o próprio resumo acostado ao auto de infração, no período citado, a impugnante compensou R\$ 1.328.009,01, mas R\$ 246.858,36 era prejuízo da atividade rural do próprio ano-calendário utilizado para a amortização de lucros da atividade geral, não sujeito, portanto, ao limite legal. A diferença, de R\$ 1.081.150,65 (R\$ 1.328.009,01 — R\$ 246.858,36), correspondendo efetivamente a prejuízos de anos anteriores, situou-se dentro do limite legal apontado pela própria fiscalização, de R\$ 1.155.952,17.

A decisão da DRJ restou assim ementada:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ÁGIO NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. PROVA DO FUNDAMENTO. AMORTIZAÇÃO.

Deve ser afastada a amortização do ágio pago na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas quando não ficar comprovada a sua fundamentação.

ERRO. COMPROVAÇÃO. Mantém-se o lançamento quando não constatado o alegado erro na compensação de prejuízos fiscais de anos anteriores.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL. Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006 ÁGIO NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. PROVA DO FUNDAMENTO. AMORTIZAÇÃO. Deve ser afastada a amortização do ágio pago na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas quando não ficar comprovada a sua fundamentação.

ERRO. COMPROVAÇÃO. Mantém-se o lançamento quando não constatado o alegado erro na compensação de bases de cálculo negativas de anos anteriores.”

Da decisão a contribuinte interpôs o presente recurso voluntário para repisar os argumentos veiculados na impugnação acrescentando, ainda, argumentos em relação à alteração da motivação do lançamento pela autoridade de primeira instância, à demonstração da origem, quantificação e legitimidade do ágio, à inexistência de abuso de poder, ao exercício regular do direito, à quantificação do ágio pago como despesa operacional que se enquadram nos requisitos de necessidade e usualidade, à impassibilidade de qualificação das operações como abusivas antes da regulamentação do art.116, parágrafo único, do CTN e a improcedência da glosa de prejuízos fiscais registrados e compensados no ano-calendário de 2006.

Em sessão de julgamento realizada na data de 20 de janeiro de 2016 esta d. 2ªT.O. entendeu por converter o feito em diligência na medida em que o relator de então, ex-conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar, constatou ausente dos autos a recomposição da base tributável da autuada por conta da aquisição e fruição das aludidas debêntures.

Em Relatório da Diligência Fiscal a unidade de origem concluiu o seguinte:

O Termo de Verificação de fls. 42 e 43 revela que nos anos-calendário de 2003 a 2006 a autuada fez computar na base tributável, IRPJ e CSLL, a título de amortização de ágio na aquisição de debêntures, considerado não dedutível pelas razões expostas neste e no termo de fls. 46 a 50, respectivamente, as importâncias de R\$ 2.398.685,69, R\$ 2.405.257,43, R\$ 2.398.685,69 e R\$ 2.398.685,69.

Estas importâncias, conforme demonstrado no Termo de Verificação, fls. 42, foram rateadas proporcionalmente aos valores da receita informados em DIPJ, fls. 131, 137, 142 e 147, em atividade geral e rural, conforme tabela demonstrativa de fls. 42.

A partir daí, considerados os saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL de períodos anteriores, bem como os resultados informados em DIPJ, foram elaborados os demonstrativos de fls. 34 a 41, resultando, após a compensação, sujeitos a incidência do IRPJ e da CSLL, por conta da glosa efetuada, nos anos-calendário de 2003, 2005 e 2006, respectivamente, as importâncias de R\$ 10.426,84, 3.082,69 e R\$ 2480,04.

Relativamente ao ano-calendário de 2006, além do valor de que trata o parágrafo anterior, foi constatado, fls. 37 e 41, a compensação de prejuízos e base de cálculo negativa da CSLL, no resultado da atividade geral, excedente a 30% da base de cálculo no montante de R\$ 172.056,84, resultando na constituição do crédito tributário objeto dos autos de infração de fls. 6 a 9 e 14 a 16.

Os valores das glosas relativas à atividade rural foram integralmente compensados com prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa da CSLL dos próprios períodos base e de períodos anteriores, conforme demonstrativos de fls. 34 a 41, resultando nos Autos de Infração, Retificação de Prejuízo Fiscal e Redução da Base de Cálculo Negativa da CSLL, de fls. 22, 23, 28 e 29.

O valor da glosa na atividade geral, R\$ 121.861,15, foi compensado com o resultado negativo, prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, do próprio ano-calendário de 2004 apurado na atividade rural, fls. 35.

Ante a ausência de intimação da recorrente para manifestar-se acerca da Informação Fiscal seu julgamento foi suspenso a fim de colher-se manifestação da recorrente vindo agora a julgamento.

É o relatório:

Voto Vencido

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Relator.

1. ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário apresentado já foi objeto de juízo de admissibilidade quando da sessão de 20 de janeiro de 2016 ocasião na qual foi dado conhecimento por tempestivo e assinado por procurador devidamente habilitado.

2. PRELIMINAR DE NULIDADE ANTE EVENTUAL ALTERAÇÃO MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO

Sustenta a recorrente que a decisão proferida pela DRJ inovou ao entender que as despesas seriam indedutíveis ante a ausência de "informações(...) imprescindíveis para aferir se não houve abuso na autorização para a amortização de ágio em aquisição de debêntures."

Discorre acerca da finalidade e elementos do ato do Lançamento Tributário chegando a recorrente a afirmar que houve alteração do critério jurídico, invocando o art.146 do CTN (fls.200-203).

Alega ainda que viu em um primeiro momento por prescindível trabalho de terceiro consubstanciado em laudo que indicasse pretenso fundamento econômico à operação para que, posteriormente, "vê-se obrigada a se defender de acusação até então não formulada, no sentido de que teria agido com abuso de direito."

As alegações preliminares da recorrente não culminam jamais em qualquer vício no até aqui processado na medida em que, conforme há muito esclarecido, a contribuinte viu-se autuada por ausência de fundamento econômico da operação tendo exercido plenamente todo contraditório e ampla defesa no processo administrativo tributário.

Oportuno reiterar que o objeto do presente feito não é a falta de autorização legal para amortização de ágio pago na aquisição de debêntures (art.325, I, RIR), nem mesmo a ausência de laudo como pretende fazer crer o contribuinte; mas, sim, a suposta ausência de fundamento econômico na medida em que considerou a autoridade fiscal que trata-se de operação entre o mesmo grupo econômico que estipulou a seu talante montante a título de ágio pago na emissão de debêntures.

Ademais, considerou que ao Relatório da auditoria externa extemporâneo em nada altera o quadro fático-jurídico do até aqui processado dado que não se revela documento hábil a comprovar o fundamento do ágio pago por ocasião da emissão das debentures.

Portanto, não subsistem os argumentos veiculados pela contribuinte pela alteração de critério jurídico (146, CTN) a prejudicar o exercício da ampla defesa e

contraditório. Ademais, a presença ou não de fundamento econômico e a legitimidade ou não da amortização do ágio na emissão de debêntures trata-se de questão de mérito como verifica-se a seguir:

3. MÉRITO:

3.1 DA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO PAGO NA AQUISIÇÃO DAS DEBÊNTURES:

Antes de tratar especificamente acerca do direito de amortização do ágio na aquisição de debêntures fundamental compreender suas características e seu reflexo na contabilidade tributária de debenturista na medida em que haverá menor incidência tributária de IRPJ/CSL.

J. X. Carvalho de Mendonça¹, leciona que a emissão de debêntures consiste em "... operação a que recorrem as sociedades anônimas, é, como dissemos, um empréstimo; é o contrato de mútuo, que se distingue do simples mútuo, definido no art. 247 do Código Comercial, pela divisão da quantia mutuada em frações, expressa por títulos ao portador, títulos de crédito negociáveis, e pelo processo especial de amortização, isto é, do reembolso gradual do capital da dívida por parcelas mínimas, em regra, durante longo prazo...."

Ainda em conformidade com o autor "o empréstimo é contrato real; não existe sem a quantia que a sociedade deseja mutuar seja materialmente paga ou encaixada. Deve ser realizado em dinheiro e nesta espécie resgatável. Não se compreenderia empréstimo sem prestação de capitais. Se a emissão não tem esse intuito, é nula".

No que se refere à remuneração da debênture, Modesto Carvalhosa², embora reconheça que a legislação não o diga expressamente, defende que são os juros a sua remuneração natural:

O caráter facultativo da norma 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.

Faculta a Lei de 1976 que, além dos juros, poderá a escritura de emissão estabelecer outras vantagens, como a participação nos lucros e prêmios, notadamente de reembolso. A alusão a juros variáveis constitui acessório do juro fixo estabelecido, consubstanciados aqueles na aceitação, pela comunhão de debenturistas, de vantagens adicionais aos juros prefixados, quando da colocação de novas séries, ou de debêntures em tesouraria.

Assim 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.

¹ MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. II, Tomo III, Campinas: Bookseller, 2001.

² CARVALHOSA, Modesto; Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 2002, Editora Saraiva, vol.1, p. 647.

E, dentre essas vantagens adicionais aos juros fixos, poderá a companhia emissora oferecer preferência aos tomadores na aquisição de bens, na prestação de serviços ou na aquisição de direito, sempre visando tornar mais atrativa e competitiva a colocação das debêntures no mercado.

Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas companhia. Sendo a remuneração própria do capital mutuado, os juros serão sempre devidos. [grifos nossos]

Do visto neste tópico, resta claro que, em sua essência, a debênture corresponde a um contrato de mútuo, ou seja, trata-se de um empréstimo de médio ou longo prazo, remunerado com juros mais favoráveis em relação ao mercado financeiro, tomado pela companhia emissora junto a particulares.

Em obra paradigmática acerca do Planejamento Tributário e autonomia privada (SP: Quartier Latin, 2015, f.221) o Conselheiro Fábio Piovesan leciona que mediante operações de "debêntures participativas" as sociedades empresárias sob a alegação de captação de recursos externos emitem debêntures, vinculando as remunerações de tais títulos não à variação de determinada taxa de juros, mas à participação percentual em seus lucros. Em constatando a autoridade fiscal a artificialidade da operação empreende a glosa da dedução das despesas com remuneração de debêntures na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL.

A partir dessas premissas impende passar-se à análise do caso concreto.

Para sua análise faz-se necessário retroagir ao início do procedimento adotado pela Recorrente. Com base nas DIPJs transmitidas pela autuada, a autoridade fiscal lançadora demonstrou que no ano de 1997 foi realizada a primeira emissão de debêntures pela Recorrente, no valor de R\$ 35.000.000,00 com um ágio correspondente na emissão dessas debêntures de R\$ 14.000.000,00.

Em 2002 foi realizada nova emissão de debêntures no valor de R\$ 30.000.000,00 com um ágio de 12.000.000,00.

Nos termos em que consta do TVF o valor do ágio mencionado foi contabilizado na UBG na conta de reserva de capital, integrante do PL, coerentemente com o disposto no art.442, III, do RIR, para posterior incorporação ao capital social.

De outra banda, na debenturista autuada (CALZS) tais valores foram contabilizados em conta do ativo circulante e realizável a longo prazo e, posteriormente levados a resultado do exercício por meio de amortizações contabilizadas nas contas de despesas "Ágio na aquisição de debêntures"; o que lhe permitiu reduzir significativamente o resultado do exercício sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL, na mesma proporção em que aumentou o PL da UBG, sem alterar o resultado sujeito à incidência do IRPJ e CSL da emitente.

De forma sucinta, oportuno percorrer os passos da dedução de remuneração com debêntures no anos-calendário 2003-2006. Cada uma das etapas até a dedução deve ser analisada em seu conjunto na medida em que, se isoladamente considerada, alguma delas represente violação à lei: (i) emissão de debêntures em 2002 sem utilização de novos recursos; (ii) remuneração das debêntures com base em participação nos lucros (DPL 50%); (iii) elevado percentual de comprometimento dos lucros com a remuneração das debêntures ; (iv) emissão privada de debêntures, com subscrição exclusivamente pela CALZS; (v) elevadíssimo retorno financeiro aos beneficiários das debêntures

De acordo com a autoridade fiscal, ante ao fato da UBG ser sociedade empresária sujeita ao mesmo controle societário e administrada pelas mesmas pessoas físicas que a CALZS, aliada a falta de documento contemporâneo emitido por terceiro especializado e independente que pudesse fundamentar o ágio, sua amortização seria indedutível, na medida em que carente de fundamento econômico.

O deslinde do presente julgamento demanda compreensão da sistemática de apuração do IR sob o lucro real e digressão para trazer à colação os conceitos de custo e de despesa, contidos no Manual de Contabilidade Societária (IUDICIBUS, MARTINS, GELBCKE e SANTOS, Sérgio e outros. SP: Atlas, 2010):

[...] o custo dos produtos vendidos ou o custo dos serviços prestados a serem computados no exercício devem ser correspondentes às receitas de vendas dos produtos e serviços reconhecidos no mesmo período. De fato, como menciona o item II do art. 187 da Lei nº 6.404/76, deve ser computado na Demonstração do Resultado do Exercício o “*custo das mercadorias e serviços vendidos*” no exercício, o qual, deduzido das receitas correspondentes, gera o *lucro bruto*. 2

As despesas operacionais constituem-se em despesas pagas ou incorridas para vender produtos e administrar a empresa e, dentro do conceito da Lei nº 6.404/76, abrangendo, também, as despesas líquidas para financiar suas operações; os resultados líquidos das atividades acessórias da empresa são também considerados operacionais. (GRIFO NOSSO)

É bem sabido que na sistemática do lucro real não se cogita da tributação de receitas, mas sim do resultado, assim entendida a confrontação entre as receitas auferidas e o esforço despendido com esse fim. Tal esforço pode ser tido, genericamente, como custo ou despesa. Será custo, quando diretamente vinculado a uma receita; despesa, quando a vinculação for indireta, ou não puder ser feita a uma receita específica, mas ao seu conjunto.

Portanto, não se há de falar na indedutibilidade de custos e, mesmo quanto às despesas, as restrições legais à sua dedutibilidade devem ser entendidas como aplicáveis àquelas situações em que não se pode vislumbrar qualquer relação com as receitas auferidas. Isto é, quando as despesas se revelarem desnecessárias, mera liberalidade, de tal sorte que, com ou sem elas, as receitas teriam sido auferidas da mesma forma.

O Conselheiro Waldir Veiga Rocha, em julgamento da mesma operação com a mesma contribuinte (Acórdão 1301-00.547), alerta que “outra abordagem deve ser dada à necessidade da comprovação de custos e despesas. No caso concreto, não há dúvidas de que o ágio/prêmio tenha sido efetivamente incorrido.”

Toda a lide nos presentes autos se concentra quanto à dedutibilidade do ágio na medida em que o Fisco entendeu que carece de fundamento econômico, isto é, não estaria presente o requisito da necessidade do ágio para que as receitas decorrentes das debentures adquiridas fossem auferidas.

Sob a perspectiva da contribuinte, ora recorrente, a necessidade do ágio se encontra plenamente demonstrada considerando que ao final a operação veio a demonstrar-se lucrativa para a adquirente; o que confirmado pelo documento de auditoria externa trazido aos autos.

Tem-se, no entanto, que a recorrente traz ao autos documento extemporâneo que, embora emitido por idônea empresa de auditoria, atesta apenas que a operação foi financeiramente interessante para a adquirente, portanto, não trata-se de documento hábil a comprovar o fundamento do ágio pago quando da aquisição das debêntures.

Porém, apesar de inapto a atestar o fundamento econômico a documentação acostada não pode ser desprezada, sobretudo, em função das condições atípicas de que o negócio se revestiu: remuneração alta que, além dos juros, previa 50% de participação nos lucros auferidos pela UBG no período de vigência.

Portanto, o valor pago pelos títulos tomava em consideração a expectativa de lucros futuros; o que justificava o pagamento de valor superior ao valor de face a título de ágio ou prêmio.

O Conselheiro Waldir Veiga Rocha procedeu à análise perspicaz da operação empreendida pela recorrente e prescindibilidade do documento para legitimar a dedução da amortização do ágio pago ao que adotamos suas considerações lançadas no Acórdão n.1301-00.547 como razões de decidir, vejamos:

“ A falta de um documento que, à época, quantificasse essa expectativa e a traduzisse em sobrevalor com relação ao valor de face das debêntures, de fato, poderia levar à conclusão de que a amortização do ágio, inicialmente contabilizado a débito do ativo e, a seguir, levado a débito de resultado ao longo do período que antecedeu o resgate dos títulos, seria indedutível. No entanto, essa parcela (o ágio) é parte integrante do preço pago, sem a qual não se realizaria o negócio e, especialmente, não seriam auferidas as receitas dele decorrentes. Assim, desconsiderar essa parcela significaria, em última análise, tributar as receitas sem a consideração de parte do esforço incorrido para auferi-las. O que estaria sendo alcançado pela tributação não seria o resultado do negócio, mas tão somente as receitas.

Ainda que, por hipótese, se pudesse descaracterizar como ágio o sobrevalor pago e, com isso, também sua amortização, mesmo assim tal parcela integraria o total do custo de aquisição do investimento a débito do ativo, e caberia sua apropriação ao resultado, reduzindo-o, no momento do resgate das debêntures. E, desde que as debêntures já haviam sido resgatadas no momento do lançamento, e que o contribuinte apurou lucro real e base de cálculo da CSLL positivos no ano-calendário 2007, a autuação se resumiria aos efeitos da inobservância do regime de competência, causada pela antecipação de despesas. O mesmo aconteceria acaso se cogitasse da indedutibilidade da amortização do ágio por não estar intrinsecamente relacionada à produção e comercialização de bens e serviços (Lei nº 9.249/95, art. 13, III). Mas trata-se de mera hipótese, visto que o lançamento não tratou de inobservância do regime de competência.

Também poderia o Fisco, se esse fosse seu entendimento, ter descaracterizado a operação por completo. Mas para isso seria necessário que restasse comprovado tratar-se de negócio jurídico fraudulento, engendrado para causar prejuízo. Nessa hipótese, teria que ser desprezado o resultado do negócio como um todo, ou seja, a totalidade do prejuízo fraudulento, resultante de despesas superiores às receitas. No entanto, mais uma vez, trata-se de situação hipotética e estranha aos autos, especialmente em face da demonstração de que a operação foi financeiramente vantajosa, do ponto de vista da adquirente das debêntures, com receitas superando o conjunto das despesas.”

Tais fundamentos foram lançados em caso exatamente igual, enfrentado pela Terceira Câmara, Primeira T.O., no acórdão nº 1301-00547, de 13/09/2011. Lá a autuada foi a ora recorrente na qualidade de debenturista, curiosamente no mesmo período, só que emitente AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A, com valor de face de R\$60 milhões, e incidência de ágio de R\$24 milhões, juros SELIC e participação nos lucros na mesma razão de 50% durante a o período de vigência.

O relator, Cons. Waldir Veiga Rocha, entendeu que, do ponto de vista da adquirente (embora, talvez não do lado da emitente), havia uma motivação para o negócio, e afastou a tributação sendo acompanhado por todos demais Conselheiros ao que ao final a decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2004, 2005, 2006, 2007

IRPJ. CSLL. DESPESAS OPERACIONAIS. ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE.

Na sistemática do lucro real não se cogita da tributação de receitas, mas sim do resultado, assim entendida a confrontação entre as receitas auferidas e o esforço despendido com esse fim. O ágio pago na aquisição de debêntures é parte integrante do preço pago, sem a qual não se realizaria o negócio e, especialmente, não seriam auferidas as receitas dele decorrentes. Assim, desconsiderar essa parcela significaria, em última análise, tributar as receitas sem a consideração de parte do esforço incorrido para auferi-las.

O que estaria sendo alcançado pela tributação não seria o resultado do negócio, mas tão somente as receitas.

Do até aqui analisado entendo que o ágio pago pela debenturista trata-se de despesa operacional plenamente dedutível ao que não merece prosperar assim a autuação perpetrada em face de si sob a pecha de ausência de fundamento econômico.

3.2 DA GLOSA DE PREJUÍZOS FISCAIS REGISTRADOS E COMPENSADOS NO ANO-BASE 2006

A recorrente fora autuada, também, em função de ter servido-se de prejuízos fiscais na compensação do imposto devido no ano-base de 2006; o que mantido pela DRJ, logo, trazida sua irresignação em sede do RV ora em julgamento.

Preliminarmente, oportuno observar que a Companhia AGRÍCOLA Luis Zillo e Sobrinhos, como a própria razão social, está indicar dedica-se a atividade rural submetendo-se, assim, ao regramento previsto na IN 257/2002 dado enquadrar-se na hipótese legal do inciso I, vejamos:

Art. 2º A exploração da atividade rural inclui as operações de giro normal da pessoa jurídica, em decorrência das seguintes atividades consideradas rurais:

I - a agricultura

Da análise dos autos constata-se que o valor acumulado como prejuízo fiscal de anos anteriores e compensado pela recorrente tem origem no resultado da atividade rural do próprio ano de 2006; o que lhe confere direito, assim, ilimitado à compensação.

Oportuno observar que não há vedação legal para compensação de prejuízo fiscal no exercício de atividade rural com os ganhos da operação no próprio período, nos termos do art.17 da IN n.257/2002, vejamos:

Art. 17. Não se aplica o limite de trinta por cento de que trata o art. 15 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, à compensação dos prejuízos fiscais decorrentes da atividade rural, com lucro real da mesma atividade, observado o disposto no art. 24.

§ 1º O prejuízo fiscal da atividade rural a ser compensado é o apurado na demonstração do lucro real transcrita no Lalur.

§ 2º O prejuízo fiscal da atividade rural determinado no período de apuração poderá ser compensado com o lucro real das demais atividades apurado no mesmo período, sem limite

Neste panorama insubsistente a glosa empreendida pela autoridade fiscal ao que merece provimento o RV também neste ponto.

4. CONCLUSÃO:

Diante do todo exposto voto pelo não acolhimento da preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, pelo provimento do recurso voluntário dada legitimidade da amortização do ágio na aquisição de debêntures.

(assinado digitalmente)
Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves- Redator Designado

Em que pesem as sábias e percucientes colocações feitas pelo Ilustre Relator, ousou discordar do voto proferido no que tange ao mérito da demanda.

A questão central discutida neste processo é a possibilidade de o contribuinte valer-se do art. 325, I, "c" do RIR/99 para, em transação efetuada com pessoa jurídica que tem os mesmos acionistas e a mesma diretoria, estipular ao seu alvedrio um dado montante a título de ágio pago na emissão de debêntures, sem apresentar fundamentação consistente para este ágio, de modo a deduzir seu resultado tributário por meio da sua amortização. Em outras palavras, trata-se de averiguar se houve utilização abusiva da autorização para amortização de ágio em aquisição de debêntures, prevista no art. 325, I, "c" do RIR/99.

O Termo de Verificação Fiscal deixa claro, a partir dos fatos apontados, a ocorrência de um planejamento tributário abusivo, engendrado pela Autuada e demais empresas do mesmo grupo econômico (eis que possuem os mesmos sócios). Fundamentou sua afirmação nas características tiradas do negócio jurídico, gerador de um ágio sem qualquer fundamento e que, a seu ver, foi realizado com o propósito único de suprimir tributos.

O referido negócio consistiu na emissão de debêntures intra-grupo, ou seja, hipótese em que emitente e debenturista fazem parte do mesmo grupo econômico, sendo partes ligadas. Alerta para o fato de os sócios e administradores das empresas envolvidas serem as mesmas pessoas.

Antes de entrar no mérito da demanda propriamente, faz-se necessário discorrer sobre a **debênture, como instituto do direito comercial**, de modo a facilitar o entendimento e os contornos fáticos e legais em torno da operação realizada pela Contribuinte, contra a qual se insurgiu a Fiscalização. Do Acórdão nº 1402-002.295, desta mesma 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, de lavra do Ilustre Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, extraímos os valiosos ensinamentos a respeito da matéria em exame:

A respeito das debêntures e de suas características, entendo ser necessário tecer alguns comentários preliminares.

A equipe de professores da FIPECAFI, na obra Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, esclarece que *"as debêntures são títulos, normalmente a longo prazo, emitidos pela companhia com garantia de certas propriedades, bens ou aval do emitente"*. Segundo os mesmos autores, as debêntures fornecem para a companhia recursos a longo prazo para financiar a sua atividade. Esclarecem, ainda, que as debêntures, geralmente, concedem juros fixos ou variáveis, podendo, também, conceder participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso.

A AMBIMA Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro, em material disponibilizado no sítio eletrônico³, esclarece que:

As debêntures são valores mobiliários de renda fixa que podem ser emitidos por sociedades por ações, de capital aberto ou fechado. Entretanto, para que sejam distribuídas publicamente, devem ser emitidas por companhias de capital aberto, com prévio registro na CVM – Comissão de Valores

³ Disponível em: <http://www.debentures.com.br/espacodoinvestidor/introducaoadebentures.asp> Acesso em: 15 jul 2016.

Mobiliários. Há duas formas de debêntures: nominativas ou escriturais. Quanto à classe, podem ser simples, conversíveis ou permutáveis. Já no que diz respeito à garantia, podem ter as seguintes classificações: real, flutuante, quirografária ou subordinada.

Esses títulos dão aos seus detentores um direito de crédito sobre a companhia emissora e possuem características particulares de prazo e rentabilidade, sempre definidas em sua escritura de emissão. As escrituras são os documentos mais importantes das emissões de debêntures. Nelas, estão descritas todas as características do papel: valor nominal; indexador pelo qual o valor é atualizado; prazo; forma de cálculo; rentabilidade proposta pelo emissor; fluxo de pagamento; e condições que devem ser obedecidas pela companhia emissora ao longo da vida útil do ativo. [grifos nossos]

De acordo com Roberto Barcelos de Magalhães⁴, "as debêntures são obrigações representativas de parcelas de um único empréstimo tomado por sociedade anônima."

Rubens Requião, comentando acerca de debêntures, afirma:

As debêntures, também chamadas obrigações ao portador, são títulos de crédito causais, que representam frações do valor de contrato de mútuo, com privilegio geral sobre os bens sociais ou garantia real sobre determinados bens, obtidos pelas sociedades anônimas no mercado de capitais. A fim de evitar os inconvenientes de pequenos e constantes financiamentos a curto prazo e a juros altos, no mercado financeiro, as sociedades por ações têm a faculdade exclusiva de obter empréstimos, tomados ao público a longo prazo e a juros mais compensadores, inclusive com correção monetária, mediante resgate a prazo fixo ou em sorteios periódicos.

J. X. Carvalho de Mendonça⁵, assim se refere às debêntures:

Essa operação a que recorrem as sociedades anônimas, é, como dissemos, um empréstimo; é o contrato de mútuo, que se distingue do simples mútuo, definido no art. 247 do Código Comercial, pela divisão da quantia mutuada em frações, expressa por títulos ao portador, títulos de crédito negociáveis, e pelo processo especial de amortização, isto é, do reembolso gradual do capital da dívida por parcelas mínimas, em regra, durante longo prazo....

Ainda em conformidade com o autor (J. X. Carvalho de Mendonça), "o empréstimo é contrato real; não existe sem a quantia que a sociedade deseja mutuar seja materialmente paga ou encaixada. Deve ser realizado em dinheiro e nesta espécie resgatável. Não se compreenderia empréstimo sem prestação de capitais. Se a emissão não tem esse intuito, é nula". [grifos nossos]

No que se refere à remuneração da debênture, Modesto Carvalhosa⁶, embora reconheça que a legislação não o diga expressamente, defende que são os juros a sua remuneração natural:

⁴ MAGALHÃES, Roberto Barcelos de, Lei das S/A: comentários por artigo 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 245.

⁵ MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. II, Tomo III, Campinas: Bookseller, 2001.

⁶ CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2002, Editora Saraiva, vol. 1, p.647.

O caráter facultativo da norma 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 comercia/idade da debênture, que não poderá deixar de oferecer vantagem pecuniária, compativelmente remuneratória do capital mutuado.

*Faculta a Lei de 1976 que, além dos juros, poderá a escritura de emissão estabelecer outras vantagens, como a participação nos lucros e prêmios, notadamente de reembolso. A alusão a juros variáveis constitui **acessório do juro fixo estabelecido, consubstanciados** aqueles na aceitação, pela comunhão de debenturistas, de vantagens adicionais aos juros prefixados, quando da colocação de novas séries, ou de debêntures em tesouraria.*

Assim 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.

*E, dentre essas vantagens adicionais aos juros fixos, poderá a companhia emissora oferecer preferência aos tomadores na aquisição de bens, na prestação de serviços ou na aquisição de direito, sempre **visando tornar mais atrativa e competitiva a colocação das debêntures no mercado.***

Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas companhia. Sendo a remuneração própria do capital mutuado, os juros serão sempre devidos. [grifos nossos]

Do visto neste tópico, resta claro que, em sua essência, a debênture corresponde a um contrato de mútuo, ou seja, trata-se de um empréstimo de médio ou longo prazo, remunerado com juros mais favoráveis em relação ao mercado financeiro, tomado pela companhia emissora junto a particulares.

É indiscutível que a Contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio da maneira que melhor lhe convier, tendo sempre como objetivo reduzir custos e despesas, maximizando o seu lucro, inclusive, através da redução de sua carga tributária. Não há nada de ilegal nesse proceder.

O que não se pode admitir é que os atos e negócios jurídicos praticados sob o manto de uma aparente legalidade, sejam realizados sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, ou simplesmente para encobrir o verdadeiro e único propósito da operação, qual seja, o de reduzir o pagamento de tributos.

Quando se fala em planejamento tributário abusivo não se pode olvidar dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco⁷:

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas ao seu uso, ao modo de seu exercício. A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar a sua vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer “planejamento” é admissível?

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248.

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões. (pág. 198)

(...)

Ou seja, cumpre analisar o tema do planejamento tributário não apenas sob a ótica das formas jurídicas admissíveis, mas também sob o ângulo da sua utilização concreta, do seu funcionamento e dos resultados que geram à luz dos valores básicos de igualdade, solidariedade social e justiça. (pág. 202)

(...)

Isso não afasta a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito. Assim, no Código Civil de 1916, a doutrina discutia este ponto havendo divergência a respeito, porém, com o advento do Código Civil de 2002 a questão ficou solucionada, pois seu artigo 187 é expresso ao prever que o abuso de direito configura ato ilícito:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (pág. 206)

(...)

Antes do Código Civil de 2002, o importante era saber se o Fisco poderia se recusar a aceitar os efeitos do ato ou negócio jurídico, invocando para tanto, a existência de abuso de direito, procedendo, como menciona a doutrina francesa, à desqualificação e subsequente requalificação fiscal do negócio ocorrido, para exigir o imposto que seria devido não fora o negócio lícito, mas abusivo.

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária torna-se muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. (pág. 207)

(...)

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo por ter sido distorcido seu perfil objetivo ou extrapolados seus limites, o que pode, em tese, configurar-se, inclusive se tiver por sua única ou principal finalidade conduzir a um menor pagamento de imposto.

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do

fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

Em suma, não há dúvida de que o contribuinte tem o direito, encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício deste direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, a fraude à lei. (pág. 228)

Portanto, o direito de o contribuinte se auto-organizar e decidir sobre a melhor forma de se beneficiar de eventual planejamento tributário não pode ser absoluto, devendo observar a forma como irá exercer esse direito, sob pena de incorrer no abuso de seu exercício.

Neste mesmo sentido veja-se o disposto no Acórdão nº 9101-002.538 - 1ª Turma, de 20 de janeiro de 2017, da lavra do I. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, citando o Acórdão nº 101-94.986, de 19/05/2005, de relatoria da I. Conselheira Sandra Maria Faroni:

Não se discute 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. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que 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. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor."

Portanto, não basta ser lícita a operação para que seus efeitos sejam automaticamente oponíveis ao Fisco. Para que possam gerar efeitos tributários, mais que conformidade com a lei, a operação realizada deve estar conforme o Direito. E é exatamente

este o caso dos autos. Apesar de as operações realizadas (emissão de debêntures) aparentarem estar acobertadas sob o manto da legalidade, no caso concreto, verifica-se o completo desvirtuamento do objetivo natural a que se destinam, haja vista o evidente propósito de sua realização estar vinculado única e exclusivamente à economia no pagamento de tributos, *in casu*, do IRPJ e da CSLL.

Neste sentido, trago outro precedente desta 2ª Turma, vazado no Acórdão nº 1402-002.325, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Demetrius Nichele Macei, que reproduzo abaixo naquilo que nos interessa:

Nesse tema, filio-me à corrente que entende que o fato de os atos ou negócios jurídicos virem a ser executados de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial, como, p. ex., assembléias de deliberação para emissão de debêntures, instrumento particular de escritura de emissão de debêntures, boletins de subscrição de debêntures, contratos de mútuo, registro dos atos, etc, não garante à contribuinte, por si só, a dedutibilidade prevista na legislação tributária.

Com efeito, a legalidade dos atos é condição essencial para que a conduta do contribuinte possa ser considerada lícita, mas não suficiente para que se conclua que os efeitos resultantes de seu conjunto estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, é possível que cada um dos atos praticados pelo contribuinte, individualmente considerado, esteja de acordo com as exigências formais de alguma norma específica, mas que, em seu conjunto, não surta os efeitos esperados pelo ordenamento jurídico.

Se analisarmos as características gerais da operação, em especial a forma adotada para a remuneração das debêntures emitidas pela Usina Barra Grande de Lençóis S/A, que se deu com base em participação nos lucros da empresa no percentual de 50% (além do pagamento de juros de 12% ao ano), o que considero elevadíssimo para operações tais quais as apreciadas (completamente fora do padrão de mercado quando considerados os atores como partes independentes), chegaremos à conclusão de que o negócio jurídico empreendido não encontra fundamento econômico/jurídico para sua realização.

Vejam que não estou de forma alguma afirmando que, isoladamente, as características do negócio jurídico acima apontadas são ilícitas ou necessariamente implicariam, por si só, na indedutibilidade das despesas verificadas com a remuneração das debêntures. A conclusão a que cheguei, pelo acerto da glosa das despesas com o ágio, provém do "*conjunto da obra*". Para chegar à essa conclusão, me socorro, novamente, do voto proferido pela Conselheira Sandra Maria Faroni no Acórdão nº 101-94.986:

"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...'".

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Críticas à participação nos lucros

A inclusão na lei de emissão de debêntures com participação nos lucros da companhia, embora admitida no direito comparado, tem sido alvo de críticas. Argumentam tratar-se de empréstimo, sendo, portanto, a remuneração originada de lucros descaracterizadora do mútuo. Isto porque retiraria o requisito 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."

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

Inegavelmente, a operação praticada não encontra vedação expressa na lei. Mas isso não significa que se trate de operação usual e normal, a respaldar a dedutibilidade da remuneração das debêntures emitidas."

(grifou-se)

De forma geral, os doutrinadores são unânimes em considerar que as debêntures, como títulos de renda fixa que são, deveriam ser remuneradas essencialmente com base em juros fixos. Tal qual verificamos acima, onde a remuneração se dá quase que unicamente com base na participação nos lucros, fica evidente a descaracterização do mútuo, o que faz com que a debênture, como título de crédito que é, fique completamente comprometida em sua essência. Em resumo, a operação da forma como foi praticada, não pode ser considerada como usual, nem tampouco foi praticada com os fundamentos econômicos alegados pela Recorrente.

Por qualquer ângulo que se avalie as operações de emissão de debêntures avaliadas neste processo, não consigo vislumbrar nenhum propósito negocial em sua realização.

Também considero como suficientes os fatos levantados pela Autoridade Fiscal para justificar a lavratura do Auto de Infração, lastreado na falta de fundamento para a estipulação do ágio pago na aquisição das debêntures, evidenciando o abuso de forma perpetrado pela Contribuinte. Por tudo o que foi até aqui exposto, conclui-se ser indevida a argumentação posta pela Recorrente de que a Autoridade Fiscal não teria conseguido levantar elementos suficientes que autorizassem a conclusão por ela levada a efeito de que teriam sido praticadas operações abusivas. Está mais do que caracterizado o abuso do planejamento tributário empreendido pela Recorrente no âmbito de seu grupo empresarial, em benefício de todos os envolvidos.

Também não há que se falar em desconsideração de atos jurídicos ou de incompetência das autoridades fiscais para qualificarem atos jurídicos como abusivos, conforme que fazer crer a Recorrente ao dispor sobre a falta de regulamentação do art. 116 do CTN.

Neste ponto, recorro novamente ao Acórdão nº 1402-002.295, de lavra do I. Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, em caso análogo a este:

Portanto, as alegações da Recorrente quanto à ausência de normas para o procedimento adotado pela fiscalização, ou possíveis infringências da autoridade fiscal ao princípio da legalidade, mostram-se superadas, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência do Pretório Excelso. **Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos.** O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

Portanto, vê-se com cristalina clareza que o mais importante é a correta descrição dos fatos e não sua qualificação. Nesse aspecto, a Fiscalização foi exemplar: preocupou-se mais com os fatos efetivamente ocorridos do que com sua qualificação jurídica. E isso, repise-se, em nada prejudicou a Recorrente, que pôde se defender de todos os pontos abordados na autuação.

Retornando ao caso concreto, ressalta aos olhos o posicionamento artificial da Recorrente em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

O procedimento fiscal foi realizado de forma bastante consistente, indo à fundo nas questões que permeiam todos os fatos considerados, em seu conjunto, como abusivos em relação ao direito de auto-organização dos negócios. Isso nos deixa seguros para afirmar que não procedem os argumentos da Recorrente para justificar uma operação que se mostra em tudo essencialmente artificial e dezarrazoada, desprovida de substância jurídica e orquestrada com o fim único de suprimir tributos.

Em assim sendo, os atos praticados pela Recorrente ao utilizar-se do instituto das debêntures de forma abusiva são inoponíveis ao Fisco por serem considerados ilícitos (art. 187 do Código Civil). Por serem inoponíveis ao Fisco, as consequências tributárias deles decorrentes (dedução de despesas) devem ser consideradas indevidas, razão pela qual absolutamente escorreito o procedimento fiscal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves