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

CÓPIA

Processo nº	15889.000622/2007-41
Recurso nº	515.330 Voluntário
Acórdão nº	**1301-00.546 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	25 de maio de 2011
Matéria	IRPJ
Recorrente	COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2003

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Paulo Jakson da Silva Lucas, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Valmir Sandri e Alberto Pinto Souza Junior.

CÓPIA

Relatório

COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão n° 14-20.525, de 22/09/2008, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, abaixo transcrito:

> Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado apurou-se que houve amortização de ágio na aquisição de debêntures emitidas por sociedade do mesmo grupo sem comprovação do seu fundamento. A amortização mencionada alterou o resultado do ano-calendário de 2002, diminuindo o valor apurado a título de IRPJ e de CSLL, razão pela qual as diferenças foram lançadas por meio dos autos de infração de que trata o presente processo administrativo.
>
> 2. Conforme descrito no "Termo de Verificação" de fls. 24-28, as sociedades COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI e AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI 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.
>
> 2.1. A COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI adquiriu, em 1997 e em 2002, debêntures emitidas pela AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A, com valores de face, respectivamente, de R$ 60.000.000,00 e de R$ 55.000.000,00. Nestas operações, houve incidência de ágio, respectivamente, de R$ 24.000.000,00 e de R$ 22.000.000,00. Conforme o "Contrato de Subscrição de Debêntures", os títulos garantem ao seu titular: a) juros Selic, calculados mensalmente, sem capitalização, pagáveis trimestralmente, no dia 1º do primeiro mês do trimestre subseqüente; b) participação nos lucros da emitente, à razão de 50% do valor acumulado entre o mês da emissão e o 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 séries precedentes, participação esta que será devida e paga acumuladamente, no resgate, juntamente com o principal.
>
> 2.2. Na sociedade emitente das debêntures, o ágio foi contabilizado como reserva de capital, conforme autoriza o art. 442, III, do RIR/99. Na sociedade adquirente, o ágio foi contabilizado em conta do ativo circulante e do realizável a longo prazo e, posteriormente, os valores foram levados a resultado do exercício por meio de amortizações contabilizadas em contas de despesas. Ao assim proceder, a COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI diminuiu o resultado do exercício sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL, sem que fosse alterado o resultado sujeito à incidência destes mesmos tributos na AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

CÓPIA

2.3. A amortização do ágio pago em debêntures é admitida pelo art. 325, I, "c", do RIR/99. A autoridade autuante intimou o emitente das debêntures a comprovar o fundamento do ágio pago. Em resposta, o contribuinte afirmou que, quanto às debêntures emitidas em 1997, o ágio foi fixado com base em expectativas de receitas atípicas, não decorrentes da operação normal da companhia, no período abrangido pela participação das debêntures, e ajuste para compatibilizar o percentual da participação fixado à contribuição econômica das debêntures para o resultado. As receitas extraordinárias para o período de dezembro de 1997 a novembro de 2002 foram estimadas em R$ 115.000.000,00, de modo que, considerando a participação de 50% dos debenturistas nos lucros (R$ 57.000.000,00), resulta num valor presente, descontado a juros de 1% ao mês, de R$ 35.900.000,00. Para ajustar o percentual da participação à contribuição das debêntures para o resultado, partiu-se da relação debêntures/PL [valor das debêntures/(patrimônio líquido + debêntures)], de 87%, resultando em uma insuficiência de 37%. O resultado estimado das atividades para o período de dezembro de 1997 a novembro de 2002 era de R$ 50.000.000,00, de modo que o valor da insuficiência de participação foi calculado em R$ 18.500.000,00. Esta montante, trazido a valor presente a taxa de 1% ao mês, resulta em R$ 11.562.500,00. Subtraindo-se das receitas extraordinárias o ajuste para compatibilizar o percentual da participação à contribuição das debêntures para o resultado, chega-se ao valor de R$ 24.337.500,00, que foi, ao final, arredondado para R$ 24.000.000,00.

2.4. Para as debêntures emitidas em 2002, afirma o contribuinte 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 39% e que o percentual fixado para a participação das debêntures no resultado é de 50%, conclui-se que há um excesso de 11%. Partindo-se da estimativa de resultado das atividades, para o período de dezembro de 2002 a novembro de 2007, de R$ 315.000.000,00, conclui-se que o valor do excesso de participação das debêntures no resultado é de R$ 34.650.000,00. Este valor, trazido a valor presente mediante o desconto de juros de 1% ao mês, perfaz o total de R$ 21.656.250,00, que, ao final, foi arredondado para R$ 22.000.000,00.

2.5. 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 AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A, tendo como contrapartida um encargo de amortização de ágio para a COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI.

2.6. 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.

2.7. Diante de todos estes 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

3. Inconformado com a autuação, da qual foi devidamente cientificado em 29/11/2007, o contribuinte apresentou, em 28/12/2007, a impugnação de fls. 70-78, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

3.1. A autoridade autuante não desenvolveu qualquer esforço no sentido de apontar as possíveis inconsistências na formulação do valor do ágio cobrado na aquisição das debêntures emitidas pela AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A, limitando-se a desqualificá-lo porque produzida pelos próprios interessados, sem suporte em documento emitido por terceiro. Ocorre que nem a lei societária, nem a legislação fiscal, exigem a elaboração de laudo técnico de terceiro como elemento de sustentação do ágio na emissão de debêntures. Quem fixa o preço de emissão é a assembléia geral de acionistas da emitente, que é livre para requisitar, ou não, o auxílio de terceiro para este fim. Apenas nas hipóteses passíveis de configuração de distribuição disfarçada de lucros a lei cuida de laudo de terceiro, não como requisito de validade da operação para efeitos fiscais, mas como simples elemento de inversão do ônus da prova (art. 465, § 4º, do RIR/99). A autoridade autuante não concedeu prazo adequado para a obtenção de laudo que justificasse o ágio pago e sequer revelou no curso da ação fiscal que, de acordo com seu entendimento, tal documento é imprescindível. De resto, também os laudos elaborados por terceiros independentes podem conter erros ou impropriedades.

3.2. 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.

3.3. A única causa que justifica a cobrança de ágio sobre um título de crédito, sobretudo quando as empresas têm a mesma composição societária, é a sua rentabilidade futura, revelada pelas perspectivas de resultados da investida no período de vigência das debêntures, tendo em vista o percentual a elas atribuído a título de participação nos resultados, mais os juros. As emissões, sob esta perspectiva, pautaram-se por critérios lógicos e razoáveis. Na emissão de debêntures de 1997, o ágio correspondeu a 40% do valor de face e teve como fundamento uma estimativa de receitas extraordinárias (reversão de passivos fiscais em função do final com êxito de demandas que se encontravam em curso), que efetivamente vieram a se concretizar, incrementando a rentabilidade dos títulos sem que o aporte propiciado pelas debêntures houvesse contribuído para tal incremento, subtraído de um deságio destinado a compatibilizar a rentabilidade dos títulos à sua contribuição para o resultado operacional da empresa, sem a necessidade de elevar o percentual de participação no resultado, fixado em 50%, inferior à relação entre o montante aportado por meio da subscrição das debêntures e o patrimônio líquido da emitente. Na segunda emissão, de 2002, foi mantida a participação de 50% no resultado e estipulado ágio também de 40% do valor de face, suficiente para compatibilizar a rentabilidade dos títulos à sua contribuição para o resultado da empresa. A despeito do risco de as projeções não se concretizarem, no caso concreto as projeções foram superadas pela emissão de 1997 e a emissão de 2002 ficou aquém das projeções. Ambas não se afastaram do razoável. Quanto à emissão de 1997, para uma rentabilidade estimada de 134% nos cinco anos de vigência dos títulos (média de 1,4% ao mês), a rentabilidade efetiva foi de 184,18% (média de 1,75% ao mês). No tocante à emissão de 2002, o estimado foi de 240% (média de 2,06% ao mês), tendo

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

> o efetivo alcançado 202,22% (média de 1,86% ao mês). A emissão de 1997 superou o CDI acumulado do período 1997/2002 (166,73%), assim como a de 2002, já que no período de 2002/2007 o CDI acumulado foi de 120,29%. Assim, o ágio está plenamente justificado.
>
> 3.4. Por fim, pede o contribuinte que seja cancelado o auto de infração, por improcedente.

CÓPIA

Registro, por oportuno, que o presente processo foi juntado por apensação, em 19/09/2008, ao processo de nº 15889.000244/2008-87, conforme despacho à fl. 89. O outro processo cuida de autuação da mesma matéria, por fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2003, 2004, 2005 e 2006.

A 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 14-20.526, de 22/09/2008 (fls. 170/177), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ*
>
> *Data do fato gerador: 31/12/2002*
>
> *ÁGIO NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES – PROVA DO FUNDAMENTO – AMORTIZAÇÃO – ABUSO DE DIREITO – PESSOAS JURÍDICAS LIGADAS*
>
> *Deve o contribuinte provar o fundamento do ágio pago na aquisição de debêntures, máxime quando a operação é realizada entre pessoas jurídicas que têm os mesmos acionistas e a mesma diretoria. Na falta de fundamentação adequada do ágio, deve-se afastar a respectiva amortização realizada pela adquirente das debêntures, tendo em vista a caracterização de abuso de direito.*

Ciente da decisão de primeira instância em 10/10/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 99, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 07/11/2008 conforme carimbo de recepção à folha 100.

No recurso interposto (fls. 100/113), a interessada alega preliminarmente a nulidade da decisão recorrida, por mudança no critério jurídico do lançamento. Por sua ótica, haveria inovação na acusação em face da afirmação, "*até então inédita, de que teria havido, no caso, abuso de direito*". A nulidade, por violação ao art. 146 do CTN, residiria em que os fundamentos jurídicos adotados pela fiscalização no ato do lançamento diferem da motivação do ato administrativo posterior que pretendeu mantê-lo. Colaciona jurisprudência administrativa em favor de sua tese.

No mérito, a recorrente traz os argumentos abaixo sintetizados:

A infração apontada pelo Fisco consistiria em simples e preconcebida desconfiança de que o contribuinte pudesse ter-se excedido em negociação com sociedade que possuía os mesmos acionistas e direção. Não haveria exigência, em lei, de prova pré-constituída, mediante laudo técnico independente. A prova da irregularidade na operação caberia ao Fisco. Invoca, em seu favor, a decisão proferida no acórdão nº 101-95.365 do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes. A interessada acrescenta que todos os elementos comprobatórios por ela considerados relevantes e pertinentes teriam sido trazidos aos autos e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

desconsiderados pelo Fisco. Não teria havido, por parte deste último, a especificação de quais elementos seriam tidos por necessários (maior detalhamento das estimativas de receitas, projeções de resultados etc.), com o que se evidenciaria falha na condução da fiscalização e instrução processual, a qual não pode ser imputada à recorrente.

A recorrente se volta, então, contra o fundamento do acórdão recorrido, e busca demonstrar a inexistência de abuso de direito. Transcreve trecho da doutrina mencionada no aresto combatido, da qual extrai que

> o abuso do direito estaria muito mais relacionado com o objetivo do negócio que com o mecanismo da sua comprovação. Se há razões empresariais que justifiquem o negócio, os efeitos fiscais por eles produzidos serão legítimos; caso contrário, poderão ser considerados lesivos ao Erário e, como tal, recusados para fins de tributação. Nesse sentido, a constatação de suposta abusividade na operação em exame passaria pelo questionamento da regularidade e procedência da emissão das debêntures, além da razoabilidade dos encargos e rendimentos estipulados, mais do que os instrumentos adotados para evidenciá-los.

Aduz, então, que não teriam sido levantados questionamentos quanto à regularidade da emissão dos títulos e que, quanto à razoabilidade dos encargos (ágio), está demonstrado que se teria orientado por valores de mercado. A comparação seria simplesmente entre a rentabilidade do negócio em si e o custo de oportunidade. Tal comparação seria, agora, muito fácil, desde que as debêntures já completaram o período de vigência originalmente previsto. Mesmo pagando ágio, a recorrente teria logrado rentabilidade superior à que obteria no mercado financeiro, o que evidenciaria a razoabilidade da operação, inclusive o ágio estipulado, de forma até mais incisiva do que um laudo de terceiros, afastando a hipótese de abuso de direito.

Por outra via, sustenta também que, para que se pudesse cogitar de abuso de direito, teria que haver a "*utilização de meio lícito para obter resultado ilícito*". No seu caso, tendo havido um motivo empresarial, um propósito extra-tributário para o negócio, não se caracterizaria o abuso. Haveria, por sua ótica, benefícios não fiscais para ambas as empresas envolvidas. Tratar-se-ia, então, de "*exercício regular de direito, mediante operação comum no mercado, tendo sido observadas todas as finalidades do instituto de direito privado envolvido*" e, ainda, sem "*excesso, anormalidade ou desvio de conduta nos atos praticados, mas conformação exata com os propósitos normativos*".

A recorrente argumenta, ainda, sobre a impossibilidade de qualificação das operações como abusivas, e sua desconsideração, antes da regulamentação do art. 116, § único, do CTN. O Fisco não teria competência para desconsiderar operações válidas perante o direito privado, ainda que pudessem causar prejuízo à Fazenda Nacional. O Decreto nº 70.235/1972 seria insuficiente para procedimentos tendentes à averiguação de abuso de direito.

Conclui com o pedido de reforma da decisão recorrida (caso antes não se reconheça sua nulidade), improcedência da autuação e cancelamento do presente procedimento.

Encontro também nos autos, às fls. 123/125, expediente recebido pela Administração em 31/08/2009, em que a interessada, não obstante se considere a tanto desobrigada, afirma apresentar laudo técnico, elaborado por empresa de auditoria independente, com o exame das operações por ela praticadas e pede sua juntada aos autos. O

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

documento mencionado é o "*Relatório referente à análise de informações relativas aos valores de emissão e aquisição de debêntures*", datado de junho de 2009, elaborado por Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., e consiste no Anexo 01 (fls. 01 a 150) ao presente processo.

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Antes de enfrentar o mérito do recurso, duas questões preliminares devem ser abordadas.

A primeira diz respeito à alegação de nulidade da decisão recorrida, por mudança no critério jurídico do lançamento. Pela ótica da recorrente, haveria inovação na acusação em face da afirmação, "*até então inédita, de que teria havido, no caso, abuso de direito*". A nulidade, por violação ao art. 146 do CTN, residiria em que os fundamentos jurídicos adotados pela fiscalização no ato do lançamento diferem da motivação do ato administrativo posterior que pretendeu mantê-lo.

Não assiste razão à recorrente. As despesas com a amortização de ágio na aquisição de debêntures foram glosadas pelo Fisco por falta de comprovação e fundamentação do referido ágio. Entendeu a fiscalização que, nessas condições, a despesa não poderia ser tida por necessária (RIR/99, art. 299) e seria indedutível. Confira-se o Termo de Verificação (fls. 27/28):

> Diante do exposto, por injustificado o fundamento e à falta de documento, emitido por terceiro especializado e desvinculado dos interesses dos contratantes, comprobatório da legitimidade do mesmo fundamento e dos valores, será formalizado o crédito tributário, através de Auto de Infração, por não ser dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL o ágio amortizado no ano-calendário de 2002, no montante de R$ 4.583.789,72.

Disso não discrepa a conclusão a que chegou a Autoridade Julgadora em primeira instância, que manteve o lançamento por seus próprios méritos, ou seja, a falta de comprovação e fundamentação do ágio amortizado, conforme se depreende dos parágrafos a seguir transcritos (fls. 96/97):

> 5.9. Na hipótese de que trata o presente processo administrativo, não se discute a conveniência ou a oportunidade da emissão de debêntures pela AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S/A. Tampouco se contesta que tais valores mobiliários tenham sido adquiridos pela COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI, empresa que tem os mesmos acionistas e a mesma diretoria daquela. Questiona-se apenas a fixação de ágio na emissão das debêntures, já que tal ágio foi amortizado pela COMPANHIA AGRÍCOLA ZILLO LORENZETTI, reduzindo o valor do IRPJ e da CSLL. A autoridade autuante, no curso da ação fiscal, tentou

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

> elucidar as razões do ágio pago, mas não logrou êxito. O contribuinte, em sua impugnação, também não logrou apresentar elementos de prova que o justificassem.
>
> 5.10. Tendo em vista a ligação entre as duas empresas, que compartilham os mesmos acionistas e a mesma diretoria, evidentemente a prova da causa do ágio deve ser apresentada para que se admita a respectiva amortização. Veja-se que a coincidência de acionistas e de diretoria entre as duas empresas permite qualificar a transação realizada entre ambas, nas palavras de Marco Aurélio Greco, como "operação preocupante". [...]
>
> 5.11. Agiu com acerto, portanto, a autoridade autuante ao investigar as razões do ágio pago na emissão das debêntures. As coincidências de acionistas e de diretoria entre as duas empresas são aspectos que tornam "preocupante" a fixação de ágio. Daí a necessidade de sua fundamentação pelo contribuinte. Esta prova não foi produzida, limitando-se o impugnante a afirmar que os resultados obtidos com a operação estão dentro dos parâmetros do mercado. Restou caracterizada, assim, a prática de abuso de direito na utilização da autorização para amortização de ágio a que se refere o art. 325, I, "c" do RIR/99.

A referência ao abuso de direito surgiu como reforço à correção do procedimento da fiscalização ao exigir a comprovação, por parte da então fiscalizada, dos requisitos de dedutibilidade da despesa questionada. Melhor explicando: diante da situação concreta, em que o negócio foi firmado entre partes relacionadas – empresas sujeitas ao mesmo controle societário e dirigidas pelas mesmas pessoas físicas –, o cuidado deveria ser ainda maior, em face da possibilidade também maior de que negócios sejam conduzidos com o propósito único de burlar o Fisco. Mas o fundamento principal da decisão continuou sendo aquele empregado por ocasião do lançamento, qual seja, a falta de comprovação e fundamentação do ágio na aquisição das debêntures, posteriormente amortizado.

Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade da decisão recorrida.

O segundo aspecto a ser examinado, ainda em preliminares, é a possibilidade de acolher como prova o documento que consta às fls. 01/150 do Anexo 01 ao processo, intitulado "*Relatório referente à análise de informações relativas aos valores de emissão e aquisição de debêntures*". Tal documento foi acostado aos autos em 31/08/2009, juntamente com o expediente de fls. 123/125 e, segundo alega a interessada, consiste em laudo técnico, elaborado por empresa de auditoria independente, com o exame das operações por ela praticadas. Em primeira análise, já teria precluído o direito da interessada de carrear provas ao processo.

Compulsando os autos, constato que, durante o procedimento de fiscalização, em nenhum momento a interessada foi intimada, de modo específico, a apresentar um laudo emitido por terceiro independente como forma de comprovação/fundamentação do ágio. No item 4 do Termo de Início de Fiscalização (fl. 30), datado de 27/09/2007, consta tão somente a intimação para "*apresentar o fundamento do ágio pago na aquisição das debêntures*", o que a interessada buscou fazer com os elementos de que dispunha e que considerava suficientes. A menção à necessidade, do ponto de vista da fiscalização, de um documento emitido por terceiros somente surgiu no processo por ocasião do encerramento do procedimento fiscal, em 26/11/2007, vide Termo de Verificação, fl. 27. A decisão recorrida reforçou esse entendimento embora empregando a expressão "*fundamentação consistente*" (vide fl. 94, § 5.2).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

É inconteste que a interessada não possuía referido documento por ocasião da fiscalização, nem mesmo quando da impugnação, veja-se que o contrato com a consultoria independente somente foi firmado em 17/11/2008 e o resultado do trabalho apresentado em 29/06/2009 (fl. 02 do Anexo 01). Entretanto, entendo que havia dúvidas, no início da lide, sobre a efetiva necessidade de tal documento, e que isso somente ficou patente para a interessada após a decisão de primeira instância, quando se apressou a providenciá-lo (embora ainda protestando a tanto estar desobrigada). Desta forma, e em homenagem ao princípio da verdade material, que deve orientar o processo administrativo fiscal, tenho por atendidos os requisitos estabelecidos pelo § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, e admito nos autos o documento que consta às fls. 01/150 do Anexo 01 ao processo, intitulado "*Relatório referente à análise de informações relativas aos valores de emissão e aquisição de debêntures*". Desde já ressalto que sua admissão no processo não implica automaticamente a validação nem a aceitação das informações nele contidas, o que se fará oportunamente, durante a discussão do mérito.

No mérito, a lide gira em torno da admissibilidade, como despesa dedutível, da amortização do ágio pago na aquisição de debêntures. Entendeu o Fisco que, diante das condições do negócio, especialmente o fato de que a emitente das debêntures era empresa sujeita ao mesmo controle societário e administrada pelas mesmas pessoas físicas que a adquirente, e da falta de documento emitido por terceiro especializado e independente que pudesse fundamentar o ágio, sua amortização seria indedutível.

Já se discorreu neste processo acerca da natureza das debêntures como títulos mobiliários que fornecem à companhia emitente recursos a longo prazo para financiar suas atividades. Vejamos o que leciona o conhecido Manual de Contabilidade Societária[1] sobre o ágio ou prêmio na emissão de debêntures:

> As companhias podem emitir debêntures com prêmio, ou seja, valores recebidos na emissão de debêntures acima do valor nominal determinado para a liquidação desses valores mobiliários. Esse prêmio pode vir a ocorrer quando as condições de emissão das debêntures sejam tão vantajosas que os investidores estema dispostos a pagar por ele, como na hipótese de haver atualização monetária, juros acima da média de mercado e, ainda, eventual participação nos lucros.

A esta altura, cabe pequena digressão para trazer à colação os conceitos de custo e de despesa, contidos na mesma obra referida:

> [...] 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 das despesas pagas ou incorridas para vender produtos e administrar a empresa e, dentro do conceito da Lei nº 6.404/76, abrangem também as despesas líquidas para financiar suas operações; os resultados

[1] IUDÍCIBUS, Sérgio de, MARTINS, Eliseu, GELBCKE, Ernesto Rubens, SANTOS, Ariovaldo dos, FIPECAFI. MANUAL DE CONTABILIDADE SOCIETÁRIA. 1ª Edição, 3ª reimpressão. São Paulo : Atlas, 2010, p. 311.
[2] IUDÍCIBUS, Sérgio de, e outros, Obra Citada, p. 504.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

> líquidos das atividades acessórias da empresa são também considerados operacionais.[3]

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. Desta forma, 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. Em outras palavras, quando as despesas se revelarem desnecessárias, mera liberalidade, de tal sorte que, com ou sem elas, as receitas teriam sido auferidas da mesma forma.

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. A controvérsia se estabeleceu acerca de sua dedutibilidade, pois o Fisco teve por incomprovado seu fundamento, vale dizer, não estaria comprovada a necessidade do ágio para que as receitas decorrentes das debêntures adquiridas fossem auferidas.

Toda a argumentação da recorrente, desde a etapa procedimental, se dirige para a necessidade do ágio para a concretização do negócio, o qual, ao final, veio a comprovar-se lucrativo para a adquirente, como se anunciava quando foi inicialmente firmado.

Nesse sentido, o documento intitulado "*Relatório referente à análise de informações relativas aos valores de emissão e aquisição de debêntures*", elaborado por Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda., Anexo 01 (fls. 01 a 150) ao presente processo, apresenta a seguinte conclusão (fl. 17):

> As análises realizadas, elaboradas com base nos critérios apresentados, permitiram constatar o fundamento econômico do ágio e utilizaram como base premissas de mercado de taxas de juros e prêmios de risco de mercado.

Mas essa conclusão é <u>*a posteriori*</u>, ou seja, leva em conta os lucros efetivamente auferidos pela emitente, não há qualquer menção à previsão ou expectativa de lucros, feita à época das emissões de debêntures. A análise é muito mais simples do que a explicação dada à época da autuação (expectativa de lucros atípicos em face da reversão de passivo contingente na empresa emitente etc.). A conclusão é, meramente, de que a operação, ao fim e ao cabo, foi financeiramente vantajosa para a adquirente, ou seja, que o valor pago (investimento + ágio) foi menor do que o valor recebido (principal + remuneração), se considerados à mesma data (trazidos a valor presente). O documento não se revela, assim, como aquele documento hábil a comprovar o fundamento do ágio pago por ocasião da aquisição das debêntures.

Seu valor, entretanto, não pode ser desprezado, principalmente em face das condições atípicas de que se revestia o negócio. As debêntures possuíam como forma de remuneração, além dos juros, a expressiva participação de 50% nos lucros auferidos pela emitente acumulados durante o período de vigência. O valor a ser pago pelos títulos, então, por certo não poderia deixar de levar em consideração a expectativa de lucros futuros, a justificar o pagamento de valor superior ao valor de face a título de ágio ou prêmio.

[3] IUDÍCIBUS, Sérgio de, e outros, Obra Citada, p. 509.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

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 emitidas em 1997 já haviam sido resgatadas no momento do lançamento[4], e que o contribuinte apurou lucro real e base de cálculo da CSLL positivos no ano-calendário 2002, a autuação, quanto a esta parcela, 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.

Situação semelhante, embora não exatamente igual, foi enfrentada pela Primeira Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, no acórdão nº 101-95.028, de 16/06/2005. Lá a autuada foi também a adquirente de debêntures, com ágio (na proporção de 2 de investimento para 51 de ágio), remuneradas com 95% dos lucros apurados pela emitente. O fundamento do ágio foram as projeções de rentabilidade futura da emitente. A adquirente era controladora da emitente (99,98%). O relator 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. Os demais conselheiros acompanharam pelas conclusões. A declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Junior esclareceu seu entendimento, com base no Ac. 101-94.986, de que o que se paga como remuneração desse tipo de debêntures é na verdade lucro, não tributável. Portanto, na adquirente das debêntures, o equilíbrio entre receitas e amortização do ágio não traz conseqüência tributária. O lançamento correto seria na emitente, por indedutibilidade dos encargos pagos. Ao final, o aresto foi ementado como segue:

[4] Data da ciência do lançamento: 29/11/2007 (fl. 03).
Para as debêntures emitidas em 1997:
Data do vencimento das debêntures: 01/12/2002 (fl. 71v do Anexo 01).
No ano-calendário 2002 o contribuinte apurou lucro real e base de cálculo da CSLL positivos, tanto nas atividades em geral quanto na atividade rural (fl. 115 do processo 15889000244200887).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO

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. (Acórdão nº 101-95.028, de 16/06/2005, Relator Cons. Sebastião Rodrigues Cabral).

CÓPIA

Por todo o exposto, considero que, da forma como levado a efeito, o lançamento não pode subsistir.

Em conclusão, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão recorrido e, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário interposto.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/05/2011 por WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 30/05/2011 p
or WALDIR VEIGA ROCHA, Assinado digitalmente em 27/01/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR
Impresso em 19/10/2012 por LUIZ TREZZI NETO - VERSO EM BRANCO