



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

Processo nº 15889.000623/2007-96
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1402-002.963 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2018
Matéria Imposto de Renda Pessoa Jurídica
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL.

Julgados dois autos de infração de exercícios diferentes em mesma sessão e reproduzidos quando da formalização o mesmo acórdão configurado está o erro material passível de integração em sede de embargos declaratórios.

NULIDADE. AUSÊNCIA

Insubsistentes 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, julgar procedentes os embargos ofertados de modo a conferir efeitos infringentes, na forma do voto do relator. Declarou-se impedido o Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Júlio Lima Souza Martins, Eduardo Morgado Rodrigues, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (Presidente em exercício). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Leonardo Luís Pagano Gonçalves.

Relatório

Trata-se de Embargos Declaratórios opostos pela PGFN nos quais argui inexatidão material do acórdão constante aos autos e o resultado do julgamento realizado na sessão de 17 de junho de 2017.

No 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 2002). A operação foi efetuada com 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 pago na emissão de debêntures, sem apresentar fundamentação 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:

“1. 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 fls. 03-05 (IRPJ) e de fls. 0810 (CSLL). Também como consequência da glosa de amortização referida, foram lavrados os autos de infração de retificação de prejuízo fiscal (fls. 1314) e de redução da base negativa da CSLL (fls. 1617).

2. Conforme descrito no "Termo de Verificação" de fls. 2125, as sociedades COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS e 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.

2.1. A COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS adquiriu, em 1997 e em 2002, debêntures emitidas pela USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A, com valores de face, respectivamente, de R\$ 35.000.000,00 e de R\$ 30.000.000,00. Nestas operações, houve incidência de ágio, respectivamente, de R\$14.000.000,00 e de 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.

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 LUIZ ZILLO E SOBRINHO 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 USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A.

2.3. A amortização do ágio pago em debêntures é admitida pelo art. 325, I, "c", do RIR/99. A autoridade autuante intimou o contribuinte 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, 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.

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 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.

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 USINA BARRA GRANDE LENÇÓIS S/A, tendo como contrapartida um encargo de amortização de ágio para a COMPANHIA AGRÍCOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS.

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.

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. 7179, 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 USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS 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. A participação foi fixada em 50%, equivalente 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, sem se afastar do razoável. Quanto à emissão de 1997, para uma rentabilidade estimada de

144% nos cinco anos de vigência dos títulos (média de 1,5% ao mês), a rentabilidade efetiva foi de 160,09% (média de 1,61% ao mês). No tocante à emissão de 2002, o estimado foi de 179% (média de 1,72% ao mês), tendo o efetivo alcançado 262,67% (média de 2,17% ao mês), graças ao festejado bom desempenho do açúcar e do álcool combustível. A emissão de 1997 praticamente empatou com o CDI, que no período 1997/2002 acumulou 166,73% (média de 1,65% ao mês), e a de 2002 superou-o, á que este acumulou apenas 119,07% (média de 1,32% ao mês). Assim, o ágio está plenamente justificado.

3.4.Por fim, pede o contribuinte que seja cancelado o auto de infração, por improcedente.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 1420.524 (fls. 9198) de 22/09/2008, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento restando assim ementada:

“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.”

Em face da decisão acima ementada a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 103116) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação. Acrescenta alegações em relação à legalidade do procedimento adotado, à inexistência de abuso de direito nos atos praticados e à impassibilidade de qualificação das operações como abusivas antes da regulamentação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. Ao final sustenta em Recurso Voluntário que:..."Demonstrada, portanto, por qualquer ângulo que se examine a questão, a insubsistência da glosa por ausência de consubstanciação de alegado abuso de direito na estipulação do ágio cobrado na emissão de debêntures e conseqüente amortização deste, é o presente para requerer a reforma da r. decisão recorrida (caso antes não se reconheça a sua nulidade, declarando-se a improcedência da autuação e cancelando-se o presente procedimento."

Depois de interposto o presente Recurso Voluntário vem aos autos o contribuinte, por meio dos patronos constituídos, acostar laudo de terceiro sustentando em suma que a operação tem fundamento econômico e deu-se em condições de mercado.

O feito veio a julgamento perante esta Turma em 20 de janeiro de 2016 quando então o ex-Conselheiro Frederico Augusto bem evidencia, ao retomar trechos da decisão da DRJ, 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, o abuso no exercício do direito na medida em 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 sem fundamento econômico algum.

Em voto o Conselheiro de então, alegando ausência da providência do fisco de "recomposição da base tributável da autuada, por conta da aquisição e fruição das aludidas debêntures", propôs a conversão do feito em diligência para que a Unidade de Origem assim procedesse; ao que acompanhado por unanimidade na presente turma. (f.372-377)

Em diligência a Unidade de Origem entendeu que (f.382):

"O Termo Verificação de fls.22 a 26 revela que no ano-calendário de 2002 a autuada fez computar na base tributável, a título de amortização de ágio na aquisição de debêntures, considerado não dedutível pelas razões expostas neste termo e no termo de encerramento de diligência de fls.27 a 29, o montante de R\$2.575.027,40.

Referido montante, conforme descrito no referido Termo de Verificação, fls.25, foi rateado, considerados os valores da receita informados em DIPJ, fls.66, em atividade rural R\$2.564.212,28 e atividade geral R\$10.815,12.

Relativamente a atividade rural, o montante de R\$2.564.212,28 foi integralmente compensado com prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, apurados pelo sujeito passivo até 31 de dezembro de 2001, conforme demonstrado às fls.20 e 21, resultando nos autos de Retificação de Prejuízo Fiscal, fls.14 e de Redução da Base Negativa da Contribuição Social, fls.17.

Em relação a atividade geral concluiu o seguinte (f.383):

Quanto ao valor referente a atividade geral, R\$10.815,12, compensado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL de períodos anteriores em 30%, R\$3.244,53, restou sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL a importância de R\$7.570,59, dando origem ao crédito tributário objeto dos autos de infração de fls.4, 5, 9 e 10.

Em apreciação ocorrida em sessão de 17 de maio de 2017 o Recurso Voluntário foi julgado improcedente por voto vencedor do Conselheiro Luiz Augusto Gonçalves conforme consta da ata da sessão:

Tem-se, todavia, que por ocasião da formalização houve um equívoco por parte deste relator que juntou no e-proc o Acórdão n.1402-000490, proferido nos autos n.15889000242-2008-98, referente ao mesmo contribuinte e a mesma operação, no entanto, anos-calendários 2003 e 2004.

Atentamente a d. PGFN opõe os presentes embargos suscitando o lapso deste relator; o que configura inexistência material passível de enfrentamento nos presentes embargos conforme juízo de admissibilidade realizado pela d. presidência desta T.O.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- Relator

Conforme consta do relatório houve (in)exatidão material quando da formalização do voto ao que juntado aos autos voto referente a processo de contribuinte, no entanto, referente a anos-calendários diversos que julgados todos na mesma sessão com igual desfecho ante a maioria alcançada pelo colegiado naquela composição pretérita.

Em homenagem ao princípio da colegialidade e ao substancioso voto vencedor proferido pelo I. Conselheiro Luiz Augusto Gonçalves transcrevo seu voto adotando-o como razões de decidir de modo a sanar a inexactidão material ocorrida.

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 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 eletrônico¹, 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

¹ 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 Magalhães², "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 Mendonça³, 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 Carvalhosa⁴, embora reconheça que a legislação não o diga expressamente, defende que são os juros a sua remuneração natural:

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

³ MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. II, Tomo III, Campinas: Bookseller, 2001.

⁴ 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 Greco⁵:

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?

⁵ 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.

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira