



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

Processo nº 16561.720070/2014-76
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-001.752 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de maio de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO. ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PELA DRJ. INOCORRÊNCIA. ARGUMENTOS COMPLEMENTARES.

A simples menção pelos julgadores de 1ª instância de dispositivos legais não utilizados no lançamento fiscal não se confunde com a alteração dos fundamentos da autuação, configurando simples exercício de análise para alcance da conclusão.

MATÉRIA JÁ FISCALIZADA. REVISÃO. POSSIBILIDADE. ALCANCE DA RESTRIÇÃO DO ART, 906 DO RIR.

O art. 906 do RIR restringe ou impõe requisitos à revisão de exercício já fiscalizado e não à revisão de matéria.

LANÇAMENTO FISCAL. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DETALHADA DE FATOS E DIREITO.

Não há que se falar em motivação genérica do Auto de Infração quando o TVF apresenta análise detalhada dos fatos que deram origem à autuação e aponta os exatos dispositivos legais descumpridos pelo contribuinte.

FISCALIZAÇÃO ANTERIORES. EFEITOS VINCULANTE. IMPOSSIBILIDADE.

O trabalho fiscalizatório é baseado na subjetividade do entendimento pessoal do fiscal sobre determinada operação ou da interpretação de determinada norma. A percepção pessoal de cada fiscal pode ser diferente.

Não existe lei que preveja que o entendimento de um fiscal sobre determinado tema ou operação deva ser seguido pelos demais. Ao pensar desta forma, incorre-se em risco de perpetuar um erro ou equívoco cometido pelo fiscal que primeiro auditou determinada empresa ou operação.

DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DO FISCO IMPUGNAR OPERAÇÕES EFETUADAS HÁ MAIS E 05 ANOS. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. CONTAGEM A PARTIR DO FATO GERADOR DO TRIBUTO.

Somente a partir do momento que o contribuinte de fato usufrui do benefício fiscal que o Fisco percebe os efeitos da operação no resultado da entidade e passa a ter oportunidade de analisá-lo e validá-lo.

A decadência se refere ao prazo que o fisco tem para lançar o crédito tributário e corre somente a partir da ocorrência do fato gerador. Se o fato gerador ocorreu há menos de 05 anos, não há que se falar em decadência, ainda que a operação de origem tenha ocorrida há mais tempo.

EMPRESAS COM MESMOS SÓCIOS. REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURE. INDEDUTÍVEL COMO DESPESA.

Gastos com a remuneração de debêntures emitidas/compradas entre empresas com os mesmos sócios, não podem ser aceitos como despesas dedutíveis, se a operação não alterou o risco das empresas, não houve ingresso de recursos, mas compensações de contas entre as empresas envolvidas, e resultou não só na redução do IRPJ e CSLL pagos, mas também na criação de crédito de Saldos Negativos, que foram requeridos para a compensação de débitos.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO.

Caracteriza planejamento tributário abusivo, a operação posterior de incorporação da empresa debenturista por outra empresa também dos mesmos sócios, que acumulava prejuízos, operação que resultou não só na redução de IRPJ e CSLL a pagar, mas em direito creditório de Saldo Negativo de IRPJ, cuja restituição/compensação com débitos foi formalizada.

DEBÊNTURES. REMUNERAÇÃO. IRRF.

O Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF retido sobre a remuneração das debêntures não pode ser deduzido do valor do imposto devido pela fonte pagadora.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento do imposto de renda pessoa jurídica constitui prejulgado na decisão do lançamento decorrente relativo à CSLL.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Correta a qualificação da multa de ofício, com base na constatação de que as operações descritas de compra/venda de debêntures e incorporação da debenturista foram efetuadas a fim de alterar as características dos fatos geradores de IRPJ e CSLL.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488 de 15 de junho de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal *ainda que* tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Luis Fabiano Alves Penteado (Relator) e Gustavo Guimarães da Fonseca, que davam provimento ao Recurso Voluntário, e o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, que dava parcial provimento ao Recurso Voluntário, para afastar a qualificação da multa e a responsabilização dos solidários, além de aceitar a compensação do IR-Fonte. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Eva Maria Los.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Eva Maria Los, José Carlos de Assis Guimarães, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Fabiano Alves Penteado, Luis Henrique Marotti Toselli, Gustavo Guimarães da Fonseca (Suplente).

Relatório

Mediante os autos de infração de fls.715 a 784 foram exigidos o IRPJ e CSLL dos anos-calendário de 2009, 2010, 2011 e 2012, sob a fundamentação de despesas financeiras inexistentes, exclusões indevidas e multa isolada por falta de recolhimento sobre a base de cálculo estimada.

O Termo de Verificação Fiscal, de fls. 687 a 679, informa que foram efetuadas verificações fiscais relativas ao tratamento tributário dado às remunerações de debêntures, nos anos-calendário de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012, cujos títulos foram emitidos pela contribuinte acima identificada em dezembro de 2002.

Destaca que o presente trabalho enfoca os efeitos tributários na situação em que a emitente e a debenturista são pessoas jurídicas sob controle comum, isto é, têm os mesmos proprietários.

Depois de apresentar a legislação de regência, tecer considerações sobre o tratamento tributário e apresentar exemplos de situações de emissão de debêntures, aborda especificamente o caso sob fiscalização, afirmando que:

-A Açucareira Zillo Lorenzetti S/A. emitiu debêntures em 2002, tendo como adquirente (debenturista) a Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti, CNPJ Nº 45.036.639/0001-65;

- Em dezembro de 2008, a debenturista foi incorporada pela Companhia Agrícola Quatá, CNPJ nº 45.631.926/0001-13, empresa esta, que em 2009, já apresentava elevado saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL (mais de R\$ 330 milhões);

- Considerando que nos anos-calendário de 2007 e 2008, a emissora “resgatou”(sempre por meio de encontro de contas contábeis), as quantias de R\$ 22.361.356,34 e R\$ 27.416.164,16, respectivamente e, a debenturista na época, Cia Agrícola Zillo Lorenzetti, apresentou lucro real e base de cálculo positiva da CSLL nesses períodos, tais valores não foram considerados no cálculo da sangria aos cofres públicos. No caso eles se compensaram. - Em 2009 não houve “resgate”, apenas reconhecimento da remuneração dos juros por competência.

- Nos anos-calendário de 2010 a 2012 houve “resgates” e, considerando que a debenturista(Agrícola Quatá) compensou integralmente os lucros com os saldos de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa da CSLL que ela detinha, houve uma redução drástica no IRPJ e CSLL, pois de um lado as participações foram deduzidas tributariamente e do outro elas não sofreram tributação.

- pelo fato da debenturista ter elevado saldos de prejuízos fiscais e BC negativa da CSLL e, pela sua atividade rural, poder compensar integralmente os seus lucros, ela ficou com um crédito de IR a compensar ou a restituir de igual valor ao anteriormente retido. Ela pediu restituição.

- dados extraídos das DIPJs da Companhia Agrícola Quatá demonstram que as receitas a título de participações nos lucros e juros jamais foram tributadas na debenturista.

- Além do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL gerados em 2009, existem saldos anteriores de R\$ 225.119.089,33 e R\$ 232.339.019,62, respectivamente.

- Ressalte-se que no ano-calendário de 2013, houve prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL nos valores de R\$ 79.940.812,70 e R\$ 79.940.812,75, respectivamente, o que mostra que as receitas de remuneração de debêntures não foram e nem serão tributadas.

- E, por fim, quando da emissão das debêntures, a debenturista, na época a Cia Agrícola Zillo Lorenzetti, “pagou”(por meio de encontro de contas contábeis) à emissora, a quantia de R\$ 22.000.000,00 a título de prêmio, ou seja, ágio.

- Esse valor foi lançado no patrimônio líquido da emissora, sem nenhuma tributação e, na debenturista, foi amortizado tributariamente de forma gradual.

- Conclui-se que a emissão de debêntures, nas circunstâncias descritas, caracterizou-se em um Planejamento Tributário Abusivo, o qual provocou uma sangria aos cofres públicos da ordem de R\$ 69.265.458,50.

- As debêntures foram emitidas em 11/12/2002 pelo valor de R\$ 55.000.000,00, divididas em 11 séries de R\$ 5.000.000,00, conforme Escritura Particular de Emissão de Debêntures, subscritas unicamente pela Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti, CNPJ Nº 45.036.639/0001-65(posteriormente incorporada pela Cia Agrícola Quatá, CNPJ nº 45.631.926/0001-13, em 31/12/2008).

- Na subscrição, a debenturista “pagou” à emissora um prêmio de R\$ 2.000.000,00 para cada uma das séries emitidas, totalizando R\$ 22.000.000,00.

- Tanto a emissora das debêntures(Açucareira Zillo) como a debenturista (Agrícola Zillo) têm os mesmos acionistas. O mesmo se aplica à Cia Agrícola Quatá.

- As debêntures tiveram origem nos créditos detidos pela debenturista Companhia Agrícola Lorenzetti contra a Açucareira Zillo Lorenzetti S.A., ou seja, os débitos desta foram transformados em debêntures, sujeitas às “remunerações” para aquela, não ocorrendo, portanto, movimentação financeira entre elas.

- No ato da subscrição, a debenturista Companhia Agrícola Lorenzetti “pagou”, também, por meio de acerto de contas contábeis, um prêmio de R\$ 2.000.000,00 para cada uma das séries emitidas, totalizando o valor de R\$ 22.000.000,00, o qual foi contabilizado no patrimônio líquido da fiscalizada em conta de Reserva de Capital – Prêmio na Emissão de Debêntures.

- O prazo das debêntures foi de 5 anos com vencimento em 16/12/2007, conferindo ao debenturista rendimentos de juros sobre o valor de face do título à razão de 12% ao ano e, 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, considerando-se, para tanto, o resultado antes do cômputo da CSLL e do IRPJ.

- Até o mês de novembro de 2007, a emissora fiscalizada (Açucareira Zillo) contabilizou as participações das debêntures nos lucros em conta de resultado, como provisões dedutíveis do IRPJ e CSLL, com base no inciso I, do artigo 462 do RIR/99.

- Por se tratar de provisões não expressamente autorizadas pela legislação tributária, conforme reza o artigo nº 335, do RIR/99, a DRF em Bauru, SP, lavrou dois Autos de Infração, Processos nºs 15889.000624/2007-31 e 15889.000245/2008-21, referentes aos anos - calendários de 2002 e 2003 a 2006, respectivamente.

DA DEFESA

Em sua peça de defesa, de fls. 852 a 1.079, acompanhada de documentos, a empresa fiscalizada apresenta suas razões, a saber:

1. Objeto da Demanda.

Neste tópico a fiscalizada apresenta resumo dos fundamentos trazidos pela fiscalização, acentuando que:

“Embora existissem fundamentos econômicos para a emissão dos papéis e os valores pagos aos debenturistas fossem explicáveis, comutativos e inferiores aos custos de captação de recursos junto a instituições financeiras – aspectos que sequer a auditoria fiscal cogitou avaliar – concluiu-se estar-se diante de um conjunto de atos abusivos, supostamente subscritos para reduzir o resultado tributável entre os anos de 2009 a 2012.”

2. Resumo do regime legal (inclusive tributário) das DPLs

A interessada tece considerações sobre a Lei 6.404/1976, o Regulamento do Imposto de Renda e a IN 390/2004.

3. Infrações fiscais imputadas pela fiscalização.

Relaciona os elementos que entende utilizados pela fiscalização ao concluir que a emissão de debêntures caracterizou-se em Planejamento Tributário Abusivo.

4. Razões que demonstram o descabimento das autuações fiscais.

Apresenta seus argumentos, sob os tópicos:

4.1.1. Revisão de matéria já fiscalizada sem prévia autorização específica.

4.1.2. Inexistência de violação às legislações fiscal e de direito privado.
Motivação genérica.

4.2. A homologação do tratamento dado por fiscalizações anteriores impede que seja aplicado regime diverso do adotado para os exercícios pretéritos ao de divulgação do novo entendimento fiscal.

4.3 Decadência. Impossibilidade de o Fisco impugnar as operações mais de 5 anos após terem sido realizadas.

4.4. Inexistência de operação abusiva.

4.4.1 Ausência de demonstração prática de operação abusiva

4.4.2 A transação praticada tem fundamento econômicos.

4.5. Impossibilidade de descon sideração dos efeitos fisca is ao argumento da ocorrência de abuso de direito”

4.5.1. Incompetência das autoridades fisca is para qualificarem atos jurídicos como abusivo ante a ausência da edição de lei regulamentando o artigo 16, parágrafo único, do CTN,

4.5.2 Impossibilidade de qualificação das operações como abusiva com fundamento na legislação de direito privado. Transcurso do prazo prescricional fixado.

4.6. Incongruência da requalificação feita pela Fiscalização.

Impossibilidade de ser dado o tratamento de distribuição de lucros. Ao menos, deveria haver a compensação do IRPJ e da CSLL lançadas de ofício com IRRF recolhido sobre as remunerações pagas ao debenturista.

4.7. Descabimento da multa agravada.

4.8 Multas isoladas.

4.8.1 É descabida a imposição de multa isolada por ausência de recolhimento de estimativas.

4.8.2. Multa constituída após o encerramento do exercício.

As pessoas físicas e jurídicas apresentam suas peças de defesa, com o mesmo teor, conforme fls. 1.082 a 1.427, postulando a nulidade dos termos de responsabilidade tributária, sob o argumento de que não há uma linha sequer que indique a razão pela qual os impugnantes seriam responsáveis pelos débitos da pessoa jurídica autuada, complementando:

“Neste contexto, evidencia-se a improcedência da pretensão fiscal de responsabilizar solidariamente a Impugnante por débito da empresa autuada.

Primeiro, porque não foi demonstrado qualquer nexo causal entre a sua conduta e a obrigação tributária. Segundo, porque a aplicação da responsabilidade solidária prevista no art. 124, I, do CTN, demanda a comprovação da existência de interesse comum na realização do fato gerador do tributo, o que inexistiu no caso concreto.”

Da decisão da DRJ

A 4ª Turma da DRJ/BHE, em decisão de 30/03/2015, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e decadência, e, no mérito, **julgar improcedentes todas as impugnações apresentadas, mantendo-se integralmente o crédito tributário**

exigido e as indicações de responsabilidade solidárias das pessoas físicas e jurídicas enumeradas, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

No desempenho das atividades de verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias pelo contribuinte, e de formalização dos créditos tributários daí decorrentes, os agentes fiscais têm uma atuação estritamente vinculada à Lei. Verificada a ocorrência de infração à legislação tributária, por dever de ofício, esses agentes públicos devem proceder à formalização da exigência dos tributos, acréscimos legais e penalidades aplicáveis.

MULTA QUALIFICADA.

A constatação de conduta fraudulenta praticada com intuito de reduzir a base imponible enseja a aplicação de multa qualificada.

IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.

Mesmo admitindo-se que aos valores pagos a título de remuneração das debêntures pudesse ser parcialmente atribuído o tratamento de lucros distribuídos sem tributação na fonte, o imposto retido somente seria passível de aproveitamento na pessoa jurídica que sofreu a retenção.

MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA.

A lei estabelece que, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa exigida isoladamente, no percentual de 50%, sobre os valores devidos, e não recolhidos, a título das estimativas mensais, estando o contribuinte sujeito à apuração do lucro real anual, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário correspondente. As multas de ofício e isolada não decorrem da mesma infração e não incidem sobre a mesma base de cálculo, sendo inteiramente diversas e previstas em lei.

MULTA ISOLADA. TÉRMINO DO PERÍODO DE APURAÇÃO.

A lei não limita a imposição da multa isolada aos casos em que o lançamento de ofício se faz antes do término do período de apuração.

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGOCIO JURÍDICO.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

São solidariamente responsáveis as pessoas físicas e/ou jurídicas que participem efetivamente do processo decisório para engendrar operações com o objetivo de reduzir a carga tributária, demonstrando o interesse comum ao auferir, direta ou indiretamente, os benefícios delas decorrentes.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

NULIDADE DO LANÇAMENTO

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no art. 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar de nulidade do lançamento. Inexiste cerceamento ao direito de defesa quando o contribuinte mostra compreender as razões que ensejaram os lançamentos, contestando devidamente todas as operações autuadas.

AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS. DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS JUNTADOS. LANÇAMENTO DEMONSTRADO.

O Termo de Verificação Fiscal e os demais documentos que integram o Auto de Infração, inclusive demonstrativos de cálculos do crédito tributário, permitem a perfeita compreensão da infração tributária cometida.

FATOS COM REPERCUSSÃO EM PERÍODOS FUTUROS. DECADÊNCIA. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

É legítimo o exame, pelo fisco, de fatos ocorridos há mais de cinco anos do procedimento fiscal, para deles extrair a repercussão tributária em períodos ainda não atingidos pela caducidade. A restrição decadencial, no caso, volta-se apenas à impossibilidade de lançamento de crédito tributário no período em que se deu o fato.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

DESPESA. DEDUTIBILIDADE. NECESSIDADE.

As despesas que se revelarem desnecessárias ou não usuais à consecução dos objetivos sociais da pessoa jurídica devem ser adicionadas ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real.

DESPESAS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE

A qualificação dos dispêndios da pessoa jurídica como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam o conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito.

DESPESAS FINANCEIRAS. REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

As despesas com remuneração correspondentes à operação com debêntures, a pretexto de captar recursos para financiamento de suas atividades, não podem ser deduzidas do lucro líquido, na medida em que se comprova nos autos que deixaram de reunir as condições necessárias estabelecidas pela legislação fiscal.

REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

As disposições legais não amparam a redução do resultado pela remuneração de debêntures, quando demonstrado pela fiscalização que a operação foi engendrada apenas entre empresas do mesmo grupo, sem qualquer efetiva captação de recursos novos, estando completamente dissociada de uma efetiva realidade negocial, e tendo sido levada a efeito em condições anormais e inusuais, com o objetivo de eliminar integralmente a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Decorrendo a exigência da CSLL da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o imposto de renda.

Recursos Voluntários

O contribuinte e os devedores solidários apresentaram cada qual seu respectivo Recurso Voluntário por meio do qual, em sua grande parte, ratificam seus argumentos de Impugnação.

Contudo, fora trazido novo argumento preliminar pela Contribuinte, vez que relacionado à decisão da DRJ.

Alega a Recorrente que houve inaceitável alteração na fundamentação dos lançamentos pela decisão da DRJ, pois, a fiscalização teria apontado como motivo para o lançamento a realização de operações "apenas no papel" o que infringiria diversos dispositivos legais, com destaque ao art. 3º da Lei n. 9.249 e os artigos 247, 248, 249, I e 250 do RIR/99, ao passo que a DRJ manteve o lançamento sob fundamento de que as despesas da Recorrente não atenderam os requisitos de necessidade, usualidade e normalidade para dedução.

Neste ponto defende a Recorrente que a legislação não permite que os julgadores de primeira instância administrativa mantenham a autuação através da substituição

da motivação originariamente utilizada pela autoridade fiscal. Além disso, tal hipótese configura verdadeiro cerceamento do direito de defesa da contribuinte.

Contrarrazões ao Recurso Voluntário

A PGFN apresentou Contrarrazões do Recurso Voluntário da contribuinte AÇUCAREIRA ZILLO LORENZETTI S.A., que passo a resumir abaixo:

i-) a preliminar de carência de fundamentação do lançamento trazido pela contribuinte carece de fundamento, vez que a autuação explicita detalhadamente o tratamento tributário conferido de forma específica às operações de emissão de debêntures. Em seguida, indicam-se minuciosamente as razões de fato pelas quais identificou que o uso feito pela recorrente do instituto era abusivo;

ii-) inocorrência da alegada alteração dos fundamentos da autuação por parte do julgamento na DRJ, vez que os julgadores de primeira instância não acrescentaram fundamentos à autuação e tampouco requeirou qualquer das razões trazidas pela autoridade fiscal;

iii-) inocorrência de inovação no critério jurídico ou ofensa ao art. 906 do RIR/99, vez que os processos mencionados pela contribuinte examinaram as declarações da recorrente referentes a outros exercícios e, pois, trataram de fatos geradores distintos, não apresentando qualquer efeito vinculante para o exame do presente caso;

iv-) inocorrência de decadência. A contribuinte confunde o momento de apuração do lucro real, fato gerador do tributo, com o ato que gerou as despesas que serão consideradas na apuração do lucro real, sendo certo que os artigos 150 e 173 do Código Tributário Nacional prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir seus créditos tributários se subordina ao prazo decadencial de cinco anos. Assim, ocorrido o fato gerador previsto em lei (art. 150), ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173), o Fisco possui o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento e constituir os correspondentes créditos fiscais;

v-) indedutibilidade da despesa com remuneração de debêntures no presente caso, pois, uma vez não atendidas as condições necessárias para dedução nos termos do art. 299 do RIR (ausência de recursos de terceiros; ausência de crédito novo; incompatibilidade na definição do prêmio; ausência de fluxo financeiro; remuneração de juros em proporção significativa (50%)) devem ser adicionadas ao lucro líquido para fins de determinação no lucro real como determina o art. 249;

vi-) ocorrência de fraude que justifica a multa qualificada, pois, embora tenha declarado que a despesa decorria da captação de empréstimos, fruto da emissão de debêntures, pelos trabalhos da Fiscalização se evidenciou que não houve nenhuma movimentação financeira em prol da companhia; a despesa foi criada artificialmente com o único e evidente intuito de auferir um benefício fiscal indevido.

vii-) cabimento da aplicação de multa por ausência de recolhimento de estimativas e multa de ofício.;

viii-) cabimento da sujeição passiva solidária dos sócios, pois, agiram diretamente em operações societárias tendentes a impedir o correto recolhimento de tributos, bem como, da debenturista, pois agiu em conluio com a emissora das debêntures para que o grupo econômico auferisse vantagens tributárias indevidas.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Os Recursos são tempestivos e preenchem os demais requisitos de admissibilidade. Assim, merecem ser conhecidos.

Preliminares

Da alteração dos fundamentos da autuação pela DRJ

Afirma a Recorrente que o acórdão da DRJ que manteve a autuação, utilizou-se de fundamentos distintos daqueles utilizados pela fiscalização. Segundo a Recorrente, o lançamento fiscal baseou-se no racional de que as operações foram simuladas e que as debêntures eram apenas operações "no papel" sem qualquer essência verídica, ao passo que a DRJ manteve a autuação sob fundamento de não atendimentos do requisitos de usualidade, normalidade e necessidade previstos no art. 299 do RIR/99 como necessários para a dedutibilidade das despesas.

Entendo aqui que não procede o argumento da Recorrente. Isso porque, da leitura do voto da DRJ é possível perceber que fora efetuado pelos julgadores de 1ª instância uma extensa análise de todo o contexto das operações que envolveram a Recorrente e as demais empresas do grupo e, ao final, concluíram os julgadores que as operações fizeram parte de Planejamento Tributário abusivo que culminou em redução indevida da tributação o que justifica o lançamento, a multa qualificada e a responsabilização solidárias dos sócios da Recorrente.

A menção aos requisitos do art. 299 do RIR/99 foi mais um dentre tantos outros utilizados no acórdão.

Assim, afasto tal preliminar.

Revisão de matéria já fiscalizada sem prévia autorização específica.

Sustenta a Recorrente que a autuação é nula, pois, houve as operações de emissão de debêntures já haviam sido fiscalizadas por duas vezes o que, inclusive, gerou a abertura dos processos administrativos n. 15889.000624/2007-31 e 15889.000245/2008-21 e, desta forma, nova fiscalização somente poderia ocorrer se houvesse prévia autorização específica do chefe da unidade da Receita Federal.

Em suma, a Recorrente sustenta que o fisco não poderia abordar o mesmo tema mais de uma vez sem a autorização expressa do chefe da delegacia para tanto.

Contudo, não é isso o que diz o art. 906 do RIR que assim dispõe:

“Art.906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal.”

Vejam que a restrição prevista no art. 906 se refere ao "mesmo exercício" e não ao "mesmo tema".

Assim, me parece claro o equívoco da Recorrente ao sustentar a presente preliminar que também afasto.

Inexistência de violação às legislações fiscal e de direito privado. Motivação genérica.

Sustenta a Recorrente que o lançamento foi efetivado desacompanhado de indicação objetiva e específica do dispositivo legal descumprido, tendo o fiscal indicado apenas regras gerais relacionadas à apuração do IRPJ e CSLL.

Discordo da Recorrente. O TVF e os autos de infração lavrados formam um conjunto de peças que apontam com muita clareza qual foi o objeto da autuação, racional adotado, procedimento adotado, evidências documentais e dispositivos legais que sustentam o entendimento do fiscal.

Assim, sem prejuízo da discussão de mérito que virá mais adiante, entendo que o trabalho do fiscal foi diligente e preenche os requisitos formais do lançamento tributário.

Assim, afasto também esta preliminar.

Do efeito vinculante de fiscalizações anteriores

Sustenta a Recorrente que já havia sido fiscalizada anteriormente sobre as mesmas operações o que impede que novas fiscalizações apliquem tratamento fiscal diverso em relação a períodos posteriores.

De fato, a vida dos contribuintes no Brasil, em especial das empresas que se sujeitam a diversos tributos distintos, é muito difícil e complicado. Diariamente, os

contribuintes são surpreendidos por leis novas, reviravoltas jurisprudenciais nos tribunais superiores e alteração de entendimento das autoridades fiscais sobre um determinado tema. Isso sem mencionar as situações em que o contribuinte é cobrado do mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador por sujeitos ativos distintos.

Contudo, o fato é que uma boa parte do trabalho fiscalizatório é baseado na subjetividade do entendimento pessoal do fiscal sobre determinada operação ou da interpretação de determinada norma. A percepção pessoal de cada fiscal pode ser diferente.

Contudo, não existe lei que preveja que o entendimento de um fiscal sobre determinado tema ou operação deva ser seguido pelos demais. Ao pensar desta forma, incorreríamos no risco de perpetuar um erro ou equívoco cometido pelo fiscal que primeiro auditou determinada empresa ou operação.

Além disso, devo ressaltar que não é este o caso e explico isso com a transcrição de parte do voto da DRJ:

Quanto ao processo 15889.000624/2007-31, cujo trecho do acórdão a impugnante transcreve, como se lhe fosse favorável, e apresenta em Doc 2 o inteiro teor do Acórdão 14-20.459 – 1ª Turma da DRJ/POR, constata-se que, por unanimidade de votos, aquela turma considerou o lançamento procedente mantendo o crédito tributário exigido.

Portanto, a própria impugnante traz aos autos documento comprobatório que a contradiz.

Oportuno transcrever o trecho do relatório do citado acórdão para se ter a exata dimensão do objeto da fiscalização naquela oportunidade:

“Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi apurada a dedução de provisão não autorizada na apuração do IRPJ e da CSLL relativos ao ano-calendário de 2002, razão pela qual foram lavrados os autos de infração de fls. 04-06 (IRPJ) e de fls. 09-11 (CSLL), com o lançamento do tributo devido e com imposição de multa de ofício (75%).”

Melhor sorte não teve a impugnante com relação ao outro processo por ela referenciado – 15889.000245/2008-21, cuja decisão e trecho do relatório são transcritos a seguir:

“Acordam os membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido.

(...)

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi apurada a dedução de provisão não autorizada na apuração do IRPJ e da CSLL relativos aos anos-calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006. A autoridade autuante procedeu à glosa das deduções das provisões indevidas, constatando, como consequência, que houve compensação de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas em montante superior aos saldos de

períodos anteriores, razão pela qual foram lavrados os autos de infração de fls. 05-07 (IRPJ) e de fls. 13-15 (CSLL), com o lançamento do tributo devido e com imposição de multa de ofício (75%).”

O Termo de Verificação Fiscal registra que a impugnante desistiu da contestação administrativa e aderiu a parcelamento também para as exigências constantes deste processo.

Pelo exposto, concluo que não houve reexame de operação e/ou nova interpretação, muito menos para fatos pretéritos, não houve mudança de critério jurídico, não houve exigência de imposto complementar referente a períodos já fiscalizados, mas, sim, exigência de tributos para fatos geradores ocorridos em exercícios que não foram objeto de fiscalização.

Assim, afasto também esta preliminar.

Decadência. Impossibilidade de o Fisco impugnar as operações mais de 5 anos após terem sido realizadas.

Defende a Recorrente a consumação do prazo decadencial, tendo como premissa que o termo *a quo* seria o momento da emissão das debêntures ocorrida em 2002, sendo vedado ao fisco descaracterizar esta operação mais de 05 anos depois.

Ocorre que o alvo desta autuação fiscal refere-se ao efeito da dedução das despesas financeiras decorrentes destas debêntures nos anos de 2009 a 2012.

A análise da validade das debêntures emitidas é questão que se mostra essencial para identificação das inconsistências apuradas nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL dos anos de 2009 a 2012 que ainda não haviam sido objeto de decadência.

O Fisco, em tese, passa a ter conhecimento da operação a partir do momento em que esta repercute diretamente na disponibilidade econômica e jurídica do contribuinte e, assim, adquire a significância capaz de atingir o interesse público e, precisamente, a arrecadação fiscal.

É a partir do momento que o contribuinte de fato usufrui do benefício fiscal que o Fisco percebe os efeitos da operação no resultado da entidade e passa a ter oportunidade de analisá-lo e validá-lo.

Assim, para o caso presente importa a análise dos períodos discriminados por meio do auto de infração, sendo que o que se questionam é a dedução das despesas financeiras para fins de apuração do IRPJ e CSLL.

A imersão na origem destas despesas (emissão das debêntures) é primordial para a identificação da efetiva causa da redução do IRPJ e CSLL a pagar, contudo, tal retroatividade não significa que o Fisco teria a obrigação de prever em quais períodos despesas

seriam deduzidas para de antemão glosar as inconsistências eventualmente apuradas. Não soa cabível tampouco possível tal ato.

A partir do momento em que o contribuinte exerceu o direito de usufruir do benefício fiscal de dedução das despesas financeiras com a remuneração das debêntures é que tal operação passa a ter efeitos sobre os resultados do ora recorrente, sendo cristalino que daí insurgirá o fato jurídico que provoca a atuação do Fisco quanto àquele(s) período(s).

Ademais, a jurisprudência deste Conselho é uníssona neste sentido:

DECADÊNCIA. ÁGIO. TERMO INICIAL. AMORTIZAÇÃO.

É pacífico neste Colegiado que, para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN. Portanto, a contagem do prazo decadencial deve se dar, não a partir da formação dos ágios, mas sim de sua efetiva amortização.

(Acórdão nº 1402002.323 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária - Sessão de 04 de outubro de 2016)

DECADÊNCIA. AFASTADA

A decadência, como perda do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário, tem sempre como baliza, seja diretamente (art. 150, § 4º, do CTN) ou indiretamente (art. 173, I, do CTN), o fato gerador do tributo.

Pelo art. 150, § 4º, do CTN, o dies a quo do prazo decadencial é a própria data do fato gerador do tributo, já, na regra do art. 173, I, do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte ao que o Fisco poderia lançar, o que exige também que primeiro se identifique a data do fato gerador do tributo, para depois concluir quando o Fisco poderia ter efetuado o lançamento.

A despesa com amortização do ágio é apenas um elemento que entra no cálculo da base tributável, sendo que todos os elementos que compõem tal base tributável são auditáveis pelo Fisco, logicamente, dentro do prazo decadencial fixado no CTN.

(Acórdão nº 1302001.980 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – 14 de setembro de 2016)

ÁGIO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL

O prazo decadencial para a lavratura de auto de infração para a glosa de despesas de amortização de ágio tem início com a efetiva dedução de tais despesas pelo contribuinte.

(Acórdão nº 9101002.387 – 1ª Turma CSRF – Sessão de 13 de Julho de 2016)

Portanto o termo a quo do prazo decadencial de 5 (cinco) anos deve ser contado da ocorrência dos fatos geradores concernentes aos períodos alvo desta autuação que são os anos de 2009 a 2012.

Por todo o exposto, voto no sentido de não acatar a preliminar de decadência.

Mérito

O mérito da presente discussão é a dedutibilidade da despesa de remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente.

Para glosar tal dedução, o auditor fiscal levantou diversas dúvidas quanto à forma como o prêmio foi pago (sem transferência de caixa mas através de compensação de créditos que a debenturista tinha com a emissora), a forma de remuneração das debêntures (50% do lucro da emissora), a posterior incorporação da debenturista por empresa com alto saldo de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL. Concluiu a fiscalização que toda a operação, efetivada entre empresas do mesmo grupo econômico, foram simuladas e configuraram Planejamento Fiscal abusivo.

Além disso, a decisão ainda concluiu que as despesas incorridas pela Recorrente não preenchem os dispositivos do RIR/99 aplicáveis ao caso, que julgo importante transcrever neste início de trabalho:

"Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa

(...)

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

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;" (grifo nosso)

Assim, passarei a abordar cada um dos itens que entendo sejam relevantes para o deslinde do presente caso.

Da possibilidade de emissão de debêntures remuneradas por participação nos lucros

Um dos aspectos questionados pelo auditor fiscal é o fato das debêntures emitidas pela Recorrente preverem remuneração baseada em grande parte na participação nos lucros (50%) da emissora.

Isso porque, no caso em tela, a remuneração prevê juros anuais de 12% e mais participação nos lucros gerados pela Recorrente no percentual de 50% do lucro.

Primeiramente, devemos ressaltar o que prevê a lei n. 6.404/76 (Lei das S.A) quanto às debêntures:

*"Art. 56 - A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, **participação no lucro da companhia** e prêmio de reembolso." (grifo nosso)*

Da leitura do dispositivo legal acima, podemos verificar que os juros, a participação no lucro e prêmio de reembolso são formas possíveis de remunerar uma debênture.

Ressalto, são formas possíveis de remuneração e não obrigatórias ou compulsórias. Quero com isso dizer que a empresa que emitir debêntures tem essas opções de remuneração para oferecer aos debenturistas, não estando obrigada a adotar todas elas.

A empresa pode remunerar as debêntures de sua emissão através de juros, fixos ou variáveis, mas não está obrigada a isso.

O art. 56 da Lei das S.A ao prever essas diversas formas de remuneração das debêntures, propiciou liberdade de escolha à empresa emissora, para que esta opte pela forma que melhor lhe atende e, ao mesmo tempo, que pareça mais atrativa ao investidor debenturista.

O art. 59 da mesma lei, ratifica este entendimento:

"Art. 59 - A deliberação sobre emissão de debêntures é da competência privativa da assembléia-geral, que deverá fixar, observado o que a respeito dispuser o estatuto:

(...)

VII - a época e as condições do pagamento dos juros, da participação nos lucros e do prêmio de reembolso, se houver,"

Da leitura combinada dos dispositivo acima, resta claro que a participação no lucro é uma forma válida de remuneração de uma debênture, pois, há previsão clara neste sentido.

Por outro lado, inexistente qualquer restrição, ou regra quanto à debênture ser remunerada majoritariamente ou exclusivamente por participação no lucro ou, no mesmo sentido, quanto à obrigatoriedade de que a debênture seja remunerada também por juros.

Até porque, se a conclusão fosse de que existe obrigação de remuneração por juros, ainda que parcialmente, a pergunta inevitável é: qual seria o percentual da remuneração que deveria ser baseada em juros?

Não há resposta, pois, não há previsão legal neste sentido. Se, não há regra clara quanto ao percentual de remuneração de uma debênture que deva ser paga através de juros, como defender, a *contrario sensu*, que a remuneração exclusivamente feita através de participação nos lucros está fora dos limites da lei?

Alegações no sentido de que a prática de mercado é pelo pagamento de juros na emissão de debêntures me parece frágil.

Isso porque, deve ser observada as condições de cada caso, as necessidades da empresa emissora, sua condição financeira, a situação do mercado em que atua, o grau de maturação de seus negócios e o valor do prêmio pago. Em suma, cada caso é um caso, não há como definir qual é o padrão do mercado sem incorrer no risco de estar praticando, nada mais que simples especulação.

O que deve ser considerado é a lei e, neste caso, a lei permite a remuneração de debêntures por participação nos lucros, de forma exclusiva. Caso a operação não tivesse observado os limites legais e regulatórios, a CVM e o Banco Central teriam a competência necessária para questionar tais operações, e isso não ocorreu.

Por fim, merecem destaque alguns julgados deste Conselho que ao analisar casos similares, chegaram à mesma conclusão do presente Relator:

"GLOSA DE REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE. A subscrição privada de debêntures por empresa do mesmo grupo não pode ser desconsiderada em razão, apenas, da remuneração com base em percentual elevado dos lucros e da liquidação das obrigações decorrentes por meio de compensações entre empresas ligadas" (Acórdão 1101-000889 - Relatora Conselheira Edeli Pereira Bessa)

"IRPJ - REMUNERAÇÕES DE DEBÊNTURES - DEDUTIBILIDADE - LIMITES - A legislação societária e fiscal prevê a possibilidade de a debênture assegurar participação no lucro da companhia, sem contudo impor um limite percentual do lucro." (Acórdão 101-97021 - Relator Conselheiro Valmir Sandri)

Todavia, entendo que o mais importante aqui é o fato de que as debêntures emitidas pela Recorrente podem assegurar ao debenturista a participação no lucro da emissora e, conforme disposto no art. 462, inciso I do RIR/99, tal despesa pode ser deduzida do lucro líquido do período.

Desta forma, entendo que a previsão de remuneração das debêntures exclusivamente por participação nos lucros, em percentual de 90% dos lucros da ora Recorrente, não é motivo suficiente que determine a glosa da despesa.

Da emissão privada das debêntures

A acusação fiscal coloca em xeque a forma adotada pela ora Recorrente de emissão privada das debêntures que ao final fora subscrita por um único debenturista que era empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da emitente.

Segundo a Recorrente, trata-se esta posição de apenas mais um argumento sem fundamento legal, dentre tantos outros utilizados pelo Fisco para qualificar a operação como Planejamento Tributário abusivo.

Neste ponto, cabe primeiro relembrar que a leitura dos arts. 38 e 58 do Decreto-lei n. 1.598 permite a confirmação de que a não computação do prêmio no lucro tributável e exclusão das participações no cálculo do lucro a tributar, não estão condicionadas a que as debêntures sejam emitidas para subscrição pública.

De fato, não encontrei qualquer disposição do Decreto-lei 1.598, nem de qualquer outra lei ou norma, que contenha previsão acerca da obrigatoriedade de emissão pública das debêntures ou da proibição de emissão privada, mesmo que para debenturista que seja pessoa jurídica ligada, integrante do mesmo grupo econômico da emitente do papel.

Mais uma vez neste voto, entendo deva ser invocado o Princípio da Estrita Legalidade previsto no art. 150, inciso I da CF, no sentido de que não cabe ao interprete da norma, no caso o Fisco, criar exigências ou restrições que inexistem na lei.

A função do auditor fiscal é aplicar a lei e não criá-la. A competência para criar leis pertence aos legisladores.

Os dispositivos do Decreto-lei 1.598 não contém qualquer elemento que diferencie as emissões públicas e as privadas de debêntures em relação à forma de remuneração, valor do prêmio ou aos efeitos tributários decorrente de uma ou outra forma de emissão.

O mencionado dispositivo apenas prevê a possibilidade de emissão de debêntures por qualquer uma dessas formas, pública ou privada.

A distinção e o efeito tributário daí decorrente, adotado pelo auditor fiscal, são também, visivelmente contrários ao Código Tributário Nacional, pois, diga-se mais uma vez, inexistente a pretendida distinção de forma expressa na legislação societária, sendo este elemento indispensável, conforme disposto no art. 109 do CTN.

Este entendimento não é isolado, sendo possível encontrar diversos julgados no mesmo sentido neste Conselho. Vejamos ementa do acórdão n. 1101-000.889 de Relatoria da brilhante Conselheira Edeli Pereira Bessa:

*"GLOSA DE REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.
ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE.*

A subscrição privada de debêntures por empresa do mesmo grupo não pode ser desconsiderada em razão, apenas, da remuneração com base em percentual elevado dos lucros e da liquidação das obrigações decorrentes por meio de compensações entre empresas ligadas. A escolha empresarial de aportar recursos mediante subscrição de debêntures emitidas por empresa controlada pode estar baseada em outras razões econômicas que devem ser afastadas pelo Fisco, de modo a demonstrar que a despesa não seria necessária, usual e normal."

Neste acórdão, prevaleceu o entendimento que não pode a autoridade fiscal discordar da forma de captação escolhida pelo sujeito passivo, dentre as hipóteses existentes. Várias repercussões econômicas e financeiras são consideradas nesta decisão, e o seu efeito tributário não pode ser analisado isoladamente para descaracterizar aquela escolha.

Não fosse suficiente a clareza da legislação quanto à possibilidade de emissão privada de debêntures, podemos nos socorrer das próprias orientações de entidades do mercado financeiro para dirimir eventual dúvida.

Em simples busca na Internet, é possível localizar (http://www.debentures.com.br/downloads/textostecnicos/cartilha_debentures.pdf) material de orientação (apostila) aos investidores, elaborado em conjunto pela Andima (Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro) e Abrasca (Associação Brasileira das Companhias Abertas), duas entidades de renome e constantemente chamadas pelo poder público para debater sobre novos normativos, que traz importantes informações sobre os aspectos gerais que envolvem a emissão de debêntures que era aplicáveis à época das operações ora em exame.

Neste material, destaco as seguintes informações:

" Quem pode emitir debêntures?

A captação de recursos no mercado de capitais, via emissão de debêntures, pode ser feita por Sociedade por Ações (S.A.), de capital fechado ou aberto. Entretanto, somente as companhias abertas, com registro na CVM - Comissão de Valores Mobiliários, podem efetuar emissões públicas de debêntures.

Qual a diferença entre emissão pública e privada?

A primeira é direcionada ao público investidor em geral, feita por companhia aberta, sob registro na CVM. Já a emissão

privada é voltada a um grupo restrito de investidores, não sendo necessário o registro na Comissão.

Como transcorre um processo de emissão pública de debêntures?

A emissão de debêntures é decidida em assembléia geral de acionistas ou em reunião do conselho de administração da emissora, ambos com poderes para estabelecer todas as condições da emissão.

A companhia deve escolher uma instituição financeira (banco de investimento ou múltiplo, corretora ou distribuidora de títulos e valores mobiliários) para estruturar e coordenar todo o processo de emissão.

Essa instituição, denominada coordenador líder, será responsável pela modelagem da operação; transformação da empresa em Sociedade por Ações e obtenção de registro de companhia aberta, caso seja necessário; preparação da documentação e registro da emissão pública na CVM; formação do consórcio de distribuição; apresentações (road shows); apuração de bookbuilding, se for o caso; e colocação dos títulos aos investidores.

O coordenador é responsável, ainda, pela realização de uma diligência (due diligence process) sobre as informações da emissora que serão distribuídas ao público investidor e utilizadas para a elaboração do prospecto de emissão."

Além de espantar qualquer dúvida em relação à possibilidade de emissão privada de debêntures, ponto este que me parece claro pela simples leitura da legislação aplicável, as orientações acima demonstram também a maior complexidade e, conseqüentemente, os maiores custos incorridos numa emissão pública de debêntures em comparação com a emissão privada.

Além da necessidade de contratação de uma instituição financeira para a estruturação e coordenação do processo de emissão, a modalidade pública de emissão demanda ainda a execução de *due diligence*, *road show* e *bookbuilding*. Tudo isso consome um montante relevante de recursos financeiros. Em outras palavras, o custo de captação fica muito mais caro.

Logicamente, este é o preço a ser pago pelas companhias que necessitam captar recursos que não conseguiriam fazer num processo de emissão privada.

Contudo, se a empresa possui condições de captar integralmente os recursos de que necessita com custos com que possa arcar, através de uma emissão privada de suas debêntures, não haveria qualquer razão financeira ou econômica para optar pela modalidade pública de emissão que traz consigo um custo elevado de estruturação e acompanhamento.

Trata-se de simples decisão de negócio que, no caso em tela, faz todo sentido do ponto de vista financeiro. Temos portanto, claramente demonstrada não somente a possibilidade de emissão privada das debêntures pela Recorrente, mas também, a coerência da decisão da empresa por esta modalidade de captação de recursos.

Indo além, o fato das debêntures terem sido subscritas, unicamente, por empresa que compõe o mesmo grupo econômico da emitente, ora Recorrente, não me parece, também, invalidar a operação.

Ora, temos aqui mais uma característica própria de uma emissão privada de debêntures participativas. Isso porque, no caso de emissão pública, o objetivo da empresa emitente é alcançar o mercado de capitais e convencer investidores que ainda não o conhecem a adquirir seus títulos. Por outro lado, no caso de emissão privada, invariavelmente, a empresa captadora dos recursos já conhece os investidores.

Este é o caso da operação em análise.

Assim, o fato da empresa subscritora das debêntures participativas ter relação societária com a empresa emissora não tem qualquer efeito, por si só, para desfigurar a operação, devendo para tanto, estar presentes elementos que demonstrem ter ocorrido verdadeira simulação ou fraude, o que poderia ser evidenciado pela ausência de entrega efetiva dos recursos financeiros correspondentes, desnecessidade de tais recursos ou não utilização nas atividades usuais da empresa emissora.

Nada disso foi demonstrado.

Aliás, conforme já me posicionei neste voto, as evidências todas são de que a operação fora real e não simulada, como defendido pelo auditor fiscal, sendo certo que, se o controlador tinha as opções de efetuar um aumento de capital, efetivar um mútuo ou adquirir debêntures de sua controlada, todas válidas e legais e, optou pela opção que melhor lhe atendia, adotando na essência e na forma, todas as providências decorrentes desta escolha, não possui a fiscalização competência para alterar esta escolha.

Quem deve conduzir os negócios é a administração da empresa e não o Fisco, cabendo a este último monitorar os contribuintes de forma a identificar eventuais abusos e simulações.

Logo, o fato da operação ter se concretizado mediante emissão privada de debêntures subscritas exclusivamente por empresa ligada, não configura razão suficiente para desqualificar os efeitos desta operação.

Da motivação para emissão das debêntures

O ponto principal deste caso demanda uma análise pormenorizada da motivação econômica/negocial - *business purpose* que justifique a emissão das debêntures da forma como se deu.

Como bem colocado pela Recorrente em seu Recurso Voluntário, devem ser feitas as seguintes análises:

1-) Se houve captação de recursos com a emissão das debêntures e se os mesmos foram destinados às atividades produtivas das emitentes;

2-) Se o prêmio pago e o percentual de participação dos lucro à época de emissão não se justificavam em fundamentos econômicos, bem como, confrontar o retorno esperado com o montante recebido pelo debenturista; e

3-) Demonstração comparativa de que houve redução indevida da carga tributária com a opção pelo financiamento via DPLs, ao invés de obtenção de empréstimo bancário ou aumento de capital da sociedade e pagamento de juros sobre o capital próprio.

Em outras palavras, torna-se relevante, como já mencionado de forma até cansativa neste voto, verificar: i-) se tal despesa era necessária, ou seja, se os recursos financeiros eram necessários para a atividade da Recorrente; ii-) se os recursos foram utilizados nas atividades da empresa emissora e, iii-) se os recursos foram efetivamente aportados na empresa emissora.

Primeiramente tenho que uma vez observadas condições de mercado "*Arm's Lenght*" e tendo as operações trazido os resultados esperados e desejados para a Recorrente - captação (ou manutenção) de recursos financeiros com custos fixos menores mas também baseados nos resultados (lucro) que ela gerasse - a operação pode ser justificada.

O fato de não ter ocorrido ingresso de novo caixa na emissora das debêntures, ora Recorrente, me parece secundários no presente caso. Isso porque, a Recorrente tinha obrigações a pagar à debenturista. Caso efetuasse o pagamento de tais obrigações, haveria uma saída de caixa - caixa este que deixaria de ser aplicado nos negócios da Recorrente.

Assim, com a emissão das debêntures, o caixa que seria utilizado para pagar tais obrigações foi mantido na Recorrente. Em suma, quero dizer que o ingresso de caixa novo ou manutenção de caixa que sairia, tem o mesmo efeito financeiro positivo na liquidez da empresa.

Não existiu no trabalho fiscalizatório questionamento acerca da necessidade da ora Recorrente de captar os recursos financeiros para utilização em seus negócios. Tampouco, o trabalho fiscalizatório procurou efetuar um trabalho de análise econômica ou de essência econômica da operação, no sentido de verificar se a operação se justificou como instrumento eficiente de captação de recursos.

A Recorrente traz interessantes observações a este respeito em seu Recurso Voluntário:

Ora, o que foi feito por meio da emissão das debêntures em 2002, repactuação com resgate parcial em 2007 e liquidação em 2012, que não justamente o alongamento da dívida operacional da Recorrente? Ao permitir que a aquisição de cana fosse paga a longo prazo, é fora de dúvida que as debêntures possibilitaram o financiamento do capital de giro da Recorrente e, isso, por óbvio, representa despesa necessária, usual e normal na exploração dos seus negócios, distinguindo-se de liberalidade.

Ao mesmo tempo, a Fiscalização, a despeito de indicar que o prêmio e a participação nos lucros são elementos existentes nos casos em que as operações são abusivas, sequer apontou os valores a esse título definidos na hipótese presente e, muito menos, tratou de avaliá-los para averiguar se tinham fundamentos econômicos. Nas cerca de 20 páginas do Termo de Verificação Fiscal em que se tenta justificar os lançamentos metade descreve o regime tributário aplicável às debêntures e a outra metade resume-se a apontar o tratamento dado pela Recorrente, pela CAZL e pela CAQ, além de elencar os quatro elementos resumidos na introdução desse tópico, os quais são indiferentes para concluir pela existência ou não de operação abusiva. Enfim, não houve a indicação de que o prêmio e a participação nos lucros fixados no caso concreto seriam dissociados de fundamento econômico (o que, por certo, não se deu por serem calcados em elementos extratributários, como demonstrado no subitem adiante).

Com relação ao prêmio pago, a Recorrente traz as seguintes explicações:

Acrescente-se ao exposto que o prêmio pago, no valor de R\$ 22 milhões, foi definido de forma equitativa e em função de critérios econômicos. De fato, quando do lançamento dos papéis, verificou-se a relação entre o valor que se desejava com as debêntures (R\$ 55 milhões) e o patrimônio líquido (PLC) da emitente. O percentual apurado foi de 39%. Como ele era inferior a 50% dos lucros projetados, ajustou-se que a adquirente deveria pagar ágio à emitente dos papéis no percentual de 11% (diferença entre os lucros de que participaria (50%) e o valor nominal dos papéis (39%)), a fim de que o negócio não lhe fosse desproporcionalmente vantajoso. Os 11% estimados de lucros nos 5 anos seguintes somavam R\$ 34.650.000,00. A partir daí, calculou-se o “valor presente” à época de emissão dos papéis, redundando nos R\$ 22 milhões pagos a título de ágio. Com isso, constata-se que o ágio envolvido na operação da Recorrente, a par de ser inferior ao valor nominal das debêntures, tem explicação econômica, afastando o caso concreto do último elemento descrito nos julgados do CARF como indício de planejamento abusivo.

Já em relação aos custos com a remuneração das debêntures, são trazidas pela Recorrente as seguintes explicações de cunho financeiro:

De outro lado, a comparação entre os valores recebidos e resgatados revela que os custos incorridos na remuneração dos debenturistas são inferiores ao que seriam devidos caso as mesmas importâncias fossem: (1) captadas, por meio de empréstimos, junto a instituições financeiras ou (2) mantidas pela Recorrente que, em contrapartida, remuneraria o acionista com o pagamento de juros sobre o capital próprio.

Enquanto a AZL incorreu em despesas de 26,12% ao ano na transação (doc. 5), os custos de financiamento médios de mercado durante o mesmo período, divulgado pelo BACEN, eram superiores a 30% ao ano (doc. 6 anexo à impugnação)! Mais ainda, caso houvesse a opção pela capitalização da Recorrente com a dívida financiada por debêntures e a remuneração do acionista com o pagamento de juros sobre o capital próprio - de dedução inquestionável no resultado tributável - as bases de IRPJ e CSLL seriam reduzidas com o registro de despesas da ordem de R\$ 319.995.341,64, ao passo que o total apropriado com a remuneração da debenturista somou R\$ 269.869.689,75 (doc. 7 anexo à impugnação). Isto é, a carga tributária seria inferior se a Recorrente recorresse a instrumento alternativo e possível de ser adotado, o que só demonstra que a emissão das debêntures e os critérios utilizados para fixar o seu valor e resgate não tiveram como motivação a diminuição do ônus fiscal, mas razões de cunho econômico extratributários!

Acrescente-se que a avaliação comparativa entre o custo envolvido na operação de debêntures da Recorrente demonstra que ela foi compatível com o valor de outras operações realizadas por sociedades diversas no mercado. Realmente, a transação da Recorrente envolveu o equivalente à CDI mais 2,3% de juros ao ano, ao passo que em três outras operações contemporâneas - praticadas por Klabin, Duratex e Acesita - os custos para as emitentes foram, respectivamente: (1) SELIC mais 4,5% de juros ao ano; (2) CDI mais 1,3% de juros ao ano e (3) IGP-M mais 12% de juros ao ano (doc. 8 que acompanhou a defesa).

Se, por um lado a Recorrente traz explicações muito razoáveis sobre os aspectos financeiros que justificam a emissão de debêntures, pelo lado da fiscalização o que existe é um conjunto de questionamentos sobre a escolha do instrumento debênture, a forma de emissão e remuneração e, o fato da operação envolver empresas do mesmo grupo, contudo, desacompanhados de uma análise sobre a essência econômica da operação.

Da incorporação da debenturista por empresa com saldo de Prejuízo Fiscal

Por fim, a fiscalização questiona o fato da debenturista original (Cia Agrícola Lorenzetti) ter sido incorporada por outra empresa do grupo que possuía saldos altíssimos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL (Cia Agrícola Quatá) .

Os resgates efetuados geraram receita tributável em empresa que possuía prejuízo fiscal e base negativa de CSLL que, além de tudo, por ser uma empresa que desenvolvia atividade agrícola, estava isenta da regra que prevê a trava de compensação de

prejuízo fiscal e base negativa de CSLL a 30% do lucro tributável. Em outras palavras, a acusação fiscal é de que alocou-se receita tributável em empresa com saldo de prejuízo fiscal de períodos anteriores compensáveis em até 100% do lucro, o que gerou redução do imposto a pagar.

Primeiramente, entendo que tal visão de prejuízo ao erário e redução ilegal de tributos a pagar é míope no presente caso. Isso porque, nunca é demais lembrar que quando uma empresa possui prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, significa que tal empresa tem uma moeda de troca, um direito frente ao fisco a ser utilizada no momento em que auferir lucro e, até onde pude perceber da leitura dos autos, tais prejuízos da empresa incorporadora não são questionados pelo fisco. Não se trata aqui de favor fiscal mas de pura obediência ao Princípio da Capacidade Contributiva.

Assim, a chamada moeda de troca não foi originada ou produzida nas operações ora em questão, pois, já existiam. De sorte que tal redução na arrecadação via compensação de prejuízos viria, mais cedo ou mais tarde.

De qualquer forma, se o Planejamento Tributário ocorreu no momento da incorporação, ou seja, em 2008, como seria possível questionar a operação de emissão de debêntures que ocorreu em 2002. Será possível que se trata de um Planejamento Tributário de Longo Prazo?

Entendo aqui que, se o inconformismo do fisco reside no fato da Debenturista não ter oferecido efetivamente pago o tributo sobre os rendimentos das debêntures (pois, não há dúvidas que a receita foi oferecida à tributação) em razão de planejamento tributário abusivo consistente na incorporação de empresa para igualmente indevido aproveitamento de prejuízo fiscal, a empresa que deveria ter sido autuada é a debenturista (atual Cia Agrícola Quatá) e não a emissora da debênture, ora Recorrente, restando claro aqui que houve então um erro da fiscalização ao escolher a ora Recorrente como sujeito passivo da autuação.

Desta forma, considerando os fundamentos da autuação, tenho que o erro de sujeição passiva compõe mais um elemento que justifica o cancelamento da autuação.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário para AFASTAR as PRELIMINARES suscitadas e no MÉRITO DAR PROVIMENTO.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado

Voto Vencedor

Conselheira Eva Maria Los, Redatora designada.

Este voto vencedor se refere ao Mérito discutido no Voto Vencido.

1 Da possibilidade de emissão de debêntures remuneradas por participação nos lucros. Da emissão privada das debêntures

A legislação societária permite a remuneração de debêntures exclusivamente com participação nos lucros, bem como cobrança de prêmio de emissão e não estabelece limites - porque o princípio do *arm's lenght*, isto é, o mercado, limita tais parâmetros, quando a operação é realizada em livre condição de concorrência, o que não foi o caso.

A legislação tampouco impede que a emissão seja privada e não pública.

1.1 EMPRESAS LIGADAS X EMPRESAS COM OS MESMOS SÓCIOS

A Lei das S A's, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, define (conceitos que estão repetidos no Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999):

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

(...)

Art. 249. A companhia aberta que tiver mais de 30% (trinta por cento) do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do artigo 250.

(...)

Art. 250. Das demonstrações financeiras consolidadas serão excluídas:

(...)

II - os saldos de quaisquer contas entre as sociedades;

III - as parcelas dos resultados do exercício, dos lucros ou prejuízos acumulados e do custo de estoques ou do ativo não

circulante que corresponderem a resultados, ainda não realizados, de negócios entre as sociedades. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.(Grifou-se.)

Já a expressão "pessoas ligadas" é uma definição genérica, abrangendo quaisquer vínculos entre pessoas jurídicas ou pessoa física e jurídica.

Na presente operação são três as empresas envolvidas; não se trata de holding e controladas, e tampouco as empresas são coligadas nos termos da legislação transcrita:

1. Todas possuem os mesmos sócios (vide quadro pág. 699).
2. O Objeto social da Autuada/Recorrente é, pág. 12, *Artigo 4º: O objeto social consiste na: a) indústria e comércio de açúcar e álcool e outros produtos ou subprodutos derivados da cana-de-açúcar; b) importação e exportação; c) produção e comercialização de energia elétrica; d) prestação de serviços e representação de outras sociedades; e) participação em outras sociedades, na qualidade de sócia cotista ou acionista e f) toda e qualquer atividade relacionada com as anteriormente mencionadas.*
3. Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti, cultivo de cana-de-açúcar;
4. Companhia Agrícola Quatá, cultivo de cana-de-açúcar.

A Autuada produz açúcar; a debenturista (Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti) e a incorporadora da debenturista (Companhia Agrícola Quatá), ambas empresas agrícolas, produzem a cana de açúcar - insumo para a Autuada - na prática, equivalem a uma organização com três divisões operacionais, porém, cada uma delas está constituída como empresa individual, sendo que a Autuada acumulou grande volume de dívidas junto à debeturista; e a incorporadora da debeturista, também fornecedora da Autuada, acumulava prejuízos.

Se as empresas fossem um grupo empresarial como definido na legislação, os demonstrativos financeiros deveriam ser consolidados, e as dívidas entre uma e outra, compensadas - na prática, essas empresas, cujos sócios são os mesmos, equivalem a uma única organização - as dívidas e condições de preços e negociação entre as três empresas são definidos sem interferência das condições de mercado, a balizá-las, obedecem ou não ao princípio do *arm's lenght*.

Encontramos na legislação exemplos de impedimento a regime favorecido, por exemplo, ao Simples Nacional, para o caso de empresas não coligadas, nem grupo empresarial formal, mas cujos sócios são os mesmos, se o conjunto dessas empresas com os mesmos sócios extrapola o limite permitido ao Simples Nacional, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro 2006, art. 3º, III, IV e VII.

Verifica-se que, no caso, são empresas que correspondem, na prática e forma operacional, a uma única organização, sob o mesmo controle, embora, formalmente, sejam empresas independentes.

2 Da motivação para emissão das debêntures

Relata o Autuante no TVF:

Importa observar que, segundo informações da Fiscalizada, a emissão de debêntures foi a alternativa escolhida pelo grupo, para securitização do passivo da sociedade, em especial, os relacionados com os afluxos de capital de empréstimo entre empresas do grupo, objetivando uma remuneração mais adequada desses recursos sob o argumento de que favoreceria a substituição dos atuais créditos em contas correntes pelos títulos a serem emitidos, dando vantagens como por exemplo a participação nos resultados.

Tem-se a conceituação de securitização, fonte:
<http://www.anfac.com.br/v3/securitizadoras.jsp>:

A expressão securitização foi adaptada do inglês "securitization", termo coerente com a denominação de valores mobiliários em inglês: "securities"

Securitizadoras Hoje

Existem várias interpretações no mercado financeiro nacional sobre seu significado.

A ANFAC entende securitização como uma tecnologia financeira empregada para converter uma carteira relativamente homogênea de ativos, em títulos mobiliários passíveis de negociação.

É uma técnica de transformar ativos relativamente ilíquidos em títulos mobiliários líquidos e de transferir os riscos associados a eles para os investidores "qualificados" que os compram. Os títulos de securitização são, portanto, caracterizados por um compromisso de pagamento futuro, de principal e juros, a partir de um fluxo de caixa proveniente de carteira de ativos selecionados.

E ainda, fonte:
http://www.anbima.com.br/eventos/arqs/eventos_anteriores/financas_corporativas/mesa_2_cri/5_jean_pierre_CRI.pdf:

Securitização é um processo pelo qual um emissor/originador segrega uma carteira ativos, e emite um novo instrumento de dívida por meio de um veículo independente com prioridades distintas de recebimento em relação à carteira de ativos

E, fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Securitiza%C3%A7%C3%A3o>

***Securitização** (do inglês securitization), ou **titularização**, é uma prática financeira que consiste em agrupar vários tipos de ativos financeiros (notadamente títulos de crédito tais como faturas emitidas e ainda não pagas, dívidas referentes a empréstimos entre outros), convertendo-os em títulos padronizados negociáveis no mercado de capitais interno e externo.*

Assim, a dívida é transferida, vendida, na forma de títulos, para vários investidores. Assim, securitização é a conversão de uma

dívida (duplicatas, cheques, notas promissórias) em título lastreado e negociável entre instituições financeiras. (...)

A securitização é utilizada pelo sistema financeiro para obtenção de fundos e divisão de riscos. É uma forma de transformar ativos relativamente não líquidos em títulos mobiliários líquidos, transferindo os riscos associados a eles para os investidores que os compram.

As definições supra evidenciam que a securitização, conversão da dívida em títulos negociáveis, visa dar liquidez a dívidas e diluir riscos - mas no caso das três empresas envolvidas, tais resultados não se operaram - o encontro de contas não resultou em liquidez, pois não houve qualquer ingresso de recursos, nem diluição do risco de qualquer das empresas já que os sócios que são os mesmos.

A Recorrente argumenta que a emissão de 2002, embora não tenha envolvido a captação de novos recursos, proporcionou a manutenção do fluxo financeiro em funcionamento desde a emissão de debêntures de 1997 (o Autuante descreveu no TVF que a emissão de debêntures análogas, já havia ocorrido em 1997), lançadas com a finalidade de alongar a dívida pela compra de cana junto à CAZL (Cia Agrícola Zillo Lorenzetti - a debenturista) e que, portanto, envolve insumo destinado à atividade operacional da Recorrente; diz que o fato de não ter havido movimentação de recursos entre a emitente e a adquirente dos papéis é indiferente para concluir pela regularidade ou irregularidade da transação e que houve financiamento no caso concreto.

Contudo, debêntures são instrumento financeiro criado com os objetivos a seguir delineados. Fonte: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/listados-a-vista-e-derivativos/renda-fixa-privada-e-publica/debentures.htm

As debêntures são emitidas por sociedades anônimas de capital aberto ou fechado e utilizadas para financiar projetos ou reestruturar dívidas da empresa, tendo como vantagens na captação de recursos a diminuição do seu custo médio, o alongamento e a adequação do seu perfil e a diminuição significativa das garantias utilizadas.

Desta forma, uma companhia em vez de tomar um empréstimo junto ao banco, pode realizar uma emissão de debêntures para captar recursos e aplicar em projetos que, por exemplo, aumentarão a sua capacidade produtiva ou permitirão a sua entrada em um novo segmento de negócios. (Grifou-se.)

Embora as debêntures se caracterizem como um instrumento valioso para o financiamento das empresas, fornecendo recursos a longo prazo para suas atividades, algumas vezes elas são utilizadas indevidamente apenas para se obter vantagens tributárias, desvirtuando totalmente o objetivo a que elas se prestam.

No presente caso, a emissora, que é a Autuada/Recorrente, a debenturista e a empresa que incorporou a debenturista são sociedades anônimas fechadas, cujos sócios são os mesmos; a Autuada produz açúcar e adquire a cana-de-açúcar da debenturista e da incorporadora desta, operação esta intra grupo, em que os preços não são ditados pelo mercado, mas definidos entre empresas cujos sócios são os mesmos, segundo a conveniência destes.

O mesmo se dá com a operação realizada com as debêntures: a Autuada comprava a matéria prima da debenturista (e da incorporadora) e acumulou dívidas junto a esta (no entanto, os sócios de uma e da outra são os mesmos - teriam sido as condições de

compra/venda compatíveis com as do mercado? Por que tal acúmulo de dívida? Por que a incorporadora acumulou prejuízos?); a Autuada emitiu debêntures que a debenturista pagou com os créditos que detinha junto à Autuada, isto é, não houve captação de recursos e aplicação em projetos que, por exemplo, aumentariam a sua capacidade produtiva ou permitiriam a sua entrada em um novo segmento de negócios - simplesmente foram feitos lançamentos contábeis em que a dívida mudou de forma, em vez de duplicatas a pagar, debêntures; e parte da dívida foi consumida pelo Prêmio de Emissão de R\$22.000.000,00 pago pela debenturista mediante encontro de contas e que esta passou a amortizar, reduzindo a base de cálculo do IRPJ e CSLL, com base em Prêmio estabelecido internamente, sem influência do mercado.

Conforme citado, as empresas emissoras têm a vantagem de os pagamentos de juros e de participação nos lucros serem deduzidos como despesas financeiras, retendo IRRF; com a operação, a Autuada passou a pagar juros e participação nos lucros (efetuados por meio de encontros de contas, sem fluxo financeiro) e a deduzi-los na apuração do resultado.

3 Da necessidade da despesa financeira com debêntures.

Como evidenciou a PFN nas Contrarrazões, a controvérsia quanto ao mérito cinge-se a definir se os gastos com a remuneração das debêntures emitidas pela contribuinte podem ou não ser qualificados como necessários à atividade da Autuada; que, tais despesas devem guardar estrita conformidade com as exigências legais e regulamentares para serem dedutíveis e destaca que os seguintes fatos depõem contra a necessidade e normalidade dos dispêndios:

1. dada a ausência de recursos de terceiros, o resultado obtido com a operação analisada nos presentes autos não reflete o que normalmente acontece quando uma empresa decide captar recursos financeiros por meio da emissão de debêntures; não houve aporte de recursos financeiros que viessem fora do grupo; ausência de crédito novo;
2. não há que se falar em risco do crédito numa operação realizada no âmbito de um grupo econômico;
3. a expectativa de ganhos a justificar o pagamento do Prêmio de Emissão pela debenturista inexistiu e o mesmo foi pago com redução da dívida entre empresas com os mesmos sócios;
4. Como dito, nenhum fluxo financeiro resultou;
5. A remuneração foi fixada entre empresas com os mesmos sócios e não em função das condições do mercado.

De fato, o risco das empresas não foi alterado pela modificação dos passivos, contabilização de pagamentos, remunerações e recebimentos de Prêmio, mediante os encontros de contas; as condições financeiras do "grupo" permaneceram as mesmas; recurso algum foi agregado.

O resultado foi economia de impostos.

E geração de créditos de Saldo Negativo, cuja restituição/compensação foi requerida pela incorporadora/debenturista.

As constatações supra levam à conclusão que os dispêndios com remuneração das debêntures, neste caso, não se caracterizam como despesas necessárias, e por isso, correta a conclusão de que são indedutíveis na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL.

4 Da incorporação da debenturista por empresa com saldo de Prejuízo Fiscal

A debenturista passou a perceber os lucros, porém foi incorporada por outra empresa detida pelos mesmos sócios, também agrícola, também fornecedora de cana-de-açúcar

para a Autuada, e que acumulava prejuízos - assim, os lucros foram neutralizados pelos prejuízos, sendo que na atividade rural não há a limitação de compensação de apenas até 30% dos lucros, resultando SN IRPJ e SN CSLL, dos quais pediu restituição.

Cabe destacar que Prejuízos Acumulados e bases negativas não são passíveis de Pedido de Restituição/Compensação.

A operação resultou em que a Recorrente passou a abater despesa de juros e participação nos lucros, referentes à remuneração das debêntures (que não representaram qualquer ingresso de recursos, mas simples encontros de contas entre empresas pertencentes aos mesmos sócios e tampouco redução/diluição do risco); a incorporadora, recebeu tais receitas, (e abateu as despesas de amortização do Prêmio de Emissão de R\$22.000.000,00); os prejuízos acumulados foram compensados com 100% dos lucros, sem o limite de 30%, por se tratar de atividade rural, e por isso, não apurou IRPJ nem CSLL a pagar, mas Saldos Negativos - e requereu Pedido de Restituição/Compensação dos Saldos Negativos de IRPJ e CSLL (conforme págs. 669/672) apurados ao considerar na apuração o IRRF retido pela Autuada, quando do pagamento da remuneração.

5 Compensação IRPJ e CSLL autuados com IRRF sobre remunerações de debêntures pagas

A Recorrente argumenta que, mesmo que em nenhum momento a fiscalização tenha afirmado que os pagamentos feitos eram lucros distribuídos, é fora de dúvida que afastou o tratamento deles como remuneração de debêntures e que, como a Recorrente pagou 50% de seus lucros à debenturista, então equivaleria a distribuição de dividendos, só possível se esta última fosse acionista da Recorrente; e aduz que o IRRF pode ser compensado pela debenturista, o que foi negado pelo Autuante, que deveria ter reconhecido o SN da incorporador/debenturista, ou deduzir o IRRF das exigências de ofício.

Como consequência desse arrazoado, requer a apensação ao presente, do processo nº 10825.901978/2013-73, para evitar decisões divergentes.

Opinou a PFN:

*Não se afigura, todavia, a relação de implicação lógica vislumbrada pela recorrente. **Ao contrário do que afirma, a Fiscalização não descaracterizou os pagamentos como remuneração de debêntures.***

*Na linha do que acima foi dito, o fiscal não desconsiderou a operação nem a anulou. O que fez, considerando a artificialidade da operação, foi concluir que as **despesas incorridas com a remuneração das debêntures**, que efetivamente existiram, **não seriam usuais e normais**, e, por consequente, reputou-as indedutíveis.*

A DIPJ da incorporadora Companhia Agrícola Quatá, págs. 385/471 e 493/597, aponta IRRF consumido na apuração do Imposto de Renda sobre o Lucro Real:

2009 - R\$45.039,60

2010 - R\$15.785.661,27

2011 - R\$15.139.286,35

No entanto, a autuação se deu sobre a emitente das debêntures, Açucareira Zillo Lorenzetti S/A, que não se beneficiou dessas retenções; verifica-se, pág. 734/740, que a apuração fiscal, partiu do Lucro Real que a Autuada apurou.

O aproveitamento do IRRF é assunto atinente à incorporadora/debenturista, Companhia Agrícola Quatá, não se tratando de matéria em discussão nos presentes autos.

6 Multa qualificada 150%

Verificou-se a operação de emissão e venda de debêntures entre empresas cujos sócios são os mesmos, debêntures estas que não cumpriram seu papel de carrear recursos para a emitente ou reduzir os riscos, mas reduziram os tributos devidos, além de terem gerado Saldos Negativos (SN) de IRPJ e IRPJ, que empresa do "grupo" requereu em restituição, para compensação de débitos; as operações descritas de compra/venda de debêntures e incorporação da debenturista foram efetuadas a fim de alterar as características dos fatos geradores de IRPJ e CSLL.

A base legal é o art. 44, I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento. (Grifou-se.)

Conclui-se pela procedência da qualificação da multa de ofício.

7 Multas isoladas

Exigem-se multas isoladas sobre estimativas mensais não recolhidas, decorrentes da autuação, com base no art. 44, II "b" da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A recorrente advoga que:

Verifica-se, assim, que a multa isolada por ausência de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL aplica-se exclusivamente se: (i) forem impostas no mesmo ano em que tiver ocorrido a impontualidade e (ii) os valores vertidos aos cofres públicos forem inferiores aos até então devidos a título de IRPJ e CSLL. Não atendidas as duas condições antes mencionadas, não há como impor a penalidade isolada.

A conclusão indicada, decorrente da interpretação conjunta das diferentes normas que disciplinam a apuração do IRPJ, da CSLL e das espécies de multas previstas na legislação, aplica-se especialmente ao caso concreto, até porque, como também já

indicado, na ausência de regra expressa que determina a imputação simultânea das duas penas, deve-se adotar interpretação que leva à impossibilidade de sua imputação conjunta, por força do disposto no artigo 112 do CTN.

Não tem razão a recorrente; a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 originalmente foi:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

*I - **de setenta e cinco por cento**, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

*IV - **isoladamente**, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;*

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido. (Revogado pela Lei nº 9.716, de 1998) (Grifou-se.)

Posteriormente, a multa isolada que era de 75%, conforme a redação do art. 44 que se transcreveu, foi reduzida a 50%, pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que é a capitulação legal na presente autuação.

Portanto, as multas aplicadas, obedecerem à legislação vigente.

As multas exigidas, juntamente com o tributo ou isoladamente, como definidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, vinculam-se a infrações de natureza distinta. De fato, a multa exigida isoladamente decorre da falta de recolhimento das estimativas mensais devidas ainda que se apure prejuízo fiscal ao fim do período-base. Por sua vez a multa de ofício é exigida sobre o valor do IRPJ ou CSLL anual que deixou de ser recolhido. Tanto são independentes as penalidades que pode haver a imposição de uma sem que haja o nascimento da outra, por exemplo, quando a contribuinte deixa de recolher as estimativas mas tenha apurado prejuízo fiscal ao final do ano-calendário, conforme a alínea “b” do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Citem-se Acórdãos do CARF.

Acórdão CSRF nº 9101-002.510, de 12 de dezembro de 2016

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008. 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Em 12/2014, foi editada:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Posteriormente à edição da Súmula nº 105, foi proferido o seguinte Acórdão CARF, do qual se transcrevem ementa e parte do voto vencedor:

Data da Sessão: 03/03/2015

Nº Acórdão : 1301-001.787

Data da publicação: 11/05/2015

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO no que diz respeito à tributação do ganho de capital. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator) e Valmir Sandri. E, pelo voto de qualidade, mantida a multa isolada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães relativo ao ganho de capital e à multa isolada. (Assinado digitalmente) ADRIANA GOMES REGO - Presidente. (Assinado digitalmente) CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator. (Assinado digitalmente) WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Redator designado. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson Da Silva

Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Ementa

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: (...) MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. No caso de aplicação de multa de ofício sobre os tributos e contribuições lançados de ofício e de multa isolada em virtude da falta ou insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência, visto que resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas. Inexiste, também, fator temporal limitador da aplicação da multa isolada, eis que a lei prevê a sua exigência mesmo na situação em que as bases de cálculo das exações são negativas. CONFISCO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INCONSTITUCIONALIDADES. SÚMULA CARF N. 02. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(...)

Voto Vencedor:

“No que diz respeito à MULTA ISOLADA, merece registro, em primeiro lugar, o fato de não existir na lei instituidora da sanção a condição explicitada pelo Ilustre Conselheiro Relator, isto é, a lei, ao descrever as situações motivadoras da aplicação da penalidade, não fez menção à circunstância de que, encerrado o período de apuração, a penalidade não poderia ser aplicada. Destaco que a norma impositiva estabelece de forma expressa que, ainda que se tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa, a sanção *a* deve ser aplicada, bastando para tanto que o sujeito passivo tenha incorrido na sua hipótese de incidência, qual seja, deixar de ter efetuado (ou ter efetuado com insuficiência) o recolhimento mensal incidente sobre a base de cálculo estimada.

A conclusão, pois, dirige-se no sentido de que o requisito condicionador da aplicação da penalidade indicado no pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator decorre de exercício de interpretação da norma sancionadora que, na visão do Colegiado, não pode ser recepcionado, sob pena de violação ao disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional.

Filiou-se também a Turma Julgadora ao entendimento de que não existe duplicidade de incidência sobre um mesmo fato (concomitância), pois, na situação sob análise, estamos diante de duas infrações distintas, quais sejam: a) falta de recolhimento do imposto e da contribuição sobre o ganho de capital auferido; e b) falta de recolhimento das antecipações obrigatórias (estimativas).

O entendimento é de que a norma legal aplicada, art. 44 da Lei nº 9.430/96, revela obrigações distintas que, uma vez inobservadas, podem ensejar a aplicação da sanção. A primeira, consubstanciada no dever de recolher o imposto e a contribuição com base em estimativa a que se submetem as pessoas jurídicas que, por opção, apuram o resultado tributável anualmente. A segunda, decorrente da opção em questão, surge em consequência da eventual apuração de saldo positivo no resultado tributável anual.

O fato de as infrações terem sido apuradas por meio de um mesmo procedimento revela, apenas, concomitância de verificação das irregularidades, não constituindo, contudo, causa capaz de fazer desaparecer a infração antes cometida.

A variação do aspecto temporal da apuração reflete a evidência de que, no caso, estamos diante de duas infrações absolutamente distintas.

Tome-se, por exemplo, a situação em que, no curso do período-base de incidência, apurou-se receita omitida e, em razão disso, aplicou-se a multa isolada em virtude da insuficiência de

recolhimento das estimativas devidas. Noutro momento, restou verificado que a mesma receita, antes omitida, também não foi considerada nas bases de cálculo do tributo e da contribuição devidos. Fica claro que, nessa circunstância, o tributo, assim como a contribuição, serão lançados com a multa de ofício correspondente, não havendo que se falar, nesse caso, em duplicidade de sanção sobre o mesmo fato.

Cabe registrar que a multa isolada em questão teve por fundamento o art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007, de modo que, aqui, não é aplicável a súmula CARF nº 105, recentemente publicada e que abaixo reproduzo:

Súmula CARF Nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício. (GRIFEI)

Note-se que o enunciado trata especificamente da multa isolada lançada com fundamento no art 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, isto é, na redação original do dispositivo legal, antes, portanto, das alterações promovidas pela Lei nº 11.488, de 2007.” (Grifou-se.)

Fica evidente, portanto, que a legislação da multa isolada da presente capitulação legal não é a que é objeto da Súmula CARF nº 105.

A presente autuação foi com base no art. 44, I, § 1 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação do art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que reduziu o percentual de 75% para 50%, não se lhe aplicando, portanto a citada Súmula CARF nº 105.

Cabe manter a multa de ofício de 150% sobre a exigência anual e a multa isolada de 50% pela falta de recolhimento das estimativas mensais, pelas quais optou.

8 Responsabilizações solidárias - não julgadas.

Haja vista o voto do Relator (vencido) ter sido pelo provimento do Recurso Voluntário, deixaram de ser apreciados no julgamento pela Turma, os recursos voluntários apresentados pelos responsáveis solidários.

9 Conclusão.

Voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los