



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

Processo n° 16561.720147/2014-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.513 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2017
Matéria IRPJ E CSLL
Recorrente USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO. NULIDADES. REVISÃO DE MATÉRIA JÁ FISCALIZADA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA DO LANÇAMENTO. INTRODUÇÃO DE NOVO CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

O art. 906 do RIR/99 determina ser necessária a autorização expressa do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal para o exame do mesmo período de apuração já fiscalizado anteriormente. Nada há em tal dispositivo que vede o exame de mesma matéria já auditada, porém relativa a fatos ocorridos em períodos diferentes daqueles já examinados.

A correspondência entre as infrações apuradas e os dispositivos legais indicados pela Fiscalização, aliada a apresentação de frondosa peça de bloqueio, impede que se acate alegação de motivação genérica do lançamento, e muito menos hipótese de cerceamento do direito de defesa.

O lançamento constitui norma individual e concreta de tributação. A ausência de lançamento em períodos anteriores ao fiscalizado é a ausência dessa norma individual e concreta, que somente veio a ser editada com o lançamento ora questionado. Portanto, não há vinculação entre um posicionamento tácito de “não lançamento” (ou mesmo de lançamento efetuado com base em outros fatos/fundamentos) com a oposição expressa ocorrida desta feita.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O prazo decadencial deve ser contado somente a partir da data de ocorrência do fato gerador do tributo, e não da data da realização dos atos/negócios jurídicos que tenham repercussão tributária futura. No caso das debêntures, o

prazo decadencial deve ser contado a partir do momento em que deduzidos/excluídos/compensados os valores objeto do auto de infração.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

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

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

INCENTIVO FISCAL. PROGRAMAS SOCIAIS. DEDUÇÃO. FORMALIZAÇÃO. O processo administrativo fiscal não se constitui em instrumento jurídico apropriado para o sujeito passivo formalizar ou elevar o montante da dedução do incentivo fiscal, seja a título de Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), Fundo da Criança e do Adolescente ou Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC).

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA DE CSLL.

Mantida a ineditibilidade das despesas/exclusões decorrentes do planejamento tributário abusivo, procedem também as exigências referentes à compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, ocorridas em períodos subsequentes às referidas glosas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

LANÇAMENTO REFLEXO. CSLL.

Aplica-se aos tributos lançados reflexamente ao IRPJ os mesmos fundamentos para manter a exigência, haja vista a inexistência de matéria específica, de fato e de direito a ser examinada em relação a eles.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. FRAUDE À LEI. ABUSO DE DIREITO.

Os institutos do abuso de direito e da fraude à lei, embora previstos na lei civil, não foram eleitos pelos legislador tributário para qualificação da penalidade. Aspecto relevante que deve ser considerado na aplicação da multa qualificada aos planejamentos diz respeito aos atos que constituem a conduta evasiva. Se nenhum desses atos foi falso, se tudo estava às claras para a fiscalização e não exigiu qualquer esforço para a aplicação dos efeitos tributários, não há razão para se qualificar a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 16561.720147/2014-16
Acórdão n.º **1402-002.513**

S1-C4T2
Fl. 1.328

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso do responsável solidário. Vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Demetrius Nichele Macei que votaram por excluir o coobrigado da relação jurídico tributária. Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e a arguição de decadência e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica para reduzir a multa ao percentual de 75%. O conselheiro Caio Cesar Nader Quintella declarou-se impedido.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Relator

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

Relatório

Trata o presente processo de lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, relativos aos anos-calendários de 2010 a 2012.

A matéria objeto dos Autos de Infração está detalhada no Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 705/732, tendo sido vazada da seguinte forma:

A Usina Barra Grande de Lençóis S/A emitiu debêntures pelo valor de R\$ 30.000.000,00 divididas em 6 (seis) séries de R\$ 5.000.000,00 conforme Escritura Particular de Emissão de Debêntures datada de 11.12.2002, fruto da aprovação da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 03.12.2002 e, subscrita pela Debenturista (adquirente) Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, CNPJ Nº 45.036.647/0001-01, em 30.12.2002, conforme Contrato de Subscrição de Debêntures para cada uma das 6 (seis) séries emitidas. **Anexo 6 (1) a (19)**

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).

Ressalte-se que, somente, em 2009, a debenturista, agora Companhia Agrícola Quatá, apresentou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, na atividade rural, de R\$ 107 milhões e R\$ 104 milhões, respectivamente. **Anexo 8**

Em decorrência dessa incorporação, a Cia Agrícola Quatá passou a ser a debenturista.

Relembrando, as participações nos lucros “resgatadas” à debenturista reduzem o lucro real e a base de cálculo da CSLL na emissora, visto que, são excluídas para efeito de cálculo desses tributos, enquanto que na debenturista são receitas tributáveis.

Nos anos-calendários de 2007 e 2008, a emissora “resgatou” (sempre por meio de encontro de contas contábeis), as quantias de R\$ 15.435.074,62 e R\$ 16.014.610,76, respectivamente.

Em 2009 não houve liquidação, sendo que os demais “resgates” ocorreram nos anos-calendários de 2010 e 2011, conforme demonstrativo abaixo: **Anexo 10**

ANO	RESGATE	VALOR (R\$)	OBS
2007	1ª Liquidação	15.435.074,62	Sem efeito
2008	2ª Liquidação	16.014.610,76	Sem efeito
2009	-	-	Sem ocorrência
2010	3ª Liquidação	28.143.592,16	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2010	4ª Liquidação	29.725.203,43	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2011	5ª Liquidação	36.666.630,82	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2011	6ª Liquidação	37.347.118,75	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2012	-	-	Sem ocorrência
SOMA – REDUÇÃO DO IRPJ/CSLL		131.886.566,16	

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.

Os valores “resgatados”, em Reais (R\$), a título de participações nos lucros, totalizadas por ano, foram:

2010	2011	TOTAL
28.143.592,16	36.666.630,82	64.810.222,98
29.725.203,43	37.347.118,75	67.072.322,18
57.870.805,59	74.015.760,57	131.886.566,16

A redução drástica no IRPJ e CSLL é nítida e se traduz no valor de R\$ 44.841.432,49 (R\$ 131.886.566,16 x 34%).

As remunerações de juros de interesse da presente fiscalização, contabilizadas por competência, deduzidas tributariamente na emissora e lançadas como receitas financeiras na debenturista, foram:

2010	2011	2012	TOTAL
R\$ 2.150.000,00	R\$ 1.150.000,00	-	R\$ 3.300.000,00

A redução, nesse caso, foi de R\$ 1.122.000,00 (R\$ 3.300.000,00 x 34%).

Considerando uma alíquota média de 15% de IRFON, a emissora retém R\$ 495.000,00 (R\$ 3.300.000,00 x 15%) e a debenturista pode compensar esses tributos.

No entanto, 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. No caso, ela pediu restituição.

Veja a seguir quadro demonstrativo, cujos dados foram extraídos das DIPJs da Companhia Agrícola Quatá, o qual demonstra que as receitas a título de participações nos lucros e juros jamais foram tributadas na debenturista. **Anexo 8, 9, 10, 11 e 11^A**

	2009	2010	2011	2012
LUCRO REAL ANTES DAS COMPENSAÇÕES	- 107.124.074,79	3.883.767,61	54.528.268,49	28.202.050,72
PREJUÍZO FISCAL - ATIVIDADES EM GERAL		- 260.441,10		- 1.189.613,12
L. R. APÓS COMPENSAÇÕES DO PER. BASE	- 107.124.074,79	3.623.326,51	54.528.268,49	27.012.437,60
COMPENSAÇÃO - ATIVIDADE RURAL		- 3.623.326,51	- 54.528.268,49	- 27.012.437,60
LUCRO REAL	- 107.124.074,79	-	-	-

	2009	2010	2011	2012
BC DA CSLL ANTES DAS COMPENSAÇÕES	- 104.355.495,72	3.889.880,56	54.528.268,50	28.202.050,72
B.C. NEGATIVA - ATIVIDADES EM GERAL		- 259.658,34		- 1.189.613,12
L. R. APÓS COMPENSAÇÕES DO PER. BASE	- 104.355.495,72	3.630.222,22	54.528.268,50	27.012.437,60
COMPENSAÇÃO - ATIVIDADE RURAL		- 3.630.222,22	- 54.528.268,50	- 27.012.437,60
LUCRO REAL	- 104.355.495,72	-	-	-

As debêntures foram emitidas, com vencimento para o dia 30.12.2007, pelo valor de R\$ 30.000.000,00 divididas em 6 (seis) séries de R\$ 5.000.000,00, conforme Escritura Particular de Emissão de Debêntures datada de 11.12.2002, subscritas unicamente pela Cia. Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, CNPJ Nº 45.036.647/0001-01 (posteriormente incorporada pela Cia Agrícola Quatá, CNPJ nº 45.631.926/0001-13, em 31/12/2008). Anexo 6 (1) a (19)

Na subscrição, a debenturista “pagou” a emissora um prêmio de R\$ 2.000.000,00 para cada uma das séries emitidas, totalizando R\$ 12.000.000,00.

Tanto a emissora das debêntures (Usina Barra Grande de Lençóis S/A) como a debenturista (Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos S/A) têm os mesmos acionistas. O mesmo se aplica à Cia Agrícola Quatá.

Veja o quadro a seguir, que retrata as participações no capital total dos membros/acionistas:

ACIONISTA	USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS (AC 2008)	USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS (AC 2002)	CIA AGRÍCOLA ZILLO E SOBRINHOS (AC 2008)	CIA AGRÍCOLA ZILLO E SOBRINHOS (AC 2002)	CIA AGRÍCOLA QUATÁ (AC 2008)
JOSE LUIZ ZILLO	28,83%	28,83%	28,83%	28,83%	28,83%
JOAO ZILLO PARTICIPACOES LTDA	20,50%	20,49%	20,50%	20,49%	20,50%
CARMEN TONANNI	9,01%	9,01%	9,01%	9,01%	9,01%
ALF PARTICIPACOES LTDA	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%
MARIA JOSE LORENZETTI	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%
ANGELA ISABEL ZILLO ORSI	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
ANTONIO JOSE ZILLO	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
MIRIAM REGINA ZILLO	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
JOSE ROBERTO LORENZETTI	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
MARIA IZABEL LORENZETTI LOSASSO	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
VERA LUCIA LORENZETTI GELAS	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
LINO PARTICIPACOES LTDA	2,80%	2,80%	2,80%	2,80%	2,80%
PHZ PARTICIPACOES LTDA	2,34%	0,00%	2,34%	0,00%	2,34%
HUGO ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,20%
PAULO ZILLO NETO	0,19%	0,00%	0,20%	0,00%	0,20%
CAMILA ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,19%
PEDRO ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,19%
MARILENE CARANI	0,00%	0,78%	0,00%	0,78%	0,00%
PAULO HENRIQUE ZILLO	0,00%	2,34%	0,00%	2,34%	0,00%

As debêntures tiveram origem nos créditos detidos pela debenturista contra a Usina Barra Grande de Lençóis 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 Luiz Zillo e Sobrinhos “pagou”, também, por meio de acerto de contas contábeis, um prêmio de R\$ 2.000.000,00 para cada uma das 6 (seis) séries emitidas, totalizando o valor de R\$ 12.000.000,00, 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 30.12.2007, 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 (Usina Barra Grande de Lençóis) 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 (não dedutíveis), conforme reza o artigo nº 335, do RIR/99, a DRF em Bauru/SP lavrou 02 (dois) Autos de Infração, que instruíram os processos nº 15889.000621/2007-05 e nº 15889.000243/2008-32, referentes aos anos - calendários de 2002 e 2003 a 2006, respectivamente. Vejamos o citado artigo: **Anexo 14 (1) e (2)**

Art. 335 - Na determinação do lucro real somente serão dedutíveis as provisões expressamente autorizadas neste Decreto (Decreto-Lei nº 1.730, de 17 de outubro de 1979, art. 3º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso I).

Inconformada, apresentou impugnação em 1ª instância.

A seguir reproduzimos as ementas dos julgamentos, pela DRJ/RPO, dos dois autos citados: **Anexo 15 (1) e (2)**

Processo nº 15889.000621/2007-05
Acórdão nº 14-20.785 – 1ª Turma da DRJ/RPO
Sessão de 06 de outubro de 2008
Interessado Usina Barra Grande de Lençóis S/A
CNPJ/CPF 51.422.921/0001-83

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

ANO-CALENDÁRIO: 2002
DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES.

As despesas com remuneração aos sócios da autuada, correspondentes A operação com debêntures, a pretexto de captar recursos para dotar a companhia de um novo sistema de gestão, 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.

Processo nº 15889.000243/2008-32
Acórdão nº 14-20.786 - 1ª Turma da DRJ/RPO
Sessão de 06 de outubro de 2008
Interessado Usina Barra Grande de Lençóis S/A
CNPJ/CPF 51.422.921/0001-83

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2004, 31/12/2005,
31/12/2006

PROVISÃO - PARTICIPAÇÃO DE DEBENTURISTAS NOS LUCROS - DEDUÇÃO - LUCRO REAL

Somente podem ser deduzidas, na apuração do lucro real, as provisões expressamente autorizadas pela legislação tributária. A participação nos lucros dos debenturistas só pode ser deduzida do lucro real quando for reputada efetivamente incorrida, sendo descabida a dedução de provisões contabilizadas a este título.

Ainda inconformada, apresentou recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, contra a decisão prolatada.

Com o advento do parcelamento instituído pela Lei 11.941/09, que instituiu o chamado “Refis da Crise”, a fiscalizada desistiu de contestá-los administrativamente e incluiu a dívida tributária lançada nos Autos de Infração no programa de parcelamento.

Diante disso, passou, então, a considerar as provisões como dedutíveis, somente no momento do resgate da participação, conforme item 4.3 e 4.5 da resposta ao termo diligência. **Anexo 4**

Ou seja, entendeu que, a provisão antes considerada não dedutível, com o parcelamento, passou à condição de adição temporária, sendo dedutível quando da realização do “resgate” dos títulos correspondentes

Contudo, esse entendimento estaria realmente correto se as provisões fossem decorrentes de operações verdadeiras, reais, e não de operações eivadas de ilicitudes, como foi a emissão das debêntures “formalizadas apenas no papel”, que teve o único propósito de reduzir indevidamente as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Frise-se, por oportuno, que nos resgates não há, e nunca houve, movimentação financeira e sim, acertos entre contas correntes de ambas.

Do exposto, depreende-se que, na emissão das debêntures pela Fiscalizada:

1. As debêntures foram subscritas unicamente pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, posteriormente incorporada pela Companhia Agrícola Quatá, cujos acionistas são os mesmos da fiscalizada (emissora das debêntures);
2. Não ocorreu nenhum pagamento em dinheiro por parte da debenturista e, conseqüentemente, nenhum recebimento, uma vez que, os débitos da fiscalizada, por conta da entrega de cana e outras operações, com a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, foram transformados em debêntures. Mesmo nos resgates das participações também não havia pagamentos e sim, acerto entre contas contábeis;
3. Remuneração das debêntures com percentual relevante de participação nos lucros;
4. O prêmio de R\$ 2.000.000,00 para cada uma das séries emitidas, totalizando o valor de R\$ 12.000.000,00 foi registrado na Fiscalizada (emissora) no Patrimônio Líquido, em conta de Reserva de Capital, não tributável. Na subscritora o valor foi deduzido tributariamente de forma gradual, pelo regime de competência.

(...)

5 - CONCLUSÃO

O procedimento da fiscalizada (juntamente com seus proprietários e a debenturista), que provocou uma redução drástica na base tributável do IRPJ e CSLL, enquadra-se, destarte, no disposto no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que em sua redação original, e na atual, nos remete aos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, os quais têm as seguintes redações:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária.

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.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Pela leitura dos artigos citados, constata-se que a contribuinte fiscalizada, a debenturista e os acionistas de ambas incorreram no previsto no artigo 73.

Enquadra-se, também, no Inciso I do artigo 2º, da Lei 8.137/90:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; grifo nosso.

6 - A AUTUAÇÃO

As remunerações relativas às participações nos lucros, que a contribuinte as excluiu indevidamente e os juros, lançados contabilmente como despesas dedutíveis, também de forma indevida, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, constituirão as bases de cálculo da autuação, ou seja, serão adicionadas aos resultados fiscais declarados pela contribuinte. São eles: **Anexo 7 (1) a 18 e Anexo 10 (1) a (3)**

	2010	2011	2012	TOTAL
PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS	57.870.805,59	74.015.760,57	-	131.886.566,16
JUROS INCORRIDOS	2.150.000,00	1.150.000,00	-	3.300.000,00
SOMA	60.020.805,59	75.165.760,57	-	135.186.566,16

O enquadramento legal decorrente dos procedimentos da fiscalizada se traduz nos seguintes dispositivos legais:

Enquadramento relativo ao IRPJ

Para as remunerações de juros lançadas como despesas dedutíveis:

Art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247, 248, 249, inciso I e 251, do RIR/99.

Para as exclusões indevidas, relativas às remunerações referentes participações nos lucros art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247 e 250 do RIR/99

Enquadramento relativo à CSLL

Para as remunerações de juros lançadas como despesas dedutíveis:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95 Art. 2º da Lei nº 9.249/95.

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Para as exclusões indevidas, relativas às remunerações referentes participações nos lucros:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Da Glosa por Compensação Indevida de Prejuízos Fiscais de período-base anterior.

De acordo com o Livro de Apuração do Lucro Real, ano-calendário 2011 (LALUR/2011), amparado na respectiva DIPJ, a FISCALIZADA apurou Prejuízo antes da Compensação de IRPJ e CSLL no total de R\$ -4.176.264,55 no referido ano-calendário, sendo o prejuízo fiscal operacional de R\$ -4.012.480,13 e o não operacional do exercício de R\$ -163.784,42.

Segundo a escrituração do LALUR/2012, evidenciada na folha 50 da Parte “B” houve compensação de prejuízo fiscal de R\$ 4.176.264,55, amparado na apuração do prejuízo fiscal antes da compensação de IRPJ e CSLL no ano calendário anterior.

Contudo, por conta da presente fiscalização externa relativa aos anos-calendário 2010, 2011 e 2012 o referido prejuízo fiscal foi corrigido para LUCRO REAL, em razão das adições efetuadas de R\$ 60.020.805,59 em 2010 e de R\$ 75.165.760,57 em 2011, ensejando a glosa da compensação realizada pela FISCALIZADA por restar indevida, observando que, apenas, esse lançamento (glosa por compensação indevida de prejuízos fiscais de período-base anterior) foi calculado com multa de ofício, não tendo sido objeto de multa qualificada. Anexo 13

GLOSA POR COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZOS FISCAIS DE PERÍODO-BASE ANTERIOR.	VALOR
IRPJ	R\$ 4.012.480,13
CSLL (Reflexa)	R\$ 4.176.264,55

8 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Atribui-se a responsabilidade solidária de fato à debenturista Companhia Agrícola Quatá, por ser a incorporadora da Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, pois não há como negar o conhecimento e a participação no planejamento tributário abusivo, haja vista, a vinculação existente entre as empresas, decorrente do controle acionário comum constatado pela presente fiscalização, restando evidenciado pelo registro de presença da AGE de 03 de dezembro de 2002, que aprovou a emissão das debêntures intragrupo, a saber: Usina Barra Grande de Lençóis (Fiscalizada), Cia. Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos (debenturista – incorporada) e Cia. Agrícola Quatá (debenturista – incorporadora). Anexo 2 (1) a (7) e Anexo 6 (1) a (19)

No Auto de Infração, a Fiscalização apontou as seguintes infrações:

- 1) Despesas Financeiras Inexistentes;
- 2) Exclusões Indevidas na Apuração do Lucro Real;

3) Compensação Indevida de Prejuízo Operacional com Resultado da Atividade Geral, por insuficiência de saldo de prejuízos fiscais.

Inconformadas com o lançamento, tanto a Companhia Agrícola Quatá (daqui em diante denominada de CAQ), indicada como responsável solidária pela exigência por ter sucedido a debenturista originária, a empresa Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos (também denominada de CALZS), quanto a empresa Usina Barra Grande de Lençóis S/A (aqui referenciada como UBG), propuseram suas impugnações (v. e-fls. 784/791 e 803/838).

As impugnações foram apreciadas pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro em 19 de janeiro de 2016, que manteve na íntegra o lançamento, tendo recebido o respectivo Acórdão o nº 12-079258 - 15ª Turma (v. e-fls. 1.164/1.179). O Julgado adotou a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

Ementa: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. Oponibilidade ao fisco. Abuso do direito. Propósito negocial. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de auto-organização, pratique atos ou negócios jurídicos antes dos fatos geradores. Além disso, é necessário que haja um propósito negocial, de modo que o exercício do direito seja regular.

Atos normativos. Entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Vinculação DRJ. As Delegacias de Julgamento estão vinculadas à lei (art. 142, parágrafo único, do CTN), às normas legais e regulamentares (art. 116, III, da Lei 8.112/1990), às Súmulas do CARF aprovadas pelo Ministro de Estado da Fazenda e com efeito vinculante em relação à administração tributária federal (Portaria - MF nº 383/2010) e ao entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil expresso em atos normativos (art. 7º da Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011).

Incentivo fiscal. Programas sociais. Dedução. Formalização. O processo administrativo fiscal não se constitui em instrumento jurídico apropriado para o sujeito passivo formalizar ou elevar o montante da dedução do incentivo fiscal, seja a título de Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), Fundo da Criança e do Adolescente ou Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC).

Multa de ofício. Qualificação. A constatação de conduta dolosa do sujeito passivo autoriza a cominação da multa de ofício em sua forma qualificada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão proferida pela DRJ/RJO, em 28 de janeiro de 2016 (vide AR de e-fls. 1.182/1.183) a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário de e-fls. 1.185/1.223. Os principais argumentos expostos no referido Recurso, em apertada síntese, são os seguintes:

1) Nulidade do lançamento haja vista a revisão de matéria já fiscalizada sem prévia autorização específica;

2) Nulidade do lançamento haja vista que as autuações não apontam a norma legal que teria sido descumprida pela Recorrente (motivação genérica), em descumprimento aos arts. 142 do CTN e 10 do Decreto nº 70.235/72;

3) 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; introdução de novo critério no enquadramento dos fatos, em ofensa aos arts. 146, 150 e 156, VII, do CTN;

4) Decadência. Impossibilidade de o Fisco impugnar as operações após 05 anos de sua realização; argui que o Fisco dispunha do prazo de 05 anos contados, no mais tardar, da repactuação dos papéis (ocorrida em 2007) para efetuar os lançamentos;

5) Ausência de demonstração da prática de operação abusiva; a Fiscalização não teria conseguido levantar elementos suficientes que autorizassem a conclusão por ela levada a efeito de que teriam sido praticadas operações abusivas;

6) A transação praticada tem fundamentos econômicos, na medida em que os custos de sua realização são inferiores àqueles que seriam incorridos caso houvesse a opção pela obtenção de financiamento junto a instituição independente e equivalente ao que incorreria caso realizasse o pagamento de juros sobre o capital próprio;

7) Incompetência das autoridades fiscais para qualificarem atos jurídicos como abusivos ante a ausência da edição de lei regulamentando o art. 116, parágrafo único, do CTN;

8) Impossibilidade de qualificação das operações como abusivas com fundamento na legislação de direito privado, haja vista ter transcorrido o prazo fixado no direito civil para anulação de atos abusivos;

9) Incongruência da requalificação feita pela Fiscalização. Impossibilidade de ser dado tratamento de distribuição de lucros, haja vista que a CAQ não era sócia da Recorrente. Mesmo assim considerando, deveria então a Fiscalização ter compensado o IRRF pago em nome da CAQ com o IRPJ e a CSLL lançados de ofício;

10) Descabimento da multa agravada, haja vista que todos os atos foram praticados à luz do dia, não havendo ocultação de nenhum deles que revele intuito de fraude;

11) Deve ser descontado do IRPJ e da CSLL os valores relativos aos incentivos fiscais do PAT, Fundo da Criança e Adolescente e PRONAC, não considerados pela Fiscalização ao realizar os lançamentos de ofício.

Às e-fls. 1.283/1.323 constam as Contrarrazões ao Recurso Voluntário apresentadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Finalmente, vieram os autos a este Conselheiro para Relatar e proferir o voto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Relator.

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Em sua peça recursal, a Contribuinte nos apresenta diversas questões para serem analisadas. Faremos a apreciação de cada uma delas, ora individualmente, ora em bloco, a depender de sua natureza. Primeiramente trataremos das questões que dizem respeito às arguições de nulidade, para só então, adentrar no mérito das razões recursais.

1) Nulidade do lançamento haja vista a revisão de matéria já fiscalizada sem prévia autorização específica;

Neste primeiro ponto, argui a Recorrente que o Auto de Infração seria nulo haja vista que a matéria objeto da auditoria já teria sido verificada em outros procedimentos fiscais realizados anteriormente sem que houvesse autorização *"prévia e específica a respeito que explicasse os motivos para uma terceira avaliação, por meio de reabertura de fiscalização"*. Segundo o entendimento da Recorrente, as normas que regem o processo administrativo fiscal impediriam a *"revisão dos mesmos fatos que já tenham sido autuados em oportunidade anterior, o que pode ocorrer em relação ao mesmo período (situação mais comum), porém, não se vincula ao ano necessariamente já submetido à Fiscalização"*.

Daquilo que conseguimos apreender das argumentações da Recorrente, podemos concluir que a mesma não deu a melhor interpretação ao art. 906 do RIR/99, ao defender ser incabível a *"revisão dos mesmos fatos já auditados em oportunidade anterior"*. Vejamos o que diz o art. 906 do RIR/99:

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.

A melhor exegese de tal dispositivo (na realidade, a única) é de que mostra-se imprescindível a autorização expressa do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal para o exame **do mesmo período de apuração** já fiscalizado anteriormente. Nada há em tal dispositivo **que vede o exame de mesma matéria já auditada**, porém relativa a fatos ocorridos em períodos diferentes daqueles já examinados.

A Recorrente colacionou diversos julgados deste CARF para sustentar sua tese. Interessante notar que nenhuma das jurisprudências apresentadas por ela tratam do reconhecimento de nulidade do AI por falta de autorização para a ***"revisão dos mesmos fatos já auditados em oportunidade anterior"***; tratam, isso sim, da proibição de se rever os **mesmos períodos** já fiscalizados, sem a autorização expressa do Chefe da Unidade.

Os processos administrativos nº 15889.000621/2007-05 e nº 15889.000243/2008-32, a que se refere a Recorrente, dizem respeito aos anos-calendário 2002 e 2003 a 2006, respectivamente, enquanto o presente Auto de Infração tem por objeto os anos-calendário de 2010 a 2012. Portanto, nenhuma irregularidade existe no presente procedimento fiscal no tocante aos períodos fiscalizados.

2) Nulidade do lançamento haja vista que as autuações não apontam a norma legal que teria sido descumprida pela Recorrente (motivação genérica), em descumprimento aos arts. 142 do CTN e 10 do Decreto nº 70.235/72;

Segundo a Recorrente, as normas indicadas pela Fiscalização para fundamentar o Auto de Infração seriam regras gerais acerca da apuração e quantificação do IRPJ e da CSLL, razão pela qual seriam *"imprestáveis para a motivação dos lançamentos ora contestados"*.

Também neste caso, impossível acatar as alegações da Recorrente, haja vista que as infrações apontadas são consentâneas com os dispositivos legais constantes, tanto do Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 705/732, quanto do Auto de Infração de e-fls. 734/765.

Tais dispositivos, se considerados, primeiramente em relação ao IRPJ (art. 3º da Lei nº 9.249/95, arts. 247, 248, 249, inc. I, 250 e 251 do RIR/99), referem-se substancialmente ao conceito de lucro real, e aos ajustes do lucro líquido para obtê-lo (da mesma forma, em relação à apuração da CSLL). Essas normas determinam o que pode ou não ser adicionado e/ou excluído do lucro líquido para se obter o lucro real.

Assim, e diante das infrações apontadas, quais sejam, "Despesas Financeiras Inexistentes", "Exclusões Indevidas" e "Compensação Indevida de Prejuízo Operacional com Resultado da Atividade Geral", os dispositivos legais indicados pela Fiscalização estão perfeitos. Não vejo nenhuma *"menção genérica"*, como quer fazer crer a Recorrente, e muito menos hipótese de cerceamento do seu direito de defesa. Ao contrário, resta claro, tanto na impugnação, quanto no recurso voluntário, que a Recorrente sabia exatamente do que estava sendo acusada, pois se defendeu de forma competente e muito bem alicerçada. Então, não há de prosperar tal argumentação, eis que as próprias palavras postas em sua defesa a contradizem.

3) 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; introdução de novo critério no enquadramento dos fatos, em ofensa aos arts. 146, 150 e 156, VII, do CTN;

Neste ponto, argui que *"como o regime tributável aplicável às DPLs emitidas pela Recorrente em 2002 já havia sido objeto de duas auditorias fiscais antes do procedimento de fiscalização que redundou nos lançamentos ora impugnados, o Fisco tinha conhecimento de quem eram emitente e subscritora dos títulos (sociedades ligadas), das características dos papéis (remuneração em parte com juros e em parte com lucros) e dos valores desembolsados pela adquirente (contemplando a parcela nominal e o prêmio)"*. Com base nestes fatos, aduz que em nenhuma das auditorias anteriormente realizadas a operação foi caracterizada como um planejamento tributário abusivo.

Assim, a auditoria fiscal ora contestada teria introduzido um novo critério de enquadramento e tratamento tributário dos fatos, o que violaria o disposto no art. 146 do CTN.

Neste ponto, a Recorrente se refere novamente aos procedimentos fiscais instaurados para os anos calendários de 2002 e 2003 a 2006, consubstanciados nos processos administrativos fiscais nº 15889.000621/2007-05 e 15889.000243/2008-32.

Nestes procedimentos fiscais, o motivo da autuação foi a dedução indevida, na apuração do lucro real dos respectivos exercícios, dos valores provisionados a título de participações nos lucros devidas aos debenturistas, e relativas a títulos emitidos em 1997.

Entendeu a Fiscalização, naquela oportunidade, que tais provisões somente poderiam ser deduzidas na apuração do lucro real após o resgate dos títulos. Por isso glosou as despesas indevidas, sem entrar no mérito se as operações que lhe deram origem eram lícitas ou não. Seguiu o caminho mais fácil e evidente, em face da absoluta falta de previsão legal para a dedução das referidas provisões, procedimento este chancelado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto e, ao fim e ao cabo, pela própria Contribuinte, que parcelou os respectivos débitos no âmbito da Lei nº 11.941/09.

Por oportuno, cabe esclarecer que, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio."

No caso em tela, não procede a alegação da Recorrente de que o Auto de Infração seria nulo por conta de alegada modificação de critério jurídico por parte da Autoridade Administrativa. Tal alegação da Recorrente não integra o rol das hipóteses de nulidade do art. 59 acima reproduzido.

Além do mais, não vejo como o fato de a Autoridade Fiscal, em procedimentos fiscais anteriores, não ter desqualificado as operações realizadas através da emissão de debêntures (ou qualificado as mesmas como abusivas), possa ser atribuído como fundamento para impedir a lavratura de novos autos de infração, nem tampouco possa vir a influenciar futuros procedimentos fiscais.

Reza o art. 146 do CTN:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

O lançamento constitui norma individual e concreta de tributação. A ausência de lançamento em períodos anteriores ao fiscalizado é a ausência dessa norma individual e concreta, que somente veio a ser editada com o lançamento ora questionado. Portanto, não há vinculação entre um posicionamento tácito de "não lançamento" (ou mesmo de lançamento efetuado com base em outros fatos/fundamentos) com a oposição expressa ocorrida desta feita. Assim, melhor dizendo, o fato de os lançamentos anteriores terem sido realizados com base em

fundamentos diversos deste, não nos autoriza a chancelar de maneira imutável que este ou aquele procedimento está ou não de acordo com a legislação tributária.

Portanto, não considero, para o caso em apreço, ter a Autoridade Fiscal responsável pelo lançamento incorrido em nenhuma irregularidade que possa macular o procedimento que presidiu, mormente a alegada mudança de entendimento ou alteração de critério jurídico a respeito da matéria posta em julgamento.

4) Decadência. Impossibilidade de o Fisco impugnar as operações após 05 anos de sua realização

Neste ponto, argui a Recorrente que o Fisco dispunha do prazo de 05 anos, contados, no mais tardar, da repactuação dos papéis (ocorrida em 2007), para efetuar os lançamentos. Assim, tendo ultrapassado esse prazo, o lançamento estaria fulminado pela decadência, devendo ser anulado.

Também neste caso, completamente desprovidas de fundamento as alegações da Recorrente. O Auto de Infração refere-se à glosa de despesas e exclusões lançadas pela Contribuinte em sua contabilidade fiscal nos anos de 2010 a 2012.

Então, é a partir destes períodos de apuração, em que deduzidos/excluídos/compensados tais valores, que se deve dar início à contagem do prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento, e não, conforme pretende a Recorrente, da data da emissão das debêntures (2002) ou de sua repactuação (2007). Como o Auto de Infração foi lavrado em 2014 e o primeiro período-base auditado refere-se a 2010, não há nenhum fundamento na arguição de decadência.

Os próximos quatro itens versam sobre o mérito em si da autuação, portanto serão tratados em conjunto.

5) Ausência de demonstração da prática de operação abusiva; a Fiscalização não teria conseguido levantar elementos suficientes que autorizassem a conclusão por ela levada a efeito de que teriam sido praticadas operações abusivas

6) A transação praticada tem fundamentos econômicos, na medida em que os custos de sua realização são inferiores àqueles que seriam incorridos caso houvesse a opção pela obtenção de financiamento junto a instituição independente e equivalente ao que incorreria caso realizasse o pagamento de juros sobre o capital próprio

7) Incompetência das autoridades fiscais para qualificarem atos jurídicos como abusivos ante a ausência da edição de lei regulamentando o art. 116, parágrafo único, do CTN

8) Impossibilidade de qualificação das operações como abusivas com fundamento na legislação de direito privado, haja vista ter transcorrido o prazo fixado no direito civil para anulação de atos abusivos

O Termo de Verificação Fiscal é bem claro ao apontar a ocorrência de um planejamento tributário abusivo, engendrado pela Autuada e demais empresas do mesmo grupo econômico (eis que possuem os mesmos sócios). Fundamentou sua afirmação nas

características tiradas do negócio jurídico que, a seu ver, foi realizado com o propósito único de suprimir tributos da ordem de R\$50 milhões em valores originais.

O referido negócio consistiu na emissão de debêntures intra-grupo, ou seja, hipótese em que emitente e debenturista fazem parte do mesmo grupo econômico, sendo partes ligadas.

Abaixo, reproduzo o quadro societário das empresas envolvidas, para demonstrar o nível de relacionamento entre elas e os respectivos acionistas:

ACIONISTA	USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS (AC 2008)	USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS (AC 2002)	CIA AGRÍCOLA ZILLO e SOBRIHOS (AC 2008)	CIA AGRÍCOLA ZILLO e SOBRIHOS (AC 2002)	CIA AGRÍCOLA QUATÁ (AC 2008)
JOSE LUIZ ZILLO	28,83%	28,83%	28,83%	28,83%	28,83%
JOAO ZILLO PARTICIPACOES LTDA	20,50%	20,49%	20,50%	20,49%	20,50%
CARMEN TONANNI	9,01%	9,01%	9,01%	9,01%	9,01%
ALF PARTICIPACOES LTDA	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%
MARIA JOSE LORENZETTI	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%	8,78%
ANGELA ISABEL ZILLO ORSI	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
ANTONIO JOSE ZILLO	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
MIRIAM REGINA ZILLO	3,13%	3,12%	3,13%	3,12%	3,13%
JOSE ROBERTO LORENZETTI	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
MARIA IZABEL LORENZETTI LOSASSO	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
VERA LUCIA LORENZETTI GELAS	2,93%	2,92%	2,93%	2,92%	2,93%
LINO PARTICIPACOES LTDA	2,80%	2,80%	2,80%	2,80%	2,80%
PHZ PARTICIPACOES LTDA	2,34%	0,00%	2,34%	0,00%	2,34%
HUGO ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,20%
PAULO ZILLO NETO	0,19%	0,00%	0,20%	0,00%	0,20%
CAMILA ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,19%
PEDRO ZILLO	0,19%	0,00%	0,19%	0,00%	0,19%
MARILENE CARANI	0,00%	0,78%	0,00%	0,78%	0,00%
PAULO HENRIQUE ZILLO	0,00%	2,34%	0,00%	2,34%	0,00%

A emissão das debêntures foi realizada sem que tivesse havido o ingresso de novos recursos no patrimônio da emitente, haja vista que os pagamentos dos títulos foram feitos via acerto de contas contábeis (conta-corrente de créditos existentes entre as partes). Todo o fluxo de pagamentos foi realizado desta forma, tanto o relativo à emissão dos papéis, pagamento de prêmio (ágio) etc, por parte da debenturista, quanto as remunerações dos títulos, juros e participações nos lucros avançados. Não circulou nenhum centavo em moeda física, seja de um lado, seja do outro do balcão.

A remuneração estabelecida pela emitente foi de juros de 12% ao ano, não capitalizáveis, e participação nos lucros no percentual de 50%.

Nos anos-calendário de 2007 e 2008, a emitente dos títulos “resgatou” (sempre por meio de encontro de contas contábeis), as quantias de R\$ 15.435.074,62 e R\$ 16.014.610,76, respectivamente.

Em 2009 não houve liquidação, sendo que os demais “resgates” ocorreram nos anos-calendário de 2010 e 2011, conforme demonstrativo abaixo:

ANO	RESGATE	VALOR (R\$)	OBS
2007	1ª Liquidação	15.435.074,62	Sem efeito
2008	2ª Liquidação	16.014.610,76	Sem efeito
2009	-	-	Sem ocorrência
2010	3ª Liquidação	28.143.592,16	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2010	4ª Liquidação	29.725.203,43	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2011	5ª Liquidação	36.666.630,82	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2011	6ª Liquidação	37.347.118,75	Redução artificial do IRPJ/CSLL
2012	-	-	Sem ocorrência
SOMA – REDUÇÃO DO IRPJ/CSLL		131.886.566,16	

A redução do IRPJ e CSLL traduziu-se no valor de R\$ 44.841.432,49 (R\$ 131.886.566,16 x 34%), segundo os cálculos da Fiscalização.

Já em relação aos juros, sua remuneração foi contabilizada segundo o regime de competência e deduzidas pela emitente nos seguintes valores:

2010	2011	2012	TOTAL
R\$ 2.150.000,00	R\$ 1.150.000,00	-	R\$ 3.300.000,00

Novo cálculo efetuado pela Fiscalização, neste caso, apontou uma redução de tributos da ordem de R\$ 1.122.000,00 (R\$ 3.300.000,00 x 34%).

O prêmio, pago pela debenturista (à época a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos), no valor de R\$12.000.000,00, também foi objeto de encontro de contas entre as empresas envolvidas, ou seja, também não houve qualquer desembolso financeiro por parte das mesmas. O respectivo valor foi lançado no patrimônio líquido da emitente, sem nenhuma tributação e, na debenturista, foi amortizado de forma gradual. Neste caso, a redução de tributos importou em R\$ 4.080.000,00 (R\$ 12.000.000,00 x 34%), segundo os cálculos da Fiscalização.

Em relação ao IRRF, os levantamentos efetuados pela Fiscalização apontaram um valor devido pela emitente e pagos em nome da debenturista da ordem de R\$ 495.000,00 (R\$ 3.300.000,00 x 15%), sendo este valor compensável por esta última, o que realmente aconteceu, e que resultou no seu pedido de restituição.

Segue a Fiscalização em seu relato, demonstrando que a Companhia Agrícola Quatá S/A, jamais tributou as receitas a título de participações nos lucros e juros (dados extraídos das respectivas DIPJs):

	2009	2010	2011	2012
LUCRO REAL ANTES DAS COMPENSAÇÕES	-107.124.074,79	3.883.767,61	54.528.268,49	28.202.050,72
PREJUIZO FISCAL - ATIVIDADES EM GERAL		- 260.441,10		- 1.189.613,12
L. R. APÓS COMPENSAÇÕES DO PER. BASE	-107.124.074,79	3.623.326,51	54.528.268,49	27.012.437,60
COMPENSAÇÃO - ATIVIDADE RURAL		- 3.623.326,51	- 54.528.268,49	- 27.012.437,60
LUCRO REAL	-107.124.074,79	-	-	-

	2009	2010	2011	2012
BC DA CSLL ANTES DAS COMPENSAÇÕES	-104.355.495,72	3.889.880,56	54.528.268,50	28.202.050,72
B.C. NEGATIVA - ATIVIDADES EM GERAL		- 259.658,34		- 1.189.613,12
L. R. APÓS COMPENSAÇÕES DO PER. BASE	-104.355.495,72	3.630.222,22	54.528.268,50	27.012.437,60
COMPENSAÇÃO - ATIVIDADE RURAL		- 3.630.222,22	- 54.528.268,50	- 27.012.437,60
LUCRO REAL	-104.355.495,72	-	-	-

Abaixo, os valores apurados pela Fiscalização e objeto deste Auto de Infração:

	2010	2011	2012	TOTAL
PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS	57.870.805,59	74.015.760,57	-	131.886.566,16
JUROS INCORRIDOS	2.150.000,00	1.150.000,00	-	3.300.000,00
SOMA	60.020.805,59	75.165.760,57	-	135.186.566,16

No total, apurou a Fiscalização uma redução no pagamento de tributos (IRPJ e CSLL), no total de **R\$ 50.043.432,49** (em valores originais).

Efetivamente, todos esses fatos revelam, em seu conjunto, a prática de planejamento tributário abusivo, engendrado para, única e exclusivamente, reduzir a carga tributária de todos os intervenientes do negócio pactuado.

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

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

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

A AMBIMA Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro, em material disponibilizado no sítio eletrônico¹, esclarece que:

As debêntures são valores mobiliários de renda fixa que podem ser emitidos por sociedades por ações, de capital aberto ou fechado. Entretanto, para que sejam distribuídas publicamente, devem ser emitidas por companhias de capital aberto, com prévio registro na CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Há duas formas de debêntures: nominativas ou escriturais. Quanto à classe, podem ser simples, conversíveis ou permutáveis. Já no que diz respeito à garantia, podem ter as seguintes classificações: real, flutuante, quirografária ou subordinada.

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

De acordo com Roberto Barcelos de Magalhães², "*as debêntures são obrigações representativas de parcelas de um único empréstimo tomado por sociedade anônima.*"

Rubens Requião, comentando acerca de debêntures, afirma:

¹ Disponível em: <http://www.debentures.com.br/espacodoinvestidor/introducaoadebentures.asp>> Acesso em: 15 jul 2016.

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

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

J. X. Carvalho de Mendonça³, assim se refere às debêntures:

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

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

No que se refere à remuneração da debênture, Modesto Carvalhosa⁴, embora reconheça que a legislação não o diga expressamente, defende que são os juros a sua remuneração natural:

O caráter facultativo da norma permite a atribuição de outras vantagens remuneratórias complementares, que façam as debêntures atrativas e com melhor colocação no mercado.

Fica então reafirmado o princípio da onerosidade e comercialidade da debênture, que não poderá deixar de oferecer vantagem pecuniária, compativelmente remuneratória do capital mutuado.

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

Assim os juros fixos constituem a remuneração básica e indeclinável das debêntures, sendo as demais modalidades acessórias daqueles, como a participação nos lucros da companhia e/ou o prêmio de reembolso.

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

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

⁴ CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2002, Editora Saraiva, vol. 1, p.647.

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

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

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

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

Quando se fala em planejamento tributário abusivo não se pode olvidar dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco⁵:

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

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

(...)

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

(...)

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

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

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo, Dialética, 2011, p.194-248.

(...)

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

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

(...)

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

Esta conclusão resulta da conjugação dos vários princípios acima expostos e de uma mudança de postura na concepção do fenômeno tributário que não deve mais ser visto como simples agressão ao patrimônio individual, mas como instrumento ligado ao princípio da solidariedade social. (pág. 208)

(...)

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

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

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

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária. O direito do contribuinte de auto-organizar sua vida não é ilimitado. Os direitos de alguns sofrem limitações impostas pelos direitos de outrem. Atuando dentro da lei, o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

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

Portanto, não basta ser lícita a operação para que seus efeitos sejam automaticamente oponíveis ao Fisco. Para que possam gerar efeitos tributários, mais que conformidade com a lei, a operação realizada deve estar conforme o Direito. E é exatamente este o caso dos autos. Apesar de as operações realizadas (emissão de debêntures) aparentarem estar acobertadas sob o manto da legalidade, no caso concreto, verifica-se o completo desvirtuamento do objetivo natural a que se destinam, haja vista o evidente propósito de sua realização estar vinculado única e exclusivamente à economia no pagamento de tributos, *in casu*, do IRPJ e da CSLL.

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

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

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

Em outras palavras, é possível que cada um dos atos praticados pelo contribuinte, individualmente considerado, esteja de acordo com as exigências formais de alguma

norma específica, mas que, em seu conjunto, não surta os efeitos esperados pelo ordenamento jurídico.

As seguintes características gerais das operações, **analisadas em seu conjunto**, me levaram à conclusão de absoluta correção do procedimento fiscal ao glosar as despesas, exclusões e compensações realizadas pela Recorrente:

1) Uma das formas adotadas para a remuneração das debêntures emitidas pela Recorrente se deu com base em participação nos lucros da empresa no percentual de 50% (além do pagamento de juros de 12% ao ano), o que considero elevadíssimo para operações tais quais as apreciadas (completamente fora do padrão de mercado quando considerados os atores como partes independentes);

2) a subscrição e integralização dos títulos (no importe de R\$30.000.000,00) realizada intra-grupo, entre partes ligadas, acrescido ao fato de não ter havido, em nenhum momento, o ingresso de novos recursos financeiros, o que seria da natureza própria de tais instrumentos creditícios (pagamentos e recebimentos através de contas escriturais);

3) pagamento de "prêmio" pela subscrição dos títulos, no importe de R\$12.000.000,00, também pela via da compensação de créditos escriturais, sem o ingresso de nenhum recurso financeiro;

4) a incorporação da original subscritora das debêntures pela empresa Agrícola Quatá S/A, também pertencente ao mesmo grupo econômico, e detentora de enorme saldo de prejuízos fiscais a compensar, fato este que anulou qualquer incidência tributária sobre os rendimentos recebidos.

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

"É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. Comentando a Lei das Sociedades por Ações, Roberto Barcellos de Magalhães, ao mencionar que as debêntures podem ter remuneração sob a forma de juros, participação nos lucros, prêmios de reembolso ou até correção monetária, registra que "são vantagens que poderão ser deferidas ao debenturista isolada ou cumulativamente, conforme estipulação constante da escritura de emissão e do certificado..."

Não se pode, todavia, dizer que essa forma de remuneração seja "usual" e "normal". Pelo menos, pode-se afirmar tratar-se de aspecto controvertido.

Falando sobre a Lei 6.404/76 (Nova Lei das S.A.), Amador Paes de Almeida registra:

"Ponto altamente controvertido na nova Lei, e que, por isso mesmo, vem se constituindo em objeto de controvérsias, é a regra estabelecida no art. 56, que faculta participação nos lucros da companhia ao debenturista. Manifestando-se a respeito, assim se expressou a Federação do Comércio do Estado de São Paulo: 'A debênture é título característico de empréstimo, sendo os juros e a correção monetária a remuneração a ela peculiar, não se justificando a concessão de vantagens adicionais, dada a natureza do negócio jurídico que origina seu lançamento. Lucro é remuneração de capital de risco e, salvo o caso especial das 'partes beneficiárias', não deve ser estendido a outros títulos que não as ações.'"

José Edwaldo Tavares Borba, (in *Direito Societário*, 9ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

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

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

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

(...)

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

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

Tal prática no direito norte-americano, ou seja, de substituição de juros por participação nos resultados das empresas, dá-se na reorganização de empresas insolventes (reorganization). Nesse caso, propõe a administração aos credores debenturísticos a substituição dos juros por uma remuneração advinda de lucros líquidos (net profits) ou de lucros líquidos do exercício (earned profits). Criam-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à reorganization, planos substitutivos de

falência pura e simples, os famosos incorr bonus (cumulative e nom cumulative incorr bonus). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debentirísticos e a empresa pré-falida, são também chamados Adjustment bonus.

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

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

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

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

Críticas à participação nos lucros

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

Comenta-se, outrossim, que tal cláusula remuneratória afastaria a liquidez do título, requisito essencial à sua cobrança por via de execução, prevista no art. 596 do Código de Processo Civil. Haveria a descaracterização absoluta do título que, de certeza, passaria a tornar-se de risco, à semelhança das ações representativas do capital da companhia.

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros Não há, mesmo, como admitir substitutivamente a remuneração via lucros por aquela dos juros. Se assim fosse, estaria, com efeito, desfigurada a debêntures como título de dívida comercial, líquida e certa.

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

.....

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

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

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

(grifou-se)

Como já vimos anteriormente, em 2010 e 2011 foram creditados a título de participação nos lucros valores da ordem de R\$132.000.000,00 (cento e trinta e dois milhões de Reais), enquanto que os juros creditados importaram em apenas R\$3.000.000,00 (três milhões de Reais), valor irrisório, se comparado ao primeiro, fato que se adequa perfeitamente aos ensinamentos da Conselheira Sandra Maria Faroni, vistos acima.

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

Neste ponto a Autuada argui que os custos incorridos na emissão de debêntures foram inferiores àqueles que seriam devidos caso houvesse a opção por um financiamento junto a uma instituição independente, e equivalente ao que incorreria caso realizasse o pagamento de juros sobre o capital próprio.

Ora, da forma como foi realizada a operação, por certo não haveria nenhuma outra alternativa que lhe rendesse, em apenas dois anos, a economia de mais de R\$50.000.000,00 em tributos que deixaram de ser recolhidos à União. Na verdade, quem se prestou a financiar a empresa nesses dois anos-calendário foi a Fazenda Nacional, não foi a debenturista, nem qualquer outra instituição, seja financeira ou não.

O alegado propósito negocial, fundado na necessidade de financiamento, razão pela qual optou-se por emitir títulos de crédito para captar recursos, também não se sustenta, haja vista que não houve o ingresso de um centavo sequer de dinheiro novo nos cofres da Autuada, isso porque as debêntures foram integralizadas com direitos creditórios que a debenturista possuía em face da emitente. Qual seria o propósito negocial, então, se o que se deu não foi a captação de novos recursos, mas tão somente a troca de uma dívida por outra? E por que fazê-lo através de um instrumento típico para a captação de recursos? São alegações contraditórias, desprovidas de qualquer razoabilidade e não condizentes com o senso comum.

Como justificar a alegação da necessidade de captação de recursos ao entregar 50% de seu lucro a título de remuneração dos papéis que emitiu, e que somou, em apenas dois anos, mais de R\$130 milhões? (lembremo-nos de que os valores de face dos referidos títulos importava em R\$30.000.000,00).

Se a intenção era de captar recursos, isso nós já verificamos que não aconteceu. Por outro lado, alega também a Recorrente que objetivava com tais operações securitizar seus passivos, ao possibilitar que os títulos gerados pudessem ser transacionados com terceiros, o que também não corresponde à realidade, haja vista que tais títulos nunca foram objeto de negociação.

Conforme bem observa a PGFN em suas contrarrazões, *"não há como identificar tais elementos na operação realizada pela contribuinte. Com efeito, a emissão das debêntures não pode ser atrelada à futura quitação de um direito creditório, como acontece na securitização – tanto que o vencimento e a remuneração das debêntures não estão vinculadas à liquidação do passivo da contribuinte. Ademais, também não se encontra presente a figura da “transferência de risco” para o adquirente, por dois motivos: primeiro, o risco de inadimplência do direito de crédito não é elemento do negócio; em segundo lugar, não se pode falar em “risco” quando a emitente dos títulos e a adquirente encontra-se sob o domínio dos mesmos sócios. Por essas razões, a tentativa de justificar a emissão das debêntures, sob a alegação de que se trataria de uma operação de securitização, mostra-se totalmente descabida."*

Também merece reparos a alegação de que as citadas operações propiciariam o alongamento da dívida existente entre ambas as empresas. Ora, se o propósito era de alongar as dívidas existentes entre ambas, bastaria que as empresas assim o fizessem em comum acordo, eis que são controladas pelas mesmas pessoas. Aliás, esse argumento foi muito batido, tanto pela Autoridade Fiscal, quanto pela DRJ/RJO e pela PGFN. Os custos, nesse caso, seriam de muito menor monta do que aqueles incorridos pela Recorrente com a emissão das debêntures (incluídos aí as despesas com advogados, registros de documentos etc).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por último, também não prosperam as alegações da Recorrente de que os atos cometidos com abuso de direito seriam anuláveis e não nulos. Sua intenção em qualificar tais atos como anuláveis seria argumentar a prescrição à ação de anulabilidade de tais atos por parte da Fazenda Pública. Vejamos o que dispõe o art. 187 do Código Civil:

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

Já o art. 166 do mesmo ordenamento assim dispõe:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV - não revestir a forma prescrita em lei;
V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Comparando um dispositivo com o outro chega-se à inexorável conclusão de que os atos cometidos com abuso de direito, por serem considerados atos ilícitos, seriam nulos e não anuláveis, como quer fazer crer a Recorrente.

9) Incongruência da requalificação feita pela Fiscalização. Impossibilidade de ser dado tratamento de distribuição de lucros, haja vista que a CAQ não era sócia da Recorrente. Mesmo assim considerando, deveria então a Fiscalização ter compensado o IRRF pago em nome da CAQ com o IRPJ e a CSLL lançados de ofício

Neste ponto, alega a Recorrente que a Fiscalização teria considerado como injustificável a atribuição de lucros às debêntures quando estas são subscritas por sociedades ligadas à emitente. Inference que, se assim fosse, o fato então ocorrido teria sido a distribuição de lucros; por conseguinte, o IRRF pago em nome da Companhia Agrícola Quatá S/A deveria ser compensado com os tributos lançados de ofício.

Confesso que li atentamente o Termo de Verificação Fiscal por várias vezes e não encontrei, em nenhuma de suas passagens, qualquer atribuição, por parte da Autoridade Fiscal, de que os valores pagos a título de remuneração das debêntures seriam, na verdade, distribuição de lucros.

O único ponto do TVF que mais se assemelha àquilo que foi arguido pela Recorrente é este que reproduzo abaixo (v. e-fls. 725):

É nesse ponto que há mais incoerência ainda, pois quando uma empresa emite debêntures com participação nos lucros e a debenturista é uma pessoa jurídica com os mesmos acionistas daquela, na verdade se está dando a conotação de remuneração para aquilo que já é por direito dos próprios proprietários. Não haveria necessidade de debêntures para que eles tivessem acesso a esses lucros.

Embora a Lei das Sociedades Anônimas permita que as debêntures possam ser remuneradas com participações nos lucros, só há sentido em se abrigar sob o manto desse dispositivo se o debenturista for pessoa estranha à sociedade, ou seja, só faz sentido se a transação for realizada com terceiros.

Ora, o que quis dizer a Autoridade Fiscal é que a remuneração das debêntures com base nos lucros, neste caso em particular, seria incoerente, haja vista que ambas as empresas, emitente e debenturista, possuem os mesmos proprietários. Assim, em tese, seria despropositada a remuneração dos títulos com base em algo (no caso, os lucros), que já são de fato e de direito pertencentes aos proprietários de ambas as empresas.

Em relação ao aproveitamento por parte da Fiscalização do IRRF, também não há como se dar guarida. Isso porque os pagamentos considerados indevidos seguem um rito próprio quanto ao processamento de sua restituição/compensação. E a definição quanto a justiça de seu recolhimento só será alcançada ao final deste processo administrativo. Assim, se a Recorrente restar vencida ao final do mesmo, poderá instaurar o procedimento próprio de

restituição/compensação do tributo pago indevidamente, conforme o rito estabelecido pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Além do mais, o IRPJ devido pela pessoa jurídica não tem qualquer relação com o IRRF, de tributação exclusiva na fonte, retido e incidente sobre os rendimentos pagos à debenturista. *In casu*, a recorrente figurou somente como responsável pela retenção do imposto por ter efetuado o pagamento dos rendimentos. Portanto, resta incabível se cogitar de uma compensação entre o IRPJ lançado contra a Recorrente na condição de contribuinte com o imposto de renda retido por ela na fonte e recolhido aos cofres públicos, enquanto responsável pelo pagamento das remunerações aos debenturistas. Ainda, para arrematar, a Autoridade Fiscal, em seu TVF às e-fls. 716 traz a informação de que os valores do IRRF pagos em nome da Companhia Agrícola Quatá S/A foram por ela aproveitados e objeto, inclusive, de pedido de restituição.

10) Descabimento da multa agravada, haja vista que todos os atos foram praticados à luz do dia, não havendo ocultação de nenhum deles que revele intuito de fraude

A Recorrente se insurge contra a qualificação da multa, sob a alegação de que teria agido *"de acordo com suas convicções, deixando todo o seu procedimento às claras, ainda que implique tributação inferior à considerada correta pelo Fisco. Nessa hipótese, não há dolo, caracterizado na tentativa de enganar quem quer que seja (...). O que pode haver é divergência na interpretação da lei tributária aplicável. (...) Todos os atos praticados foram regularmente formalizados e produziram suas naturais consequências jurídicas. Foram registrados, auditados por profissionais independentes e divulgados perante os órgãos cabíveis. Isto compreendeu, dentre outros, a JUCESP (registro de atas com as deliberações) e a Receita Federal (apresentação de declarações)"*.

A decisão recorrida, assim justifica a manutenção da qualificação da multa:

É também o conluio entre a interessada e a CAQ, para dolosamente modificar as características essenciais do fato gerador omitido, o motivo ensejador da qualificação da multa, concretizando o caso em tela a hipótese do artigo 73 da Lei nº 4.502/1964 ("Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72) e dando azo à aplicação da penalidade à razão de 150% do tributo devido, ex vi o artigo 44, inciso I, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/1996.

Discordo de tal entendimento. Vejamos o que dizem os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

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.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Conforme o disposto no art. 73, conluio é o ajuste doloso visando, em última análise, a sonegação e/ou a fraude. Não vislumbro, nas condutas praticadas pela Recorrente, o fim último de sonegar ou fraudar a Administração Tributária.

No caso concreto, concluímos que a Autuada agiu com abuso de direito, ou de seu exercício, o que, s.m.j., seria enquadrado na hipótese de elisão abusiva, em que os atos tidos por abusivos foram praticados antes da ocorrência do fato gerador; foram devidamente contabilizados e calcados em documentos formalmente corretos. Portanto, não há que se falar em fraude contra a Lei, conforme o disposto no art. 72 da Lei nº 4.502/64.

Também não é caso de sonegação (conforme o art. 71 da Lei nº 4.502/64), haja vista que todos os atos foram devidamente declarados à Receita Federal, o que descaracteriza a ocorrência de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Conforme pudemos extrair dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco, a questão atinente à artificialidade da operação limita-se aos contornos das patologias de abuso de direito ou de fraude à lei, o que, conforme já observado, não implicam afronta direta à lei, mas sim utilização de dispositivo legal com excesso no seu gozo (abuso de direito) ou contorno de determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma, denominada norma de contorno (fraude à lei).

Tanto o abuso de direito quanto a fraude à lei são institutos previstos na lei civil, com características próprias, mas não foram eleitos pelo legislador tributário como razão para qualificação da penalidade.

Portanto, tratando-se de planejamento tributário, ainda que abusivo, julgo não estar caracterizado o dolo apto a ensejar a qualificação da penalidade, principalmente se levarmos em consideração que não houve nenhuma forma de ocultação da prática e dos fins almejados com a realização do negócio jurídico. Assim, creio ser adequado o entendimento expresso na Súmula CARF nº 14⁶, haja vista a ausência de comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Por todo o exposto, ausentes os elementos que permitam o enquadramento da conduta da autuada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio (arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64), **opino pela redução da penalidade para 75%.**

11) Deve ser descontado do IRPJ e da CSLL os valores relativos aos incentivos fiscais do PAT, Fundo da Criança e Adolescente e PRONAC, não considerados pela Fiscalização ao realizar os lançamentos de ofício

⁶ Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Por último, requer a Autuada que, em caso de manutenção do lançamento, os incentivos fiscais passíveis de dedução sejam recalculados, haja vista que os limites para o seu aproveitamento, neste caso, seriam diferentes daqueles adotados por ela no momento da entrega de sua DIPJ.

Esta matéria foi corretamente tratada pela decisão recorrida, razão pela qual solicito vênia ao Relator do respectivo Acórdão para adotar os seus fundamentos, conforme os excertos abaixo transcritos:

Por fim, vale consignar que as deduções devidas à adesão a programas sociais como o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), o Fundo da Criança e do Adolescente e o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) constituem faculdade concedida ao contribuinte, cuja formalização deve efetivar-se quando da entrega da declaração DIPJ. O processo administrativo fiscal não se constitui instrumento jurídico apropriado nem para o sujeito passivo formalizar a opção pela dedução do incentivo fiscal a tais programas e nem, como pretende a interessada no caso em tela, para a verificação pela autoridade julgadora do atendimento às condições legais para o desfrute de tais benefícios. A concretização dessas deduções requer a demonstração da realização de dispêndios que não se relacionam com a matéria da lide, posto que não fora objeto de pretensão da fiscalização resistida pela interessada, vale dizer, a Fiscalização não efetuou nenhuma glosa nesse sentido.

12) Responsabilidade Solidária da empresa QUATÁ

Com relação à responsabilidade solidária, assim se manifestou a DRJ:

Nesse mister, é de se notar que, sendo comum o quadro societário das três pessoas jurídicas, resta patente o conhecimento dos sócios da CAQ acerca da operação, tanto assim que constam do registro de presença na AGE realizada em 03 de dezembro de 2002, que deliberou pela emissão "intragrupo" das debêntures. E como de tal operação, que serviu à economia de tributos pela via do abuso de direito, se beneficiou claramente a CAQ, resta evidente sua responsabilidade solidária, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN ("São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal").

Por tudo o que foi até então exposto neste voto, resta patente o interesse comum da debenturista na situação que constituiu o fato gerador dos tributos objeto deste Auto de Infração. Se beneficiou diretamente da operação via amortização do prêmio que "pagou". Além disso, os "rendimentos" auferidos foram absorvidos pelos prejuízos fiscais que possuía. Ou seja, serviu à emitente para que esta economizasse mais de R\$50 milhões de tributos em apenas dois anos e também economizou tributos via amortização do prêmio pelo qual não desembolsou nenhum recurso financeiro, haja vista a natureza da operação.

Assim mantenho a Responsabilidade solidária da contribuinte QUATÁ.

Processo nº 16561.720147/2014-16
Acórdão n.º **1402-002.513**

S1-C4T2
Fl. 1.344

Por todo o exposto, voto por dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para afastar tão somente a qualificação da multa de ofício, reduzindo o seu percentual para 75%.

É como voto.

Em 17 de maio de 2017,

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves