



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15889.000242/2008-98
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.052 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 5 de abril de 2022
Recorrente COMPANHIA AGRICOLA LUIZ ZILLO E SOBRINHOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

GLOSA DE DESPESAS. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO OU PRÊMIO NA EMISSÃO DE DEBÊNTURES. OPERAÇÃO ENTRE PESSOAS LIGADAS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

Não subsiste a glosa de despesas com amortização de prêmio pago na emissão de debêntures quando a fiscalização não aponta vícios na operação, nem baseia a autuação em presunção legal, mas se limita a alegar a desnecessidade da despesa entre partes relacionadas ante a ausência de documento emitido por terceiro que ateste as condições da operação.

A legislação não coloca como requisito, para a dedutibilidade das despesas com amortização de ágio na emissão de debêntures, que os valores estejam baseados em documento emitido por terceiro.

A escolha empresarial de aportar recursos mediante subscrição de debêntures emitidas por empresa do grupo pode estar baseada em outras razões econômicas que devem ser afastadas pelo fisco, de modo a demonstrar que a despesa não seria necessária, usual e normal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões a conselheira Edeli Pereira Bessa, e, por fundamentos distintos, a conselheira Livia De Carli Germano. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deu-se provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Andréa Duek Simantob (relatora), Edeli Pereira Bessa, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Luiz Tadeu Matosinho Machado que votaram por negar-lhe provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Livia De Carli Germano. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Alexandre Evaristo Pinto.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado), Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada contra o Acórdão n.º 1402-002.490, de 16/05/2017 (e-fls. 398/422), recurso que está fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

Ementa:

NULIDADE. AUSÊNCIA.

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

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

No recurso especial, a contribuinte alega que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, relativamente ao que foi decidido sobre a “possibilidade de dedução das despesas de amortização do ágio na aquisição de debêntures”.

No exame de admissibilidade, foi dado seguimento ao recurso, conforme o despacho exarado em 29/05/2018 pelo então Presidente da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

O reconhecimento da divergência jurisprudencial está embasado em parecer que apresenta as seguintes considerações:

[...]

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, como a seguir demonstrado (destaques do original transcrito):

“Possibilidade de dedução das despesas com aquisição de debêntures”

[...]

Com relação a essa matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

Enquanto a **decisão recorrida** entendeu não ser possível *o contribuinte valer-se do art. 325, I, “c”, do RIR/99 para, em transação efetuada com pessoa jurídica que tem os mesmos acionistas e a mesma diretoria, estipular, ao seu alvedrio, um dado montante a título de ágio pago na emissão de debêntures, sem apresentar fundamentação consistente para este ágio, de modo a deduzir seu resultado tributário por meio da sua amortização*, o **primeiro acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1301-00.547, de 2011) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que, em situação idêntica, envolvendo empresa do mesmo grupo econômico da ora Recorrente, *a falta de um documento que, à época, quantificasse essa expectativa e a traduzisse em sobrevalor com relação ao valor de face das debêntures, de fato, poderia levar à conclusão de que a amortização do ágio, inicialmente contabilizado a débito do ativo e, a seguir, levado a débito de resultado ao longo do período que antecedeu o resgate dos títulos, seria indedutível. No entanto, essa parcela (o ágio) é parte integrante do preço pago, sem a qual não se realizaria o negócio e, especialmente, não seriam auferidas as receitas dele decorrentes. Assim, desconsiderar essa parcela significaria, em última análise, tributar as receitas sem a consideração de parte do esforço incorrido para auferi-las.*

Já no referente ao **segundo acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1102-001.199, de 2014), **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial, por se tratar de situações fáticas distintas.**

Enquanto na **decisão recorrida** a motivação do lançamento foi a falta de fundamentação econômica consistente para este ágio [na emissão de debêntures], no **acórdão paradigma apontado** (Acórdão nº 1102-001.199, de 2014), **ao contrário**, a motivação do lançamento foi: (a) *anormalidade da despesa*; (b) *possibilidade de transferência de recursos à emitente livres de tributação*; (c) *falta da essencialidade do investimento para o desenvolvimento das atividades da Contribuinte*; (d) *risco da operação para a debenturista.*

Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização da divergência de interpretação suscitada.**

Para o processamento do recurso, a contribuinte desenvolve os argumentos apresentados a seguir:

**RAZÕES PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO -
DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM, QUANTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DO
ÁGIO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.**

- O acórdão recorrido deve ser reformado e a parcela subsistente dos lançamentos declaradas insubsistentes porquê a acusação fiscal não tem por fundamento a desconsideração dos atos praticados sob a alegação de planejamento fiscal ilícito (simulado, abusivo ou fraudulento). Procedeu-se à glosa por se considerar a despesa indedutível (primeiramente, pela Fiscalização, por suposta ausência de laudo emitido por terceiro desvinculado e, posteriormente, pela DRJ, em razão de supostamente a operação ter sido realizada com abuso de direito);

- Sucede que, conforme afirmado no Acórdão Paradigma n.º 1301-00.547, e ao contrário do que afirmou o acórdão recorrido (no sentido de que os "fatos considerados, em seu conjunto, como abusivos em relação ao direito de auto-organização dos negócios"), o montante de ágio fixado na emissão das debêntures adquiridas pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos não foi arbitrário, o que afasta a possibilidade de se falar em abuso de direito. Há fundamentação econômica própria que explica o montante pago, levada ao conhecimento da Fiscalização desde o procedimento fiscalizatório. Vale dizer, há prova - não ilidida - de que a despesa era operacional e, nessas condições, é inafastável o direito à dedutibilidade. É o que se passa a demonstrar;

- O art. 59, I, da Lei das S/A determina que a Assembleia Geral da companhia emitente das debêntures deve fixar o preço de emissão do papel, o qual pode incluir uma parcela a título de ágio. Para a fixação desse preço, a emitente deve verificar o montante de capital que necessita para aplicação nas suas atividades e a forma menos custosa e mais atraente de obtê-lo junto aos subscritores das debêntures;

- Em vista desses parâmetros foi que a emitente (Usina Barra Grande de Lençóis S.A.) e a subscritora (Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos) das debêntures acordaram o montante de recursos a serem disponibilizados por conta da emissão de papéis, as formas de remuneração das referidas debêntures e a composição do preço de emissão, o qual se verificou que deveria comportar prêmio a título de ágio. Dentre os pontos acertados, convencionou-se que parte da remuneração dos debenturistas dar-se-ia sob a forma de participação em 50% dos lucros dos emitentes dos títulos. Consta da Ata da AGE da emitente dos títulos acordo de participação nos lucros a fim de permitir que os debenturistas participassem "dos eventuais sucessos dos empreendimentos, para os quais os capitais aportados se apresentavam indispensáveis";

- Diante dessa decisão, calculou-se o valor dos ágios em função dos resultados esperados. Como as projeções indicavam que a emitente teria bons resultados nos meses seguintes à emissão, os quais garantiam retorno relevante para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, justificava-se que ela realizasse o pagamento pelo prêmio pela aquisição das debêntures. Portanto, a justificativa para o ágio foi a taxa de retorno que a debenturista - Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos - teria com o negócio. A semelhança, aliás, das diversas formas de negociações realizadas no mercado financeiro, o que torna evidente que as operações em questão se deram dentro dos padrões de mercado;

- Primeiramente, verificou-se a relação entre o valor que seria obtido com a emissão dos títulos e o patrimônio líquido (PL) da emitente, o que explica o fato de o PL corresponder ao valor inicial disponível para aplicação nas atividades produtivas. O percentual apurado (34%) foi contraposto com os 50% dos lucros que se projetava para os períodos seguintes ao da emissão das debentures e que corresponderia à remuneração da Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos;
- A diferença entre o montante contribuído pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos no momento de emissão das debentures e o montante que se projetava que receberia (16%) foi convencionado que seria paga a título de ágio na aquisição dos títulos, a fim de que o negócio não lhe fosse desproporcionalmente vantajoso em detrimento da emitente. Assim, calculou-se o valor presente de 16% do lucro projetado no momento da emissão, o que correspondeu ao ágio de R\$ 12.000.000,00;
- As debentures subscritas em 2002 proporcionaram ganhos para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, se comparados com o custo de aquisição dos papéis. Realmente, a rentabilidade estimada foi 179% (média de 1,72% ao mês), tendo o efetivo alcançado 262,67% (média de 2,17% ao mês), graças ao festejado bom desempenho das 'commodities' (açúcar e álcool combustível), quer no mercado local, quer no mercado internacional, no período envolvido;
- Para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, mesmo com o pagamento de ágio, o investimento nas debentures foi amplamente satisfatório, tendo ultrapassado o CDI, já que, no período de vigência das debentures (dez/2002 a dez/2007) este acumulou apenas 119,07% (média de 1,32% ao mês), fato que por si só justifica amplamente o sobrepreço;
- Verifica-se assim que a operação foi feita em condições equitativas, comuns aos padrões do mercado. Tanto que o Fisco não levantou qualquer irregularidade em particular ao ágio pago. A discordância restringiu-se à alegação genérica de ausência de laudo técnico emitido por terceiro, referendando o ágio estipulado;
- Portanto, diante da inequívoca obtenção de lucro nas operações, revela-se manifestamente improcedente a acusação fiscal de que de que as despesas com o ágio (ou prêmio) das debentures seria indedutível por não atender aos requisitos da necessidade e usualidade. Muito pelo contrário. Tendo havido ganho entre o valor aplicado e o valor resgatado, é inafastável a conclusão pela operacionalidade dos dispêndios. Foi nesse sentido que se manifestou o acórdão 1301-00.547 para julgar improcedentes os lançamentos então avaliados (e não por considerar haver um imaginado "planejamento fiscal lícito"):
"IRPJ. CSLL. DESPESAS OPERACIONAIS. ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBENTURES. DEDUTIBILIDADE. (...) O ágio pago na aquisição de debentures é parte integrante do preço pago, sem a qual não se realizaria o negócio e, especialmente, não seriam auferidas as receitas dele decorrentes. Assim, desconsiderar essa parcela significaria, em última análise, tributar as receitas sem a consideração de parte do esforço incorrido para auferi-las. O que estaria sendo alcançado pela tributação não seria o resultado do negócio, mas tão somente as receitas".
- Outrossim, a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, durante o procedimento de fiscalização, apresentou elementos plenamente suficientes para esclarecer os fundamentos do ágio durante o trabalho de fiscalização. De fato,

foram indicados: a sistemática de sua determinação, o confronto entre as estimativas com o efetivamente realizado, bem assim a rentabilidade projetada e a efetivamente obtida. Caberia ao Fisco, frente a isso, especificar quais outras informações julgava necessárias antes da autuação;

- Demonstrado que as operações seguiram os padrões de mercado, nada há que se questionar acerca da razoabilidade do ágio pago, demonstração esta que, ao tempo em que produzida, dispensava laudo técnico, porque se resume a constatações muito simples: rentabilidade do negócio em si e custo de oportunidade a embasar a comparação. A rentabilidade está registrada na contabilidade da empresa, eis que a operação se encontrava com seu ciclo contratual encerrado à época da fiscalização, sendo perfeitamente conhecida, enquanto o custo de oportunidade, dado por aplicações financeiras alternativas, podia (e pode) ser facilmente obtido mediante consulta às estatísticas do BACEN, no sítio desta entidade na internet;

- Foi por esta razão que a Recorrente fez juntar aos autos laudo técnico com o exame das operações praticadas (doc. 2 do Recurso Voluntário) para que não restassem dúvidas quanto à regularidade do ágio atribuído aos papéis subscritos;

- Tal estudo: (i) foi elaborado por empresa de auditoria independente, idônea e de notório reconhecimento na sua área de atuação, completamente desvinculada da Requerente e do grupo econômico que integra, o que afasta por completo o fundamento da utilizado pela Fiscalização nas autuações e (ii) atesta que o valor atribuído ao ágio justificava-se em função das características da emitente dos papéis e do mercado em que ela atua, tem fundamento nos critérios comumente utilizados no mercado, sendo que a operação, mesmo com o pagamento da mais-valia, revelou-se lucrativa para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. Não por outra razão, é apontado, ao término do estudo, que os diversos dados examinados: "permitiram constatar o fundamento econômico do ágio e utilizam como base premissas de mercado de taxas de juros e prêmios de risco de mercado" (destacamos);

- Nessa medida, em função de o laudo em questão atender ao pressuposto tido pela Fiscalização para lavrar as autuações e demonstrar a improcedência do argumento utilizado pela DRJ para manter as exações fiscais (confirmando os dados apresentados pela Requerente durante a fiscalização e reprisados em impugnação), os gastos feitos qualificam-se como normais e necessários à obtenção das receitas com debêntures, regularmente tributadas, configurando-se como operacionais e dedutíveis, nos termos dos arts. 299 e 325 do RIR/99. Assim, são improcedentes as alegações da DRJ, de que haveria abuso de direito, por falta provas que justificassem o ágio pago nas aquisições das debêntures;

- Pelo contrário, há absoluta regularidade e conveniência do negócio para fins empresariais, com benefícios extra-fiscais aos envolvidos, observando as funções da figura jurídica "debênture", razão pela qual o caso deve ser tratado como típica hipótese de exercício regular de direito, ante a ausência de excesso, anormalidade ou desvio de conduta nos atos praticados, mas em conformação exata com os propósitos normativos orientadores da emissão de debêntures, revelando-se improcedente a acusação de abuso feita a destempo pela DRJ;

- Ademais, nos termos do artigo 299 do RIR/99, se determinado dispêndio contribuiu para a formação do resultado tributável e a legislação não estabelece

requisito adicional e específico a ser observado, tal como na situação em exame, deve-se reconhecer a legitimidade da sua apropriação como despesa operacional;

- De acordo com o dispositivo, são operacionais e, portanto, dedutíveis, as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. São os gastos incorridos pela pessoa jurídica vinculados ao desenvolvimento de sua atividade econômica e aos seus objetivos sociais, comumente verificáveis no segmento de atuação ou nas operações realizadas. Tais dispêndios têm o objetivo de, de alguma forma, manter a fonte produtora de receitas e a exploração dos ativos da sociedade;

- A verificação da necessidade não pode ser feita sem que sejam cuidadosamente verificados os objetivos econômicos dos negócios realizados pela pessoa jurídica. Ao contrário, a constatação de necessidade no exame dos dispêndios pressupõe a identificação dos tipos de transações do contribuinte que deram causa ao gasto e à perspectiva de que contribuam para o resultado;

- No caso, a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos tinha condições de disponibilizar o capital indispensável para que a interessada exercesse suas atividades produtivas. Daí verificou-se uma forma de remunerá-la pela transferência de recurso que lhe proporcionasse ganhos condizentes com o de aplicação desses valores no mercado, mas que não fosse, ao mesmo tempo, tão custoso para a tomadora dos recursos com a obtenção de financiamento, por exemplo;

- Em vista desses objetivos, calculou-se quanto teria que ser pago pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos na data de subscrição dos títulos para participar de 50% dos lucros da emitente das debêntures nos meses subsequentes até o resgate dos títulos. A partir desses cálculos, apuraram-se os ágios pagos em cada emissão, com fundamento econômico condizente com os valores envolvidos, como descrito anteriormente;

- Pelas características da emitente dos títulos, das peculiaridades do mercado de atuação, dos dados econômicos em geral à época e das demais condições antes expostas, verifica-se que a despesa com ágio foi necessária e normal no ato de compra de debêntures, nos termos do art. 299 do RIR/99, na medida em que realizada como forma de obtenção de receitas pela Recorrente;

- Aliás, não só no caso envolvendo a incorporada pela Recorrente, como em outros esse Tribunal tem se manifestado pela improcedência de autuações em matéria de DPLs - Debêntures com Participação nos Lucros quando a Fiscalização deixa de desconsiderar de maneira integral e congruente as operações imaginadas como passíveis de serem enquadradas como abusivas, restringindo-se a avaliar parte dos efeitos fiscais e pretender negá-los ao argumento de que haveria liberalidade. Confira-se:

"Outra questão levantada pela fiscalização é quanto à inexistência de razão econômica para justificar a realização de operação de aquisição de debênture de empresa do mesmo grupo, com ágio (...) o prêmio pago (...) possui como contrapartida a expectativa de obtenção de receitas que resultarão em lucros futuros, devendo, portanto, ser considerado como uma despesa normal (...) o prêmio pago na aquisição das debêntures representa capital aplicável na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tem duração limitada, sendo sua amortização dedutível na forma do art. 325 do RIR/99"

(acórdão 101-97.083, J: 17/12/2008 - votos dos Conselheiros José Ricardo da Silva (rel. original) e Sandra Maria Faroni (rel. designada)).

"ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE. A subscrição privada de debêntures por empresa do mesmo grupo não pode ser desconsiderada em razão, apenas, da remuneração com base em percentual elevado dos lucros e da liquidação das obrigações decorrentes por meio de compensações entre empresas ligadas. A escolha empresarial de aportar recursos mediante subscrição de debêntures emitidas por empresa controlada pode estar baseada em outras razões econômicas que devem ser afastadas pelo Fisco, de modo a demonstrar que a despesa não seria necessária, usual e normal" (acórdão 1101-000.889, Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, J: 07/05/2013).

- Em suma, não tendo havido a desconsideração das operações por completo, ao argumento de se estar diante de "planejamento fiscal ilícito", mas simples glosa do ágio (ou prêmio) das debêntures, por ser considerado indedutível, quando demonstrado que a transação tinha fundamentos e foi lucrativa, não há razão para negar o enquadramento do gasto como despesa operacional - necessária e usual - pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos na aquisição das debêntures da Usina Barra Grande de Lençóis S.A., a exemplo do reconhecido no Acórdão Paradigma 1301-00.547;

- Por todo o exposto, demonstrado preliminarmente o cabimento do presente Recurso Especial, tendo em vista que o acórdão recorrido divergiu do entendimento firmado por este E. CARF em caso idêntico ao presente, envolvendo empresa igualmente incorporada pela Recorrente e pertencente ao mesmo grupo econômico, bem como de outros precedentes deste Tribunal, a Recorrente pede e espera seja o seu recurso conhecido e provido para que, reformando-se o r. aresto recorrido, sejam integralmente cancelados os créditos tributários por ele mantidos, conforme reconhecido nas decisões paradigmas, inexistindo qualquer justificativa para que o mesmo entendimento não seja aplicado nestes autos.

Em 25/06/2018, o processo foi encaminhado à **PGFN**, para ciência do despacho que deu seguimento ao recurso especial da contribuinte. Nos termos do art. 23, §§ 8º e 9º, do Decreto nº 70.235/72, a PGFN seria considerada intimada ao término do prazo de trinta dias contados da data acima referida, mas bem antes disso, em 27/06/2018, o referido órgão apresentou tempestivamente as **contrarrazões** ao recurso, com os seguintes argumentos:

DOS ARGUMENTOS A JUSTIFICAR O IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE.

- Trata o presente processo de lançamento do IRPJ e CSLL, nos anos-calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006, tendo em vista a amortização de ágio pago na aquisição, em operação fechada, de debêntures emitidas por sociedade do mesmo grupo sem comprovação do seu fundamento;

- Consta no processo que a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos adquiriu, em 1997 e em 2002, debêntures emitidas pela sociedade Usina Barra Grande de Lençóis S/A, aos valores de face no montante, respectivamente, de R\$ 35.000.000,00 e R\$ 30.000.000,00, com incidência de ágio, respectivamente, nas importâncias de R\$ 14.000.000,00 e R\$ 12.000.000,00;

- Relatou o autuante que o valor do ágio acima mencionado foi contabilizado na sociedade emitente das debêntures na conta "2.31.00.001 - Reservas de Capital",

integrante do Patrimônio Líquido, para posterior incorporação ao capital social. E na sociedade adquirente das debêntures, o ágio foi contabilizado em conta do Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo, e, posteriormente, levado a resultado do exercício por meio de amortizações contabilizadas nas contas de despesas "Ágio na Aquisição de Debêntures";

- Informou o fisco que a sociedade Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos e a Usina Barra Grande de Lençóis S/A têm por titulares do seu capital social as mesmas pessoas físicas e jurídicas, nas mesmas proporções percentuais, e que a administração das empresas é exercida pelas mesmas pessoas físicas;

- Acrescentou que, sendo intimada a apresentar o fundamento do ágio pago na aquisição das debêntures, a contribuinte nada apresentou. Intimando-se a empresa USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A, ela apenas afirmou que o ágio foi fixado em montante suficiente para compatibilizar o percentual da participação fixado à contribuição econômica das debêntures para o resultado;

- Na defesa, não foram apresentados elementos novos que pudessem justificar o ágio pago na emissão das debêntures. A contribuinte apenas reiterou as afirmações já feitas pela USINA BARRA GRANDE LENÇÓIS S/A e aduziu que a rentabilidade obtida com as debêntures se aproximou do CDI verificado no período, de modo que se ajustou aos parâmetros do mercado;

- Alegou, também, que a legislação não exige laudo elaborado por terceiro independente, para fundamentar o pagamento de ágio na negociação de debêntures entre pessoas jurídicas que têm os mesmos acionistas e a mesma diretoria. Afirmou que, na situação de que trata o presente processo administrativo, o ágio cobrado sobre as debêntures emitidas pela USINA BARRA GRANDE DE LENÇÓIS S/A nos anos de 1997 e 2002 está plenamente justificado e atende a parâmetros de mercado;

- Cabe esclarecer, a esse respeito, que a fiscalização em nenhum momento afirmou que a legislação tributária exige que terceiro elabore laudo para fundamentar o ágio na emissão de debêntures. Afirmou, sim, que, diante das peculiaridades do caso analisado, seria "imprescindível a comprovação do fundamento do ágio para legitimar o procedimento adotado pelo contribuinte";

- Embora se admita que não há impedimento legal (Lei das S/A) à participação dos acionistas no negócio em comento, é, no mínimo, de se estranhar que a empresa, necessitando de recursos financeiros a fim de obter o capital necessário para a consecução de seu objeto social e optando pela emissão de valores mobiliários, não o fizesse junto ao público que traria recursos novos;

- Dessa forma, tendo em vista a ligação entre as duas empresas, que compartilham os mesmos acionistas e a mesma diretoria, e a falta de apresentação de documento emitido por terceiro especializado e independente que pudesse fundamentar o ágio, não há como considerar dedutível a sua amortização;

- A contribuinte não apresentou nenhum elemento que desse consistência às suas afirmações. Como foram feitas as projeções de resultado para o período de dezembro de 2002 a novembro de 2007? Quais critérios foram utilizados para as estimativas de preços das commodities (açúcar e álcool combustível) produzidas pela USINA BARRA GRANDE LENÇÓIS S/A?

- Tais informações são imprescindíveis para aferir se não houve abuso na utilização da autorização para amortização de ágio em aquisição debêntures;
- Cabe aqui transcrever os ensinamentos de Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2004): [...];
- As coincidências de acionistas e de diretoria entre as duas empresas são aspectos que tornam “preocupante” a fixação de ágio. Daí a necessidade da fundamentação do ágio pela contribuinte;
- Os acionistas da Usina Barra Grande de Lençóis S/A, decidiram por fixar um ágio a ser suportado pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, de cujo capital social são titulares os mesmos acionistas, nas mesmas proporções percentuais. Ou seja, as mesmas pessoas decidiram por bem criar uma reserva de capital em uma sociedade, Usina Barra Grande de Lençóis S/A, sem alterar sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e um encargo para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, reduzindo a sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com a amortização do referido encargo;
- Ao invés de integralizar o capital social da pessoa jurídica de modo a permitir o aporte de capital, os acionistas (que são os mesmos da emitente e da adquirente) decidiram adquirir debêntures emitidas pela própria empresa e remuneradas pela participação nos lucros. Não visavam, como é de praxe no mercado, capitalizar a empresa com recursos financeiros externos de terceiros, mas apenas a economia de tributo;
- Dessa forma, deve-se manter o lançamento;
- Diante do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer seja IMPROVIDO o presente Recurso Especial interposto pela contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Adréa Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

Importante registrar que o paradigma que configurou a divergência jurisprudencial, Acórdão n.º 1301-00.547, realmente tratou de situação idêntica à que está sendo aqui examinada, envolvendo empresas do mesmo grupo econômico da ora Recorrente, conforme bem observado no despacho de exame de admissibilidade do presente recurso.

Nos dois casos, os lançamentos abrangeram as mesmas condições de aquisição das debêntures, e a forma de remuneração delas; os mesmos períodos de apuração; e foram feitos pela mesma autoridade autuante, na mesma data inclusive (29/05/2008).

Entretanto, em relação à matéria em questão, os dois processos tiveram resultados contrários na segunda instância administrativa, o que justificou a admissibilidade do presente recurso especial.

Portanto, corretas as razões pelas quais o recurso especial foi admitido, relativamente à matéria em pauta.

Conheço, desta feita, do recurso especial.

2. Mérito

Aqui restei vencida, diante do critério de desempate no julgamento.

O presente processo tem por objeto lançamento de IRPJ e CSLL relativamente aos anos-calendário de 2003 a 2006.

A controvérsia a ser dirimida nesta fase processual diz respeito à dedução de despesas de amortização de ágio na aquisição de debêntures.

Ao lavar os autos de infração, a Fiscalização apontou que as empresas envolvidas (emitente e adquirente das debêntures) tinham por titulares do seu capital social as mesmas pessoas físicas e jurídicas, nas mesmas proporções percentuais, e que a administração das referidas sociedades era exercida pelas mesmas pessoas físicas.

Registrou também que a sociedade emitente das debêntures limitou-se a informar a forma de cálculo do questionado ágio, sem apresentar qualquer documento emitido por terceiro.

Consignou que o fundamento do ágio não estava justificado, e que a falta de documento, emitido por terceiro especializado e desvinculado dos interesses dos contratantes, comprobatório da legitimidade do mesmo fundamento e dos valores, ensejava a glosa das despesas referentes à amortização do ágio na aquisição das debêntures.

Em síntese, são estes os fundamentos do lançamento.

Penso que o acórdão recorrido não merece reparos na matéria devolvida para análise desta CSRF. Senão vejamos alguns trechos do voto vencedor da lavra do i. Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves:

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

O Termo de Verificação Fiscal deixa claro, a partir dos fatos apontados, a ocorrência de um planejamento tributário abusivo, engendrado pela Autuada e demais empresas do mesmo grupo econômico (eis que possuem os mesmos sócios).

Fundamentou sua afirmação nas características tiradas do negócio jurídico, gerador de um ágio sem qualquer fundamento e que, a seu ver, foi realizado com o propósito único de suprimir tributos.

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

[...]

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.

[...]

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.

[...]

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

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

Verifica-se dos autos que a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos adquiriu, em 1997 e em 2002, debêntures emitidas pela sociedade Usina Barra Grande de Lençóis S/A, aos valores de face no montante, respectivamente, de R\$ 35.000.000,00 e R\$ 30.000.000,00, com incidência de ágio, respectivamente, nas importâncias de R\$ 14.000.000,00 e R\$ 12.000.000,00.

Vale trazer à baila o que dispôs a autoridade julgadora de 1º grau sobre a matéria:

“Embora se admita que não há impedimento legal (Lei das S/A) à participação dos acionistas no negócio em comento, é, no mínimo, de se estranhar que a empresa, necessitando de recursos financeiros a fim de obter o capital necessário para a consecução de seu objeto social e optando pela emissão de valores mobiliários, não o fizesse junto ao público que traria recursos novos.

Dessa forma, tendo em vista a ligação entre as duas empresas, que compartilham os mesmos acionistas e a mesma diretoria, e a falta de apresentação de documento emitido por terceiro especializado e independente que pudesse fundamentar o ágio, não há como considerar dedutível a sua amortização.

A contribuinte não apresentou nenhum elemento que desse consistência às suas afirmações. Como foram feitas as projeções de resultado para o período de dezembro de 2002 a novembro de 2007? Quais critérios foram utilizados para as estimativas de preços das *commodities* (açúcar e álcool combustível) produzidas pela USINA BARRA GRANDE LENÇÓIS S/A?”

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

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

Neste sentido, reitero os fundamentos do acórdão recorrido e nego provimento ao recurso especial interposto pela contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Adréa Duek Simantob

Voto Vencedor

Conselheira Livia De Carli Germano – Redatora Designada.

Fui designada para redigir o voto vencedor e trazer a fundamentação que acabou por prevalecer no julgamento de mérito do recurso especial do sujeito passivo.

O recurso especial foi conhecido quanto ao tema “*Possibilidade de dedução das despesas com aquisição de debêntures*”, em relação ao acórdão paradigma 1301-00.547, o qual tratou de acusação fiscal semelhante lavrada inclusive na mesma data, pela mesma autoridade autuante, questionando as despesas com amortização de debêntures emitidas sob mesmas condições gerais.

A autoridade autuante lavrou autos de infração de IRPJ e CSLL, com multa de 75%, em virtude de glosa de despesas registradas nos anos-calendário de 2003 a 2006, relacionadas a amortização de prêmio pago na aquisição, pela contribuinte ora autuada, de debêntures emitidas pela Usina Barra Grande de Lençóis S/A.

Como se sabe, as debêntures são um título representativo de dívida emitido por companhias que assegura a seus detentores direitos contra a emissora, estabelecidos na escritura de emissão. Nesse contexto, denomina-se prêmio, ou ágio, o montante que excede ao valor de face do título.

Os motivos para o pagamento de um prêmio de emissão podem ser de diversas naturezas, e a conclusão sobre se tais motivos seriam ou não “justificados” cabe eminentemente à administração da respectiva sociedade, prestando contas aos respectivos investidores.

Naturalmente, a autoridade fiscal poderá questionar pontos específicos de uma operação caso identificados “*dolo, fraude ou simulação*” (artigo 149, VII, do CTN), mas o questionamento acerca da necessidade ou não da realização de um investimento, como é a decisão pela aquisição de debênture com o pagamento de prêmio de emissão, é matéria ainda mais complexa.

Os autos de infração de IRPJ e CSLL indicam como descrição dos fatos: “*Valor do ágio na aquisição, em operação fechada, de debêntures emitidas por sociedade do mesmo grupo sem comprovação do seu fundamento e que o montante seria aceito em operação com terceiros, conforme Termo de Verificação que faz parte integrante do presente Auto de Infração.*”

Como enquadramento legal, foram indicados, para o IRPJ: “*artigos 249, inciso I, 251, 299, 324 e 325, inciso I, Alínea "c", do Decreto n.º 3000 de março de 1.999 (RIR/99)*”, e para a CSLL: “*Art 2.º e §§, da Lei n.º 7.689/88; Art. 1.º da Lei n.º 9.316/96 e art. 28 da Lei n.º 9.430/96; Art. 37 da Lei n.º 10.637/02*”.

O Termo de Verificação Fiscal anota que as sociedades emitente e emissora “*têm por titulares do seu capital social as mesmas pessoas físicas e jurídicas, nas mesmas proporções percentuais*” e que “*A administração das referidas sociedades, consoante fls. 36 e 37, é exercida pelas mesmas pessoas físicas.*”

Após reportar a aquisição das debêntures, a autoridade autuante observa que a emitente contabilizou o prêmio/ágio como reservas de capital “*coerentemente com o que dispõe o Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1.999 (RIR/99), em seu Artigo 442, inciso III*”.

Nesse ponto, vale o parêntese de que, na época, a legislação tributária acima citada estabelecia que, para a companhia emissora, o valor recebido a título de prêmio na

emissão de debêntures não deveria ser computado na determinação do lucro real, se registrado como reservas de capital.

Continuando com a descrição do TVF, em seguida a autoridade autuante registra que, na sociedade adquirente das debêntures (ora autuada), o valor do prêmio/ágio foi contabilizado em conta do Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo, e, posteriormente, levado a resultado do exercício por meio de amortizações contabilizadas nas contas de despesas "3.54.08.006 — Ágio na Aquisição de Debêntures" e "3.50.00.156 — Ágio na Aquisição de Debêntures".

Então, observa (grifamos):

A Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos diminuiu o resultado do exercício sujeito 5 incidência do IRPJ e da CSLL, na mesma proporção em que aumentou o Patrimônio Líquido da Usina Barra Grande de Lençóis S/A, sem alterar o resultado sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL desta sociedade.

Se não houvesse o mencionado ágio a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinho teria apurado resultado maior sujeito 5 incidência do IRPJ e da CSLL, resultado este que, distribuído aos titulares do capital social, poderiam aumentar o Patrimônio Líquido da Usina Barra Grande de Lençóis Paulista S/A.

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

Até aqui, nenhum reparo a ser feito, relativamente amortização do ágio, considerando o que dispõe o RIR/99 — Decreto no. 3.000/99, em seu Artigo 325, inciso I, alínea "c", na esteira do que afirmou em seu voto, aprovado por unanimidade, o I. Relator do Acórdão n2 101-95.028, de 16 de junho de 2005, da C. Primeira Câmara do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, no sentido de que:

"No inciso I do mencionado artigo 325, mais especificamente na sua alínea "c", temos a previsão ou descrição da hipótese de amortização do custo de aquisição dos direitos de qualquer natureza, dentre os quais está o ágio pago na aquisição de debêntures, sem qualquer limitação quanto ao prazo para recuperação do investimento."

No caso em exame, é imprescindível a comprovação do fundamento do ágio para legitimar o procedimento adotado pelo contribuinte.

(...)

Como se verifica, a autoridade autuante afirma que, no caso em exame, seria *“imprescindível a comprovação do fundamento do ágio”*, e nas passagens seguintes do TVF passa a explicar os motivos para tal conclusão, ocasião em que menciona o fato de que a operação ter se dado “em circuito fechado”, bem como cita trechos do acórdão 101-95.028, veja-se:

Ou seja, as mesmas pessoas decidiram por criar uma reserva de capital em uma sociedade, Usina Barra Grande de Lençóis S/A, sem alterar sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e um encargo para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, reduzindo a sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com a amortização do referido encargo.

Inegável o direito às sociedades de contratar, observados os preceitos legais cabíveis, no entanto, nas contratações entre sociedades de cujo capita social são titulares as mesmas pessoas, imprescindível, para produção de efeitos negativos a terceiros, como no caso concreto, a comprovação, com documentos idôneos emitidos, por terceiro especializado, desvinculado dos interesses dos contratantes, da origem, do fundamento e da legitimidade

dos encargos suportados pela Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos sob a forma de ágio.

Como se vê do exposto, a sociedade emitente das debêntures limitou-se a informar a forma de cálculo do questionado ágio, sem apresentar qualquer documento emitido por terceiro, diferentemente daquele tratado no lançamento que levou ao já mencionado Acórdão no. 101-95.028, de 16 de junho de 2005, da C. Primeira Câmara do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, onde o I. Relator, assim se manifestou: .

"A recorrente, na essência, realizou um investimento tendo por base o Laudo elaborado por empresa especializada, o qual indica a necessidade de que fossem captados R\$..., demonstrando, tecnicamente, os parâmetros utilizados para se chegar a tal conclusão, o que afasta qualquer assertiva feita no sentido de que referida importância teria surgido de forma aleatória."

Nota-se que a glosa das despesas ora debatida ocorreu, essencialmente, por se considerar que, diferentemente do caso analisado pelo acórdão 101-95.028, no caso dos autos não foi apresentado tal documento emitido por terceiros justificar o valor do prêmio/ágio fixado.

Como se percebe, a autuação em questão não se deu em virtude de algum questionamento quando à existência ou à artificialidade da operação, nem em virtude da identificação de algum vício específico do negócio praticado ("*dolo, fraude ou simulação*"), mas exclusivamente em razão de uma premissa, assumida pela autoridade autuante, com fundamento em uma interpretação extraída de um julgado do CARF, de que, em uma emissão de debêntures envolvendo partes relacionadas, a dedutibilidade das despesas estaria condicionada à apresentação de um documento emitido por terceiro atestando as condições da operação.

Acontece que tal requisito não consta da legislação.

Como bem observou o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto em sua declaração de voto *infra*, diferentemente do que ocorre quando se adquire uma participação societária com ágio -- em que a lei exigia que o fundamento econômico da mais valia fosse "*baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração*" (art. 20, § 3º, do Decreto-Lei 1.598/1977) --, no caso do prêmio na emissão de debêntures não havia, à época dos fatos, qualquer requisito legal expresso neste sentido.

Além disso, quanto ao julgado do CARF mencionado pela autuação fiscal, vale notar que, o fato de decisão do CARF ter validado a dedução do prêmio ante a observação de o seu valor foi baseado em laudo de empresa especializada, não permite concluir que aquela turma decidiu que a dedutibilidade está necessariamente condicionada à apresentação de tal documento. Nesse ponto, vale transcrever a ementa de tal julgado, que deu provimento ao recurso do contribuinte por unanimidade, e não foi reformado:

IRPJ – CUSTOS DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS – ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. – DEDUTIBILIDADE. - O Ato Administrativo de Lançamento requer seja produzida a prova da ocorrência de fato que, inequivocamente, se subsuma à hipótese descrita pela norma jurídica. A fundamentação da glosa de custos ou despesas operacionais realizadas e contabilmente apropriadas pelo sujeito passivo, há de ser acompanhada de elemento probatório, produzido pela Fiscalização, de que os gastos suportados não são necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos. O ágio pago na aquisição de debêntures, satisfeitas as condições legalmente estabelecidas, por se tratar de despesa necessária é dedutível para efeito de se determinar o lucro real. (acórdão 101-95.028, sessão de 16/06/2005)

Em tal julgado, o laudo de empresa especializada foi mencionado como sendo o documento que teria demonstrado, tecnicamente, que os valores da emissão não foram "aleatórios". No caso dos autos, por sua vez, o sujeito passivo também forneceu à fiscalização

cálculos buscando demonstrar os critérios para a emissão, sendo que a autoridade autuante pretendeu desqualificar tais cálculos, não em virtude de problemas em quaisquer dos critérios ali adotados, mas exclusivamente porque não se tratou de um documento emitido por terceiros.

Em síntese, pretendeu-se a glosa de despesas com prêmio na emissão de debêntures sob o argumento de que tais despesas seriam desnecessárias, mas o único fundamento apontado pela autoridade autuante para indicar tal desnecessidade foi o fato de o negócio ter sido realizado entre partes relacionadas.

Ocorre que o fato de o negócio se dar entre partes relacionadas pode até ser motivo para que a fiscalização aprofunde as suas investigações, mas não atesta necessariamente a desnecessidade da despesa.

Neste sentido, vale lembrar que a legislação tributária até contempla presunções legais específicas aplicáveis a operações entre partes ligadas. Por exemplo, no caso em que o negócio é realizado “*em condições de favorecimento*”, a autoridade fiscal pode invocar a presunção legal de distribuição disfarçada de lucros, a qual é capaz de restringir a dedutibilidade de despesas em operações com pessoa ligada (art. 467, V, do então vigente RIR/99). Mas isso não exime a autoridade autuante, em tal hipótese, de alegar tal legislação e, igualmente, de provar ditas condições de favorecimento (fato presuntivo capaz de levar, por força de lei, à conclusão pela ocorrência do presumido).

No caso dos autos, no entanto, o debate não envolveu tal legislação, sequer invocada pela autoridade autuante, muito menos qualquer prova de fatos presuntivos assim considerados por lei.

Aqui, pretendeu-se a glosa, apenas, em razão da ausência de um documento que não é legalmente exigido como condição para a dedutibilidade da despesa, após se concluir, sem se indicar especificamente o porquê, e não obstante a apresentação dos cálculos pelo sujeito passivo, que o fundamento para o pagamento do prêmio teria sido “injustificado”.

A escolha empresarial de aportar recursos mediante subscrição de debêntures emitidas por empresa do grupo pode estar baseada em outras razões econômicas que devem ser afastadas pelo fisco, de modo a demonstrar que a despesa não seria necessária, usual e normal.

Como se percebe, a acusação fiscal, nos presentes autos, possui deficiências que levam à necessária conclusão pelo cancelamento dos respectivos autos de infração.

São essas as razões pelas quais, no caso, orientei meu voto pelo provimento do recurso especial do sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Fl. 18 do Acórdão n.º 9101-006.052 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 15889.000242/2008-98

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A sucessora da Contribuinte, Companhia Agrícola Quatá, apresentou recurso especial contra o provimento apenas parcial de seu recurso voluntário no Acórdão n.º 1402-002.490. A divergência jurisprudencial acerca da *possibilidade de dedução das despesas com aquisição de debêntures* teve seguimento apenas em face do paradigma n.º 1301-00.546, rejeitando-se o paradigma n.º 1102-001.199. Destacou a Contribuinte que o paradigma n.º 1301-00.546 trataria de caso idêntico ao presente, *em situação envolvendo empresa do mesmo grupo econômico e que foi igualmente incorporada pela Recorrente*.

No presente caso, a glosa se refere à dedução, nos anos-calendário 2003 a 2006, de amortização do ágio decorrente da aquisição de debêntures emitidas por Usina Barra Grande de Lençóis S/A, constituída pelos mesmos sócios e sob a mesma administração da autuada, Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. O ágio amortizado não teria fundamentação econômica e a vantagem correspondente, na emitente, foi mantida em reserva de capital, *sem o correspondente aumento das mesmas bases*.

Destaca-se do voto condutor do acórdão recorrido o que segue:

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

[...]

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 n.º 1402-002.325, da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Demetrius Nichele Macei, que reproduzo abaixo naquilo que nos interessa:

[...]

Se analisarmos as características gerais da operação, em especial a forma adotada para a remuneração das debêntures emitidas pela Usina Barra Grande de Lençóis S/A, que se deu com base em participação nos lucros da empresa no percentual de 50% (além do pagamento de juros de 12% ao ano), o que considero elevadíssimo para operações tais quais as apreciadas (completamente fora do padrão de mercado quando considerados os atores como partes independentes), chegaremos à conclusão de que o negócio jurídico empreendido não encontra fundamento econômico/jurídico para sua realização. Vejam que não estou de forma alguma afirmando que, isoladamente, as características do negócio jurídico acima apontadas são ilícitas ou necessariamente implicariam, por si só, na indedutibilidade das despesas verificadas com a remuneração das debêntures. A conclusão a que cheguei, pelo acerto da glosa das despesas com o ágio, provém do

"conjunto da obra". Para chegar à essa conclusão, me socorro, novamente, do voto proferido pela Conselheira Sandra Maria Faroni no Acórdão n.º 101-94.986:

[...]

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

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

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

[...]

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

O paradigma n.º 1301-00.547 também tratou de dedução, nos anos-calendário 2003 a 2006, de amortização do ágio decorrente da aquisição de debêntures, mas por Açucareira Zillo Lorenzetti S/A, constituída pelos mesmos sócios e sob a mesma administração da pessoa jurídica lá autuada, Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti. O ágio amortizado não teria fundamentação econômica e a vantagem correspondente, na emitente, foi mantida em reserva de capital, *sem o correspondente aumento das mesmas bases*. A operação original ocorreu, também, entre 1997 e 2002, e a remuneração estabelecida também correspondia a 50% dos lucros da emitente, além de juros, que diversamente do presente caso, estipulados em 12% ao ano, lá correspondia à variação da taxa SELIC. Em ambos os casos, o ágio foi inicialmente fixado em razão da expectativa de receitas atípicas que seriam auferidas pela emitente, e na segunda emissão em razão da contribuição econômica das debêntures par ao resultado.

Releva observar que a decisão do paradigma teve por determinante para avaliação da operação a análise final apresentada em laudo de auditoria independente juntado depois do recurso voluntário – motivo pelo qual, inclusive, há abordagem preliminar acerca da aceitação deste documento -, consoante se vê dos seguintes excertos de seu voto condutor:

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

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

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

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

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

A falta de um documento que, à época, quantificasse essa expectativa e a traduzisse em sobrevalor com relação ao valor de face das debêntures, de fato, poderia levar à conclusão de que a amortização do ágio, inicialmente contabilizado a débito do ativo e, a seguir, levado a débito de resultado ao longo do período que antecedeu o resgate dos títulos, seria indedutível. No entanto, essa parcela (o ágio) é parte integrante do preço pago, sem a qual não se realizaria o negócio e, especialmente, não seriam auferidas as receitas dele decorrentes.

Assim, desconsiderar essa parcela significaria, em última análise, tributar as receitas sem a consideração de parte do esforço incorrido para auferi-las.

O que estaria sendo alcançado pela tributação não seria o resultado do negócio, mas tão somente as receitas. Ainda que, por hipótese, se pudesse descaracterizar como ágio o sobrevalor pago e, com isso, também sua amortização, mesmo assim tal parcela integraria o total do custo de aquisição do investimento a débito do ativo, e caberia sua apropriação ao resultado, reduzindo-o, no momento do resgate das debêntures. E, desde que as debêntures já haviam sido resgatadas no momento do lançamento¹, e que o contribuinte apurou lucro real e base de cálculo da CSLL positivos no ano-calendário 2007, a autuação se resumiria aos efeitos da inobservância do regime de competência, causada pela antecipação de despesas. O mesmo aconteceria acaso se cogitasse da indedutibilidade da amortização do ágio por não estar intrinsecamente relacionada à produção e comercialização de bens e serviços (Lei nº 9.249/95, art. 13, III). Mas trata-se de mera hipótese, visto que o lançamento não tratou de inobservância do regime de competência.

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

¹ Data da ciência do lançamento: 09/06/2008 (fl. 04).

Data do vencimento das debêntures: 16/12/2007 (fl. 145 do Anexo 01).

Nestes autos, documento equivalente foi juntado ao recurso voluntário (e-fls. 224/240), apresentando as mesmas conclusões do documento referido no paradigma, bem como indicando a vigência das debêntures até dezembro/2007, antes da formalização do lançamento aqui em debate. Sua referência, porém, consta apenas no voto vencido do recorrido, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

[...]

Assim, o fato de o voto vencedor do acórdão recorrido não referir tal documento e decidir pela indedutibilidade das amortizações em razão dos contornos da operação que se assemelha àquela analisada no paradigma, opondo-se ao voto vencido que aplicou o mesmo entendimento do paradigma e afirmou existente nos autos avaliação equivalente, revela similitude suficiente para a caracterização do dissídio jurisprudencial.

Com esta adição, o presente voto é no sentido de acompanhar a I. Relatora em suas conclusões para CONHECER do recurso especial da Contribuinte.

No mérito, registre-se inicialmente que a operação aqui em debate seria referida: i) no processo administrativo n.º 16561.720147/2014-16, no qual se discute a dedutibilidade das participações das debêntures em referência, na parte de 2002, pela emitente, exigência mantida parcialmente no Acórdão n.º 1402-002.513, atualmente sob recurso especial atribuído para relatoria do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto; e ii) no processo administrativo n.º 10825.901092/2015-91, no qual este Colegiado, conforme Acórdão n.º 9101-005.920, por maioria de votos, negou conhecimento a recurso especial da PGFN que pretendia a reversão do reconhecimento, de retenções que compuseram saldo negativo de IRPJ apurado em 2010 e utilizado em compensações pela sucessora Comercial Agrícola Quatá, formado por rendimentos de debêntures pagos, dentre outros, por Usina Barra Grande de Lençóis, à autuada e também à Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti, cuja decisão estaria dependente das objeções à operação, mas com referência, apenas, ao processo administrativo n.º 16561.720147/2014-16 (referido no item i) e ao processo administrativo n.º 16561.720070/2014-76 (mas daí em face das retenções sofridas por Companhia Agrícola Zillo Lorenzetti em pagamentos feitos por Açucareira Zillo Lorenzetti S/A, em operação reportada no Acórdão n.º 9101-004.764).

Quanto à legitimidade da operação aqui examinada, como origem de amortizações de ágio na subscrição de debêntures, esta Conselheira acompanha os fundamentos da I. Relatora, enfatizando a desnecessidade das despesas, mormente tendo em vista o cenário geral do grupo econômico, no qual a mesma prática foi replicada em diferentes emitentes, por vezes com as mesmas subscritoras, a evidenciar a pretensão dos administradores do grupo de deslocar as bases tributáveis entre as pessoas jurídicas sem qualquer evidência da utilidade na emissão das debêntures, em prática seguramente inusual.

Note-se que na operação analisada no Acórdão n.º 9101-004.764 sequer houve circulação de recursos entre outras empresas do mesmo grupo econômico (Açucareira Zillo Lorenezetti S/A e Companhia Agrícola Lorenzetti), razão pela qual a reversão de seus efeitos tributários foi acompanhada de qualificação da penalidade, mantida no referido julgado.

Por fim, adicione-se a discordância com a repercussão atribuída no paradigma ao laudo de auditoria independente, dado que este não traz qualquer referência à exclusão de efeitos cruzados das operações, ou aos benefícios tributários transitoriamente auferidos pelas participantes, limitando-se a determinar o fluxo de caixa favorável à Contribuinte como evidência do fundamento econômico do ágio originalmente pago sem qualquer estudo que o fundamentasse.

Como bem observado pela autoridade fiscal, pessoas jurídicas sob a mesma administração acordaram a transferência de recursos entre elas, sendo que a autuada aportou na beneficiária montante com ágio, que de seu lado permitiu-lhe amortização e redução das bases tributáveis, sem qualquer tributação pela beneficiária. Veja-se a justificativa apresentada para a operação, pela emitente das debêntures, reproduzida no Termo de Constatação Fiscal às e-fls. 47/48:

“fundamento do ágio na emissão de debêntures objeto da Ata da Reunião realizada em 19 de setembro de 1997”, vem, por seu representante legal, expor que referido ágio foi fixado com base em expectativas de receitas atípicas, não decorrentes da operação normal da companhia (especialmente reversão de passivos contingentes), no período abrangido pela participação das debêntures, a saber:

“Estimativa de receitas extraordinárias no período de dez/97 a nov/92.....	R\$ 46.000.000
Participação das debêntures – 50%.....	R\$ 23.000.000
Valor Presente (juros 1% ao mês) (23.000.000/1,6).....	R\$ 14.375.000
Arredondado.....	R\$ 14.000.000

[...]

“Fundamento do ágio

O ágio da referida emissão foi fixado em montante suficiente para compatibilizar o percentual da participação fixado à contribuição econômica das debêntures para o resultado a saber:

(1) Relação debêntures/PL [valor debêntures/(patrimônio líquido + debêntures)] (42.00000/122.000.000)	34%
(2) Percentual fixado da participação das debêntures	50%
(3) Excesso (1-2)	16%
(4) Estimativa de resultado das atividades no período de dez/02 a nov/07	120.000.000
(5) Valor do excesso de participação (3*4)	19.200.000
(6) Valor presente (juros de 1% ao mês) (19.200.000/1,6)	12.000.000

Ressaltou a autoridade lançadora que, apesar destas justificativas, a deliberação social em ambas assembleias foi, apenas, que *as debêntures serão colocadas mediante negociação privada, diretamente pela companhia, sem qualquer intermediação, com ágio não inferior a 40% do correspondente ao valor de face.*

Assim, como bem observado na acusação fiscal, *as mesmas pessoas decidiram por criar uma reserva de capital em uma sociedade, Usina Barra Grande de Lençóis S/A, sem alterar sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e um encargo para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos, reduzindo a sua base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com a amortização do referido encargo.* Inexistiu, assim, qualquer estudo que indicasse a necessidade de captação de recursos pela emitente das debêntures, mas apenas uma cogitação de como transferir resultados desta para a subscritora, visto que as participações pagas pela emitente seriam dedutíveis na apuração do lucro tributável contemplando aqueles resultados estimados, ao passo que a tributação destas participações pagas à autuada estaria associada à amortização do ágio estipulado sem maiores justificativas, e que constituiria reserva de capital não tributável na emitente.

Destaque-se: o questionamento fiscal acerca da inexistência de avaliação independente diz respeito não só ao valor do ágio, mas à necessidade da operação, à definição da captação exigida para as atividades da emitente. Esta a razão de diferenciar o presente caso daquele admitido no Acórdão n.º 101-95.028, cujo excerto está assim citado pela autoridade lançadora:

"A recorrente, na essência, realizou um investimento tendo por base o Laudo elaborado por empresa especializada, o qual indica a necessidade de que fossem captados R\$..., demonstrando, tecnicamente, os parâmetros utilizados para se chegar a tal conclusão, o que afasta qualquer assertiva feita no sentido de que referida importância teria surgido de forma aleatória."

Esta a razão, também, de o voto condutor do acórdão recorrido trazer, em preliminar, as referências postas pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto no Acórdão n.º 1402-002.295, acerca de *debênture, como instituto do direito comercial*, para assim concluir:

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.

Patente, assim, *o completo desvrituramento do objetivo natural a que se destinam as debêntures emitidas, 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*, como dito no voto condutor do acórdão recorrido.

Daí porque é impróprio cogitar, a partir da avaliação expressa no laudo de auditoria independente, que teria sido justificável o aporte com ágio com base, apenas, no fluxo de caixa descontado verificado entre as empresas, desconsiderando que seus resultados foram afetados pelo deslocamento do caixa da autuada em favor da emitente das debêntures, e que o resultado da emitente foi favorecido por este aporte, sem a correspondente tributação. Operações desta natureza, em circuito fechado, somente podem gerar despesas dedutíveis se comprovada a necessidade do mútuo mediante captação por debêntures e, em consequência, a admissibilidade do ágio pago nesta subscrição.

Com estes acréscimos, esta Conselheira acompanha a I. Relatora em suas conclusões, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto.

Em que pese o muito bem escrito e fundamentado voto da ilustre conselheira relatora, sigo entendimento distinto, de forma que aqui apresento a minha declaração de voto.

O cerne da discussão diz respeito à possibilidade de dedução das despesas de amortização de ágio na aquisição de debêntures.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que as debêntures são formas de financiamento de uma entidade. Assim, uma entidade pode optar dentre outras formas de arrecadar recursos por emitir novas ações, por tomar empréstimos junto a instituições financeiras, emitir debêntures.

A emissão de debêntures constitui uma forma de financiamento pela qual a entidade receberá o valor das debêntures emitidas, no entanto, se comprometerá a pagar no futuro aquele montante a seu debenturista.

Tal função pode ser observada na própria descrição legal da debênture no artigo 52 da Lei n. 6.404/76:

Art. 52. A companhia poderá emitir debêntures que conferirão aos seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado.

Nota-se que a debênture é um título de dívida para quem a emite, uma vez que os debenturistas terão direito de crédito contra ela.

Resta saber como o debenturista será remunerado, uma vez que ele está conferindo recursos para a entidade para recebimento em um momento posterior. Aqui cabe lembrar que o artigo 56 da Lei n. 6.404/76 estabelece que a debênture pode estabelecer juros fixos ou variáveis, participação no lucro e prêmio de reembolso:

Art. 56. A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso.

Logo, por mais que as debêntures mais comuns apenas estabeleçam a remuneração dos debenturistas por meio do pagamento de juros, há possibilidade legal de pagamento de participação nos lucros da companhia.

Como se observa, há um cenário de certa liberdade no âmbito do Direito Privado para a emissão de debêntures.

Obviamente a liberdade não é absoluta, de forma que pode haver vícios tais como simulação e fraude, mas nesses casos, a autoridade fiscal teria que trazer a comprovação de ocorrência de tais situações.

Diante de tal cenário, não há qualquer proibição para que a remuneração da debênture seja participação nos lucros.

Tampouco há vedação para que a debênture seja emitida por um valor superior ao seu valor nominal.

Nesse sentido, já previa o artigo 182, §1º, b, da Lei n. 6.404/76 que o prêmio na emissão de debênture seria registrado como reserva de capital:

Art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

§ 1º Serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem:

(...)

c) o prêmio recebido na emissão de debêntures;

Assim, para os períodos em análise, havia previsão legal de registro do prêmio em conta de reserva de capital, sem que houvesse trânsito de tal montante pelo resultado do exercício.

Vale notar que atualmente tal dispositivo normativo se encontra revogado e o prêmio na emissão de debêntures transita pelo resultado, no entanto, não será tributável por meio de uma exclusão no LALUR desde que o contribuinte cumpra com os requisitos dispostos na Lei n. 12.97/14.

Portanto, sob a perspectiva de quem emite a debênture cuja remuneração será participação sobre o lucro com prêmio, não deveria haver embaraços, visto que a remuneração na forma de participação nos lucros é permitida legalmente e o prêmio também é previsto em lei.

No que tange à dedutibilidade das participações no lucro asseguradas pela debênture, cumpre citar inclusive a legislação fiscal, no caso, o artigo 462, I, do então vigente Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 3.000/99):

CAPÍTULO IX

LUCRO DISTRIBUÍDO E LUCRO CAPITALIZADO

Seção I

Participações

Subseção I

Participações Dedutíveis

Art. 462. Podem ser deduzidas do lucro líquido do período de apuração as participações nos lucros da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58):

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

II - atribuídas a seus empregados segundo normas gerais aplicáveis, sem discriminações, a todos que se encontrem na mesma situação, por dispositivo do estatuto ou contrato social, ou por deliberação da assembléia de acionistas ou sócios quotistas;

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória n.º 1.769-55, de 1999 (art. 359).

Não me parece adequada a utilização do critério geral de dedutibilidade das despesas, isto é, o então vigente artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda, para autuação do montante das participações no lucro dos debenturistas.

A análise sobre a necessidade ou não de um financiamento empresarial é matéria extremamente complexa, de forma que há diversas teorias na administração financeira sobre como tomar as decisões de financiamento. Em outras palavras, a análise da dedutibilidade de uma despesa relacionada à uma decisão de como foi aplicado um recurso ainda é passível de análise se aquele ativo irá gerar retorno ou não para a entidade, no sentido de estar ou não relacionado com a manutenção da fonte produtora de rendimentos. Para uma “despesa” relacionada ao financiamento, tal análise perde bastante o sentido, uma vez que há que se olhar se os recursos originários daquela dívida foram usados para a manutenção da fonte produtora.

Eventualmente por uma série de razões de mercado, uma entidade ter um custo de capital bastante elevado, o que impactará em despesas financeiras altas em virtude de taxas de juros robustas.

Assim, a não ser que a autoridade fiscal consiga comprovar uma simulação ou fraude, entendo que a participação no lucro deverá ser dedutível.

E na hipótese em que o legislador entender que tal possibilidade legal vem sendo objeto de abusos, o próprio legislador deve alterar a lei proibindo ou impondo limites a tal situação.

Nessa linha, a Lei n. 12.973/14 impôs limite ao determinar que somente haverá exclusão no Lucro Real do prêmio na emissão de debêntures quando a titularidade da debênture não for de sócio da pessoa jurídica com participação superior a 10% do capital:

Art. 31. O prêmio na emissão de debêntures não será computado na determinação do lucro real, desde que: (Vigência)

I - a titularidade da debênture não seja de sócio ou titular da pessoa jurídica emitente; e

(...)

II

§ 5º Para fins do disposto no inciso I do caput, serão considerados os sócios com participação igual ou superior a 10% (dez por cento) do capital social da pessoa jurídica emitente.

Aqui estamos diante de uma norma específica antielisiva, que não existia anteriormente e que demonstra que o legislador refletiu, deliberou e votou pela imposição de tal limitação.

Feitas as considerações sob a perspectiva de quem emite a debênture, passamos à análise de quem adquiriu a debênture, ou seja, o debenturista.

Diferentemente do que ocorre quando se adquire uma participação societária (sujeita ao método de equivalência patrimonial) com ágio e há necessidade de desdobramento do custo de aquisição conforme o artigo 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, não há dispositivo semelhante para desdobramento do custo de aquisição da debênture.

Diante de tal inexistência de disposição específica sobre as debêntures, não há que se falar em alguns pontos tão comuns no ágio na amortização do ágio de participação societária como necessidade de demonstrativo.

Ainda assim nos autos do processo administrativo, a recorrente trouxe laudos atestando os fundamentos econômicos dos sobrevalores.

Tendo em vista a inexistência de proibição legal aos atos praticados pela contribuinte, que todas as etapas dos eventos estão devidamente formalizadas e que não houve comprovação de simulação ou fraude, entendo que o recurso da contribuinte deva ser provido.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso da contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto