



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

**Processo n°** 16561.720156/2012-37  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-001.979 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 5 de abril de 2016  
**Matéria** IRPJ e CSLL - DDL  
**Recorrente** HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Exercício: 2008

RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. NEGÓCIOS EM CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO DE PESSOA LIGADA.

Presume-se distribuição disfarçada de lucros o negócio pelo qual a pessoa jurídica realiza com pessoa ligada qualquer negócio em condições de favorecimento, assim entendidas as condições que sejam mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. Enquadra-se nesta situação a emissão de debêntures feita exclusivamente em favor dos acionistas da companhia fechada, quando a remuneração é composta unicamente de participação dos lucros, em percentuais arbitrariamente definidos e que absorvem sua quase totalidade, e sem data de vencimento fixada, com o que a obrigação se perpetua indefinidamente no tempo.

DESCARACTERIZAÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PARTICIPAÇÕES DE DEBÊNTURES. DEDUÇÃO DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.

A descaracterização dos valores pagos a título de participações de debêntures não gera direito de deduzir o IRRF incidente sobre os pagamentos efetuados aos debenturistas. A pessoa jurídica que efetua a retenção não é a titular o imposto retido, mas mera responsável legal.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**

Exercício: 2008

LANÇAMENTO REFLEXO. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS ESPECÍFICOS.

Na inexistência de argumentos específicos atinentes a essa contribuição, aplica-se o quanto decidido para o lançamento principal de IRPJ.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Exercício: 2008

**CERCEAMENTO AO DIREITO À AMPLA DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.**

Ao se constatar que o Termo de Verificação Fiscal, a descrição dos fatos e o enquadramento legal permitem a perfeita compreensão da infração que motivou a autuação, e que a interessada se defendeu especificamente e com desenvoltura das imputações do Fisco, não se pode cogitar de cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório. Em consequência, nenhuma nulidade há de ser reconhecida, com esse fundamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Wilson Fernandes Guimarães - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira, Paulo Jakson da Silva Lucas, José Eduardo Dornelas Souza, Flávio Franco Corrêa, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro e Wilson Fernandes Guimarães.

**Relatório**

HOISPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 12-058.776, de 21/08/2013, da 15ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Rio de Janeiro - I / RJ, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

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

Em decorrência da ação fiscal, foram lavrados autos de infração para exigir da interessada IRPJ e CSLL sobre fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2007, nos valores abaixo discriminados, acrescidos de multa de 75% e juros de mora.

[...]

**DA AUTUAÇÃO**

**Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls 292 a 302 e Termo de Verificação e Constatação Fiscal (fl. 304 a 317), foram apurados os fatos abaixo descritos.**

**DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. NEGÓCIOS EM CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO DE PESSOA LIGADA. CUSTO OU DESPESA INDEDUTÍVEL**

Consiste a fiscalizada em uma sociedade anônima de capital fechado, cujas atividades iniciaram-se em 10/12/1963.

O capital da sociedade, conforme previsto no Estatuto era de R\$ 21.220.000,00, dividido em 21.200.000 ações ordinárias e nominativas de R\$ 1,00 (um real) cada, distribuídas na seguinte proporção:

Acionista	Nº de Ações	Capital em Reais	% correspondente
Edma Huespe de Amaro	7.964.000	7.964.000,00	37,522676
Antonio Rahme Amaro	6.628.000	6.628.000,00	31,238662
Eduardo Rahme Amaro	6.628.000	6.628.000,00	31,238662
Total Participação	21.220.000	21.220.000,00	100,000000

Na AGE de 28/02/2011, o capital social foi aumentado para R\$ 40.000.000,00 mediante capitalização dos acionistas no valor de R\$ 13.033.891,00 e de bens imóveis no total de R\$ 5.746.109,00, resultando na seguinte configuração societária:

Acionista	Situação Anterior	Subscrição em Imóveis	Subscrição em Capitalização	Situação Atual em Reais	Situação Atual em Nº de Ações	% correspondente
Edma Huespe de Amaro	7.964.000,00	441.369,00	2.094.999,00	10.500.368,00	10.500.368	26,25092
Antonio Rahme Amaro	6.628.000,00	2.559.649,00	5.562.167,00	14.749.816,00	14.749.816	36,87454
Eduardo Rahme Amaro	6.628.000,00	2.745.091,00	5.376.725,00	14.749.816,00	14.749.816	36,87454
<b>total participação</b>	<b>21.220.000,00</b>	<b>5.746.109,00</b>	<b>13.033.891,00</b>	<b>40.000.000,00</b>	<b>40.000.000</b>	<b>100,00</b>

A administração da sociedade é exercida por uma Diretoria composta por três membros, acionistas ou não, eleitos e empossados pela AGO, com mandato de 02 anos.

No período objeto da ação fiscal, e também à época da emissão das debêntures (1998), a Diretoria foi ocupada pelos próprios sócios da empresa, Eduardo Rahme Amaro (Diretor Clínico), Antônio Rahme Amaro (Diretor Administrativo) e Edma Huespe de Amaro (Diretora Secretária), com mandato ainda em vigor, a vencer em 30/04/2013.

A empresa deduziu do “Resultado do Período de Apuração”, o valor de R\$ 17.484.199,88, no ano-calendário de 2007, a título de “Participação de Debêntures” (ficha 6A, item 49 da DIPJ/2008).

Em Assembléia Geral Extraordinária realizada em 15 de abril de 1998, os dirigentes e acionistas representantes da totalidade do capital social do HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A deliberaram a emissão privada de 21.000 debêntures série única, do tipo subordinadas, nominativas, endossáveis e não conversíveis em ações, com participação nos lucros, sem vencimento pré-fixado, com valor unitário de R\$ 1.000,00 e valor global de emissão de R\$ 21.000.000,00.

As referidas debêntures foram adquiridas pelos sócios na seguinte proporção:

Debenturista	Quantidade	Total	Percentual
Eduardo Rahme Amaro	10.996	R\$ 10.996.000,00	52,36%
Antônio Rahme Amaro	8.077	R\$ 8.077.000,00	38,46%
Edma Huespe Amaro	1.927	R\$ 1.927.000,00	9,18%
<b>Totais</b>	<b>21.000</b>	<b>R\$ 21.000.000,00</b>	<b>100,00%</b>

No entanto, do total de R\$ 21.000.000,00 subscritos, R\$ 5.052.000,00 originaram-se da transferência de saldo de Lucros Acumulados, sendo R\$ 1.685.000,00 destinados para cada debenturista. Assim, o montante ingressado na sociedade através de recursos provenientes dos sócios foi de R\$ 15.948.000,00:

Debenturista	Transferido de Lucros Acumulados	Depositado	Total
Eduardo Rahme Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 9.311.000,00	R\$ 10.996.000,00
Antônio Rahme Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 6.392.000,00	R\$ 8.077.000,00
Edma Huespe Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 245.000,00	R\$ 1.927.000,00
<b>Totais</b>	<b>R\$ 5.052.000,00</b>	<b>R\$ 15.948.000,00</b>	<b>R\$ 21.000.000,00</b>

Pela subscrição das debêntures foram efetuados os seguintes lançamentos contábeis no Livro Diário de 1998:

*D – Lucros Acumulados*  
(conta nº 941) (Patrimônio Líquido)  
C – Debêntures – Dr. Eduardo Rahme Amaro  
(conta nº 799-1) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)  
C – Debêntures – Dr. Antonio Rahme Amaro  
(conta nº 799-2) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)  
C – Debêntures – Edma Huespe Amaro  
(conta nº 799-3) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)  
*D – Bancos Conta Movimento*  
(conta nº 11) (Ativo Circulante / Disponível )  
C – Debêntures – Dr. Eduardo Rahme Amaro  
(conta nº 799-1) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)  
C – Debêntures – Dr. Antonio Rahme Amaro  
(conta nº 799-2) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)  
C – Debêntures – Edma Huespe Amaro  
(conta nº 799-3) (Passivo / Exigível a Longo Prazo)

De acordo com a ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 15 de abril de 1998, no item F.1, a única forma de remuneração das debêntures prevista era a participação nos lucros, à razão de 50% (cinquenta por cento) sobre o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano, a partir de 31/12/1998, antes da provisão para o Imposto de Renda.

Em AGE de 02 de junho de 1999 (averbada em 06/07/1999), os sócios da fiscalizada aprovaram o aumento da remuneração das debêntures, que passou a ser de 65% dos lucros, antes da provisão para o Imposto sobre a Renda.

Na AGE de 07 de janeiro de 2002 (averbada em 02/04/2002), foi aprovado novo aumento da remuneração das debêntures, passando a ser de 85% dos lucros, antes da provisão para o Imposto sobre a Renda.

No ano-calendário de 2007 foram pagos os seguintes valores a título de remuneração de debêntures:

Ano	Lucro Líquido	Valor Distribuído (85%)	IRRF(20%)	Remun.Líquida
2007	R\$ 20.569.646,92	R\$ 17.484.199,88	R\$ 3.496.839,98	R\$ 13.987.359,92

Pela apropriação das parcelas dos lucros, foram efetuadas provisões:

*D - Juros Passivos  
(conta nº 3.70.010.050.000) (Contas de Resultado / Despesas Financeiras)  
C - Eduardo Rahme Amaro  
(conta nº 2.03.015.002.000.1) (Passivo Exigível a Longo Prazo / Juros e Participações)  
C - Antonio Rahme Amaro  
(conta nº 2.03.015.002.000.2) (Passivo Exigível a Longo Prazo / Juros e Participações)  
C - Edma Huespe Amaro  
(conta nº 2.03.015.002.000.3) (Passivo Exigível a Longo Prazo / Juros e Participações)  
C - IRRF a Recolher (conta nº 2.01.030.015.007) (Passivo Circulante / Tributos e Obrigações Fiscais)*

Em momentos posteriores, foram efetuados diversos lançamentos contábeis para registrar os efetivos pagamentos aos debenturistas na contabilidade de 2007, em valores sempre inferiores aos provisionados:

*D - Eduardo Rahme Amaro  
(conta nº 2.03.015.002.000.1) (Passivo Exigível a Longo Prazo / Juros e Participações)  
C - Banco Sudameris / Real  
(conta nº 1.01.010.002.000.2347) (Ativo / Circulante / Disponível / Bancos Conta Movimento)  
D - Edma Huespe Amaro  
(conta nº 2.03.015.002.000.3) (Passivo Exigível a Longo Prazo / Juros e Participações)  
C - Banco Real - AG. 0409 CC.6050035-9 (conta nº 1.01.010.002.000.763) (Ativo / Circulante / Disponível / Bancos Conta Movimento)*

As contas criadas no Passivo Exigível a Longo Prazo/Juros e Participações para controlar os valores provisionados a título de remuneração de debêntures são as mesmas utilizadas para controlar as provisões para distribuição de lucros:

- a) Eduardo Rahme Amaro - conta nº 2.03.015.002.000.1
- b) Antonio Rahme Amaro - conta nº 2.03.015.002.000.2
- c) Edma Huespe Amaro - conta nº 2.03.015.002.000.3

Estas contas representativas de obrigações da empresa junto aos três sócios (Juros e Participações: 2.03.015.002.000.1/2/3) vão sendo debitadas conforme os mesmos vão retirando dinheiro da empresa, geralmente através de transferência bancária ou depósito.

A empresa retira 85% do lucro antes de calcular o IRPJ e a CSLL e lança como obrigação junto aos sócios em contas do Passivo Exigível a Longo Prazo. No entanto, esses valores não são repassados integralmente aos sócios. Conforme estes vão fazendo retiradas de numerários da empresa, esses valores vão sendo descontados dessas contas passivas, segundo critérios e periodicidade não esclarecidos.

Esta discrepância entre o valor retirado do lucro e aquele efetivamente pago ao sócio fica ainda mais gritante no caso da sócia Edma Huespe Amaro. Com base na conta de provisão de remuneração de debêntures devida a ela, identificou-se que

ela “saca” quase mensalmente o valor fixo de R\$ 25.000,00. E mais, em vários recibos apresentados consta a anotação de “pró-labore”. Ainda consta, no mês de dezembro, o pagamento de R\$ 25.000,00 com a identificação de “13º salário” no histórico do lançamento contábil.

Na tabela a seguir, constam os valores efetivamente pagos aos sócios creditados em conta do passivo:

	SALDO FINAL DA CONTA DE PROVISÃO DE DEBÊNTURES			
	31/12/2006	31/12/2007	31/12/2008	31/12/2009
<b>EDUARDO RAHME AMARO</b>	R\$ 830.472,01	R\$ 1.917.884,24	R\$ 3.760.626,52	<b>R\$ 4.436.322,69</b>
<b>ANTONIO RAHME AMARO</b>	R\$ 640.106,48	R\$ 1.408.764,96	R\$ 2.783.209,56	<b>R\$ 2.185.167,02</b>
<b>EDMA HUESPE AMARO</b>	R\$ 158.678,70	R\$ 261.098,06	R\$ 551.848,20	<b>R\$ 1.923.667,78</b>

As debêntures são um artifício para retirar da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte significativa do lucro, que fica separada numa conta do Passivo Exigível a Longo Prazo. Conforme a empresa paga valores aos sócios, estes valores vão sendo lançados a débito da conta de provisão de debêntures, diminuindo seu saldo, dando uma aparente validade jurídica para o suposto pagamento de remuneração de debêntures, que na realidade trata-se de distribuição de lucro, indedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A empresa foi intimada, por meio dos Termos de Intimação n<sup>os</sup> 2 e 3, a demonstrar os cálculos dos valores debitados das contas passivas em que provisiona a remuneração de debêntures (que coincidem com os recibos apresentados). No entanto, a empresa restringiu-se a informar que os valores creditados naquelas contas têm origem no percentual de 85% calculado sobre o lucro anual, o que corrobora o entendimento de que os efetivos pagamentos aos sócios (lançados a débito daquelas contas) não têm correlação com a suposta participação de debêntures, tratando-se apenas de uma tentativa de dar validade jurídica para um mecanismo criado para reduzir a carga tributária da empresa.

Os valores denominados pela empresa como Participação de Debêntures, que totalizaram R\$ 17.484.199,88, no ano-calendário de 2007, e foram deduzidos pela fiscalizada da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, constituem infração à legislação tributária.

Os debenturistas são os próprios sócios administradores da emissora, portanto, é inegável que da operação não houve qualquer injeção de haveres novos e externos para investimento pela companhia, o que desvirtua o intuito maior desse tipo de operação.

A forma de remuneração das debêntures emitidas pela fiscalizada se baseia exclusivamente no lucro. Embora a participação no lucro esteja legalmente prevista no art. 56 da Lei n<sup>o</sup> 6.404/76, a forma de remuneração necessária e usual das debêntures é o pagamento de juros.

A participação nos lucros como forma de remuneração adicional das debêntures tem como finalidade tornar mais atrativa esta forma de captação de recursos no mercado. Ora, tal não é o caso das debêntures emitidas pelo HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A, pois se trata de uma emissão privada, exclusivamente em nome dos três sócios administradores da empresa, sem prazo determinado que sequer foi ofertada ao mercado.

Tal operação não se enquadra como emissão de debêntures, pois não há qualquer previsão de se remunerar os recursos obtidos através de pagamento de

juros. A suposta remuneração das debêntures emitidas pela fiscalizada não tem qualquer paralelo com o mundo real (razão que explica o fato de ter sido oferecida somente aos sócios). Compulsando as DIPJ apresentadas pela fiscalizada desde 1998, ano da emissão, verifica-se que foram distribuídas as seguintes remunerações de debêntures até 2009:

Ano	Lucro Líquido	% Distribuído	Valor Distribuído	Retorno %	Valor Distribuído Acumulado	Retorno % Acumulado
1998	R\$ 17.272.012,76	50%	R\$ 8.636.006,38	41,12%	R\$ 8.636.006,38	41,12%
1999	R\$ 24.417.525,33	65%	R\$ 15.871.982,57	75,58%	R\$ 24.507.988,95	116,70%
2000	R\$ 13.165.486,24	50%	R\$ 7.842.343,67	37,34%	R\$ 32.350.332,62	154,05%
2001	R\$ 5.602.382,33	0%	---	0,00%	R\$ 32.350.332,62	154,05%
2002	R\$ 282.195,28	0%	---	0,00%	R\$ 32.350.332,62	154,05%
2003	R\$ 10.346.476,16	85%	R\$ 8.794.517,26	41,88%	R\$ 41.144.849,88	195,93%
2004	R\$ 14.106.705,51	85%	R\$ 11.991.673,06	57,10%	R\$ 53.136.522,94	253,03%
2005	R\$ 8.924.050,07	85%	R\$ 7.585.442,57	36,12%	R\$ 60.721.965,51	289,15%
2006	R\$ 10.121.499,59	85%	R\$ 8.603.274,65	40,97%	R\$ 69.325.240,16	330,12%
2007	R\$ 20.569.646,93	85%	R\$ 17.484.199,88	83,26%	R\$ 86.809.440,04	413,38%
2008	R\$ 26.052.359,75	85%	R\$ 22.144.505,80	105,45%	R\$ 108.953.945,84	518,83%
2009	R\$ 39.984.096,44	85%	R\$ 33.986.481,72	161,84%	R\$ 142.940.427,56	680,67%

No final de 1999, ano seguinte ao da emissão das debêntures, a empresa já havia remunerado os debenturistas com mais de 100% do capital emprestado (total de R\$ 24.507.988,95, ou seja, 116,70% dos R\$ 21.000.000,00 captados).

Devido a descaracterização da operação da fiscalizada como emissão de debêntures e caracterização como distribuição disfarçada de lucros, o valor de R\$ 17.484.199,88 foi adicionado ao Lucro Real e à base de cálculo da CSLL.

Restou comprovada a necessidade do presente lançamento de ofício no montante de R\$ 13.340.934,07, relativo ao IRPJ e à CSLL.

A ação fiscal tem como embasamento legal:

- Arts. 247, 249, inciso I, 464, inciso VI, 465, 466 e 467, inciso V, do RIR/99.
- Art. 60 da Lei nº 9.532/97;
- Art. 37 da Lei nº 10.637/02;
- Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; 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. 60 da Lei nº 9.532/97.

A interessada se insurgiu, em 17/01/2013 (fl. 323), contra o disposto no Auto de Infração, do qual tomou ciência em 19/12/2012 (fl. 319), através de impugnação (fl. 323 a 349) apresentando os argumentos que se seguem:

- A emissão de debêntures era a melhor alternativa para a captação de recursos necessários ao financiamento de seus projetos.
- Seguindo o art. 462 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, a Impugnante deduziu do lucro líquido do período-base de 2007 as participações asseguradas às debêntures
- **Do enquadramento legal da questão pela autoridade fiscal.** A autoridade apresentou uma descrição das características gerais mais comuns exclusivamente às emissões públicas de debêntures, enfatizando a sua função de instrumento de captação de recursos financeiros junto ao mercado pelas

sociedades anônimas mediante o pagamento de juros, bem como apresentando uma breve explanação do instituto das debêntures voltado a emissões públicas para então concluir que a emissão privada de debêntures pela Impugnante teria infringido a legislação, revestindo-se de características que comprovariam a "distribuição disfarçada de lucros". Quanto ao período objeto do procedimento fiscal, a incorporada apresentou a DIPJ/2009, apurando IRPJ anual com base no Lucro Real.

- A afirmação é contraditória com os próprios apontamentos da autoridade fiscal que categoricamente afirmara pouco antes "do total de R\$ 21.000.000,00 subscrito, R\$ 5.052.000,00 originaram-se da transferência de saldo de Lucros Acumulados (...) Assim, o montante ingressado na sociedade através de recursos provenientes dos sócios foi de R\$ 15.948.000,00".
- **DO DIREITO QUE AMPARA A DEDUÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES ASSEGURADAS ÀS DEBÊNTURES DE EMISSÃO DA IMPUGNANTE.**
- **Do cerceamento ao direito de defesa.** A autoridade fiscal considerou as participações no lucro como despesas indedutíveis, todavia, não aponta qual o dispositivo de lei que teria sido infringido e em quais circunstâncias isto teria ocorrido, dificultando o entendimento da acusação, caracterizando cerceamento de defesa.
- A emissão das debêntures observou os preceitos legais deste instituto.
- A autoridade fiscal afirma que a principal vantagem para o adquirente é o recebimento de juros pagos pela companhia. Ora, a emissão das debêntures encontra-se amparada no art. 52 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual "*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*". Não há qualquer ressalva na lei em relação às condições, qualidades ou natureza dos titulares das debêntures. A lei não restringe ou especifica o universo de pessoas que poderão subscrever as debêntures emitidas pela pessoa jurídica.
- O art. 56 da Lei nº 6.404/76 ao enumerar as vantagens atribuíveis às debêntures (juros ou participação nos lucros ou prêmio de reembolso) não determinou a eleição de qualquer uma das vantagens em particular, assim como não determinou a eleição cumulativa destas mesmas vantagens.
- Ao contrário do sustentado pela autoridade fiscal, a emissão também observou todas as formalidades legais necessárias e exigidas pela lei para a validade do negócio, tendo tido plena publicidade e oposição perante quaisquer terceiros.
- Foi lavrada a competente escritura de emissão, a qual foi registrada no 1º Cartório do Registro de Imóveis de São Paulo - art. 61 e parágrafos da Lei nº 6.404/76.
- A diferença primordial entre uma emissão pública e uma emissão privada de debêntures reside na existência ou não de esforço de venda ou de colocação dos títulos junto aos terceiros subscritores. No primeiro caso, o das emissões públicas, há um esforço de venda dos títulos junto ao público em geral e indefinido, geralmente intermediada por agentes financeiros do mercado que vão à busca de interessados em investir na sociedade emitente, requerendo-se, portanto, o respectivo registro da operação junto a CVM. Nas emissões privadas de debêntures, caso concreto da Impugnante, inexistente este esforço de venda dos

títulos, pois os subscritores geralmente já são previamente conhecidos pela sociedade emitente e mantêm estreita relação com a mesma. Neste tipo de emissão de debêntures é justamente esta relação pré-existente entre os subscritores dos títulos e a sociedade emitente que justifica e viabiliza a contratação da operação.

- A existência ou não deste esforço de venda serve apenas para caracterizar o tipo de emissão de debêntures, se pública ou privada, sem que a sua inexistência possa desnaturar a essência deste instituto como um veículo de captação de recursos e/ou instrumentalização de dívida entre a sociedade emitente e os subscritores dos títulos.
- Afirma a Autoridade Fiscal de que há discrepância entre o valor retirado do lucro e aquele efetivamente pago aos sócios e que se a participação de debêntures é calculada por meio de um percentual sobre o lucro é incoerente que o valor repassado ao sócio seja um valor fixo mensal, retirando-se uma parcela enorme do lucro a título de pagamento de debêntures, que fica creditado numa conta do Passivo, mas o valor efetivamente repassado ao sócio é bem menor.
- A retirada em qualquer montante não guarda relação alguma com o valor atribuível ao debenturista. A própria Autoridade Fiscal aponta que existe o registro do valor devido, de modo que esse procedimento não implica em ofensa a qualquer dispositivo de lei, aliás, não foi indicado qual seria a norma violada. Mais uma vez a Autoridade Fiscal expõe suas presunções desconsiderando o caso concreto, em que os próprios sócios aportaram capitais, sendo até mesmo evidente que a pessoa jurídica mantenha registro dos valores que lhes são devidos.
- A operação de debênture praticada insere-se dentro daquela esfera mínima de liberdade de que dispõem a sociedade empresária e os seus acionistas para agirem com base na exclusiva vontade e intenção deliberada de assim procederem, não necessitando de justificação diversa daquela inerente à finalidade que é própria do negócio contratado: instrumentalização de créditos em aberto e captação de recursos.
- **DAS RAZÕES EMPRESARIAIS QUE JUSTIFICARAM A EMISSÃO DAS DEBÊNTURES PELA IMPUGNANTE.** Uma das razões empresariais é o financiamento da atividade empresarial.
- Havia necessidade de recursos financeiros para financiar a expansão das operações e o seu capital de giro e havia a necessidade dos acionistas de reaverem os recursos emprestados à empresa. A fonte principal de renda dos acionistas era os dividendos gerados pela Impugnante.
- É da natureza das emissões privadas de debêntures essa estreita relação entre a emitente dos títulos e seus subscritores.
- A operação não foi casuística temporária ou inconsistente, de forma a desnaturar a efetiva vontade das partes envolvidas ou com o uso abusivo e egoísta de institutos jurídicos ou mediante fraude a alguma lei que proibisse a operação e seus efeitos decorrentes. Aqui houve flagrante motivação de longo prazo, consistente no tempo, em linha com uma estratégia empresarial previamente definida. O negócio jurídico obedeceu às formalidades legais e atendeu aos interesses dos acionistas, dos empregados e da comunidade em geral.

- Há uma interpretação equivocada da legislação tributária, na medida em que: (i) contra operação de debêntures de participação nos lucros da Impugnante não foi imputado vício de nulidade ou simulação e (ii) a referida operação, válida e eficaz para produzir todos os seus efeitos jurídicos foi subsumida a dispositivo impróprio da lei tributária para colher os efeitos que lhe são próprios (art. 299 do RIR/99), o que acabou levando a autoridade fiscal a concluir pela indedutibilidade dos encargos gerados pelas referidas debêntures, quando a dedutibilidade destes encargos das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL é inquestionável à vista do que prevêem os dispositivos da legislação tributária adequados à matéria, consubstanciados no art. 462 do RIR/99 e na Lei nº 7.689/88 e suas alterações posteriores.
- **DA EFETIVA CAPTAÇÃO DE RECURSOS NOVOS PELA IMPUGNANTE.** Ocorreu efetivamente a entrada de recursos que foram indispensáveis à operacionalização de projetos. Esse fato é confirmado pela autoridade fiscal, mas considerando que, após reconhecer a entrada de recursos, contraditoriamente, afirma que "não houve qualquer injeção de haveres novos e externos para investimento pela companhia", é de consignar que os recursos foram recebidos.
- A própria autoridade fiscal afirma que "do total de R\$ 21.000.000,00 subscrito, R\$ 5.052.000,00 originaram-se da transferência de saldo de Lucros Acumulados (...) Assim, o montante ingressado na sociedade através de recursos provenientes dos sócios foi de R\$ 15.948.000,00".
- A autoridade fiscal, ao que tudo indica, quis referir-se exclusivamente à ausência de entrada de recursos externos, que não fossem os sócios, mas essa questão não encontra base legal.
- Com relação ao valor transferido do saldo de lucros acumulados, note-se que não havia e não há qualquer ressalva, condição ou vedação imposta pela legislação societária (Lei nº 6.404/76) ou pela legislação fiscal (Decreto-lei nº 1.598/77) em subscrever as debêntures mediante compensação dos créditos mantidos em conta corrente pelos acionistas.
- **DA SITUAÇÃO ACIONISTAS-DEBENTURISTAS, SENDO AS DEBÊNTURES REMUNERADAS COM BASE EM PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS: PLENAMENTE JUSTIFICÁVEL NO CASO CONCRETO DA IMPUGNANTE.**
- A condição de credor-acionista foi um dos fatores que possibilitou a instrumentalização do passivo da Impugnante sob a forma de debêntures remuneradas com base em participação nos lucros. Tal circunstância visou a preservação dos recursos financeiros e do patrimônio da Impugnante, em benefício de um ciclo de crescimento que foi a justificativa principal para a celebração do negócio nos moldes acima descritos. Provavelmente nenhum investidor aportaria recursos e em um empreendimento sobre o qual não teria qualquer influência na gestão, e nenhuma garantia de retorno. Era natural a subscrição pelos acionistas.
- O que a autoridade fiscal infere como elementos caracterizadores de uma suposta anormalidade são os elementos que evidenciam que o negócio jurídico praticado entre a Impugnante e os seus acionistas que guardou absoluta coerência com a ordem natural das coisas e o momento empresarial. Não foi por outra razão que a emissão das debêntures da Impugnante se deu de forma

privada, com todas as características normais e usuais inerentes a este tipo de captação, características estas distintas das emissões públicas de debêntures, que também se prestam à captação de recursos.

- A própria lei societária admite a possibilidade de os acionistas subscreverem debêntures de sua emissão, quando as mesmas forem conversíveis em ações. Estatui o art. 57, § 1º da Lei nº 6.404/76 que os acionistas terão direito de preferência para a subscrição de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações emitidas.
- **Da impossibilidade de se efetuar lançamento tributário por presunção.** A autoridade fiscal deveria ter investigado os efeitos da operação da Impugnante em relação a parâmetros objetivos de mercado
- Afirma a autoridade fiscal: "Conforme a empresa paga valores aos sócios, sob quaisquer pretextos, estes valores vão sendo lançados a débito da conta de provisão de debêntures, diminuindo seu saldo, dando uma aparente validade jurídica para o suposto pagamento de remuneração de debêntures, que na realidade trata-se de distribuição de lucro". Ora, trata-se de presunção sem nem mesmo apontar a origem do raciocínio.
- São muitos os julgados pela ilegalidade de lançamentos tributários fundados em meras presunções que não estejam expressamente previstas em lei.
- Para ser válido, o lançamento tributário fundado em presunção deve estar apoiado em alguma lei que estabeleça os critérios objetivos e a extensão dos casos em que essa presunção poderá ser aplicada, o que não ocorre no caso concreto, na medida em que não existe qualquer lei que vede a dedução do encargo nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL.
- O custo financeiro do empréstimo instrumentalizado pelas debêntures foi compatível com as taxas de juros médias praticadas para empréstimos bancários no mesmo período. Segundo sítio do Banco Central ([fhttp://www.bcb.gov.br/?txcredmes](http://www.bcb.gov.br/?txcredmes)), a taxa média de juros para conta garantida no ano de 2007 foi de 65,40%, valendo registrar que os debenturistas não eram instituição financeira e, como exposto, existia fundamento para que o negócio fosse ultimado com os próprios sócios.
- Segundo artigo 464, § 3º, do Regulamento do Imposto de Renda "A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros".
- Considerando a taxa de juros média praticadas para empréstimos bancários, constata-se que foi vantajoso para a pessoa jurídica remunerar os acionistas em decorrência da emissão das debêntures ao invés de tomar empréstimo, sobretudo considerando que a Autoridade Fiscal não considerou as receitas financeiras geradas pelo valor recebido. No ano de 2007 as receitas financeiras alcançaram R\$ 2.949.400,44, com imposto retido de R\$ 455.320,81
- Há um evidente critério subjetivo adotado pela Autoridade Fiscal ao glosar a totalidade do valor deduzido quando toda a sistemática da lei de regência dá tratamento unificado para o balanço no resultado entre receitas e despesas financeiras. Este critério é uniforme para a determinação dos resultados calculados com base no Lucro da Exploração, e também sempre foi observado quando pertinente ao Lucro Inflacionário.

- A autoridade fiscal, já que não se preocupou em provar as taxas do mercado, limitando-se a questionar: "Qual empresa no mundo ofereceria como remuneração por um empréstimo uma participação de 85% seu (sic) lucro anual a pessoas que não fossem os próprios sócios da empresa".
- O CARF, que em situação análoga considerou plenamente justificável a participação em 97% do lucro.
- Não havendo nos autos qualquer prova de disparidade entre os valores de mercado e de remuneração das debêntures, inconsistente o auto de infração.
- **Da ausência de quaisquer das hipóteses do artigo 464 do Regulamento do Imposto de Renda.**
- Para as hipóteses do artigo 464 "A imputação impescinde de prova, a ser feita pelo Fisco, do valor de mercado, segundo sua previsão legal, para se poder chegar à conclusão de realização ou não da hipótese de incidência dessa figura"(1º CC 105-5.575/91).
- Se a Autoridade Fiscal considera que os valores pagos como remuneração atrelada às debêntures mostrou-se excessivo, deveria ter demonstrado qual seria o valor pago no mercado caso houvesse tomado de empréstimo em instituição financeira. Nem mesmo foi abordada a questão.
- Ainda que o valor pago em remuneração pelas debêntures fosse excessivo, e não é, seria o caso de glosa apenas do excesso e não do valor total.
- Se a Impugnante tivesse tomado emprestado os R\$ 21.000.000,00 no mercado financeiro, teria pagado de juros, o valor de R\$ 13.734.000,00 (informe Banco Central), de modo que, ainda que houvesse procedência na argumentação desenvolvida pela Autoridade Fiscal, o que se cogita em homenagem ao Princípio da Concentração da Defesa, teríamos como base de cálculo apenas a diferença entre os R\$ 17.484.199,88 e os R\$ 13.734.000,00, ou seja: R\$ 3.750.199,88. Porém a Impugnante não pode se defender "em tese", pois não foi feita a glosa completa.
- **DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - IRRF: PAGAMENTO INDEVIDO A PREVALECER O ENTENDIMENTO DA AUTORIDADE FISCAL**
- A autoridade descaracterizou os efeitos fiscais do negócio jurídico das debêntures em relação ao IRPJ e CSLL, glosando a participação nos lucros atribuídas às debêntures. Porém, não pode limitar-se a apenas um de seus efeitos (a dedução das bases do IRPJ e CSL), mas sim a todos eles, inclusive os pagamentos feitos em decorrência deste mesmo negócio a título de IRRF, no período-base autuado. A Autoridade Fiscal reconhece recolhimento no valor de R\$ 3.496.839,98, contudo, embora constatando esse recolhimento, deixou de abatê-lo de sua apuração do montante a ser recolhido.
- Os recolhimentos indevidos de IRRF devem ser usados para dedução do crédito tributário de IRPJ.
- Requer: a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, cancelamento da exigência, redução do lançamento para que a glosa limite-se à diferença entre as taxas pagas no mercado e as taxas pagas em remuneração das debêntures e não sobre o total destas últimas, redução do Imposto de Renda com

os créditos tributários de Imposto de Renda Retido na Fonte indevidamente recolhidos e que havendo dúvida na interpretação dos fatos seja aplicada à interpretação mais favorável ao contribuinte.

A 15ª Turma da DRJ no Rio de Janeiro - I / RJ analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 12-058.776, de 21/08/2013 (fls. 405-430), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Exercício: 2012*

*ARGÜIÇÃO DE NULIDADE.*

*Rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento, quando este obedeceu a todos os requisitos formais e materiais necessários para a sua validade, em especial no que tange às garantias do contraditório e da ampla defesa.*

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ*

*Ano-calendário: 2007*

*RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. NEGÓCIOS EM CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO DE PESSOA LIGADA.*

*Presume-se distribuição disfarçada de lucros o negócio pelo qual a pessoa jurídica realiza com pessoa ligada qualquer negócio em condições de favorecimento, assim entendidas as condições que sejam mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. Enquadra-se nesta situação a emissão de debêntures feita exclusivamente em favor dos acionistas da companhia fechada, quando a remuneração é composta unicamente de participação dos lucros, em percentuais inusuais para operações desta natureza.*

*DESCARACTERIZAÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE PARTICIPAÇÕES DE DEBÊNTURES. DEDUÇÃO DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.*

*A descaracterização dos valores pagos a título de participações de debêntures não gera direito de deduzir o IRRF incidente sobre os pagamentos efetuados aos debenturistas. A dedução do IRRF só é possível quando há uma receita, computada na apuração do lucro, relativa ao imposto retido.*

*Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL*

*Ano-calendário: 2007*

*CSLL. DECORRÊNCIA.*

*Se a exigência da CSLL é decorrente da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, aplica-se-lhe, no mérito, a mesma decisão proferida para o referido imposto, desde que não*

*haja argüições específicas ou elementos de prova novos que conduzam a conclusão diversa.*

## Recurso Voluntário

Ciente da decisão de primeira instância em 08/11/2013, conforme Aviso de Recebimento à fl. 437, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 06/12/2013 conforme carimbo de recepção à folha 469.

No recurso interposto (fls. 470/510), após historiar, por sua ótica, o ocorrido, a recorrente reitera, preliminarmente, suas alegações sobre cerceamento ao direito de defesa. Sustenta que não teria sido apontado o dispositivo de lei infringido, o que dificultaria o entendimento da acusação que lhe foi feita. Acrescenta que o julgador em primeira instância teria admitido a legalidade da operação de emissão de debêntures, mas teria mantido a autuação por considerá-la genericamente não usual. Discorre extensamente sobre as características de debêntures e as circunstâncias do caso concreto, e afirma que, em seu caso, a operação praticada estaria dentro da esfera mínima de liberdade da empresa, com a finalidade própria do negócio contratado: instrumentalização de créditos em aberto e captação de recursos. Conclui como segue:

Essa conclusão já seria suficiente para que este E. Conselho decidisse pela total reforma do *decisum*, na parte referente à suposta indedutibilidade das participações atribuídas às debêntures emitidas pela Recorrente, a saber: (i) ausência de menção expressa de dispositivo legal da legislação que afirma ter sido infringida; e (ii) por basear-se em equivocado conceito, não previsto em lei, e supostamente associado a apenas uma das possíveis modalidades de emissão de debêntures.

No mérito, a interessada traz os argumentos abaixo sintetizados:

No que toca às debêntures emitidas, a recorrente sintetiza, por sua ótica, as premissas adotadas pela Turma Julgadora, rebatendo-as, com argumentos acerca da legalidade das operações praticadas e da liberdade da empresa de assim proceder, na mesma linha dos argumentos anteriormente apresentados com a peça impugnatória.

Sustenta, mais uma vez, que a Turma Julgadora *a quo* teria reconhecido que a emissão das debêntures teria obedecido as leis de regência, e que não seria crível que a recorrente venha a ser penalizada por haver cumprido a lei.

A seguir, a recorrente repisa as razões empresariais que, a seu ver, justificariam a emissão das debêntures. Reitera que o pagamento da remuneração das debêntures teria sido feito em cumprimento à sua emissão, nos termos da lei, e que o critério econômico teria sido avaliado de forma subjetiva pela Autoridade Julgadora.

A interessada protesta que o julgador de primeira instância teria desconsiderado os efeitos fiscais do negócio jurídico celebrado com seus acionistas. Lembra que teria, efetivamente, captado novos recursos, seja mediante a transferência de lucros acumulados (R\$ 5.052.000,00), seja mediante aporte dos sócios (R\$ 15.948.000,00), e sustenta que a remuneração com base nos lucros seria plenamente justificável, em seu caso. Protesta, também, que a Turma Julgadora não teria observado os efeitos da operação da recorrente em relação a parâmetros objetivos de mercado. Traz à colação jurisprudência em favor de sua tese

(acórdão nº 101-97.031), e conclui que “*não havendo nos autos qualquer prova de disparidade entre os valores de mercado e de remuneração das debêntures, inconsistente o auto de infração*”.

A recorrente passa a discorrer sobre o art. 464 do RIR/99, e afirma que não estaria presente qualquer das hipóteses ali previstas. Ademais, seria imprescindível a prova, a ser feita pelo Fisco, do valor de mercado, segundo sua previsão legal, para se poder chegar à conclusão de realização ou não dessa hipótese de incidência. Ainda que assim fosse, seria o caso de glosa apenas do excesso entre o valor atribuído à remuneração das debêntures e o valor que seria devido no mercado em operação de empréstimo em instituição financeira.

Acerca do imposto de renda na fonte (IRRF), a interessada sustenta que a descon sideração dos efeitos fiscais de um negócio jurídico pelas autoridades não se poderia limitar a apenas um de seus efeitos. Em apoio a sua tese, traz à colação o acórdão nº 101-94.986, e argumenta como segue (grifos no original):

Ora, é questão de raciocínio lógico e restauração do estado anterior. **Passo 1:** a Recorrente remunera as debêntures e, em razão dessa operação há o recolhimento do IRRF. **Passo 2:** a remuneração das debêntures foi descaracterizada pela Autoridade Fiscal. **Passo 3:** o valor preteritamente destinado a remuneração das debêntures integra a base de cálculo do IRPJ e da CSSL. **Passo 4:** o valor preteritamente recolhido a título de IRRF perde o seu objeto e deve ser utilizado para dedução do IRPJ.

Ainda, às fls. 557/563, encontro documento subscrito pelos patronos da interessada, recebido em 02/12/2014, no qual consta a reiteração dos argumentos recursais e o aditamento de razões.

### Contrarrrazões da Fazenda Nacional

A União (Fazenda Nacional), por sua procuradora, trouxe contrarrrazões (fls. 530/554) ao recurso voluntário, com base no art. 48, § 2º, do então vigente Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009. Após historiar, por sua ótica, o ocorrido, suas considerações podem ser sintetizadas como segue:

A Fazenda Nacional combate a alegação de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, sustentando que a descrição pormenorizada dos fatos, bem assim os motivos pelos quais a Fiscalização descaracterizou os efeitos fiscais do negócio jurídico das debêntures estariam satisfatoriamente postos no auto de infração e no Termo de Verificação Fiscal. Todos os elementos essenciais ao entendimento da acusação estariam presentes e a interessada não teria apontado algum dado concreto que revelasse a alegada deficiência.

No mérito, a Fazenda Nacional rememora, por sua ótica, o contexto e os principais fatos envolvendo a emissão e a remuneração das debêntures. Na sequência, a Fazenda Nacional ressalta que o cumprimento das formalidades legais relativas às debêntures teria conferido às operações mera aparência de licitude. Nesse contexto, os efeitos do negócio seriam inoponíveis ao Fisco. Os lucros distribuídos disfarçadamente seriam indedutíveis. Relembra as características da operação, e conclui que “*além de a emissão de debêntures realizada pelo Hospital e Maternidade Santa Joana não ter proporcionado a captação de novos investimentos, a opção de remunerar os títulos com 85% de seus lucros sem prazo de*

vencimento permite concluir que não se estava diante de verdadeira remuneração de debêntures”. Colaciona jurisprudência administrativa em favor de sua tese.

É o Relatório.

### Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Desde já, esclareço que o recurso conhecido é aquele que se encontra às fls. 470/510. Quanto ao documento de fls. 557/563, dele não conheço. Em se tratando de reiterar as razões de recurso, mostra-se irrelevante. Em pretendendo aditar razões ao recurso, mostra-se flagrantemente intempestivo.

Gira a lide em torno de auto de infração, no qual foram glosadas despesas, supostamente por remuneração de debêntures, diante do entendimento do Fisco de que o que de fato ocorreu teria sido a distribuição disfarçada de lucros aos sócios. O enquadramento legal do lançamento (fl. 292) inclui, entre outros dispositivos, os arts. 464, inciso VI, 465, 466 e 467, inciso V, todos do Decreto nº 3000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), que transcrevo:

*Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):*

[...]

*VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.*

*§3º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §2º).*

*Art. 465. Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §3º, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso IV):*

*I-o sócio ou acionista desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;*

*II-o administrador ou o titular da pessoa jurídica;*

*III-o cônjuge e os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata o inciso I e das demais pessoas mencionadas no inciso II.*

*§1º Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §4º).*

*§2º O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §5º).*

*§3º O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §6º).*

*§4º Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§2º e 3º e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, §7º).*

*Art. 466. Se a pessoa ligada for sócio ou acionista controlador da pessoa jurídica, presumir-se-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os incisos I a VI do art. 464 sejam realizados com a pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).*

*Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, sócio ou acionista controlador é a pessoa física ou jurídica que, diretamente ou através de sociedade ou sociedades sob seu controle, seja titular de direitos de sócio ou acionista que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações da sociedade (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).*

*Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 62, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, incisos VII e VIII):*

*[...]*

*V - no caso do inciso VI do art. 464, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis.*

Sustenta a recorrente, em preliminares, que seu direito à ampla defesa teria sido cerceado, por não ter sido apontado especificamente o dispositivo de lei infringido. Essa alegação já havia sido enfrentada em primeira instância, sendo fundamentadamente rejeitada. O mesmo ocorre aqui.

A descrição dos fatos, no Termo de Verificação Fiscal, deixa claro o entendimento do Fisco de que, não obstante a regularidade formal da operação de emissão de debêntures, os valores destinados aos sócios teriam, de fato, a natureza de lucros distribuídos, e não de remuneração de debêntures. A operação, em condições favorecidas, teria buscado disfarçar a distribuição de lucros, esse o motivo da glosa e da adição à base de cálculo do tributo das importâncias pagas nessas condições. O enquadramento legal apontado nos autos e acima transcrito vai na mesma linha. A defesa da interessada, tanto em primeira instância quanto agora, em sede de recurso voluntário, demonstra seu perfeito entendimento da infração que lhe foi imputada. Em concreto, não verifico qualquer prejuízo ao direito da interessada à ampla defesa e ao contraditório, pelo que nenhuma nulidade nesse sentido há de ser reconhecida. Rejeito, pois a preliminar suscitada.

Antes de entrar na discussão do mérito, propriamente, considero relevante transcrever uma boa síntese teórica que consta do voto condutor do acórdão recorrido, acerca de debêntures. Tais conceitos servirão para nortear a discussão que se seguirá.

Debêntures são certificados ou títulos de valores mobiliários emitidos pelas sociedades por ações, representativas de empréstimos contraídos pelas mesmas, que asseguram aos debenturistas, idênticos direitos de crédito contra as sociedades, estabelecidos na escritura de emissão.

A emissão desses títulos de crédito nominativos tem a finalidade de satisfazer as necessidades financeiras das sociedades por ações. Dessa forma, estas sociedades têm à sua disposição as facilidades necessárias para captação de recursos junto ao público, a prazos longos e juros mais baixos, com atualização monetária e resgates a prazo fixo ou mediante sorteio, conforme suas necessidades para melhor adequar o seu fluxo de caixa.

Quando identificada a necessidade de captação de recursos financeiros de terceiros, para concretização de investimentos e para o cumprimento de obrigações assumidas anteriormente, a administração da empresa levará ao Conselho de Administração ou à Assembléia Geral proposta para que seja contraído empréstimo público, normalmente a longo prazo, mediante a emissão de debêntures. O Conselho ou a Assembléia estabelecerá as características do empréstimo, fixando as condições de emissão, tais como: montante, número de debêntures, prazo, data de emissão, juros, deságio (desconto), amortizações ou resgates programados, conversibilidade ou não em ações, atualização monetária, e tudo o mais que se fizer necessário.

As debêntures de companhias de capital fechado são emitidas para subscrição por pessoas direta ou indiretamente ligadas.

A captação de recursos pela sociedade através de debêntures gera um lançamento contábil em seu ativo (caixa) e outro em seu passivo (circulante e/ou exigível a longo prazo).

A escritura de emissão é um documento legal que especifica as condições sob as quais a debênture foi emitida, os direitos dos possuidores e os deveres da emitente. Trata-se de documento extenso contendo cláusulas padronizadas, restritivas e referentes à garantia. Da escritura constam, entre outras, as seguintes

condições: montante da emissão; quantidade de títulos e o valor nominal unitário; forma; condições de conversibilidade; espécie; data de emissão; data de vencimento; remuneração; juros; prêmio; cláusula de aquisição facultativa e/ou resgate antecipado facultativo; condições de amortização.

O agente fiduciário é uma terceira parte envolvida na escritura de emissão, tendo como responsabilidade assegurar que a emitente cumpra as cláusulas contratuais.

As debêntures podem ser de emissão pública ou privada. A primeira é direcionada ao público investidor em geral, feita por companhia aberta, sob registro na CVM. Já a emissão privada é voltada a um grupo restrito de investidores, não sendo necessário o registro na Comissão.

As debêntures estão disciplinadas nos artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976.

Os recursos captados através de debêntures são equiparáveis ao obtido através de um contrato de mútuo; na verdade, quando a empresa emite tal título está buscando um empréstimo.

A remuneração do “empréstimo”, aperfeiçoado por meio de emissão de debêntures, deverá, no mínimo, guardar correspondência com os juros praticados pelo mercado. A legislação (art. 56 da Lei 6404/76) prevê como forma de remuneração da debênture: o pagamento de juros fixos ou variáveis, e, ainda, para tornar mais atrativo esse tipo de investimento, a participação no lucro da companhia e o 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.*

[...]

Sobre o assunto é oportuno trazer os comentários efetuados por Modesto Carvalhosa:

*“Há quem admita, em virtude dos termos da lei atual, que o rendimento da debênture possa consistir, tão somente, em participação no lucro. Não nos parece ser o melhor entendimento” (...) Interpretação diversa, no sentido de se poder deixar de atribuir juros à debênture, levaria à descaracterização do título. Com efeito, **debênture sem juro, com participação no lucro apenas, não teria a natureza de debênture, mas a de parte beneficiária**”.*

*Modesto Carvalhosa (in Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Saraiva, S.Paulo, pp. 532 e seguintes)*

Admitir debênture sem juros, tendo como remuneração somente a participação nos lucros, é conferir a este título o mesmo tratamento dado às partes beneficiárias.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (*in* Curso de Direito Comercial – vol. 2 – 2ª. Edição – 2000, pág. 152), partes beneficiárias são valores mobiliários que asseguram a seu titular direito de crédito eventual perante a sociedade anônima emissora, consistente numa participação nos lucros desta (g.n).

A remuneração da parte beneficiária está atrelada ao resultado da empresa, sendo um investimento de risco. A debênture não possui esse caráter de incerteza, pois ela é remunerada através de juros. Tal tipo de remuneração pertence a natureza deste título de crédito, pois representam empréstimos. Os juros constituem a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas à companhia; não há como se admitir que um empréstimo tenha o seu rendimento vinculado a uma incerteza, no caso a obtenção de lucro. Na verdade, a lei, ao prever também outras formas de remuneração das debêntures, como a participação nos resultados, quis apenas dar maior atratividade a estes títulos.

Fixados estes conceitos iniciais, convém sintetizar as principais condições de emissão e remuneração das debêntures do caso concreto sob análise.

- Em 15 de abril de 1998, os sócios do Hospital e Maternidade Santa Joana S.A. aprovaram a emissão privada de 21.000 debêntures não conversíveis em ações, com valor nominal unitário de R\$ 1.000,00 – o que correspondeu ao valor total de emissão de R\$ 21.000.000,00.
- Não havia prazo de vencimento.
- As debêntures foram adquiridas exclusivamente pelos sócios controladores da emitente. Do total da emissão (R\$ 21 milhões), R\$ 5.052.000,00,00 tiveram origem em lucros acumulados pela própria pessoa jurídica, e os restantes R\$ 15.948.000,00 foram aportados pelos adquirentes, sócios controladores da emitente.
- A remuneração inicialmente prevista para os mencionados títulos se daria mediante a participação de 50% nos lucros da emitente, posteriormente aumentada para 65% e 85% dos lucros antes da provisão para o IR.

Apenas com estes quatro pontos, já é possível a constatação de que a operação não se revestiu das características usuais a esse instituto. Toda a argumentação da interessada vai na linha do atendimento às formalidades, mas não é isso que se discute aqui. A afirmação do Fisco é de que a remuneração atribuída às debêntures era, de fato, remuneração do lucro, do capital dos sócios, e que toda a operação teria sido montada com o objetivo de reduzir o lucro tributável. E, da análise dos autos, tenho que tal conclusão é inescapável.

Peço vênia para transcrever, a seguir, excelente voto da primeira instância e, desde já adotar o excerto transcrito também como razões de decidir, conforme § único do art. 50 da Lei nº 9.784/1999:

A emissão das debêntures não teve como objetivo principal a captação de recursos, como está previsto na legislação, mas sim uma forma de distribuir lucro criando uma despesa, diminuindo a base de cálculo do IRPJ e da CSLL eternamente, posto que não há prazo de vencimento. A emissão do citado título está totalmente descaracterizada.

Outro ponto que descaracteriza as supostas debêntures é a transferência de valores de lucros acumulados. Foi apurado que, dos R\$ 21.000.000,00 subscritos, R\$ 5.052.000,00 originaram-se da transferência de saldo de Lucros Acumulados, sendo R\$ 1.685.000,00 destinados para cada debenturista. Assim, o montante ingressado na sociedade através de recursos provenientes dos sócios foi de R\$ 15.948.000,00.

Como já visto, o objetivo deste título é obter novos recursos, porém os valores que constam nos lucros acumulados pertencem a própria a empresa e não aos sócios, pois ainda não foram distribuídos. Ressalte-se que o Princípio da Entidade diferencia o patrimônio da empresa do patrimônio dos sócios; enquanto o lucro enquanto não for distribuído aos sócios, tal lucro pertence a empresa e não pode ser por eles utilizado arbitrariamente.

Como já foi explicado, a emissão de debêntures se destina a captar recursos no mercado, principalmente de terceiros, apesar de se admitir que os sócios possam também adquirir uma parte. São recursos que a companhia não possui e por isso vai captá-los no mercado. Trata-se de um verdadeiro empréstimo. Não há sentido na utilização de valores relativos a conta Lucros Acumulados, ou seja, que já estão no seu patrimônio, para aquisição de debêntures emitidas pela própria empresa. A empresa estaria pedindo um empréstimo a ela mesma, o que seria um absurdo.

À medida que a empresa remunera o sócio, é criada tal despesa. Destaque-se que remuneração dos sócios não é despesa, posto que ocorre após a apuração do lucro líquido do exercício, ou seja, após serem apurados o resultado operacional, o não operacional, as participações e contribuições, as provisões para CSLL e IRPJ, feitas as reservas de lucro e capital. Com o artifício criado, 85% da remuneração dos sócios são computados antes da apuração do lucro líquido, o que resulta na diminuição deste e, conseqüentemente, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ressalte-se que a remuneração das debêntures, inicialmente era de 50% do lucro, depois passou a 65% e posteriormente aumentou para 85%. Como se vê, a medida que o tempo passava, foi se aumentando a despesa com debêntures sem a qualquer contrapartida, posto que, não foi colocado na empresa qualquer dinheiro novo. Ora, não há qualquer justificativa neste aumento de remuneração, haja vista, que tal aumento somente faria sentido como forma de incentivo para uma nova captação de recursos, fato que não ocorreu.

A emissão das debêntures, no caso em comento, teve a finalidade de reduzir as bases de cálculo de IRPJ e CSLL, posto que, ao mesmo tempo que se injetou capital na empresa somente em uma ocasião, foi criada artificialmente uma espécie de despesa financeira que vem reduzindo o lucro líquido em diversos anos. Com apenas uma injeção de recursos criou-se uma dedução do lucro que será utilizada infinitamente. Destaque-se que, apesar de as debêntures terem sido emitidas em 1998, já no ano de 1999 mais de 100% do capital emprestado já tinham sido supostamente pagos aos debenturistas (cerca de R\$ 24.507.988,95, ou seja, 116,70% dos R\$ 21.000.000,00 captados), vale dizer, em 1999, já teria sido pago todo o empréstimo. Além disso, até o ano de 2007, o retorno acumulado já representava 413,38% do valor investido. Na verdade, o artifício criado aumenta as deduções ao lucro à medida que o lucro aumenta.

Outro fato que descaracteriza a emissão dessas debêntures é o de que, apesar de a empresa retirar R\$ 17.484.199,88 do lucro antes de calcular o IRPJ e a CSLL, e lançar este montante como obrigação junto aos acionistas, em contas do Passivo Exigível a Longo Prazo, esses valores não são repassados integralmente aos referidos acionistas. Conforme estes vão fazendo retiradas, os valores vão sendo descontados dessas contas passivas. Ora, se debênture é uma espécie de empréstimo, não é razoável, normal ou usual que o credor abra mão de grande parte desse montante. Na realidade, tudo foi feito com a finalidade de diminuir o pagamento de tributos, se os sócios retirassem todo ano montantes dessa ordem, a empresa certamente quebraria.

Há que se destacar o caso da sócia Edma Huesp Amaro, detentora do percentual de 9,18% das debêntures, que durante o ano de 2007 recebeu o montante de R\$ 261.098,06 (fl. 309), porém teria direito a receber, somente a título de remuneração de debêntures, líquido de IRRF, o valor de R\$ 1.284.039,64 ((17.484.199,88-3.496.839,98) x 9,18%). Não é normal que alguém abra mão de tanto dinheiro. Tal fato comprova a existência do artifício com o fim de reduzir indevidamente os tributos a pagar.

Não há qualquer sentido na afirmação da interessada de que o montante retirado não guarda relação com o valor das debêntures atribuíveis a cada sócio. Como já foi dito, trata-se, substancialmente de um empréstimo e, portanto, o valor a ser devolvido para o credor tem que ser na proporção do montante emprestado. Isto é o normal, o usual para esses casos.

Ressalte-se que os efeitos das liberalidades não podem trazer consequências negativas ao direito da Fazenda Pública.

Trata-se de um negócio jurídico que não atende aos requisitos da usualidade e da normalidade, que são essenciais para que o dispêndio seja dedutível. Não é normal nem usual que uma empresa abra mão de 85% dos seus lucros para remunerar debenturistas, que normalmente são terceiros. O negócio somente foi feito deste modo porque os debenturistas são os próprios acionistas, para favorecê-los.

A interessada alega que a emissão das debêntures se deu de forma privada, sendo normal que somente os acionistas tivessem adquirido as mesmas. Como já foi explanado anteriormente, a debênture de emissão privada é voltada a um grupo restrito de investidores, mas isto não quer dizer que estes devam ser necessariamente acionistas. Tal fato revela um dos indícios quanto à indedutibilidade da remuneração das debêntures.

Apesar de não existir impedimento legal (Lei das S/A) à participação dos acionistas no negócio em comento, seria, a princípio, 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, ressaltando-se que a compra de debêntures não é o meio mais normal e usual para que os sócios injetem recursos em uma empresa. Aspecto ainda importante a respeito é que a operação se deu somente com a participação de pessoas ligadas que adquiriram essas debêntures.

[...]

A “distribuição disfarçada de lucro”, prevista no art. 464 e seguinte, do RIR/1999, deriva de uma presunção legal que, de forma geral, tributa os negócios que a empresa realiza com pessoa ligada, em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada. Nesse sentido, a legislação define as hipóteses da distribuição disfarçada e o conceito de “pessoa ligada”.

[...]

A presunção legal relativa fornece um critério para verificar o pressuposto de incidência de uma norma de tributação, por meio de indícios que demonstram a ocorrência do fato tributável. Não se trata de inversão do ônus da prova, mas do deslocamento, da modificação do que tem de ser provado. Portanto, não há sentido

na afirmação da interessada de que não se pode efetuar lançamento por presunção. No caso sob análise, a presunção está prevista na legislação. Está comprovado que a empresa distribui lucros aos sócios através da remuneração das debêntures e tendo como consequência o pagamento a menor de IRPJ e CSLL.

Não tem sentido a relação que a impugnante faz com as taxas de juros médias praticadas para empréstimos bancários, tendo em vista que a remuneração das debêntures, no caso, está atrelada somente ao lucro.

Esclareça-se ao contribuinte que não pode ser aplicado o artigo 464, § 3º do RIR/99 ("a prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros"). Na realidade, o negócio foi de interesse dos acionistas e não da pessoa jurídica, pois como não há tempo previsto para a quitação da obrigação, a pessoa jurídica irá pagar rendimentos eternamente e nunca pagará a dívida, ou seja, foi criado um passivo eterno. Ressalte-se que o valor emprestado já foi pago várias vezes (retorno de 680,67% até o ano de 2009).

Como se vê, não há dúvidas que a operação em comento visou favorecer pessoas ligadas, no caso os acionistas (art. 465, I do RIR/99), pois confere a estes um valor superior ao que seria distribuindo normalmente a título de dividendos (85% do lucro líquido antes da provisão para CSLL e para IRPJ), caracterizando a distribuição disfarçada de lucros (art. 464, VI do RIR/99). Portanto, deve ser aplicado o comando do art. 467, V, do RIR/99, devendo ser considerados indedutíveis os valores deduzidos pela empresa a título de remuneração de debêntures.

Atente-se que os recursos, normalmente destinados aos sócios, os dividendos, são apurados depois das provisões para IRPJ e CSLL, das participações e contribuições e da constituição de reservas de lucro e de capital. No caso, 85% dos lucros tinham de ser destinados aos acionistas antes de computar estas parcelas.

Na verdade, tais fatos denotam a utilização indevida da forma da remuneração de debêntures – cujas despesas são, em princípio, dedutíveis do lucro real, porque necessárias à manutenção do empreendimento –, para operacionalização de real distribuição de lucros (destinação de recursos), fato não passível de dedutibilidade do lucro real. Lança-se mão, assim, exclusivamente da forma, em detrimento de sua respectiva substância jurídica, para respaldar a redução da base tributável do imposto.

Não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária da empresa, mediante a qual os lucros distribuídos foram transformados artificialmente em despesa dedutível, ou seja, a empresa, sem incorrer, de fato, em nenhuma despesa, visto que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista, teria formalizado uma operação que lhe permitiria reduzir o lucro tributável em até 85%.

Não faço reparos ao acima exposto. De fato, a operação se revela completamente artificial, fazendo ingressar recursos pertencentes aos sócios aos quais corresponde um passivo infinito (porque sem vencimento) e autorrenovável a cada ano, tanto maior quanto maiores forem os lucros auferidos pela pessoa jurídica. Ou seja, os recursos dos sócios são remunerados pelo lucro da pessoa jurídica. O que seria isso senão a remuneração do capital, e não de debêntures? Um negócio em tais condições nunca seria firmado com terceiros,

em livres condições de mercado, o que apenas confirma a premissa do inciso VI do art. 464 do RIR/99.

A interpretação da norma tributária não pode se restringir à forma do negócio jurídico praticado. O desvirtuamento do instituto das debêntures, conforme demonstrado, autoriza a ação do Fisco. Nessa linha de raciocínio, tenho por correta a autuação, que afastou os efeitos da operação no que tange à dedutibilidade das supostas despesas com remuneração de debêntures, adicionando-as à base tributável, em cumprimento do comando legal do art. 467, inciso V.

Ainda, no que diz respeito ao argumento de que a glosa não pode recair sobre o total pago a título de remuneração, mas apenas sobre o excesso, há que se ter em mente que a acusação fiscal não foi de pagamento excessivo a título de remuneração de debêntures, mas de emprego de artifício para distribuição disfarçada de lucros. Considerados como lucros os valores distribuídos, cabível a glosa da totalidade, e não de um suposto excesso.

Finalmente, a recorrente reitera seu pedido de que o imposto de renda na fonte, incidente sobre as supostas remunerações de debêntures, seja empregado para reduzir o valor do IRPJ lançado.

Também aqui descabido seu pleito.

A caracterização das remunerações atribuídas a debêntures como, na verdade, lucros distribuídos disfarçadamente aos sócios tem como efeito que tais valores sejam tidos por indedutíveis para fins tributários. Se a interessada recolheu imposto incidente na fonte, e, agora, entende que tal recolhimento seria indevido, cumpre-lhe pleitear a repetição do indébito pelas vias próprias, a saber, o pedido de restituição ou a declaração de compensação.

Em adição a isto, ressalto que o imposto de renda retido na fonte é considerado antecipação do imposto devido pelo beneficiário do rendimento, sendo aquele beneficiário o contribuinte de fato. Foi nesse sentido que o julgador de primeira instância negou o pedido, por considerar que o Hospital e Maternidade Santa Joana S/A não é o titular desse imposto, ao qual corresponderiam receitas tributáveis, mas mero responsável pelo recolhimento. Neste processo não se cuida de como teriam sido apresentadas as declarações de rendimentos das pessoas físicas sócias do Hospital e Maternidade Santa Joana, se os supostos rendimentos de debêntures teriam lá sido considerados tributáveis e se o imposto retido na fonte teria sido empregado como antecipação do imposto devido pelas pessoas físicas. Desta forma, sem a prova de qual teria sido a destinação dada a esse imposto retido por aqueles que sofreram o ônus da retenção, resta impossível, também por esta vertente, o atendimento ao pleito da recorrente.

Na ausência de argumentos específicos atinentes à CSLL, o aqui decidido igualmente a ela se aplica.

Em conclusão, por todo o exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Processo nº 16561.720156/2012-37  
Acórdão n.º **1301-001.979**

**S1-C3T1**  
Fl. 592

---

CÓPIA