



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11052.000825/2010-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.842 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2024
Recorrente PARCOM PARTICIPAÇÕES S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

DESPESAS OPERACIONAIS. REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

O art. 462 do RIR/99 não ampara a redução do resultado pela remuneração de debêntures, quando demonstrado pela fiscalização que a operação foi engendrada apenas entre empresas do mesmo grupo, sem qualquer efetiva captação de recursos novos, estando completamente dissociada de uma efetiva realidade negocial, e tendo sido levada a efeito em condições anormais e inusuais, com o objetivo de eliminar integralmente a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.

IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.

Mesmo admitindo-se que aos valores pagos a título de remuneração das debêntures pudesse ser parcialmente atribuído o tratamento de lucros distribuídos sem tributação na fonte, o imposto retido somente seria passível de aproveitamento, se o caso, na pessoa jurídica que sofreu a retenção ou, se expressamente autorizado por ela, reste demonstrado que o IRRF não foi utilizado para dedução do IRPJ pela beneficiária das remunerações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao recurso (i) por voto de qualidade, quanto ao IRPJ e à CSLL, vencidos os Conselheiros Relator, Eduardo Monteiro Cardoso, José Eduardo Dornelas Souza e Marcelo José Luz de Macedo, que lhe davam provimento e (ii) por maioria de votos, em negar provimento quanto à compensação do IRRF, vencidos os Conselheiros Relator, Eduardo Monteiro Cardoso, e José Eduardo Dornelas Souza, que lhe davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Iágaro Jung Martins.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso - Relator

(documento assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 540/569) interposto em face de acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (DRJ/RJ1) que julgou improcedente a Impugnação apresentada, mantendo o crédito tributário exigido.

Referido crédito tributário decorre de Autos de Infração (fls. 173/182) lavrados para a exigência de IRPJ e de CSLL do ano-calendário de 2006. De acordo com o Termo de Constatação de Infração Fiscal (fls. 169/172), a fundamentação da cobrança é a seguinte:

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA

ANO CALENDÁRIO DE 2006

DESPESAS OPERACIONAIS

DESPESAS FINANCEIRAS NÃO NECESSÁRIAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES ADQUIRIDAS PELOS SÓCIOS COM PREVISÃO DE PAGAMENTO DE 98% DOS LUCROS GERADOS PELA EMPRESA

GLOSA DA DESPESA: R\$10.454.427,55

CONTA: 81999000004

NOME DA CONTA: PAGAMENTO AOS DEBENTURISTAS

Despesas financeiras não necessárias com remuneração de debêntures, apenas sob a forma de participação nos lucros, sendo que 98% do lucro apurado ao final de cada exercício social resta comprometido com seu pagamento.

Pelos documentos de fls. 79/95 e 97/144 acostados ao presente processo, verificamos que o contribuinte lançou debêntures durante diversos anos, totalmente adquiridas por empresa do mesmo grupo econômico da emitente (Opportunity).

Todas as debêntures foram subscritas pelo Opportunity S/A, CNPJ 07.703.638/0001-08 (vide fls. 96/99), sendo a última subscrição, em 02/05/2005, no valor de R\$ 32.500.000,00, todas com remuneração estabelecida na forma de 98% dos lucros gerados pela PARCOM PARTICIPAÇÕES S/A O saldo das debêntures não resgatadas na data de 01-01-2006 é no valor de R\$ 48.848.000,00.

Conforme documentos de fls. 54/60 e DIPJ2007, ano-calendário de 2006, ficha 05A – Despesas Operacionais – PJ em Geral, item 31 – Outras Despesas Operacionais, o contribuinte deduziu o valor de R\$ 10.454.427,55 a título de remuneração das

debêntures lançadas e não resgatadas, que compreende 98% do lucro gerado no período (vide demonstrativo de fls. 145).

Portanto, cuida-se de um planejamento tributário mediante a emissão de debêntures subscritas pelos próprios sócios da sociedade com participação nos lucros em quase toda a sua totalidade.

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

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

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

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

A usualidade e normalidade da operação em questão não têm o atributo de notoriedade, a dispensar prova. Além de não estar demonstrado ser usual a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros (aliás, conforme doutrina acima transcrita, nem mesmo é admissível), é pouco crível que a empresa abrisse mão de 98% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas. Isso, definitivamente, não é usual. A não ser, é claro, que esses terceiros fossem os mesmos detentores do capital da empresa, quando, então, a empresa (melhor dizendo, os detentores do capital) não estariam abrindo mão de coisa alguma (como no presente caso, em que a emissão de debêntures foi para subscrição privada de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico). Adotando a forma jurídica de emissão de debêntures a serem integralizadas exclusivamente por seus acionistas e com os próprios lucros creditados nas respectivas contas correntes, os acionistas continuaram a fazer jus aos lucros, que permanecem na empresa remunerados a uma taxa muito maior à TJLP e à Selic.

O cerne da questão reside na caracterização da despesa como necessária (usual e normal). A despesa é não necessária quando for decorrente de ato de liberalidade, não no sentido de espontaneidade, "mas no sentido jurídico de ato de favor, estranho aos objetivos sociais". No caso, a remuneração das debêntures com até 98% dos lucros caracterizou ato de liberalidade. Embora seja próprio da companhia captar recursos para fazer frente às suas necessidades, mediante emissão de debêntures, não é razoável entender como dentro dos objetivos sociais da empresa o comprometimento de 98% de seus lucros com essa finalidade.

Conquanto não seja seu único escopo, a companhia busca obter lucros para os seus acionistas, e não para pessoas estranhas ao quadro social. A utilização de parcela módica de seus lucros como remuneração adicional aos juros, para tornar atrativa a captação de recursos no mercado, é perfeitamente compatível com o objeto social de qualquer sociedade empresária. Não porém o comprometimento de até 98% dos seus lucros nesse mister. É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros.

O art. 462 do RIR/99 prevê que podem ser deduzidas do lucro líquido do período as participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas às debêntures de sua emissão. Contudo, essa redução há de respeitar a regra geral de dedutibilidade, conforme estatui o art. 249, do RIR/99, ou seja, as despesas devem ser necessárias, usuais ou normais e comprovadas.

Emissão das debêntures da empresa fiscalizada, além de infringir a legislação e o espírito concernente às debêntures, se reveste de características que comprovam sua anormalidade e desnecessidade, de modo que tornam as correspondentes despesas indedutíveis.

Enquadramento Legal:

Artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999).”

Inconformada, a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 205/241), que foi rejeitada pela DRJ por meio de acórdão (fls. 509/527) ementado da seguinte forma:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 2006

DESPESAS OPERACIONAIS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE.

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

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO CONEXO.

A decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ) aplica-se, por decorrência, à exigência de CSLL.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

A Recorrente, então, interpôs Recurso Voluntário (fls. 540/569), sustentando, em síntese, o seguinte:

- (i) Diferentemente do que afirmado pela ação fiscal, a Recorrente tinha “claros propósitos negociais que justificavam a sua capitalização por meio de operação de emissão de debêntures, que seriam subscritas, no decorrer de determinado período, pelo Opportunity Fund, o que comprova a normalidade, usualidade e necessidade da despesa com a remuneração de tais debêntures.” Isso ficaria demonstrado a partir dos seguintes elementos:
 - a. A Recorrente foi criada em 18/08/1994, tendo como acionistas a pessoa jurídica Icatu Factoring e outras pessoas físicas, sendo que

havia interesse de investir no programa de privatizações que era esperado à época, mas sem os recursos necessários para tanto;

- b. No mesmo momento, o OPPORTUNITY FUND, fundo de investimentos no exterior, “tinha interesse em realizar vultosos investimentos no Brasil”. Porém, vigia à época a Resolução nº 1.289/87, que “vedava a utilização de recursos da Carteira de Valores Mobiliários mantida no País por Investidores constituídos no Exterior”;
- c. “Para que não houvesse a diluição da participação dos seus acionistas na hipótese o ingresso de novos sócios, além da vedação quanto à impossibilidade de aquisição de controle acionário por investidor estrangeiro”, a solução encontrada “foi a emissão de debêntures a serem por ele subscritas, o que foi deliberado pelos sócios da Recorrente em Assembleia datada de 21 de outubro de 1994”;
- d. Quando da deliberação a respeito da emissão das debêntures, o OPPORTUNITY FUND “não era acionista da Recorrente, não participando, dessa forma, de qualquer deliberação nesse sentido.”
- e. Somente em 1997, diante da “identificação de uma empresa brasileira interessada em ser acionista da Recorrente e em aumentar o seu capital social, de modo a manter a proporção acionária, exigida pela legislação societária”, “bem como a manter o controle societário nas mãos de acionistas brasileiros, é que o OPPORTUNITY FUND pode finalmente investir recursos na Recorrente por meio da subscrição e integralização de novas ações, tornando-se acionista.”
- f. “Logo, diante do cenário em que se encontrava, o Opportunity Fund utilizou os instrumentos legalmente admissíveis, e absolutamente necessários nas condições então vigentes, para fins de realização de investimentos na Recorrente (via subscrição de debêntures e, posteriormente, mediante subscrição de ações).”
- g. A conclusão da DRJ no sentido de que as debêntures subscritas em 2005 não guardariam relação com a emissão ocorrida em 01/11/1994 estaria equivocada. Isso porque a DRJ não teria observado que, em 08/10/2004, “foi assinado o terceiro aditamento à escritura da 1ª emissão de debêntures (doc. 04), por meio do qual as debêntures da 1ª Série tiveram a data de seu vencimento final alterada para 01.11.2014 e as debêntures da 2ª Série, para o dia 30.08.2015.” Esta prorrogação teria sido noticiada via fato relevante (doc. 05).
- h. Os Relatórios Anuais do Agente Fiduciário dos anos de 2004 e 2005 também “atestam que somente houve uma emissão de debêntures”;
- i. Deste modo, estaria comprovado (i) o efetivo ingresso de R\$ 32.000.000,00 decorrentes da subscrição das debêntures, em 02/05/2005, (ii) que tais debêntures estariam relacionadas à emissão da

1ª Série ocorrida em 01/11/1994 e (iii) que o OPPORTUNITY FUND não era acionista quando da referida emissão, “resta afastada a premissa adotada pela DRJ/RJ que levou à conclusão de que as despesas com a remuneração de tais debêntures não seriam dedutíveis para fins de manutenção do lançamento”;

- j. Ainda, as despesas com remuneração baseadas em 98% do lucro não seriam uma “liberalidade” por parte da Recorrente. Isso porque, tendo em vista a “forte desproporção entre o capital social da Recorrente e o montante que viria a ser investido pelo OPPORTUNITY FUND”, referida remuneração “revela-se absolutamente razoável”. Portanto, a peculiaridade da situação tornaria tal remuneração “normal” e “usual”.
- (ii) Caso o lançamento seja procedente, “a apuração do IRPJ devido não está correta”. Isso porque os rendimentos das debêntures estão sujeitos à retenção de IRRF com alíquota de 20%, com base no art. 729 e 730, I, do RIR/99. Por conta disso, foi efetuada retenção de R\$ 5.456.893,34, o qual deveria ter sido deduzido da exigência em função da modificação da natureza jurídica do pagamento – de rendimento de debênture para distribuição de lucros.

Com base nesses elementos, a Recorrente requer o cancelamento integral da autuação ou, subsidiariamente (i) a dedução do IRRF relativo à remuneração das debêntures e (ii) não sejam exigidos juros de mora sobre a multa de ofício lançada (fls. 568/569).

Em petição de 04/01/2023, a Recorrente junta aos autos comprovante de depósito do crédito tributário discutido (fls. 650/657).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso, Relator.

A Recorrente foi intimada no dia 27/08/2014, por meio de carta com aviso de recebimento (fls. 535), tendo interposto o seu Recurso Voluntário em 26/09/2014 (fls. 540/569), por procurador habilitado. Assim, presentes os pressupostos formais, conheço o recurso.

I. Objeto da autuação e síntese dos fatos

Trata-se de exigência de IRPJ e de CSLL do ano-calendário de 2006 em função da glosa de despesas apropriadas pela Recorrente relativas ao pagamento de remuneração de debêntures subscritas pela pessoa jurídica OPPORTUNITY FUND – BANCO OPPORTUNITY S.A. Foi

aplicada multa de ofício de 75% e juros de mora. Não houve a atribuição de responsabilidade tributária a terceiro.

No dia 21/10/1994 foi realizada Assembleia Geral Extraordinária pela Recorrente, em que foi definida a emissão de 150.000 debêntures conversíveis em ações, em três séries, sendo que para cada debênture foi atribuído o valor nominal de R\$ 1.000,00 (fls. 81/84). Foi definido o valor da 1ª Série em R\$ 50.000.000,00.

Em AGE de 14/09/1995, foi definida a emissão da 2ª Série, constituída de 100.000 debêntures conversíveis em ações, com valor nominal unitário de R\$ 1.171,72. Na mesma oportunidade, foi cancelada a emissão da 3ª Série (fls. 85/87).

Numa terceira AGE, de 27/12/1995, a Recorrente definiu uma modificação nas características das debêntures da 1ª e 2ª Séries mencionadas (fls. 89/90), com a alteração do prazo e vencimento final da primeira e dos rendimentos de ambas:

"DAS CARACTERÍSTICAS DA 1ª SÉRIE: PRAZO E VENCIMENTO FINAL: As debêntures da 1ª série terão prazo de 10 (dez) anos, com vencimento final em 01 de novembro de 2004"; (ii) alterar as condições de remuneração das debêntures da 1ª e 2ª séries da 1ª emissão no que se refere aos prazos e forma de pagamento, devendo ser observada a seguinte redação na escritura de emissão: **"DAS CARACTERÍSTICAS DA 1ª E 2ª SÉRIES: RENDIMENTOS:** As debêntures da 1ª emissão farão jus, exclusivamente, rendimentos variáveis, consistindo em participação no resultado de cada exercício social apurados pela emissora, a partir da data de sua integralização. a) **A participação no resultado a que se refere este item será devida a todas as debêntures em circulação da 1ª emissão e corresponderá a 98 % do resultado apurado em cada exercício social**, na forma prevista no art. 187 da Lei 6.404, de 15.12.76, com base no resultado obtido antes de quaisquer outras deduções; b) Entende-se por debêntures em circulação da 1ª emissão, o total de títulos subscritos e integralizados, excluídas as debêntures em tesouraria da emissora;

Com base nas referidas deliberações societárias, foi emitido "Instrumento Particular de Escritura de 1ª Emissão de Debêntures Conversíveis em Ações de Emissão da Parcom Participações S.A" (fls. 92/105), datada de 31/10/1994. O instrumento faz referência à 1ª Série da emissão, com 50.000 debêntures.

Veja-se que, em Reunião do Conselho de Administração da Recorrente, ocorrido em 02/12/1996 (fls. 382/383) foi definida a emissão de 12.000.000 de ações ordinárias, sendo 8.000.000 delas ações preferenciais nominativas. Estas ações foram adquiridas pelo OPPORTUNITY FUND, conforme certificado de 31/01/1997 (fls. 391/393). Assim, a partir dessa data esta pessoa jurídica integrava o quadro social da Recorrente.

Em 08/10/2004, o vencimento das debêntures da 1ª Série foi postergado para 01/11/2014, e o vencimento das debêntures da 2ª Série foi postergado para 30/08/2015 (fls. 597).

No ano-calendário de 2006, a pessoa jurídica OPPORTUNITY FUND – BANCO OPPORTUNITY S.A. detinha um total de 48.848 debêntures relativas a essa emissão (fls. 107/110). Há nos autos um demonstrativo com as subscrições e recompras (fls. 110), que entendo pertinente destacar:

	Historico	Valor	Quantidade	Subscritor	Obs. Rubrica
Até 1999	Saldo	45.548.000	45.548		Rel. Ag. Fiduciário
10/01/2000	Recompra	-3.000.000	-3.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
17/02/2000	Recompra	-3.000.000	-3.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
20/09/2000	Emissão	1.000.000,00	1.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
24/01/2001	Emissão	1.200.000,00	1.200	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
26/11/2002	Recompra	-15.000.000,00	-15.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
16/04/2003	Recompra	-5.000.000,00	-5.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
01/07/2003	Recompra	-2.000.000,00	-2.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
07/01/2004	Recompra	-2.000.000,00	-2.000	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
12/01/2004	Recompra	-1.400.000,00	-1.400	Opp. Fund	Extrato c/c. - Notas
02/05/2005	Emissão	32.500.000,00	32.500	Opp. Fund	
TOTAL		48.848.000,00	48.848		

Por conta disso, a Recorrente pagou ao debenturista, no ano-calendário de 2006, um total de R\$ 10.454.427,55 (fls. 168), glosado pela Fiscalização com base nas seguintes razões:

- (i) Apesar de não haver vedação legal, a remuneração das debêntures com base exclusivamente no lucro não seria usual. Também não seria usual que essa remuneração fosse feita na proporção de 98% dos seus lucros. Isso só faria sentido se os controladores da pessoa jurídica não estivessem abrindo mão desses lucros, como se verificaria neste caso, pois a emissão foi para subscrição privada de sociedade do “mesmo grupo econômico”;
- (ii) Não seria razoável entender o comprometimento de 98% dos lucros da Recorrente como um ato realizado dentro dos seus objetivos sociais. Seria, portanto, uma liberalidade, não se caracterizando a necessidade da despesa. Seria um “ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros”;
- (iii) O art. 462 do RIR/99 deve ser interpretado de acordo com o art. 249 do RIR/99, devendo ser respeitada a “regra geral de dedutibilidade”.

Feita essa síntese, passo a analisar o mérito referente à legalidade da exigência.

II. Mérito

Segundo o art. 52 da Lei nº 6.404/76 (“LSA”), 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”. Este valor mobiliário serve como um instrumento de captação de recursos, representando um investimento para quem os subscreve ou adquire.

Para remunerar o titular da debênture, o art. 56 da LSA autoriza que sejam previstos (i) juros, fixos ou variáveis, (ii) participação no lucro da companhia e (iii) prêmio de reembolso. Deste modo, é importante fixar essa premissa básica: a lei admite expressamente que a remuneração da debênture seja feita por meio de participação no lucro.

Inclusive, essa característica das debêntures faz com que, no mercado, sejam elas utilizadas até mesmo como “instrumentos de organização do poder de controle da sociedade”, como ensina FABIO ULHÔA COELHO¹. É que a emissão de ações preferenciais em nome do investidor pode gerar, caso não sejam pagos os dividendos fixos ou mínimos, aquisição do direito de voto, podendo significar alteração no controle. A utilização de debêntures, porém, especialmente aquelas sem prazo de vencimento (*debêntures perpétuas*), pode estabelecer a remuneração do investidor sem o risco de perda do poder de controle. Há casos, inclusive, em que se estabelece a *totalidade* do lucro em favor dos investidores no instrumento de emissão. Esse cenário não pode ser desconsiderado na qualificação dos referidos atos.

No âmbito fiscal, o art. 58, II, do Decreto-lei nº 1.598/77 – que fundamenta o art. 462, I, do RIR/99 – autoriza expressamente a dedução, do lucro líquido, das participações nos lucros “asseguradas a debêntures de sua emissão”. Ou seja, a legislação expressamente admite referida dedução, sem a imposição de um limite específico.

Neste ponto, a autuação está fundamentada numa primeira premissa: o art. 462, I, do RIR/99 deveria ser aplicado em conjunto com o art. 299 do mesmo diploma normativo. Ou seja, não bastaria o pagamento da participação com fundamento na emissão de debênture, sendo imprescindível verificar a *necessidade, usualidade e normalidade* dessa despesa.

Não concordo com essa premissa, pois entendo que o âmbito normativo das referidas regras não se confunde. Com efeito, os comandos normativos são distintos, sendo que a suposta aplicação conjunta significa, na verdade, tornar *letra morta* a regra expressa do art. 462, I, do RIR/99. Nesse sentido já se manifestou o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

- In casu, não há como ser acolhida a pretensão da apelante, visto que o disposto no art. 47 e parágrafos da Lei nº 4.506/64 (e art. 299 do RIR), não se aplica à questão suscitada nos autos, porquanto não refletem os fatos ora narrados, bem como anterior à vigência da legislação que dispõe sobre dedutibilidade de despesas

-O disposto no art. 462 do RIR/99 não impõe qualquer restrição quanto à dedutibilidade da remuneração das debêntures - salvo as regras gerais próprios dos atos jurídicos gerais, a sua efetiva existência, validade, como a forma e os seus requisitos gerais.

-O art. 187 da Lei das S/A obedece ao critério de divisão de resultados. A operação efetivada pela apelada, portanto, atende aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, então prevista no art. 82 do CC/1916, quais sejam objeto lícito, agentes capazes e forma prescrita em lei.

- No caso concreto, a emissão das debêntures obedeceu às disposições da Lei da S/A como a preferência de sua emissão aos acionistas. O fato de os acionistas terem sido os subscritores das debêntures não descaracterizou o negócio ou o tornou ilegal, eis que é expressamente previsto em lei a possibilidade dos acionistas da companhia passarem a ser seus debenturistas, aspecto que não pode ser utilizado para caracterizar a operação como anormal e, portanto, desnecessária.

-Constada a legalidade e eficácia da emissão de debêntures e sua subscrição, devendo ser afastada a glosa da base de cálculo efetuada efetivada pela autoridade fiscal no IRPJ da autora no processo administrativo nº. 19.515.002923/2003-85.

¹ COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa. - 20ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157-158.

-Não havendo previsão legal à adição de despesas operacionais não dedutíveis para o IRPJ (art. 47 da Lei 4.506/64), não se pode exigir da apelada qualquer quantia a título de CLS, visto que ausente previsão legal que determinasse a adição dessas despesas em sua base de cálculo.

-Negado provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal. (TRF-3, Quarta Turma, Apelação/Remessa Necessária nº 0007888-82.2010.4.03.6100, Rel. Des. Federal Mônica Nobre, julgado em 06/07/2016 – destaquei)

A partir do referido precedente, inclusive, chega-se à conclusão de que a glosa das despesas com as debêntures deve ser constatada não com base nos requisitos do art. 299 do RIR/99, mas sim a partir dos vícios do próprio ato jurídico de emissão de debêntures. Ou seja, a glosa deveria se basear, por exemplo, na eventual existência de simulação ou fraude à lei, como já decidido por este Carf em caso semelhante:

REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. DEDUTIBILIDADE. ACUSAÇÃO FISCAL INSUFICIENTE. IMPROCEDÊNCIA DA GLOSA. Não logrando, a fiscalização, em comprovar que o negócio jurídico de emissão privada de debêntures foi simulado, dissimulado ou realizado mediante fraude à lei, as participações de debêntures, regularmente registradas e emitidas podem ser deduzidas do lucro líquido do exercício, nos termos do artigo 462 do Decreto nº 3.000/99. (Acórdão nº 1302-006.117, Rel. Cons. Flávio Machado Vilhena Dias, Sessão de 20/09/2022)

Pelo contrário, a Recorrente demonstrou, durante a Fiscalização, que houve efetivo ingresso de recursos quando da subscrição das debêntures pelo debenturista, por meio de extratos bancários e comprovantes da operação (fls. 334/338).

O pagamento efetivo é relevante, inclusive, para estabelecer uma distinção entre este caso e o precedente do Acórdão nº 9101-002.973 (Red. Desig. Cons. Adriana Gomes Rêgo, Sessão de 05/07/2017). É que, naquela oportunidade, ficou evidenciada a intenção de se valer da emissão das debêntures para o pagamento de dividendos, não havendo efetivo ingresso financeiro (p. 39 do acórdão).

Além disso, os relatórios anuais do agente fiduciário, relativo aos anos-calendário de 2004 e 2005 (fls. 623/635) certificam que não houve pagamento relativo às debêntures durante esses períodos. Se o objetivo era tão somente criar artificialmente despesas por meio das debêntures, caberia à ação fiscal buscar esclarecer a disparidade entre o custo de capitalização por meio do instrumento utilizado e aquele que corresponderia aos parâmetros do mercado, o que não foi feito.

A Fiscalização também destaca que a operação se justificaria porque a subscritora das debêntures seria pessoa do “mesmo grupo econômico”: os lucros da controladora são a ela direcionados, como contrapartida da sua transferência de capital. Contudo, o simples fato de se tratar de pessoa jurídica de um mesmo grupo não significa a ilegitimidade da operação, como quer fazer crer a ação fiscal. Nesse sentido:

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

que a despesa não seria necessária, usual e normal. (Acórdão n.º 1101-000.889, Red. Desig. Cons. Benedicto Celso Benício Júnior, Sessão de 07/05/2013)

Neste caso, entendo que a Fiscalização não se desincumbiu do seu ônus de provar que a operação de debêntures seria uma simulação para que a Recorrente pudesse, tão somente, deduzir os valores da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Daí a razão pela qual conluo pela improcedência do lançamento, devendo ser cancelada integralmente a autuação fiscal.

Além disso, ainda que vencido quanto à exigência do IRPJ e da CSLL, entendo que a requalificação realizada pela Fiscalização deve ter como consequência lógica a inexistência do IRRF referente aos pagamentos feitos em função da emissão das debêntures. Daí a razão pela qual conluo pela necessidade de abatimento desse montante da exigência, conforme precedente da C. 1ª Turma da CSRF:

RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. REQUALIFICAÇÃO PARA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. IRRF. DEDUÇÃO. CONSEQUÊNCIA LÓGICA. Se a autoridade fiscal promove uma requalificação dos fatos e passa a tratar como distribuição de lucros uma operação que o sujeito passivo tributou como sendo remuneração de debêntures, com retenção de imposto de renda exclusiva de fonte, os valores devidos corresponderão ao da operação tal como requalificada, permitindo-se portanto o cômputo do IRRF comprovadamente pago como dedução dos valores a serem exigidos. Afastando-se a natureza de remuneração de debêntures dedutíveis, deixa de ser pertinente todo o valor de IRRF retido sobre a operação, fazendo-se necessário abater da exigência fiscal o montante recolhido sob tal rubrica. (Acórdão n.º 9101-006.348, Rel. Cons. Livia de Carli Germano, Sessão de 06/10/2022)

Assim, ainda que vencido quanto à dedutibilidade dos valores, entendo procedentes as alegações recursais a respeito do abatimento do IRRF pago.

III. Dispositivo

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar integralmente o crédito tributário cobrado. Se vencido quanto a este ponto, dou provimento para determinar o abatimento dos valores retidos.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso

Fl. 12 do Acórdão n.º 1301-006.842 - 1ª Seju/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11052.000825/2010-15

Voto Vencedor

Conselheiro Iágaro Jung Martins, Redator designado.

a) Despesas com remuneração de debêntures

Em que pese o bem fundamentado voto do i. Conselheiro Relator, a Turma entendeu, pelo voto de qualidade, que as despesas com remuneração de debêntures, que representaram 98% dos lucros da Recorrente e foram direcionadas exclusivamente a seu sócio, Opportunity Fund – Banco Opportunity S/A, não observaram os requisitos de usualidade ou normalidade, previstos no art. 299 do então RIR/99.

O voto vencido, de forma resumida, entendeu que o art. 462, I, do RIR/99, deve ser interpretado isoladamente, isto é, não está condicionado aos demais requisitos aplicados às despesas em geral, previstos no art. 299 do RIR/99, por exemplo. Faz referência à decisão do TRF3ª R, Apelação/Remessa Necessária n.º 0007888-82.2010.4.03.6100.

Naquele julgado, o TRF 3ª R entendeu que o art. 462 do RIR/99 não impõe qualquer restrição quanto à dedutibilidade da remuneração das debêntures, salvo as regras gerais próprias dos atos jurídicos gerais, existência, validade, forma e os seus requisitos.

Como se vê, a situação fática ultrapassa as regras gerais do negócio jurídico sob análise, em especial sobre o limites impostos pelo fim econômico que se busca com a emissão de debêntures, nos termos do que prevê o art. 187 do Código Civil², isto é, captar recursos de terceiros mediante remuneração sensivelmente superior aos juros obtidos em aplicações de renda fixa (sob a ótica do debenturista) e menores que a captação no mercado financeiro (sob a ótica da emissora).

No caso sob exame, importante destacar que o debenturista é sócio da Recorrente e a remuneração das debêntures praticamente extinguiu o lucro da Recorrente.

De fato, não há vedação de que os debenturistas sejam sócios da companhia emitente e tampouco vedação de que a remuneração esteja atrelada aos lucros.

Todavia, quando se conjuga o aspecto debenturistas vinculado a emitente e a elevada remuneração das debentures, consumindo praticamente todo o lucro do período, há nítida abusividade.

A abusividade resta evidenciada quando terceiros não figuram como debenturistas que teriam acesso a quase totalidade do lucro, ou seja, a remuneração das debêntures em patamares muito acima do mercado tem como debenturistas exclusivamente sócios ou pessoas ligadas, pois os sócios não querem que terceiros fiquem a mesma fatia do lucro da companhia.

Os casos de planejamento tributário abusivo são caracterizados pela existência de duas premissas. A primeira pela existência de alguma patologia de direito (ato ilícito), como por exemplo a simulação e o abuso de direito e a segunda a inexistência de um propósito negocial, uma razão extratributária ou, para aqueles que pugnam que essa expressão não se encontra positivada no ordenamento jurídica, que o negócio seja compatível sobre a perspectiva da causa que motivou a celebração do negócio.

A importante doutrina desenvolvida pelo Prof. Marco Aurélio Grego, estabelece uma segregação didática sobre três fases para análise do planejamento tributário. Após a edição do Código Civil e dos princípios aplicados ao direito civil, como boa-fé, em consonância com os princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da justiça, o referido doutrinador define essa segunda fase do planejamento tributário, como liberdade relativa. Destaca-se esse novo enfoque de análise:

Embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo aos requisitos da licitude dos meios, previedade em relação ao fato gerador, inexistência de simulação sem distorções ou agressões ao ordenamento), sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto e incontestável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado³.

Nessa segunda fase do planejamento tributário, a análise passa a se preocupar **se o direito foi exercido tal qual originalmente previsto no ordenamento**. Prof. Marco Aurélio Greco, explica que essa análise tem amparo no abuso de direito, oriundo do direito civil,

² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.195.

“categoria construída para inibir práticas que, embora possam encontrar-se no âmbito da licitude, implicam, no seu resultado, uma distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes” .

Nessas situações, o ato abusivo sempre será inoponível ao Fisco.

Depois da edição do atual Código Civil em 2002, o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito e a sua existência faz desaparecer um dos requisitos do planejamento tributário, o de estar sustentado em atos lícitos, nesses casos, não se está mais diante de um caso de elisão, mas de evasão.

Nessa fase do planejamento tributário, a causa do negócio é fator preponderante, isto é, o negócio deve-se apoiar em situações reais e não exclusivamente fiscais. Se a causa for exclusivamente pagar menos tributos, será abusiva.

(...) os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnatramento da função objetiva do ato⁴.

Importante destacar que a requalificação dos atos ou negócios não pode ser efetuada pelo Fisco sob o argumento exclusivo da abusividade, caberá ao Fisco o ônus de provar que a finalidade do negócio foi exclusivamente fiscal para que se justifique a requalificação.

Pois bem, na maioria das vezes as duas perspectivas (existência de patologia e propósito negocial ou causa) estão entrelaçadas para fins de análise da abusividade e sua oponibilidade.

Reitera-se que que a remuneração não usual das debêntures, títulos de crédito emitidos pelas S/A destinado a buscar recursos de terceiros (sócios entregam recursos como subscrição de capital), no caso, foi destinado exclusivamente a sócia da Recorrente. A razão do porquê de não haver terceiros não vinculados como debenturistas resta claro, isto é, evitar que terceiros tenha acesso a quase totalidade do lucro da Recorrente, visto que a remuneração dos títulos estava atrelada a 98% do lucro líquido.

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008, p 203.

O art. 462, I, do RIR/99⁵, ao prever a participação nos lucros aos debenturistas por certo não pode ser interpretado de forma isolada, em especial quando a operação analisada em conjunto demonstra que houve abuso quanto aos limites imposto pelo fim econômico previsto pelo ordenamento, em especial no art. 52 da Lei da S/A.

O CARF têm diversos precedentes sobre a situação tratada no presente processo, não admitindo situações em que verificado situação de abuso:

DEBÊNTURES PARTICIPATIVAS ADQUIRIDAS UNICAMENTE PELOS SÓCIOS. REMUNERAÇÃO ATRELADA AOS LUCROS. DEDUTIBILIDADE DO LUCRO LÍQUIDO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DA IDENTIFICAÇÃO DE SIMULAÇÃO. ABUSO DE FORMA

A remuneração de debêntures atrelada exclusivamente aos lucros da empresa, oferecidas unicamente aos seus dois únicos acionistas, antigos sócios da então recente transformada empresa S/A para LTDA, configura elemento distintivo da normalidade e usualidade da operação. A emissão de debêntures, com o único propósito de reduzir a carga tributária, implica em evasão. Para que um planejamento tributário seja oponível ao fisco, não basta que o contribuinte, no exercício do direito de autoorganização, 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 legítimo, de modo que o exercício do direito seja regular. **SIMULAÇÃO RELATIVA.** O intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da forma jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos, conforme os artigos 109 e 118 do CTN e 167 do Código Civil.

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBENTURES.

Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados a sócios, decorrentes de operações que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debentures, mantém-se o lançamento.

(Acórdão nº 1402-006.710, sessão de 23.01.2024, relator Jandir Jose Dalle Lucca).

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.

⁵ 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;

[...]

(Acórdão n.º 1402-002.513, sessão de 17.05.2017, relator Luiz Augusto de Souza Gonçalves).

REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

O art. 462 do RIR/99 não ampara a redução do resultado pela remuneração de debêntures, quando demonstrado pela fiscalização que a operação foi engendrada apenas entre empresas do mesmo grupo, sem qualquer efetiva captação de recursos novos, estando completamente dissociada de uma efetiva realidade negocial, e tendo sido levada a efeito em condições anormais e inusuais, com o objetivo de eliminar integralmente a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro.

(Acórdão n.º 1102-001.227, sessão de 22.10.2014, relator João Otávio Oppermann Thome).

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.

(Acórdão n.º 1402-002.963, sessão de 13.03.2018, relator Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira).

Repisa-se, ainda, as razões de decidir da r. decisão, que por força do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999, passam a integrar a presente voto:

Assim sendo, e antes de qualquer análise das razões de insurgimento da autuada, importa examinar as previsões contidas na legislação do Imposto de Renda referentes às regras aplicáveis à determinação da base tributável, no que concerne à regularidade das despesas contabilizadas na apuração do lucro real.

Quanto à legislação consolidada acerca da apuração e demonstração da base de cálculo e do imposto devido pelos contribuintes, bem como da verificação de sua regularidade pela autoridade tributária, cumpre recorrer ao Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 – RIR/99, Livro II – Tributação das Pessoas Jurídicas, Título IV – Determinação da Base de Cálculo, Subtítulo III – Lucro Real.

Segundo a fundamentação constante dos autos - Artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999), a contribuinte não teria observado o disposto nos art. 6º, §2º, e 7º do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e Leis nº 2.354, de 1954 (art. 2º) e 9.249, de 1995 (art. 25), conforme se reproduz adiante:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, §2º):

I - os custos, despesas e encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real.

(...)

Art. 251. A pessoa jurídica sujeito à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 7º).

Parágrafo único. A escrituração deve abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei n.º 2.354, de 29/11/1954, art. 2º e Lei n.º 9.249, de 1995, art. 25).

Outrossim, no que diz respeito à infração atribuída à contribuinte (inedutibilidade de despesas operacionais não necessárias), cabe examinar também os seguintes dispositivos legais que tratam da matéria, consolidados no RIR/99:

Seção III - Custos, Despesas Operacionais e Encargos

Subseção I - Disposições Gerais - Despesas Necessárias

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (lei n.º 4.506/64, art. 47).

§1º. São necessárias as despesas pagas e incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, art. 47, par. 1º).

§2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei n.º 4.506/64, art. 47, par. 2º). (os grifos não são do original)

(...)

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 45, §2º).

Da leitura dos dispositivos transcritos, depreende-se que a legislação tributária estabelece, como necessárias, despesas pagas e incorridas na realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, admitindo como operacionais as despesas usuais ou normais para manutenção da respectiva fonte produtora. Portanto, a documentação comprobatória para fins de dedutibilidade deve demonstrar, além do vínculo da despesa à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, sua normalidade, usualidade e necessidade.

Além disso, necessário se faz definir se a legislação acima transcrita ampara, ou não, a dedutibilidade das despesas financeiras relativas à remuneração de debêntures, nas condições previstas nas escrituras de emissão dos títulos, objeto da autuação, quando tais títulos são emitidos e subscritos exclusivamente por um dos acionistas da própria empresa, e na proporção da participação no capital social.

Nesse sentido, segundo a descrição do lançamento, a glosa das despesas financeiras, consideradas não necessárias, a título de remuneração das debêntures lançadas e não resgatadas, no valor de R\$ 10.454.427,55, dizem respeito à última subscrição de debêntures, efetuada pelo Opportunity Fund – Banco Opportunity S/A (CNPJ 07.703.638/0001-08), em 02/05/2005, no valor de R\$ 32.500.000,00, todas com remuneração estabelecida na forma de 98% dos lucros gerados pela Parcon Participações S/A, e com saldo das debêntures não resgatadas na data de 02-01-2006, no valor de R\$ 48.848.000,00, conforme documentos anexados às fls. 107/110.

Assim sendo, observa-se que quando da subscrição dessas debêntures, em maio de 2005, o Opportunity S/A já era sócio da empresa, fato esse que não foi questionado pela

impugnante, muito pelo contrário, por várias vezes, a interessada ressalta que o Opportunity S/A se tornou sócio da empresa a partir de 1997, apresentando, inclusive, cópia da Ata da Reunião do Conselho de Administração, realizada em 02 de dezembro de 1996 (fls. 382/384) e do Certificado de Ações n.º 1 (fls. 391/394).

Portanto, correta a afirmativa da fiscalização no sentido de que as debêntures foram subscritas pelo próprio sócio da contribuinte (Opportunity S/A), cabendo ressaltar que as debêntures emitidas em 1994, mencionadas pela impugnante, quando o Opportunity S/A ainda não era sócio da empresa, tinham como data de vencimento, respectivamente, 01/11/1999 (1ª Série) e 30/08/2005 (2ª série), conforme Relatório do Agente Financeiro – Exercício de 1999 (fls. 112), não tendo, assim, nenhuma ligação com as despesas financeiras contabilizadas em 2006, no valor de R\$ 10.454.427,55 (demonstrativo às fls. 168), que, como já assinalado, são concernentes às debêntures subscritas em 02/05/2005 (fls. 160/163), objeto do lançamento em questão.

Sobre o assunto em pauta, cabe transcrever parte do voto da Julgadora Maria Lucia Aguilera, no Acórdão n.º 05-19.988 – 2ª Turma da DRJ/CPS, de 8 de novembro de 2008, que, após examinar o voto da Conselheira Sandra Maria Faroni, no Acórdão n.º 101- 94.986 de 19 de maio de 2005 (que traz uma contextualização jurídica do problema da dedutibilidade de tais despesas para fins de apuração do IRPJ e da CSLL), assim esclarece:

No caso sob apreciação, a questionada remuneração das debêntures equivalia a 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social, sendo excluídos apenas os resultados oriundos de participações societárias de caráter permanente, conforme consignado no aditivo à escritura de emissão dos títulos.

(...)

Ademais, no presente caso, também se verificou que tal remuneração de debêntures, efetuada de forma não normal ou usual, somente se explicava, por ter beneficiado exclusivamente os próprios acionistas do empreendimento, únicos subscritores das debêntures emitidas, e na proporção da participação no capital social.

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.

Reitere-se: 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. Conforme brilhantemente percebido pela Ilma. Conselheira em caso semelhante, 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 97%.

Ratifica-se aqui o entendimento de que as despesas financeiras com remuneração de debêntures, apenas sob a forma de participação nos lucros, emitidas e subscritas exclusivamente pelos acionistas da própria emitente, decorrem de ato de liberalidade ou de favor, estranho aos objetivos sociais, na medida em que teriam comprometido contratualmente 97% do lucro apurado ao final de cada exercício social. Repitam-se as palavras da Ilma. Conselheira: “É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros”.

Considerando ainda que as argumentações e provas trazidas na impugnação dizem respeito a fatos econômicos ocorridos em períodos bem anteriores ao lançado (ano-calendário 2006), inclusive, quando o objetivo é justificar, como usuais e normais, as operações de aquisição das debêntures pela Opportunity S/A, conclui-se que a impugnante não logrou comprovar o vínculo da despesa à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, sua normalidade, usualidade e necessidade, como determina a legislação pertinente, antes transcrita.

Relativamente às disposições do Decreto-lei n.º 718, de 12 de outubro de 1938 (artigo 3º, §2º, alínea "e") e Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (o artigo 56), citadas pela contribuinte, tem-se que, ainda que se reconheça que compete à pessoa jurídica, por meio de seus acionistas, definir a forma de remunerar o capital necessário para gerir suas atividades, é oportuno enfatizar, mais uma vez, que a legislação tributária impõe as condições de dedutibilidade na base tributável de tais dispêndios, de forma que não basta comprovar o desembolso da importância contabilizada como despesa, é imprescindível demonstrar a necessidade, normalidade e usualidade dessa despesa para manutenção da atividade da empresa, o que, repita-se, não foi feito pela impugnante.

Pelas razões expostas, constate-se que o art. 462 do RIR/99 não ampara a redução do resultado pela remuneração de debêntures, quando demonstrado pela fiscalização que a operação se deu apenas com pessoas ligadas, sem qualquer captação de recursos novos, e a operação ter se dado em situações inusuais, com objetivo de eliminar integralmente o lucro da Recorrente.

b) Dedução do IRRF

A Turma decidiu ainda, por maioria de votos, em negar provimento quanto à compensação do IRRF.

O entendimento do i. Relator foi pela possibilidade de compensação do IRRF, em razão da requalificação dos fatos, fato que no seu entender tornaria os recolhimentos como indevidos. Cita precedente da CSRF, Acórdão n.º 9101-006.348).

Embora sob a perspectiva econômica não há como discordar dessa conclusão, para a maioria da Turma, o impedimento da compensação está vinculado a disposição do art. 166 do CTN⁶, pois embora a Recorrente figure como responsável pela retenção do IRRF e o efetivo pagamento (art. 121, II, do CTN), o referido imposto foi (ou poderia ter sido) compensado pelo beneficiário dos rendimentos com a remuneração de debêntures.

⁶ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Como não há no processo qualquer prova de que o encargo financeiro foi transferidos, pelo contrário, há comprovação da efetiva retenção, isto é de que o ônus do tributo foi do debenturista.

Deveria a Recorrente estar expressamente autorizada pelo beneficiário dos pagamentos além, por óbvio, da demonstração de que o beneficiário não utilizou as retenções sofridas para fins de dedução do IRPJ por ele devido.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste CARF:

IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.

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

(Acórdão nº 1102-001.227, sessão de 22.10.2014, relator João Otávio Oppermann Thome).

DEBÊNTURES. REMUNERAÇÃO. IRRF.

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

(Acórdão nº 1201001.752, sessão de 18.05.2017, redatora designada Eva Maria Los).

No mesmo sentido o Acórdão nº 1402001.575, relator Leonardo Couto, julgado em 12.02.2014:

Na verdade não houve a desconsideração pura e simples da despesa, como se inexistente, mas sim a não aceitação da dedutibilidade. De fato, se a operação fosse considerada simulada o rendimento pago se convolaria em dividendos e não se justificaria a incidência na fonte. Não foi o que ocorreu, no presente caso.

Descabe, portanto, a compensação suscitada. Em primeiro lugar, porque a incidência decorre de disposição expressa da norma e em segundo lugar, pelo fato do ônus do imposto ser do debenturista e não da fonte pagadora.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário para considerar como indedutíveis as despesas com remuneração de debêntures e negar o pedido subsidiário para compensação do IRRF.

(assinado digitalmente)

Iágaro Jung Martins

