



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

**Processo n°** 16561.720088/2016-30  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1301-003.295 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 15 de agosto de 2018  
**Matéria** IRPJ/CSLL/DDL  
**Recorrente** HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012

RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES PERPÉTUAS DE PARTICIPAÇÃO DE LUCROS. NATUREZA DE INSTRUMENTO FINANCEIRO PATRIMONIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 58 DO DECRETO-LEI 1598/77.

As debêntures perpétuas de participação de lucros emitidas no presente caso são instrumentos financeiros híbridos de caráter patrimonial, que refletem a participação dos "credores" no sucesso da empresa, e não se sujeitam nem a prazos pré-determinados de pagamento, em razão da possibilidade da diretoria postergar o pagamento, nem a um vencimento da dívida, com retorno do principal. A sua natureza jurídica e contábil tem uma implicação direta sobre a qualificação da remuneração paga, que não tem natureza de juros, mas sim de dividendos, devendo receber o tratamento tributário correspondente. Por se tratar de participação nos lucros decorrente de instrumento patrimonial, e não de dívida, não há que se aplicar o art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

**DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.**

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 estratosféricos para operações desta natureza.

**ABATIMENTO DO IRRF.**

Afastando-se a natureza de remuneração de debêntures dedutíveis, deixa de ser pertinente IRRF sobre a operação, fazendo-se necessário o abatimento dos valores recolhidos pelo contribuinte a tal título da exigência fiscal.

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

Ano-calendário: 2011, 2012

LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplica-se à CSLL os mesmos fundamentos da decisão relativamente ao IRPJ, por se tratar de lançamento reflexo daquele.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2011, 2012

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. MANUTENÇÃO DA CONDUTA INFRACIONAL APÓS AUTUAÇÕES ANTERIORES, MAS REFERENTE A FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA LAVRATURA DO PRIMEIRO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Constatando-se que o lançamento trata de fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2011 e 2012, e os primeiros lançamentos realizados foram formalizados posteriormente, respectivamente nos anos-calendário de 2012 e 2013, sem o julgamento definitivo dos processos até a dada do presente lançamento, não há como considerar que, somente com base nesses elementos, se qualifique a penalidade, mormente quando, diante dos mesmos fatos, a Fiscalização não qualificou a penalidade nas autuações anteriores referente aos mesmos fatos.

Ausência de demonstração do dolo do Recorrente no sentido de incorrer nas condutas dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA A ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ART. 135, III, DO CTN. SIMPLES INADIMPLEMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

A simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa. Precedente do STJ no REsp 1.101.728/SP julgado no rito do art. 543C do CPC/1973. O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Inteligência do Enunciado nº 430 da Súmula do STJ.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento parcial ao recurso voluntário para: (i) por unanimidade de votos, deduzir o IRRF já recolhido na operação; (ii) por maioria de votos, reduzir a multa de ofício para 75% e excluir os coobrigados do polo passivo

da obrigação tributária, vencido o Conselheiro Nelso Kichel que negou provimento em relação a esses pontos. Em relação ao mérito da exigência, o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto acompanhou o voto do relator por suas conclusões.

*(assinado digitalmente)*

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram do presente julgamento os seguintes Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

## Relatório

Trata-se de Autos de Infração de fls. 1015/1034 e do Termo de Verificação Fiscal - TVF (fls. 984/1012), relativo aos anos-calendário de 2011 e 2012, para apuração e cobrança de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, acrescido de multa qualificada de 150%.

Da mesma forma, imputou-se responsabilidade solidária aos três sócios-diretores: Eduardo Rahme Amaro (diretor clínico), Antônio Rhame Amaro (diretor administrativo) e Edma Huespe (diretora secretária), com fundamento no art. 135, III do CTN.

A fiscalização aduz também que o mesmo contribuinte foi objeto de autuação pelas mesmas infrações nos seguintes processos: 16561.720.156/2012-37 (2007); 16643.720.002/2013-16 (2008 e 2009) e 16561.720.079/2014-87 (2010).

O Contribuinte é sociedade anônima fechada, cujo capital é distribuído entre os três sócios listados acima. Em 1998, em Assembléia Geral Extraordinária - AGE, os acionistas decidiram pela emissão de 21.000 (vinte e uma mil) debêntures (série única, subordinadas, nominativas, endossáveis e não conversíveis em ações, com participação nos lucros, sem vencimento pré-fixado), no valor global de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais), sendo: a) R\$ 5.052.000,00 oriundos da conta "Lucros Acumulados"; b) e R\$ 15.948.000,00: "ingressado na sociedade através de recursos provenientes dos sócios".

A única forma prevista de remuneração das debêntures era a *participação sobre o lucro antes da provisão para o Imposto de Renda*, em 31 de dezembro de cada ano (a partir de 1998), nos seguintes percentuais: a) a partir de 15/04/1998 - 50% dos lucros; b) a partir de 02/06/1999 - 65% dos lucros; c) a partir de 07/01/2002 - 85% dos lucros.

Relativamente aos fatos geradores dos *anos-calendário de 2007 a 2010*, objeto de outros processos administrativos, o TVF traz algumas considerações fáticas.

Contabilmente, o Contribuinte deduzia a "participação de debêntures" dos resultados (ficha 6-A das DIPJs dos exercícios em questão), e os valores deduzidos eram debitados em Contas de Resultado/Despesas Financeiras e creditados a Passivo Exigível de Longo Prazo/Juros e Participações, sendo segregado uma conta para cada sócio.

Nesse mesma conta de Passivo Exigível era controlada a provisão de distribuição de lucros, mas cujo débito decorrente do pagamento aos sócios era sempre inferior ao valor provisionado. Por outro lado, eram lançados mensalmente, a crédito, 85% do Lucro Líquido apurado no mês, e a débito, as retiradas dos sócios, em valores e periodicidade que não foram esclarecidos pelo Contribuinte.

A fiscalização aponta que apesar dos vultosos créditos nessa conta de Passivo, as retiradas da sócia Edma Huesp eram feitas mensalmente, no valor fixo de R\$ 25.000,00 (nos recibos consta a anotação de pró-labore), o que se daria em razão de opção da subscritora das debêntures.

A fiscalização lavrou a autuação, concluindo que as debêntures “*são apenas um artifício para o interessado deduzir parte significativa do lucro, dando uma aparente validade jurídica para o suposto pagamento de remuneração de debêntures, que, na realidade, configura distribuição de lucro, indedutível da base cálculo do IR e da CSLL*”.

Nas informações relativas ao processo 16561.720.079/2014-87 (2010), o TVF informou o seguinte:

em AGE de 24.01.2013, o interessado aprovou nova alteração na remuneração das debêntures, desta vez para menor, passando a ser de 30% (trinta por cento)”;

“a alteração ocorreu após a lavratura do Auto de Infração relativo ao anuário de 2007, o que demonstra que a empresa manteve a prática de planejamento tributário por meio de pagamento de remuneração de debêntures aos sócios, mesmo tendo ciência de que tal prática ia de encontro ao posicionamento do Fisco Federal”

“somente em 02/01/2014 os acionistas se reuniram em Assembléia Geral Extraordinária, deliberando pelo resgate total das debêntures, ou seja, cessaram, enfim, o planejamento tributário abusivo aqui abordado”;

Reproduz a exposição do *modus operandi* do Contribuinte, com a redução de 85% do Lucro Líquido a título de ajustes de participação dos lucros, através de créditos na conta do Passivo Exigível a Longo Prazo/Juros Passivos, e esses valores são debitados na conta a medida que os sócios fazem as retiradas. Menciona que os recibos das retiradas da sócia Edma Huespe são identificados como "Lucros", indicando a real natureza da remuneração das debêntures.

As conclusões da fiscalização são as seguintes:

- a) que os debenturistas eram os próprios sócios administradores;
- b) da emissão de debêntures, não houve qualquer injeção de haveres novos e externos para investimento, desvirtuando o intuito maior da operação;

c) que a operação não se enquadra como emissão de debêntures, pois não há qualquer previsão de se remunerar os recursos obtidos por meio de pagamento de juros;

d) a suposta remuneração das debêntures não tem qualquer paralelo com o mundo real;

e) no ano seguinte ao da emissão, a empresa já havia remunerado os debenturistas com mais de 100% (cem por cento) do “capital emprestado”, e mesmo assim, continuou remunerando seus debenturistas;

f) passados onze anos, a remuneração acumulada paga aos sócios totaliza um retorno de 680,67%; g) a emissão de debêntures pela fiscalizada não tem qualquer racionalidade econômica, a não ser a economia de tributos;

h) “qual empresa ofereceria como remuneração por um empréstimo uma participação de 85% de seu lucro anual a pessoas que não fossem os próprios sócios da empresa?; não é crível que tamanha benesse fosse concedida a um terceiro sem ligação ou influência nos negócios da empresa”;

i) “a operação engendrada caracteriza-se como distribuição disfarçada de lucros, já que se trata de negócio realizado em condições de favorecimento com pessoas ligadas (*in casu*, os seus próprios acionistas), mediante a remuneração das debêntures com 85% dos lucros apurados”;

j) se o objetivo da empresa era a captação de recursos para a consecução de seus objetivos, poderiam ter sido adotadas outras formas de transferência de capital, “proporcionando o alcance dos mesmos resultados perseguidos, sem a necessidade de redução de 85% da base de cálculo do IRPJ e da CSLL”;

k) “na verdade, tais fatos denotam a utilização indevida da forma da remuneração de debêntures, cujos pagamentos são, a princípio, dedutíveis do lucro real, porque necessários à manutenção do empreendimento”.

Prosseguindo, em relação aos anos-calendário de 2011 e 2012, autuados no presente processo, o TVF indicou que o Contribuinte permaneceu distribuindo aos sócios 85% do Lucro Líquido a título de "participação de debêntures", totalizando um retorno acumulado de 880,48% e 1.020,06%, respectivamente.

Intimado a demonstrar com clareza os recursos obtidos através da emissão de debêntures, o interessado “somente juntou documentação de compra das ações da empresa Pro-Matre Paulista S/A, em 02.02.2000, por R\$ 4.752.618,00 (incorporada em 30.06.2000), “valor muito abaixo do obtido com a emissão de debêntures.

O interessado informou à autoridade fiscal que, em AGE de 07.06.2013, foi aprovado o estorno das despesas deduzidas a título de remuneração nos anos-calendário de 2012 e 2013, e que foram apuradas novas demonstrações de resultado. Ainda assim, para 2012, “o contribuinte estava sob fiscalização, e não havia recuperado a espontaneidade”.

Sob o fundamento de que o interessado agiu com dolo e persistiu na prática de atos que visavam induzir o Fisco a erro, a fiscalização lançou multa qualificada de 150%, com a imputação de responsabilidade aos sócios, com fundamento no art. 135, III do CTN.

Notificado, o Contribuinte e os Responsáveis apresentaram impugnação aduzindo:

- a) cerceamento do direito de defesa por não indicar o dispositivo infringido;
- b) A lei nº 6404/76 não faz ressalvas quanto às condições, qualidades ou natureza dos titulares das debêntures, e aponta que todas as formalidades legais foram atendidas;
- c) As debêntures fizeram parte de um plano de reestruturação e preparação da empresa para suportar novo ciclo de crescimento: a expansão das operações e a necessidade dos acionistas de reaverem recursos emprestados à empresa. Afirmam que, logo após a emissão das debêntures, a empresa comprou, em 2000, a companhia Pro Matre Paulista S/A.
- d) Com relação aos valores transferidos de lucros acumulados, não havia e não há qualquer ressalva, condição ou vedação imposta pela legislação societária ou pela legislação fiscal à subscrição de debêntures mediante compensação dos créditos de lucros acumulados mantidos em conta corrente pelos acionistas.
- e) Ausência de prova de disparidade entre os valores de mercado e os de remuneração das debêntures, e que a autoridade fiscal “não poderia desnaturar uma operação, simplesmente pela elevada remuneração, já que esta decorre da própria característica do instituto”. Subsidiariamente, aduzem que “a base de cálculo deveria ser a diferença entre o valor total e a média constatada no mercado financeiro”.
- f) Seria inaplicável a presunção do art.464, inciso VI, do RIR/99, cujo pressuposto essencial é a demonstração da “situação vantajosa” em relação ao valor de mercado, e que, sem isso, é impossível afirmar, com a segurança e a certeza necessárias, se, de fato, foi oferecida condição privilegiada a acionistas, e, sobretudo, qual teria sido a medida desse privilégio.
- g) A desconsideração dos efeitos do negócio jurídico não se pode limitar à glosa, devendo-se estender aos recolhimentos de IRRF, cujos valores podem que sejam deduzidos do crédito tributário formalizado.
- h) Afirmam que os sócios deliberaram pelo estorno das despesas deduzidas a título de remuneração de debêntures, e “como consequência, houve a retificação das declarações dos anos-calendário de 2012 e 2013, pelas quais aumentou-se o imposto devido”. Alegam que a “confissão do débito pela entrega das declarações revela-se como legítima constituição do crédito tributário”, de modo que a autuação seria despicienda. Dizem que o fato de não estarem revestidos pelo benefício da espontaneidade, com o que concordam, traz como única consequência a cobrança de multa.
- i) Sobre a multa qualificada, aduzem que toda a operação foi feita em observância da lei 6.404/76, e que as autuações foram deflagradas em 2012, 2013 e 2014, de modo que a autuação relativa ao fato gerador de 2011 leva em conta fatos anteriores às autuações;
- j) Afirmam que não há fundamento para a responsabilização, mas o simples inadimplemento do tributo, e que o CARF afastou a responsabilidade em outros casos julgados;

A DRJ julgou improcedente o pleito do contribuinte, em acórdão assim ementado:

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Ano-calendário: 2011, 2012*

**CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.**

*Antes de instaurada a fase litigiosa, não cabe alegação de cerceamento do direito de defesa.*

**PROVA. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.**

*A prova documental deve ser apresentada com a manifestação de inconformidade, precluindo o direito de o interessado fazê-lo em outro momento processual.*

**DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.**

*A autoridade julgadora pode indeferir os pedidos de diligências que considerar prescindíveis ou impraticáveis.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2011, 2012 INÍCIO DA AÇÃO FISCAL. RETIFICAÇÃO DE DECLARAÇÃO. ESPONTANEIDADE.**

*Iniciada a ação fiscal, a retificação de declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, não produz efeitos.*

**MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.**

*Mantém-se a qualificação da multa se não afastadas as condições previstas em lei para a sua exigência.*

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. INFRAÇÃO DE LEI.**

*Os diretores respondem pessoal e solidariamente pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.*

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

*Ano-calendário: 2011, 2012*

**RENDIMENTOS DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. CONDIÇÕES DE FAVORECIMENTO. PESSOA LIGADA. LANÇAMENTO MANTIDO.**

*Configura distribuição disfarçada de lucros o negócio com pessoa ligada quando a esta são oferecidas condições mais vantajosas que as prevalentes no mercado ou que as contratadas com terceiros.*

**PARTICIPAÇÕES DE DEBÊNTURES. DESCARACTERIZAÇÃO. DEDUÇÃO DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.**

*Não existe lei autorizando que, do IRPJ devido em função da glosa de participações de debêntures, seja deduzido o IRRF correspondente.*

*CSLL. DECORRÊNCIA.*

*O decidido no julgamento do IRPJ se aplica à tributação dele decorrente.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Irresignado, o Contribuinte e os Responsáveis apresentaram Recurso Voluntário, repisando as razões de sua Impugnação, e aduzindo de forma complementar que o crédito tributário relativo ao IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2012 é objeto de cobrança no Processo nº 16613.720010/2016-62, em razão da DCTF Retificadora transmitida em 2013 pelo Contribuinte, após as autuações do ano-calendário de 2007.

É o relatório, em síntese.

## **Voto**

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido pelo Colegiado.

### **I) Preliminar**

Preliminarmente, aduz a Recorrente a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, em razão da ausência de indicativo dos dispositivos infringidos.

Data vênia, parece-nos não proceder a alegação, pois não apenas no TVF, como também no corpo do auto de infração, são indicados os dispositivos que entendeu terem sido descumpridos pelo Contribuinte - por exemplo, na fl. 1001, o auditor replica integralmente o art. 464 do RIR/99, para justificar a incidência do seu inciso VI ao presente caso, e da mesma forma o faz em fl. 1007, com o art. 44 da Lei 9.430/96, para fins de motivação da multa aplicada.

Desse modo, não procede a alegação nesse ponto.

Prosseguindo, aduz também nulidade da autuação no tocante ao ano-calendário de 2012, em razão da DCTF Retificadora relativa a esse período estar sendo objeto de cobrança no processo nº 16613.720010/2016-62.

Novamente, não merece prosperar o pleito do Recorrente.

Conforme o art. 33, §2º do Decreto 7574/2011, *a ato que determinar o início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação ao tributo, ao período e à matéria nele expressamente inseridos*. O início da presente fiscalização se deu em Fevereiro de 2015, conforme TIPF, ao passo que a retificação ativa da DCTF, atualmente em cobrança por se tratar de crédito tributário incontroverso, se deu apenas em 27/06/2016, após o início da fiscalização e, portanto, fora do alcance da espontaneidade que justificaria a nulidade da autuação com base na DCTF Original.

O que se dá, no presente caso, é que após a cobrança relativa ao ano-calendário de 2012, eventual crédito pago naquele processo será descontado dos créditos tributários apurados neste, pela unidade de origem, durante os procedimentos oficiosos de cobrança, não havendo que se falar em duplicidade de cobrança, portanto.

Assim, não merece acato também esta alegação do Recorrente.

## II) Mérito

### a) Da cobrança de IRPJ e CSLL em razão de distribuição disfarçada de lucros.

O mérito do presente caso consiste na cobrança de IRPJ e CSLL, bem como os demais consectários legais, decorrentes de imputada *distribuição disfarçada de lucros* (DDL), com fundamento no art. 464, VI do RIR/99, c/c art. 467, inc. V do mesmo regulamento, reproduzidos abaixo, *in totum*:

*Art.464.Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:*

*VI - realiza com pessoa ligada<sup>1</sup> 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.*

*Art.467.Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:*

*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.*

Ademais, como exaustivamente pontuado no TVF, a matéria objeto deste processo já foi analisada em outros PAFs, que correspondiam a autuações de anos-calendário pretéritos: 16561.720.156/2012-37 (2007); 16643.720.002/2013-16 (2008 e 2009) e 16561.720.079/2014-87 (2010):

a) PAF nº 16561.720.156/2012-37 - Acórdão nº 1301-001.979, negado por unanimidade;

<sup>1</sup> 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.

b) PAF nº 16643.720.002/2013-16 - Acórdão nº 1201-001.412, provimento parcial por maioria, para aproveitamento do IRRF já pago pelo contribuinte;

c) PAF nº 16561.720.079/2014-87 - Acórdão nº 1402-002.265, provimento parcial por maioria, para aproveitamento do IRRF já pago pelo contribuinte, redução da multa para 75%, e exclusão dos sócios pessoa-física do pólo passivo;

Pois bem, o cerne da autuação diz respeito à possibilidade da remuneração dos sócios se dar através de debêntures, da forma como foram estruturadas na prática. É o que será analisado adiante.

A emissão de debêntures é regulada minuciosamente pela Lei nº 6.404/76, a partir do seu art. 52, que determina:

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

Elas são, na lição de Martins, *Iudicibus et alli*, títulos negociáveis, normalmente a longo prazo, que asseguram aos detentores um direito de crédito contra a companhia emitente, podendo ser oferecidos para os investidores, ou de forma aberta, ao mercado, tornando os subscritores credores da empresa<sup>2</sup>, passando estes a perceberem remuneração até a data do vencimento do título. Essa remuneração deverá atender ao art. 56 da Lei das S/A, que estipula as suas formas possíveis:

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

Trata-se, portanto, de um instrumento de financiamento das atividades da empresa, valores mobiliários emitidos pela sociedade por ações, cuja rentabilidade fixa serve de atrativo ao capital a ser investido, com todas as suas características definidas na **Escritura de Emissão**, como valor nominal; indexador pelo qual o valor é atualizado; prazo; forma de cálculo; rentabilidade proposta pelo emissor; fluxo de pagamento; e *covenants* que devem ser obedecidos pela companhia emissora ao longo da vida útil do ativo.

Sobre a remuneração das debêntures, ensina Modesto Carvalhosa:

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

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

*Faculta a Lei de 1976 que, além dos juros, poderá a escritura de emissão estabelecer outras vantagens, como a participação nos lucros e prêmios, notadamente de reembolso. A alusão a juros variáveis constitui acessório do juro fixo estabelecido, consubstanciados aqueles na aceitação, pela comunhão de*

<sup>2</sup> Manual de Contabilidade Societária, 3ªed. São Paulo: Atlas, 2018, p.341.

*debenturistas, de vantagens adicionais aos juros prefixados, quando da colocação de novas séries, ou de debêntures em tesouraria.*

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

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

*Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos debenturistas companhia. Sendo a remuneração própria do capital mutuado, os juros serão sempre devidos.*<sup>3</sup>

Ao se tratar de financiamento de sociedades, há dois modelos básicos: a) financiamento por *instrumentos patrimoniais*, nos quais o sujeito investe em patrimônio, sujeitando-se integralmente ao sucesso ou insucesso da empresa; e b) os *instrumentos financeiros*, através dos quais se empresta dinheiro à empresa, com reduzido risco de não obter o retorno do investimento, sendo remunerado, usualmente, pelos juros desse empréstimo. Entre eles, entretanto, há os *instrumentos híbridos*, que contém elementos típicos de ambos os instrumentos<sup>4</sup>.

Via de regra, a emissão de debêntures é tradicionalmente considerada como uma espécie de instrumento financeiro, em razão dos seus elementos que são foram indicados anteriormente. Tanto é assim, que a legislação tributária reconhece a sua exclusão do lucro líquido do exercício, como juros passivos pagos em razão das participações no lucro derivadas da titularidade das debêntures. Entretanto, no presente caso estamos diante de *debêntures perpétuas*, isto é, sempre prazo de vencimento, e com *remuneração expressivamente composta por participação nos lucros da sociedade*, elementos típicos de instrumentos patrimoniais.

Na prática internacional, as dívidas perpétuas, sejam elas contraídas por empréstimos, debêntures ou outro meio, são instrumentos de captação de recursos de sociedades que não lograram obtê-los de outro modo. A sua grande dificuldade, explica Ramon Tomazella, consiste no esvaziamento do direito de devolução do capital investido, pois a diferença entre a participação societária e a operação de crédito é justamente o fato de que o credor tem direito de receber o valor mutuado após o prazo fixado, garantia esta que não possui o acionista, quanto ao capital investido<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p.647.

<sup>4</sup> É precisa a observação feita pelos professores da FIPECAFI, ao observar que, em rigor, instrumentos híbridos implicam em um arranjo contratual que possua um derivativo embutido e um contrato hospedeiro. Usou-se o termo em um sentido mais amplo, que vem se disseminando na prática, mas com a ressalva de que, rigorosamente, está se tratando de Instrumentos Financeiros com Características de Patrimônio (IFCP). (Manual de Contabilidade Societária, 3ªed. São Paulo: Atlas, 2018, p.307-310).

<sup>5</sup> TOMAZELLA, Ramon. Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.476-477.

A utilização de uma debênture perpétua aproxima-a de um instrumento patrimonial, pois as condições de seu resgate equivalem, na prática, à própria liquidação da sociedade, afetando todos os riscos e benefícios econômicos derivados de uma operação financeira típica. Sobre o tema, remetemos novamente à preciosa lição de Tomazella:

Anote-se que a proximidade entre a dívida perpétua e a participação societária não decorre simplesmente da sua avaliação sob o prisma da substância econômica, em oposição a sua forma jurídica. Ao contrário, são os direitos e obrigações estabelecidos entre as partes no instrumento contratual que definem os riscos e os benefícios da operação, influenciando tanto na definição da sua essência jurídica, quanto na manifestação dos seus efeitos econômicos. Assim, o risco econômico suportado pelo investidor está diretamente relacionado aos direitos e obrigações pactuados entre a sociedade e o investidor na dívida perpétua, que influenciam na avaliação das responsabilidades contratuais que irradiam da relação jurídica<sup>6</sup>.

É preciso frisar, entretanto, que a ausência de vencimento, por si, não basta para que um instrumento possa ter natureza patrimonial - da mesma forma que a presença do vencimento não o torna um instrumento de crédito.

O relatório da *International Fiscal Association* - IFA sobre os instrumentos financeiros híbridos apresenta algumas características básicas úteis para enquadrá-los como *dívida* ou *patrimônio*<sup>7</sup>. Os instrumentos híbridos com natureza de dívida se aproximam dos patrimoniais quando possuem: i) conversibilidade em ações; ii) participação nos lucros como forma de remuneração; iii) ausência de prazo de pagamento dos juros e do principal; iv) subordinação aos demais créditos em caso de liquidação; v) ausência de prazo de vencimento, ou prazo excessivamente longo; vi) previsão de liquidação do seu valor em ações da sociedade.

Essa distinção é relevante pois, a depender da sua qualificação jurídica - se dívida ou patrimônio - ele estará sujeito ao tratamento tributário de *juros* ou *dividendos pagos*. Esse ponto é relevante no âmbito brasileiro, como explica Roberto Quiroga Mosquera e Matheus Piconez, pois apesar da existência de normas contábeis e regulatórias que estabeleçam "testes", no Direito Tributário brasileiro não há normas específicas de qualificação do que seriam instrumentos híbridos, razão pela qual é necessário recurso à legislação societária, no que se refere ao conceito de dividendos e juros, de modo que conforme a natureza do pagamento em retorno do investimento, classifica-se o instrumento<sup>8</sup>. No mesmo artigo, os autores indicam como características<sup>9</sup>:

Dividendos	Juros
São rendimentos pagos de forma variável ou fixa, conforme a deliberação da assembleia.	São rendimentos pagos em quantia fixa ou percentual fixo.
São rendimentos juridicamente incertos quanto à possibilidade de atribuição e pagamento (existência de renda), uma vez que dependem	São rendimentos juridicamente certos quanto à possibilidade de atribuição e pagamento (existência de renda), independentemente de

<sup>6</sup> TOMAZELLA, Ramon. Ob.Cit., p.478.

<sup>7</sup> "Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross Border Transactions", Cahiers de Droit Fiscal International, IFA, v. 85, 2000.

<sup>8</sup> MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. Tratamento Tributário dos Instrumentos Financeiros Híbridos, in *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, v. 2. São paulo: Dialética, 2011, p.240-241.

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p.246

da existência de lucros sociais ou reservas de capital.	qualquer outro fator aleatório, como a existência de lucros ou reserva de lucros.
Decorrem de uma operação de participação societária.	Decorrem de uma operação de crédito
Ainda que existam reservas de capital previamente ao lançamento das ações ou em data posterior à emissão, a atribuição e pagamento de dividendos ao acionista serão incertos, uma vez que os prejuízos acumulados poderão consumir as respectivas reservas.	Independem de qualquer outro fator aleatório.

Os instrumentos financeiros, também cabe lembrar, nos termos do CPC 39, podem gerar para a entidade contratante um *passivo financeiro* (para os presente caso, é a obrigação contratual de entregar caixa ou outro ativo financeiro a uma entidade) ou *instrumento patrimonial* (qualquer contrato que evidencie uma participação nos ativos de uma entidade após a dedução de todos os seus passivos).

Passemos a analisar o caso concreto, para identificar a natureza jurídica dos pagamentos e, assim, identificar a qualificação jurídica do ativo financeiros adquirido pelos sócios através das debêntures.

Pois bem, compulsando a Ata da AGE de fls. 98 e seguintes, se verifica que as debêntures emitidas estão sujeitas a *remuneração exclusivamente através de participação dos lucros* (na época dos fatos geradores, a 85% do lucro líquido apurado antes do IRPJ), *podendo a diretoria deliberar sobre outra periodicidade no pagamento dessa remuneração*. Além disso, *o vencimento somente se dará nos casos de inadimplemento do pagamento das obrigações da escritura (condição esta que fica ao critério da diretoria, que pode livremente alterar a periodicidade do pagamento) e no caso de dissolução da emitente*:

## F - DIREITOS

F.1.) As **DEBÊNTURES** assegurarão aos seus titulares uma remuneração correspondente a participação de 50% (cinquenta por cento) nos lucros da Emitente, antes da provisão para o Imposto sobre a Renda, apurados em 31 de dezembro de cada ano, a partir de 31 de dezembro de 1998, inclusive, podendo a diretoria deliberar sobre a outra periodicidade, desde que:

## G - PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

G.1.) A remuneração referente à participação dos lucros será paga até o último dia útil do mês subsequente a que se referir:

G.2.) A remuneração de que trata o item anterior será paga diretamente ao **DEBENTURISTA**, na sede social da **EMITENTE**, ou mediante crédito em conta corrente bancária indicada pelo titular.

Por outro lado, a emitente pode deliberar o resgate antecipado das debêntures, e no caso de atrasos no pagamento há a previsão de multa moratória.

Pela descrição fática, fica claro que a remuneração das debêntures é exclusivamente variável e dependem da existência de lucros, além disso, o pagamento está condicionado à anuência da Diretoria, visto que ela pode livremente alterar a periodicidade dos pagamentos. Da mesma forma, a ausência de vencimento, conjuntamente às demais características apontadas, demonstra que a debênture perpétua em questão se aproxima muito mais de um *instrumento híbrido patrimonial*, pois ao postergar indefinidamente a devolução do principal, atrelando a sua remuneração ao sucesso financeiro da sociedade (lucro), o credor suporta um risco semelhante ao do sócio, participando do sucesso da empresa no manejo dos seus ativos - o que corrobora a natureza de patrimonial.

A própria definição de instrumentos de dívida "perpétuos" no item AG6 do CPC 39 aponta o pagamento de juros como elemento definitivo desse meio de financiamento:

*AG6 - Instrumentos de dívida “perpétuos” (como debêntures, “capital notes” e títulos “perpétuos”) normalmente fornecem ao detentor o direito contratual de receber pagamentos de juros em datas pré-estabelecidas se estendendo por um período indeterminado com ou sem o direito de receber o principal sob condições que sejam muito desfavoráveis no futuro. Por exemplo, a entidade pode emitir um instrumento financeiro determinando que sejam feitos pagamentos anuais em perpetuidade iguais à taxa de juros de 8% a.a. aplicada a um valor de referência ou montante principal de \$ 1.000. Assumindo 8% como sendo a taxa de mercado para o instrumento quando emitido, o emissor assume a obrigação contratual de fazer um fluxo futuro de pagamentos de juros com o valor justo (valor presente) de \$ 1.000 no reconhecimento inicial. O detentor e o emissor do instrumento possuem um ativo financeiro e um passivo financeiro, respectivamente*

É dizer, a debênture perpétua exige, pelo menos sob a perspectiva contábil, o **pagamento de juros em prazos pré-determinados**. No presente caso, não há o pagamento de juros, mas sim de participação nos lucros, e o prazo está sujeito a alteração por deliberação da Diretoria.

No Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários julgou o Proc. Administrativo nº RJ 2011-3316 - Caso Energisa S.A. - no qual se discutia exatamente a classificação contábil de *Senior Perpetual Notes with Interest Deferral Option Notes* (notas perpétuas com opção de diferimento de juros), às quais foram reconhecidas como instrumentos de dívida. Sem entrar nas minúcias do caso, parece-nos que o entendimento lá esposado não pode ser replicado aqui, apesar de ambos tratarem de instrumentos perpétuos, pois lá a remuneração se dava através de juros que poderiam ser diferidos, mas não evitados, calculados independentemente da apuração de lucros da sociedade, e possuíam também *covenants* estabelecidos para proteger os interesses dos investidores.

É, sem dúvida, um exame que não pode se dar de conceitualmente, mas sim à partir de uma análise dos tipológica, dependendo do caso concreto que se observa. Um exemplo mencionado por Tomazella é o caso "Hoge Raad", julgado pela Suprema Corte da Holanda, no qual a os títulos de dívida perpétua eram remunerados por juros, mas estes juros

eram pagos apenas quando a sociedade distribísse dividendos - no caso, a Corte entendeu que ainda o pagamento de juros era diferido, mas não se confundia com a contingência da remuneração baseada na apuração de lucros, havia apenas um elemento temporal no seu pagamento<sup>10</sup>. Portanto, não há que se falar em instrumento financeiro de dívida perpétuo nos casos em que não exista remuneração através de juros.

As debêntures emitidas no presente caso são *instrumentos financeiros híbridos de caráter patrimonial*, que refletem a participação dos "credores" no sucesso da empresa, e não se sujeitam nem a prazos pré-determinados de pagamento (em razão da possibilidade da diretoria postergar o pagamento), nem a um vencimento da dívida, com retorno do principal. A sua natureza jurídica e contábil tem uma implicação direta sobre a qualificação da remuneração paga: ela não tem natureza de juros, mas sim de *dividendos*, devendo receber o tratamento tributário correspondente.

Essas considerações são relevantes por uma questão essencial para o deslinde do feito: não se está aqui a questionar a possibilidade jurídica do financiamento realizado pelo Contribuinte, através das debêntures emitidas - todo o procedimento atendeu aos requisitos da Lei nº 6.404/76 e possui, efetivamente materialidade econômica, não se tratando de mero simulacro contábil ou formal.

Entretanto, houve um *equivoco no reconhecimento contábil dos valores recebidos* na subscrição das debêntures, os quais deveriam ter sido - na condição de instrumentos financeiros híbridos patrimoniais - adicionados ao Patrimônio Líquido, e não reconhecidos como passivo financeiro. Em estando os pagamentos inteiramente sob controle da companhia, não há que se falar em passivo financeiro, na linha que vem sendo adotada internacionalmente pelo IFRS, e replicada nacionalmente no CPC 39.

É relevante, pois, o reconhecimento que a classificação contábil das debêntures emitidas está condicionada à *primazia da essência sobre a forma* (CPC 00), reconhecendo sua efetiva natureza patrimonial, que irá impactar diretamente sobre a sua natureza jurídico-societária e, sucessivamente, sobre os seus efeitos tributários, mormente quanto à impossibilidade de dedução do lucro líquido, na apuração do lucro real, por não se tratar de instrumento de dívida.

O voto da Diretora Norma Jonssen Parente é sobremaneira eloquente, no Caso Energisa S/A:

*5. No caso de debêntures perpétuas com participação nos lucros, o investidor participa do risco da empresa, tendo a mesma situação desfrutada pelo acionista da companhia. De modo que o sucesso ou insucesso da sociedade repercute diretamente em seus rendimentos, visto que tal debenturista é quase um acionista.*

*6. Dessa forma, não se pode afirmar que o emissor de debêntures perpétuas seja detentor de um exigível. O fato de ser facultado à companhia resgatar a debênture não a torna um exigível (visto que esta opção pertence exclusivamente à sociedade); ainda que tal fato ocorra no futuro não justifica, no presente, seu enquadramento no passivo exigível. Portanto, não*

<sup>10</sup> TOMAZELLA, Ramon. Ob.Cit., p.482-483.

*se pode dizer que a exigibilidade é insita ao título sendo presumível sua ocorrência. No caso, a exigibilidade por parte dos debenturistas é remota, pois aos mesmos sequer é facultado direito a um rendimento predeterminado, já que sua remuneração restringe-se à participação nos lucros sociais.*

(...)

**9. A lei não previu a contabilização das debêntures sem vencimento, sendo bastante objetiva ao vincular o exigível a prazos de vencimento, inexistentes no caso das debêntures perpétuas.** *Repita-se: a dívida em questão não vence, pois, sendo a faculdade de adimplir o principal destas debêntures evento futuro e incerto, não há como garantir a ocorrência da eventual exigibilidade do crédito, nem a curto, médio ou longo prazo. Não resta possibilidade de registro no passivo exigível constatada a incerteza da efetividade da exigibilidade relativa ao título.* Assim, fazer projeções quanto ao vencimento das debêntures perpétuas pode revelar-se tarefa árdua e eventualmente contraditória com o instituto, dado que este permite a emissão de tais títulos justamente com a característica de perpetuidade.

Tecnicamente falando, houve uma omissão legal da Lei 6.404/76, ao nada dispor sobre a possibilidade da inclusão das debêntures perpétuas no âmbito do PL, como se vê no art. 178, §2º, III dessa lei. Em razão dessa omissão, torna-se necessário interpretar os fatos contábeis à luz das diretrizes dos art. 177 e 178, *caput* da Lei das S/A:

*Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, **com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos**, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.*

*Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas **segundo os elementos do patrimônio que registrem**, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.*

Diante disso, e após a conclusão de que a debênture perpétua seria uma instrumento financeiro híbrido patrimonial, há que se lhe dar um tratamento conforme - na esteira do tratamento dado nos princípios de contabilidade aceitos globalmente -, com a sua escrituração no PL.

Em razão de sua natureza jurídica, a remuneração paga aos debenturistas possui natureza de *dividendos*, como já esclarecido anteriormente, submetendo-se assim ao disposto no art. 201 c/c art. 191 da Lei das S/A:

*Art. 191. Lucro líquido do exercício é o resultado do exercício que remanescer depois de deduzidas as participações de que trata o artigo 190.*

*Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva*

*de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.*

Portanto, para fins de aplicação do art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/77 há que ser feita uma **dissociação**. Assim prescreve o dispositivo mencionado:

***Art 58 - Podem ser excluídas do lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica:***

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

***II - asseguradas a debêntures de sua emissão.***

A exclusão preconizada acima se aplica à participação de lucros decorrente da remuneração das *debêntures que têm natureza jurídica de instrumento financeiro de dívida*, pois esse pagamento assume natureza de passivo financeiro, tal qual os *juros* pagos pelo capital disponibilizado pelo debenturista. Em se tratando de *debênture com natureza de instrumento híbrido patrimonial*, fica evidente que o pagamento desses lucros não fica sujeito à exclusão do lucro líquido, pois os dividendos só serão apurados após o todas as deduções de praxe sobre o resultado do exercício, incluindo também a provisão do IRPJ e CSLL.

Por essas mesmas razões, não procede o argumento subsidiário do Recorrente de que "*a base de cálculo deveria ser a diferença entre o valor total e a média constatada no mercado financeiro*", com base no art. 467, V do RIR/99 - pois não há sequer que se considerar a taxa de remuneração praticada no mercado para debêntures com natureza de dívida, pois se trata de figuras jurídicas e contábeis diferentes da debênture em questão, de natureza patrimonial.

Portanto, correta a imputação jurídica da Fiscalização, referente à distribuição disfarçada de lucros, com base no art. 464, VI do RIR/99: as partes ligadas (Recorrente e seus sócios) realizaram um negócio jurídico (emissão e subscrição de debêntures), em condições de favorecimento (condições de acionista, com pretendido efeito redutor do lucro líquido pré-IRPJ/CSLL) que não seriam praticáveis em relação a terceiros (elevadíssima taxa de retorno).

A despeito da correção da imputação realizada, no entender deste relator, sequer seria necessário o recurso à presunção do art. 464 do RIR/99, pois está cabalmente comprovado que a remuneração paga aos debenturistas seria, em rigor, dividendos hauridos dos lucros apurados na sociedade, qualificando da mesma forma o caso como uma distribuição disfarçada de lucros.

Cabem aqui também algumas considerações acerca do **Parecer CVM/SJU nº 15/88** e a sua aplicabilidade ao caso, haja vista que sua ementa dispõe o seguinte:

*"É possível, diante da Lei n. 6.404/76, a existência de debênture perpétua, a que seja atribuída remuneração apenas a título participativo nos lucros sociais".*

Em primeiro lugar, é preciso observar que o contexto legislativo contábil em que o referido parecer foi exarado é completamente distinto do atual, pois a edição da Lei nº 11.638/07 tratou de introduzir, no Brasil, as regras contábeis compatíveis com os padrões internacionais de contabilidade (IFRS). Em razão disso, foi aprovado pela CVM o Pronunciamento Conceitual Básico (CPC 00), consagrando expressamente no âmbito brasileiro a *primazia da essência subjacente e da realidade econômica sobre a forma adotada*.

Disso não se depreende automaticamente que as regras contábeis geram efeitos sobre a interpretação de atos ou negócios jurídicos, por se tratarem de âmbitos distintos. Tampouco se pode afirmar, no sentido contrário, que o Direito é alheio às razões subjacentes dos negócios, especialmente em vista da regra interpretativa do art. 112 do Código Civil: "*Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*".

O que há, entretanto, é uma relação tangente do entre o Direito Contábil e o Direito Societário, por força do art. 177 e 178 da Lei das S/A, que determina expressamente a observância dos princípios contábeis para fins de construção das demonstrações financeiras, incluindo aí todas as etapas do processo contábil - *reconhecimento, mensuração e evidenciação*.

A aplicação das regras contábeis para fins de reconhecimento do negócio jurídico realizado envolvendo debêntures deve, portanto, estar alinhado aos preceitos contábeis contemporâneos - já desgarrado do formalismo que vicejava à época da emissão do mencionado Parecer. Isso implica no seu reconhecimento como elemento do PL, e não como passivo financeiro, por todas as razões que foram exaustivamente expostas acima.

Adentrando no conteúdo do Parecer da CVM, verifica-se de pronto um equívoco da parecerista, pois faz remissão às debêntures cuja remuneração exclusiva se faz através de participação aos lucros, referindo-se aos casos de reorganização de empresas ferroviárias nos Estados Unidos, e cita o seguinte trecho:

"An income bond is like any other debt except that interest has to be paid only to the extent that it is covered by the year's earnings.

On the surface income bonds offer the best of both worlds. Because they pay interest only when the company can afford to do so, they have many of the advantages of preferred stock. A company that issues income bonds or preferred is unlikely to be driven into bankruptcy by a temporary decline in earnings and can, therefore, afford a more levered capital structure.

But income bonds don't share the disadvantages of preferred. The decision as to what the company can afford depends on a well-defined rule and not on the whim of the directors. In addition the income bond is a contractual obligation ranking ahead of preferred and common stock. So the Internal Revenue Service allows the company to deduct income bond interest when calculating taxable profits."

(Richard Brealy e Stewart Myers, PRINCIPLES OF CORPORATE FINANCE, McGraw Hill Book Company, 1981, pág. 500)

Da leitura do texto, resta absolutamente claro que o "*income bond*" referida no caso nada tem a ver com a debênture perpétua com remuneração exclusiva de participação dos lucros. Na verdade, na *income bond* ocorre algo semelhante ao caso *Hoge Raad*, mencionado acima. Trata-se de uma debênture remunerada por juros (*interests*, expressamente mencionado no texto), mas com o pagamento sujeito a diferimento para o ano-calendário em que a empresa apure lucro. Não se trata, portanto, de remuneração por participação dos lucros, mas sim por juros, com diferimento previsto - o que não descaracteriza a debênture como instrumento de dívida, como já analisado anteriormente.

A própria definição de "*income bond*", obtida no site da NASDAQ, deixa claro que se trata de figura distinta da analisada no caso:

*A bond whose payment of interest is contingent on sufficient earnings. These bonds are commonly used during the reorganization of a failed or failing business*<sup>11</sup>.

Tradução livre: *Um título cujo pagamento de juros é contingente em lucros suficientes. Esses títulos são comumente usados durante a reorganização de um negócio com falhas ou falho.*

Ao citar também o escólio de Luis de Angulo Rodríguez, este autor menciona que não há, entre o debênturista e os sócios da sociedade, uma *affectio societatis* para que o título possa ter esse efeito associativo - entretanto, no presente caso esse argumento não é válido, pois os debênturistas são, ao mesmo tempo, os únicos sócios da Recorrente.

Por fim, ao final, a própria parecerista reconhece que a debênture perpétua com participação nos lucros se enquadra como uma aplicação de risco, e como forma de

<sup>11</sup> <https://www.nasdaq.com/investing/glossary/i/income-bond>

crédito, nos termos da Resolução CMN nº 1.460/88, evidenciando a sua natureza de instrumento híbrido patrimonial.

Pelas razões expostas acima, entendo que o referido parecer não tem aplicabilidade ao caso em questão.

Sobre o argumento do "propósito negocial" da operação, aderimos às considerações feitas pelo Ilustre Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, no Acórdão nº 1402-002.265:

*No que diz respeito aos argumentos dos Recorrentes de que a operação teria sido usual e o montante empregado na capitalização da empresa, especialmente para a aquisição da Pro Matre Paulista S.A., outra sorte não lhes se socorre. Isso porque tal aquisição ocorreu logo após a emissão das debêntures e, ainda assim, uma década após isso, remanesceu a obrigação de remunerar os sócios.*

*Caso o objetivo dos Recorrentes realmente fosse o de capitalizar a empresa para essa aquisição específica, o resgate dos títulos já deveria ter sido feito, até porque restou comprovado que o capital dos sócios foi remunerado, em uma década, em mais de 780%, o que não parece razoável, tampouco se encontra dentro dos parâmetros de mercado.*

Em relação ao erudito voto do relator supramencionado, aderimos às conclusões esposadas, mas pelas razões que aduzimos anteriormente: não se trata de desconsiderar a operação efetuada - visto que ela atendeu aos requisitos legais para tanto - mas sim em dar-lhe o tratamento contábil, jurídico-societário e jurídico tributário correto, como feito pela fiscalização.

O Recorrente pleiteia, também, a possibilidade de aproveitamento do IRRF efetivamente pago, uma vez que tal imposto não será devido na distribuição de lucros.

Tem razão o Contribuinte, em seu argumento subsidiário, com acolhida recente inclusive no âmbito da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão nº 9101-002.535, cujas razões, de lavra do I. Conselheiro Luís Flávio Neto, reproduzo abaixo:

*Por restar vencido quanto ao mérito principal deste recurso, a decisão deste Colegiado foi desconsiderar os efeitos jurídicos das operações realizadas pelo contribuinte, de tal forma que as despesas incorridas pela contribuinte não ostentariam a natureza jurídica de debêntures e, assim, não seria aplicável a regra de de dedutibilidade que lhes seria inerente.*

*Por coerência, em face da decisão deste Colegiado de recusar a natureza jurídica de debêntures, também deixa de ser aplicável aos pagamentos em questão a regra que determina a retenção de IRRF sobre a remuneração de debêntures. Dessa forma, os recolhimentos realizados a tal título pela recorrente também deixaram de assumir essa roupagem.*

*Destaco a parte final do voto que orientou o acórdão nº 101-94.986, indicado pela recorrente como paradigma de*

*divergência para a interposição do recurso especial ora sob julgamento:*

*“Entendo, todavia, que por uma questão de razoabilidade, deve ser deduzida da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte. É que, ao se considerar como indedutíveis as despesas correspondentes aos rendimentos de debêntures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debêntures como lucros distribuídos. Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência.”*

*Do mesmo modo, compreendo assistir razão à (...) quando pleiteia, de forma subsidiária, seja aproveitado o IRRF por ela recolhido na operação, para a compensação dos correspondentes valores exigidos nestes autos. Não há falar-se em ausência de expressa disposição legal para tanto, pois se trata de decorrência lógica e necessária da desconsideração das operações de remuneração de debêntures.*

Pelas razões supradescritas, voto por negar provimento ao Recurso nessa parte, reconhecendo a impossibilidade de dedução do Lucro Líquido dos valores relativos à remuneração das debêntures, mas acolhendo o pedido subsidiário para o abatimento dos valores exigidos nestes autos com o IRRF por ele recolhido na mesma operação.

#### **b) Da multa qualificada**

Em primeiro lugar, há que se afastar a argumentação fiscal no sentido de que o contribuinte "insistiu na conduta equivocada". Sobre isto, precisas são as considerações do Conselheiro Fernando Pinto:

Em primeiro lugar porque a presente exigência trata de fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2010, sendo que os lançamentos realizados anteriormente (processos 16561.720156/201237 e 16643.720002/201316)

foram formalizados posteriormente, respectivamente nos anos-calendário de 2012 e 2013.

E ainda que a data da ocorrência do fato gerador que ensejou o lançamento já houvessem sido lavrados autos de infração relativos a períodos anteriores, sobre o mesmo tema, entendo que o cenário não se alteraria, a menos que já houvesse decisão administrativa definitiva e irreformável em relação às exigências anteriores, nos moldes tratados no art. 560 do Decreto nº 7.212/2010 – Regulamento do IPI, que determina que caracteriza “reincidência específica a prática de nova infração de um mesmo dispositivo [...] dentro de cinco anos **da data em que houver passado em julgado, administrativamente, a decisão condenatória referente à infração anterior.**” (Lei nº 4.502, de 1964, art. 70).

Dito isso, é importante ressaltar que, diante dos mesmos fatos, a Fiscalização não qualificou a penalidade nas autuações anteriores.

Não havia, até o ano-calendário de 2012, decisão administrativa definitiva que servisse como orientação segura para o Contribuinte - pelo contrário, a matéria estava em

franca discussão no âmbito administrativo, não havendo razões para o contribuinte aderir imediatamente aos fundamentos da autuação, ainda passível de revisão.

Além disso, aduziu o Conselheiro já citado que a conduta da Recorrente seria uma forma de planejamento tributário - conduta elisiva -, e não uma forma de evasão, por meio de fraude ou sonegação, razão pela qual afastou a qualificadora da multa baseada na inocorrência de elementos que permitam enquadrar a conduta da atuada nos conceitos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Novamente, concordamos com as assunções feitas por ele - que de resto estão absolutamente coerentes com o restante do Acórdão mencionado. De fato, não há nos autos prova de dolo específico de fraude ou simulação da Recorrente - o que é apontado pela fiscalização, em rigor, é a intenção de utilizar um mecanismo legal, posto que artificial, para a redução substancial do lucro tributável.

Entretanto, entendemos que a intenção negocial na emissão das debêntures não se encontra viciada, tampouco o negócio jurídico, visto que atendeu a todos os requisitos legais.

O que há, na verdade, é uma aplicação prática da conhecida citação de Pablo Neruda - "*somos senhores de nossas escolhas, mas escravos das consequências delas*": o negócio jurídico foi realizado de acordo com a vontade da Recorrente, mas a qualificação jurídica e contábil é decorrência das regras societárias e de Direito Contábil, não tendo o agente controle sobre a natureza jurídica do negócio feito, uma vez completa a sua realização. Ainda nessa linha, não há, portanto, qualquer dolo de sonegação, mas sim vício na classificação contábil e jurídica das debêntures, cabendo apenas a multa de ofício de 75%.

Desse modo, voto por afastar a qualificadora da multa de ofício, mantendo apenas a multa de 75%, por falta de recolhimento do tributo devido.

### **c) Da responsabilidade dos sócios**

Sobre a responsabilidade dos sócios, adiro integralmente às considerações do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, no Acórdão nº 1402-002.265, às quais reproduzo abaixo e as tomo como razão de decidir:

Para a caracterização da responsabilidade a que alude o art. 135, III, do CTN, fazse necessário a presença dois elementos:

Elemento pessoal: diz respeito ao sujeito que deu azo à ocorrência da infração, ou seja, o executor, participe ou mandante da infração. Tratase, na realidade, do administrador da sociedade, independentemente de ser ou não sócio. Assim sendo, não poderão ser incluídos como responsáveis quaisquer sujeitos que não possuam poder de decisão;

Elemento fático: necessidade de conduta que implique excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.<sup>38</sup>

Desse modo, “não basta ser sócio da empresa (pessoa jurídica), é indispensável que exerça função de administração no período contemporâneo aos fatos geradores”.

Conforme já salientado, o art. 135, III, do CTN possibilita responsabilizar os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado desde que sejam os responsáveis pela ocorrência do elemento fático que ensejou o nascimento da obrigação tributária.

O conceito de diretor é dado pelo art. 144 da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas: o sócio ou administrador de uma organização é o que possui poderes para representá-la, inclusive em juízo, bem como para praticar todos os atos necessários ao seu regular funcionamento.

Já a definição de gerente é trazida pelo Código Civil (art. 1.172 e seguintes): considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência. Note-se que na hipótese de lei não determinar poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados.<sup>41</sup>

Maria Rita Ferragut assim conceitua representante:

*é a pessoa física ou jurídica que, em função de um contrato mercantil, obriga-se a obter pedidos de compra e venda de mercadorias fabricadas ou comercializadas pelo representado, não tendo poderes para concluir a negociação em nome do representado. Não possui vínculo empregatício, e sua subordinação tem caráter empresarial, cingindo-se à organização do exercício da atividade econômica.*

Percebe-se que, para a caracterização da responsabilidade de que trata o dispositivo legal em questão, faz-se necessária a coexistência de dois elementos essenciais em relação a um fato: que seja praticado por um representante legal de empresa e que denote excesso de poder ou infração à lei ou atos constitutivos da pessoa jurídica.

Passo à análise do caso concreto.

A autoridade fiscal, ao cominar a penalidade qualificada de 150%, entendeu restar caracterizado o conjunto fático-jurídico a ensejar a responsabilidade tributária dos sócios, todos com poder de gerência.

Entendo não lhe assistir razão.

Isso porque, ao restar descaracterizada a operação dita como fraudulenta, incide o entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que pode ser resumida com a transcrição do Enunciado nº 430 da Súmula do STJ:

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente

Mais recentemente, julgou-se a matéria sob a égide do disposto no art. 543C do CPC/1973 (“recurso repetitivo”), sendo que a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, de Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, consolidou entendimento segundo o qual “a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa”.

Saliento que o simples inadimplemento da obrigação não pode gerar, de per si, a responsabilidade do administrador da pessoa jurídica. Ao assim dispor, por

outro lado, o STJ deixou transparecer que em hipóteses de um inadimplemento, digamos, “qualificado”, pode-se sim atribuir a responsabilidade de que tratar o art. 135 do CTN, conforme venho me pronunciando em diversos julgados.

Com efeito, não comungo do entendimento daqueles que limitam a aplicação do caput do art. 135 do CTN às hipóteses de cometimento de infração à lei societária, excluindo às infrações às leis tributárias. Não me parece ser crível que, em se tratando de uma norma tributária, exclua-se do rol de infrações, aptas a ensejar a corresponsabilidade, justamente as próprias leis aplicáveis aos tributos.

Ocorre que, no presente caso, estamos diante de um simples inadimplemento de tributo, tanto que votei pela desqualificação da penalidade, reduzindo-a ao patamar de 75%.

Nesta esteira, em não havendo comprovação do dolo essencial à imputação de responsabilidade com fulcro no art. 135, III do CTN, mas mero inadimplemento, voto pela exclusão dos sócios do pólo passivo da autuação.

### **III) Conclusão**

Ante o exposto, voto por dar PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reduzir a multa ao patamar de 75% e excluir os sócios do pólo passivo da autuação, acolhendo o pedido subsidiário para o abatimento dos valores exigidos nestes autos com o IRRF por ele recolhido na mesma operação.

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Carlos Augusto Daniel Neto