



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

Processo n° 16643.720002/2013-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.412 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de maio de 2016
Matéria Auto de Infração
Recorrente HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA JOANA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

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 pessoas ligadas, tendo sido levada a efeito em condições anormais e inusuais, dissociadas de uma efetiva realidade negocial, com nítido favorecimento às pessoas ligadas (no caso, sócios pessoas físicas) e com o objetivo de reduzir substancialmente a incidência dos tributos incidentes sobre o lucro da pessoa jurídica emissora dos títulos.

IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

Das despesas que foram pagas a título de remuneração das debêntures, com retenção de imposto de renda exclusiva de fonte, uma parte delas, após a incidência do IRPJ e da CSLL, revela-se como lucros passíveis de distribuição, os quais não estariam sujeitos à retenção do imposto por ocasião de sua distribuição. No caso, a própria fiscalização requalificou os valores pagos como distribuição disfarçada de lucros. Assim, para restabelecer a verdade dos fatos, cabe o estorno da parte do imposto de renda, indevidamente retido na fonte e comprovadamente pago, que corresponda proporcionalmente à parcela que poderia ser distribuída com isenção.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

REDUÇÃO DOS LUCROS POR REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS.

São indedutíveis, devendo ser adicionados à base de cálculo da CSLL, os valores pagos a título de remuneração de debêntures, tendo em vista os

contornos de artificialidade presentes na operação, e a expressa previsão legal de tributação, por esta contribuição, dos lucros distribuídos disfarçadamente.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2008, 2009

ARROLAMENTO PARA FINS DE CONTROLE. POSSIBILIDADE.

Na esteira das decisões proferidas pelos tribunais superiores e nos termos da legislação, é lícito o arrolamento de bens como medida acautelatória, sempre que o crédito tributário total lançado contra o sujeito passivo exceder 30% do seu patrimônio conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário com vistas ao aproveitamento de parte do IRRF para reduzir o IRPJ lançado, nos termos do voto vencedor. Vencidos o Relator e a Conselheira Ester Marques, que negavam provimento ao recurso, e o Conselheiro Luis Fabiano, que lhe dava provimento mas que também acompanhou a divergência em relação ao aproveitamento do IRRF. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Thomé.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Relator

(documento assinado digitalmente)

João Otávio Oppermann Thomé – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Cuba Netto, Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado, João Carlos de Figueiredo Neto, Ester Marques Lins de Sousa e João Otávio Oppermann Thomé.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ e CSLL lavrados contra a interessada, para os anos-calendário de 2008 e 2009, em razão de distribuição disfarçada de lucros, decorrente do pagamento/crédito de remuneração de debêntures de emissão privada, adquiridos pelos sócios da pessoa jurídica, correspondente a 85% dos lucros antes da provisão para o imposto de renda, fato que caracteriza, conforme a legislação de regência, a realização de negócios em condições de favorecimento de pessoa ligada.

Os fatos foram assim descritos pela autoridade lançadora, conforme excertos do Termo de Verificação Fiscal, a seguir reproduzidos:

No decorrer da fiscalização, constatamos que a empresa deduziu do “Resultado do Período de Apuração”, os valores de R\$ 22.144.505,80 e R\$ 33.986.481,72, nos anos-calendário de 2008 e 2009, respectivamente, a título de “Participação de Debêntures” (ficha 6A, item 58 da DIPJ 2009 e item 62 da DIPJ 2010).

Intimada a detalhar os valores acima (item 2 do Termo de Início de Ação Fiscal), a fiscalizada forneceu planilhas e razões das contas contábeis onde constam os lançamentos referentes à operação em questão, bem como Livro Diário de 1998.

Apresentou ainda atas das assembleias relativas às debêntures emitidas, bem como Escritura de Emissão de Debêntures registrada no 1º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo.

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

As referidas debêntures foram adquiridas pelos sócios na seguinte proporção:

Debenturista	CPF	Quantidade	Total	Percentual
Eduardo Rahme Amaro	944.910.708-49	10.996	R\$ 10.996.000,00	52,36%
Antônio Rahme Amaro	677.431.108-34	8.077	R\$ 8.077.000,00	38,46%
Edma Huespe Amaro	082.384.028-08	1.927	R\$ 1.927.000,00	9,18%
Totais		21.000	R\$ 21.000.000,00	100%

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

Debenturista	Transferido da conta Lucros Acumulados	Depositado em Dinheiro	Total
Eduardo Rahme Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 9.311.000,00	R\$ 10.996.000,00
Antônio Rahme Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 6.392.000,00	R\$ 8.077.000,00
Edma Huespe Amaro	R\$ 1.685.000,00	R\$ 245.000,00	R\$ 1.927.000,00
Totais	R\$ 5.052.000,00	R\$ 15.948.000,00	R\$ 21.000.000,00

(...)

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

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

*Na AGE de 07 de janeiro de 2002 (averbada em 02/04/2002), foi aprovado novo aumento da remuneração das debêntures, passando a ser de **85% (oitenta e cinco por cento)** dos lucros, antes da provisão para o Imposto sobre a Renda. (grifos no original)*

No período objeto do presente Termo de Verificação Fiscal (2008 e 2009), foram pagos os seguintes valores a título de remuneração de debêntures:

Ano	Lucro Líquido	Valor Distribuído (85%)	IRRF (20%)	Remuneração Líquida
2008	R\$ 26.052.359,75	R\$ 22.144.505,80	R\$ 4.428.901,16	R\$ 17.715.604,64
2009	R\$ 39.984.096,81	R\$ 33.986.482,29	R\$ 6.797.296,46	R\$ 27.189.185,83

(...)

É importante ressaltar que as contas criadas em Passivo Exigível a Longo Prazo/Juros e Participações para controlar os valores provisionados a título de remuneração de debêntures são as mesmas utilizadas para controlar as provisões para distribuição de lucros, quais sejam:

a) Eduardo Rahme Amaro conta nº 2.2.4.001.00001

b) Antonio Rahme Amaro conta nº 2.2.4.001.00002

c) Edma Huespe Amaro conta nº 2.2.4.001.00003 Nestas três contas passivas são lançados mensalmente os valores relativos à provisão de distribuição de debêntures, que representa 85% do lucro apurado em cada mês, a débito da conta de resultado denominada “Juros Passivos”, conforme já demonstrado anteriormente.

(...)

Estas contas representativas de obrigações da empresa junto aos três sócios (Juros e Participações: 2.2.4.001.00001 / 00002 / 00003) vão sendo debitadas conforme os mesmos vão retirando dinheiro da empresa, geralmente através de transferência bancária ou depósito.

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

Esta discrepância entre o valor retirado do lucro e aquele efetivamente pago ao sócio fica ainda mais gritante no caso da sócia Edma Huespe Amaro. Ao observarmos a conta de provisão de remuneração de debêntures devida a ela, identificamos que ela "saca" quase mensalmente o valor fixo de R\$ 25.000,00. E mais, em vários recibos apresentados consta a anotação de "pró-labore". Ainda, no mês de dezembro consta o pagamento de R\$ 25.000,00 com a identificação de 13º salário no histórico do lançamento contábil.

Ora, se a participação de debêntures é calculada por meio de um percentual sobre o lucro, conforme a fiscalizada esclareceu, é incoerente que o valor repassado ao sócio seja um valor fixo mensal (e não o percentual calculado sobre o lucro), o que reforça a descaracterização da operação como remuneração de debêntures.

Questionada sobre tal situação por meio do Termo de Intimação nº 04, de 03/07/2012, a empresa informou que o crédito referente ao pagamento de debêntures ficou à disposição da sócia, tendo sido pagas as parcelas fixas de R\$ 25.000,00 em virtude de pedido verbal desta.

Assim, retira-se uma parcela enorme do lucro a título de pagamento de debêntures, que fica creditado numa conta do Passivo, mas o valor efetivamente repassado ao sócio é menor, restando sempre um saldo positivo na conta, conforme se verifica na tabela abaixo:

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

Fica evidente, assim, que as debêntures são apenas um artifício criado pela empresa para retirar da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte significativa do lucro, que fica separada numa conta do Passivo Realizável a Longo Prazo. Conforme a empresa paga valores aos sócios, sob quaisquer pretextos, estes valores vão sendo lançados a débito da conta de provisão de debêntures, diminuindo seu saldo, dando uma aparente validade jurídica para o suposto pagamento de remuneração de

debêntures, que na realidade trata-se de distribuição de lucro, indedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Esta fiscalização tentou por três vezes obter esclarecimentos quanto ao critério utilizado pela empresa para calcular os valores efetivamente pagos aos sócios debenturistas. A empresa foi intimada por meio dos Termos de Intimação nº 2 e 3 a demonstrar os cálculos dos valores debitados das contas passivas em que provisiona a remuneração de debêntures (que coincidem com os recibos apresentados).

No entanto, a empresa simplesmente restringiu-se a informar que os valores creditados naquelas contas têm origem no percentual de 85% calculado sobre o lucro anual, o que corrobora o entendimento de que os efetivos pagamentos aos sócios (lançados a débito daquelas contas) não têm correlação com a suposta participação de debêntures, tratando-se apenas de uma tentativa de dar validade jurídica para um mecanismo criado para reduzir a carga tributária da empresa.

Assim, as despesas com remuneração de debêntures, nos valores de R\$ 22.144.505,80 e R\$ 33.986.481,72, deduzidas pela fiscalizada da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido nos anos-calendário de 2008 e 2009, respectivamente, constituem infração à legislação tributária conforme a seguir demonstramos.

Por força do crédito fiscal apurado foi realizado o arrolamento de bens da empresa.

Com a ciência dos lançamentos, o interessado apresentou impugnação, cujos argumentos de defesa foram assim sintetizados pela decisão recorrida:

a) no tópico “Do Indevido Arrolamento de Bens – Violação À Súmula Vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal” aduz que o registro do arrolamento no cartório de imóveis viola o art. 198 do CTN, que veda a divulgação de informação sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades; que tal gravame impossibilita o exercício dos direitos inerentes à propriedade, com flagrante violação ao Direito de Propriedade garantido no art. 5º, XXII, da Magna Carta; que, ademais, o arrolamento viola os termos da Súmula Vinculante nº 21 do STF e do art. 103-A da Constituição Federal;

b) no tópico “Das Debêntures Emitidas pela Impugnante” argumenta que a emissão das debêntures autorizada em 15/04/1998 era a melhor alternativa para captação de recursos necessários ao financiamento de seus negócios; que para sustentar que houve distribuição disfarçada de lucros, a autoridade fiscal apresentou uma descrição das características gerais mais comuns das emissões públicas de debêntures, enfatizando a sua função de instrumento de captação de recursos financeiros junto ao mercado mediante pagamento de juros,

para então concluir que a emissão privada teria infringido a legislação;

c) no tópico “Do Direito que Ampara a Dedução das Participações Asseguradas às Debêntures de Emissão da Impugnante” alega que a autoridade fiscal não aponta qual dispositivo de lei teria sido infringido pela impugnante e nem em quais circunstâncias isto teria ocorrido; que a emissão das debêntures encontra-se amparada no art. 52 da Lei nº 6.404/76, no qual não há qualquer ressalva em relação às condições, qualidades ou natureza dos titulares das debêntures; que o art. 56 da Lei nº 6.404/76, ao enumerar as vantagens atribuíveis às debêntures (juros ou participação nos lucros ou prêmios de reembolso) em nenhum momento determinou a eleição de qualquer uma das vantagens em particular, assim como não determinou a eleição cumulativa destas mesmas vantagens, entendimento esse também adotado pela CVM para emissões públicas;

d) que a emissão de debêntures, aprovada pela AGE de 15/04/1998, observou todas as formalidades legais necessárias e exigidas pela lei para a validade do negócio, tendo tido plena publicidade e oposição perante quaisquer terceiros; que foi lavrada a competente escritura de emissão, a qual foi registrada no 1º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo; que a existência ou não de esforço de venda ou de colocação dos títulos junto aos terceiros subscritores serve apenas para caracterizar o tipo de emissão de debêntures – se pública ou privada; que a retirada mensal em qualquer montante não guarda relação alguma com o valor atribuível ao debenturista; a operação de debêntures praticada insere-se dentro daquela esfera mínima de liberdade de que dispõe a sociedade empresária contribuinte e seus acionistas para agirem com base na exclusiva vontade e intenção deliberada de assim procederem;

e) no tópico “Das Razões Empresariais que Justificaram a Emissão das Debêntures pela Impugnante” argüi que as debêntures fizeram parte de um plano de reestruturação e preparação da empresa para suportar seu novo ciclo de crescimento que se fazia necessário; que, portanto, havia: (i) necessidade de recursos financeiros para financiar a expansão das operações; (ii) a necessidade dos acionistas de reaverem os recursos emprestados à empresa para fins de satisfação de suas demandas pessoais e familiares; que a operação não foi casuística, temporária ou inconsistente, de forma a desnaturar a efetiva vontade das partes envolvidas ou com o uso abusivo e egoísta de institutos jurídicos ou mediante fraude a alguma lei; que houve flagrante motivação de longo prazo, consistente no tempo, em linha com uma estratégia empresarial previamente definida; que a dedutibilidade destes encargos das bases de cálculo do IRPJ e CSLL é inquestionável à vista do que prevêem os art. 462 do RIR de 1999 e Lei nº 7.689, de 1988, e alterações posteriores;

f) no tópico “Da Efetiva Captação de Recursos Novos pela Impugnante” assevera que a entrada de recursos foi confirmada pela autoridade fiscal, que afirma que o montante de R\$ 15.948.000,00 ingressou na sociedade através de recursos provenientes dos sócios; que não há qualquer ressalva, condição ou vedação imposta pela legislação societária ou pela legislação fiscal em subscrever as debêntures mediante compensação dos créditos mantidos em conta corrente pelos acionistas;

g) no tópico “Da Situação Acionistas / Debenturistas, Sendo as Debêntures Remuneradas com Base em Participação nos Lucros: Plenamente Justificável no Caso Concreto da Impugnante” alega que a condição de credor-acionista foi um dos fatores que possibilitou a instrumentalização do passivo da impugnante sob a forma de debêntures remuneradas com base na participação nos lucros; que muito provavelmente nenhum investidor aportaria recursos em um empreendimento sobre o qual não teria qualquer influência na gestão, e nenhuma garantia de retorno; que a própria lei societária admite expressamente a possibilidade de os acionistas da pessoa jurídica subscreverem debêntures de sua emissão, quando as mesmas forem conversíveis em ações;

h) no tópico “Da Impossibilidade de se Efetuar Lançamento Tributário por Presunção: a Autoridade Fiscal Deveria Ter Investigado os Efeitos da Operação da Impugnante em Relação a Parâmetros Objetivos de Mercado” argüi que são muitos os julgados pela ilegalidade de lançamentos tributários fundados em presunções não previstas em lei; que o custo financeiro do empréstimo instrumentalizado pelas debêntures foi compatível com as taxas de juros médias praticadas para empréstimos bancários no mesmo período (taxa média de juros para a conta garantida de 70,22% no ano de 2008 e de 79,77% no ano de 2009);

i) que a autoridade fiscal não considerou as receitas geradas pelo valor recebido (receitas financeiras de R\$ 1.262.020,06 no ano de 2008 e R\$ 941.277,82 no ano de 2009); que toda a sistemática da lei de regência dá tratamento unificado no resultado entre receitas e despesas financeiras; que falhou a autoridade fiscal, já que não se preocupou em provar as taxas do mercado, limitando-se a questionar a remuneração de um empréstimo com uma participação de 85% do lucro anual; que a irrelevância do questionamento fiscal já foi objeto de análise pelo CARF, que em situação análoga considerou plenamente justificável a participação de 97% do lucro (processo 13820.000860/200210, Acórdão 10197.021);

j) no tópico “Da Ausência de Quaisquer das Hipóteses do Artigo 464 do Regulamento do Imposto de Renda” argumenta que não estão presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 464 do RIR de 1999, sendo certo que a autoridade fiscal nem mesmo abordou o suposto fundamento de validade da exigência; se a autoridade fiscal considera que os valores pagos como remuneração atrelada às debêntures mostrou-se excessivo,

deveria ter demonstrado qual seria o valor pago no mercado caso houvesse tomada de empréstimo em instituição financeira; que, ainda que o valor pago fosse excessivo, seria o caso de glosa apenas do valor do excesso e não do valor total;

k) no tópico “Do Imposto de Renda na Fonte – IRRF: Pagamento Indevido a Prevaler o Entendimento da Autoridade Fiscal” aduz que a autoridade fiscal glosou a despesa, mas não considerou os recolhimentos correspondentes de IRRF;

l) ao final requer seja conhecida a presente impugnação e, preliminarmente, promovida a imediata reversão do arrolamento e declarada a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa da impugnante; No mérito, que: (i) seja dado integral provimento para cancelar a exigência relativa à glosa das participações no lucro assegurada à debêntures de emissão da impugnante; (ii) seja reduzido o lançamento para que a glosa limite-se à diferença entre as taxas pagas no mercado e as taxas pagas em remuneração das debêntures; (iii) seja deduzido do IRPJ lançado os créditos de IRRF indevidamente recolhidos na operação; (iv) em havendo dúvida na interpretação dos fatos que justificam a prática do negócio, bem como em relação à sua capitulação legal, seja aplicada a interpretação mais favorável à contribuinte (art. 112, I e II, do CTN).

Em sessão de 29 de agosto de 2013, a 1ª Turma da Delegacia de Julgamento de Curitiba, por unanimidade de votos, julgou improcedente a pretensão da interessada, com a manutenção integral do crédito auatuado.

Inconformada com a decisão, a empresa interpôs Recurso Voluntário, no qual basicamente reproduz os argumentos da impugnação.

Por seu turno, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, pelas quais rebate todos os argumentos preliminares e de mérito formulados pela defesa, para, ao final, pugnar pela indedutibilidade das despesas incorridas com o pagamento aos sócios e consequente manutenção integral do crédito lançado.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação e julgamento.

Em dezembro de 2014 foram anexados ao processo outros argumentos de defesa, que serão recebidos, porque intempestivos, apenas a título de memoriais.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais, razão pela qual dele

conheço.

Tendo em vista os argumentos trazidos pela defesa, faremos a análise tópica dos pontos levantados na peça recursal.

1. Das preliminares:

a) Nulidade por cerceamento do direito de defesa

Alega a Recorrente que os lançamentos seriam nulos porque a autoridade fiscal não indicou o dispositivo de lei que fora violado e em quais circunstâncias isso teria ocorrido.

O tema das nulidades possui regramento específico na seara do processo administrativo tributário, nos termos do que estabelecem os artigos 10 e 59 do Decreto n. 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

(...)

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

De se notar que o rol de situações que ensejam a nulidade encontra-se expressamente definido pelo ordenamento. Como não há questionamento sobre a competência da autoridade fiscal, que é inequívoca, alega a defesa que não teria sido indicado o dispositivo legal infringido.

Entendo que não assiste razão à Recorrente.

A autoridade fiscal consignou expressamente a ofensa ao artigo 464, VI, do Regulamento do Imposto de Renda, bem como apontou a indedutibilidade das despesas com espede no artigo 467 do mesmo diploma legal, conforme se depreende da simples leitura do **Termo de Verificação Fiscal (fls. 580/581).**

Os dispositivos também constam do Auto de Infração lavrado, razão pela qual a suscitada nulidade não pode prosperar, até porque resta claro, a partir dos argumentos trazidos pela defesa, que não houve qualquer prejuízo ou dificuldade de compreensão em relação às infrações a ela imputadas.

b) Nulidade do arrolamento por ofensa à Súmula Vinculante n. 21 do Supremo Tribunal Federal

Aduz a Recorrente que o arrolamento efetuado pela fiscalização contraria a Súmula Vinculante n. 21 do Supremo Tribunal Federal, fixada nos seguintes termos:

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Neste ponto, parece-me que há enorme equívoco da Recorrente, pois o arrolamento promovido pela autoridade fiscal em nada se confunde com a inconstitucionalidade reconhecida pelo STF.

A Súmula Vinculante n. 21 pacifica entendimento há tempos desposado pelo STF, no sentido de que não deva existir qualquer entrave para a interposição de recurso administrativo, como corolário ao princípio do duplo grau de jurisdição.

A hipótese dos autos é **totalmente distinta**, posto que baseada na premissa, estabelecida em lei, de que a autoridade fiscal deverá adotar medidas acautelatórias quando o crédito tributário total lançado contra o sujeito passivo exceder 30% do seu patrimônio conhecido.

Tal medida está expressamente prevista nos artigos 64 e 64-A da Lei n. 9.532/97, que em nada se confundem com a lógica defendida pela empresa:

Art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge, não gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimentos apresentada.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será registrado independentemente de pagamento de custas ou emolumentos:

I - no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis;

II - nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados;

III - no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de arrolamento.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Vide Decreto nº 7.573, de 2011)

§ 8º Liquidado, antes do seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento.

§ 9º Liquidado ou garantido, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 11. Os órgãos de registro público onde os bens e direitos foram arrolados possuem o prazo de 30 (trinta) dias para liberá-los, contados a partir do protocolo de cópia do documento comprobatório da comunicação aos órgãos fazendários, referido no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 12. A autoridade fiscal competente poderá, a requerimento do sujeito passivo, substituir bem ou direito arrolado por outro que seja de valor igual ou superior, desde que respeitada a ordem de prioridade de bens a serem arrolados definida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e seja realizada a avaliação do

bem arrolado e do bem a ser substituído nos termos do § 2º do art. 64-A. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014)

Art.64-A.O arrolamento de que trata o art. 64 recairá sobre bens e direitos suscetíveis de registro público, com prioridade aos imóveis, e em valor suficiente para cobrir o montante do crédito tributário de responsabilidade do sujeito passivo.

§ 1º O arrolamento somente poderá alcançar outros bens e direitos para fins de complementar o valor referido no caput. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 2º Fica a critério do sujeito passivo, a expensas dele, requerer, anualmente, aos órgãos de registro público onde os bens e direitos estiverem arrolados, por petição fundamentada, avaliação dos referidos ativos, por perito indicado pelo próprio órgão de registro, a identificar o valor justo dos bens e direitos arrolados e evitar, deste modo, excesso de garantia.

Entendo que a conduta fiscal não merece qualquer reparo, pois seguiu as determinações legais para a espécie.

Aliás, os procedimentos lavrados para o arrolamento são plenamente reconhecidos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a exemplo do quanto decidido em recente manifestação do STJ:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 305.062 - RS (2013/0054805-1)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO QUE OBJETIVA CANCELAMENTO DE ATO DE ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ART. 64 DA LEI 9.635/1997. ALEGAÇÃO DE QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM NOME DO DEVEDOR REPRESENTA MENOS DE 30% DE SEU PATRIMÔNIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ATUAL SITUAÇÃO DA EMPRESA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífico no STJ o entendimento de que o arrolamento de bens, instituído pelo art. 64 da Lei 9.532/1997, gera cadastro em favor do Fisco, destinado apenas a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária. Este último permanece no pleno gozo dos atributos da propriedade, tanto que os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados ou onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária.

2. Nos termos do art. 64 da Lei n. 9.532/1997, a autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens, quando o valor dos créditos tributários da responsabilidade do devedor for superior a 30% de seu patrimônio conhecido, e tal procedimento só é exigido da referida autoridade quando o crédito tributário for superior a R\$ 500.000,00.

3. A respeito da alegação de que a medida de arrolamento não poderia ser decretada porque o crédito fiscal não superaria 30%

(trinta por cento) do patrimônio da agravante, o Tribunal de origem consignou que o balanço patrimonial apresentado não está apto a demonstrar a atual situação do patrimônio da empresa.

4. Entender de forma diversa implica revolver o conteúdo fático-probatório dos autos. Incide a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

5. Agravo Regimental não provido.

Afasto, portanto, a preliminar suscitada pela Recorrente.

2. Do mérito

A situação discutida nos autos diz respeito à remuneração de debêntures iniciada pela Recorrente em 1998, de tal sorte que foi aprovada, à época, pelos sócios da empresa, a emissão de 21.000 debêntures não conversíveis em ações, ao valor unitário de R\$ 1.000,00, vale dizer, no montante global de R\$ 21.000.000,00.

Uma das características inusitadas da operação é o fato de que as debêntures não possuem prazo de vencimento, ou seja, a obrigação a elas relativa permaneceria, em favor dos adquirentes, *ad infinitum*.

Ademais, a remuneração dos títulos teria como base a participação nos lucros da emitente. Inicialmente, a proporção da participação era de 50%, antes da provisão para o IRPJ, posteriormente aumentada para 65% e 85%, percentual vigente ao tempo dos fatos apreciados.

Parte do capital utilizado na emissão proveio dos próprios sócios da empresa, que, sintomaticamente, também são os únicos detentores dos títulos, em razão dos quais recebem, de forma permanente, vultosa remuneração.

Destaque-se que não houve, na operação, a participação ou o aporte de capital de qualquer investidor externo.

Dessa forma, em pouco mais de um ano (1998 a 1999) a empresa já havia remunerado os debenturistas em mais de 100% do capital emprestado, sendo certo que até o momento da fiscalização (2009), os beneficiários já haviam obtido retorno superior a 680% do capital investido, sem qualquer perspectiva de alteração, posto que a remuneração, como mencionado, não tem prazo de encerramento.

Por força disso, o Contribuinte deduziu da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos anos-calendário de 2008 e 2009, despesas pagas a título de participações de debêntures, nos montantes de R\$ 22.144.505,80 e R\$ 33.986.481,72, respectivamente.

A autoridade fiscal entendeu que os pagamentos refletiam, de fato, transferência indevida do resultado da empresa para as pessoas físicas que a controlam, com redução da carga tributária incidente sobre o lucro, em condições de favorecimento.

Efetuiu, portanto, a glosa das despesas, porque indedutíveis, mediante caracterização da **distribuição disfarçada de lucros**, com fulcro nos artigos 464, VI e 467, V, do Decreto n. 3.000/99:

Seção II - Lucros Distribuídos Disfarçadamente

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

(...)

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

e

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

(...)

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

Como primeiro argumento de defesa, alega a Recorrente que houve cumprimento integral das formalidades inerentes à operação de emissão das debêntures.

Com efeito, os aspectos formais não foram questionados pela fiscalização, mas sim as circunstâncias jurídicas e fáticas da operação, com os efeitos tributários dela decorrentes.

Acusa o Fisco que, sob aparente licitude formal, o intuito da empresa sempre foi o favorecimento dos sócios, em detrimento do lucro tributável da sociedade, conforme relatado no Termo de Verificação:

Fica evidente, assim, que as debêntures são apenas um artifício criado pela empresa para retirar da base de cálculo do IRPJ e da CSLL parte significativa do lucro, que fica separada numa conta do Passivo Realizável a Longo Prazo. Conforme a empresa paga valores aos sócios, sob quaisquer pretextos, estes valores vão sendo lançados a débito da conta de provisão de debêntures, diminuindo seu saldo, dando uma aparente validade jurídica para o suposto pagamento de remuneração de debêntures, que na realidade trata-se de distribuição de lucro, indedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. (grifamos)

E prossegue, para qualificar a infração:

Resta evidente que a emissão de debêntures realizada pela fiscalizada não tem qualquer racionalidade econômica, a não ser a economia de tributos. É de se questionar qual empresa no mundo real ofereceria como remuneração por um empréstimo uma participação de 85% 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.

Por certo, a fiscalizada utilizou-se de tal operação não para alavancar seus negócios, mas para artificialmente aumentar o resultado não tributável e as despesas supostamente dedutíveis incrementando dessa forma o lucro da sociedade, ao arrepio da legislação tributária.

Ainda que a administração tributária não possa determinar diretamente o modo como o setor privado deva fazer uso de seus recursos para investimento (respeitados, por óbvio, os ditames legalmente estabelecidos para tanto), porquanto a ordem econômica nacional escora-se, dentre outros, no princípio da livre iniciativa, cumpre àquela examinar os reflexos tributários decorrentes da atividade empresarial empreendida.

Assim, observa-se claramente que a operação engendrada pela fiscalizada caracteriza-se como distribuição disfarçada de lucros, já que trata-se 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 nos exercícios sociais objetos de ação fiscal, conforme já demonstrado nos parágrafos precedentes. É inegável que se os debenturistas fossem realmente terceiros, as condições de remuneração das debêntures previstas não prevaleceriam.

Parece-me correto o entendimento da fiscalização.

Conquanto se possa aceitar a validade formal do negócio, entendo como abusiva e antijurídica a conduta da Recorrente, pois não é possível conceber que uma entidade de tal porte simplesmente entregue, a título perpétuo, 85% do seu resultado para os três sócios-proprietários, **em troca de uma operação circular de captação de recursos**, visto que não houve, em momento algum, entrada de "dinheiro novo", mas apenas repasses entre as pessoas vinculadas.

Poderia fazê-lo, se assim desejasse, mediante distribuição de dividendos, depois de apurado corretamente o lucro do período e submetido integralmente à tributação.

Creio que o caso debatido nos autos revela mera liberalidade da empresa, o que é possível para fins societários, mas não pode ser oponível ao Fisco quando o objetivo é apenas o de transformar lucro em despesas, sem qualquer propósito comercial que não o de reduzir a carga tributária.

Em situação semelhante este Conselho já decidiu pela invalidade da conduta, para fins tributários, no Acórdão n. 101-94.986. Transcrevemos, a seguir, trechos do excelente voto proferido pela Conselheira Sandra Faroni, que aborda de forma precisa a questão:

Além de não estar demonstrado ser usual a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros (...), é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% 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 dos seus cinco acionistas). 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 superior à TJLP e à Selic.

O cerne da questão reside na caracterização da despesa como necessária (usual e normal). Ricardo Mariz de Oliveira, (in RT Inf. 241/242, de 1980) leciona que “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 70% 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 mais de 2/3 de seus lucros com essa finalidade.

(...)

Não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária. Mediante operações formalizadas apenas “em papel”, a empresa transformou artificialmente lucros distribuídos em despesa dedutível. A empresa, sem incorrer de fato em nenhuma despesa (visto que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista), formalizou uma operação que lhe permitiria reduzir o lucro tributável em até 70%.

Não procedem, portanto, os argumentos da Recorrente, no sentido 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.*, entidade adquirida pela interessada.

Salta aos olhos que não é usual o comprometimento de 85% do resultado da empresa, *sine die*, mediante remuneração a debenturistas. Trata-se de operação cujo único objetivo foi o de transferir aos titulares valores que, de outra forma, deveriam primeiro ser tributados, tanto a título de IRPJ como de CSLL.

Ademais, a operação de aquisição da *Pro Matre Paulista S.A.* ocorreu há tempos e, ainda assim, remanesce a obrigação de remunerar os sócios. Ora, se o objetivo realmente fosse o de capitalizar a empresa para essa específica aquisição, 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 680%, o que não parece razoável nem tampouco se encontra dentro dos parâmetros de mercado.

Nem há de se falar em comparação com taxas de juros e outros tipos de remuneração de mercado, até porque o cerne da questão não é o retorno financeiro em si, mas o fato de que a operação foi realizada de modo artificial, em claro benefício dos sócios e prejuízo à tributação.

Nesse contexto, entendo indedutíveis as despesas dela decorrentes e correta a glosa promovida pela fiscalização. Não há como acolher o argumento da "conta de menos", formulado em memoriais, pelo qual a defesa entende que deveria ser glosada apenas a diferença entre o valor repassado e uma suposta taxa de mercado.

Na hipótese, teríamos as perguntas: Qual taxa? Por qual período? Com qual grau de risco? Nenhuma delas possui uma resposta objetiva e aplicável ao caso, até porque a artificialidade da operação impossibilita qualificá-la como legítima, para fins de equiparação com "operações de mercado".

Ademais, penso que inexiste previsão legal para tal "compensação", de sorte que não cabe a este Conselho criar benefício sem autorização normativa.

O raciocínio pela manutenção das autuações também se aplica à CSLL, por força do artigo 57 da Lei n. 8.981/95, com a redação dada pela Lei n. 9.065/95, a seguir transcrito:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995).

E, com mais especificidade, não podemos olvidar o comando expresso do artigo 60 da Lei n. 9.532, que exige a adição dos valores distribuídos disfarçadamente para fins de determinação da base de cálculo da CSLL:

Art. 60. O valor dos lucros distribuídos disfarçadamente, de que tratam os arts. 60 a 62 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com as alterações do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, serão, também, adicionados ao lucro líquido para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

Também não prospera o argumento de compensação com o IRFONTE porventura pago, pois não se pode aproveitar montante oriundo de operação artificial, cujo principal objetivo foi o não recolhimento de tributos pela pessoa jurídica. Descabe, *in casu*, a requalificação dos montantes para aproveitamento pela pessoa jurídica autuada.

Afasto, ainda, o argumento de que houve imputação por presunção, posto que a leitura dos autos revela que a autoridade fiscal descreveu e fundamentou adequadamente a

Processo nº 16643.720002/2013-16
Acórdão n.º **1201-001.412**

S1-C2T1
Fl. 20

infração, tecendo longos comentários sobre a figura das debêntures e a não usualidade da operação engendrada pelo contribuinte, assim como indicou os dispositivos legais pertinentes, razão pela qual não há qualquer base jurídica para a tese de mera presunção.

Ante o exposto CONHEÇO do Recurso e, no mérito, NEGO-LHE provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

Na sessão de julgamento do dia 7 de abril de 2016, solicitei vistas dos autos para, em especial, melhor analisar e refletir acerca da alegação recursal de que, por ter a autoridade fiscal capitulado a infração como distribuição disfarçada de lucros (art. 464, inciso VI, do RIR/99), deveria ter ela obrigatoriamente determinado, em observância ao quanto contido no art. 467, inciso V, do RIR/99, qual a parcela dos valores pagos que deveria ser considerada indedutível, tendo por parâmetro as taxas de juros usuais às quais estaria sujeita a contribuinte caso recorresse ao mercado financeiro para a captação de recursos. Em outras palavras, de que a distribuição disfarçada de lucros corresponderia apenas à diferença, a cada ano, entre os valores pagos aos acionistas e os encargos que seriam ordinariamente cobrados da recorrente, pelas instituições financeiras, em operações de mercado.

Tendo tido, assim, a oportunidade de analisar mais pormenorizadamente os autos, foi possível melhor compreender todo o espectro da acusação fiscal, assim como dos argumentos de defesa e das decisões precedentes, de modo a poder enfrentar esta e outras questões que surgiram quando dos debates no colegiado na sessão de abril.

Inicialmente, há que se ressaltar que, em face de todos os elementos de atipicidade e anormalidade que cercaram a operação envolvendo a utilização das debêntures aqui discutidas, todos já devidamente destacados pelo ilustre relator no seu voto, também reputo estar suficientemente demonstrado que houve artificialismo na operação.

De forma muito sucinta, apenas para rememorar, os enumero, sendo que os elementos a seguir devem ser evidentemente analisados em seu conjunto, como, aliás, sempre tem sido feito pelo CARF em situações assim, uma vez que, se isoladamente considerados, nenhum deles talvez configurasse uma expressa violação à lei: (i) debêntures sem prazo de vencimento; (ii) remuneração das debêntures apenas com base em participação nos lucros; (iii) elevado percentual de comprometimento dos lucros com a remuneração das debêntures (85% nos anos em litígio); (iv) emissão privada de debêntures, com subscrição exclusivamente pelos sócios; (v) elevadíssimo retorno financeiro aos beneficiários das debêntures (superior a 680% do capital investido, entre a data da emissão das debêntures, em 1998, e a da fiscalização, em 2009).

De fato, em situações como esta, o CARF tem sistematicamente rechaçado a dedutibilidade fiscal das remunerações pagas, sendo este também o meu entendimento acerca da questão, conforme já por mim externado em outros julgamentos tratando desta matéria.

Durante o julgamento na sessão de abril, foi arguido que não seria correto falar em artificialidade da operação, uma vez que a acusação fiscal não contemplara tal denominação, nem tampouco qualificara a multa de ofício aplicada.

Que não houve qualificação da multa de ofício, dúvidas não há. Contudo, apesar de não ter qualificado a multa de ofício, a leitura atenta e completa do Termo de Verificação Fiscal (TVF) permite concluir, com segurança, que a autoridade fiscal descreveu, de forma compreensiva, uma operação artificial, maquiada ou ardilosamente engendrada, com

a precípua ou única finalidade de indevidamente suprimir tributos, pelo que não procede o argumento trazido a debate.

Para não estender em demasia esta análise, transcrevo apenas os seguintes parágrafos do TVF, alguns dos quais, aliás, também já foram transcritos pelo ilustre relator (grifei):

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

(...)

Por certo, **a fiscalizada utilizou-se de tal operação não para alavancar seus negócios, mas para artificialmente aumentar o resultado não tributável e as despesas supostamente dedutíveis** incrementando dessa forma o lucro da sociedade, ao arrepio da legislação tributária.

(...)

Assim, observa-se claramente que **a operação engendrada pela fiscalizada caracteriza-se como distribuição disfarçada de lucros** (...)

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, **como, por exemplo, a capitalização, que, na essência, foi o negócio verdadeiramente praticado pela empresa, o qual esta denominou como emissão de debêntures.**

(...) **Lança-se mão, assim, exclusivamente da forma, em detrimento de sua respectiva substância jurídica**, para respaldar a redução da base tributária do imposto.

Nos outros julgamentos precedentes a que me referi, não havia neles a caracterização, pela fiscalização, dos pagamentos efetuados a título de suposta remuneração aos debenturistas, como distribuição disfarçada de lucros. Apesar de aqueles casos, em síntese, contemplarem debêntures com características substancialmente equivalentes às aqui discutidas, as despesas haviam sido glosadas sob o fundamento legal da desnecessidade/artificialidade das despesas (fundamento o qual, diga-se a propósito, em tudo se enquadraria também ao caso aqui em comento).

Minha manifestação, nos referidos casos, sempre seguiu, em linhas gerais, a jurisprudência originada a partir do precedente mais antigo, e exaustivamente referido por praticamente todos que intervieram no presente processo, qual seja, o Acórdão n. 101-94.986, de lavra da ilustre Conselheira Sandra Faroni. Ou seja, deve-se considerar que os pagamentos feitos tiveram a natureza de distribuição de lucros, o que acaba por trazer implicações sobre as quais se falará adiante.

No caso concreto, o que se tem, em última análise, é que a própria fiscalização já enquadró os pagamentos na forma em que o CARF, e este conselheiro, entendiam que a mesma deveria ser enquadrada. E, para isto, tendo encontrado a fiscalização dispositivo legal que atenderia ao pressuposto, dele lançou mão.

Assim, tendo em conta apenas esta primeira observação, não haveria, *a priori*, motivos para que a solução a ser aqui adotada, a meu modo de ver, devesse ser distinta daquela por mim já defendida nos citados precedentes, uma vez que a fiscalização nada mais fez do que, em certa medida, antecipar uma consideração que este conselheiro faria. E, nos precedentes a que me refiro, tendo em conta a artificialidade das despesas criadas com a remuneração das debêntures, sempre as considerei integralmente indedutíveis.

Aqui chegamos, então, ao ponto principal que me levou a solicitar vistas dos autos.

A caracterização destas despesas, pela fiscalização, como distribuição disfarçada de lucros, tem o condão de determinar que a tributação deva se dar apenas pela diferença com relação ao valor que seria ordinariamente pago pela contribuinte em operações de mercado, e não pela integralidade daquelas despesas?

Reproduz-se a seguir os dispositivos legais pertinentes:

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

Conforme visto, trata-se de presunção legal, cujo condão é o de transferir o ônus da prova de sua desconstituição para o sujeito passivo, conforme, aliás, expressa ressalva do parágrafo 3º do art. 464, acima transcrito.

Ao sujeito passivo, portanto, para que fosse afastada a presunção, caberia fazer a prova "*de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros*" (grifei). São duas, portanto, as condições para o afastamento da presunção.

A despeito das alegações recursais no sentido de que a remuneração das debêntures não teria excedido os valores das despesas com as quais a contribuinte normalmente teria de arcar se contratasse com terceiros (segunda condição), e das manifestações da douta PFN, em sede de contrarrazões, de que esta prova não teria sido adequadamente feita pela recorrente (e de que nem poderia a recorrente, lógica e racionalmente, à época, em 1998, conhecer as variáveis que definiriam se era mais vantajoso obter empréstimo via mútuo ou debêntures para os anos subsequentes), o fato é que, por todo o quanto exposto no voto do ilustre relator, e por este voto corroborado, não houve prova alguma de que o negócio tenha sido realizado no interesse da pessoa jurídica (primeira condição).

Ao contrário, restou suficientemente demonstrado que o alegado motivo para a capitalização da empresa por meio da emissão de debêntures não se sustenta, sendo que o verdadeiro propósito da operação foi o de apenas lograr obter uma indevida redução dos tributos devidos. E, como exaustivamente referido tanto pelo ilustre relator, quanto pelas autoridades lançadora e julgadora de primeira instância, não é do interesse da pessoa jurídica produzir lucros para terceiros.

Portanto, não restou desconstituída pela recorrente a presunção legal.

Há que se atentar, agora, à seguinte peculiaridade da referida presunção legal.

Quando a lei trata da possibilidade de sua desconstituição, pelo sujeito passivo, de fato é feita referência aos parâmetros de mercado com os quais *a pessoa jurídica contrataria com terceiros*. Apenas neste aspecto é que faria algum sentido — acaso já não se tivesse aqui afastado a pretensão da recorrente de desconstituição da presunção — recorrer-se a um comparativo com taxas de juros praticadas pelos bancos em operações de mercado, como quer a recorrente.

Contudo, ao tratar da específica hipótese de configuração da presunção de distribuição disfarçada de lucros de que aqui se trata, a lei traz uma redação mais ampla, pois define que esta resta caracterizada, também, quando forem realizados negócios em condições de favorecimento *à pessoa ligada*, ou seja, em condições mais vantajosas *para a pessoa ligada* do que aquelas que prevaleceriam no mercado.

Não é por outro motivo, aliás, que o CARF, por exemplo, em precedente do qual este conselheiro não participou, entendeu que o comparativo deveria ser feito com índices tais como o IGPM + 6%, NTN-C, e 100% do CDI (Acórdão nº 101-97.021), ou seja, índices que refletem a expectativa de retorno esperado por uma pessoa física em aplicações de renda fixa (títulos públicos, e fundos de renda fixa, atrelados ou não ao DI - Depósito Interbancário), e não em índices que reflitam o custo de captação de recursos, pela empresa, junto ao mercado financeiro, conforme quer a recorrente (taxa média de juros para conta garantida).

Portanto, se alguma diferença houvesse de ser apurada, para fins de tributação a título de distribuição disfarçada de lucros, esta haveria de ser com relação aos **primeiros mencionados índices, ou quiçá com relação à Selic ou à TJLP, índices mencionados**

pela decisão recorrida, mas não com relação aos índices reclamados pela recorrente. Este é o primeiro ponto a ser observado.

Entretanto, e basicamente, ao se analisar a questão da distribuição disfarçada de lucros sob a ótica da condição mais vantajosa, *para a pessoa ligada*, do que aquelas que esta mesma pessoa ligada lograria obter no mercado, então, com a devida vênia, não se há de argumentar pela dedução de qualquer valor, com relação àqueles que foram objeto de lançamento nos anos de 2008 e 2009.

Não é necessário maior esforço argumentativo para demonstrar que, sob qualquer parâmetro, jamais lograriam as pessoas ligadas obter semelhante remuneração àquela obtida por meio das operações engendradas pela recorrente, e que, neste sentido, é absolutamente despropositado cogitar-se de eventual dedução, ano a ano, frente a tais parâmetros de remuneração (aplicações de renda fixa), quando a fiscalização já demonstrara que, apenas nos dois primeiros anos da operação, já haviam obtido os debenturistas mais do que o integral retorno de todo o capital investido. Até o final do ano anterior aos lançamentos fiscais de que aqui se trata, por exemplo, ou seja, o ano de 2007, a remuneração já havia atingido 413,38%.

Diante de tal cenário, com a devida vênia, de há muito que os pagamentos efetuados já haviam configurado uma integral e indevida vantagem aos sócios debenturistas.

Rejeito, portanto, no caso concreto, o argumento recursal de cálculo da distribuição disfarçada de lucros tendo por base apenas a diferença entre o valor da remuneração atribuída às debêntures e o valor da eventual despesa apurada com base em quaisquer taxas de juros do mercado financeiro.

De se ressaltar que o quanto exposto com relação ao IRPJ aplica-se integralmente também à CSLL, em razão da expressa previsão legal contida no art. 60 da Lei nº 9.532/97, aliás, expressamente mencionado nos autos de infração lavrados (fls. 563):

"Art. 60. O valor dos lucros distribuídos disfarçadamente, de que tratam os arts. 60 a 62 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com as alterações do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, serão, também, adicionados ao lucro líquido para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido."

Por fim, retomando a observação anteriormente feita, o fato de se dar aos valores pagos o tratamento de lucros distribuídos implica, a meu modo de ver, a possibilidade de aproveitamento do imposto de renda retido na fonte efetivamente pago, nos moldes que a seguir se discorrerá, uma vez que tal imposto, ou ao menos parte dele, não seria devido na hipótese de distribuição de lucros. Vale observar que, no caso, é inconteste que a fiscalização requalificou os fatos, e, neste sentido, já me manifestei em outras ocasiões que a requalificação deve ser feita de modo integral. Neste sentido, por exemplo, as seguintes ementas em acórdãos de minha relatoria:

Acórdão 1102-000.820:

**CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA COM ARTIFICIALISMO.
DESCONSIDERAÇÃO DOS SERVIÇOS PRETENSAMENTE PRESTADOS.**

MULTA QUALIFICADA. NECESSIDADE DA RECONSTITUIÇÃO DE EFEITOS VERDADEIROS.

Comprovado o artificialismo na terceirização de serviços a empresas controladas, cujo objetivo foi reduzir a carga tributária da recorrente mediante a tributação de relevante parcela de seu resultado pelo lucro presumido nas pretensas prestadoras de serviços, correto o procedimento de desconsiderar as despesas correspondentes. Todavia, se ao engendrar as operações artificiais, a empresa que pretensamente prestou os serviços sofreu tributação, ainda que de tributos diversos, há de se recompor a verdade material, compensando-se todos os tributos já recolhidos.

Acórdão 1102-00.659:**IRRF. DEDUÇÃO DO VALOR PAGO.**

Das despesas que foram pagas a título de remuneração das debêntures, com retenção de imposto de renda exclusiva de fonte, uma parte delas, após a incidência do IRPJ e da CSLL, revela-se como lucros passíveis de distribuição, os quais não estariam sujeitos à retenção do imposto por ocasião de sua distribuição. Assim, para restabelecer a verdade dos fatos, cabe o estorno da parte do imposto de renda, indevidamente retido na fonte e comprovadamente pago, que corresponda proporcionalmente à parcela que poderia ser distribuída com isenção.

Transcrevo a seguir o teor de minha manifestação a respeito no âmbito do segundo precedente acima mencionado (Acórdão 1102-00.659), o qual trata especificamente de debêntures com características substancialmente equivalentes às aqui discutidas, igualmente subscritas apenas por sócios pessoas físicas, e em que a pessoa jurídica, em face dos valores lançados de ofício, igualmente submeteu-se à tributação pelo IRPJ à alíquota total de 25% (considerados a alíquota básica mais o adicional) e pela CSLL à alíquota de 9%:

"Para finalizar, com relação ao IRRF, entendo assistir parcial razão à recorrente.

É que desde a edição da Lei nº 9.249/95, estabeleceu o legislador a isenção do imposto de renda na distribuição de lucros já tributados na pessoa jurídica, como forma de evitar uma dupla incidência sobre os mesmos resultados. Entretanto, a recorrente deu aos valores pagos aos sócios o tratamento de participações atribuídas a debêntures, as quais, por não serem tributadas na pessoa jurídica, sofrem a incidência do imposto de renda na fonte por ocasião do pagamento.

A i. Conselheira Sandra Faroni, no seu voto proferido no Acórdão nº 101-94.986, bem abordou a questão, nos seguintes termos:

“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.”

Assim, na esteira também dos precedentes citados pela recorrente, entendo que, ao se restabelecer a verdade dos fatos, deve-se fazê-lo de modo integral,

permitindo a compensação de tributos comprovadamente recolhidos, e que não precisariam sê-lo, de sorte que a exigência da submissão desta compensação à apresentação de DCOMP por parte da recorrente, como pontuou a decisão recorrida, não se justifica em casos como este. Do mesmo modo, as eventuais imprecisões ou desencontros quanto aos períodos de apuração constantes nas DIRF e DCTF, frente aos comprovantes DARF de pagamento, ainda que com incorreção no código do tributo, não constituem óbice à compensação do imposto, no presente caso, porque entendo que a recorrente, de modo suficiente, demonstrou na peça recursal a realização dos recolhimentos de IRRF sobre os valores das questionadas participações.

Entretanto, o provimento deve ser apenas parcial, neste mister, e explico por quê.

É que não é à totalidade dos valores pagos a título de participação de debenturistas que se pode aplicar a isenção de imposto como lucros distribuídos.

Os lucros que poderiam ser disponibilizados com isenção correspondem tão somente a 66% dos valores considerados como participação de debenturistas, em razão justamente da incidência do IRPJ e da CSLL aqui exigidos de ofício (25% + 9% = 34%).

Tomando-se como exemplo uma “participação de debenturistas” igual a R\$100,00, ao considerá-las indedutíveis, e tributá-las a 34%, vemos que restam, na verdade, contabilmente, somente R\$66,00 para distribuição isenta.

Por outro lado, ao promover a distribuição daqueles R\$100,00, a empresa tributou pelo IRRF a 20%, de modo que os debenturistas receberam, líquido, tão somente R\$80,00.

Ocorre assim que, do valor de R\$80,00 recebido, a parcela de R\$66,00 não precisaria ter sido submetida à tributação pelo IRRF, porque oriunda de lucros já tributados na pessoa jurídica. A parcela restante, por sua vez, à toda evidência, não tem origem em lucros contábeis tributados na pessoa jurídica, não havendo razão para que seja agraciada com qualquer espécie de isenção. Portanto, do IRRF pago, precisamente 82,50% (R\$ 66,00 dividido por R\$ 80,00) deve ser abatido na presente autuação, sendo incabível o aproveitamento dos restantes 17,50% do IRRF pago.

A dedução desta parcela de 82,50% do IRRF pago, conforme já restou assentado no Acórdão nº 101-95.588 (Embargos de Declaração interpostos contra o Acórdão nº 101-94.986), deve ser feita diretamente do crédito tributário lançado, alcançando proporcionalmente, portanto, os consectários legais.

Tendo sido recolhido IRRF no montante de R\$(...), a parcela a ser deduzida, equivalente a 82,50%, corresponde a R\$(...).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir do valor do imposto de renda lançado o montante de R\$(...), correspondente a parte do valor do imposto retido na fonte sobre as importâncias pagas a título de remuneração das debêntures."

No caso dos autos, a própria fiscalização identificou os valores do imposto de renda retido pela recorrente, *verbis*:

"No período objeto do presente Termo de Verificação Fiscal (2008 e 2009), foram pagos os seguintes valores a título de remuneração de debêntures:

Ano	Lucro Líquido	Valor Distribuído (85%)	IRRF (20%)	Remuneração Líquida
2008	R\$ 26.052.359,75	R\$ 22.144.505,80	R\$ 4.428.901,16	R\$ 17.715.604,64
2009	R\$ 39.984.096,81	R\$ 33.986.482,29	R\$ 6.797.296,46	R\$ 27.189.185,83

(...)"

Nesta ocasião, ratificando meu entendimento sobre esta questão, e em razão de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir, do valor do imposto de renda lançado em 2008 e 2009, os montantes de R\$ 3.653.843,45 e de R\$ 5.607.769,57, respectivamente, correspondentes à parcela de 82,50% do valor do imposto retido na fonte sobre as importâncias pagas a título de remuneração das debêntures.

Por fim, com relação à análise jurídica feita pelo ilustre relator acerca da alegação recursal de nulidade do processo de arrolamento por ofensa à Súmula Vinculante nº 21 do Supremo Tribunal Federal, entendo-a absolutamente correta. Ademais, a alegação não faz nenhum sentido, no caso concreto, posto que a hipótese dos autos nada tem a ver com aquela abordada pela referida Súmula, conforme também argutamente observou o relator. Contudo, permito-me divergir do seu voto também neste aspecto, tão somente tendo em vista entender que as controvérsias relativas ao procedimento de arrolamento de bens, sejam elas quais forem, se encontram fora do âmbito de competência do CARF, consoante também já decidiu esta corte administrativa nos seguintes precedentes, exemplificativamente mencionados:

"ARROLAMENTO DE BENS. COMPETÊNCIA. O exame de questões relacionadas ao arrolamento de bens encontra-se fora dos limites de competência do CARF." (Acórdão 1401-001.529, relator Antonio Bezerra Neto, sessão de 02/02/2016)

"ARROLAMENTO DE BENS. O CARF (...) não é competente para analisar o procedimento administrativo de arrolamento de bens." (Acórdão 2301-004.437, relator Joao Bellini Junior, sessão de 26/01/2016)

"ARROLAMENTO DE BENS. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos da delimitação imposta pelo Decreto nº 70.235, de 1972, escapa à competência dos órgãos administrativos de julgamento a apreciação acerca da procedência de arrolamento de bens e direitos formalizado pela autoridade fiscal." (Acórdão 2401-003.578, relator Kleber Ferreira de Araújo, sessão de 17/07/2014)

Com relação à matéria "arrolamento de bens", portanto, entendo que não devam ser conhecidas as razões do recurso voluntário. Vencido nesta preliminar, acompanho o voto do ilustre relator.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Redator designado

Processo nº 16643.720002/2013-16
Acórdão n.º **1201-001.412**

S1-C2T1
Fl. 29

CÓPIA