



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13896.002592/2007-93
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9101-002.973 – 1ª Turma
Sessão de 05 de julho de 2017
Matéria DEDUTIBILIDADE DE DEBÊNTURES
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
NATURA COSMÉTICOS S.A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

DESPESAS OPERACIONAIS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE.

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

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. INDEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS.

A entrega de parcelas significativas de seus lucro a título de remuneração das debêntures no contexto de empresas ligadas, caracteriza liberalidade, e desvirtua a natureza de despesa necessária, tornando-a indedutível na apuração do lucro real.

ABATIMENTO DO IRRF.

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

CSLL. DESPESAS NÃO DEDUTÍVEIS. REDUÇÃO INDEVIDA DO LUCRO OPERACIONAL.

O art. 299 do RIR/99 é aplicado também à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, pois parte do lucro operacional, que também é a base para posterior apuração da referida Contribuição Social. Outrossim, a aplicação do regramento fiscal pode ser confirmada pela dicção do art. 13 da Lei 9.249/1995

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte, quanto (i) à dedutibilidade das despesas relativas às debêntures, (ii) à existência de regra que vede a dedutibilidade da base de cálculo da CSLL e (iii) à possibilidade de aproveitamento do IRRF. Por unanimidade de votos, acordam em não conhecer do tema juros sobre multa e, por maioria de votos, em conhecer da alegação de decadência, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que não conheceram da decadência e, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. No mérito, quanto às matérias (i) e (ii), por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento e, quanto à matéria (iii), por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor nas matérias (i) e (ii) a conselheira Adriana Gomes Rego. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe deram provimento.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. Ausente justificadamente o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se de **autuação fiscal** para a exigência de créditos de IRPJ e CSLL relativos ao ano calendário de 2002, em função da glosa de despesas correspondentes a debêntures emitidas pela Recorrente a sócios seus em operações ocorridas em 1998, com a imputação de multa e juros, fundamentada nos artigos 249, 251, 299 e 300 do RIR/99, como descrito no **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 116 ss.):

“(…)

A empresa efetuou durante o ano calendário de 1998 operações de emissão de debêntures em nome dos sócios, cuja repercussão em termos da remuneração no ano calendário de 2002 importou em R\$75.817.261,00, conforme discriminado em sua Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ 2003) à página 5, na linha 47 da ficha 06A.

(…)

A Companhia ao emitir Debêntures está procurando viabilizar alternativas de obter recursos junto a terceiros mais econômicas e com prazos mais longos que aqueles obtidos no mercado financeiro. Além do mais, o principal atrativo é que a empresa pode determinar o fluxo e a forma de remuneração dos títulos. Esta flexibilidade permite à empresa uma ótima adequação de seu fluxo de caixa.

Em suma, a razão da emissão de debêntures é sempre institucional visando capitalizar a sociedade, seja devido à falta de capital de giro ou para alavancar investimentos.

É de se destacar, que toda a remuneração proporcionada pelas debêntures foi efetivada em nome dos sócios, conforme demonstrado no mapa de controle de remuneração de debenturista.

Os saldos das contas correntes em nome dos sócios referem-se a lucros anteriormente não distribuídos, sendo que os valores creditados em conta corrente mantida com os debenturistas tem como origem a própria distribuição a que essas debentures fizeram jus.

As emissões foram trimestrais e suas subscrições foram pagas com os rendimentos das debentures anteriormente emitidas, os quais também foram creditados nas contas correntes dos acionistas mantidas junto à empresa.

Além do mais, a empresa não recorreu a fontes externas na colocação das debêntures; não efetuou pagamentos de juros no resgate; emitiu as debêntures sem prazo de vencimento; o percentual de remuneração foi expressivo, a ponto da remuneração ter representado nesse ano 64% do Resultado do Período de Apuração (R\$75.817.261,90/117.623.345,90).

(…)

No que concerne ao conceito de despesa detutível que satisfaça as condições

preconizadas no Regulamento do Imposto de Renda, importante salientar que para que uma despesa seja considerada como necessária à manutenção da fonte produtora é fundamental que a despesa seja essencial na realização das transações e operações efetuadas pela empresa e ocorra normalmente, ou seja, que seja inerente à prática negocial da empresa e ocorra de forma usual e costumeira. Não é outra a interpretação do disposto no artigo 299 e seus parágrafos, do RIR/99. Estão lá explícitos em seus parágrafos que são necessárias as despesas pagas ou incorridas.

No caso específico da epigrafada, de acordo com a Ata da Assembléia Geral Extraordinária e da Escritura Particular de Emissão de Debêntures Nominativas, não Endossáveis e não Conversíveis em Ação, as debêntures foram emitidas em dois de Abril de 1998, no valor unitário de R\$1.000,00 cada uma, em uma única série no total de 140.000, equivalentes na data da emissão a R\$140.000.000,00. Elas foram subscritas pelo valor nominal e a integralização se deu à vista no ato da subscrição, através de compensação de créditos em contas correntes mantidas com os acionistas majoritários. A forma de remuneração acordada foi de participação nos lucros. Os valores dessa remuneração estão discriminados no demonstrativo pela empresa apresentado e que perfizeram no ano calendário de 2002 R\$75.817.261,91 para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, assim como, as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

No caso em tela, claro está que a remuneração das debêntures através da participação nos lucros de forma muito expressiva (70%), caracterizou ato de mera liberalidade, pois além de não ter havido ingresso de novos recursos financeiros, nem tampouco de terceiros e de não ter ocorrido pagamento de juros, como é praxe nesse tipo de operação, as operações foram restritas aos sócios e se originaram de lucros anteriormente não distribuídos, pois o que era crédito dos sócios transformou-se em crédito de debênturistas.

Por último, resta esclarecer que os dispositivos legais do RIR/99, no caso, aqueles do artigo 299, visam estabelecer um arcabouço de regras aos quais os contribuintes devem se pautar, sem as quais a legislação tributária seria inócua.

O que se questiona neste caso não é a forma jurídica do negócio e nem tampouco que tipo de estruturação a empresa quer realizar. O que a legislação procura normatizar é o efeito econômico tributário das ações praticadas pela empresa no âmbito do imposto de renda e sua repercussão na apuração do resultado operacional, que neste caso foi reduzido indevidamente.

Da análise da documentação apresentada e considerando-se as explicações acima exaradas, pode concluir que a empresa efetuou a dedução de despesas com a remuneração de debêntures em desacordo com a legislação do Imposto de Renda. Foram atos de mera liberalidade, não se enquadrando esses dispêndios naquelas despesas usuais e normais passíveis de serem deduzidas do Lucro Líquido.

Portanto, os valores deduzidos na escrituração a esse título conforme demonstrativo apresentado pelo contribuinte e reproduzido a seguir, deverão ser considerados como não dedutíveis, acarretando a tributação da diferença apurada no âmbito do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o

Lucro.

ANO CALENDÁRIO DE 2002

Resultado antes do IRPJ/CSSL R\$ 121.185.076,70

Lucro Acumulado R\$ 121.185.076,70

Remuneração conforme escritura 62,5632%

Total R\$ 75.817.261,91

Percentual de remuneração 100%

REMUNERAÇÃO COM DEBENTURES R\$ 75.817.261,91

(...)

A contribuinte apresentou **impugnação** às E-fls. 148 ss.

Na sequência, registra-se a juntada de **pareceres** dos Srs. Marco Aurelio Greco e Ricardo Mariz de Oliveira, às e-fls. 915 ss. e 988 ss., respectivamente.

A autuação foi mantida por **decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas** (E-fls. 1135 ss.), (i) reafirmando-se o caráter de liberalidade dos pagamentos efetuados a sócios, decorrentes de operações que teriam convertido uma obrigação da pessoa jurídica sem exigibilidade e sem ônus (lucros distribuídos a pagar) em uma obrigação com ônus calculados em função de lucros gerados (remuneração de debêntures), (ii) rejeitando-se a pretensão subsidiária de compensação do imposto retido na fonte na operação, por ausência de comprovação e necessidade de DCOMP e (iii) mantendo-se a tributação reflexa da CSLL.

Insurgindo-se contra a decisão a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 1189 ss.), deduzindo-se as seguintes razões de defesa, ora reduzidas pelo sumário conclusivo e pedido consignados ao final da peça, o qual se aproveita nesta oportunidade:

“SUMÁRIO CONCLUSIVO E PEDIDO

(...)

1) o negócio jurídico celebrado pela Recorrente não foi viciado e observou estritamente as formalidades previstas na legislação que regula a emissão de debêntures pela pessoa jurídica, qual seja, a Lei nº 6.404/76, não implicando, portanto, em qualquer violação à legislação das debêntures, do IRPJ ou da CSLL;

2) A participação nos lucros assegurada às debêntures de emissão da pessoa jurídica efetivamente não se configura como uma despesa operacional e, portanto, não está submetida aos requisitos de usualidade e normalidade a que se refere o art. 299 do RIR/99, mas sim ao art. 462 do referido diploma legal, que prescreve a dedutibilidade das referidas participações no lucro líquido, independentemente dos referidos requisitos. A errônea capitulação dos fatos e sua consequente vinculação ao regime de dedutibilidade das despesas operacionais contaminou todo o lançamento, na medida em que implica em exigência de IRPJ e CSLL sem qualquer amparo na lei, mas

apenas na interpretação subjetiva do Sr. Agente Fiscal e do acórdão recorrido, sendo este vício no lançamento já suficiente para que esta E. Câmara reconheça a improcedência do auto de infração;

3) Ainda que as participações em questão estivessem subsumidas ao art. 299 do RIR/99, ainda assim elas seriam dedutíveis, por se relacionarem objetivamente com as atividades da Recorrente, uma vez que decorrem da instrumentalização de dívida existente da mesma para com os seus acionistas e cujos respectivos recursos retidos na Recorrente foram efetivamente aplicados na consecução dos seus objetivos sociais;

4) A remuneração das debêntures corresponde a rendimento pago a terceiros e, nos termos do art. 300 do RIR/99, a única norma específica de dedutibilidade que se aplicaria ao caso concreto corresponde ao art. 462 do mesmo RIR/99, que expressamente determina a dedutibilidade das participações no lucro da pessoa jurídica "asseguradas a debêntures de sua emissão";

5) Existiram razões empresariais sólidas (= propósito negocial) para a prática do negócio jurídico de emissão de debêntures remuneradas com base em participação nos lucros pela Recorrente, conforme mais uma vez exaustivamente demonstrado ao longo do presente Recurso;

6) O fato de os acionistas terem sido os subscritores das debêntures não descaracterizou o negócio ou o tornou ilegal, restando expressamente previsto em lei a possibilidade dos acionistas da companhia virem a ser seus debenturistas, aspecto que não pode ser utilizado para caracterizar a operação como anormal e, portanto, desnecessária. Antes pelo contrário, muito provavelmente somente os acionistas da Recorrente se submeteriam a integralizar as debêntures nas bases em que pactuadas, o que justifica plenamente uma emissão de natureza privada, diversamente das emissões de natureza pública, cujas características foram exclusivamente exaltadas de forma preconcebida e discriminatória pela autoridade fiscal;

7) A utilização de créditos em conta corrente dos acionistas para integralização das debêntures representou efetiva circulação econômica e jurídica de recursos novos captados pela Recorrente, pois, conforme afirma o Prof. MARCO AURÉLIO GRECO: "foram apoiados num novo título jurídico e num novo perfil (longo prazo ao invés de dívida vencível à vista). Para haver efetivo novo ingresso não é indispensável o trânsito físico de recursos. A compensação de créditos assegurou que Recursos com natureza jurídica e perfil econômico novo passassem a estar na disponibilidade da companhia". Tal aspecto não é indicativo de qualquer anormalidade e, portanto, não pode ser utilizado como fator impeditivo à dedutibilidade das participações nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL;

8) O percentual hipotético de remuneração das debêntures, de até 70% dos lucros da Recorrente, não era ou é sujeito a qualquer limite em lei. Por ser um título de risco, a remuneração da debênture há de ser definida pelas partes envolvidas na transação de acordo com os limites de risco que as mesmas estejam dispostas a correr. O subjetivismo inerente a esses limites de risco por sua vez, não está disponível ao crivo de terceiros estranhos à mencionada transação, não sendo indicativo de qualquer liberalidade, simulação, abuso ou fraude à lei e, portanto, não podendo ser utilizado como fator impeditivo à dedutibilidade das participações nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Além disto, essa remuneração nunca chegou a 70% dos lucros da Recorrente;

- 9) Em seu lançamento a autoridade fiscal, com o referendo do acórdão recorrido, acaba por estabelecer a seguinte presunção não prevista em lei: acionista subscritor de debêntures mediante utilização de créditos detidos em conta corrente + remuneração exclusivamente com base em participação nos lucros que pode chegar a até 70% = indedutibilidade das participações nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Diversamente, se por qualquer razão deva prevalecer a aplicação dos conceitos de usualidade e normalidade, esta deve ser feita à vista do que de fato ocorreu como consequência do negócio contratado pela Recorrente sobre as suas operações e demonstrações financeiras, base para a apuração do seu lucro tributável, com base em parâmetros externos e concretos de comparação, procedimento este jamais adotado pela autoridade fiscal em seu processo de fiscalização e lançamento;
- 10) O custo financeiro do negócio foi vantajoso para a Recorrente, pois ficou muito abaixo das taxas de juros praticadas para empréstimos bancários no mesmo período, resultando em uma taxa efetiva, desde a sua contratação, da ordem de 450,96%, ao passo que o custo médio dos empréstimos bancários correspondeu a uma taxa de 539,02% no mesmo período, aspecto que, antes de mais nada, evidencia a razoabilidade do negócio contratado entre a Recorrente e os seus acionistas e o quão sensata e propositada empresarialmente foi a decisão de condicionar a remuneração deste empréstimo à efetiva geração de resultados por parte da Recorrente, o que já seria suficiente para admitir a plena dedutibilidade da remuneração paga às debêntures, conforme preceitua o art. 462 do RIR199;
- 11) A estrutura de endividamento da Recorrente no período objeto da autuação, computando-se o passivo das debêntures, não pode sugerir nenhum despropósito ou artificialismo em vista do seu efetivo histórico empresarial. Os índices de endividamento da Recorrente eram compatíveis com os de empresas a ela comparáveis, conforme se observa do resultado da pesquisa sobre endividamento de empresas, realizada por empresa especializada. Não houve qualquer transformação de lucros distribuídos em despesa dedutível, como indevidamente alegado no acórdão!;
- 12) O negócio não implicou em eliminação total de tributação, pelo contrário: mesmo com o efeito do encargo das participações das debêntures houve equivalência entre a carga tributária nominal usual sobre o lucro das pessoas jurídicas e a carga tributária global gerada pela soma dos tributos pagos pela Recorrente na condição de emitente das debêntures (IRFonte e carga tributária final sobre o lucro a que a Recorrente também esteve submetida). Em suma, a operação não implicou anulação de tributação. O evento econômico dela decorrente gerou riqueza tributária compatível para o Estado. Não houve uma redução de 70% do encargo tributário da Recorrente, como indevidamente alegado no acórdão;
- 13) A prevalecer o quanto inferido pela autoridade fiscal no TVF e também pelo acórdão recorrido, no sentido de que as participações no lucro representariam modalidade de remuneração das debêntures acessória aos juros, então, a rigor, o erro supostamente cometido pela Recorrente teria sido o de não contratar debêntures remuneradas com base em juros normais de mercado, acrescida de participações nos lucros, o que ensejaria uma dedução do seu lucro tributável ainda maior do que aquela injustamente glosada no auto de infração ora combatido.
- (...)

1º) Requer se digne essa E. Câmara conhecer do presente Recurso Voluntário e, ao final, dar-lhe INTEGRAL PROVIMENTO para cancelar a exigência fiscal relativa à glosa, nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, das participações no lucro asseguradas às debêntures de emissão da Recorrente, reconhecendo os efeitos fiscais (dedutibilidade) que lhes são próprios nas bases de cálculo dos referidos tributos, plenamente assegurados pelo art. 462 do RIR/99 e pela Lei nº 7.689/88.

2º) Caso não seja acolhido o pedido acima, tendo em vista que os ajustes na base de cálculo da CSLL devem estar expressamente previstos em lei (conforme decisões do Conselho de Contribuintes — Acórdãos 10194.286, 10192.097, 10192.967 — 1a.Câmara, 10319619, 10319.393, 10320.321 e 10320.406 — 3a Câmara, 10705150, 10706215, 10708.188 e 10707260 — 7a. Câmara) e considerando que as despesas consideradas desnecessárias nos termos do art. 299 do RIR/99 não estão incluídas dentre os ajustes previstos na legislação de regência da CSLL, requer a Recorrente que seja afastada a indedutibilidade das referidas participações da base da CSLL.

3º) Caso não sejam acolhidos os pedidos acima, ou ainda que só seja acolhido o segundo pedido, requer se digne essa E. Câmara dar provimento ao presente Recurso Voluntário para que se reconheça a dedutibilidade, nas bases do IRPJ e da CSLL, do valor equivalente aos juros sobre capital próprio que poderia ter sido creditado pela Recorrente aos seus acionistas no período objeto da autuação.

4º) Caso não seja acolhido o primeiro pedido acima, requer seja dado provimento parcial ao presente Recurso Voluntário para se deduzir do Imposto de Renda — Pessoa Jurídica — IRPJ lançado, os créditos tributários de Imposto de Renda Retido na Fonte — IRRF já recolhidos pela Recorrente na operação, no valor total principal de R\$ 15.163.452,40, reduzindo-se o valor principal do IRPJ, alcançando-se proporcionalmente a multa de ofício.

Apela ainda a Recorrente a essa E. Câmara que, em havendo dúvida na interpretação dos fatos que justificaram a prática do negócio correspondente à emissão de debêntures, bem como em relação à sua capitulação legal, seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, em conformidade com a diretriz geral fixada pelo art. 112, I e II do Código Tributário Nacional, segundo o qual "A lei tributária que define infrações ou the comina penalidades, interpretase da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I) à capitulação legal do fato; II) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;" total principal de R\$ 15.163.452,40, reduzindose o valor principal do IRPJ, alcançando-se proporcionalmente a multa de ofício.

Apela ainda a Recorrente a essa E. Câmara que, em havendo dúvida na interpretação dos fatos que justificaram a prática do negócio correspondente à emissão de debêntures, bem como em relação à sua capitulação legal, seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, em conformidade com a diretriz geral fixada pelo art. 112, I e II do Código Tributário Nacional, segundo o qual "A lei tributária que define infrações ou the comina penalidades, interpretase da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I) à capitulação legal do fato; II) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos."

A Fazenda Nacional apresentou **contrarrazões** às E-fls. 13986 ss.

O Acórdão recorrido, n. 1102-00659 (E-fls. 1585 ss.), deu provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo da exigência o valor de R\$12.509.848,23, correspondente à parte do IRRF recolhido, mantendo-se a decisão *a quo* quanto à indedutibilidade das despesas correspondentes às debêntures emitidas e à tributação reflexa da CSLL, conforme sintetizado na seguinte ementa:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano calendário:

2002

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.

As despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica, e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, senão antes denotam despesas absolutamente estranhas aos objetivos sociais, e, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

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.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A glosa de despesas que não se revestem dos requisitos da legislação comercial e fiscal, afeta o resultado do exercício e, conseqüentemente, a base de cálculo da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 1ª CÂMARA / 2ª TURMA ORDINÁRIA do PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, Por de MAIORIA de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo da exigência o valor de R\$12.509.848,23, correspondente a parte do IRRF recolhido, nos termos do voto do redator designado, Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé. Vencidos em 1a. votação o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto e Antonio Carlos Guidoni Filho, que negavam provimento ao recurso. E, em 2a. votação para obtenção de voto médio, vencidos a Relatora e o Conselheiro Gleydson Kleber Lopes de Oliveira que reconheciam o valor total do IRRF. O Conselheiro Guidoni fará declaração de voto.”

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 1683 ss.), buscando desconstituir a decisão quanto à possibilidade de dedução do IRRF do crédito exigido, demonstrando-se a divergência necessária mediante o acórdão paradigma

n. 1202-00.335, tendo como parte a mesma contribuinte.

O recurso foi recepcionado por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 1674 ss.) e a contribuinte ofereceu **contrarrrazões** às E-fls. 1721 ss.

A partir da intimação do acórdão recorrido, a Recorrente opôs **Embargos de Declaração** (E-fls. 1733 ss.) objetivando sanar omissão quanto aos fundamentos da dedutibilidade da CSLL, expressamente também com fins de prequestionamento. No entanto, no chamado **despacho (E-fls. 1742 ss.)**, que o analisou, compreendeu-se que não haveria qualquer vício na decisão embargada, de modo que o entendimento que teria preponderado seria o de que as despesas consideradas pela recorrente como participação no resultado atribuída às debêntures não poderiam ser dedutíveis do IRPJ e da CSLL, uma vez que os valores pagos representariam uma distribuição de lucros, e não uma efetiva participação no resultado atribuída a debêntures e, se participação no resultado fosse, com suas palavras, seria dedutível não apenas da CSLL, mas também do próprio IRPJ.

Passo seguinte, a contribuinte também interpôs **Recurso Especial** (E-fls. 1755 ss.), deduzindo como matérias os seguintes pontos e elegendo os respectivos acórdãos paradigmas: (i) dedutibilidade dos encargos correspondentes à participação nos lucros asseguradas às debêntures de sócios (101-97.021 e 1101-000.889); (2) dedutibilidade dessas participações na base de cálculo da CSLL (1301-00.977); e (3) possibilidade de dedução, do IRPJ exigido no auto de infração, da integralidade (100%) dos valores de IRRF recolhidos na operação de emissão de debêntures (101-94.986).

O recurso foi igualmente admitido por **Despacho de Admissibilidade** (E-fls. 2124 ss.) de modo integral e a Fazenda Nacional apresentou **contrarrrazões** (E-fls. 2130 ss.) destacando o fato de as debêntures não terem sido oferecidas a terceiros, não ter havido entrada de dinheiro em caixa ou de bens do ativo, além da deliberação de prazo exíguo para o início da remuneração, o que infirmaria sua usualidade e normalidade. Por fim, tratou da falta de autorização legal para o aproveitamento do IRRF, ao lado da necessidade de as respectivas receitas terem sido computadas no lucro real (art. 231/RIR).

Passa-se, então, à apreciação dos recursos.

Voto Vencido

Conselheira DANIELE SOUTO RODRIGUES AMADIO - Relatora

CONHECIMENTO

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que diverjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Voltando-se então ao caso sob exame, em linha com os despachos de admissibilidade, consideram-se preenchidos os requisitos necessários ao conhecimento tanto do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, como aquele apresentado pela contribuinte, neste caso, quanto às três matérias enumeradas pontualmente como seu objeto, para as quais foram indicados os paradigmas citados no relatório acima.

Ocorre que outros dois pontos merecem atenção. Primeiramente, a contribuinte trata também no seu recurso do tema da decadência, que embora não tenha sido objeto de conhecimento específico – uma vez que não apresentou paradigma correspondente –, no entender da Recorrente, seria levado à apreciação deste Colegiado com o seguimento das outras matéria, podendo ser apreciado de ofício. Neste caso, considero pela possibilidade de apreciação adicional da matéria decadência.

O segundo ponto refere-se à ilegalidade dos juros sobre a multa, colocado como tópico específico ao final do recurso e também incluído no pedido, mas não tratado como objeto de divergência, não se apresentando acórdão paradigma, razão pela qual se adverte que não se conhecerá o presente tema neste julgamento, nem se entende o caso de retornar os autos para a complementação do despacho de admissibilidade, pelo tratamento que foi dado à questão.

Por último, registra-se apenas que o tema da existência de previsão legal que veda a dedutibilidade das despesas em comento da base da CSLL foi objeto de prequestionamento ficto, como afinal autoriza o artigo 1025 do novo Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Isso porque, embora a matéria tenha sido objeto do recurso voluntário, o acórdão recorrido sobre ela não se pronunciou expressamente, impondo que a Recorrente opusesse embargos declaratórios declaradamente com esse fim, conforme artigo 1022 do novo Código de Processo Civil e Súmula 98 do Superior Tribunal de Justiça, com o resultado narrado no relatório acima.

Em conclusão, vota-se então em CONHECER INTEGRALMENTE OS RECURSOS DA FAZENDA NACIONAL E DA CONTRIBUINTE, com a ressalva de que se entende possível a apreciação de ofício do tema da decadência, uma vez aberta a competência deste colegiado para julgamento do recurso, ocorrida pelo conhecimento de outras matérias.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Suscita a Recorrente a apreciação de ofício da matéria tratada como decadência do direito de a Administração Tributária analisar negócios jurídicos ocorridos anteriormente aos cinco anos do lançamento de ofício.

No entanto, compreende-se não assistir-lhe razão, na medida em que o prazo em questão apenas começar a fluir a partir do momento em que a despesa com a remuneração de debêntures efetivamente afeta a base de cálculo dos tributos, somente a partir deste instante sendo possível se cogitar a inércia do fisco.

Nesse sentido, considerando-se que, embora as debêntures tenham sido

emitidas em operações realizadas em 1998, apenas afetaram as bases tributáveis no ano calendário de 2002, tendo o lançamento ocorrido em 2007, entende-se não haver operado a decadência aventada pela contribuinte.

Assim sendo, NEGA-SE PROVIMENTO ao Recurso Especial da Contribuinte no que se refere à decadência.

MÉRITO

Conforme a análise de conhecimento procedida, devolve-se, então, ao julgamento deste Colegiado a questão da (i) dedutibilidade das despesas relativas às debêntures, (ii) existência de regra que veda a dedutibilidade da base de cálculo da CSLL e também (iii) possibilidade de aproveitamento do IRRF. Veja-se um a um.

1. Dedutibilidade das despesas de debêntures

Inicialmente, registra-se que a autuação se pautou unicamente na desnecessidade das despesas relativas à emissão de debêntures, com fundamento no artigo 299 do RIR/99, sem qualquer imputação de ilicitude das operações, a exemplo de vícios como fraude ou simulação.

E sob esse viés da indedutibilidade é que se pode avaliar a questão. Primeiramente, salienta-se que se compreende haver previsão específica a respeito da dedutibilidade de valores correspondentes à emissão de debêntures, o artigo 462 do RIR, que afastaria a regra geral do artigo 299 e inclusive implicaria a nulidade do auto de infração em razão da capitulação adotada:

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

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

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

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999 (art. 359).”

Observada a hipótese de incidência do art. 462 do RIR/99, deve ser garantida a dedutibilidade das despesas incorridas pela companhia com a remuneração de seus debenturistas, de modo que, como dito, entende-se suficiente a sua aplicação para inquinar o lançamento por vício de fundamentação.

Sem pretender ser incoerente com o raciocínio acima e sua consequência, na eventualidade de este Colegiado entender pela subsunção do caso concreto à regra geral do artigo 299 do RIR/99, enfrenta-se essa questão, sobretudo porque nessa regra capitulada a autuação fiscal.

Com efeito, é sabido que não basta, para a tributação da renda, tão somente a verificação das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Exige-se, para que se avalie o efetivo acréscimo patrimonial percebido, a dedução dos custos e despesas despendidos para a formação dessas receitas.

Diz-se, assim, que os custos correspondem à troca de recursos pré-existent no ativo da pessoa jurídica, ou mesmo à contração de dívidas, para a aquisição de um bem ou direito, enquanto as despesas aos gastos assumidos pela entidade, no emprego de valores ou contração de dívidas para o pagamento de encargos necessários à produção da renda, já utilizados ou consumidos, isto é, que não remanesçam no seu ativo.

As despesas de possível dedução são as chamadas operacionais, assim definidas como aquelas não computadas nos custos e necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, como prescrito pelo artigo 47 da Lei nº. 4.506/1964, reproduzido pelo artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda:

“Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º) [...]”

De acordo com a redação desse dispositivo, além de não serem computadas como custos, para que sejam dedutíveis, as despesas devem ser pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações requeridas pela atividade da empresa, de modo normal e usual, o que significa, portanto, que ao menos quatro diferentes critérios devem ser analisados.

O primeiro requisito à dedutibilidade das despesas, como apontado, é que estas *não sejam contabilizadas como custos*, ou seja, não correspondam à troca de recursos pré-existent no ativo da pessoa jurídica, ou mesmo à contração de dívidas,

para a aquisição de um bem ou direito. Como um segundo critério, tem-se a exigência de que as despesas sejam *necessárias* para que possam ser deduzidas, o que deve ser corretamente interpretado, sem objetividade ou subjetividade desmedida.

Explica-se. É inerente ao ato de interpretar, vale dizer, de construir o sentido da norma jurídica, tomar-se como ponto de partida o texto. Dele se parte e nele se têm os limites finais daquele processo. Embora o intérprete seja quem atribua conteúdo à referida norma, conferindo-lhe, inevitavelmente, seus valores, o subjetivismo contido nesta atividade não é ilimitado, como bem demonstra Paulo de Barros Carvalho¹:

Os predicados da inesgotabilidade e da intertextualidade não significam ausência de limites na tarefa interpretativa. A interpretação toma por base o texto: nele tem início, por ele se conduz e, até o intercâmbio com outros discursos, instaura-se a partir dele. Ora, o texto de que falamos é o jurídico-positivo e o ingresso no plano de seu conteúdo tem de levar em conta as diretrizes do sistema [...].

Com isso se quer afirmar que, para a configuração das despesas mencionadas no artigo 299 do RIR/99 como necessárias, o que se exige minimamente é que possuam relação com as atividades da empresa ou sua fonte produtora. Mas que isso, possivelmente, é estar impondo condição não prevista na lei.

A confirmar essa orientação, são válidas as palavras de Ricardo Mariz de Oliveira²:

[...] a lei vincula a dedutibilidade à existência de uma relação entre as despesas e as atividades da empresa ou a sua fonte produtora. Estabelecida a existência dessa relação, o que qualquer pessoa pode fácil e objetivamente fazer, a despesa será por todos reconhecida como necessária, independentemente do que qualquer um pense ou possa pensar, ache ou possa achar, quanto à sua conveniência ou por comparação com qualquer outro referencial de apreciação.

Isto é da maior importância: o referencial legal para se constatar a necessidade é a relação objetiva entre a despesa e a empresa, isto é, entre a despesa e as atividades da empresa ou a sua fonte produtora! Qualquer outro referencial, que alguém queira subjetivamente utilizar, é imaterial e irrelevante perante a lei.

Assim sendo, na medida em que o dispositivo define como necessárias as despesas que tenham relação com as atividades da empresa e a fonte produtora, trata-

¹ Ibid., p. 194.

² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 693.

se a dedutibilidade de regra geral, o que significa que, atendidas as condições impostas pela legislação, esse desconto independe de algo que declare especificamente as despesas como dedutíveis, não sendo possível a imposição de limitações subjetivas ao alcance da relação entre as despesas e as atividades da empresa ou fonte produtora³.

Observe-se que, já no Parecer Normativo nº 32 de 1981, a Coordenadoria do Sistema de Tributação dispunha que “o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos”.

Na linha desenvolvida, remete-se aqui a todas as despesas relativas à empresa, assim entendidas “*em oposição a gastos absolutamente estranhos à sociedade e às suas atividades, ou que caracterizem mera liberalidade*”⁴. Não se quer com isso afirmar que despesas alheias às atividades da pessoa jurídica não sejam necessárias, apenas que os atos de liberalidade não são precisos para a obtenção da renda.

Ademais, a despesa incorrida não deve obrigatoriamente ser exigida de forma direta pela atividade da companhia, senão o que dizer dos juros incorridos, multas sofridas, gastos com acidentes? São despesas que envolvem a continuidade dos negócios, estratégias de riscos. São despesas, portanto, relacionadas à atividade da empresa e à manutenção de sua fonte produtora.

³ Nesse sentido, a Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda já vem decidindo a longo tempo:
“IRPJ – DESPESAS OPERACIONAIS – DEDUTIBILIDADE – NECESSIDADE – COMPROVAÇÃO” – O art. 47 da Lei nº. 4.506/64, consolidado no art. 191 do RIR/80, ao estabelecer que são operacionais as despesas não computáveis nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, criou na área do imposto de renda o que comumente se denomina de cláusula geral. Isto significa que o legislador evitou baixar norma exemplificativa ou, muito menos, taxativa. Se a pessoa jurídica consegue provar, por qualquer meio lícito de prova, que o gasto existiu e se trata de despesa normal ou usual no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, ainda que mediante simples notas fiscais simplificadas, não há como se glosar tal gasto”. (BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso nº 124107. Acórdão nº 01-0900. Relator: Kazuki Shiobara. Sessão: 29 jun. 1989).

⁴ LATORRACA, Nilton; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A dedutibilidade das multas fiscais face ao princípio da legalidade da obrigação tributária e a conceituação de custos e despesas operacionais. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, 1972, p. 140.

Assim, concluindo com a definição de Ricardo Mariz de Oliveira⁵, pode-se afirmar, sem incorrer em qualquer equívoco, “que uma despesa é necessária quando ela for inerente à atividade da empresa ou à sua fonte produtora, ou for dela decorrente, ou com ela for relacionada, ou surgir em virtude da simples existência da empresa e do papel social que ela desempenha”, orientação esta inclusive incorporada pela jurisprudência administrativa, em trecho do seguinte acórdão⁶:

A regra geral de definição do lucro real baseado no lucro líquido, ou seja, contábil, é no sentido de que, em princípio todos os dispêndios da empresa são dedutíveis.

A lei, não podendo prever uma a uma as inumeráveis atividades e espécies de gastos da empresa, parte da definição genérica de que todos os custos e todas as despesas são admitidos na apuração da base de cálculo do imposto de renda e estabelece as exceções para cálculo do lucro tributável.

[...]

Partindo dessa premissa, podemos dizer que uma despesa é necessária quando inerente à atividade da empresa, ou dela decorrente, ou com ela relacionada ou até mesmo que surge em virtude da simples existência da empresa e do papel social que desempenha.

Em contrapartida, 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. [...].

Passando-se à questão da *normalidade* das despesas, esta se refere, em síntese, aos gastos comuns no ramo de atividade em que atua a companhia ou no tipo de operação envolvida, enquanto *usuais* seriam aqueles caracterizados pela habitualidade, pela frequência com que são incorridos.

Segundo o Parecer Normativo da Coordenadoria do Sistema de Tributação nº 32/1981, editado para analisar a dedutibilidade de gastos necessários num determinado ramo empresarial, “despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária”, com a complementação de que “o requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio”.

O que se exige, efetivamente, é a relação de pertinência entre as despesas incorridas pelas pessoas jurídicas e suas atividades, sendo elas comuns neste ramo de negócio ou na espécie de transação ou operação objeto de análise, vale dizer,

⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 696.

⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso nº 126251. Acórdão nº 101-93720. Relatora: Sandra Maria Faroni. Sessão: 23 jan. 2002.

“consideradas despesas normais e habituais, notadamente se não evidenciada a sua desnecessidade à fonte produtora de recursos”⁷.

Outras condições impostas à dedutibilidade de despesas diz respeito à sua escrituração *e possibilidade de comprovação*. No primeiro caso, somente podem ser descontadas na formação da base de cálculo do tributo aquelas despesas devidamente contabilizadas, regra esta flexibilizada em casos particulares. Relativamente à comprovação das despesas, num de seus aspectos, deve-se verificar a existência de prescrição legal quanto a alguma forma específica de prova, isto é, a exigência de que a despesa seja comprovada por meio de documento determinado, no que se refere ao tributo exigido. Por fim, para que as despesas sejam consideradas dedutíveis, devem ser deduzidas no lucro real no período-base competente, quando, segundo o regime de competência, tiverem sido efetivamente incorridas⁸.

A realidade é que, além da regra do citado artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda, a legislação fiscal traz diversas outras normas impedindo a dedutibilidade de algumas despesas, limitando o seu valor, condicionando-as a certos requisitos ou atribuindo-lhe tratamento específico. De todo modo, quer parecer que o limite principal, que submete essas previsões a um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, seria o próprio conceito de renda tributável.

Realizada essa introdução, pensa-se que a questão, no caso concreto, é se investigar a caracterização das despesas com a emissão de debêntures como desnecessárias, porque liberalidade da pessoa jurídica, considerando os pontos da autuação e razões da FAZENDA NACIONAL quanto à remuneração ter ocorrido com base exclusivamente na participação dos lucros, sua emissão haver sido feita para seus acionistas, não haver captação de recursos, o prazo exíguo e a utilização do percentual de 70% na remuneração.

Tais fatores, no entanto, assim como já pontuado pelo Conselheiro Luis Flavio Neto no acórdão n. 9101-002.535 – de cuja decisão aproveita-se o mesmo racional e determinados trechos –, são insuficientes para descaracterizar *a priori* a natureza jurídica

⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 103-09030. Sessão: 10 abr. 1989.

⁸ Acerca do tema, veja-se antiga lição de Sampaio Dória, para quem “despesa incorrida é a que: (a) resulta de obrigação formalmente contratada, líquida e certa, vencida ou não; (b) seja precisamente quantificável; (c) independa de evento futuro e incerto, que possa eliminar a respectiva obrigação, verificando-se automaticamente seu vencimento (decorso de prazo, para exemplificar); e (d) possua titular (credor) identificado precisamente.” (DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. O regime de competência no imposto de renda e deduções de juros contratados. **Revista de estudos tributários**. São Paulo: IBET; Resenha Tributária, n. 3, 1979, p. 24).

das debêntures e a incidência não só do artigo 462 do RIR/99, mas também para tornar as despesas desnecessárias, não usuais ou anormais, conforme o seu artigo 299.

Primeiramente, não se verificava qualquer impedimento legal para que os próprios acionistas da NATURA COSMÉTICOS S.A. subscrevessem debêntures de emissão da empresa, não só porque não se pode presumir uma regra não prevista em lei, como porque o artigo 57 da Lei das S.A. expressamente assegura o direito de preferência aos acionistas sobre certas debêntures, o que denota que a sua subscrição é juridicamente garantida a acionistas da companhia de acordo com a própria legislação específica.

Igualmente não há óbice para a remuneração com base exclusivamente na participação dos lucros, que é textualmente tutelada pela mesma Lei das Sociedades Anônimas, em seu artigo 56. Leia-se:

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

Significa dizer que a lei societária atribui uma faculdade à pessoa jurídica, sem que lhe imponha ordem ou preferência entre as alternativas postas, dentre as quais consta expressamente a "participação no lucro da companhia", como confirma Nelson Eiziriki, no seguinte trecho:

“Os rendimentos que a companhia pode atribuir às debêntures de sua emissão – juros, participação no lucro e prêmio de reembolso – são facultativos; não são, portanto, cumulativos ou obrigatórios. Poderão ser atribuídas às debêntures todas as vantagens previstas neste artigo ou apenas uma delas”.

Com referência à efetiva entrada de novos recursos, considera-a ocorrida, tomando-se, por certo, não ser necessário o trânsito físico de moeda, como inclusive reconhece a fiscalização, mas se configurando com a existência de direitos positivos que inexistiam anteriormente à subscrição. Verifica-se que as dívidas exigíveis de imediato deram lugar, sem qualquer demérito, a créditos que asseguraram recursos com natureza jurídica e perfil econômico novos, postos à disposição da entidade, vale dizer, novos títulos jurídicos (debêntures) com vencimento de longo prazo, fator este determinante à solvência das empresas.

Relativamente ao percentual na participação dos lucros da companhia, compreende-se que também não se pode considerá-lo, apriorística e peremptoriamente, excessivo, não só por não haver parâmetros pre estabelecidos na legislação, como também porque demanda uma verificação casuística, de modo que o que pode parecer elevado numa avaliação imediata, talvez não o seja avaliado dentro de um contexto determinado, como ocorreu no presente caso.

Esse é o caminho indicado por Marco Aurelio Greco em parecer em que analisou as operações da NATURA COSMÉTICOS S.A.:

“Mas perguntará alguém: e se tivesse atingido 70% do lucro, a operação ainda assim estaria isenta de patologias?

No caso concreto, sim. Sublinho: no caso concreto. Assim faço, pois estou convencido que cada operação deve ser examinada cuidadosamente à vista das suas circunstâncias sendo inadequado transplantar respostas ou soluções que sejam adequadas a outras situações ou proceder a generalizações do tipo tudo ou nada, sempre/nunca.

Por isso, não é o percentual em si que determina a existência da patologia. t,o contexto em que ele surge e os efeitos que produz!

De imediato, deve ser afastada a idéia por vezes não explícita consistente em pensar que algo superior à metade adquire outra natureza.

No caso, o simples fato de ser superior a 50% dos lucros não altera a conclusão, pois - por tudo que li das peças processuais e dos elementos que me foram fornecidos - o objetivo da operação não foi eliminar o tributo (tanto que houve retenção na fonte) nem reduzi-lo (pois esta diferença foi um dos efeitos e não o foco central da operação).

Objetivo explícito e demonstrável foi mudar o perfil da dívida que a companhia tinha com seus acionistas. Vale dizer, reduzir o seu comprometimento a curto prazo (que onera a empresa e poderia sangrá-la se os acionistas exigissem o pagamento dos valores em conta corrente) e financiar-se com recursos dos próprios acionistas.

Bem indicativo disto foi o fato de a primeira subscrição se dar com a quase totalidade dos lucros distribuídos em anos anteriores. Ou seja, o objetivo foi impedir o impacto gerado pelo eventual desembolso imediato dos respectivos recursos.

Substituiu-se uma posição INDIVIDUAL EGOÍSTICA (receber já, tudo a que se tem direito) por uma visão SOCIALMENTE RESPONSÁVEL ligada à continuidade do empreendimento (receber paulatinamente à medida que o próprio empreendimento tiver condições de suportar pagar = participação nos lucros).

Neste contexto, até 70% é percentual relevante mas que não indica, por si só, a ocorrência de simulação, abuso ou fraude à lei.

De fato, não se pode esquecer que estamos perante hipótese em que é preciso definir a dimensão da remuneração de capital de pessoas que deixaram de ter a CERTEZA de um recebimento presente (crédito a vista) pela INCERTEZA do sucesso do empreendimento (participação no lucro). É curial que a troca do certo atual pelo incerto futuro supõe um equivalente diferencial de remuneração para tornar atraente e aceitável a subscrição, o que por si justificaria um percentual mais elevado do que numa captação em que o

subscritor não tivesse créditos a vista contra a companhia.

Além disso, olhando a operação da perspectiva da companhia, ela não foi onerada, ao contrário, foi beneficiada, pois só se viu na condição de ter de desembolsar recursos quando efetivamente os tiver. Sem lucro não haverá participação a pagar. Por outro lado, da perspectiva dos acionistas a operação envolveu inequívoco risco, qual seja o de não receber nenhuma remuneração pelo capital entregue o que, aliás, efetivamente aconteceu no 4o trimestre de 1999 quando a inexistência de lucros levou a uma PARTICIPAÇÃO ZERO. Também neste aspecto não vejo liberalidade, pois o percentual não foi uma concessão feita pela companhia que a onerasse em benefício exclusivo do sócio.

Corresponde ao percentual que se entendeu necessário para torná-lo aceitável pelos acionistas.

Se liberalidade houve, esta foi por parte dos acionistas que, podendo receber a vista tudo a que tinham direito, aceitaram fazê-lo desdobradamente no tempo e à medida em que a companhia pudesse suportar os respectivos desembolsos.

Em suma, utilizou-se, motivadamente, de uma forma jurídica lícita para atingir um objetivo prestigiado pelo ordenamento positivo.

Por derradeiro, também não me parece que o percentual de até 70 seja indicativo de um caso de thin capitalization, pois não se trata de situação em que o acionista pura e simplesmente opta, ex novo, emprestar à companhia ao invés de subscrever ações. A escolha da debênture não foi uma escolha incondicionada; ao revés, ela foi balizada, motivada, pela existência do crédito vista que, pensando no interesse da companhia, não seria razoável exigir. Prever os até 70% não foi um expediente indireto para assegurar uma remuneração independente do desempenho do empreendimento; ao contrário, foi um critério adotado para assegurar que só haveria remuneração se houvesse lucro.

Da perspectiva da companhia, o simples decurso do tempo não gera qualquer oneração se não houver lucro no período. Portanto, não se está querendo utilizar essa proporção como meio indireto de assegurar ao acionista o recebimento de uma remuneração independente do lucro (uma das distorções geradas pela thin capitalization)."

"4) Teria havido simulação absoluta ou relativa; fraude à lei; ou abuso de direito no processo de emissão, subscrição e remuneração de tais debêntures de participação nos lucros emitidas pela Natura?

Não. A análise das circunstâncias mostra a existência de um único motivo (real e aparente) que afasta a simulação; o exercício regular do direito de emitir debêntures participativas em sintonia com a finalidade do instituto (sem distorção do seu perfil objetivo, nem reiteração abusiva); e o fato de o resultado prático visado com a operação ter sido viabilizar a aceleração dos

investimentos e não a menor carga tributária (esta é efeito lateral e não predominante da operação) afastam o abuso de direito e a fraude à lei tributária.

Além de não padecer de patologias, a operação examinada encontra justificação suficiente, pois possui perfil compatível com o motivo em que se apóia e afinalidade a que visa, bem como esta em sintonia com o planejamento estratégico do empreendimento e correspondeu à busca do interesse da companhia à luz, inclusive, da responsabilidade social que lhe cabe.”

Para complementar, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA também registrou em parecer que analisou as mesmas operações de emissão de debêntures:

“Para arrematar, quero mais uma vez fazer remissão ao acórdão n. CSRF/01-01874, que foi sábio e categórico ao afirmar que ‘se o ato praticado era lícito, as eventuais consequência contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não evasão ilícita’

Em suma, os atos lícitos são, inegavelmente, oponíveis ao fisco, como o são ‘erga omnes’!

No caso concreto da Natura, o acórdão n. 101-94986, apesar de levantar determinadas objeções, não caracterizar acima de qualquer dúvida qualquer ilicitude na emissão de debêntures. Talvez o tenha feito indiretamente quanto à simulação, ao dizer tratar-se de artifício e ‘operação de papel’, mas não adentrou numa acusação frontal de ter havido simulação. Talvez não assacou qualquer acusação clara e específica da existência de outros defeitos jurídicos na mesma.

É por isso mesmo – ou parece ser por isso mesmo – que chegou à afirmação de que, mesmo o ato sendo lícito, não seria oponível ao fisco.

Contudo, com a devida vênia, o ato foi lícito, e por ser lícito produziu seus efeitos no âmbito das relações jurídicas privadas, e por constituírem estas os efeitos visados pela norma tributária em questão, não há como deixar de aplicá-la”.

Em conclusão, não se pode deixar de registrar que as operações em questão têm sido discutidas no Poder Judiciário, com relação a autuações de outros períodos, tendo se manifestado o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da apelação e reexame necessário n. 2010.61.00.007888-3/SP, com sentido ao qual filio-me:

“TRIBUTÁRIO. DIFERENÇA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS IRPJ/CSLL. GLOSA NAS BASES DE CÁLCULOS. REMUNERAÇÃO DEBÊNTURES EMITIDAS PELA APELADA E SUBSCRITAS PELOS SEUS ACIONISTAS. PRELIMINAR CONTRARRAZÕES.

REJEITADA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO UNIÃO FEDERAL. IMPROVIDAS.

-Afastada a preliminar arguida em contrarrazões, de não conhecimento do apelo por ausência de ataque às razões da sentença, porquanto nos termos do citado artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, a apelação deve apresentar os fundamentos de fato e de direito. Trata-se, pois, da positivação do denominado "princípio da dialeticidade", o qual cumpre ao apelante apresentar as razões de sua inconformidade, impugnando os argumentos da decisão proferida na origem. No caso em apreço, as razões de apelação apresentadas pela ré enfrentam os argumentos contidos no julgado singular.

-No tocante à possibilidade da remuneração das debêntures exclusivamente com base na participação nos lucros, há que se observar o disposto no art. 56 da Lei 6.404/76. Da leitura de tal dispositivo, depreende-se que a debênture pode atribuir ao seu titular juros e/ou participação no lucro e/ou prêmio de reembolso, de onde se conclui que o pagamento de juros é, portanto, uma faculdade prevista na referida legislação.

-A ausência de circulação monetária, no sentido exclusivamente físico, não implica na inexistência de circulação econômica e jurídica de recursos financeiros.

-As debêntures diferenciam-se de despesas operacionais, na medida em que as despesas operacionais alcançam insumos ou custos diversos do contribuinte e não deduções financeiras como as debêntures.

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

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

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

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

debenturistas, aspecto que não pode ser utilizado para caracterizar a operação como anormal e, portanto, desnecessária.

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

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

-Na hipótese dos autos, considerando o valor da causa (R\$ 22.633.213,49 em 07/04/2010 - fls. 76), bem como a matéria discutida nos autos, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido ao seu serviço, mantidos os honorários advocatícios nos termos em que fixado pelo r. juízo a quo (1%). De acordo com os enunciados aprovados pelo Plenário do C. STJ, na sessão de 09/03/2016, a data do protocolo do recurso é parâmetro para aplicação da honorária de acordo com as regras do então vigente Código de Processo Civil/1973.

-Negado provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal. Note-se, por fim, que embora o TRF3 não tenha, acertadamente, analisado a questão sob a ótica do art. 299 do RIR/99, a mesma conclusão é alcançada em face deste dispositivo. Ocorre que, por todo o exposto, o contexto fático e legal analisado evidencia que se trataram de despesas normais, usuais e necessárias para as atividades da empresa. Não há provas que conduzem a entendimento diverso.

Deve-se ressaltar tratar-se de operação tão normal e usual que há décadas a CVM admite a remuneração de debêntures com base na participação dos lucros da companhia, como se observa do Parecer CVM/SJU n. 15/88:

"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".

Assim sendo, por essas razões, entende-se dedutíveis da base de cálculo do IRPJ as despesas relativas às debêntures emitidas pela NATURA COSMÉTICOS S.A, seja porque permitida pelo artigo 462 do RIR/99 ou, eventualmente, porque observadas as regras do artigo 299 do RIR/99 para caracterizá-las como despesas necessárias, usuais e normais.

Portanto, VOTA-SE POR DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO CONTRIBUINTE.

2. *Dedutibilidade dos valores correspondentes às debêntures da base de cálculo da CSLL*

Objetivamente, entendendo-se inaplicável o artigo 299 do RIR/99 automaticamente à CSLL, tributo diverso do IRPJ embora a ele se assemelhe em diversos pontos, e inexistindo vedação específica à sua dedutibilidade da base da contribuição, considerando que faz parte da formação do lucro líquido, conclui-se pela validade da dedução procedida com relação à CSLL.

3. *Abatimento do IRRF recolhido*

Na eventualidade de restar vencida quanto à dedutibilidade das debêntures, por compreender o colegiado que não possuam tal natureza, deixa-se de aplicar aos pagamentos em questão a regra que determina a retenção de IRRF sobre a remuneração de debêntures em sua integralidade, uma vez que o acórdão recorrido, embora tenha reconhecido tal direito, limitou-o a um percentual menor, cerca de 82,50% segundo cálculo da contribuinte.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento da maioria deste Colegiado, com mesma composição, em julgamento ocorrido na sessão de janeiro deste ano, em processo da mesma Recorrente, consignado no acórdão n. 9101-002.535:

“Processo nº 13899.001314/200616
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101002.535 – 1ª Turma
Sessão de 19 de janeiro de 2017
Matéria Dedutibilidade de debêntures
Recorrente NATURA COSMÉTICOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL
ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano calendário: 2001
DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.
NORMALIDADE. USUALIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.
As despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica, e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, sendo, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
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: 2001

DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS DESNECESSÁRIAS. PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA.

A partir de 1º de janeiro de 96, devem ser adicionadas ao lucro líquido do período, para fins de determinação da base de cálculo da contribuição social, as despesas incorridas pela pessoa jurídica que não possuam os atributos de necessidade, anormalidade e usualidade, em virtude da previsão legal contida no art. 13 da Lei nº 9.249/1995.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. A declaração por escrito, dos conselheiros fazendários, manifestando-se pelo não impedimento e suas razões, será anexada aos autos. Por unanimidade de votos, acordam em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito: 1) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de decadência; 2) quanto à dedutibilidade das debêntures, por voto de qualidade, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto (relator), Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor, nessa matéria, o conselheiro Rafael Vidal de Araújo; 3) quanto ao aproveitamento do IRRF, por maioria de votos, acordam em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que lhe negaram provimento. O conselheiro Gerson Macedo Guerra não participou dos julgamentos quanto ao conhecimento do recurso, nem quanto ao mérito em relação à decadência, concluídos na sessão de 23/11/2016, na qual houve a participação do conselheiro suplente Demétrius Nichele Macei.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto Relator

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo Redator

Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício).”

Com a mesma orientação, destaca-se trecho final do acórdão nº 101-94.986, indicado pela NATURA COSMÉTICOS S.A. como paradigma:

“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 sendo, também compreendo assistir razão à NATURA COSMÉTICOS S.A. quando pleiteia, de forma subsidiária, seja aproveitado o IRRF por ela recolhido na operação, deduzido dos 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.

Em conclusão, vota-se, portanto, POR DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA NACIONAL.

(assinado digitalmente)
Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheira Adriana Gomes Rego - Redatora Designada

Ouso discordar da eminente relatora quanto à sua conclusão de que as despesas relativas às debentures emitidas pela NATURA COSMÉTICOS S.A seriam dedutíveis da base de cálculo do IRPJ/CSLL.

Embora tenha discordado do pedido subsidiário de abatimento na infração do IRRF recolhido na operação, como fui vencida nesta matéria, limito o escopo do voto vencedor apenas à questão atinente à debitabilidade das debêntures da base de cálculo tanto do IRPJ quanto da CSLL.

MÉRITO

Conforme relatado, foram glosadas as despesas derivadas da emissão de debêntures para o ano-calendário de 2002 por não se enquadrarem nos requisitos estabelecidos pelo artigo 299 RIR/99, isto é, não serem usuais, normais ou necessárias.

Isso porque, segundo a fiscalização e o acórdão recorrido, as despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica,

e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, senão antes denotam despesas absolutamente estranhas aos objetivos sociais, criadas por mera liberalidade e, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL”

Na ótica da fiscalização, a operação em causa não passou de um arranjo que tinha como único fito inflar artificialmente as despesas operacionais e reduzir indevidamente os tributos a pagar.

A Fiscalização, portanto, não trilhou o caminho da desconsideração do negócio jurídico, nem qualificou a multa, pois, de fato, o que foi considerado como mais relevante foi o fato de a despesa não atender os requisitos de necessidade, usualidade e normalidade e, portanto, não dedutível ex vi art. 299 do RIR/99.

Cabe salientar também que esta mesma operação ora em litígio foi bem discutida e já apreciada na esfera administrativa quando do julgamento do lançamento que tratou de seus efeitos para o ano-calendário de 1999 (Ac. nº101-94.986).

A esse respeito, como bem colocou a DRJ:

Com profundidade foram tratados aspectos como a caracterização dos juros como remuneração básica 'das debêntures e a definição dos conceitos de normalidade e usualidade neste negócio jurídico, de forma a delimitar a aplicação do que disposto na lei, sem lhe negar validade. Ainda, demonstrou-se, com propriedade, que embora a lei não proíba os acionistas de serem debenturistas, tal aspecto deve ser somado às considerações acerca da normalidade e usualidade do negócio que atribui às debêntures significativa parcela dos lucros da empresa, evidenciando que a indedutibilidade das participações não decorre, apenas, das características dos debenturistas.

E, ao opor-se à presente exigência, relativa ao ano-calendário de 2002, formalizada por iguais motivos daquelas já apreciadas, a impugnante nada acrescenta que pudesse alterar as conclusões acerca de seu procedimento em relação à dedução de rendimentos de debêntures, no contexto em que emitidas, mas, apenas busca reforçar! seus argumentos de defesa com Pareceres de renomados doutrinadores.

Posto isto, antes de avançar no mérito, passa-se em revista a conceituação e a legislação de regência sobre as debêntures, bem assim a possibilidade de ser dedutível da base de cálculo do IRPJ, para depois diferenciar as debêntures das ações e das denominadas *partes beneficiárias* e então extrair conclusões relevantes.

1. Conceituação das Debêntures

Por pertinente, reproduz-se abaixo a conceituação oferecida pela própria BM&F, em sua "Guia de Debêntures - emissor":

As debêntures são valores mobiliários que podem ser emitidas por sociedades por ações, de capital aberto ou fechado, que não sejam sociedades de crédito imobiliário ou instituições financeiras (com exceção daquelas que não recebem depósitos do público).

São títulos de longo prazo, nominativos, negociáveis, por meio dos quais os debenturistas se tornam credores da empresa.

As debêntures **rendem juros, fixos ou variáveis**, sendo todas as características definidas na escritura de emissão. Essas características podem ser

periodicamente repactuadas, ou seja, renegociadas entre os debenturistas e a empresa. O quadro 1 detalha as principais características das debêntures.

As debêntures também podem oferecer prêmios visando:

- ☐ **fornecer remuneração adicional;**
- ☐ adaptar a rentabilidade total às condições de mercado;
- ☐ compensar o debenturista pelo resgate antecipado; e
- ☐ estimular o debenturista a continuar com as debêntures em processos de repactuação.

(...)

Ou seja, as debêntures, cujo disciplinamento jurídico encontra-se nos artigos 52 a 74 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 (Lei das S.A.), são títulos de créditos que foram concebidos como instrumento de captação de recursos financeiros para a companhia de sociedades anônimas (abertas ou fechadas), em tese, **junto a um público externo, de forma pulverizada**, mediante ainda o atendimento de diversas formalidades.

Destaca-se, por enquanto, o art. 56 da Lei nº 6.404/76:

Juros e Outros Direitos

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

A interpretação desses dispositivos tem sido motivo de várias controvérsias, mas para o deslinde-se da presente lide, inicia-se pela análise das possíveis formas de remuneração dessas debêntures.

2) Da possibilidade de existir debêntures com participação exclusiva nos lucros

A lição de Modesto Carvalhosa, em Comentários à Lei das Sociedades Anônimas (Vol. 1, da Editora Saraiva, Edição de 2002 - pág. 647), é atual quando afirma que embora a lei não diga expressamente, o juro é a remuneração natural da debênture:

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 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. (Destacou-se)

Com efeito, a partir da tabela abaixo, que retrata levantamento extraído do Sistema Nacional de Debêntures - SND por livro elaborado pela Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro – ANDIMA, verifica-se que o usual praticado no mercado é a utilização de uma taxa de juros combinada ou não com índice que capte a inflação:

TABELA 1

Percentual de Participação por Indexador das Debêntures Emitidas									
Ano de Emissão	Índice de Preços	Taxa Anbid	BTN	TR	TJLP	TBF	Dólar Com.	Taxa DI	Sem Correção
1981/1987	37,50	7,50	5,00	50,00	-	-	-	-	-
1988	56,25	-	6,25	37,50	-	-	-	-	-
1989	31,58	2,63	-	60,53	-	-	-	-	5,26
1990	28,75	1,25	3,75	53,75	1,25	-	-	-	11,25
1991	64,10	-	-	24,36	-	-	6,41	-	5,13
1992	71,70	-	1,89	9,43	-	-	5,66	-	11,32
1993	80,99	-	-	4,13	0,83	-	6,61	0,83	6,61

Obs.: Os dados específicos sobre o mercado de debêntures nesta publicação têm como fonte exclusiva o SND - Sistema Nacional de Debêntures. **Fonte:** Cetip.

Valho-me também de pesquisa efetuada pelo fiscal na análise do processo nº 10120.731585/201242 e utilizada pelo Acórdão nº 1201-001.466, nos seguintes termos:

O autuante provou que as condições de emissão dessas debêntures foram completamente desconformes com o que é praticado no mercado: das 223 Ofertas Primárias de Debêntures Registradas na CVM, de 2005 a 2009, nenhuma foi com base em participação em lucros; apenas 16 tiveram pagamento de prêmio de emissão sendo que o maior registrado foi de 2,35%.

Do TVF do referido processo se extrai com mais detalhes a fonte dessa informação:

"28. Analisamos as operações de mercado, com debêntures, registradas na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, de 2005 a 2009, para fins de comparação com as operações da [autada]. Esses registros sobre operações de mercado constam do Anexo II – Ofertas Primárias de Debêntures Registradas na CVM – de 2005 a 2009. Os dados foram obtidos no sítio dessa autarquia (<http://www.cvm.gov.br> - Registros de Ofertas Públicas - Ofertas Registradas – Debêntures).

29. Pela análise das 223 (duzentos e vinte e três) operações registradas no período de 2005 a 2009, constatamos que:

a) **não houve qualquer operação cuja remuneração fosse com base em participação em lucros;**

b) apenas 16 (dezesseis) operações tiveram pagamento de prêmio (ágio), sendo que o maior prêmio registrado foi de apenas 2,35%.

(...) (Destacou-se)

Fica demonstrada, que se as características dessa emissão privada com os próprios sócios não é ilegal, porém não é normal ou usual, fugindo completamente do padrão encontrado na realidade do mercado, conforme registros colhidos da própria CVM.

Ou seja, o que acontece normalmente no mercado é a utilização de juros fixos de forma isolada, ou uma combinação entre estes e um indexador de atualização monetária qualquer (IPCA, IGPM etc), confirmando-se a lição de Modesto Carvalhosa. Não se vê no mercado primário e secundário essa utilização das debêntures apenas como participação no lucro, justamente pelo alto grau de incerteza da remuneração a ser paga à debenturista.

As debêntures, portanto, não possuem em geral o caráter de incerteza, pois são remuneradas normalmente através de juros fixos ou variáveis (IPCA mais taxa de juros, por exemplo). Quando em sua remuneração há algo relativo à participação no resultado, trata-se de um adicional que tem por finalidade tornar mais atrativo o investimento; seria um *plus*, fazendo-se uma espécie de compensação em termos de se reduzir a taxa de juros fixa paga.

E de fato, uma leitura isolada do disposto no art. 56 da Lei nº 6.404/76, acima transcrito, permite concluir que a remuneração das debêntures não comportaria a participação exclusiva nos lucros.

Porém, a remuneração das debêntures encontrava-se regulada pela Decisão Conjunta nº 7 do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários de 23 de setembro de 1999.

Prevvia-se, entre outras formas de remuneração, a possibilidade de remuneração das debêntures com base na variação da receita ou lucro da companhia emissora (art. 3º, parágrafo único). Havia um outro dispositivo afirmando que às debêntures que assegurassem, como condição de remuneração, exclusivamente participação no lucro da companhia emissora (art. 4º) não estavam contempladas nessa Resolução.

A mesma sistemática é repetida literalmente na Decisão Conjunta nº 13 do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários de 14 de março de 2003 (art. 5º) que revogou a Decisão Conjunta nº 07.

Dessa forma, para o que interessa no momento, se o art. 56 da Lei nº 6.404/76 já permitia esta modalidade de remuneração, mas comportando certa ambiguidade, a decisão conjunta do BACEN e da CVM SJU/nº 15/88 vem retirar essa dúvida, admitindo, sim, a participação no lucro como modalidade de remuneração, porém, como se verá adiante, sua utilização tem que dar de forma comedida, dentro de certos limites legais, mormente quando já se demonstrou que essa participação nos lucros é estatisticamente incomum no mercado.

Repita-se por importante, que essa posição de aceitar a legalidade dessa possibilidade atípica de remunerar as debêntures exclusivamente com participação nos lucros, é convergente com o entendimento da Conselheira Sandra Faroni e que foi referenciada em muitos outros julgados deste CARF, no acórdão nº 101-94.986, que tratou da mesma matéria para outro ano-calendário (1999) em relação ao mesmo sujeito passivo:

É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. Comentando a Lei das Sociedades por Ações, Roberto Barcellos de Magalhães, ao mencionar que as debêntures podem ter remuneração sob a forma de juros, participação nos lucros, prêmios de reembolso ou até correção monetária, registra que " são vantagens que poderão ser deferidas ao debenturista isolada ou cumulativamente, conforme estipulação constante da escritura de emissão e do certificado. (...)

Porém, a ilustre Conselheira também reafirma nesse voto que a legalidade não pressupõe a usualidade ou normalidade da operação para efeito de dedutibilidade de despesa:

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

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

3) Da natureza jurídica das debêntures para efeito de dedutibilidade do imposto de renda

Antes de empreender esforços investigativos mais profundos relacionados à natureza jurídica das debêntures, é importante que se diga que essa perquirição tem sua razão de ser na repercussão tributária que se busca descobrir.

Nesse contexto, já de início, é importante observar que, em razão da certeza da remuneração através de juros (fixo ou variável), - embora não constituinte do conceito de debêntures, é que o legislador permitiu a sua dedutibilidade, pois tudo que tem a natureza de juros é, em princípio, uma despesa dedutível do Imposto de Renda, porquanto obter empréstimos para investir ou suprir seu capital de giro faz parte indiretamente das operações de toda empresa.

Para demonstrar tal entendimento, traz-se à tona a exposição de motivos do art. 58 Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, matriz legal do art. 462 do RIR/99, *verbis*:

(...)

26. A lei da sociedade por ações conceitua as participações como deduções no lucro líquido do exercício, pois do ponto de vista dos acionistas são despesas, que reduzem o montante do lucro que lhes cabe. Para a lei fiscal, todavia, somente são dedutíveis as participações atribuídas a empregados ... ou de debêntures de emissão da companhia (**porque essa participação tem natureza de juros**).

A razão da autorização da dedução do lucro tributável das participações de debêntures é sua **natureza de juros**, tanto que **sua tributação na fonte segue as regras aplicáveis as demais aplicações financeiras de renda fixa**. (Destacou-se)

Aliás, como se verá mais adiante, essa natureza de juros das participações de debêntures e o fato de serem despesas, como deduções do lucro líquido são razões já suficientes para se afirmar que tais participações se sujeitam também a serem confrontadas com o critério de sua necessidade, usualidade e normalidade em face da atividade econômica exercida pela empresa.

E qual é o fato sob análise? O fato é uma operação privada de estruturação da captação pelo contribuinte através da emissão de debêntures com uma remuneração de percentual de 70% de participação no lucro em **que os únicos debenturistas são os próprios sócios da empresa emissora**.

E quais as norma jurídicas que estão sendo interpretadas no momento? São elas: a Lei nº 6.404, de 1976, e o Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, *verbis*:

Lei nº 6.404/76:

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

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

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;
II - atribuídas a seus empregados segundo normas gerais aplicáveis, sem discriminações, a todos que se encontrem na mesma situação, por dispositivo do

estatuto ou contrato social, ou por deliberação da assembleia de acionistas ou sócios quotistas;

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999 (art. 359).

Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, **as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

(...) (Destacou-se)

E qual o fato jurídico tributário que está sendo investigado? Se as despesas de debêntures, tal como configurada no caso concreto, são dedutíveis ou não da base de cálculo dos tributos (IRPJ/CSLL).

Debêntures x Ações

A primeira intuição que se tem quando se eleva demasiadamente o percentual de participação nos lucros, ou mesmo quando se considera de forma isolada esse tipo de rendimento, dada a incerteza dos pagamentos que ficarão na condição de a empresa apresentar lucro ou não, é que tal instrumento mais se pareceria com a captação de recursos através de ações ou de uma parte beneficiária. E, diga-se que as despesas relacionadas a essas ou àquelas não são dedutíveis do Imposto de Renda⁹, daí a importância de se diferenciar uma coisa das outras.

O que diferencia uma debênture de uma ação, é que a primeira é fundamentalmente um título de crédito geralmente situado no mercado de renda fixa e utilizado como instrumento de captação de novos recursos. Isso quer dizer que o possuidor desse tipo de título é um credor da empresa emissora, sem ter qualquer outra espécie de relacionamento com a empresa, em termos de interferência na gestão e administração da empresa.

Por outro lado, uma ação, diferente de um título de crédito, caracteriza-se por ser um título mobiliário patrimonial, situado no mercado de renda variável, em que o seu possuidor é dono de um quinhão da empresa, sendo, portanto, sócio ou acionista e, a depender do tipo e da quantidade das ações, podem interferir ou não no negócio da empresa. Ademais, o valor despendido para adquirir a ação passa a integrar o patrimônio da empresa e não o seu passivo.

Outrossim, quando uma empresa emite ações, diferentemente das debêntures, ela não se obriga a pagar nada para o investidor (acionista). Sua única obrigação é entregar bons resultados para que as ações se valorizem. Isso porque nem os dividendos são obrigatórios na ausência de lucros. O rendimento variável aqui não significa apenas uma oposição a um rendimento de renda fixa, no sentido de que a remuneração é variável, mas significa incerteza diante da possibilidade de **descontinuidade dessa remuneração**, a depender da existência ou não de lucros. De outra banda, na aplicação em debêntures é esperado que essa continuidade, em tese, de pagamento aconteça.

Debêntures x Participações beneficiárias

Na lição de Fábio Ulhôa Coelho¹⁰, partes beneficiárias são valores mobiliários emitidos por companhias fechadas, com objetivo também de captação de

⁹ Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

¹⁰ Curso de Direito Comercial, volume 2, 16ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 200)

recursos¹¹, que asseguram ao seu titular direito de crédito eventual contra a sociedade anônima emissora, consistente numa participação nos lucros desta. Diz-se, eventual, pois assim como as debêntures participativas, nada pode ser exigido caso a empresa não gere lucros em determinado período.

Nessa captação, a empresa recebe dos adquirentes o pagamento do preço atribuído ao valor mobiliário que comporá obrigatoriamente a reserva de capital (LSA, art. 182, § 1º, b), tornando-se assim devedora eventual do valor correspondente a parte de seus lucros.

A diferença relevante reside no fato de que tais títulos, por serem personalíssimos e não negociáveis em mercado, deixariam de ser títulos mobiliários.

Como se vê, praticamente não existe diferenciação entre as debêntures exclusivamente com participação nos lucros e as partes beneficiárias, principalmente se se observar que as partes beneficiárias têm com função também beneficiar terceiros ligados à empresa, pela remuneração na prestação de serviços, tal qual acontece com diretores estatutários.

As diferenças se esmaecem mais ainda quando se observa que no caso concreto a debenturista é uma parte ligada (sócios), assim como um diretor estatutário também o é. Da mesma forma, as debêntures perdem de certa forma sua característica de serem mobiliários quando se transaciona com empresas ligadas, pois adquirem esse caráter também personalíssimo, não ensejando, inclusive sua negociação no mercado.

Mas o nosso ordenamento jurídico atribui às "partes beneficiárias"¹² regramento específico tratando de, primeiro, **reputá-las totalmente indedutíveis da base do IRPJ** e, por último, mas talvez mais importante para efeito de determinação do grau de tolerância do percentual de remuneração das debêntures, limitá-las a apenas 10% do lucro da empresa (art. 46, § 2º da Lei das SA).

Entretanto, no caso que se cuida, estamos diante de espécie bastante assemelhada quanto à natureza, só que em um percentual muito mais elevado, na ordem de 70%.

É de se observar, ainda, que essa indedutibilidade das partes beneficiárias posta no RIR segue topologicamente no artigo subsequente ao artigo que trata da dedutibilidade dos rendimentos pagos a título de debêntures:

PARTICIPAÇÕES

Subseção I

Participações Dedutíveis

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

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

(...)

Subseção II

¹¹ Ao lado dessa função, típica dos valores mobiliários, as partes beneficiárias apresentam também outras duas, a de remuneração por prestação de serviços e a atribuição gratuita (Op. cit. p.201)

¹² partes beneficiárias são valores mobiliários que asseguram ao seu titular direito de crédito eventual contra a sociedade anônima emissora, consistente numa participação nos lucros desta. Só as companhias fechadas podem emitir partes beneficiárias (LSA, art. 47, parágrafo único).

A primeira função das partes beneficiárias é a captação de recursos. A companhia emite-as para aliená-las a interessados na rentabilidade proporcionada pela participação nos seus resultados líquidos.

Participações não Dedutíveis

Art. 463. Serão adicionadas ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único).

Essa topologia é mais explicada ainda pela estrutura da base legal do RIR (art. 58 do Decreto Lei nº 1.598/77), uma vez que seu parágrafo único trata de excetuar as situações em que as participações são apenas sobre os lucros da empresa, inclusive dos seus administradores, que muito se equipara aqui à situação dos sócios debenturistas.

Decreto Lei nº 1.598 de 26 de Dezembro de 1977

SUBSEÇÃO I

Participações

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 assembleia de acionistas ou sócios quotistas;

II - asseguradas a debêntures de sua emissão.

Parágrafo único - Serão adicionadas ao lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, as participações nos lucros da pessoa jurídica atribuídas a partes beneficiárias de sua emissão e a seus administradores. (Destacou-se)

Lei nº 6.404/76

Partes Beneficiárias

Características

Art. 46. A companhia pode criar, a qualquer tempo, títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, denominados "**partes beneficiárias**".

§ 1º As partes beneficiárias conferirão aos seus titulares direito de crédito eventual contra a companhia, consistente na participação nos lucros anuais (artigo 190).

§ 2º **A participação atribuída às partes beneficiárias, inclusive para formação de reserva para resgate, se houver, não ultrapassará 0,1 (um décimo) dos lucros.**

§ 3º É vedado conferir às partes beneficiárias qualquer direito privativo de acionista, salvo o de fiscalizar, nos termos desta Lei, os atos dos administradores.

(...) (Destacou-se)

Ora, se o legislador quis limitar a participação nos lucros a 10% (art. 46, § 2º da Lei das SA), no caso das partes beneficiárias, por qual razão se deveria aceitar *a priori* percentuais exorbitantes de remuneração das debêntures na forma de participação exclusivamente nos lucros que, em regra, já seriam remuneradas por juros?

Mas além de remunerar as debêntures a um percentual de 70% dos lucros, tem-se ainda o fato de emissor (empresa) e debenturista (sócios) se confundirem, de forma que a conjunção dessas duas atipicidades derroga a condição de dedutibilidade, para fins tributário, dessa despesa, pois que evidencia uma operação artificial, sim, com intuito unicamente de gerar despesas desnecessária a quem está pagando por essa remuneração.

Por oportuno, traz-se o parecer da CVM/SJU nº 15/88, para evidenciar essa indedutibilidade da debênture participativa em razão de ter sido adquirida por pessoas ligadas.

Tal parecer procurou *saber se é possível, em nosso ordenamento jurídico, a existência de debênture remunerada apenas com participação nos lucros, e qual seria a sua natureza jurídica.*

Por óbvio, não trata diretamente da questão da dedutibilidade dessa despesa para fins de apuração do lucro real.

Todavia, faz referência à doutrina do espanhol LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ que, por sua vez, dá os contornos necessários a serem seguidos por uma debênture participativa sem que sua natureza seja transformada em outro tipo de contrato. Dessa forma, lança luzes também sobre os requisitos de dedutibilidade dessa despesa.

Quem pretende se utilizar desse parecer meramente com a função de afirmar que as debêntures participativas existem, esquece-se de avaliar que na essência do parecer, cujo trecho mais relevante transcreve-se abaixo (tradução livre¹³), existem certas condições que devem ser atendidas para que esse tipo de participação não se desnature:

Não obstante, para que produza um verdadeiro contrato de sociedade há de se atender a diversos pressupostos, todos eles essenciais, como são a existência de uma aporte de capital, a participação em perdas e ganhos e o *affectio societatis*, pressupostos que não dão na emissão das obrigações com cláusula de participação (debêntures).

Outrossim, o Parecer trata de fazer essa análise. obviamente, levando em consideração taxas de participação nos lucros consideradas usuais e normais no mercado, uma vez que a consulta não abordou esse aspecto.

Mas no caso concreto essa atribuição atípica da vantagem adicional ao debenturista (participação no lucro) não se apresenta de forma isolada, mas se dá em conjunção com o fato de o debenturista e o emissor envolverem pessoas ligadas (empresa/sócios).

E a ocorrência dessa ligação entre pessoas ligadas é que desfaz as diferenças existentes entre um e outro instrumento, tornando-os praticamente assemelhados. Isso porque:

1) quando se envolve a presença pessoas ligadas, estamos, na verdade, diante de um verdadeiro aporte de capital, que seria a primeira nota diferenciadora constante no referido Parecer CVM não satisfeita pelo caso concreto.

2) A segunda nota diferenciadora também desaparece nesse contexto de pessoas ligadas, vez que o *affectio societatis* passa a existir naturalmente nessas situações, vindo a reboque também e esmaecendo a questão da interferência no controle do negócio, que as obrigações em si não comportam.

¹³ No obstante, para que se produzca un verdadero contrato de sociedad han de concurrir diversas notas, todas ellas esenciales, como son la existencia de una aportación, la participación en pérdidas y ganancias y la *affectio societatis*, notas que no se dan en la emisión de obligaciones con cláusula de participación.

3) Por fim, a terceira nota diferenciadora que seria o fato de as obrigações com as debêntures apenas comportarem participações nos lucros, também não se preserva, pois em face das únicas debenturistas serem sócios, haveria necessariamente a participação dela não somente dos lucros (com as debêntures), mas também no eventual prejuízo produzido pela empresa, afinal os debenturistas são os próprios sócios da empresa.

Verifica-se que apesar de toda atipicidade que por si só já comporta a emissão de debêntures em percentuais exorbitantes de participação nos lucros, muito acima do limite de 10% estabelecido para as partes beneficiárias, some-se a isso ainda outra atipicidade tão forte quanto, que é o caso de essa mesma captação envolver ainda pessoas ligadas. Essa conjunção de atipicidades não é pouca coisa, conforme foi demonstrado pelas lições colhidas no Parecer CVM nº 15/88.

Ora, se da análise detida do referido parecer, pode-se até extrair a sua descaracterização se não atendidas aqueles três pressupostos, com maior razão a despesa oriunda dessas mesmas debêntures inseridas nesse contexto totalmente atípico não se habilitaria a ser considerada despesa usual e normal a teor do art. 299 do RIR/99.

Tais considerações também ratificam a conclusão chegada pelo acórdão recorrido de que houve abuso no exercício do seu direito de emitir debêntures:

No tocante alegações recursais de ausências de vícios ou patologias no procedimento adotado, conquanto a acusação fiscal não contemple nem a ocorrência de simulação (desconformidade entre a vontade das partes e os atos que efetivamente praticaram) nem tampouco de fraude à Lei (violação ao espírito de lei imperativa), pois de fato não foi a autuada apenada com a multa qualificada, parece-me claro, cortado, **ao menos ter havido abuso de direito ou, melhor dizendo, abuso no exercício do direito, por parte da recorrente.** (Destacou-se)

Nesse ponto, cabe salientar que a *Recorrente* insurge-se afirmando que o inciso I do art. 462 é a base legal para a dedução processada por ela, já que se refere taxativamente às remunerações de debêntures emitidas.

De fato, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, base legal do inciso I do art. 462 do RIR/99, permitiu que, na determinação do lucro real da pessoa jurídica, fossem deduzidas as participações nos lucros atribuídas a debêntures de sua emissão, conforme já colacionado.

Participações Dedutíveis

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

I - asseguradas a debêntures de sua emissão;

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

III - atribuídas aos trabalhadores da empresa, nos termos da Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999 (art. 359).

Mas, como se sabe, toda norma tem sua teleologia, sua razão de ser; não está inserida no ordenamento jurídico de forma totalmente desgarrada, daí muitas vezes a necessidade de uma interpretação mais sistemática e não meramente literal.

Se voltarmos novamente o nosso olhar para a natureza do instrumento das debêntures, facilmente podemos perceber, como já se disse alhures, que o legislador considerou esse tipo de despesa dedutível pela natureza dos seus rendimentos. Trata-se, como

já se demonstrou, de um instrumento de investimento que produz para o debenturista (tomador) um rendimento geralmente certo. Nesse sentido, tendo natureza de juros, para quem paga (emissor das debêntures), o nosso ordenamento jurídico considera que sejam despesas financeiras e como tal, toda despesa para ser deduzida do lucro real deve também atender aos requisitos de efetividade, necessidade e usualidade.

Ou seja, primeiro afere-se se a despesa realmente existe. Em seguida, verifica-se se atenda àqueles critérios gerais de necessidade em confronto com o objeto social da empresa.

Assim, não se pode interpretar que uma despesa pode ser deduzida da apuração do lucro real sem que ela preencha os requisitos da efetividade, necessidade e usualidade. Isso seria o mesmo que admitir a dedução de despesas sem qualquer critério ou vínculo com a atividade da pessoa jurídica.

É bom deixar claro que não se pretende aqui limitar a liberdade de que dispõem os empresários para administrar seus negócios da forma mais independente possível.

Porém, o relevante em discussão são os efeitos tributários do negócio jurídico praticado por pessoas ligadas no âmbito da emissão de um instrumento que em princípio visa à captação de recursos externos à empresa de forma pulverizada.

É sabido que um dos parâmetros consagrados para se atestar se uma operação fugiria à normalidade e usualidade baseia-se em imaginar se tal operação poderia ser concebida da forma que o foi com terceiros independentes.

Nesse contexto, a pergunta relevante é esta: uma pessoa jurídica concordaria em abrir mão, por extenso prazo, da quase a totalidade de seu lucro em favor de debenturistas? E a resposta se colhe da própria defesa, confessa indiretamente a não usualidade e normalidade da operação, nos seguintes termos:

Com efeito, o que há de usual e normal nas circunstâncias é que, de fato, muito provavelmente apenas os próprios acionistas da pessoa jurídica se disporiam a assumir o risco de subscrever debêntures com as seguintes características: ausência de juros e de certeza de remuneração, subordinação aos demais credores, e impossibilidade de circulação. Em outras palavras, terceiros estranhos ao empreendimento provavelmente não aceitariam estas condições, da mesma forma que somente acionistas aceitariam deixar de receber (sacar) dividendos e participações de debêntures nos resultados, para utilizar os respectivos valores na integralização de debêntures com as características acima.

A defesa também centra forças em duas outras argumentações. Primeiro aduz da importância, no caso concreto, de se fazer uma análise econômica dos fatos, comparando-se com as taxas de mercado; nesse sentido, afirma que a referida operação incorreu em um dispêndio real inferior ao que teria incorrido se tivesse buscado financiamento no mercado. E por fim, alegou, que apesar de não ter havido o efetivo ingresso financeiro na emissão das debêntures, na prática os eventos transcorreram como se tivesse havido. Ou seja, lastreado em pareceres tributários, defende que a utilização de créditos em conta corrente dos acionistas para integralização das debentures representou efetiva captação de recursos novos pela Recorrente.

Contudo, o cerne da questão é, em razão de todos os argumentos já expostos, que não se pode considerar como normal ou usual uma despesa contraída por alguém que decidiu emitir debêntures apenas a pessoa ligada, remunerando-as em um percentual de 70% do seu lucro. Avaliações econômicas dessa ordem apenas servem para corroborar ou infirmar como argumentos subsidiários para mostrar a artificialidade da operação, bem assim sustentar a qualificação da multa, quando for o caso.

No caso que se cuida, a multa não foi qualificada, sendo mais uma razão para dotar tais considerações de um caráter meramente subsidiário dentro de arrazoado que já se produziu, mesmo porque, se há motivo para dizer que uma determinada despesa não é dedutível, como foi o caso, não interessa aqui o montante em consideração: se muito aquém, como foi o caso, ou muito além do que o mercado remuneraria, mormente porque quando o debenturista se confunde com seus prócios acionistas.

Porém, apenas para argumentar, traz-se algumas considerações a respeito desses aspectos fáticos e econômicos, demonstrando que eles apontam para uma direção diferente da apontada pela defesa.

1.1) Da alegação de efetiva captação de recursos novos

O primeiro ponto adicional corrobora apenas o fato de que se está utilizando de um instrumento de captação de recursos apenas como forma de distribuir dividendos, de forma disfarçada e fugindo assim da tributação.

É que a conduta dos acionistas da empresa não se coaduna com a decisão tomada na AGE de que tinha por finalidade capitalizar a empresa.

Isso porque, além de não haver o efetivo ingresso financeiro, que é usual em toda captação normal de debêntures, esses mesmos acionistas promoveram a “descapitalização” da empresa ao longo do período, ao destinar 70% dos lucros aos debenturistas(sócios), representando uma taxa efetiva, segundo a própria Recorrente, de 98,4% ao ano.

O fato é que não se encontra uma justificativa plausível para a dedução da despesa correspondente a uma operação, cujo objetivo precípua seria a captação de recursos, mas que, ao fim e ao cabo, não trouxe qualquer riqueza nova para financiar "o projeto". No caso, "o projeto" seria um novo sistema de gestão. Indubitavelmente, trata-se de mais um fator que se soma a todos os outros, convergindo novamente para a constatação cristalina de que a despesa não é normal, nem usual. O normal seria se a operação em tela se traduzisse mesmo em um aumento de capital. Este, sim, seria o caminho natural e tudo estaria no seu devido lugar.

1.2) Do propósito negocial da operação

Os dois pareceres trazidos pela Recorrente em sua defesa procuram demonstrar o propósito negocial da operação de emissão de debêntures.

Porém, os motivos não são convincentes, senão vejamos.

Não existe prova do fato alegado pela recorrente de que a distribuição de lucros seria uma obrigação estatutária, eventualmente sujeita a vencimentos e encargos mais onerosos do que aqueles fixados na emissão das debêntures, e nem mesmo que os sócios teriam interesse imediato na retirada de suas participações.

Partindo-se dessas premissas, chega-se facilmente à conclusão de que a obrigação original não gerava encargo algum à empresa, ficando assim difícil aceitar a sua tese de haver razoável motivação empresarial para empreender tal operação já com todas aquelas outras atipicidades demonstradas.

A esse respeito, muito bem desenvolveu a DRJ:

Se os sócios admitiram esperar para receber as remunerações de debêntures e, como descrito no Termo de Verificação, tendo sido trimestrais suas emissões, *as subscrições foram pagas com os rendimentos das debêntures anteriormente*

emitidas, é de se questionar porque estes mesmos sócios não deliberaram que a obrigação da empresa para com eles, ao invés de motivar a emissão de debêntures, permanecesse em aberto no passivo, sem motivar qualquer pagamento. Não há qualquer evidência de que seria mais benéfico para a empresa, a contratação de dívidas que, embora com regras específicas para pagamento, comprometessem até 70% dos lucros da empresa, ao invés da manutenção de um passivo em favor dos sócios sem prazo para pagamento.

(...)

Defende o impugnante, com base no Parecer, que a motivação é empresarial e está circunscrita à simples e efetiva utilização dos recursos com as debêntures nas atividades da empresa; não podendo o aplicador da lei descer a considerações pessoais e subjetivas para questionar a oportunidade ou necessidade da emissão, tais como, se a companhia precisava mesmo dos recursos captados ou se poderia atuar com os seus próprios fundos, ou se deveria captar recursos sob a forma de subscrição de capital e não de debêntures, ou se os montantes da captação é excessivo, ou se a remuneração atribuída poderia ser de outro tipo ou por outra porcentagem.

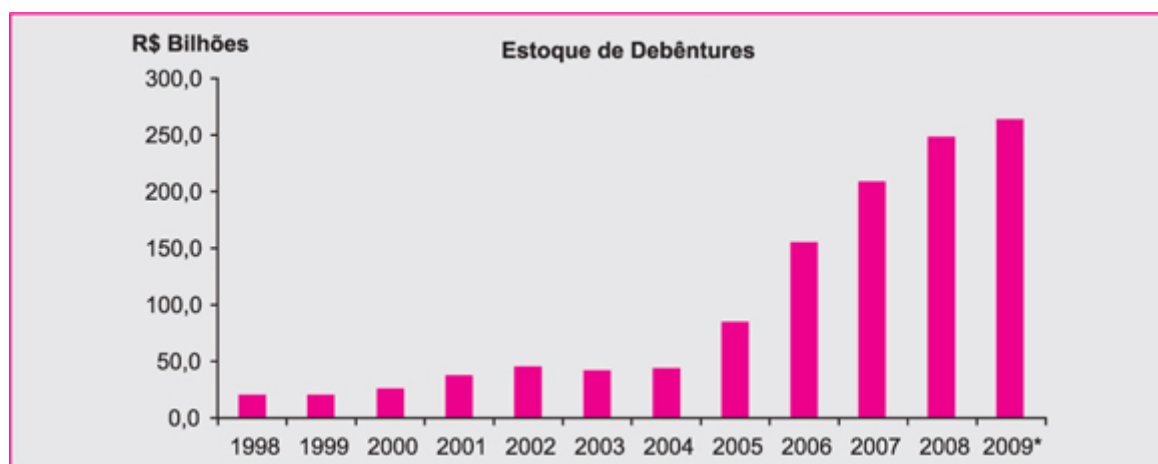
Ocorre que, mesmo sem adentrar na questão da possibilidade, ou não, de a fiscalização perquirir das circunstâncias designadas pela impugnante como pessoais e subjetivas, vê-se que a própria defesa admite, como requisito da motivação empresarial, a simples e efetiva utilização dos recursos com as debêntures nas atividades da empresa. E, no caso, não há como considerar que tal requisito tenha sido observado. Isto porque sequer pode-se admitir que a empresa tenha obtido recursos com as debêntures. A empresa apenas adiou o pagamento de direitos de sócios. E, acerca da obrigatoriedade e urgência de tais pagamentos, há que se ponderar que, se, à época dos fatos, a sociedade era composta de 05 (cinco) acionistas e, como assevera a impugnante, somente eles, pessoas comprometidas com a empresa, se dispunham a nela deixar os recursos que já poderiam ter sacado, não há justificativa para a alegada necessidade de instrumentalização e transformação da dívida, ou de seu refinanciamento, para que a empresa não fosse descapitalizada de imediato.

Ou seja, as mesmas pessoas que decidiram pela emissão de debêntures e a geração de encargos delas decorrentes, são aquelas que poderiam decidir pelo não recebimento dos lucros distribuídos, e nenhuma descapitalização lá existiria.

Portanto, sem razão a Recorrente também neste ponto.

2) Do comparativo com as taxas de mercado de debêntures

Outrossim, em relação ao segundo ponto, não se trata apenas de comparar simplesmente o custo financeiro do negócio (taxa efetiva de 98,40% ao ano) com as taxas praticadas para empréstimos bancários no mesmo período (124,51%). A comparação também deve ser feita em relação às taxas médias oferecidas pelas próprias debêntures públicas em geral (pré e pós fixadas).

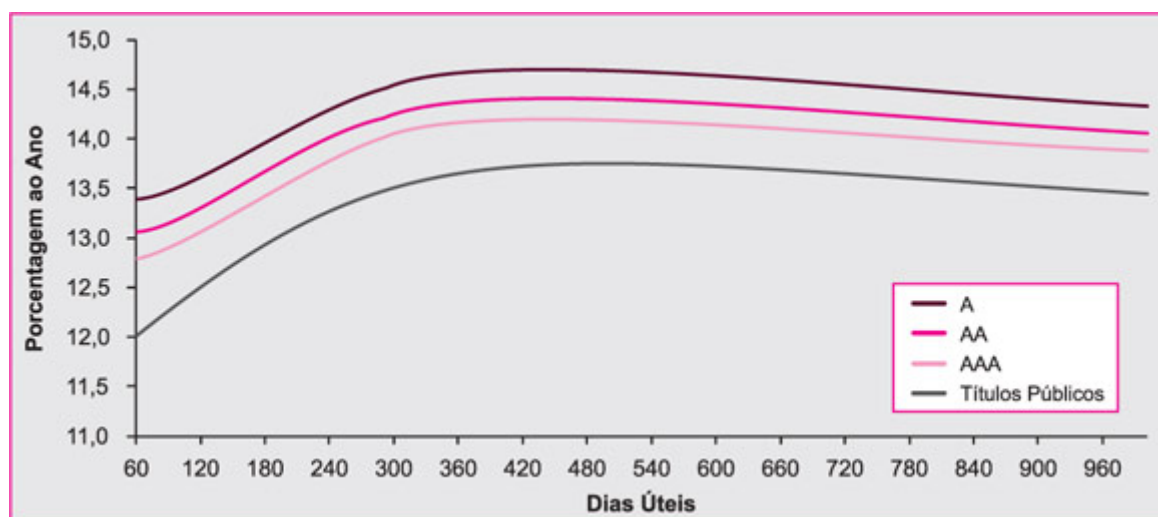


Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

Como se vê, o mercado de debêntures tem crescido paulatinamente, desde o ano da autuação até 2009.

Abaixo traz-se uma estatística envolvendo então esse período de 2008/2009, pois o volume sendo muito maior, a sua diversificação em termos de taxas de juros é bem mais representativa do que se levarmos em conta apenas o ano da autuação (2002).

Gráfico 8: Curva Zero Coupon de Debêntures Prefixado do Dia 05/05/2008



Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

As taxas obtidas nesta operação em muito supera as do mercado das debêntures. Como se observa no gráfico acima, referido estudo¹⁴ concluiu cientificamente que a maior taxa de juros (prefixado) oferecido pelo mercado brasileiro de debêntures (curva mais

¹⁴ Fonte: Estudo publicado na ISSN/IBICT (ISSN nº 0080-2107) – denominado “CONSTRUÇÃO DE CURVA DE DEBÊNTURES NO MERCADO BRASILEIRO UTILIZANDO A PARAMETRIZAÇÃO NELSONSPIEGEL”.

alta), entre janeiro de 2008 a setembro de 2009, **jamais atingiu a casa dos 15% ao ano e, portanto, bem abaixo dos 98,40% ao ano ofertada no caso concreto.**

O mesmo estudo também nos prova estatisticamente, através do gráfico abaixo, utilizando-se dessa feita uma outra amostragem (as debêntures pós-fixadas), as taxas de juros oferecidas pelo mercado, para o mesmo período, **nunca ultrapassaram a casa dos 11% ao ano.**

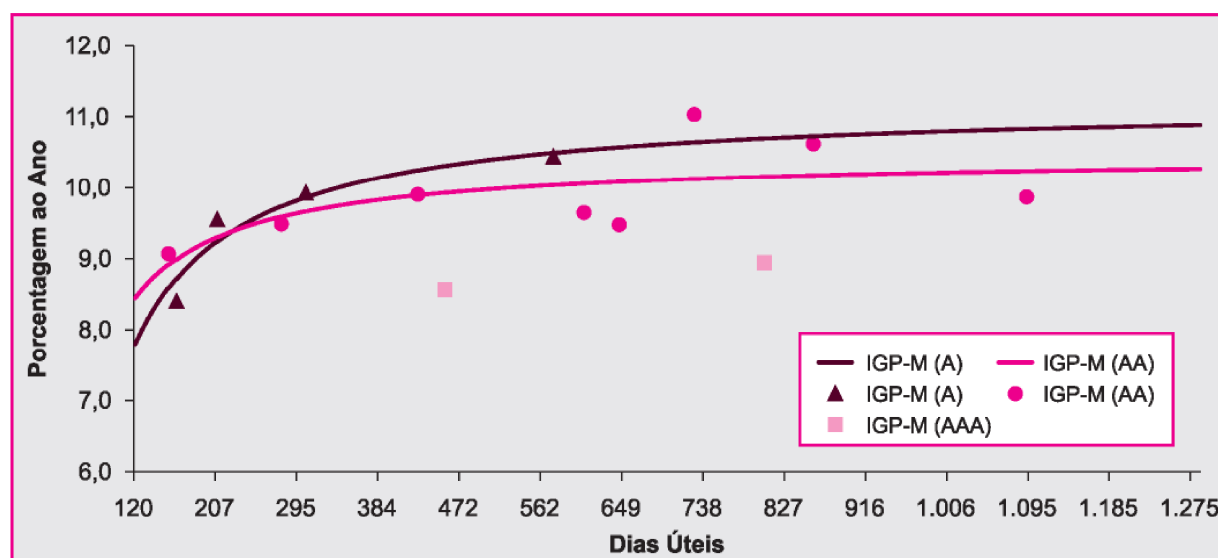


Gráfico 7: Curva Zero Coupon de Debêntures IGP-M + Spread do Dia 03/11/2008

Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt

Portanto, tanto pelo viés econômico, quanto da motivação negocial, bem se vê também a artificialidade da operação.

Da jurisprudência do CARF

Assim, entende-se que não merece reparos a decisão recorrida e o posicionamento desta CSRF também não destoa da conclusão deste voto, como se passa a demonstrar.

O primeiro julgado que a CSRF se debruçou sobre a matéria foi o caso do Vasco da Gama licenciamento S.A (Ac. 9101-000.869), tendo reformado o entendimento da Câmara baixa (Ac. 107-08.029) que havia dado provimento ao recurso do contribuinte. Segue ementa e excerto do voto condutor:

Ementa: REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES SIMULAÇÃO –NÃO DEDUÇÃO DO LUCRO REAL Se a emissão das debêntures não foi efetiva, restando manifesto o motivo simulatório de, por meio da emissão das debêntures e apropriação dos respectivos juros, originar despesas dedutíveis, essas devem ser consideradas como indedutíveis do lucro real. Revelada a simulação, não pode prevalecer a aplicação do art. 430 do RIR/94, atual art. 462 do RIR/99, que autoriza a dedução, na apuração do lucro líquido do período base, das participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas a debêntures de sua emissão. Este dispositivo se aplica à verdade declarada, mas não à verdade real apurada, que prevalece sobre aquela.

OMISSÃO DE RECEITAS E AMORTIZAÇÃO DE DIREITOS O negócio jurídico deve ser caracterizado de acordo com os seus elementos. Não cabe à fiscalização atribuir nova classificação ao negócio jurídico com base em cláusulas de garantia de um negócio maior que não se circunscrevia apenas ao negócio jurídico

de empréstimo. A prova carreada aos autos comprova que as partes realizaram vários negócios todos abarcados por um contrato de parceria.

Naqueles autos, destacou o em. voto condutor acerca da emissão de debêntures:

Apesar de a emissão e subscrição das debêntures terem atendido, no caso, a todos os requisitos formais exigidos pela legislação comercial aplicável, entendendo estarmos diante de hipótese em que se revela a artificialidade da transação, realizada com objetivos meramente de redução da carga tributária.

Outro julgado da CSRF foi o acórdão nº 9101-002.189, da empresa HSJ comercial que na câmara baixa havia se dado provimento ao recurso voluntário apenas para desqualificar a multa de 150%. No caso, o a 1ª Turma, por maioria de votos, entendeu que não seria o caso de qualificar a multa de ofício e manteve o entendimento do colegiado *a quo*:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano- calendário: 2001, 2002

MULTA QUALIFICADA.

Para que se possa preencher a definição do evidente intuito de fraude que autoriza a qualificação da multa, nos termos do artigo 44, II, da Lei 9.430/1996, é imprescindível identificar a conduta praticada: se sonegação, fraude ou conluio respectivamente, arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964. A mera imputação de simulação não é suficiente para a aplicação da multa de 150%, sendo necessário comprovar o dolo, em seus aspectos subjetivo (intenção) e objetivo (prática de um ilícito).

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento, vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Relator), Adriana Gomes Rego, André Mendes Moura e Carlos Alberto Freitas Barreto. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Lívia De Carli Germano (Suplente Convocada).

Por fim, o último caso enfrentado pela CSRF foi o Acórdão nº 9101-002.538 da JS Administração de Recursos S/A nova denominação de LETERO, de 20 de janeiro de 2017, da relatoria do Conselheiro Rafael Vidal, que, por voto de qualidade, negou-se provimento ao Recurso Especial do contribuinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.
NORMALIDADE. USUALIDADE. NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.

As despesas decorrentes de operações com debêntures, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante simples conversão de valores a eles devidos pela própria pessoa jurídica, e sem previsão de remuneração fixa por meio de juros, mas tão somente com remuneração atrelada aos lucros da empresa, em percentual substancial, não se enquadram nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade, sendo, portanto, indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Portanto, a entrega de parcelas significativas dos lucros da recorrente à título de remuneração das debêntures no contexto de pessoas ligadas, torna indedutível a despesa relacionada à remuneração das debêntures, uma vez que tal operação, nos moldes artificiais

que foram praticadas, evidenciou tratar-se de uma despesa não necessária, não usual e anormal às atividades da pessoa jurídica.

Por essas razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial do contribuinte neste item.

Da dedutibilidade dos valores correspondentes às debêntures da base de cálculo da CSLL

Peço vênia novamente para discordar da conclusão chegada pela relatora em relação à suposta falta de previsão legal para adicionar à base de cálculo da CSLL, uma vez constatado sua indedutibilidade da base de cálculo do IRPJ.

O art. 299, do RIR/99, que é a base legal do lançamento fiscal, determina que para ser considerada uma despesa como operacional, para fins fiscais, deve tal despesa ser necessária, usual e normal à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Ora, há que se considerar que a base de cálculo da CSLL, assim como do IRPJ, partem do lucro líquido para o cálculo dos tributos, sendo assim, a apuração da CSLL deve seguir o disposto no art. 299 do RIR/99.

A corroborar a ilação acima, o Conselheiro Rafael Vidal de Araújo no acórdão nº 9101-002.336 (de 05 de maio de 2016), muito bem registrou que o art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, que também fundamentou o lançamento da CSLL, explicita que a base de cálculo da CSLL é o resultado do período-base, **apurado com observância da legislação comercial**, com os ajustes lá definidos, sendo que a Lei nº 6.404, de 1976, em seu art. 187, § 1º, estabelece que na determinação do resultado do exercício serão computados os custos, despesas, encargos e perdas correspondentes às receitas e aos rendimentos da sociedade.

Acrescenta o Conselheiro no julgado em questão melhor desenvolvendo a questão:

Essa relação de correspondência entre despesas e receitas prevista na legislação comercial não pode dizer outra coisa senão que as despesas a serem computadas (deduzidas) na determinação do resultado são aquelas incorridas para a geração das receitas; são aquelas necessárias para a geração das receitas; são aquelas normais/usuais na atividade da empresa.

Nesse contexto, não faz sentido, assim, admitir que as disposições do Decreto-Lei nº 1.598/1977 sobre os efeitos tributários das despesas consideradas indedutíveis para o IRPJ a teor do art. 299 do RIR/99 não encontrem eco na apuração da CSLL, apenas por serem feitas algumas referências nos retrocitados dispositivos ao "lucro real".

Como se sabe, o Decreto-Lei nº 1.598/1977 foi editado com o fim de "*adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedades por ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)*", é anterior à CSLL, introduzida no ordenamento jurídico em 1988, pela Lei 7.689.

Nesse sentido a expressão "Lucro Real" pode ser substituída por algo correlato a "acertos extra-contábeis" sem perda de seu conteúdo.

O auto de infração da CSLL ainda traz em sua capitulação legal o art. 28 da Lei nº 9.430/96, que, naquela época tinha a seguinte redação:

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, 17 a 24, 26, 55 e 71, desta Lei.

Como os artigos mencionados nesse art. 28 dizem respeito às regras do IRPJ, resta evidenciado que à CSLL aplicam-se as mesmas regras do IRPJ.

Afora tudo quanto já se colocou, ainda há dois outros dispositivos legais no nosso ordenamento jurídico que demonstram também o acerto dessa interpretação, equalizando uma legislação a outra:

1) Trata-se, em primeiro lugar, da existência do art. 57 da Lei nº 8.981/1995, ao estabelecer que se aplicam à CSLL "*as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas (...) mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor*"¹⁵.

Se não tem o condão de estabelecer uma absoluta identidade entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dele não se pode extrair que o fato de a legislação específica da CSLL não reproduzir o comando do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 em sua literalidade implica permissão de dedução.

2) E por fim, da simples existência no ordenamento jurídico do art. 13 ¹⁶da Lei 9.249/1995 pode-se interpretar que a regra contida no o artigo 47, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.506/64 (base legal do art. 299 do RIR/99 - conceito de despesa operacional) se aplica não somente à base de cálculo do IRPJ como também à Contribuição Social para o Lucro Líquido, para fins tributários. A ressalva contida no art. 13 da Lei nº 9.249/95 só tem sua razão de ser para demonstrar o vínculo explícito entre a apuração da base da CSLL e os requisitos de dedutibilidade de despesas (necessidade, normalidade e usualidade).

Por todo o exposto, nego provimento em relação também ao pleito do recurso especial da contribuinte no sentido de manter as exigências lançadas relativas à CSLL.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego

¹⁵ 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.*

¹⁶ Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964

Processo nº 13896.002592/2007-93
Acórdão n.º **9101-002.973**

CSRF-T1
Fl. 2.189
