



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

Processo nº 13899.001314/2006-16
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-002.535 – 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).

Relatório

Trata-se, em brevíssima síntese, da discussão quanto à dedutibilidade de despesas com a remuneração de debêntures emitidas por pessoa jurídica tributada pelo lucro real, remuneradas em percentual dos lucros desta (máximo de 70%, não alcançado de fato) e adquirida por seus acionistas. Foram emitidas 140.000 debêntures, com o correspondente direito unitário a até 0,0005% (cinco milésimos por cento) na participação dos lucros.

Colhe-se do acórdão *a quo* o seguinte relato quanto ao presente caso (fls. 1818 e seg.):

“Trata-se de lançamento de ofício para exigência de IRPJ em face das acusações relativas a: (i) utilização, no ano-base de 2000, de incentivos fiscais (FNAM- FINOR-FUNRES) em valores que teriam excedido o que a legislação permite, e (ii) despesas não necessárias, em razão de glosa de despesas com remuneração de debêntures no ano de 2001.

Lavrou-se também, no mesmo trabalho fiscal, o lançamento de CSLL acerca do item (ii) acima.

No Termo de Verificação Fiscal, foram dedicados 2 parágrafos para a acusação de que a empresa se utilizou de incentivos em valores superiores conforme apurado em revisão interna e demonstrado em anexo. Com relação as debêntures, após pequena introdução teórica acerca de debêntures e de dedutibilidade de despesas, o AGENTE FISCAL narrou que a empresa emitiu debêntures em 1998 com remuneração de até 70% do lucro e que foram adquiridas pelos próprios acionistas mediante aproveitamento de conta-corrente da qual eles eram credores junto A empresa. Ademais, para sustentar sua acusação, afirmou:

A emissão das debêntures da empresa infringe a legislação e conceito puro de debênture;

As características das debêntures da autuada comprovam sua anormalidade e desnecessidade, o que tornam a despesa indedutível;

Não houve captação de recursos externos (o AGENTE FISCAL adverte que este é o "motivo primordial");

Os adquirentes das debêntures foram os acionistas da empresa, mediante transferência de crédito existente em suas contas correntes mantidas junto A empresa, cujos saldos eram oriundos de dividendos de anos anteriores não pagos;

Não houve circulação monetária para a aquisição das debêntures (o AGENTE FISCAL indica como "fator fundamental").

Por conta de tais motivos, o AGENTE FISCAL desconsiderou a operação, tendo sido tais despesas reconhecidas como não necessárias as operações ou transações normais A. atividade da empresa.

Informou ainda no TVF que a empresa já havia sido autuada anteriormente pelo mesmo motivo (processo 19515.002923/2003-85), sendo que esse lançamento relativo ao ano de 1999 foi mantido pelo 1º Conselho de Contribuintes (Acórdão 101-94.986/2005).

Em 18/04/2007, a 5a Turma de Julgamento da DRJ em Campinas cancelou em parte o lançamento por reconhecer a decadência do lançamento no que concerne A utilização excessiva de incentivo fiscal, e o IRFonte pago nas

remunerações das debêntures para o fim de diminuir o valor do lançamento do IRPJ.

Como fundamento de sua decisão na parte que manteve o lançamento em relação à descaracterização das debêntures, a Turma Julgadora a quo utilizou argumentos apresentados tanto em 1ª instância quanto em 2ª instância de julgamento do referido processo decorrente da exigência do ano de 1999 em face da glosa das debêntures, mediante transcrição praticamente integral das decisões, dentre os quais se podem destacar os seguintes:

Argumentos da 1ª decisão no processo 19515.002923/2003-85:

- com o aproveitamento dos valores em conta-corrente, não houve riqueza nova (recursos novos) para financiar o projeto;
- ao reembolso do valor das debêntures acrescem-se, pelo menos, juros; a participação nos lucros deve ser vista como algo a mais além dos juros;
- a lógica do instituto de debêntures é o financiamento de projetos de longo prazo, sendo que no caso foi deliberado um prazo exíguo para o início da remuneração;
- a propriedade deve atender a sua função social, e nesse sentido está o fisco protegendo o bem da coletividade, ao cumprir seu dever de fiscalizar e arrecadar;
- o intérprete da legislação tributária pode abstrair-se da validade jurídica dos atos e fatos efetivamente praticados, para considerar os verdadeiros efeitos econômicos subjacentes deles.

Argumentos da 2ª decisão (CC) no processo 19515.002923/2003-85:

- é inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante participação nos lucros;
- todavia, não se pode dizer que é ela normal e usual; pode-se pelo menos dizer tratar-se de um aspecto controvertido;
- o direito do contribuinte auto-organizar sua vida não é ilimitado;
- o conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito;
- se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar; todavia, se adotada forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco pode se opor;
- é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas, de modo que isso não é usual;
- no caso, a remuneração das debêntures com até 70% dos lucros caracterizou ato de liberalidade, ainda que seja próprio da companhia captar recursos para fazer frente às suas necessidades;
- não houve ingresso de novos recursos financeiros na empresa, apenas foi alterado o título da sua obrigação frente aos acionistas (o que era crédito de acionista foi transformado em crédito de debenturista);
- não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária, mediante operação formalizada "em papel" que transformou lucros distribuídos em despesa dedutível.

Acrescentaram-se ainda argumentos de que o questionamento acerca do enquadramento legal em dispositivos da dedutibilidade de despesa operacional, sob argumento de existência de disposição específica sobre a matéria (RIR, art. 462), foi apreciado e afastado pelos acórdãos mencionados no voto e que o PN CST 99/78 fez constar o entendimento de que apenas as debêntures com natureza de juros são dedutíveis.

Quanto ao custo financeiro do crédito dos acionistas, a DRJ sustentou que a tentativa da Recorrente não pode ser acatada, pois não restou comprovado que a

empresa teria a obrigatoriedade de promover pagamentos aos acionistas, e que, portanto, necessitaria fazer empréstimo. Ademais, a contribuinte adotou como parâmetro taxas pre-fixadas do Banco Central, ao passo que o órgão divulga também taxas consolidadas de aplicação e captação, todas inferiores aquelas utilizadas.

Por fim, acatou parcialmente o pedido de aproveitamento do IRFonte retido quando do pagamento das remunerações das debêntures aos acionistas para reduzir o valor do IRPJ.

A Turma Julgadora recorreu de ofício em razão do reconhecimento da decadência e da redução do IRPJ por conta do aproveitamento do IRFonte.

Inconformada com a decisão, a empresa Recorrente apresentou seu Recurso Voluntário no qual traz as seguintes alegações:

Em 02/05/98 a Recorrente emitiu 140.000 debêntures, no valor nominal de R\$1.000,00 cada, sendo que cada debenture assegurava uma remuneração com base exclusivamente em participação de 0,0005% nos lucros trimestrais da Recorrente, e que o máximo de 70% jamais foi alcançado. Até janeiro/2001 foi integralizado um total de 130.659 debêntures, sendo a integralização inicial (66.801 debêntures) efetuada com referidos créditos em contas correntes e as demais mediante os rendimentos das próprias debêntures. No ano-calendário de 2001 o percentual de participação nos lucros pelas debêntures chegou a 65,32% em média.

Os subscritores das debêntures foram acionistas da Recorrente, que efetivaram as integralizações das debêntures mediante compensação de créditos seus mantidos em contas correntes contra a empresa, oriundos de dividendos distribuídos e não pagos, mas há muito já creditados aos acionistas.

Houve cerceamento ao direito de defesa, pois a autoridade fiscal limitou-se a afirmar que a emissão das debêntures teria infringido a legislação e o "conceito puro" as debêntures, bem como que não teria se revestido das formalidades legais, sem, contudo, apontar qual o dispositivo de lei que teria sido infringido e em quais circunstâncias isto teria ocorrido.

Não se pode aplicar os requisitos de dedutibilidade das despesas operacionais (art. 299 do RIR/99) a remuneração assegurada a debêntures de participação nos lucros.

Mesmo que a remuneração das debêntures, correspondente a participações no lucro, pudesse ser subsumida ao art. 299 do RIR/99, ainda assim a dedutibilidade das mesmas estaria assegurada, pois houve relação objetiva entre a despesa e as atividades da Recorrente.

A autoridade fiscal também capitulou a exigência no artigo 300 do RIR/99, segundo o qual: "Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros". Assim, considerando-se que a remuneração das debêntures corresponde a rendimento pago a terceiros, a única norma específica aplicável ao caso concreto é a do art. 462 do RIR/99, a qual expressamente determina a dedutibilidade das participações no lucro da pessoa jurídica "asseguradas a debêntures de sua emissão".

O negócio jurídico atinente as debêntures foi motivado por razões empresariais legítimas e facilmente aferíveis com base nos indicadores econômico-financeiros da Requerente.

Houve efetivo ingresso de recursos novos na empresa. A ausência de circulação monetária, no sentido exclusivamente físico desta circulação, não implica na inexistência de ingresso de novos recursos financeiros para a empresa.

A situação acionistas/debenturistas, sendo as debêntures remuneradas com base em participação nos lucros, foi plenamente justificável no caso concreto da Recorrente, em função da sua realidade empresarial vivida a época.

O empréstimo instrumentalizado pelas debêntures foi vantajoso para a Recorrente, pois seu custo ficou abaixo das taxas médias praticadas para empréstimos bancários à pessoa jurídica (34,88% para as debêntures e 40,99% para os empréstimos bancários).

A estrutura de endividamento da Recorrente era absolutamente compatível e adequada as características de seu negócio, conforme se observa do resultado da pesquisa sobre endividamento de empresas, realizada por empresa especializada.

A redução do lucro da Recorrente pela remuneração das debêntures não importou na eliminação total ou abusiva de tributação. Adicionalmente, caso o valor total da remuneração das debêntures fosse reconhecido pela Recorrente sob a forma de contas correntes remunerados com os seus acionistas a taxas de juros de mercado ou pudesse ser pago sob a forma de juros sobre o capital próprio (JCP), nenhuma dessas outras opções seria mais onerosa do ponto de vista tributário do que acabou sendo a opção das debêntures (apresentou quadros comparativos).

Ainda que fosse mantido o lançamento do IRPJ, a dedutibilidade das participações no lucro asseguradas as debêntures não pode ser questionada quanto à base de cálculo da CSLL, na medida em que não há qualquer diploma legal determinando que as despesas não dedutíveis para fins de apuração do lucro real, em função do requisito de necessidade regulado no art. 299 do RIR/99, devam ser adicionadas a base de cálculo da CSLL.

Caso fosse mantido o lançamento em sua integralidade, os valores recolhidos pela Recorrente a título de IRRF devem ser deduzidos do crédito tributário de IRPJ, na medida em que a modificação dos efeitos fiscais de um negócio jurídico não pode limitar-se a apenas um de seus efeitos (a dedução das bases do IRPJ e CSLL), mas sim a todos eles, inclusive os pagamentos feitos em decorrência deste mesmo negócio a título de IRRF no período -base autuado.

Encontram-se nos autos pareceres de Marco Aurélio Greco e de Ricardo Mariz de Oliveira que concluem pela regularidade da operação objeto deste processo e pela eficácia para fins fiscais.

Cuida-se de retorno de diligência, nos termos da Resolução no. 1202-00.008, de 17 de junho de 2009, que teve a finalidade de esgotar a análise probatória sobre a documentação constante nestes autos, relativamente aos recolhimentos do IRRF referentes a abril, maio e dezembro de 2001, cotejadas As justificativas e demonstrativos elaborados pela Recorrente.

Pois bem, a diligência foi executada e veio aos autos seu termo conclusivo, a fls. 1733 e 1734, que leio em sessão para elucidar o quanto diligenciado.

Foi dada ciência a Recorrente que se manifestou no prazo concedido, aduzindo o seguinte:

- que a diligência validou que os valores recolhidos, nos períodos de abril, maio e dezembro de 2001 do IRRF sobre emissões de debêntures e que devem ser deduzidos do IRPJ lançado originalmente neste auto de infração, alcançando os juros de mora e a multa de ofício, alegando igual tratamento conferido no julgado pela 1ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, nos autos do processo administrativo no. 19515.002923/2003-85, em que é parte a própria Recorrente;

- que, por autorizado pelo art. 3º, inciso III da Lei no. 9.784/99 requer que seja apreciado o argumento da não incidência dos juros "selic" sobre a multa de ofício, perante a exoneração pretendida em parte sobre a autuação, citando ementas deste órgão fazendário de

julgamento, inclusive o acórdão CSRF/02-03.133 (processo no. 18471.001680/2004-30);

- suscita, ademais a impossibilidade de o fisco exigir crédito tributário oriundo de negócio jurídico ou ato praticado há mais de cinco anos contados da data do lançamento de ofício, ainda que esses negócios ou atos tenham gerado repercussão em períodos-base subsequentes, ou seja, suscita a decadência como questão de ordem pública, que deve ser conhecida a qualquer tempo e instância de ofício pelo órgão julgador, que implica no próprio controle de legalidade do lançamento. Reporto-me a manifestação da Recorrente a fls. 1748 a 1753, que leio em sessão para o fiel relato da ocorrência processual.”

A Turma *a quo*, por unanimidade de votos, decidiu rejeitar as preliminares suscitadas pelo contribuinte quanto à decadência e ao cerceamento ao direito de defesa. Pelo voto de qualidade, decidiu-se dar provimento parcial ao recurso de ofício quanto à material da compensação do IRFonte, bem como negar provimento ao recurso voluntário. A aludida decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES EXCLUSIVAMENTE COM LUCROS. AQUISIÇÃO UNICAMENTE PELOS SÓCIOS. OPERAÇÃO NÃO USUAL E ANORMAL.

A remuneração de debêntures efetuadas exclusivamente com os lucros da empresa e oferecidas unicamente aos seus sócios, foge dos critérios de usualidade e normalidade a esse tipo de operação. Somente são admitidas como dedutíveis para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, as despesas operacionais usuais ou normais ao tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

IRRFONTE. COMPENSAÇÃO COM O IRPJ.

Inexiste direito a compensação do IRRF retido e recolhido pela fonte pagadora com o seu próprio IRPJ.

O contribuinte opôs embargos de declaração em face do acórdão em questão, **(1866 e seg. do e-processo)**, os quais foram apenas parcialmente acolhidos pela Turma *a quo*, sem efeitos infringentes, nos seguintes termos, em decisão assim ementada **(fls. 1889 e seg. do e-processo)**:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO VERIFICADA. REJEIÇÃO.

Rejeita-se os embargos de declaração opostos, quando não constatada contradição no acórdão embargado.

RESOLUÇÃO EMITIDA POR TURMA DO CARF. CARÁTER MANDAMENTAL.

As decisões emitidas pelas Turmas de julgamento do CARF, por meio de Resolução, tem caráter mandamental e não tem o condão de pôr fim ao julgamento de matéria aventada no recurso voluntário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIRMADA. ACOLHIMENTO.

Acolhe-se os embargos para sanar a omissão, quando verificado que o acórdão embargado deixou de se manifestar a respeito de matéria trazida pela defesa, mesmo que para declará-la preclusa.

O contribuinte interpôs, então, recurso especial **(fls. 1912 e seg. do e-processo)**, que foi admitido apenas parcialmente **(fls. 2184 e seg. do e-processo)**, quanto às seguintes matérias: decadência do direito de lançar tributos; dedutibilidade da remuneração de debêntures; compensação do IRFonte retido nas operações em questão (pedido subsidiário).

Quanto às referidas matérias conhecidas, em apertada síntese, alega o contribuinte:

- **decadência do direito de lançar tributos:** a insurgência em face da emissão de debêntures, realizada em 1998, não poderia mais ocorrer em 2006, tendo em vista o decurso do prazo de decadência prescrito no art. 150 do CTN;

- **dedutibilidade das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL de remuneração das debêntures:**

- a recorrente anexou ao seu recurso especial pareceres elaborados pelos professores MARCO AURÉLIO GRECO e RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, já referidos pelo acórdão *a quo*, bem como suscita que a autuação baseou-se em doutrina de MODESTO CARVALHOSA, já superada pela literatura contemporânea;

- não haveria impedimento legal para que os acionistas da companhia subscrevessem as debêntures, nem que estas fossem remunerada com base em percentual na participação dos lucros;

- teriam ocorrido sacrifícios dos debenturistas e ingresso de recursos na companhia, tendo em vista que as debêntures foram subscritas com créditos imediatamente exigíveis que estes detinham em face da companhia. A circulação física de moeda não seria exigida;

- deveria ser aplicado ao caso o art. 462 do RIR/99 e não o seu art. 299. Este seria aplicável de forma geral às despesas operacionais da pessoa jurídica;

- ainda que o art. 299 fosse aplicável ao caso, restaria configurada a dedutibilidade das despesas;

- as operações realizadas apresentariam lícito propósito negocial;

- não se sustentaria a premissa do voto vencedor do acórdão *a quo*, de que o normal e usual seria a emissão de debêntures ao público em geral. A emissão de debêntures sem a garantia de remuneração de juros pré fixados dificilmente atrairia agentes diversos dos acionistas, que acreditariam na solidez e crescimento da companhia;

- a emissão de debêntures teria gerado menos despesas à companhia em comparação com a possibilidade de obtenção de empréstimos no mercado;

- **compensação de IRRF, retido nessa operação com debêntures:** caso seja mantida a glosa das despesas de debêntures, deveria ser compensado o IRRF recolhido, tendo em vista que a desconconsideração não pode ser apenas em relação a uma etapa da operação;

A PFN apresentou contrarrazões ao recurso especial, arguindo, em síntese:

Decadência

- “Vê-se, assim, que, para a contagem da decadência, deve-se ter em mira o fato gerador da obrigação tributária que será constituída. Sem a materialização de alguma hipótese de incidência prevista em lei, não há que se falar em constituição de crédito fiscal, o que, por sua vez, afasta a possibilidade de contagem do prazo decadencial. Em resumo, não havendo fato gerador, não haverá prazo decadencial a ser contado”;

- “Não há qualquer óbice legal à possibilidade da Fazenda Pública analisar o negócio jurídico original, a fim de configurar os efeitos de dedutibilidade deste negócio em anos subsequentes.”

- “Nesse esteio, vê-se que, no caso dos presentes autos, o que é homologado pelo Fisco é a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, não a debênture em si. Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos dados que dão origem aos créditos que serão constituídos.”

Dedutibilidade das debêntures:

- “Todavia, a bem da verdade, a autuada simplesmente alterou o título jurídico de obrigação que tinha perante seus sócios, passando-a de devidendos a pagar para debêntures a pagar, com a finalidade de deduzir o que entendeu tratar-se de despesa com remuneração de debêntures. Quer dizer, com essa operação, foi criada uma suposta despesa, que foi deduzida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Como ficou suficientemente delineado na decisão de primeira instância e no próprio TVF, não se discute acerca da efetiva ocorrência dos atos praticados, nem de eventuais vícios relativos a tais atos. A autuação desconsiderou as “despesas” por entendê-las como não necessárias, requisito de sua dedutibilidade. Trata-se de interpretação da legislação tributária aplicável ao caso.”

- “Em primeiro lugar, o fato de os adquirentes das debêntures serem os sócios da recorrente. Com isso, não se afirma a impossibilidade de os subscritores desses títulos mobiliários terem participação na sociedade, mas sim que é, no mínimo, incomum tal situação.

A forma de pagamento pela aquisição desses títulos reforça o que foi dito anteriormente: apesar de constar expressamente tanto da escritura de emissão de debêntures quanto da ata da assembléia geral extraordinária aprovadora dessa emissão que a integralização da subscrição desses títulos dar-se-ia à vista no ato de subscrição, a realização desta se deu mediante a compensação de créditos que os adquirentes detinham junto à emitente. Com isso extinguiu-se um passivo anterior e criou-se outro (remuneração de debêntures a pagar) com a possibilidade de dedução dessa pretensa despesa.

Outro fato curioso verificado pela autoridade atuante foi o de os valores mobiliários emitidos não assegurarem juros. Somente está estabelecida como remuneração uma participação nos lucros da emitente.”

- Os pagamentos em questão não podem ser considerados como despesas e, se assim o forem, devem ser considerados despesas indedutíveis (arts. 299 e 300 do RIR/99). Não haveria usualidade e normalidade: “Além disso, a emissão de debêntures realizada pela empresa não proporcionou o ingresso de recursos financeiros novos, leia-se, riqueza nova. Embora a participação dos acionistas (financiamento interno) nesse tipo de operação não seja proibida pela lei, se o objetivo da empresa era realmente captar recursos financeiros para o empreendimento, então porque não o fez junto ao público, para atrair recursos novos?”

Compensação de IRRF, retido nessa operação com debêntures, com o IRPJ: Não haveria fundamento legal para tanto.

Em suas contrarrazões, a PFN não se opôs ao conhecimento do recurso especial interposto pelo contribuinte.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto

Voto vencedor em relação ao conhecimento e à preliminar de decadência

Conselheiro Luís Flávio Neto, relator.

Em seu recurso especial, o contribuinte apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da divergência jurisprudencial arguida, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF. Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial quanto às matérias conhecidas.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Compreendo **não** assistir razão ao contribuinte quanto à questão da decadência. Ocorre que o prazo em questão apenas começar a fluir a partir do momento em que a despesa com a remuneração de debêntures efetivamente afetar a base de cálculo dos tributos, pois somente a partir daí é possível cogitar inércia do fisco. A partir da dedução dessas despesas, caso o fisco discorde, deverá lavrar AIIM para a glosa correspondente, o que não seria possível antes da efetiva dedução ter sido concretizada pelo contribuinte.

Desse modo, como o período de apuração compreende o ano de 2001 e o lançamento foi realizado em 2006, antes do decurso do prazo de 5 anos, não pode ser considerado fulminado pela decadência.

Sobre a questão, portanto, não merece reparos o acórdão *a quo*.

Voto vencido, exceto em relação ao IR/Fonte

Conselheiro Luís Flávio Neto, relator.

MÉRITO: DEDUTIBILIDADE DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL DE REMUNERAÇÃO DAS DEBÊNTURES:

Na hipótese de se tratar de remuneração de debêntures, não se aplica a regra geral do art. 299 do RIR/99, mas sim a regra específica prevista em seu art. 462:

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).

Preenchida 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.

Não obstante, neste voto, a análise da questão será realizada também sob a ótica da regra geral do art. 299 do RIR/99. Ocorre que, caso se considere ao caso concreto a aquela regra do art. 462 do RIR/99, passa ser necessário saber se o art. 299 do RIR/99 confere validade à dedutibilidade das despesas em questão.

Para o julgamento do presente caso, deve ser verificado se as despesas incorridas pela NATURA têm natureza jurídica de “debêntures de sua emissão”.

É relevante destacar a seguinte constatação do acórdão *a quo*, inserta no voto do i. Conselheiro relator, que restou vencido:

“No TVF, o agente afirmou que se infringiu a legislação e conceito puro de debênture sem, entretanto, apontar efetivamente qual dispositivo legal ofendido, Portanto, examina o mérito jurídico do instituto, formalizado em estrutura jurídica já considerada válida, porque não contaminada por qualquer patologia jurídica, o que, a meu ver, demonstra uma inconsistência lógica com a incompatibilidade patenteada, posto que se o negócio jurídico está conforme a lei, com objeto lícito, e validamente considerado, não tendo sido produzido com vício de consentimento ou vício social (simulação), a autoridade administrativa sustenta violação do instituto de debênture, sem descrever, no entanto, qual transgressão expressa da regra positiva do Direito que restou cometida pela Recorrente, na adoção da estrutura jurídica negocial sob exame. Em síntese, se vale o negócio jurídico causal, legítimo, porque seu efeito fiscal foi desconsiderado sem validade jurídica, apenas fundado em apreciação isolada sem conexão ao próprio contexto negocial” celebrado eficazmente?”

Conforme a tese sustentada pela PFN, às despesas em questão não se poderia atribuir o título jurídico de “remuneração de sua emissão”, pois: (i) a remuneração dos títulos foi estipulada com base em participação nos lucros das pessoas jurídicas emissoras e; (ii) os acionistas também assumiam a condição de debenturistas das empresas emitentes; (iii) a subscrição das debêntures teria se dado mediante compensação de créditos em contas correntes detidas por acionistas em face da NATURA.

Tais fatores, contudo, não são suficientes para descaracterizar a natureza jurídica das debêntures e a incidência da norma do art. 462 do RIR/99, nem tampouco tornariam as despesas desnecessárias, não usuais ou anormais, com vistas ao art. 299 do RIR/99.

Não há qualquer impedimento legal para que os próprios acionistas da NATURA subscrevessem debêntures de emissão da empresa, remuneradas exclusivamente com base em participação nos lucros. A remuneração exclusiva com base em participação nos lucros é expressamente tutelada pela Lei das SA, em seu art. 56:

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

A lei societária, portanto, atribui faculdade à companhia, sem que lhe seja imposta preferência ou cumulação das alternativas em questão, entre as quais figura expressamente a "participação no lucro da companhia".

Nesse sentido, importante destacar o magistério de NELSON EIZIRIK¹, *in verbis*:

“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”.

Importante considerar, ainda, a doutrina de MODESTO CARVALHOSA², *in verbis*:

“A doutrina mais consentânea é a que afirma que a remuneração por meio de participação nos lucros não retira a natureza pura dos títulos de crédito. (...) Então, dentro da teoria do direito subjetivo, a debênture com participação nos lucros da companhia emissora outorga ao tomador um direito decorrente da obrigação assumida, pela companhia emissora, de pagar determinado percentual do lucro anualmente apurado. Não há, portanto, nenhum direito eventual, na espécie, pois o direito à participação nos lucros constitui direito certo a que corresponde uma obrigação cuja exigibilidade (pretensão) pode não se configurar em determinados exercícios sociais”

Por sua vez, não há proibição legal para a subscrição de debêntures por acionistas da pessoa jurídica, devendo ser observada a regra geral de que restrições de direitos não se presumem. Aludida regra geral resta confirmada, inclusive, em face do artigo 57, § 10, da Lei das SA, que assegura a preferência dos acionistas a certas debêntures, o que evidencia que a sua subscrição é juridicamente garantida a esses agentes.

Ademais, é correto afirmar que houve efetivo ingresso de novos recursos na NATURA. Para haver efetivo ingresso de novos recursos na companhia, não é, por óbvio, necessário o trânsito físico de moeda, mas sim de direitos positivos que, antes da subscrição, inexistiam. No caso, a compensação de créditos assegurou que recursos com natureza jurídica e perfil econômico novos passassem a estar disponíveis à companhia. Antes, a NATURA possuía

¹ EIZIRIK, Nelson. A Lei das SA Comentada, v. 1. São Paulo : Quartier Latin, 2015, p. 385 e seg.

² CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v. 1. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 793 e seg.

dívidas exigíveis de imediato, deixando de tê-las e passando a deter novo título jurídico (debêntures) com vencimento de longo prazo. Não se trata de questão irrelevante, mas fator que notoriamente pode ser fundamental à gestão e solvência das empresas.

Quanto ao percentual na participação dos lucros da companhia, compreendo que também não se pode considera-lo *a priori* excessivo, inclusive por não haver parâmetros legais para essa discriminação.

Ademais, as características do caso concreto devem ser observadas, como bem identificado no parecer de MARCO AURÉLIO GRECO (**e-fls. 1378 e seg.**):

“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. A 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 urna 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 urna remuneração independente do lucro (uma das distorções geradas pela *thin capitalization*)."

Desse mesmo parecer do Professor MARCO AURÉLIO GRECO, destaca-se, ainda:

"4) Teria havido simulação absoluta ou relativa; fraude a 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 a 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 a finalidade 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."

A análise do caso concreto e do Direito positivo demonstra assistir razão às constatações em questão. A tal conclusão também chegou o i. Conselheiro relator do acórdão *a quo*, que restou vencido:

"Em primeiro lugar porque, se a lei prevê a possibilidade de a remuneração das debêntures ser apenas mediante participação nos lucros, então não se pode admitir a imposição de prática de ilegalidade o negócio jurídico que adota o previsto em lei. Caso contrário, estar-se-ia afrontando o comando do art. 5, II,

da Constituição Federal, segundo o qual as pessoas somente estão obrigadas ou proibidas de praticar algum ato, se houver lei para tanto.

Em segundo lugar, reitere-se, porque não se demonstrou (ainda que por indícios convergentes) tratar-se de simulação, já que a afirmação final transcrita acima indica que teria havido simulação na emissão das debêntures com intuito de esconder-se a realidade. E a justificativa para tal — exposta no referido acórdão — foi a de que não seria crível uma remuneração de 70% para quem não fosse acionista da companhia (mas debenturista) levando em conta que o principal objetivo da companhia é obter lucros para os detentores do capital; e, portanto, essa remuneração somente teria sido fixada porque favorecia exatamente os mesmos indivíduos que compõem o quadro de acionistas. Como conclusão, o reflexo de diminuição da base de cálculo do IRPJ e da CSL não seria oponível ao Fisco, com base na doutrina de Marco Aurélio Greco encontrada na sua obra "Planejamento Tributário" (Editora Dialética, 2004, pp. 179 e 180).

(...)

Ocorre que não se demonstrou nem no Termo de Verificação Fiscal nem em qualquer outra fase processual que teria havido tal desmontagem da operação, o que leva a não se compartilhar do entendimento de que a operação questionada é artificial e inoponível ao Fisco. Por tais motivos, foi reconhecida como válida a emissão das debêntures na forma da Assembléia Geral Extraordinária de 15/04/1998 e da Escritura de 02/05/1998.

Vale comentar ainda a alegação contida no Acórdão da 1ª Câmara de que a remuneração foi deliberada a até 70% por conta da coincidência de acionistas e debenturistas nas mesmas pessoas.

Essa alegação está mais no sentido de que a remuneração está acima do que praticado pelo mercado (o que será tratado no item específico adiante — "4 A Remuneração das Debêntures"). Isso, na verdade, reitera a legitimidade da estrutura jurídica de captação adotada, já que a patologia lá apontada é o quantum da remuneração e não a estrutura em si, ainda que o percentual da remuneração seja considerada como fundamento da patologia da estrutura.

No TVF, aponta-se como "motivo primordial" o fato de que não houve captação externa de recursos. Ora, tratando-se de companhia de capital fechado, é razoável que os próprios acionistas — ou então pessoas de seu relacionamento — optem pela aquisição das debêntures. (...)”

Também é relevante observar que, RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA, em parecer anexado autos (**e-fls. 1401 e seg.**), discorre longamente sobre a legitimidade das operações praticadas e sua oponibilidade ao fisco, corroborando com o entendimento deste voto. Colaciono o seguinte trecho:

“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”.

Não se pode deixar de ressaltar que a recorrida tem discutido o tema no Poder Judiciário em razão de outros autos de infração. O acórdão proferido pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da apelação e reexame necessário n. 2010.61.00.007888-3/SP, enunciou decisão à qual me alinho neste voto, como se observa de sua ementa:

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".

Nesse cenário, diante da ausência de fundamento legal para a manutenção do auto de infração, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial do contribuinte.

ABATIMENTO DO IRRF JÁ RECOLHIDO

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

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

Destaco a parte final do voto que orientou o acórdão nº 101-94.986, indicado pela recorrente como paradigma de divergência para a interposição do recurso especial ora sob julgamento:

"Entendo, todavia, que por uma questão de razoabilidade, deve ser deduzida da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte. É que, ao se considerar como indedutíveis as despesas correspondentes aos rendimentos de

debêntures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debêntures como lucros distribuídos. Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência.”

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

Voto, portanto, por CONHECER o recurso especial, REJEITAR a preliminar de decadência e, no mérito, dar-lhe INTEGRAL PROVIMENTO, inclusive para acolher o pedido subsidiário formulado pelo contribuinte para o abatimento dos valores exigidos nestes autos com o IRRF por ele recolhido na mesma operação.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Luís Flávio Neto, relator.

Voto

Voto vencedor, exceto em relação ao IR/Fonte

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator Designado.

PRELIMINAR DE ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO

Em razão da arguição de impedimento aduzida pelo patrono da contribuinte por ocasião da sustentação oral ocorrida na sessão de julgamento, ao argumento de que nós, Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, estaríamos impedidos de atuar no presente julgamento, faz-se necessário juntar-se aos autos a presente manifestação, nos termos do art. 44 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, haja vista que não reconheço tal impedimento.

A arguição foi motivada pela publicação da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015, cujo art. 5º prevê um Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, nos seguintes termos:

Art. 5º Ficam instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

*§ 1º O Programa de que trata o **caput** será gerido pelo Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, nos termos a serem definidos em ato do Poder Executivo federal.*

§ 2º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será definido pelo Índice de Eficiência Institucional, mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ato do Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil será editado até 1º de março de 2017, o qual estabelecerá a forma de gestão do programa e a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e fixará o Índice de Eficiência Institucional.

§ 4º A base de cálculo do valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será composta pelo valor total arrecadado pelas seguintes fontes integrantes do

Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo [Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975](#):

I - arrecadação de multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de impostos, de taxas e de contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a que se refere o [art. 4º da Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988](#), inclusive por descumprimento de obrigações acessórias; e

II - recursos advindos da alienação de bens apreendidos a que se refere o [inciso I do § 5º do art. 29 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976](#).

§ 5º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira a ser distribuído aos beneficiários do Programa corresponde à multiplicação da base de cálculo do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira pelo Índice de Eficiência Institucional.

§ 6º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não poderá ultrapassar o valor da base de cálculo de que trata o § 4º.

Em apertada síntese, foi alegado que, em decorrência do §4º do supracitado artigo prever que o bônus possui como base de cálculo, além do produto da alienação de bens objeto de pena de perdimento, o valor da arrecadação das multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e aquelas exigidas em virtude do descumprimento de obrigações acessórias, e considerando que o CARF é o órgão competente para o julgamento de recursos versando sobre as multas que servirão como base de cálculo para o bônus, os resultados dos seus julgamentos deveriam repercutir no valor a ser pago aos Auditores-Fiscais e Analistas-Tributários, o que caracterizaria interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, fato que, por sua vez, impediria os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional de atuarem no julgamento de recursos, nos termos do art. 42 do Anexo II do RICARF, ora colacionado:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

III - como parte, cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 3º (terceiro) grau.

§ 1º Para efeitos do disposto no inciso II do caput, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ou perceba remuneração do interessado, ou empresa do

mesmo grupo econômico, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º As vedações de que trata o § 1º também são aplicáveis ao caso de conselheiro que faça ou tenha feito parte como empregado, sócio ou prestador de serviço, de escritório de advocacia que preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, bem como tenha atuado como seu advogado, nos últimos cinco anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

§ 3º O conselheiro estará impedido de atuar como relator em recurso de ofício, voluntário ou recurso especial em que tenha atuado, na decisão recorrida, como relator ou redator relativamente à matéria objeto do recurso.

§ 4º O impedimento previsto no inciso III do caput aplica-se também aos casos em que o conselheiro possua cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 2º (segundo) grau que trabalhem ou sejam sócios do sujeito passivo ou que atuem no escritório do patrono do sujeito passivo, como sócio, empregado, colaborador ou associado. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Ocorre que tal dispositivo só tem aplicação para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, consoante o disposto no seu §1º. E, consoante a doutrina processual civil, as hipóteses de impedimento são objetivas, definidas a partir da presunção absoluta de parcialidade do julgador, de modo que se a hipótese não está prevista no diploma regulador do processo, não é possível constituí-la a partir de uma interpretação extensiva da norma.

De toda a sorte, há uma razão para a hipótese regimental não alcançar os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Essa diferença de tratamento reside nas conseqüências advindas da não observância ao próprio dispositivo.

É que, para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, nos termos do art. 45, inciso I, do Anexo II do RICARF, configurado o impedimento, se o Conselheiro argüido assim não se reconhecer, fica caracterizada hipótese de descumprimento ao Regimento Interno, configurando hipótese de perda de mandato.

No entanto, para os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, o descumprimento acarreta ato de improbidade administrativa, nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, punível com a demissão, nos termos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Nesse sentido, o Presidente do CARF, no âmbito das atribuições de exarar atos administrativos complementares ao Regimento Internos, nos termos do art. 3º, incisos IV, XI e §2º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do RICARF, editou a Portaria CARF nº 1, de 2017, ora transcrita:

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos IV, XI e § 2º do art. 3º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, em face de questionamentos suscitados por Conselheiros representantes da Fazenda Nacional diante do disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2016,

DECLARA:

Art. 1º A hipótese de impedimento prevista no inciso II do art. 42 do Anexo II do RICARF aplica-se exclusivamente aos conselheiros da representação dos contribuintes dada a especificidade de que trata o § 1º do mesmo dispositivo.

§ 1º O interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, ocorre nos casos em que o conselheiro da representação dos contribuintes, em relação ao interessado ou empresa do mesmo grupo econômico:

I - preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil; ou

II - perceba remuneração, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º Eventual enquadramento de conselheiro da representação da Fazenda Nacional nos casos de que trata este artigo tipificaria improbidade administrativa nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Art. 2º Há impedimento do conselheiro da representação da Fazenda Nacional:

I - na hipótese em que tenha atuado como autoridade lançadora, ou praticado ato decisório monocrático, nos termos do inciso I do art. 42 do Anexo II do RICARF;

II - quando o interesse for presumido pelo vínculo de parentesco ou de afinidade, nos termos do inciso III do mesmo artigo; e

III - na qualidade de relator, quando tiver atuado na condição de relator ou redator em decisão anterior.

Art. 3º Esta Portaria será publicada no Boletim de Serviço do CARF.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Com efeito, o Regimento anterior ao atual, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, vigente ao tempo em que advogados podiam atuar como Conselheiros representantes dos Contribuintes, concomitantemente com a prática da advocacia, já dispunha:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

- II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto;*
- III - como parte, cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;*
- IV - participado do julgamento em primeira instância.*

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso II, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes:

- I - preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, ou dele perceba remuneração sob qualquer título, no período da instauração do processo administrativo fiscal e até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso; e*
- II - atue como advogado, firmando petições, em ação judicial cujo objeto, matéria, ou pedido seja idêntico ao do recurso em julgamento*

Ou seja, mesmo quando o Regimento não obrigava os representantes dos Contribuintes a se licenciar da Ordem dos Advogados do Brasil, o dispositivo já era direcionado aos Conselheiros representantes dos Contribuintes.

Situação diferente ocorria em Regimentos anteriores, em que a redação do dispositivo que tratava do impedimento trazia em seu bojo, a título de parágrafo, uma complementação ao caput, usando a expressão “considera-se também”. A título exemplificativo, transcreve-se o que constava da Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007:

Art. 15. O conselheiro estará impedido de participar do julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

- I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;*
- II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e*
- III - cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, como parte, , ou como advogado da parte.*

*§ 1º Para os efeitos deste artigo, **considera-se também existir** interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro:*

- I - percebe ou percebeu remuneração do recorrente, de advogado, de sociedade de advogados, de consultoria ou assessoria que lhe preste assistência jurídica e/ou contábil, em caráter eventual ou permanente, qualquer que seja a razão ou o título da percepção, no período que medeia o início da ação fiscal e a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso;*
- II - figure como representante ou mandatário, legal ou convencional, em ação judicial que tenha por fundamento ou pedido, no todo ou em parte, a mesma matéria que seja objeto do recurso em julgamento.*

§ 2º O conselheiro representante da Fazenda Nacional estará impedido de atuar como relator em recurso no Conselho de Contribuintes quando tiver atuado como relator em instância inferior.(Negritamos)

É importante destacar, ainda, que ao Processo Administrativo Fiscal aplica-se o Decreto nº 70.235, de 1972 e, somente em caráter subsidiário, a Lei nº 9.784, de 1999, cujo art. 69 traz disposição expressa nesse sentido: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.” E o Decreto nº 70.235, de 1972, remete ao Regimento Interno do CARF, a disciplina do seu julgamento, nos termos do art. 37, *verbis*:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

Todavia, ainda que se entenda ser possível interpretação diversa aquela conferida por meio da Portaria CARF nº1, de 2017, é oportuno esclarecer que o bônus de eficiência, tal como regulamentado por meio da Portaria RFB nº 31, de 18 de janeiro de 2017, ainda que precariamente, posto que será submetido ao Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, somente será devido se a Secretaria da Receita Federal do Brasil atingir as metas constantes do Anexo II.

Para tanto, será necessário que os indicadores de 1 a 8, que não são atrelados à arrecadação, sejam positivos. Consoante a fórmula trazida no §2º do art. 2º, a arrecadação somente influenciará o fator de multiplicação F (Indicador 9), o qual, por sua vez, será multiplicado pela somatório de todos os demais indicadores, de onde se conclui que, se a soma não for positiva, ou, em outras palavras, se os demais indicadores de eficiência e produtividade não foram atingidos, o indicador representativo da arrecadação será multiplicado por “zero”, resultando, por conseguinte, em um bônus igual a zero.

Entretanto, ainda que todos esses argumentos até então aduzidos estivessem superados, considera-se oportuno registrar que, na condição de julgador representante da Fazenda Nacional, entendo não estar impedido porque sempre me vi julgando de acordo com o melhor direito, pautado na imparcialidade que a própria condição de julgador me impõe.

Nesse sentido, e com a devida vênia aos que aduziram o tal impedimento, entendo ser necessário colocar e analisar os cenários possíveis decorrentes da presente problemática:

Pois bem, para levantamento desses cenários possíveis, devemos considerar que:

- (a) a multa lançada pode ser (i) indevida ou (ii) devida e
- (b) no julgamento, essa multa pode ser (i) mantida ou (ii) cancelada.

Dessa forma, por análise combinatória, concluo que os cenários possíveis são:

- I. multa indevida mantida;
- II. multa indevida cancelada;
- III. multa devida mantida; e
- IV. multa devida cancelada.

A seguir, analiso em separado cada um desses quatro possíveis cenários.

O **primeiro cenário, de multa indevida mantida**, é justamente aquele que aparentemente tem apelo. Poder-se-ia pensar que o conselheiro julgaria como devida uma

multa indevida para aumentar a base de cálculo do bônus e, assim, aumentar sua parcela no bônus futuramente devido.

Entretanto, esse pensamento é equivocado porque não considera dois pontos essenciais:

- a verdadeira natureza do julgamento administrativo, uma revisão de legalidade do lançamento, que é facultativa e sujeita à palavra final do Poder Judiciário; e

- que a base de cálculo do bônus de eficiência não é a multa mantida administrativamente, mas sim a multa efetivamente devida, aceita, conformada e recolhida.

Na verdade, todo crédito tributário mantido no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, antes de ser recolhido, pode ser questionado no Poder Judiciário, em ação própria ou em sede de embargos à execução. E o Poder Judiciário é que tem a palavra final, é ele quem diz se a multa era efetivamente devida ou indevida. A palavra do Poder Judiciário é superior ao julgamento administrativo, podendo reformá-lo e, inclusive, dentro das regras legais e regimentais, vincular todos os julgamentos administrativos futuros.

Nesse caso, se o Poder Judiciário efetivamente decidir que uma multa mantida no âmbito do Processo Administrativo Fiscal era indevida, não haverá qualquer possibilidade de seu valor influenciar a base de cálculo do bônus de eficiência. Ao contrário, essa situação ensejaria ônus da sucumbência. E o mais importante, esse diálogo com o Poder Judiciário sinaliza o critério a ser utilizado administrativamente em situações equivalentes.

Portanto, como a multa administrativamente mantida e considerada indevida pelo Poder Judiciário não é a multa efetivamente recolhida, fica aqui afastada para esse primeiro cenário, a alegação de interesse indireto e, conseqüentemente, de impedimento do conselheiro fazendário.

Passamos agora à análise do **segundo cenário, de multa indevida cancelada**. Ora, uma multa indevida e cancelada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, por óbvio não aumentaria a base de cálculo do Bônus de Produtividade, o que afasta também nesse cenário qualquer possibilidade de impedimento.

O **terceiro cenário, de multa devida mantida**, é o que a sociedade espera da atuação do Estado, das autoridades tributárias e de todos os julgadores administrativos, sejam eles representantes da Fazenda Nacional, sejam eles representantes dos contribuintes: a aplicação correta da legislação.

Todavia, nessa situação, para o caso de o sujeito passivo entender que a multa seria por acaso indevida, caberia a discussão junto ao Poder Judiciário, o que torna aqui aplicáveis todas as explicações já apresentadas para o primeiro cenário. Portanto, também não se pode alegar que, nesse cenário, falar-se-ia de parcialidade e conseqüentemente de impedimento.

Por fim, o **quarto cenário, de multa devida cancelada**, é o cenário que toda a sociedade quer evitar. Uma multa que pudesse ser considerada devida pelo Poder Judiciário, em face da legislação, e que fosse, entretanto, cancelada no âmbito administrativo caracteriza crédito tributário teoricamente devido, porém definitivamente perdido, porque, nesse caso, a decisão administrativa (ainda que equivocada) é definitiva, por não ter a União legitimidade

para recorrer ao Poder Judiciário contra decisão administrativa, salvo que seja provada má-fé, por corrupção.

Esse cenário, sim, é desencorajado pelo bônus de eficiência.

Mas esse cenário é ilegal, além de não interessar à sociedade e, conseqüentemente, ao Estado, aos bons contribuintes ou até mesmo aos conselheiros. Na verdade, esse cenário somente interessaria ao sonegador e àqueles que viessem a lucrar com a sonegação perpetrada. Aliás, situações relacionadas a esse cenário foram apontadas - pelo que se depreende do que foi publicado na imprensa ao longo dos anos de 2015 e 2016 - na chamada operação "Zelotes".

Ora, não se pode dizer que um mecanismo que inibe o erro e a corrupção venha a ser motivo de impedimento de atuação do conselheiro.

Portanto, afasta-se aqui, para esse cenário, também, a possibilidade de impedimento.

Enfim, para todos os cenários possíveis:

- a multa é devida ou indevida em face da legislação e não da vontade do conselheiro; e

- independentemente de sua vontade, nenhuma multa que o interessado considere indevida será recolhida sem que a ele seja assegurada a possibilidade de discussão junto ao Poder Judiciário.

Pelo que se encontra exposto acima, resta claro que não há interesse do conselheiro, seja direto ou indireto, na multa por ele julgada.

Confirmando a conclusão acima, cabe olhar mais uma vez para o passado e perquirir como aqueles que nos antecederam analisaram a situação sobre a qual agora nos debruçamos. Isso porque a presente situação é ontologicamente idêntica àquela que vigiu por mais de uma década nos Conselhos de Contribuintes, entre o início de 1989 e meados de 1999, quando a remuneração dos então Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional era composta pela RAV - Remuneração Adicional Variável.

A RAV, instituída pela Lei nº 7.711, de 1988, era calculada sobre o produto da arrecadação de multas em função da eficiência individual e plural da atividade fiscal. O valor dessa RAV foi limitado, inicialmente, ao valor do soldo do Almirante de Esquadra e, posteriormente, a 8 (oito) vezes o valor máximo do vencimento do Auditor-Fiscal e o valor da RAV devida aos conselheiros era o valor médio devido aos demais Auditores-Fiscais.

Ora, em tudo a RAV se assemelhava ao atual Bônus de Eficiência:

- a base era a mesma (produto de multas arrecadadas);
- o critério era o mesmo (eficiência da atividade fiscal);
- os limites eram equivalentes, valores máximos de soldos ou vencimentos (atualmente o limite é o vencimento de Ministro do Supremo Tribunal Federal); e

- o Regimento Interno vigente à época tinha dispositivo de impedimento equivalente.

Entretanto, durante todo o período da RAV, nunca foi sequer apontado um caso concreto de parcialidade por interesse direto ou indireto, nem discutido o impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional, em função dessa remuneração. No entendimento deste conselheiro, a inexistência desse questionamento se deve ao fato de os que nos antecederam terem feito a análise de cenários aqui apresentados e visualizado a inocorrência de interesse direto ou indireto dos conselheiros na multa em julgamento.

Mais do que isso, não há registro, durante esse período, de aumento de multas indevidas mantidas administrativamente.

Portanto, a história confirma a análise aqui realizada e corrobora a inexistência de qualquer interesse direto ou indireto do conselheiro fazendário na multa em julgamento.

Aliás, se fosse possível inferir tal interesse, caberia arguir impedimento em qualquer julgamento acerca de exigências de crédito tributário promovido por funcionários públicos, quer em sede de processo administrativo ou judicial, vez que os tributos arrecadados são a principal fonte de recursos a assegurar a remuneração dos servidores públicos.

Ainda, a título de reforço, cumpre fazer referência a outros tribunais administrativos que, em 22 Estados Membros da Federação, também remuneram seus agentes com base na eficiência da fiscalização e arrecadação tributárias, sem que isso implique impedimento para o julgamento administrativo dos lançamentos de ofício.

Nesse sentido, convém trazer à tona o modelo do Estado de Pernambuco, onde se tem um Tribunal Administrativo autônomo, composto por julgadores concursados especificamente para tal fim, ou seja, sequer há paridade nos termos do CARF e, a despeito disso, não há diferença entre Auditor-Fiscal e Julgador, pois ambos os cargos recebem, entre outros valores, um bônus de 30% da arrecadação de multas (dividido por todos os auditores e julgadores, incluindo aposentadorias e pensões).

Por esses motivos não me declaro impedido.

MÉRITO:

Com a devida vênia, divirjo do entendimento exposto pelo insigne Conselheiro Relator, tanto em relação à dedutibilidade, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dos valores despendidos pela contribuinte a título de remuneração das debêntures de sua emissão, quanto no que diz respeito à possibilidade de aproveitamento do IRRF recolhido sobre a remuneração paga aos debenturistas, para fins de diminuição do valor do crédito tributário mantido.

Por razões de clareza, trato a seguir dos dois temas separadamente.

1) Dedutibilidade dos valores pagos a título de remuneração de debêntures

A contribuinte NATURA COSMÉTICOS S/A foi autuada porque a autoridade tributária que a fiscalizou entendeu que foram indevidamente deduzidas, na

apuração do IRPJ e da CSLL referentes ao ano-calendário de 2001, despesas decorrentes do pagamento de remuneração de debêntures de sua emissão.

As debêntures em questão foram emitidas por meio da lavratura de escritura particular datada de 02/05/1998, após a diretoria da contribuinte ter aprovado a operação em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 15/04/1998. Foram emitidas 140.000 debêntures, cada uma com o valor nominal de R\$1.000,00. A forma de remuneração prevista para cada debênture era a participação de 0,0005% nos lucros auferidos pela contribuinte, antes da provisão para o imposto de renda, aos finais dos meses de março, junho, setembro e dezembro de cada ano. Assim, se todas as 140.000 debêntures fossem subscritas e integralizadas, a remuneração total trimestral devida pela emitente dos títulos corresponderia a 70% do lucro apurado no período.

A possibilidade de subscrição das debêntures emitidas não foi aberta ao público em geral, ficando restrita às pessoas físicas dos cinco sócios quotistas da contribuinte, que, à época, ainda era uma sociedade de capital fechado. Em junho de 1998, foram integralizadas as primeiras 66.801 debêntures, por meio da compensação de créditos que os sócios possuíam contra a empresa (dividendos já distribuídos contabilmente mas ainda não pagos).

Até janeiro de 2001, foram integralizadas mais 63.855 debêntures, desta vez mediante a compensação com valores que os sócios teriam a receber da empresa a título de remuneração decorrente das debêntures anteriormente integralizadas. Assim, das 140.000 debêntures emitidas por meio da escritura particular de 02/05/1998, 130.656 foram integralizadas.

As remunerações pagas ao longo do ano de 2001 foram deduzidas pela contribuinte na apuração do seu lucro real e da sua base de cálculo da CSLL relativos àquele período. A Fiscalização discordou do entendimento da contribuinte, que alegava que sua conduta estaria autorizada pelo art. 462 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR). Assim, foram efetuados os lançamentos tributários que permanecem sob discussão nos presentes autos.

Como bem descrito no Relatório deste acórdão, o lançamento relativo às glosas das deduções consideradas indevidas foi parcialmente mantido pela decisão de primeira instância administrativa, que deu provimento à impugnação da contribuinte apenas para permitir o abatimento, sobre o total lançado, de parte do IRRF recolhido sobre a remuneração de debêntures paga aos seus titulares. Já a decisão de segunda instância restabeleceu a totalidade dos créditos constituídos pela Fiscalização em razão da glosa das despesas consideradas indedutíveis.

O principal argumento de mérito apresentado pela contribuinte em seu recurso especial, assim como nas demais manifestações que fez ao longo do processo, vai no sentido de que a dedutibilidade de despesas oriundas do pagamento de remuneração de debêntures é expressa e incondicionalmente prevista no inciso I do art. 462 do RIR/1999, cuja matriz legal encontra-se no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

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).

Segundo a contribuinte, ora recorrente, a dedutibilidade das despesas de remuneração de debêntures não se submete a quaisquer verificações adicionais, já que o dispositivo que a prevê o faz de forma incondicional. Com base em tal tese, alega a recorrente que está equivocado o entendimento exposto pela autoridade tributária, que defende que tais despesas só seriam dedutíveis do lucro líquido se fossem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

O voto do i. Conselheiro Relator considera correta a tese da recorrente, ao concluir que as despesas oriundas do pagamento de remuneração de debêntures submetem-se exclusivamente à regra do art. 462 do RIR/1999, afastando-se, nestes casos, a aplicação do art. 299 do mesmo Regulamento (que tem sua matriz no art. 47 da Lei nº 4.506/1964):

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.

No meu entender, entretanto, a interpretação defendida pela recorrente e adotada pelo Conselheiro Relator não é a melhor para o caso sob análise.

Acredito que a regra insculpida no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e reproduzida no art. 462 do RIR/1999 não se aplica a casos como o esquadrinhado nos presentes autos. E minha conclusão se baseia em motivos semelhantes aos expostos pelo i. ex-Conselheiro Marcus Vinicius Neder de Lima em declaração de voto constante do Acórdão nº 107-08.029, de 13/04/2005:

"Na verdade, o Decreto-lei nº 1.598, de 1977, permitiu que, na determinação do lucro real da pessoa jurídica, fossem deduzidas (art. 58) as participações nos lucros atribuídas a debêntures de sua emissão. Na exposição de motivos desse Decreto-lei (citada no Parecer Normativo CST nº 99, DOU de 7/12/78), a justificativa do artigo 58 trazida pelo proponente do projeto é que: "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. Portanto, a possibilidade de dedução dessas participações, que se assemelham a juros, deve ser confrontada com o critério de sua necessidade em face dos objetivos sociais da empresa" (grifou-se)

O eminente ex-Conselheiro lança mão da Exposição de Motivos do legislador para alcançar as razões que justificaram a edição do art. 58 da Decreto-Lei nº 1.598/1977. Dessa forma, verifica que o legislador foi motivado pela necessidade de se estabelecer, em relação às participações, um tratamento fiscal distinto daquele adotado pela legislação societária. Enquanto a lei societária encarava todas as participações como despesas, a norma tributária somente deveria considerar como dedutíveis as participações atribuídas a empregados e as asseguradas às debêntures de sua emissão.

E o legislador expressamente indicou a razão da dedutibilidade fiscal das participações relativas às debêntures: sua natureza de juros. Prova de que a legislação fiscal encara as participações de debêntures como indissociáveis da remuneração sob a forma de juros é o fato de sua tributação na fonte seguir a mesma regra aplicável às demais aplicações de renda fixa, como muito bem apontou o ex-Conselheiro signatário da declaração de voto.

Assim, em situações como a analisada nos presentes autos, em que as debêntures emitidas pela empresa não são remuneradas sob a forma de juros, mas apenas de participação nos resultados da emitente, não se justifica a dedutibilidade automática das remunerações de debêntures prevista no art. 58 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e no art. 426 do RIR/1999.

Além disso, outra característica presente no caso concreto da recorrente, se analisada sob a luz da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.598/1977, também leva à conclusão pela inaplicabilidade do art. 426 do RIR/1999.

Na citada Exposição de Motivos, o legislador explica que a lei societária encara as participações como deduções do lucro líquido porque elas são, do ponto de vista dos acionistas, despesas que reduzem o montante do lucro que lhes cabe. Esta lógica, no entanto, não se aplica à situação concreta dos autos, uma vez que os sócios e os debenturistas da empresa são exatamente as mesmas pessoas.

Os valores pagos pela empresa aos debenturistas não diminuem, na realidade, o montante final que será repassado aos sócios. O que os sócios veriam como redução de seu lucro, em uma situação em que os debenturistas fossem terceiros estranhos ao quadro societário da empresa, no caso examinado neste processo caberá aos próprios sócios, que apenas o receberão sob título diverso dos dividendos.

Portanto, concluo que não procede o argumento da recorrente de que somente seria aplicável às suas participações de debêntures a regra do art. 462 do RIR/1999. Quer seja pelo fato de que a remuneração de suas debêntures não se deu sob a forma de juros, quer seja pela perfeita identidade entre seus sócios e debenturistas, entendo que a dedutibilidade tributária dos valores pagos a título de remuneração de debêntures durante o ano-calendário de 2001 deve ser realizada sob a luz dos critérios gerais de necessidade à atividade da empresa e à manutenção de sua fonte produtiva, nos termos previstos no art. 299 do RIR/1999.

Definido o escopo da análise que será empreendida, importante se faz revisitar o que dispõe o art. 299 do RIR/1999, reproduzindo regra oriunda da Lei nº 4.506/1964. Segundo os mencionados diplomas legais, as despesas são consideradas operacionais (e, conseqüentemente, dedutíveis do lucro real), se forem necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora. Despesas necessárias, por sua vez, são aquelas relacionadas à realização de transações ou operações exigidas pela atividade a que a empresa se dedica. Por fim, fixa-se que as despesas operacionais admitidas para fins de dedutibilidade são aquelas que atendam os requisitos de usualidade e normalidade em relação ao tipo de transações, operações ou atividades praticadas pela empresa.

O Parecer Normativo CST nº 32/1981 fez, a partir da legislação mencionada, a seguinte análise acerca dos conceitos de despesas necessárias, usuais e normais:

4. Segundo o conceito legal transcrito, 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.

5. Por outro lado, despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuadas e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio.

Pois bem. A recorrente argumenta que, mesmo que não se acate sua tese de que somente a regra prevista no art. 462 do RIR/1999 é aplicável ao seu caso, ainda assim as despesas decorrentes do pagamento de remuneração das debêntures de sua emissão seriam dedutíveis por satisfazerem os critérios de necessidade, usualidade e normalidade estabelecidos no art. 299 daquele mesmo Regulamento.

O voto do nobre Conselheiro Relator corroborou a tese da recorrente de forma indireta, por meio da transcrição de trechos do voto vencido do acórdão recorrido e de parecer do Professor Marco Aurélio Greco que afastam das operações da empresa a característica da artificialidade, ressaltando-lhes as legítimas motivações negociais.

Também a respeito deste aspecto, peço vênica para divergir das conclusões expostas pela recorrente e pelo i. Conselheiro Relator.

Esclareço inicialmente que concordo com a recorrente quando ela defende a legalidade da sua operação de emissão de debêntures. Mas não é disso que trata a presente discussão.

Como muito bem expôs a i. Conselheira Sandra Maria Faroni, ao relatar o Acórdão nº 101-94.986, de 19/05/2005 (decisão proferida nos autos do processo nº

19515.002923/2003-85, em que figura a mesma contribuinte NATURA COSMÉTICOS S/A e que trata da mesma infração tributária aqui discutida, mas praticada no ano-calendário 1999), é o conjunto das características da operação, todas elas legais, que deve ser analisado para fins de verificação dos efeitos tributários cabíveis:

"Não se trata, como aventado pela Recorrente, de restringir a dedutibilidade em razão de critérios como "ausência de pagamento de juros", "percentual de participação", "pagamento mediante créditos detidos pelos sócios em conta corrente", mas sim, de confrontar a operação praticada com os cânones de usualidade e normalidade, condições para apreciação da qualidade de "necessárias" das despesas.

(...)

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

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

A mais moderna corrente doutrinária entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

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

O voto delimita muito bem a discussão travada também nos presentes autos. O fato de uma despesa decorrer de uma operação legal, expressamente prevista na legislação, não autoriza automaticamente sua dedutibilidade tributária. A legalidade da operação é aferida

à luz das legislações societária, civil e outras. A dedutibilidade submete-se às regras estabelecidas nas leis tributárias.

Assim, para que determinada despesa seja dedutível do lucro real e da base de cálculo da CSLL, não basta que seja oriunda de uma operação legal. Como fixado pelo art. 299 do RIR/1999, a despesa é dedutível se for necessária às atividades e à produção da empresa. E o requisito da necessidade da despesa é verificada por meio de sua usualidade e normalidade.

Em outras palavras, a licitude da operação não implica em automática oponibilidade de seus efeitos ao Fisco. Para operar efeitos tributários, mais do que a conformidade com a lei, a operação deve estar conforme o Direito.

No caso analisado no presente processo (o mesmo examinado no voto transcrito há pouco, com a única diferença de tratarem-se de anos-calendário distintos), as seguintes características, analisadas em conjunto e confrontadas com as demais variáveis observadas, levam-me à conclusão pela desnecessidade das despesas decorrentes da operação praticada pela recorrente e, conseqüentemente, pela sua indedutibilidade:

- a) a remuneração das debêntures emitidas pela recorrente se deu exclusivamente com base em participação nos lucros da empresa (cada debênture participa com 0,0005% do lucro auferido trimestralmente, antes da provisão para o imposto de renda, totalizando uma participação máxima possível de 70% do resultado apurado);
- b) a possibilidade de subscrição e integralização das debêntures só foi aberta aos cinco sócios da empresa, então pessoa jurídica de capital fechado;
- c) a integralização das debêntures subscritas foi realizada por meio de compensação com créditos que os sócios detinham contra a empresa (as primeiras 66.801 foram integralizadas com créditos relativos a dividendos ainda não pagos e as outras 63.855, com créditos atinentes à remuneração das primeiras debêntures), não se verificando efetiva captação de recursos, que seria o objetivo primordial da emissão dos papéis.

Ressalto novamente que nenhuma destas características é ilícita ou necessariamente implicaria, por si só, na indedutibilidade das despesas verificadas com a remuneração das debêntures. A conclusão pela indedutibilidade das despesas advém do "conjunto da obra", como se passa a demonstrar.

Tratando inicialmente da forma de remuneração das debêntures emitidas pela recorrente, registre-se que o art. 56 da Lei nº 6.404/1976 prevê a possibilidade de que este tipo de título de crédito seja remunerado com base em juros (fixos ou variáveis), participação no lucro da empresa emitente ou ainda prêmio de reembolso:

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

A lei efetivamente não prevê precedência entre as forma de remuneração ou obrigatoriedade de adoção de alguma delas em específico. A escolha é facultativa e pode ser ou não cumulativa.

Ocorre que o fato de a remuneração de debêntures baseada exclusivamente na participação nos lucros da empresa ser legalmente prevista não implica necessariamente que ela seja usual e normal e, portanto, necessária às atividades da empresa emitente. Neste sentido, peço vênia para novamente colacionar trecho do voto lavrado pela i. Conselheira Sandra Maria Faroni no Acórdão nº 101-94.986, em que consta rica análise a respeito do posicionamento doutrinário acerca do tema:

"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..."

Não se pode, todavia, dizer que essa forma de remuneração seja "usual" e "normal". Pelo menos, pode-se afirmar tratar-se de aspecto controvertido.

Falando sobre a Lei 6.404/76 (Nova Lei das S.A.), Amador Paes de Almeida registra:

"Ponto altamente controvertido na nova Lei, e que, por isso mesmo, vem se constituindo em objeto de controvérsias, é a regra estabelecida no art. 56, que faculta participação nos lucros da companhia ao debenturista. Manifestando-se a respeito, assim se expressou a Federação do Comércio do Estado de São Paulo: 'A debênture é título característico de empréstimo, sendo os juros e a correção monetária a remuneração a ela peculiar, não se justificando a concessão de vantagens adicionais, dada a natureza do negócio jurídico que origina seu lançamento. Lucro é remuneração de capital de risco e, salvo o caso especial das 'partes beneficiárias', não deve ser estendido a outros títulos que não as ações.'"

José Edwaldo Tavares Borba, (in Direito Societário, 9ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, p. 270) comenta:

"A debênture, como título de renda fixa, deveria oferecer sempre uma taxa determinada de juros. A atual lei, entretanto, alterando o sistema anterior, estabelece que 'a debênture poderá assegurar juros fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso'.

Criam-se, desse modo, alternativas várias para a empresa emitente, que poderá optar entre uma taxa certa de juros e uma taxa variável, ou, até mesmo, fazer depender o rendimento do título do lucro da empresa, dando-lhe caráter de mera participação.

Essa flexibilidade não se afigura conveniente, uma vez que atenta contra a tradição brasileira, a qual, em matéria de títulos de crédito, sempre se fundou na certeza. Uma debênture cujo rendimento depende do desempenho da emitente não é uma verdadeira debênture e sua existência, sob o aspecto psicológico, apresenta a desvantagem de esgarçar a consistência do título, descaracterizando-o,"

Em nota de pé de página, o mesmo autor registra que Fernando Mendonça (in "Debêntures", Saraiva, São Paulo, 1988, p. 14) não aceita uma debênture sem juros, e assim desenvolve seu entendimento:

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

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

"Lei n. 6.404, de 1976

A lei faculta a adoção de juros variáveis, além da participação nos lucros e prêmio de reembolso como forma de remuneração do capital debenturístico. Ao assim facultar, a lei não exige a cumulatividade de vantagens ou a alternatividade.

O caráter facultativo 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.

.....

....., 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.

.....

Juros como remuneração necessária

Os juros constituem, como referido, a forma necessária de remuneração dos recursos emprestados pelos

debenturistas à companhia. Sendo a remuneração própria do capital. Os juros serão sempre devidos.

Participação nos lucros não é substitutiva dos juros, mas adicional

A remuneração adicional de participação nos lucros da companhia emissora já estava prevista no Decreto-lei nº 718, de 1938, que admitia a emissão de debêntures com renda variável, ajustada à lucratividade da empresa.

A menção a essa faculdade na lei vigente prende-se mais à diversidade de remuneração das debêntures adotada no direito norte-americano, cujos usos, no entanto, pouco têm que ver com o nosso sistema. As idéias fora de lugar ainda aí prevaleceram, como se percebe na canhestra redação do artigo, que dá a impressão de que a participação nos lucros poderia constituir remuneração substitutiva dos juros.

Tal prática no direito norte-americano, ou seja, de substituição de juros por participação nos resultados das empresas, dá-se na reorganização de empresas insolventes (reorganization). Nesse caso, propõe a administração aos credores debenturísticos a substituição dos juros por uma remuneração advinda de lucros líquidos (net profits) ou de lucros líquidos do exercício (earned profits). Criam-se assim, para esses casos de empresas insolventes sujeitas à reorganization, planos substitutivos de falência pura e simples, os famosos incorr bonus (cumulative e non cumulative incorr bonus). Pela razão mesma de surgirem no bônus de uma repactuação sempre dramática entre os credores debenturísticos e a empresa pré-falida, são também chamados Adjustment bonus.

Entre nós, o instituto norte-americano assimilável é o participating bonus, que concede, além dos juros, a participação dos debenturistas nos lucros.

A causa dessa dupla remuneração é óbvia, tanto aqui como lá, ou seja: visa atrair para a emissão dos títulos uma vantagem adicional, consistente na participação nos lucros sociais. Os participating bonus, com efeito, são a única modalidade que se pode admitir em nosso direito, em face do caráter oneroso e mercantil do empréstimo debenturístico, que não poderia sujeitar o tomador ao não recebimento de remuneração nos exercícios em que não houvesse lucros.

A periodicidade da remuneração do capital integra a própria natureza do mútuo debenturístico, não se podendo admitir que a pretensão de recebê-los ficasse suspensa nos exercícios vários em que não houvesse ou fossem insuficientes os lucros apurados.

Trata-se, pois, a participação nos lucros de remuneração adicional ou complementar àquela de juros periódicos.

Críticas à participação nos lucros

A inclusão na lei de emissão de debêntures com participação nos lucros da companhia, embora admitida no direito comparado, tem sido alvo de críticas. Argumentam tratar-se de empréstimo, sendo, portanto, a remuneração originada de lucros descaracterizadora do mútuo. Isto porque retiraria o requisito de certeza da dívida. Comenta-se, outrossim, que tal cláusula remuneratória afastaria a liquidez do título, requisito essencial à sua cobrança por via de execução, prevista no art. 596 do Código de Processo Civil. Haveria a descaracterização absoluta do título que, de certeza, passaria a tornar-se de risco, à semelhança das ações representativas do capital da companhia.

Vantagens da remuneração adicional em participação nos lucros

Não há, mesmo, como admitir substitutivamente a remuneração via lucros por aquela dos juros. Se assim fosse, estaria, com efeito, desfigurada a debênture como título de dívida comercial, líquida e certa.

Ocorre que a lei ao facultar a participação no lucro da companhia o faz como prêmio, adicional, portanto, aos juros fixos estabelecidos. E o faz como substitutivo do prêmio representado pela concessão de juros variáveis ...

.....

A causa desse prêmio é a mesma dos juros variáveis, ou seja, sustentar as debêntures de determinada classe no mercado, promovendo assim sua valorização e a sua liquidez. Isto posto, fica evidente que a participação no lucro da companhia constitui vantagem adicional, não podendo substituir a remuneração pecuniária certa, representada pelos juros fixos."

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." (grifou-se)

Os doutrinadores citados são unânimes ao considerar que as debêntures, como títulos de renda fixa que são, sempre deveriam oferecer alguma remuneração baseada em juros fixos. A remuneração fundada apenas na participação nos lucros descaracteriza o mútuo que define a debênture, afastando suas certeza e liquidez. Assim, o título passa a ostentar

características muito mais assemelhadas às de partes beneficiárias do que de debêntures propriamente ditas, fugindo da sua configuração normal.

Ainda em relação à forma de remuneração eleita pela recorrente, há de se destacar a anormalidade e a inusualidade verificadas em uma situação em que a empresa abdica de 70% (ou algo próximo disso) de seu lucro em favor de seus debenturistas.

Embora a recorrente tenha alegado por diversas vezes que a remuneração efetivamente paga nunca chegou aos 70% de seu lucro, o fato é que 130.656 das 140.000 debêntures emitidas foram subscritas e integralizadas. Isso significa que, a partir de janeiro de 2001, 65,328% do lucro que a recorrente viesse a auferir em qualquer trimestre estariam comprometidos com o pagamento de remuneração aos debenturistas. Convenhamos que a diferença percentual verificada não altera os termos da análise a ser desenvolvida.

A recorrente defende que não há regra legal que preveja um percentual máximo de participação nos lucros que pudesse ser estipulado como remuneração de debêntures. Segundo sua tese, os títulos são de risco, em razão de sua remuneração baseada exclusivamente em participação nos resultados. Por este motivo, justificar-se-ia a exigência, pelos debenturistas, de um percentual de participação mais elevado.

A despeito dos argumentos elencados pela recorrente, é evidente que causa estranheza o fato de qualquer pessoa jurídica com fins lucrativos concordar em comprometer mais de 65% de seu lucro, ainda mais por prazo indeterminado (a escritura de emissão da debênture não trouxe data de vencimento para os títulos).

A prevalecerem as razões da recorrente, uma pessoa jurídica poderia abdicar mesmo de 100% de seu lucro, desde que a debênture remunerada pudesse ser encarada como títulos de risco suficientemente alto. A emissão de debêntures nestes moldes levaria a uma absurda situação em que simplesmente deixaria de existir lucro tributável na pessoa jurídica. Tudo em nome da alegada liberdade negocial de que dispõem as pessoas jurídicas de direito privado.

Analizando a situação da recorrente, mas em relação a infrações tributárias praticadas no ano-calendário de 2002 (processo nº 13896.002592/2007-93), o i. Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, designado como Redator do voto vencedor do Acórdão nº 1102-00.659, de 31/01/2012, assim se pronunciou a respeito do tema sob discussão:

"Deste modo, conquanto também não tenha a lei tributária expressamente estabelecido limite ou condição à dedutibilidade das participações pagas a debenturistas, evidentemente não é o intuito da lei permitir, ou mesmo incentivar, por exemplo (e ainda que não seja o caso presente) que 100% dos lucros da empresa possam ser a eles destinados, posto que isto significaria simplesmente a extinção da tributação na pessoa jurídica, sendo desnecessário, neste sentido, que a lei expressamente faça tal ressalva.

Do exposto, tenho como certo que as participações pagas a debêntures também tem de atender aos critérios de necessidade, usualidade, e normalidade, assim como todos os demais custos e despesas operacionais também têm de fazê-lo.

Neste contexto, a emissão de debêntures sem previsão de juros, com remuneração atrelada unicamente aos lucros da empresa, em percentual de até 70% destes, oferecidas e subscritas exclusivamente pelos sócios da empresa, mediante a simples conversão de valores a eles devidos pela empresa, não é operação que se enquadre nos conceitos de usualidade, normalidade e necessidade."

Foge à razoabilidade, portanto, a remuneração de debêntures baseada em participação nos lucros estabelecida em um percentual de tal magnitude que possibilite o esvaziamento da tributação na pessoa jurídica emitente dos papéis e desvirtue a vontade do legislador. Tal operação obviamente foge aos parâmetros de normalidade da atuação de qualquer empresa.

Outras características anormais e inusuais do caso sob análise, já identificadas alhures, dizem respeito ao fato de os sócios da empresa serem os únicos debenturistas e à inexistência de efetivo ingresso de recursos na pessoa jurídica por ocasião da integralização dos papéis subscritos.

A razão de existir das debêntures é a necessidade que empresas eventualmente possam ter de se capitalizar, de captar recursos financeiros, por qualquer que seja o motivo. No caso sob análise, a recorrente afirma que precisava dos recursos para implementar um ciclo de crescimento.

Apesar de a escritura particular de emissão das debêntures da recorrente prever, em seu item 6, que os papéis seriam subscritos pelo seu valor nominal e que a integralização ocorreria à vista no ato da subscrição, não houve captação de recursos quanto as debêntures subscritas foram integralizadas pelos cinco sócios da empresa emitente.

Todas as 130.656 debêntures subscritas foram integralizadas por meio de compensação entre contas representativas de obrigações da empresa perante seus sócios. A integralização das primeiras 66.801 debêntures se deu mediante compensação com dividendos já distribuídos mas ainda pendentes de pagamento. Já as demais 63.855 foram integralizadas com a utilização de créditos oriundos de remuneração relativa às primeiras debêntures.

O que ocorreu de fato foi uma simples alteração do título jurídico da obrigação que a recorrente tinha com seus sócios: de dividendos a pagar para debêntures a pagar. Tratou-se de fato contábil comutativo, que altera a composição de elementos patrimoniais sem provocar alterações no Patrimônio Líquido da entidade.

Portanto, quando se afirma que não houve efetivo ingresso de recursos por ocasião da subscrição e integralização das debêntures emitidas pela recorrente, não se trata de exigência de efetiva circulação monetária, em seu sentido físico, para o interior dos cofres da empresa. O que se verificou no caso foi a ausência de efetiva alteração quantitativa do patrimônio da pessoa jurídica.

Tal fato comprova a desnecessidade da operação de emissão de debêntures pela recorrente. A existência de dividendos já distribuídos contabilmente não obrigaria uma sociedade de capital fechado (como era a recorrente à época) ao seu imediato pagamento. Os mesmos cinco sócios que, em tese, poderiam exigir o pagamento imediato dos dividendos a que teriam direito, deliberaram em assembleia pela emissão das debêntures. Nada os impedia

de deixar os recursos financeiros correspondentes aos dividendos à disposição da empresa por um período maior. Os efeitos, para fins de captação de recursos, seriam exatamente os mesmos verificados no processo de emissão de debêntures levado a cabo pela recorrente.

O argumento apresentado pela defesa, no sentido de que a instrumentalização e a transformação da dívida eram mandatórias diante da necessidade de satisfação da obrigação perante os sócios, somente faria sentido se estivéssemos tratando de uma empresa de capital aberto. Nesta hipótese, diante da exigência dos acionistas pelo efetivo pagamento dos dividendos e de uma eventual necessidade de não descapitalização da empresa, poder-se-ia justificar a efetiva necessidade de imediata captação de recursos por meio da emissão de debêntures.

Mas não foi isso que se verificou no processo sob exame. Os sócios da recorrente optaram por converter a dívida de dividendos em debêntures e passar a receber a remuneração de 70% dos lucros apurados, concomitantemente com os dividendos auferidos a partir de então, em patamar obviamente reduzido pela nova dedução criada. Poderiam ter simplesmente deixado em aberto por mais tempo o saldo dos dividendos a que tinham direito e seguir recebendo os dividendos apurados a partir de então em seu patamar normal, sem a influência de uma dedução que reduzisse o lucro tributável e o total dos dividendos auferidos. Os efeitos financeiros para a empresa, no que atine aos recursos sobre os quais tinha disponibilidade, seriam exatamente os mesmos.

É improcedente, portanto, o argumento de que a emissão das debêntures foi necessária. Toda a operação foi desnecessária, assim como o foram as despesas dela decorrentes.

Dentro dos parâmetros de usualidade e normalidade do mercado, uma pessoa jurídica jamais concordaria em abrir mão, por prazo indeterminado, de mais de dois terços de seu lucro em favor de debenturistas. A única hipótese em que se poderia vislumbrar tal possibilidade seria no caso atípico de uma empresa em extrema necessidade de rápida captação de recursos novos. Não há dúvidas de que não era este o caso da recorrente.

A forma de remuneração das debêntures só foi fixada em 70% dos lucros da recorrente porque já se sabia que os únicos debenturistas seriam os sócios da empresa. Aliás, toda a operação só foi realizada nos moldes verificados porque os papéis de investidor e de investida estavam nas mãos das mesmas cinco pessoas físicas, sócios da recorrente. As pessoas que deliberaram pela emissão das debêntures, formatando os aspectos do negócio, são as mesmas que viriam a figurar como debenturistas. Está aí uma das principais provas da anormalidade e da inusualidade da operação.

Na forma atípica em que foi concebido o negócio jurídico, verifica-se a criação de uma certa confusão patrimonial, uma vez que o lucro da empresa, mediante a dedução da despesa relativa à remuneração das debêntures, é majoritariamente transferido para as pessoas físicas dos próprios sócios, que deveriam receber dividendos pela detenção do capital social (rubrica não dedutível do lucro líquido).

Assim, a empresa tem personalidade jurídica, possui patrimônio próprio, responde por seus atos, exerce a atividade prevista no objeto social, mas a maior parte do lucro não é dela, mas dos sócios pessoas físicas no papel de debenturistas. Tal configuração, obviamente, não gera prejuízos para a empresa ou para seus sócios/debenturistas, mas somente para o Fisco e para a sociedade.

A forma eleita pelos sócios da recorrente para a emissão/remuneração das debêntures não lhes acarretava nenhuma perda, qualquer que fosse o resultado auferido no trimestre. Caso houvesse prejuízo, a empresa ficaria dispensada de remunerar os sócios-debenturistas e estes não veriam seu empreendimento ser descapitalizado. Já na hipótese de lucro, a empresa deveria remunerar os sócios-debenturistas, mas reduziria seu lucro tributável a 30%, enquanto os sócios-debenturistas seriam remunerados com 70% do lucro auferido, devendo pagar o imposto de renda retido da fonte à alíquota de 20%, bem mais vantajosa do que a tributação que ocorreria sobre o lucro na pessoa jurídica (IRPJ de 15% mais 10% de adicional, além dos 9% de CSLL).

Reitere-se que não se pretende aqui contestar a liberdade de que dispõem os empresários para administrar seus empreendimentos da forma que melhor lhes aprouver, direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que está em discussão são os efeitos tributários do negócio jurídico praticado pela recorrente e seus sócios. Nem todos os atos negociais, ainda que conformes à legislação, podem ser opostos ao Fisco para fins de redução da carga tributária.

A este respeito, irretocáveis as colocações da i. Conselheira Sandra Maria Faroni constantes de trecho já reproduzido do voto condutor do Acórdão nº 101-94.986. Concordo integralmente com a nobre Conselheira quando diz que o direito do empresário de gerir seus negócios com inteira liberdade não é ilimitado, devendo respeitar os direitos de outrem. Mais do que estar de acordo com a lei, a conduta deve guardar conformidade com o Direito, em que se inserem os princípios jurídicos.

Assim, um negócio lícito que se apoie em causas reais, em legítimos propósitos negociais, pode ser oposto ao Fisco. Já o negócio lícito desnecessário, sem real propósito negocial, que vise simplesmente a redução artificial da carga tributária, não obriga o Fisco a acatar os efeitos desejados pelo empresário.

É justamente o que se verificou na operação esquadrinhada nos presentes autos. A emissão de debêntures pela recorrente, subscritas somente por seus sócios, integralizadas mediante compensação entre contas referentes a obrigações que a empresa tinha com estes e remuneradas exclusivamente com participação de 70% dos lucros auferidos trimestralmente, não pode ser considerada uma operação normal, usual ou necessária às atividades da empresa.

A operação claramente foi projetada como uma forma de instrumentalizar a distribuição de dividendos da empresa por meio da criação artificial de despesas dedutíveis. O objetivo era trocar a tributação dos resultados na pessoa jurídica (34%, entre IRPJ e CSLL) pela incidência de 20% de imposto de renda retido em fonte sobre as remunerações pagas às pessoas físicas beneficiárias das debêntures, não por acaso os sócios da recorrente.

A recorrente, sem incorrer realmente em despesa alguma, criou uma operação que lhe permitiu reduzir artificialmente seu lucro tributável em 70%. E a razão de não ter havido nenhuma despesa efetiva é que a participação nos lucros já estava assegurada às cinco pessoas físicas que subscreveram as debêntures, por ser inerente à sua condição de sócio da empresa.

Diante de tal análise, outra conclusão não se alcança senão a de que as despesas decorrentes do pagamento das debêntures emitidas pela contribuinte não podem ser

consideradas normais, usuais ou necessárias às suas atividades. Não podem também, portanto, ser consideradas dedutíveis do lucro tributável no ano-calendário de 2001.

Vencida a discussão acerca da principal matéria dos autos, passa-se à análise da tese que a contribuinte expôs de forma subsidiária em seu recurso especial. Defende a recorrente que, mesmo que as despesas oriundas da remuneração de suas debêntures sejam consideradas indedutíveis da base de cálculo do IRPJ, elas não o seriam em relação à base de cálculo da CSLL, "uma vez que não estão incluídas dentre os ajustes previstos na Lei nº 7.698/88 e alterações posteriores, que cuidam especificamente da base de cálculo da referida contribuição".

Não discordo da recorrente quando esta afirma que a regra do art. 57 da Lei nº 8.981/1995 manteve separadas as bases de cálculo e as alíquotas previstas para o IRPJ e a CSLL. Embora estipule que as normas de apuração e de pagamento do IRPJ se aplicam à CSLL, o próprio dispositivo declara em seguida que serão "mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor":

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

Não há dúvidas de que a legislação prevê ajustes específicos (adições e exclusões) que não abrangem os dois tributos. Tampouco se discute que nem todos os ajustes de um tributo serve ao outro.

Se o art. 57 da Lei nº 8.981/1995 houvesse produzido uma coincidência plena entre as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, seria inteiramente dispensável que normas posteriores a ele viessem estabelecer pontualmente, em determinadas situações, a equiparação.

Por exemplo, o art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (base legal do art. 464 do RIR/1999) estabelece que, na determinação do lucro real, devem ser adicionados os valores caracterizados como distribuição disfarçada de lucros. Se o art. 57 da Lei nº 8.981/1995 houvesse equiparado as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, a partir de então a distribuição disfarçada de lucros também deveria ser adicionada à base de cálculo da CSLL.

Conclui-se que não era este o caso a partir do momento em que o art. 60 da Lei nº 9.532/1997, abaixo transcrito, veio estabelecer expressamente esta adição à base de cálculo da CSLL. Qual seria o sentido dessa nova norma legal promulgada em 1997 se já houvesse, desde 1995, equiparação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL determinada pelo art. 57?

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

Assim, se existem normas posteriores ao art. 57 da Lei nº 8.981/1995 que vêm pontualmente determinar a adição de certos valores à base de cálculo da CSLL, valores estes que antes só eram adicionados ao lucro real, é de se concluir inexoravelmente que o referido art. 57 não equiparou as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ocorre que tal constatação não é suficiente para sustentar o pleito da recorrente de que as despesas decorrentes da remuneração das debêntures de sua emissão não sejam adicionadas à base de cálculo da CSLL.

Isto porque o art. 13 da Lei nº 9.249/1995 determina a adição, à base de cálculo da contribuição, das despesas consideradas desnecessárias:

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:

(...)

Observe-se que o art. 47 da Lei nº 4.506/1964, a que se refere o dispositivo reproduzido, é o fundamento legal do art. 299 do RIR/1999, que dispõe exatamente sobre os requisitos da necessidade, usualidade e normalidade para a dedutibilidade das despesas, já exhaustivamente discutidos neste tópico.

Assim, o texto legal acima transcrito evidencia claramente o vínculo entre a apuração da base cálculo da CSLL e os referidos requisitos para a dedutibilidade de despesas. Do contrário não faria nenhum sentido a ressalva contida no texto. Com efeito, se o texto diz que para uma determinada situação deve se aplicar "A" independentemente de "B", é porque "B" também é aplicável àquela mesma situação.

Concluo, desse modo, que as despesas associadas ao pagamento da remuneração das debêntures de emissão da recorrente também não são dedutíveis da base de cálculo da CSLL apurada no ano-calendário de 2001.

Assim, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte no que se refere ao pedido de cancelamento das glosas de despesas relativas à remuneração de debêntures, deduzidas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2001.

2) Possibilidade de aproveitamento do IRRF recolhido sobre as remunerações pagas

A recorrente apresentou ainda o seguinte pedido subsidiário: caso não se reconheça a dedutibilidade das despesas advindas da remuneração das debêntures de sua emissão, que lhe seja permitido deduzir do crédito tributário os valores de IRRF recolhidos sobre as parcelas recebidas pelos debenturistas.

Fundamentou tal pedido na afirmação de que a desconsideração dos efeitos fiscais do negócio jurídico das debêntures não pode ficar limitada a apenas um de seus efeitos (a glosa das despesas das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL), mas deve produzir todos eles, inclusive sobre os pagamentos de IRRF feitos em virtude do mesmo negócio.

Apreciando o mesmo pedido, formulado em outros autos, o voto condutor do multicitado Acórdão nº 101-94.986 expôs o seguinte entendimento:

"(...) 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, (...)"

Neste aspecto particular, divirjo daquela decisão.

No que se refere à possibilidade de se deduzir do IRPJ lançado o IRRF recolhido sobre os rendimentos pagos aos debenturistas, entendo que não há fundamento legal para a compensação pretendida. Isto porque não houve a desconsideração da despesa, como se inexistente fosse, mas simplesmente a negação dos efeitos tributários pretendidos pela contribuinte (dedutibilidade da despesas associadas aos pagamentos).

No caso sob exame, os valores pagos como remuneração de debêntures não foram considerados como lucros distribuídos, mas apenas como despesas indedutíveis.

Aliás, mesmo que se chegasse à conclusão de que não era cabível a cobrança de imposto de renda sobre os valores pagos (o que se admite apenas como hipótese argumentativa), seriam as pessoas físicas debenturistas as únicas possíveis beneficiárias de eventual restituição. As retenções incidiram sobre rendimentos das pessoas físicas investidoras, e não da pessoa jurídica investida. Logo, não podem beneficiar a pessoa jurídica.

Assim fundamentou o voto vencedor do acórdão recorrido o provimento dado ao recurso de ofício a respeito do tema:

"Em relação ao aproveitamento do IRRF fonte, retido por ocasião do pagamento da remuneração das debêntures aos seus beneficiários (acionistas), para fins de compensação/dedução do IRPJ exigido na autuação, entendo por discordar da posição adotada pelo acórdão recorrido.

Em primeiro lugar, porque essa compensação/dedução carece de qualquer fundamento legal. E veja-se, que nesse ponto, o acórdão recorrido não apresentou qualquer base legal que justificasse a dedução do IRPJ lançado.

E o fundamento legal para essa compensação não existe, porque se estaria deduzindo do imposto de renda da pessoa jurídica-IRPJ devido pela autuada, um imposto de renda na fonte-IRRFon que incidiu sobre rendimentos de terceiros, no caso os beneficiários da remuneração das debêntures, que são os sócios, o que, como já dito, carece de qualquer fundamento legal.

No caso em tela, em que ocorreu a indedutibilidade da despesa com a remuneração das debêntures emitidas, o imposto de renda é exigido da autuada na condição de "contribuinte" do IRPJ. Já no caso da retenção do imposto de renda na fonte-IRRF fonte, a autuada atua como "responsável" por essa retenção, uma vez que os contribuintes são os sócios beneficiários dos rendimentos

das debêntures. Assim, não há como efetuar a dedução do IRPJ de um contribuinte (autuado) utilizando-se do IRRFon pertencente à outro contribuinte (sócios)."(grifou-se)

Entendo que o posicionamento exposto não merece reparo algum.

A Fiscalização fundamentou a glosa objeto dos presentes autos de infração no art. 299 do RIR/1999, por entender que os pagamentos efetuados pela recorrente, relativos à remuneração de debêntures de sua emissão, são despesas desnecessárias e, portanto, indedutíveis.

Já a retenção do imposto de renda na fonte deve-se ao disposto no art. 729 do RIR/1999, que obriga a retenção sobre rendimentos produzidos por aplicações financeiras auferidos por qualquer beneficiário, que no caso dos autos foram as pessoas físicas dos sócios.

Em resumo: o IRPJ devido pela pessoa jurídica não tem qualquer relação com o IRRF, de tributação exclusiva na fonte, retido e incidente sobre os rendimentos pagos às pessoas físicas. Nos termos do disposto no art. 733 do RIR/1999, a recorrente figurou somente como responsável pela retenção do imposto por ter efetuado o pagamento dos rendimentos.

Logo, totalmente incabível cogitar-se de uma compensação (ou dedução, como prefere a recorrente) entre o IRPJ lançado contra a recorrente na condição de contribuinte e o imposto de renda que ela reteve em fonte e recolheu aos cofres públicos no papel de responsável pelo pagamento das remunerações aos debenturistas.

Corroborar esta tese o art. 166 do Código Tributário Nacional, que trata especificamente de restituição mas cuja *ratio legis* aplica-se perfeitamente ao caso em questão.

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

Também vai no mesmo sentido o art. 74 da Lei nº 9.430/1996, que considera como não declarada a compensação que tenha por escopo a utilização de créditos pertencentes a terceiros:

art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo o contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

(...)

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

(...)

Por fim, reproduzo as lúcidas considerações do ex-Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior perfiladas na declaração de voto do Acórdão nº 101-94.986, que pesaram na formação da minha convicção na parte relativa ao IRRF:

"Daí nossa primeira objeção com a decisão alcançada no brilhante voto da douta Relatora, pois se de pura desnecessidade se tratasse, não se poderia prover parcialmente o recurso com a dedução do imposto retido na fonte quando do pagamento das participações de lucros (encargos) relativas às debêntures.

A desnecessidade da despesa não poderia descaracterizar sua natureza, permanecendo como encargos pagos e tributáveis. No momento em que se provém parcialmente o recurso para descontar o valor retido na fonte estar-se-ia a considerar os pagamentos não mais como encargos tributáveis, mas como lucros não tributáveis, fato que é bastante diverso da imputada infração de desnecessidade da despesa."

Como de pura desnecessidade das despesas se trata no presente julgamento, não se pode prover o pedido de dedução do imposto retido na fonte. Assim, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da contribuinte também em relação a este pedido, tendo oferecido a seguinte proposta de ementa para este ponto:

DEDUÇÃO DO IR-FONTE RECOLHIDO NA REMUNERAÇÃO DAS DEBÊNTURES. CONTRIBUINTE VERSUS RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Considerando-se que não houve a descon sideração do negócio das debêntures e das despesa relacionadas à sua remuneração, mas simplesmente a negação da dedutibilidade fiscal pretendida pela contribuinte, não cabe a compensação do IRRF recolhido sobre os rendimentos pagos aos debenturistas.

Mesmo que se entendesse descabida a cobrança do IRRF, ainda assim a compensação seria impossível, uma vez que o ônus do imposto foi do debenturista e não da fonte pagadora, que atuou como simples responsável tributária no que diz respeito ao IRRF.

Desse modo, voto no sentido de conhecer do recurso especial interposto pela contribuinte e, no mérito:

- negar-lhe provimento quanto ao pedido de cancelamento das glosas das despesas decorrentes do pagamento de remuneração de debêntures de sua emissão, mantendo-se o lançamentos tributários relativos ao IRPJ e à CSLL do ano-calendário de 2001;

- negar-lhe provimento quanto ao pedido de dedução dos valores de IRRF recolhidos sobre as remunerações pagas aos debenturistas ao longo do ano-calendário de 2001.

Processo nº 13899.001314/2006-16
Acórdão n.º **9101-002.535**

CSRF-T1
Fl. 48

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo