



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

Processo nº 16327.720751/2014-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-003.754 – 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2019
Matéria PIS/COFINS - APLICAÇÃO REFLEXA
Recorrente IUPAR - ITAU UNIBANCO PARTICIPAÇÕES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Exercício: 2009, 2010, 2011, 2012

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIO DA DECORRÊNCIA. APLICAÇÃO.

Tratando-se de lançamento reflexo, qual seja, calcado nas mesmas infrações autuadas em outro processo, dito principal, cumpre aplicar no julgamento deste o princípio da decorrência, repercutindo a mesma decisão daquele quanto ao mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Paulo Mateus Ciccone manifestou interesse em apresentar declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARCO ROGÉRIO BORGES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente Convocado) e Edeli Pereira Bessa. Ausente o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, substituído pelo conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 3^a Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA, que julgou IMPROCEDENTE a impugnação do contribuinte em epígrafe.

Da autuação:

Trata o presente processo de Autos de Infração de Contribuição para o PIS e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, referente aos períodos de apuração compreendidos nos anos calendários 2009 a 2012.

Por bem retratar a descrição dos eventos que motivaram a autuação fiscal, transcrevo a parte concernente no relatório da decisão *a quo*:

Do Termo de Verificação Fiscal nº 01/2013.00657-0, fls. 427/441, extraímos os seguintes excertos:

“O Estatuto Social da fiscalizada estabelece que: “Art. 3º- A Companhia tem por objeto social exclusivo a titularidade e o exercício do controle acionário da sociedade denominada Itaú Unibanco Banco Múltiplo S.A. (“ITAÚ UNIBANCO”), a qual está inscrita no CNPJ sob o nº 60.872.504/0001-23, devendo manter, de forma direta e em caráter permanente, a propriedade de ações representativas de, pelo menos, 51% das ações com direito a voto de emissão do ITAÚ UNIBANCO. Parágrafo único- A Companhia não poderá desenvolver qualquer outra atividade, nem deter participação em qualquer outras sociedade, que não aquela referida no caput deste artigo.”

“Observa-se que conforme documento CRT-UAF-272/2014, de 22/07/2014, houve a alteração da denominação da Itaú Unibanco Banco Múltiplo para Itaú Unibanco Holding (CNPJ 60.872.504/0001-23).”

“Dessa forma, depreende-se que a fiscalizada atende ao conceito de empresa holding pura.”(grifo no original)

“No caso de uma holding “pura”, a receita básica operacional é oriunda de resultado de equivalência patrimonial, juros sobre o capital próprio, dividendos ou lucros recebidos de empresas nas quais tem participação societária. Dessa forma

uma holding “pura” pode ter como receita operacional juros sobre o capital próprio, recebidos de empresas nas quais tem participação societária.”

“A empresa holding está sujeita à incidência das Contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas, observando-se as normas pertinentes a essas contribuições. Observamos que, conforme o art. 22, inciso VII, do Decreto nº 4.524/02, para efeito de apuração da base de cálculo de PIS/PASEP e COFINS podem ser excluídos da receita bruta os resultados positivos das participações societárias.”

“Portanto, se a holding for “pura”, não haverá base de cálculo para PIS/PASEP e COFINS, exceto no caso de juros sobre o capital próprio recebidos de empresas nas quais tem participação societária. Nesse caso, a holding como beneficiária deve considerar esses juros como receita financeira, estando sujeita a tributação do PIS e COFINS, de acordo com o Artigo 1º, § único, inciso I do Decreto nº 5.442, de 9 de maio de 2005, os Artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 10.637/02 e os Artigos 1º, 2º, 3º e 5º da Lei nº 10.833/03.”(grifo no original)

“Podemos inferir que no presente caso temos uma situação inusitada, visto que a fiscalizada tem como objetivo o exercício do controle da Itaú Unibanco Holding, na qual tem investimento direto, do qual deveriam resultar os frutos intrínsecos a esse investimento, todavia em razão de entendimentos entre particulares não transitou pela fiscalizada uma parte desses frutos, relativa a ações entregues para a integralização de seu capital sobre as quais foram impostos gravames. Em especial, em razão dessas convenções particulares, não transitaram pela fiscalizada as receitas relativas aos Juros sobre Capital Próprio referentes às ações objeto de gravame, cuja natureza é intrínseca à das receitas de uma holding pura. Esses juros foram pagos diretamente aos beneficiários do gravame, o que tem evidente efeito tributário, pois a empresa deixou de recolher os tributos elencados acima”

(...)

“Fica claro que, para fins tributários, os contribuintes dos rendimentos advindos dos JCP pagos são os titulares, sócios ou acionistas da pessoa jurídica que efetua o pagamento. E não poderia ser diferente, afinal, como o próprio nome já diz, trata-se de remuneração do valor investido pelos titulares, sócios ou acionistas. Seria uma espécie de equiparação de tratamento dado aos recursos de terceiros, isto é, seria como remunerar o custo de oportunidade dos valores empregados na empresa em detrimento de qualquer outra aplicação destes mesmos recursos. Em outras palavras, a lei atribui a sujeição passiva dos tributos incidentes sobre as receitas de JCP aos titulares, sócios e acionistas da pessoa jurídica pagante. No presente caso, apesar da fiscalizada ter apenas a nua-propriedade das ações gravadas, conferida por meio de instrumento particular, era ela a acionista da pessoa jurídica que efetuou o pagamento e não as pessoas físicas e jurídicas usufrutuárias de direitos econômicos em razão de gravame. Assim sendo, os instrumentos particulares de reserva de usufruto e outras avenças firmados entre a fiscalizada e os seus acionistas não podem ser opostos ao Fisco para alterar a sujeição passiva da obrigação tributária, nos termos do art 123 do Código Tributário Nacional.”

Da Impugnação:

Inconformada com a autuação, a recorrente apresentou impugnação, a qual aproveito a sua descrição no relatório do v. acórdão recorrido:

Regularmente intimada, com ciência pessoal em 21 de agosto de 2014, a interessada apresentou, em 19 de setembro de 2014, a impugnação de fls. 460/474, informando e alegando, inicialmente, acerca da estruturação da IUPAR – Itaú Unibanco Participações:

(...) “decorreu da associação entre os antigos controladores do Itaú (GRUPO ITAÚ) e os antigos controladores do Unibanco (GRUPO MOREIRA SALLÉS), em razão da qual houve: a) a unificação das atividades dos dois conglomerados financeiros, sob o controle indireto do ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A. (ITAÚ UNIBANCO HOLDING) e b) a unificação, nessa holding, de todo o quadro acionário das antigas instituições financeiras.”

(...) “os dois grupos aportaram ações votantes, de emissão do ITAÚ UNIBANCO HOLDING, que totalizaram 51% do seu capital votante, sendo que o controle da IUPAR, Impugnante, foi partilhado entre os dois grupos, passando cada um a deter 50% do capital votante dessa companhia.”

(...) “a Impugnante se destinou apenas ao exercício do controle compartilhado do ITAÚ UNIBANCO HOLDING, sendo esse seu objeto exclusivo, suas acionistas integralizaram seu capital mediante aporte tão-somente da nua-propriedade e dos direitos de voto de parte das ações conferidas à Impugnante. Os direitos patrimoniais (ou seja, o direito ao recebimento de dividendos e juros sobre capital próprio) sobre essa parcela de ações do ITAÚ UNIBANCO HOLDING foram objeto de usufruto instituído pelas acionistas da Impugnante, de modo que o aporte das ações ao capital desta contemplou apenas a nua-propriedade e o direito de voto, e não os referidos direitos patrimoniais Outra parcela de ações foi conferida sem a instituição do usufruto, de modo que, apenas em relação a essa parcela, a Impugnante adquiriu a titularidade tanto dos direitos políticos quanto dos direitos patrimoniais.”(grifo no original)

Sobre os direitos políticos e direitos patrimoniais das ações, cita que, no caso de propriedade plena de ações, o titular detém: o poder de dispor das ações, podendo vendê-las ou de outro modo transferi-las para terceiros; o direito de votar nas assembleias gerais e o direito de fruir os frutos produzidos pelas ações (dividendos e juros sobre o capital próprio). Com o instituto do usufruto se dá a fragmentação do direito de propriedade, a propriedade-nua e a propriedade-fruto, sendo prevista esta possibilidade na Lei das S.A e afirma:

“No caso concreto, os dividendos e juros sobre o capital próprio declarados pelo ITAÚ UNIBANCO HOLDING, relativamente às ações gravadas com o usufruto, foram distribuídos por essa companhia para os seus legítimos titulares, que são as usufrutuárias, e não a Impugnante, que detém apenas a nua-propriedade e o direito de voto das ditas ações”

Em seguida, traz a razão econômica e jurídica do aporte de ações gravadas com usufruto:

“As acionistas da Impugnante estruturaram-na para o exercício do controle compartilhado do ITAÚ UNIBANCO HOLDING.”

“Para isso, ela necessitaria, obviamente, deter ações ordinárias de emissão do Itaú (às quais é conferido o direito de voto), em quantidade suficiente para garantir o controle daquela instituição financeira (51%). Para que, por seu turno, as acionistas

da Impugnante pudessem exercer, indiretamente, o controle compartilhado do ITAÚ UNIBANCO HOLDING, era necessário que elas (acionistas da Impugnante) detivessem cada uma metade do capital votante da Impugnante.”

“Dado que a Impugnante não possui nenhuma outra atividade, no seu objeto social, além dessa, restrita ao exercício do poder de controle do ITAÚ UNIBANCO HOLDING, ela não necessita de recursos financeiros elevados (que seriam necessários caso ela atuasse como veículo de investimento de suas acionistas em outras atividades, direta ou indiretamente, por meio de outras subsidiárias, que viesse a criar ou financiar mediante investimentos de capital).”

“Por isso, suas acionistas não precisaram efetuar aportes mais volumosos de recursos (ou direitos patrimoniais que dessem à Impugnante o direito a dividendos e juros sobre o capital próprio). Para realizar satisfatoriamente seu objeto social, era imprescindível à Impugnante - isto sim - deter 51% dos direitos de voto do ITAÚ UNIBANCO HOLDING.”(grifo no original)

“Os frutos das ações podiam ficar - como em parte ficaram efetivamente - com as acionistas da Impugnante que - ao aportar nela ações de emissão do ITAÚ UNIBANCO HOLDING - instituíram o usufruto dos direitos patrimoniais sobre parte das ações.”

“Observa-se que a razão econômica descrita harmoniza-se com a razão jurídica. Juridicamente, a Impugnante foi estruturada para instrumentar o exercício do controle compartilhado do ITAÚ UNIBANCO HOLDING (para o que era necessária a titularidade, pela Impugnante, de 51% das ações votantes dessa instituição financeira). Economicamente, não havia sentido em transferir para a Impugnante o direito aos frutos, dado que eles não seriam necessários para o desenvolvimento do objeto social da Impugnante.”(grifo no original)

Alega, posteriormente, que o artigo 123 do Código Tributário Nacional - CTN, citado na autuação, não se enquadra na presente situação e afirma:

(...) “normas legais definidoras de responsabilidade tributária são imperativas, cogentes, não podendo, portanto, ser afastadas pela vontade dos indivíduos. .”(grifo no original)

“Resulta evidente que o discutido art. 123 do CTN nada tem a ver com a criação do direito real de usufruto, como nada tem a ver com a transferência da propriedade de mercadorias, entre outros tantos negócios jurídicos mediante os quais se transferem ou se instituem direitos reais.”(grifo no original)

“A aplicação do art. 123 do CTN não pode dar-se com abstração da titularidade dos bens, direitos ou frutos que componham a hipótese legal de incidência. Obrigaçāo tributária só nasce se e quando ocorrer fato gerador relativo ao bem ou direito ou fruto a eles pertinentes e será sujeito passivo quem mantiver com a situação concreta um dos vínculos previstos no art. 121 do CTN. Identificado esse sujeito passivo, é ele que não poderá ser "substituído" por outra pessoa, em razão de convenções particulares.”(grifo no original)

Sustenta ainda, sobre o artigo 123 do CTN, que não existe disposição legal que defina como sujeito passivo de obrigação tributária atinente ao PIS ou à COFINS o nu-proprietário de ações, sendo assim, é impossível firmar convenção que modifique essa inexistente definição legal.

Passa a defender, então, que os frutos de bens gravados pelo usufruto não pertencem ao nu-proprietário:

“Atente-se para que, no caso, o Autuante, ao atribuir a condição de sujeito passivo para a Impugnante (nua-proprietária), entendeu que as receitas (juros sobre o capital próprio) seriam dela, Impugnante. Ou seja, pressupôs que os frutos (objeto do usufruto) pertenceriam ao nu-proprietário (e não às usufrutuárias).”

“Com isso, o Autuante agrediu a própria materialidade do fato gerador. Cassou o direito das usufrutuárias (direito patrimonial atinente às ações objeto do usufruto) e atribuiu esse direito à Impugnante, que jamais foi dele titular. Ou seja, ignorou a materialidade efetiva e criou outra. Criou outro fato gerador: recebimento de juros sobre o capital próprio pela Impugnante, que, em razão de “convenção particular” (de que ela nem participou) teria transferido para outra pessoa (as usufrutuárias) a responsabilidade pelo pagamento do tributo de que ela seria sujeito passivo.”

“Imagine-se o caos que haveria se os devedores de frutos (alugueis de bens, p. ex.) tivessem que ir atrás dos nus-proprietários (dos bens locados), para atribuir a eles os valores de tais frutos sob pena de - fiscalmente - serem acusados de terem pago mal ou de, eventualmente, terem errado na aplicação de eventuais normas de incidência tributária.”

“Para mais uma vez evidenciar-se o absurdo da pretensão fiscal, figure-se a hipótese de o nu-proprietário de ações ser uma pessoa física que tenha instituído o usufruto a favor da pessoa jurídica. A tese do Autuante (de atribuir os juros sobre o capital próprio ao nu-proprietário) levaria ao resultado de considerar o rendimento como fiscalmente pertencente à pessoa física e não à pessoa jurídica, recusando-se os tributos devidos pela pessoa jurídica e cobrando-se os devidos pela pessoa física (que, nessa insólita situação, nem existiriam pois, para pessoa física, a incidência é apenas a do imposto de renda exclusivo na fonte).”

“Em suma, descabe fundamento à pretensão fiscal, dado que: a) os juros sobre o capital próprio nunca pertenceram ao nu-proprietário das ações; b) por isso mesmo, a Impugnante, nua-proprietária, não abriu mão de nenhuma receita que a ela pertencesse; c) sendo a responsabilidade inerente aos usufrutuários, não cabe a aplicação do art. 123 do CTN (a não ser na hipótese - que não é a dos autos - de os usufrutuários transferirem para outrem o ônus fiscal).”

Insurge-se ainda contra a fiscalização, alegando que foi invocado o artigo 9º da Lei nº 9.249/95. Afirma novamente que no caso do usufruto, a propriedade é desmembrada em duas partes, gerando dois direitos reais: o da nua-propriedade e o da propriedade fruto, e que no presente caso, todos os procedimentos, como arquivamento e averbação do instrumento do usufruto foram apresentados no curso do procedimento fiscal e não foram questionados pela Fiscalização.

Sendo assim, aduz o impugnante, que nas assembleias gerais, vota quem tiver direito de voto e nas distribuições de lucro recebe dividendo ou juros sobre o capital próprio quem tiver esse direito.

E cita:

“Nem o art. 123 do CTN nem o art. 99 da Lei 9.249/95 permitem ignorar a realidade concreta, que foi a transferência (apenas) da nua-propriedade de ações para a IUPAR, com o direito de voto, e a permanência do direito patrimonial sobre essas ações com as acionistas da IUPAR.”

Apresenta decisão administrativa sobre os efeitos tributários de usufruto de ações.

E ainda no mérito, traz o Parecer CST 16/72, que afirma esclarecer o alcance do artigo 123 do CTN.

Por fim, questiona a incidência de juros sobre a multa de ofício. Alega que a Lei nº 9.430/96 prevê que os débitos de tributos e contribuições serão acrescidos de multa de mora e que, sobre aqueles débitos, incidirão juros de mora, e não sobre o valor da multa de mora. Assim, se os juros de mora não incidem sobre a multa de mora, não cabe aplicar tais juros sobre a multa de ofício.

Sustenta que o artigo 164 do CTN, ao tratar de crédito tributário, separa claramente tributo, juros de mora e penalidades. Igual distinção ocorre no artigo 161, caput, do CTN e por consequência, não são aplicáveis à multa de ofício os juros de 1% ao mês, referidos no parágrafo 1º do artigo 161 do CTN.

Carreia aos autos algumas decisões administrativas.

E requer seja reconhecida a improcedência do auto de infração.

Da decisão da DRJ:

A ementa da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

PAF. DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões judiciais e administrativas relativas a terceiros não possuem eficácia normativa, uma vez que não integram a legislação tributária de que tratam os arts. 96 e 100 do Código Tributário Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

INSTRUMENTO PARTICULAR. ALTERAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. NATUREZA FINANCEIRA. PIS. INCIDÊNCIA.

Incide PIS sobre as receitas de juros sobre o capital próprio, pois estes tem natureza de receitas financeiras e não estão amparados pelas exclusões previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

INSTRUMENTO PARTICULAR. ALTERAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. NATUREZA FINANCEIRA. PIS. INCIDÊNCIA.

Incide COFINS sobre as receitas de juros sobre o capital próprio, pois estes tem natureza de receitas financeiras e não estão amparados pelas exclusões previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

Do Recurso Voluntário:

Tomando ciência em 16/03/2015 (fl. 564) da decisão *a quo*, a recorrente apresentou recurso voluntário em 14/04/2015 (fl. 566), que em síntese, repisa as alegações e argumentos já apresentados na sua peça impugnatória, dos quais destaco abaixo:

a) direitos políticos e direitos patrimoniais das ações: no usufruto, fragmenta-se o direito de propriedade, de modo que os atributos a ela inerentes (dispor e fruir) são conferidos a pessoas diversas, tendo estas direito real à dita propriedade-nua ou à chamada propriedade-fruto.

O usufruto também é possível no caso de ações de emissão de sociedade, conforme artigo 40; 169, § 2º; 171, § 5º, todos da Lei das S/A.

O proprietário-pleno das ações pode, como ocorreu no caso concreto, aportar na companhia a propriedade-nua das ações mais o direito de voto, reservando para si a propriedade-fruto (usufruto dos direitos patrimoniais: dividendos e JCP).

Por essa razão, o Itaú Unibanco Holding pagou juros sobre o capital próprio para os usufrutuários, seus legítimos beneficiários, e não para a recorrente, detentora apenas da nua-propriedade e o direito de voto.

b) objetivo de criação da IUPAR - o controle partilhado do Itaú Unibanco Holding: a estruturação da recorrente decorreu da associação entre os antigos controladores do Itaú e os antigos controladores do Unibanco, o que resultou: a) na unificação das atividades dos dois conglomerados financeiros, sob o controle do Itaú Unibanco Holding; b) na unificação, nesta holding, de todo o quadro acionário das instituições financeiras antes pertencentes a cada um dos referidos grupos.

Acordou-se, também, que o controle do Itaú Unibanco Holding seria compartilhado entre os dois grupos. Por conseguinte, os dois grupos aportaram na recorrente (IUPAR) ações ordinárias, de emissão do Itaú Unibanco Holding, que totalizaram 51% do seu capital votante, sendo que o controle da IUPAR foi partilhado entre os dois grupos, passando cada um a deter 50% do capital votante dessa companhia.

c) razão econômica e razão jurídica do aporte de ações gravadas com usufruto: o objeto social da recorrente é restrito e exclusivo, ou seja, controle compartilhado do Itaú Unibanco Holding, para cujo exercício a recorrente necessitava apenas que as acionistas transferissem para ela ações votantes em quantidade suficiente para que ela detivesse o controle daquela instituição.

Como o objeto social era restrito ao exercício do controle, não havia razão para que os acionistas transferissem para a autuada os direitos patrimoniais das ações aportadas, mas apenas o direito de voto. Os direitos patrimoniais das ações não pertencem e nunca pertenceram à recorrente, pois nunca foram conferidos a ela. Por essa razão, o Itaú Unibanco Holding distribuiu os respectivos dividendos e juros sobre o capital próprio para as usufrutuárias e não para a recorrente.

d) a validade formal e a prova da existência do usufruto: a fiscalização, em nenhum momento, questionou a validade formal ou jurídica da instituição do usufruto, tampouco foi cogitado abuso. Logo, não foi motivo da autuação a alegação de abuso de forma ou de direito. A prova do usufruto foi entregue durante a ação fiscal.

e) o artigo 9º da Lei n. 9.249/95: os juros sobre capital próprio devem ser pagos ao titular do direito, geralmente ao proprietário-pleno das ações, quando sobre estas inexiste o usufruto. Na distribuição de lucros, recebe dividendos ou JCP quem tem esse direito. A companhia, obviamente, não pode ignorar a existência do usufruto e atribuir direitos a quem não seja o seu titular legítimo.

O artigo 9º da Lei n. 9.249/95 regula o tratamento tributário dos juros sobre o capital próprio. Todavia, não impõe efeitos fiscais a quem não é o recebedor dos rendimentos, tampouco estabelece que o proprietário-nu, sem direito aos JCP, fictamente os recebe para fins de tributação.

f) o artigo 123 do CTN - seu conteúdo e alcance: o CTN não permite que, por convenção particular, uma pessoa que legalmente seria devedora de tributo, transfira sua obrigação para outra pessoa e obrigue o Fisco a respeitar tal transferência e cobrar o tributo do cessionário da obrigação. A transferência de responsabilidade poderá valer entre as partes, mas não é oponível ao Fisco.

g) o artigo 123 do CTN não se aplica a hipótese dos autos: a aplicação do artigo não pode dar-se com abstração da titularidade dos bens, direitos ou frutos que componham a hipótese legal de incidência. Se alguém é nu-proprietário e está desrido dos frutos patrimoniais que o bem pode produzir, não pode o Fisco atribuir a ele fato gerador de tributo praticado por outra pessoa (usufrutuário).

Se o usufrutuário é a pessoa que realiza o fato gerador (recebimento dos frutos do bem), será ele o sujeito passivo das contribuições, não podendo o artigo 123 do CTN ser utilizado para transferir a responsabilidade para outrem.

A recorrente nem foi instituidora, nem beneficiária do usufruto; aliás, nem figurou como parte no negócio jurídico de criação do gravame. Com o aporte, apenas recebeu a nua-propriedade e direito a voto. A sujeição passiva do PIS e da Cofins decorrem de lei, e não de eventual convenção entre a autuada e as usufrutuárias das ações.

h) o auto agride a materialidade do fato gerador: o lançamento, ao atribuir a sujeição passiva à recorrente, entendeu que os juros sobre o capital próprio seriam dela. Com essa conclusão, agrediu a materialidade do fato gerador, pois cassou o direito das usufrutuárias e o atribuiu à recorrente, que nunca os recebeu.

i) jurisprudência do CARF: existe precedente do Carf, corroborando a tese da recorrente (acórdão 1103-001.123).

j) o Parecer Normativo CST 16/72: a Receita Federal também já reconheceu a eficácia tributária da reserva de direito real de usufruto, no Parecer Normativo CST 16/72, que, inclusive, esclareceu o alcance do artigo 123 do CTN.

l) por fim, defende a não incidência de juros sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges - Relator

O recurso voluntário foi apresentado pelo contribuinte tempestivamente, do qual tomo conhecimento.

Da questão inerente ao processo 16327.721155/2014-44- IRPJ

Encontra-se nos autos, às folhas 627 e seguintes, Resolução da 3ª Seção de Julgamento deste CARF (Resolução nº 3401-001.329, sessão de 29/01/2018) em que há declínio de competência a esta 1ª Seção, por conta de que o presente processo (16327.720751/2014-15) é reflexo do processo 16327.721155/2014-44, considerado o processo principal.

Nas suas razões para tal resolução, consta o seguinte:

Conforme se depreende do termo de verificação fiscal, a fiscalização teve início para verificar a regularidade do recolhimento do IRPJ, da CSL, do PIS e da Cofins, conforme se depreende do trecho abaixo transcreto:

No Termo de Intimação nº 03, o contribuinte foi intimado a "Demonstrar que os Recebimentos de Juros sobre o Capital Próprio, relativos às ações sobre as quais não foram impostos

gravames, no período em referência, foram oferecidos à tributação do IRPJ e CSLL, bem como do PIS e da COFINS."

A acusação fiscal da existência de adições não computadas na apuração do lucro real, para fins de apuração de IRPJ, e de insuficiência de adições à base de cálculo ajustada, para fins de apuração da CSL, foi tratada no Processo Administrativo Federal nº 16327.721155/2014-44, distribuído, conforme extrato de andamento processual, à relatoria do Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, integrante da 2a Turma da 4a Câmara da 1a Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em 15/09/2016:

(...)

Em sessão de 10/04/2017, foi proferido o Acórdão CARF nº 1402-002.445, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, vencido o relator, sendo designado como redator do voto vencedor o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, e cuja ementa abaixo se transcreve:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012

USUFRUTUÁRIOS. TITULARES DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE RECEITAS PELA NUA-PROPRIETÁRIA DAS AÇÕES.

Em virtude da reserva de usufruto dos direitos econômicos, a titularidade dos rendimentos provenientes dos JCP é dos usufrutuários das ações, razão pela qual não há que se falar no reconhecimento de receitas dos JCP pela nua-proprietária.

USUFRUTO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de juros sobre capital próprio, o legislador tributário deixou de atribuir ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos, o que implica remeter o intérprete aos efeitos típicos decorrentes do direito privado.

Ao se realizar o cotejo entre o presente processo e aquele que culminou com o acórdão acima referenciado, e como se denota dos próprios memoriais apresentados pelo representante da contribuinte ora recorrente, os autos de infração referentes ao IRPJ e à CSL e aqueles referentes ao PIS e à Cofins têm idênticos pressupostos de fato, voltando-se, inclusive, aos mesmos períodos de apuração:

27. O TVF apreciado nesse último acórdão é igual ao do presente processo (lá se exigiram IRPJ e CSL; aqui, PIS e Cofins, dos mesmos períodos). Com argúcia, afirmou o voto vencedor:

"Embora eu não tenha dúvidas de que JCP e dividendos não se confundem, também não o tenho de que o JCP deve ser atribuído ao usufrutuário, e não ao nu-proprietário.

Verifica-se nos autos que o presente processo (16327.720751/2014-15) é reflexo do processo 16327.721155/2014-44.

Ambos os processos decorrem do mesmo procedimento de fiscalização, sob o MPF nº 08.1.66.00-2013.00657-0, tendo a mesma autoridade fiscal autuante, e exatamente a mesma situação fática no mérito, mudando apenas que houve a formalização de dois processos administrativos: um de IRPJ/CSLL (processo 16327.720751/2014-15) e um de PIS/COFINS (16327.721155/2014-44).

Da leitura de ambos os TVF verifica-se que ambas as fiscalizações tiveram exatamente os elementos de prova coligidos durante o procedimento fiscal e amealhados como instrução probatória para a fundamentação de ambas autuações fiscais.

Por uma circunstância de seguirem passos processuais distintos, acabou o processo de IRPJ/CSLL (16327.720751/2014-15) sendo julgado anteriormente. Quando o processo reflexo (o presente processo 16327.721155/2014-44) esteve apto a análise e julgamento, e vislumbrou-se esta vinculação entre ambos os processos, já havia uma decisão prolatada naquele.

Diante deste preâmbulo para demonstrar que ambos os processos (o presente (16327.721155/2014-44) e o de IRPJ/CSLL (16327.720751/2014-15) estão umbilicalmente interligados, devendo o de PIS/COFINS ser considerado reflexo do de IRPJ/CSLL.

Tal questão está regrada no art. 6º do anexo II do Ricarf:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§1º Os processos podem ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

(...)

Para esclarecer a amplitude material do §1º deste artigo 6º, recorre ao excerto do voto do i. conselheiro André Mendes de Moura, relator do acórdão nº 9101-002.755:

Faço a distinção, amparado no conceito empregado pelo RICARF, valendo-se de exemplos.

Nos processos reflexos, há uma autuação fiscal principal, por exemplo, de IRPJ, acompanhada de reflexos de CSLL, PIS e Cofins, com base nos mesmos elementos de prova constituídos em um mesmo procedimento fiscal. No processo reflexo, a decisão do processo principal tem repercussão direta nos reflexos.

A vinculação por decorrência ocorre quando há obrigatoriamente um processo principal e demais processos acessórios, que tiveram origem a partir do processo principal. Tanto que se o julgamento do processo principal afastar a autuação, automaticamente os processos acessórios perdem o objeto. Por exemplo: (1) processo principal trata de exclusão do SIMPLES, e o acessório de auto de infração lavrado em razão da exclusão da empresa do regime especial; (2) processo principal trata da suspensão ou perda de imunidade/isenção, e o acessório de auto de infração lavrado em razão da suspensão/perda do benefício; (3) processo principal trata de autuação fiscal que altera o ajuste anual do imposto, alterando a apuração de saldo negativo, e o acessório de declaração de compensação que se utilizou de saldo negativo que, em razão da autuação fiscal, teve seu valor diminuído ou extinto.

Na decorrência, duas são as características principais: (1) não é prático (para não dizer que é impossível) fazer o julgamento do processo acessório antes do julgamento do processo principal e (2) o decidido no principal tem repercussão direta nos processos decorrentes. Qual a praticidade em julgar os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins se tais lançamentos tiveram origem em uma suspensão de imunidade ainda pendente de julgamento?

Na realidade, a vinculação por reflexão e decorrência tem muitas semelhanças, principalmente por disporem de um processo principal precisamente definido, e de processo(s) acessório(s) cujo julgamento tem uma estreita dependência com o principal.

Enfim, a conexão ocorre quando se tem um suporte fático X e um enquadramento legal Y que é idêntico, ou para vários sujeitos passivos (A, B, C, D, E ...), ou para o mesmo sujeito passivo em anos-calendário diferentes (AC1, AC2, AC3...). Naturalmente, são formalizados vários processos, mas as autuações fiscais (suporte fático e enquadramento legal) são as mesmas, diferenciando-se, em linhas gerais, o sujeito passivo e o ano-calendário.

Como exemplo, pode ser um auto de infração de glosa de despesas, com o mesmo suporte fático, de uma mesma empresa,

com os mesmos fatos e elementos de prova, formalizado em processos diferentes, cada qual para um ano-calendário (AC1, AC2, AC3 e AC4). Ou, o auto de infração de glosa de despesas, com o mesmo suporte fático, mas lavrado em face de empresas que desenvolvem a mesma atividade econômica e tiveram uma interpretação idêntica da legislação tributária, ou seja, processos com sujeitos passivos A, B, C, D e E. Ainda, processo de reconhecimento de direito creditório que se utilizou do crédito X para compensar débitos D1, D2, D3, D4 e D5, cada qual em um processo diferente.

*O que se observa nos processos por conexão é que não há um processo que pode ser classificado como o principal. O julgamento pode ser dar em qualquer um dos processos. Pode ser julgado o processo AC3, sem prejuízo nenhum para os demais. Ou o processo contra o sujeito passivo D, ou o processo tratando da compensação do débito D2. Na realidade, os processos por conexão são aqueles que podem ser reunidos para julgamento em lotes, ou na sistemática dos **repetitivos**. Pode-se escolher **qualquer um** dos processos para julgamento, e aplicar a decisão para os demais. Tal procedimento, obviamente, não pode ser adotado para os reflexos ou decorrentes, tendo em vista a existência de um processo principal.*

Dada e explicação acima dos conceitos envolvidos nos 3 tipos de processos vinculados - conexão, decorrência e reflexo, resta evidenciado que o presente processo é reflexo, nos termos o inciso III do §1º art. 6º do anexo II do Ricarf. Tem a mesma matéria fática e jurídica do processo principal de IRPJ/CSLL.

Note-se que se ambos os processos - do presente processo e o principal - tivessem sido seguidos os mesmos passos processuais, deveriam ter sido julgados em conjunto, conforme a melhor prática processual. E se assim fosse, o julgado no processo reflexo teria a mesma sorte do processo principal.

Tal vinculação decisória decorre do chamado princípio da decorrência, consagrado neste Conselho, por razões lógicas e jurídicas. Não é dado a dois colegiados distintos de igual hierarquia, proferir decisões distintas sobre os mesmos fatos e período de abrangência, cabendo um deles declinar da competência, nos termos do art. 6º do anexo II do Ricarf, ou por economia processual, adotar a mesma decisão anteriormente proferida.

Resta, portanto, quanto ao cerne da discussão aqui suscitada, para dar provimento integral ao recurso voluntário, nos termos do acórdão 1402-002.445.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges

Declaração de Voto

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Discute-se neste procedimento (processo 16327.720751/201415), a exigência de contribuições de PIS e COFINS reflexos dos autos de infração de IRPJ formalizados no Processo nº 16327.721155/2014-44, este sob relatoria deste Conselheiro.

Levado a julgamento em 10/04/2017, foi prolatada decisão consubstanciada no Ac. 1402-002.445, restando vencido este Conselheiro que pugnava pela impropositura do recurso voluntário e manutenção integral da decisão recorrida e dos lançamentos, sendo designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

Naquela oportunidade, expressei meu entendimento de que o procedimento realizado pela recorrente de não reconhecer a receita dos JCP pagos/creditados pela Itaú Unibanco Holding S/A se mostrava indevido, pelo que a ação fiscal se revelou correta.

Peço vênia para reproduzir, visando melhor aclarar meu ponto de vista sobre a matéria, o voto que proferi naquela oportunidade, restringindo ao ponto focado (JCP).

Para melhor compreensão do tema, impende rever a evolução histórica dos JCP, ainda que de forma resumida.

Já antecipadamente à sua entrada no mundo jurídico, ocorrida pela Lei nº 9.249, de 26/12/1995, art. 9º, autores de contabilidade faziam referência a uma forma de remuneração do capital, ressaltando, todavia (certamente tolhidos pela legislação tributária que, à época, interferia de forma desmedida na ciência contábil), sua não aceitação como “despesa”, esta entendida para fins fiscais.

Nesse contexto, pouco antes da promulgação da mencionada Lei, A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá¹, escreviam (destaques não são do original):

“JUROS SOBRE CAPITAL – Valor que deve apresentar o interesse ou compensação do capital aplicado em uma empresa, e que, segundo algumas teorias, deverá ser incluído no custo de um produto (teoria de economistas e de raríssimos contabilistas); despesa figurativa que representa o valor que renderia um capital aplicado.

¹ in “CUSTO” – Dicionário de Contabilidade – 9ª Ed. – São Paulo – Atlas, 1995 – pgs. 273/274)

A inclusão do valor dos juros sobre o capital como fator de custeio é bastante discutida ainda, por efeito de confusões que se estabelecem em nossa doutrina.

Os juros sobre o capital não devem ser incluídos como fator de custo de operação, mas, apenas, extraordinariamente, para efeito de estudos de rentabilidade do capital e não de sua redditibilidade”.

De se ver que o tema era quase um tabu, sendo entendido mais como um assunto afeto aos economistas que aos contabilistas, muito provavelmente pelo engessamento que a legislação tributária, mormente do IR, exercia sobre a Contabilidade e os profissionais da área.

Muito a propósito:

“A imputação dos juros sobre o capital próprio ao custo é matéria discutida em Contabilidade e a maior parte de nossos melhores autores concorda em não admitir tal como custo, pois julga que isto é mais um problema de Economia que de Contabilidade”.²

Nesse caminhar, foi necessária a devida permissão legislativa para que o assunto mudasse de cenário, ganhando a forma e a dimensão de hoje, o que se fez pela Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 9º, cuja redação atual é a seguinte:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados. (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

§ 4º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

² ibidem – pg. 120 – destaque acrescido pela Relatoria

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica, exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido. (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)

§ 9º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 10. (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 11. (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)

Importante verificar que o artigo 35 dispôs que referida Lei entraria em vigor a partir de 1º de janeiro de 1.996, oportunidade em que também passou a viger outro dispositivo (art. 10)³ que excluiu da tributação do IR, os lucros e dividendos calculados com base nos resultados das pessoas jurídicas, em quaisquer de suas formas de apuração (Lucros Real, Presumido ou Arbitrado).

A conjugação destes dois dispositivos (arts. 9º e 10) mostra que a intenção do legislador foi a de permitir que os empreendedores e investidores nos capitais das empresas mantivessem tais investimentos nas próprias pessoas jurídicas de que participassem recebendo, em contrapartida, remuneração por tal aplicação, ao invés de buscarem tais frutos no mercado financeiro.

Em outras palavras, os JCP nada mais são e representam, que **a compensação do capital investido por alguém, pessoa física ou jurídica, em uma empresa.**

Nesta trilha, não só se isentaram os “lucros” da tributação, como se permitiu que sobre o Capital e outras contas do Patrimônio Líquido se calculassem e pagassem JCP **aos detentores de ações, quotas ou participações societárias** (ou mesmo empreendedores individuais) permitindo, ainda, a reaplicação de tais montantes ao próprio Capital, aumentando a base de cálculo dos Juros.

Tudo isso sem olvidar que a lei trouxe uma tributação extremamente favorecida no caso de beneficiárias pessoas físicas (15% de IRRF, ao invés de 27,5% na

³ Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.

Declaração de ajuste anual) e o fato de as pessoas jurídicas tributadas pelo Lucro Real poderem deduzir tais montantes das bases imponíveis de IRPJ e CSLL (geralmente 34%).

Neste hiato, imprescindível lembrar o contexto existente no Brasil quando a Lei nº 9.249/1995 foi promulgada.

Até 1995 existia no País a Correção Monetária dos Balanços (CMB), sistema pelo qual os saldos credores ou devedores da CMB (confronto entre contas do Ativo Permanente e Patrimônio Líquido), resultavam em, i) lucro inflacionário, sobre o qual o tributo devido poderia ser diferido para pagamento quando de sua realização, ou, ii) despesas, dedutíveis *in actu*.

Extinta a Correção Monetária com o advento do Plano Real, a CMB foi também expurgada do sistema contábil e fiscal.

Com isso, dado que às obrigações junto a terceiros, assim como às aplicações financeiras continuaram sendo imputados juros, com evidente desequilíbrio patrimonial e reflexos tributários caso as contas do Patrimônio Líquido não seguissem sendo igualmente atualizadas pelo mesmo critério, o legislador acenou com o surgimento da figura aqui analisada, ou seja, a dos Juros sobre o Capital Próprio, calculados com base na variação *pro rata* dia da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) e sobre contas previamente definidas, permitindo a remuneração, a título de “juros”, **ao sócio, acionista ou empreendedor individual**.

Surge daí a **condição legal para seu pagamento**, condicionada à existência de lucros antes da dedução dos próprios juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados, pagamento que a lei determina seja feito a **titular, sócios ou acionistas** (art. 9º, caput)⁴.

Para melhor compreensão dos pressupostos ensejadores do nascimento dos Juros sobre o Capital Próprio no ordenamento jurídico, fundamental que se perscrute a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 913/1995, origem do artigo 9º da Lei 9.249/1995 (atrás reproduzido), quando se perceberá que a intenção de permitir a dedução dos JCP do imposto de renda da pessoa jurídica que realiza o pagamento ou crédito dos Juros sobre o Capital Próprio **foi baseada no princípio da isonomia**, isto porque, antes da referida alteração legislativa, as pessoas jurídicas que possuíam capital financiado de terceiros podiam deduzir os juros desse tipo de empréstimo da base de cálculo do imposto de renda, **não havendo, entretanto, previsão legal para a mesma dedução no caso de investimento com capital próprio**.

Veja-se o que diz a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 913/1995 (depois Lei nº 9.249/1995) em relação ao artigo 9º:

“A permissão da dedução de juros pagos ao acionista até o limite proposto [variação da Taxa de Juros de Longo Prazo –

⁴ Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

TJLP], em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras, capacitando-as a elevar o nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia. Objetivo a ser atingido mediante a adoção de política tributária moderna e compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes, que competem com o Brasil na captação de recursos internacionais para investimentos”.

O deputado Antonio Kandir, relator do PL nº 913/1995, destacou seu entendimento a respeito do que viria a ser o artigo 9º, da Lei:

“A medida visa a estimular o autofinanciamento das empresas, pela redução da diferença de tratamento que a atual legislação confere ao capital próprio e ao capital de terceiros. Como se sabe, os juros sobre empréstimos (capital de terceiros) são dedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto de renda, enquanto os encargos implícitos sobre a parcela do capital próprio não podem ser deduzidos.

Com isso, a empresa que se financia de formas preponderante com empréstimos de terceiros tem a vantagem comparativa com outra empresa do mesmo porte, que opera no mesmo setor, mas que prefira financiar-se com capital próprio, pois que a primeira deverá pagar menos imposto de renda do que a segunda. (...) Os encargos implícitos sobre o capital próprio consistem no seu custo de oportunidade, vale dizer, no custo equivalente ao quanto renderia se aplicado no mercado financeiro”.

O que o legislador buscou, portanto, foi criar um ambiente propício para que se aumentasse o autofinanciamento das empresas, gerando aumento em sua liquidez, sem endividamento, mediante a formação de capitais próprios, de seus acionistas ou sócios, em detrimento do uso dos empréstimos.

Situação que se sintetiza na brilhante lição de Marco Aurélio Greco⁵ “Neste contexto é que aparece a figura das opções fiscais, que serão figuras criadas pelo ordenamento, propositalmente formuladas e colocadas à disposição do contribuinte para que delas se utilize, conforme a sua conveniência”.

Postas estas premissas, pode-se afirmar que no Brasil o legislador optou por permitir uma forma mista de remuneração do capital para os investidores, a saber:

- i) dividendos; e,
- ii) juros sobre capital próprio, destacando-se, TODAVIA, que essa divisão não é meramente acadêmica ou didática, pois dela resultam efeitos tributários diferentes, conforme se verá adiante.

⁵ Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei tributária – Dialética – 1998 – São Paulo.

Esclareça-se: ainda que tenham por fim remunerar o capital dos investidores, **lucros e JCP têm contornos legais e tributários opostos, bem ao revés do entendimento de alguns de que os JCP possuem natureza de dividendos.**

Sobre os efeitos tributários antagônicos dos JCP e dos dividendos, a definição da Procuradora Federal Tarsila Ribeiro Marques Fernandes em artigo apresentado na rede mundial de computadores no dia 05/06/2013⁶ é extremamente pertinente:

“Os dividendos são uma parte dos lucros de uma empresa que é dividida entre os acionistas. Nesse sentido, pessoas, físicas ou jurídicas, que possuem ações, títulos ou fundos mútuos, podem receber dividendos de tais investimentos. Cabe esclarecer que tanto os dividendos quanto os juros sobre capital próprio são formas de remuneração do investidor, com uma grande diferença tributária, uma vez que o pagamento dos dividendos não confere à pessoa jurídica o direito à dedução do imposto de renda, uma vez que há isenção do imposto de renda para o beneficiário.

(...)

Quaisquer valores pagos a título de dividendos como forma de remunerar os acionistas não são tributados, razão pela qual os investidores recebem integralmente os valores distribuídos (...) diferentemente do que acontece no Brasil em relação aos juros sobre capital próprio, que é considerado, como visto anteriormente, um custo dedutível da apuração do seu lucro real para fins de tributação do imposto de renda”.

Muito a propósito, veja-se o posicionamento do Ministro Mauro Campbell Marques, expresso no REsp 1.200.492/RS, Primeira Seção, julgado em 14/10/2015 (DJe 22/02/2016), cujo teor espanca quaisquer dúvidas acerca da diferença entre os institutos:

“Ora, em que pese os juros sobre o capital próprio, a exemplo dos lucros ou dividendos, serem destinações do lucro líquido, para fins tributários sua semelhança acaba aí, havendo uma série de tratamentos distintos na legislação que evidencia a diferença de sua natureza jurídica, a saber:

“LUCROS OU DIVIDENDOS:

- *Em relação ao beneficiário: não estão sujeitos ao imposto de renda na fonte pagadora nem integram a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário (art. 10, da Lei n. 9.249/95)*
- *Em relação à pessoa jurídica que paga: não são dedutíveis do lucro real (base de cálculo do imposto de renda).*
- *Obedecem necessariamente ao disposto no art. 202, da Lei n. 6.404/76 (dividendo obrigatório).*

⁶ Tarsila Ribeiro Marques Fernandes – Procuradora Federal- Graduada em Direito pela UFPE – Pós-Graduada em Direito Público – artigo disponível no site www.conteudojuridico.com.br

– *Têm limite máximo fixado apenas no estatuto social ou, no silêncio deste, o limite dos lucros não destinados nos termos dos arts. 193 a 197 da Lei n. 6.404/76.*

– *Estão condicionados apenas à existência de lucros (arts. 198 e 202, da Lei n. 6.404/76).*

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO:

– *Em relação ao beneficiário: estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte na data do pagamento do crédito ao beneficiário (art. 9º, §2º, da Lei n. 9.249/95).*

– *Em relação à pessoa jurídica que paga: quando pagos são dedutíveis do lucro real (art. 9º, caput, da Lei n. 9.249/95).*

– *Podem, facultativamente, integrar o valor dos dividendos para efeito de a sociedade obedecer à regra do dividendo obrigatório (art. 202, da Lei n. 6.404/76).*

– *Têm como limite máximo a variação da TJLP (art. 9º, caput, da Lei n. 9.249/95).*

– *Estão condicionados à existência de lucros no dobro do valor dos juros a serem pagos ou creditados (art. 9º, §1º, da Lei n. 9.249/95)”.*

Dizendo de modo mais claro, enquanto lucros e dividendos estão fora da tributação do IR quando distribuídos, os JCP submetem-se a toda uma sistemática de imposição tributária (na fonte, de forma exclusiva, quando os recebedores forem pessoas físicas), como antecipação, se beneficiários pessoas jurídicas, além de seu caráter de dedutibilidade na fonte pagadora (PJ com regime de tributação pelo Lucro Real).

Resumidamente pode-se afirmar com segurança que:

- i) lucros e dividendos significam a participação do sócio/acionista/empreendedor individual no resultado positivo da atividade empresarial; e,
- ii) JCP revestem-se de nítidos e indiscutíveis contornos de “remuneração do capital investido dos acionistas/sócios”, ou, no dizer do deputado Antonio Kandir, relator do Projeto que se transformou na Lei nº 9.249/1995:

“os encargos implícitos sobre o capital próprio consistem no seu custo de oportunidade, vale dizer, no custo equivalente ao quanto renderia se aplicado no mercado financeiro”.

Nesta linha é que o Código Civil de 2002, por seu artigo 1.007⁷ ÚNICA E TÃO SOMENTE cuidou de permitir que os **lucros** pudessem ser distribuídos de forma desigual às participações dos sócios/acionistas no capital, **NÃO FAZENDO QUALQUER REFERÊNCIA EM RELAÇÃO AOS JCP** (sempre lembrando que, quando da promulgação da Lei nº 10.406/2002, os JCP já existiam no ordenamento legal há sete anos, de modo que, se fosse intenção do legislador equiparar ambos institutos, o teria feito naquela oportunidade).

Contextualmente, enquanto o Código Civil permite distribuição desproporcional dos lucros, os Juros sobre o Capital Próprio, **por sua nítida natureza compensatória do investimento realizado** e seu claro caráter de “**custo de oportunidade**”, só podem ser calculados sobre o Capital e na **EXATA PROPORÇÃO** da participação dos investidores no referido capital, sob pena de completo desvirtuamento do instituto.

Mal comparando, mas bem comparando, imagine-se uma sociedade de dois sócios, “A” e “B”, na qual o primeiro detenha 20% do capital e o segundo os restantes 80%. Se ambos deliberarem que os JCP serão pagos meio a meio, ou seja, 50% para cada um, como é que “A” (que só tem 20%) poderá habilitar-se a receber 50% de juros sobre o **capital próprio se o capital próprio que possui é apenas 20%**? Como poderá receber juros sobre um capital que não detém?!

Um verdadeiro absurdo sob o ângulo da própria lógica jurídica e cotidiana.

Pois bem, feitas estas digressões, vejamos como se comportariam tais premissas no caso de o beneficiário do pagamento ou crédito dos JCP **não ser o proprietário das ações, mas o usufrutuário delas**.

Que o usufruto é matéria afeta ao Direito Civil e frequenta nosso ordenamento jurídico há mais de uma centena de anos (cf. Código de 1916), é absolutamente pacífico.

Que, como largamente assentado pela recorrente, o usufruto se constitui em direito real (Código Civil de 2002, artigo 1.225, IV), também induvidoso.

Como é indubioso que o usufruto pode recair sobre bens móveis ou imóveis, de um patrimônio inteiro ou parte dele⁸, que se estende aos acessórios da coisa e seus acréscimos⁹ e que sua transferência não se pode dar por alienação, sendo lícito ceder-se seu exercício por título gratuito ou oneroso¹⁰.

⁷ Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

⁸ Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

⁹ Art. 1.392. Salvo disposição em contrário, o usufruto estende-se aos acessórios da coisa e seus acréscimos. (ibidem)

¹⁰ Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso. (ibidem)

Certo ainda que o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (CC/2002, artigo 1394) e, em caso de título de crédito com usufruto, o detentor do usufruto terá direito a perceber os frutos e a cobrar as respectivas dívidas (*ibidem*, artigo 1395).

Com este cenário estampado parece ter razão a recorrente quando pugna, exaustivamente, que os beneficiários dos JCP pagos/creditados seriam os usufrutuários e não os proprietários das ações, de modo que os lançamentos exigindo o reconhecimento da receita na contribuinte autuada não fariam sentido e, por isso, deveriam ser cancelados.

Em que pese a sempre brilhante argumentação do patrono da recorrente em todas as peças que produz, ouso dela discordar.

É certo, como dito antes, que ao usufruto e aos usufrutuários aplicam-se as normas expressas na legislação civil.

Também é certo que, na forma dos artigos 109 e 110 do CTN¹¹, os princípios gerais de direito privado podem ser utilizados no âmbito do direito para pesquisa de definição, conteúdo e alcance dos seus institutos, conceitos e formas, “*mas não para definição dos respectivos efeitos tributários*” e que a legislação tributária “*não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado*” e, desta forma, “*definir ou limitar competências tributárias*”.

Todavia (e aí me parece residir a grande divergência de raciocínio entre as partes em combate), não houve pelo lado do Fisco, como quer fazer entender a recorrente, uma interpretação equivocada da legislação tributária, ao contrário, a Autoridade Fiscal única e tão somente assumiu legislação própria e específica da seara tributária (e não de natureza civil), aplicando-a ao caso concreto. Ou seja, não desvirtuou nem modificou nem alterou conceitos e formas de direito privado para imputar obrigações tributárias.

Exatamente ao inverso. **Os conceitos eram fechadamente de matéria fiscal**, expressos na Lei nº 9.249, de 1996, de modo que impensável supor que a lei civil (direito privado), por um de seus institutos, “usufruto” possa ser fundamento para afastar regra de natureza específica e voltada ao Direito Tributário (ramo de direito público).

Isso porque, como antes já relatado, os JCP surgiram no Brasil com cunho estritamente fiscal, tanto que sequer dele cuida a lei societária (Lei nº 6.404/1976), sempre lembrando que a lei nº 9.249/1996 (JCP) foi editada 20 anos após a dita Lei das S/A que, diga-se, já sofreu inúmeras alterações, ampliações e revogações, sem que JAMAIS este tópico tenha sido a ela incorporado pelo legislador.

¹¹ Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Em síntese, como bem apontado pela Procuradoria Fazendária em suas contrarrazões, “os JCP não estão previstos em normas de direito privado, mas em norma específica tributária”, de forma que se está diante de um instituto com faceta exclusiva do Direito Tributário, impondo concluir que, regidos os JCP unicamente pelo art. 9º da Lei nº 9.249, de 1996, encontram-se a salvo de que um instituto privado possa vir a lhes modificar o regime jurídico tributário.

Mais a mais, o fato de a Lei nº 6.404/1976 fazer referência ao usufruto e permitir pagamento de **dividendos** aos usufrutuários de ações em nada modifica o quadro aqui estampado, muito ao contrário o reforça, isto porque na referida lei só se tratou de dividendos, em nenhum momento de “juros sobre capital próprio”.

Enfaticamente, “os juros sobre o capital não ostentam o mesmo caráter jurídico dos dividendos” (Edmar Oliveira Andrade Filho). Ainda nas palavras do renomado autor, “aqueles remuneram os investidores em razão da indisponibilidade dos recursos enquanto os dividendos os remuneram pelo sucesso do empreendimento”.¹² (negritou-se).

Fábio Konder Comparato¹³ leciona:

“Os juros calculam-se sobre quantia fixa (principal), em função do tempo decorrido. Os dividendos, embora calculados sobre quantia fixa, só podem ser pagos com os resultados positivos obtidos na exploração empresarial, resultados esses cuja variação não está ligada à fluência do tempo”.

Para Umberto Navarrini e G. Fagella (*in* “Das Sociedades Comerciais – v.2 – Rio de Janeiro – José Konfino – 1950 – fls. 532 – citado por Edmar Oliveira Andrade Filho - obra citada – fls. 448):

“A oposição entre dividendos e juros é aqui marcada de maneira decidida: os primeiros representam o lucro da sociedade, os outros deveriam representar a compensação pelos riscos que os SÓCIOS correm”. (destaquei).

Ou seja, SEMPRE E SEMPRE, os juros remuneram o capital investido pelos acionistas, sócios ou empreendedor individual. Os dividendos são parte do lucro obtido. Para que estes existam é necessário que o resultado seja positivo. Para que aqueles sejam pagos/creditados, basta a existência de valores positivos no Patrimônio Líquido da sociedade sobre o qual serão calculados.

Se os dividendos têm previsão na norma societária (por exemplo, artigos 26, 42, 111, 118, da Lei nº 6.404/1976) e o usufruto e usufrutuário são destacados no mesmo diploma legal (artigos 40, 114) e, mais especificamente ainda, o artigo 205 prevê pagamento de dividendos a usufrutuários¹⁴, na legislação que cuida dos JCP (Lei nº 9.249, de 26 de

¹² Edmar Oliveira Andrade Filho – *in* Imposto de Rendas das Empresas – 10ª Ed. Atlas – SP – 2013 – fls. 447/448

¹³ Direito Empresarial – São Paulo – Saraiva – 1990 - fls. 164-165)

¹⁴ Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

dezembro de 1995) não se vê UMA ÚNICA CITAÇÃO, por mínima que seja, de que os juros possam ser pagos a “usufrutuários”. Muito diversamente, a redação do artigo 9º é claríssima no sentido de determinar a remuneração do **investidor** que aportou recursos na pessoa jurídica, ou seja, aquele que retirou recursos próprios e, acreditando no empreendimento do qual participa, deixou de aplicá-lo em outros investimentos e carreou-os à própria empresa.

Veja-se (destacado):

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

Na trilha da jurisprudência deste Colegiado (Ac. nº 101-96.692)

IRPJ — JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO — Os juros sobre capital próprio investido pela sociedade em outra empresa não têm natureza de lucro ou dividendo, mas de receita financeira. Regime jurídico tributário diferenciado. Os juros recebidos em decorrência de aplicação capital próprio em outra pessoa jurídica compõem a base de cálculo do IRPJ. (grifamos)

Foi vista antes, a exposição de motivos que compôs o PL nº 913/1995, posteriormente Lei nº 9.249/1995. Veja-se abaixo a exposição de motivos quando da conversão do PL na própria Lei:

10. Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos do capital, o Projeto introduz a possibilidade de **remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva**, permitindo a dedução dos juros pagos aos acionistas, até o limite da variação da Taxa de Juros de Longo prazo - TJLP; compatibiliza as alíquotas aplicáveis aos rendimentos provenientes de capital de risco àquelas pela qual são tributados os rendimentos do mercado financeiro; desonera os dividendos; caminha na direção da equalização do tratamento tributário do capital nacional e estrangeiro; e revoga antiga isenção do imposto de renda incidente sobre a remessa de juros para o exterior, prevista no Decreto-Lei nº 1.215, de 1972 (arts. 9º a 12, § 2º do art. 13, art. 28, e inciso I do art. 32), a fim de que não ocorra qualquer desarmonia no tratamento tributário que se pretende atingir. Igualando-se, para esse fim, o aplicador nacional e estrangeiro.

11. A permissão de dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposto, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras capacitando-as a elevar nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia. Objetivo a ser atingido mediante a adoção de política tributária moderna e compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes, que competem com o Brasil na capacitação de recursos internacionais para investimento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.169.202 – SP, que tratou do direito de voto relativamente a ações objeto de usufruto vidual (usufruto em função de herança), adotou posição que não destoa da acima esposada. Confira-se excerto do voto da Ministra Nancy Andrighi:

“(...) Acrescente-se a isso o fato de que o nu-proprietário permanece acionista, inobstante o usufruto, e sofre os efeitos das decisões tomadas nas assembleias em que o direito de voto é exercido”. (grifou-se)

Em resumo, pela literal definição do artigo 9º, da Lei nº 9.249, de 26/12/1995, os JCP **devem se pagos ao acionista**. Mesmo que constituído o usufruto sobre as ações, **o nu-proprietário permanece sendo o acionista. É a ele, então, que devem ser pagos os juros, tendo em vista a relação jurídica travada no âmbito tributário**. Não ao usufrutuário.

Neste momento, permito-me voltar aos dizeres dos artigos 109 e 110 do CTN, olhando-os agora sob novo enfoque.

Se não é permitido subverter as normas, conteúdo e alcance dos institutos de direito privado (Direito Civil) para definir os respectivos efeitos tributários e se a legislação tributária “*não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado*” para “*definir ou limitar competências tributárias*”, a mão inversa sofre a mesma ou até maior restrição, diga-se, não é possível, como quer a recorrente, amparar-se em conceitos e definições de caráter privado (usufruto e usufrutuários) para obter um benefício que a lei fiscal, ou seja, lei tributária, NÃO CONCEDEU.

Ora, como exaustivamente visto, os JCP não fazem parte do arcabouço de normas de direito privado, mas, sim, norma de específica vigência na área tributária, ou seja, a celeuma envolve instituto exclusivo da esfera do direito tributário, de tal forma que regidos exclusivamente pelo que foi disposto no art. 9º da Lei nº 9.249, de 1996, não se permite que instituto de natureza privada possa modificar seu regime jurídico.

Por todos estes pontos, plenamente relevantes e pertinentes a remessa ao artigo 123 do CTN (ratificada pela decisão recorrida), posto que aplicável tal dispositivo ao caso sob análise, valendo registrar os argumentos expressos pelo voto condutor do acórdão recorrido acerca da matéria:

“Sobre a aplicação da norma constante do art. 123 do CTN ao caso dos autos, o impugnante a entende equivocada. Defende que os juros sobre o capital próprio consistem em direito do usufrutuário. Os juros a ele pertenceriam desde o pagamento ou crédito inicial. Dito de outra forma, não teria havido a transferência do encargo fiscal. Consoante já demonstrado à saciedade, a lei tributária determina o contrário, ou seja, que o pagamento ou crédito dos juros se dá em favor do acionista, que é o nu-proprietário. Dessa forma, a operação engendrada pelo impugnante redundou na transferência do encargo fiscal do sujeito passivo legalmente eleito (acionista/nu-proprietário) para terceiro (usufrutuário).”

Passo seguinte é a interpretação da regra insculpida no art. 123 do CTN. Seria a regra circunscrita às convenções que tenham por objeto a definição de quem será o responsável pelo pagamento do tributo? Ou também seria aplicável às convenções que não tivessem esse objeto de

forma explícita, mas que atingissem o efeito da transferência do encargo fiscal? Entendo que a segunda hipótese é aquela que consta da regra. Repriso a norma:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

A meu juízo, a expressão “relativas à responsabilidade” deve ser entendida como “relacionadas com a responsabilidade”. O fim colimado pela norma é vedar que ajustes privados alterem a definição legal do sujeito passivo. No caso do autos, a convenção particular (usufruto) não possui por objeto específico a responsabilidade pelo pagamento, mas imprime alteração na sujeição passiva, segundo o entendimento do impugnante (os juros sobre o capital próprio pertencem ao usufrutuário desde o seu pagamento ou crédito inicial). Sob esse ângulo, a aplicação do art. 123 do CTN ao caso dos autos se apresenta correta”.

Resumindo, é impensável que uma norma cogente e de observância compulsória, advinda do Poder Público, possa ter seus contornos e responsabilidades alteradas meramente por uma convenção entre partes privadas e assim modificar o sujeito passivo previamente fixado por lei.

No caso concreto, a se aceitar tal tese estar-se-ia modificando o sujeito passivo eleito pela lei fiscal (Lei nº 9.249/1995), ou seja, o ACIONISTA, proprietário das ações, substituindo-o pelo “usufrutuário”, figura jurídica advinda do direito privado e não citada na norma legal em momento algum.

Em síntese, nenhuma convenção ou negócio entre particulares pode servir como fundamento para alterar o que foi definido na legislação tributária. O entendimento dado pela recorrente à matéria levaria à substituição da sujeição passiva tributária, em clara violação ao que dispõe o art. 123 do CTN e art. 9º da Lei nº 9.249, de 1996.

Seria o mesmo que aceitar, por exemplo, que um acordo de natureza privada pudesse determinar ao Poder Público Municipal que lançasse o IPTU de um imóvel contra o “inquilino” deste imóvel e não contra o “proprietário”, só porque no contrato de locação estaria definido que o ônus financeiro deste tributo correria por conta do citado inquilino.

Claro que este tipo de contrato existe e é bem comum (o inquilino arcar com o ônus do IPTU do imóvel alugado), mas ele só tem valor entre as partes, ou seja, o morador geralmente reembolsa o montante do imposto ao proprietário que faz o pagamento do tributo ao município, na qualidade de contribuinte que é.

Ou seja, o IPTU é lançado contra o proprietário e não em desfavor do inquilino, não sendo possível alterar-se o sujeito passivo eleito pela lei, posto que inadmissível opor acordo de cunho privado aos ditames da legislação tributária, conforme literal disposição do artigo 123 do CTN.

Por fim, entendo carecer razão à recorrente quanto às alegações de que o Fisco teria questionado a criação da empresa IUPAR ou que o usufruto sobre as ações tenha sido feito irregularmente.

Na verdade, o que o Fisco questionou foi a interpretação das normas tributárias pela autuada, com a consequente apuração dos tributos que a contribuinte estava obrigada a recolher aos cofres públicos, tidos como feitos de modo irregular, jamais interferir em procedimentos de natureza privada e privativa do sujeito passivo.

Em linguajar diverso, o que a Autoridade Fiscal suscitou foram os efeitos tributários que a contribuinte pretendeu conferir às receitas provenientes de JCP.

Neste eito, absolutamente irrelevante a afirmação da recorrente de que “*se os acionistas não tivessem aportado ações na Recorrente, os tributos que o Fisco perceberia seriam menores*” (destaque no original).

Não se trata de que os tributos devidos e recolhidos sejam “maiores” ou “menores”. Trata-se, sim, da correta aplicação da norma jurídica.

Neste panorama, por tudo o que se viu até agora, é possível chegar-se à inevitável pergunta:

- “*Os usufrutuários das ações, acionistas da recorrente, estariam impedidos, de receber os benefícios dos JCP?*”

Ou, mudando os dizeres do questionamento, “*pode o Fisco intrometer-se em contratos de natureza estritamente privadas e celebrados por particulares, desqualificando-os?*”

Em ambos os casos a resposta, certamente, é NÃO!

O que o Fisco pode, sim, é exigir, à vista da estrita obediência aos regramentos legais que permeiam a legislação tributária, que tais pagamentos de JCP – exclusivamente sob o ângulo do direito fiscal, sejam à referida legislação subordinados. Só isso.

Não se trata de invasão indevida a atos praticados por particulares e contratos de natureza privada, mas de submeter tais acordos aos perímetros da lei.

Concretamente, nada, **mas nada mesmo!** poderia impedir que os acionistas da IUPAR fossem remunerados pelo pagamento de JCP, mas não na categoria de “usufrutuários” como pretendido, recebendo pagamentos feitos pela empresa da qual a IUPAR é a acionista (e não eles, usufrutuários), no caso, Itaú Unibanco Holding S/A, mas, sim, recebendo os benefícios dos juros quando pagos pela recorrente, IUPAR, na qualidade de acionistas que são desta sociedade e não daquela (Itaú Unibanco Holding S/A) .

Neste cenário, a recorrente receberia, **como acionista que é da Itaú Unibanco Holding S/A**, os JCP pagos pela sua investida e, subsequentemente, se entendesse viável, calcularia e pagaria juros sobre o capital próprio para seus acionistas (no caso, as pessoas físicas/jurídicas) que compõem sua estrutura societária, e aí não mais como USUFRUTUÁRIOS, mas como ACIONISTAS.

Esquematicamente:

1. Itaú Unibanco Holding S/A pagaria JCP à sua acionista IUPAR
2. IUPAR pagaria JCP a seus acionistas pessoas físicas/jurídicas

Neste fotograma simbólico, o Fisco não poderia impedir, criar obstáculos ou impor óbices ao procedimento.

Com este singelo e elementar procedimento estariam atendidas as legislações fiscais e societárias e o questionamento do Fisco inexistiria.

Assumindo postura diferente, ainda que por razões de manter o controle das decisões na empresa investida (o que é bastante lógico sob o ponto de vista societário), tenha sido engendrada toda a engenharia que estampa sua estrutura social, a verdade é que acabou por atrair para si o ônus de enfrentar a legislação fiscal, visto ter esta outra dimensão além das que se relacionam com o direito privado, exatamente por envolver o interesse público.

Neste patamar, reforce-se, ainda que sob o enfoque civil, comercial e societário não haja o que opor ao acordado e decidido pela recorrente em sua vida social privada, debaixo da ótica fiscal o regramento tem outra configuração, tanto que permitiu à Autoridade Fiscal perpetrar os lançamentos ora analisados.

Voltando um pouco atrás, tivesse a recorrente procedido como assentado neste voto, diga-se, tivesse ela tivesse recebido os JCP da investida (Itaú Unibanco Holding S/A) e posteriormente pago os JCP a seus acionistas (agora não mais como usufrutuários) e nada seria questionado.

Ocorre que, na verdade, este *modus operandi* traz um “**problema**”: **aumento da carga tributária**, nem sempre – ou quase nunca! – interessante para os contribuintes.

Realidade observada com perspicácia por Hiromi Higuchi *et alli*¹⁵:

“A vantagem fiscal do pagamento de juros sobre o capital próprio desaparece quando a beneficiária é pessoa jurídica, por vários motivos. A pessoa jurídica, na redistribuição de juros sobre o capital próprio, terá que observar as condições de dedutibilidade, nem sempre possíveis de serem cumpridas.

A redução para zero das alíquotas de PIS e COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, de que trata o Decreto nº 5.164, de 2004, substituído pelo Decreto nº 5.442, de 2005, excluiu do benefício os juros sobre o capital próprio. Com isso, as empresas tributadas pelo lucro real pagam PIS e COFINS de 9,25% sobre a receita recebida.

Se a beneficiária dos juros sobre o capital próprio for tributada pelo lucro presumido, além de pagar o PIS e a COFINS de 3,65%, os juros recebidos entram na base de cálculo de IRPJ e CSLL a título de outros rendimentos, sem aplicação dos percentuais de presunção do lucro, ou seja, 15% mais 9% sem a incidência do adicional.

¹⁵ Hiromi Higuchi, Fabio Hiroshi Higuchi e Celso Hiroyuki Higuchi – Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática – 35ª Ed. – IR Publicações Ltda. – São Paulo – 2010 – fls. 119/120

Em alguns grupos empresariais, entre a pessoa jurídica produtiva e a pessoa física investidora encontram-se duas ou três pessoas jurídicas meramente investidoras. Nesta hipótese, o aumento de ônus tributário de 9,25% ocorre em cada pagamento na cadeia de participação societária porque a pessoa jurídica que paga os juros, a despesa financeira não gera nenhum crédito de PIS e COFINS". (destacou-se).

Concluindo, o beneficiário dos JCP pagos/creditados é o acionista que detém a nua-propriedade das ações, ainda que gravadas com cláusula de usufruto e não os usufrutuários, sendo inaplicável perfilar institutos jurídicos diferentes (dividendos e juros sobre capital próprio) como se fossem simétricos, primeiro porque um é destacado do lucro e exige resultado positivo para que possa ser distribuído e o outro é remuneração de recursos próprios do investimento feito pelo acionista; depois porque suas bases legais são diferentes, os dividendos e os eventuais usufrutos gravados sobre ações sustentando-se na Lei nº 6.404/1976 e os JCP com fulcro em Lei Fiscal de caráter específico que não se refere, em momento algum, à possibilidade de os pagamentos serem feitos a “usufrutuários”.

De outro lado, acordos entre partes não podem ser opostos ao Fisco para modificar a definição legal do sujeito passivo relativamente às obrigações tributárias correspondentes (CTN, art. 123) sendo tais acordos, como o próprio nome diz, nada mais que *res inter alios*¹⁶ e como tal devem ser tratados.

Assim, não reconhecida pela recorrente a receita dos JCP pagos/creditados pela Itaú Unibanco Holding S/A, correta a imputação feita pela Fiscalização, exigindo o IRPJ e a CSLL devidos".

Entretanto, como dito no preâmbulo desta “Declaração de Voto”, as argumentações expostas por este Conselheiro restaram vencidas pelo Colegiado que pugnou pelo provimento do RV interposto e afastou os lançamentos.

Entretanto, ainda que assim seja, meu pensamento permanece incólume em relação ao que consta naquele processo e - principalmente - acerca da matéria lá trazida.

DO CASO CONCRETO

Feitas estas ponderações, volto ao caso concreto, dizendo respeito à análise dos lançamentos de PIS/COFINS, reflexos dos de IRPJ presentes no Processo nº 16327.721155/2014-44, acima citado.

Neste momento, em razão de se estar diante de situação fática e jurídica consumada e que se reporta integralmente ao presente naquele processo (nº 16327.721155/2014-44), do qual este (processo nº 16327.720751/201415) é mero reflexo e sendo os lançamentos lá expostos exonerados por decisão da maioria do Colegiado (vencido este Conselheiro, então Relator), óbvio que as imputações de PIS e COFINS aqui analisadas devem seguir o mesmo caminho do que foi decidido em relação ao processo principal (IRPJ), guardando com ele a necessária coerência.

¹⁶ Coisa entre terceiros

Mais a mais, caso tivessem sido - como geralmente são -, juntados em um único processo, a decisão aplicada ao IRPJ, por evidente, alcançaria automaticamente os reflexos presentes nos mesmos autos, nem havendo necessidade de julgamento apartado.

Desse modo e pelo exposto, neste julgamento - ainda que, repito, mantenha, em relação ao mérito, o mesmo entendimento que expressei e estão traduzidos no Ac. **1402-002.445** - acompanhei o Relator e a Turma Julgadora para dar provimento ao recurso voluntário.

Estes os argumentos que entendo serem necessários para esclarecer a minha posição.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

PAULO MATEUS CICCONE