



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 19515.002923/2003-85  
Recurso nº. : 140.913  
Matéria: : IRPJ e CSLL – ano-calendário: 1999  
Recorrente : NATURA COSMÉTICOS S.A..  
Recorrida : 3ª Turma/DRJ em São Paulo – SP. I  
Sessão de : 19 de maio de 2005  
Acórdão nº. : 101-94.986

DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES. Restando caracterizado o caráter de liberalidade dos pagamentos aos sócios, decorrentes de operações formalizadas apenas “no papel” e que transformaram lucros distribuídos em remuneração de debêntures, consideram-se indedutíveis as despesas contabilizadas.

DECORRÊNCIA. A decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ) aplica-se, por decorrência, à exigência de CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NATURA COSMÉTICOS S.A..

ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para deduzir do IRPJ o IRRF sobre os pagamentos a título de remuneração das debêntures, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Mário Junqueira Franco Júnior e Sebastião Rodrigues Cabral que deram provimento integral. O Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior apresentou declaração de voto.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE

SANDRA MARIA FARONI  
RELATORA

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO.

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

Recurso nº. : 140.913  
Recorrente : NATURA COSMÉTICOS S.A..

## RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário interposto pela empresa Natura Cosméticos S.A. contra decisão da 3ª Turma de Julgamento da DRJ São Paulo, que julgou inteiramente procedentes os lançamentos consubstanciados em autos de infração lavrados para formalizar exigências de IRPJ e de CSLL relativas ao ano-calendário de 1999.

Os fatos encontram-se assim descritos no relatório que compõe a Decisão Recorrida :

“ Contra a empresa em epígrafe foi lavrado, em São Paulo - SP, o auto de infração de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ – de fls. 142 a 148, relativo aos períodos-base encerrados em 31/03/1999, 30/06/1999 e 30/09/1999, em virtude da constatação de que a emissão de debêntures revestiu-se de características que comprovam sua anormalidade e desnecessidade de modo a se considerar as respectivas despesas não dedutíveis na apuração do lucro líquido, conforme descrito no Termo de Constatação Fiscal de fls. 134 a 141. A ciência do sujeito passivo ocorreu em 08/08/2003.

2. Foram citados por enquadramento legal os artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/1999).

3. Em decorrência dos mesmos fatos, foi também lavrado o auto de infração de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 149 a 153). Enquadramento legal: artigo 2º e parágrafos, da Lei nº 7.689/1988, artigo 19 da Lei nº 9.249/1995, artigo 1º da Lei nº 9.316/1996 e artigo 28 da Lei nº 9.430/1996 e artigo 6º da MP nº 1.807/1999 e reedições.

4. Da referida ação fiscal resultou a apuração do crédito tributário a seguir discriminado, já incluída a multa de lançamento de ofício, bem como os juros de mora calculados até 31/07/2003:

IRPJ.....R\$ 22.997.934,11  
CSLL .....R\$ 9.086.530,67

5. No Termo de Constatação Fiscal mencionado, foram consignados os seguintes fatos e informações:

5.1.- o contribuinte foi intimado, em 14/03/2003 (fl. 21), em sua sede, rua Amador Bueno nº 491, São Paulo - SP, a apresentar os cálculos que remuneraram as debêntures durante o ano-calendário de 1999. E, em 09/04/2003 (fl. 22), a apresentar as atas das assembléias dos debenturistas, informando as datas de aquisição, quantidades adquiridas, meios utilizados na aquisição e cópias dos respectivos pagamentos;

5.2.- em 25/03/2003 apresentou a cópia da escritura particular de emissão das debêntures nominativas, não endossáveis e não conversíveis em ações, datada de 02/05/1998 e o demonstrativo dos cálculos que remuneraram as debêntures. Posteriormente apresentou cópia da Ata

da Reunião de Diretoria de 14/04/1998, com a proposta da emissão das debêntures e a cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 15/04/1998, na qual são emitidas debêntures;

5.3.- o contribuinte foi, ainda, em 23/04/2003, intimado (fl. 25) a informar sobre o recolhimento da CPMF incidente sobre as aquisições das debêntures, ao que esclareceu em 12/05/2003, que a forma de aquisição foi através de encontro de contas contábeis, isto é, os futuros debenturistas possuíam créditos contabilizados junto à empresa fiscalizada e tais créditos serviram de pagamento das mencionadas debêntures. Desse modo, não ocorreu a circulação de ativos financeiros e não houve a constituição de CPMF;

5.4.- em 03/05/2003 a empresa mudou de endereço, local em que os trabalhos de fiscalização prosseguiram, por prevenção de jurisdição;

5.5.- o art. 462 do RIR/99 prevê que podem ser deduzidas do lucro líquido do período as participações nos lucros da pessoa jurídica asseguradas às debêntures de sua emissão. Contudo, essa redução há de respeitar a regra geral de dedutibilidade, conforme estatui o art. 229, do RIR/99, ou seja, as despesas devem ser necessárias, usuais ou normais e comprovadas;

5.6.- a emissão das debêntures da empresa fiscalizada, além de infringir a legislação e o espírito concernente às debêntures, se reveste de características que comprovam sua anormalidade e desnecessidade, de modo que tornam as correspondentes despesas indedutíveis;

5.7.- não houve captação de recursos externos – motivo fulcral – para justificar qualquer emissão de debêntures. O que houve foi simples transferência de contas, conforme afirma o contribuinte;

5.8.- os únicos adquirentes das debêntures, mediante transferência de créditos existentes em suas contas correntes mantidas junto à empresa, são os Srs. Anísio Pinoti, Antônio Luiz da Cunha Seabra, Guilherme Peirão Leal, Pedro Luiz Barreiros Passos e Ronuel Macedo de Matos, todos sócios da empresa;

5.9.- os referidos saldos em suas contas correntes são oriundos de lucros não distribuídos de exercícios anteriores. Valores equivalentes a esses créditos são repassados aos mesmos sócios adquirentes das debêntures por ocasião da distribuição de lucros que essas mesmas debêntures fizeram jus, conforme se vê no demonstrativo do item 2 (fl. 135);

5.10.- deve-se frisar que o pagamento de juros sobre o capital investido em debêntures, maior atrativo em captações financeiras desse tipo, sequer foi contemplado na emissão em tela;

5.11.- no item 6.1 da escritura de emissão consta expressamente que as debêntures serão subscritas pelo seu valor nominal e a integralização será a vista no ato da subscrição. Entretanto, jamais houve circulação monetária para a aquisição das debêntures;

5.12.- por esse relato, está sendo descaracterizada a operação em comento, considerando-se as despesas indedutíveis na apuração do lucro líquido, porquanto desnecessárias, não usuais ou normais.

6. Em 09/09/2003, representada por procuradores, conforme documento às fls. 205 a 219, a interessada aduziu suas razões de defesa na peça impugnativa de fls. 179 a 204, a saber, em síntese:

6.1.- a impugnante é pessoa jurídica de direito privado e necessita de recursos financeiros a fim de obter o capital necessário para a consecução de seu objeto social, que consiste na comercialização de produtos cosméticos em geral, exercendo o direito de propriedade e livre exercício de atividade econômica (artigos. 5º, inciso XII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal - CF);

6.2.- para a implementação de um novo sistema de gestão (governança corporativa), sem descapitalização imediata da companhia, foi preciso formalizar sob a forma de título mercantil as exigibilidades dos acionistas pela distribuição de dividendos, registrados em contas de passivo exigível representativa destes créditos, sob a forma de debêntures;

6.3.– a opção pela remuneração na forma de participação nos lucros e não através de juros, teve por objetivo tão somente evitar que esta última forma de remuneração pudesse superar e anular os resultados da sociedade na hipótese de ausência de lucro ou de lucros insuficientes para a cobertura dessas despesas

6.4.– por outro lado, o art. 56 da Lei nº 6.404/76, ao enumerar as vantagens atribuídas às debêntures, em momento algum determinou a eleição de qualquer delas em particular, assim como não determinou a eleição cumulativa dessas mesmas vantagens;

6.5.– os acionistas da impugnante, reunidos em assembléia geral decidiram estruturar o capital da sociedade parte em ações e parte em debêntures, subscritas pelos próprios acionistas e cuja integralização foi realizada mediante a sub-rogação de créditos já existentes e correspondentes a dividendos distribuídos mediante crédito em conta específica e individual dos acionistas em conta do passivo exigível;

6.6.– conforme previsão expressa no Capítulo V da Lei nº 6.407/1966 (Lei das S/A) e no artigo 58 do DL nº 1.598/1977, matriz legal do artigo 462 do RIR/99, a impugnante exerceu seu legítimo direito, absolutamente normal (porque autorizado pelo ordenamento jurídico) e absolutamente usual (porque praticado de forma comum no mercado) de deduzir do lucro do período-base de 1.999 as participações asseguradas às debêntures, como previsto no PN CST 99/78;

6.7.– as legislações fiscal e societária não impõem ressalvas ou condições para a utilização de tal instrumento. Igualmente, não há vedação legal em subscrever as debêntures mediante compensação de créditos mantidos em contas correntes pelos debenturistas, pelo contrário, trata-se de prática usual e normalmente reconhecida como legítima pelo fisco desde a publicação do PN nº 138/75;

6.8.– a questão de fundo tratada no Parecer acima mencionado é idêntica à dos presentes autos. A própria IN SRF nº 41/98, em seu art. 1º, prevê que deve ser considerado creditado (e, pois, distribuído ao acionista) o valor dos juros sobre o capital próprio, pelo registro na escrituração contábil da empresa, da mesma forma que a Lei nº 9.532/1997 (art. 1º, § 2º) considera distribuído o lucro creditado em qualquer conta representativa de passivo exigível da companhia;

6.9.– a autoridade fiscal partiu de duas premissas falsas: a primeira, de que o capital dos acionistas não pode ser considerado uma fonte externa de financiamento e sim interna e a segunda, diz respeito à impossibilidade de as debêntures serem utilizadas como fonte de financiamento através de capital próprio dos acionistas (admitindo-se serem os mesmos uma fonte interna);

6.10.– de fato, o acionista, ao subscrever ações ou quotas de capital social realiza aporte de capital dele (acionista) e não da pessoa jurídica e por essa razão não se pode falar que ele representa fonte de recursos internos, mas sim externos;

6.11.– após concluir que o mútuo é a figura que melhor define a natureza jurídica das debêntures, Trajano de Miranda Valverde, afasta tal qualificação quando se trata de distribuição a seus próprios acionistas, ou seja, admite expressamente que o instituto pode também ser utilizado como mecanismo interno da companhia, sem que isso configure qualquer ilícito ou abuso de forma. (Foi transcrito à fl. 187, trecho do referido autor em sua obra “Sociedades por Ações – Ed. Forense – 2ª Edição – Vol II”, pág. 177);

6.12.– referido autor destaca, ainda, que as debêntures podem ser utilizadas com a função e a finalidade única de instrumentalização de passivos já existentes nas sociedades, mediante sub-rogação creditícia por compensação ou novação:

6.13.– conforme estatui o art. 157, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404/1976, os acionistas terão direito de preferência para subscrição de debêntures com cláusula de conversibilidade em ações emitidas pela companhia;

6.14.– com base em falsa premissa, a d. autoridade fiscal subsume a dedução das participações asseguradas às debêntures, prevista no art. 462 do RIR/99, ao conceito geral de

despesas operacionais, previsto em dispositivo diverso, qual seja, o art. 299 do referido diploma. Afirma o autuante que essa redução na apuração do lucro há de respeitar a regra geral de dedutibilidade, conforme estatui o art. 299 do RIR/99;

6.15.– a norma é tópica, portanto, específica, cuja regra prevalece ao lado da geral;

6.16.– não se pode considerar anormal, desnecessário ou não usual uma conduta que o próprio ordenamento jurídico considera como obrigatória e necessária para a validade e eficácia do ato;

6.17.– é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que, analisando caso análogo, entende ser ilegal a descaracterização dos contratos de *leasing* pelo fisco por configurar violação aos princípios da legalidade e da liberdade de contratar. (Transcreve ementas de julgados à fl. 193);

6.18. – portanto, a condição imposta pelo autuante, por não encontrar amparo na lei (art. 58 do DL nº 1598/1977), também viola o princípio da legalidade em matéria tributária, previsto no art. 97, I, do Código Tributário Nacional (CTN);

6.19.– a impugnante não busca qualquer declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas apenas o conhecimento da matéria à luz dos postulados que norteiam a aplicação de todo o direito positivo atinente à questão em pauta;

6.20.- os art. 5º, XXII e 170, parágrafo único da CF asseguram o direito de propriedade e livre exercício de atividade econômica. Todavia, a liberdade atinente ao direito de contratar não é ampla e a própria legislação estipula quando o ato será considerado nulo ou anulável;

6.21.- no caso dos autos, estava vigente o revogado Código Civil, cujos artigos 145 e 147 estipulavam os casos de nulidade e anulabilidade do ato jurídico ;

6.22.– a prática do negócio jurídico foi motivada por causa lícita consubstanciada na necessidade de instrumentalização das dívidas existentes e contabilizadas em contas de créditos dos acionistas

6.23.– tratando-se de causa lícita, não se pode falar em abuso de forma ou simulação que justifiquem a descon sideração do negócio que, de qualquer forma, implique anulabilidade dos atos praticados;

8. Por fim, resumindo suas argumentações sob a forma de considerandos, requer o acolhimento da impugnação para que seja declarada a insubsistência do auto de infração.

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo julgou procedente o lançamento, conforme Acórdão DRJ-SPOI nº 4.480 , de 08 de dezembro de 2003, cuja ementa tem a seguinte dicção:

IRPJ Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica  
- IRPJ

Exercício: 2000

Ementa: DESPESAS OPERACIONAIS. CONDIÇÕES PARA DEDUTIBILIDADE. A qualificação dos dispêndios da pessoa jurídica como despesas dedutíveis na determinação do lucro real, está subordinada a normas específicas da legislação do imposto de renda, que fixam o conceito próprio de despesas operacionais e estabelecem condições

objetivas norteadoras da imputabilidade, ou não, das cifras correspondentes para aquele efeito.

**DESPESAS COM REMUNERAÇÃO DE DEBÊNTURES.** As despesas com remuneração aos sócios da autuada, correspondentes à operação com debêntures, a pretexto de captar recursos para dotar a companhia de um novo sistema de gestão, não podem ser deduzidas do lucro líquido, na medida em que se comprova nos autos que deixaram de reunir as condições necessárias estabelecidas pela legislação fiscal.

**DECORRÊNCIA.** A decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ) aplica-se, por decorrência, à exigência de CSLL.

As despesas não dedutíveis do lucro líquido, efetuadas por mera liberalidade da empresa, devem compor a base de cálculo da CSLL.

Lançamento Procedente.

Cientificada da decisão em 22.01.2004 (fl.242), a empresa ingressou com o recurso em 20 de fevereiro seguinte, conforme carimbo apostado à fl.243, apresentando arrolamento de bens .

Na peça recursal, reedita as razões apresentadas na impugnação, ressaltando que utilizou apenas sua prerrogativa inerente ao seu direito de propriedade e livre exercício de atividade econômica, que o fato de as debêntures terem sido subscritas mediante compensação dos créditos mantidos em conta corrente pelos acionistas é prática normal e usual reconhecida pelo Fisco , não podendo prevalecer nenhum dos fundamentos que atribuem às debêntures a necessária “circulação financeira”.

Especificamente sobre a decisão recorrida, tece considerações a seguir sintetizadas:

- Se desconsiderado o negócio legítimo não pode haver justificativa para a sua dedutibilidade, mas também não haveria de ter justificativa para os recolhimentos do Imposto de Renda Retido na Fonte, que por isso deveriam ter sido levados em consideração.
- A conclusão de que a operação não trouxe riqueza nova para financiar o projeto é totalmente desprovida de sentido em face dos negócios

efetivamente realizados; afinal, a existência dos créditos jamais foi contestada.

- A falta de pagamento de juros, que o acórdão recorrido entendeu como outro elemento que descaracteriza o instituto, decorre do exercício usual, normal e regular do direito da recorrente de escolher apenas uma dentre as três opções de remuneração previstas na lei.
- Para concluir que as despesas em questão não são usuais e normais, entendeu o acórdão que os percentuais de participação no período-base estariam elevados, e que foi deliberado um prazo exíguo para o início da remuneração. Entretanto, a participação nos lucros limitou-se aos trimestres subsequentes à emissão dos títulos e na proporção relativa entre os valores das debêntures e do patrimônio líquido.
- Se a Recorrente tivesse optado por emitir debêntures participativas no mercado, e não aos associados, elas também seriam remuneradas trimestralmente, pois essa é a forma usual e normal de tornar esses títulos atrativos para os subscritores.
- Ao 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”, etc., levando à desconsideração de negócio jurídico lícito e legítimo, o acórdão viola o princípio da legalidade, pois não há qualquer restrição ou condição imposto pela legislação civil, comercial ou fiscal.
- O acórdão atribui à Administração a prerrogativa de estabelecer subjetivamente critérios para a dedutibilidade das remunerações atribuídas às debêntures, desconsiderando que, no caso concreto, foi estabelecida com base na proporção de seu valor e do patrimônio líquido, critério adotado pela razoabilidade e proporcionalidade e em tudo consistente com o princípio da boa-fé e transparência.
- Vê-se, pelos dados extraídos dos autos (fl. 86), que em 1999 as debêntures integralizadas correspondiam a 67,22% da soma do seu valor com o total do patrimônio líquido (debêntures integralizadas = R\$ 124.515.000; patrimônio líquido = R\$ 60.710.000), e proporção entre a remuneração das debêntures e

o lucro líquido nos três primeiros trimestres foi na razão de 62,12% para 37,87%.

- Para um total de aplicações no ano de 1999 de R\$ 124.515.000, a remuneração anual foi de R\$ 37.330.000,00, ou seja, 29.9% de remuneração bruta. O total da remuneração das debêntures. Considerado o rendimento líquido (80% de 37.330.000,00, o percentual cai para 23,98%, compatível com a SELIC, que no ano de 1999 foi de 23,02%
- Se por um lado a rentabilidade dos aplicadores não discrepou do mercado, para a sociedade foi um negócio vantajoso, pois de acordo com os dados disponíveis no *site* do BACEN, no ano de 1999 o custo aos tomadores foi na ordem de 66%, o que significa dizer que a Recorrente pagou pela captação do dinheiro 29,9% do empréstimo, que se tomado no mercado teria lhe custado 66%.

Insiste em que, a prevalecer o entendimento do acórdão recorrido, de manter a autuação que desconsiderou os efeitos fiscais do negócio jurídico referente à emissão de debêntures pelo fato de implicar novação creditícia, restou desconsiderado o próprio negócio, o que, evidentemente, não pode se limitar a um dos seus efeitos, mas a todos, inclusive os pagamentos feitos pelos acionistas a título de IRRF. Assim, pelo princípio da eventualidade, caso seja mantida a autuação, requer sejam considerados os recolhimentos indevidos a título de IRRF.

É o relatório.

## V O T O

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos legais para seu seguimento. Dele conheço.

Os fatos, sobre cujos efeitos fiscais se controverte, podem assim ser simplificados:

A empresa tinha lucros já creditados aos acionistas. Em lugar de pagá-los, transformou-os em créditos de debenturistas (os próprios acionistas), remunerados sob forma de participação nos lucros, equivalente a 5 milésimos por cento dos lucros para cada debênture emitida e integralizada. Isto se deu da seguinte forma:

Foi deliberada a emissão de 140.000 debêntures, no valor total de R\$140.000.000,00 . A primeira emissão, em 04/06/98, no total de 66.801 debêntures, no valor de R\$ 66.801.000,00, foi paga com os valores dos lucros que já estavam creditados em nome dos acionistas subscritores. A partir daí, as emissões foram trimestrais a partir de 31 de julho de 1998, e suas subscrições foram sempre pagas com os rendimentos das debêntures anteriormente emitidas, os quais também eram creditados nas contas dos acionistas. Assim, a cada trimestre em que era creditada a remuneração das debêntures, eram emitidas e subscritas novas debêntures, integralizadas com os rendimentos das debêntures anteriores, creditados nas contas dos acionistas/debenturistas.

Como resultado prático, ao final da emissão das 140.000 debêntures, a empresa trocava um passivo de crédito de acionista por um passivo de crédito de debenturista. Além disso, a remuneração das debêntures (de 0,0005% de participação nos lucros), considerada despesa dedutível, implicaria a redução da base tributável em 70%. Haveria, com isso, uma economia tributável 70% do IRPJ e de 70% da CSLL.

Como se vê, cuida-se um planejamento instrumentalizado mediante emissão de debêntures que, ao que parece, pelos recursos que estão chegando a este Conselho, tornou-se freqüente. Advirta-se, de início, que o ponto comum, de

envolver emissão de debêntures, não implica identidade de soluções dos processos. Cada caso é um caso, e na apreciação dos seus efeitos fiscais não que ser considerados os aspectos específicos a eles inerentes.

A decisão recorrida, confirmando os autos de infração, entendeu que as despesas de que se trata são indedutíveis, por não atenderem os requisitos de normalidade e usualidade.

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.

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...”<sup>1</sup>.

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<sup>2</sup> 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,

<sup>1</sup> A Nova Lei das Sociedades por Ações Comentada, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, p.313

<sup>2</sup> Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, p. 197.

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.

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.<sup>3</sup> 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.

A Recorrente alega legítimo propósito negocial, que teria demandado a instrumentalização, sob a forma de título mercantil, das exigibilidades dos acionistas. Na Ata de Reunião de Diretoria que propôs a emissão de debêntures, constou que essa seria a melhor alternativa para as necessidades da empresa para captação de recursos financeiros, e que a emissão de debêntures substitui, com vantagens, em termos de custo, os empréstimos de capital de giro. Defende que a remuneração paga aos debenturistas não é anormal, pois correspondeu ao percentual de 29,9% no ano de 1999, o que seria compatível com a taxa Selic, que

---

<sup>3</sup> Conforme lição de Marco Aurélio Greco, in "Planejamento Tributário", Dialética, São Paulo, 2004

naquele ano foi de 23,02%.

Nesse aspecto, o raciocínio desenvolvido pela Recorrente está equivocado, pois utilizou ela a taxa Selic acumulada do ano, como se as subscrições tivessem sido integralizadas desde o início do ano. A comparação há que ser feita considerando o valor aplicado e o período, como a seguir:

- a) Em 01/01/99 a empresa detinha um capital dos debenturistas de R\$ 77.184.000 (66.801.000 + 5.427.000 + 4.956.000);
- b) Em 31.01.99 creditou aos debenturistas R\$ 9.276.000,00, ou seja, 12,01% da aplicação. A taxa Selic nesse mês foi de 2,18%.
- c) Em 31 de janeiro a empresa detinha um capital dos debenturistas de R\$ 86.910.000,00 (77.184.000 + 9.276.000,00).
- d) Em 30 de abril creditou aos debenturistas R\$ 12.367.000,00, ou seja 14,23%. A taxa Selic acumulada de fevereiro, março e abril foi de 8,06%
- e) Em 30 de abril a empresa detinha um capital dos debenturistas de R\$ 99.277.000 (86.910.000,00 + 12.367.000,00).
- f) Em 31 de julho creditou aos debenturistas R\$ 10.538.000,00, ou seja 10,61%. A taxa Selic acumulada de maio, junho e julho foi de 5,35%
- g) Em 31 de julho a empresa detinha um capital dos debenturistas de R\$ 109.815.000 (99.277.000 (86.910.000,00 +10.538.000).
- h) Em 31 de outubro creditou aos debenturistas R\$ 6.954.000,00, ou seja 6,36%%. A taxa Selic acumulada de agosto, setembro e outubro foi de 4,44%.

Como se vê, não há a alegada compatibilidade entre a remuneração das debêntures e a taxa Selic.

A *usualidade e normalidade* da operação em questão não têm o atributo de notoriedade, a dispensar prova. Além de não estar demonstrado ser usual a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros (aliás, conforme doutrina acima transcrita, nem mesmo é admissível), é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas. Isso, definitivamente, não é usual. A não ser, é claro, que esses terceiros fossem os mesmos detentores do capital da empresa, quando, então, a empresa (melhor dizendo, os detentores do capital) não estariam abrindo mão de coisa alguma (como no presente caso, em que a emissão de debêntures foi para subscrição privada dos seus cinco acionistas). Adotando a forma jurídica de

emissão de debêntures a serem integralizadas exclusivamente por seus acionistas e com os próprios lucros creditados nas respectivas contas correntes, os acionistas continuaram a fazer jus aos lucros, que permanecem na empresa remunerados a uma taxa muito à TJLP e à Selic.

O cerne da questão reside na caracterização da despesa como necessária (usual e normal). Ricardo Mariz de Oliveira, (*in* RT Inf. 241/242, de 1980) leciona que “a despesa é não necessária quando for decorrente de ato de liberalidade, não no sentido de espontaneidade, *mas no sentido jurídico de ato de favor, estranho aos objetivos sociais*”.

No caso, a remuneração das debêntures com até 70% dos lucros caracterizou ato de liberalidade. Embora seja próprio da companhia captar recursos para fazer frente às suas necessidades, mediante emissão de debêntures, não é razoável entender como dentro dos objetivos sociais da empresa o comprometimento de mais de 2/3 de seus lucros com essa finalidade.

O principal objetivo da companhia é obter lucros para os detentores do capital. É fato que esse não é seu objetivo único. Como anota José Edwaldo Tavares Borba, o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 define os tríplices destinatários dos interesses que a companhia representa, os acionistas, os empregados e a comunidade, os quais estão abrangidos pelo conceito hoje muito falado de *governança corporativa*<sup>4</sup>. E ressalta: “*A sociedade anônima deixa de ser um mero instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital, para elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregados e comunidade*”.<sup>5</sup>

Conquanto não seja seu único escopo, a companhia busca obter lucros para os seus acionistas, e não para pessoas estranhas ao quadro social. A utilização de parcela módica de seus lucros como remuneração adicional aos juros, para tornar atrativa a captação de recursos no mercado, é perfeitamente compatível com o objeto social de qualquer sociedade empresária. Não porém o comprometimento de até 70% dos seus lucros nesse mister. É ato estranho aos objetivos sociais da empresa produzir lucros para terceiros.

No caso, não houve ingresso de novos recursos financeiros na

---

<sup>4</sup> Direito Societário, 9ª ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, nota de pé de página nº 5 p. 139.

<sup>5</sup> Idem, p.136

empresa, apenas foi alterado o título da sua obrigação frente aos acionistas (o que era crédito de acionista, dividendos a pagar, foi transformado em crédito de debenturista). Por outro lado, carece de lógica a alegação da empresa de necessidade de, sem descapitalização imediata da companhia, formalizar sob a forma de título mercantil as exigibilidades dos acionistas pela distribuição de dividendos, registrados em contas de passivo exigível representativa destes créditos. Caso se tratasse de sociedade aberta, poder-se-ia ponderar que o acionista estaria a exigir o pagamento dos dividendos, e a empresa, ou por não ter disponibilidade financeira, ou para não desfaltar seu capital de giro, necessitaria captar os recursos. Nesse caso, justificar-se-ia acorrer ao mercado, com a emissão de debêntures. Mas em se tratando de companhia fechada, com apenas cinco acionistas, e que não exigiram o pagamento dos dividendos (que, afinal, permaneceram na empresa sob a forma de subscrição das debêntures), a alegação não se sustenta. É transparente que a emissão de debêntures, comprometendo até 70% dos seus lucros e sem que efetivamente ocorresse a entrada de novos recursos financeiros, só se deu porque direcionada exclusivamente aos seus cinco acionistas (ato de liberalidade).

Endosso a decisão de primeira instância, cujas razões de decidir subscrevo, e considero não demonstrada a necessidade das despesas deduzidas. Não pode ser oponível ao Fisco uma operação que objetivou exclusivamente reduzir a carga tributária. Mediante operações formalizadas apenas “em papel”, a empresa transformou artificialmente lucros distribuídos em despesa dedutível. A empresa, sem incorrer de fato em nenhuma despesa (visto que a participação nos lucros é inerente à condição de acionista), formalizou uma operação que lhe permitiria reduzir o lucro tributável em até 70%.

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.

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

Isto posto, voto o sentido de dar provimento parcial ao recurso para reduzir da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte sobre as importâncias pagas a título de remuneração das debêntures.

Sala das Sessões, DF, em 19 de maio de 2005

SANDRA MARIA FARONI

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR:

Peço vênia à douta Conselheira Relatora para declarar voto após meu pedido de vistas, e o faço porque alcancei entendimento diverso, *permissa maxima venia*.

A questão relativa a planejamento fiscal vem sendo muito discutida, principalmente em razão das novas luzes lançadas pelo Dr. Marco Aurélio Greco, em suas palestras e livros.

Nesse tema, concordo com aqueles que defendem que no Estado Social de Direito, instituído juridicamente pela Constituição Federal de 1988, não há um direito absoluto do contribuinte para uso de quaisquer mecanismos indiretos na busca de redução da carga tributária, havendo sempre limites que protegem a finalidade de uma determinada norma posta, a coerência do ordenamento como um todo e a capacidade contributiva como princípio de justiça fiscal.

O supracitado Jurista assim justifica a temática:

“Ou seja, num Estado Democrático de Direito, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico supõem a conjugação e compatibilidade entre valores típicos do Estado de Direito (liberdade negativa, legalidade formal, proteção à propriedade) com os inerentes ao Estado Social (igualdade, liberdade positiva, solidariedade) sem que isto, obviamente, implique institucionalizar mecanismos de dominação disfarçada ou destruição das garantias fundamentais da pessoa humana.

...

Neste passo, a análise da temática do ‘planejamento fiscal’ deverá agregar, ao lado dos valores propriedade e segurança, também os valores de igualdade (artigo 5º, caput), solidariedade (artigo 3º, I) e justiça (artigo 3º, I), vista esta não apenas como justiça formal, mas como justiça substancial.

...

Partindo desta abordagem, embora reconheça que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida (desde que o faça atendendo

aos requisitos da licitude dos meios, previeidade em relação ao fato gerador, inexistência de simulação sem distorções ou agressões ao ordenamento) sou imediatamente conduzido à conclusão (aliás, aceita de forma praticamente unânime nos países ocidentais) de que um direito absoluto e incontestável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado”.<sup>6-7</sup>

Por isso é que, mais recentemente, além da simulação absoluta, outras patologias, como a “simulação relativa”, a “fraude à lei” e o “abuso de direito” são identificadas como geradoras de vícios que legitimam o Fisco a fazer valer os efeitos fiscais do verdadeiro ato praticado, da norma contornada ou com neutralidade do abuso perpetrado.

Em brevíssimas palavras, fraudar à lei é usar de outra lei para burlar o conteúdo finalístico da primeira. Utilizam-se meios aparentemente lícitos, se apreciados isoladamente, para alcançar algo que a norma contornada não deseja e que também não é a finalidade específica da norma utilizada. O Ministro Moreira Alves nos ensina:

“Quando o ato vai contra as palavras e o espírito da lei, é ele contra legem, em que há violação direta da lei. Já quando o ato preserva a letra da lei, mas ofende o espírito dela, o ato é de fraude à lei. É possível, para praticar-se fraude à lei, que haja a utilização de um ato só, ou de um complexo de atos. De um só ato temos vários exemplos. Darei o célebre exemplo de uma Constituição Imperial do Imperador CONSTANTINO, que estabeleceu que todas as doações de valor superior a 500 sólidos, precisariam observar o instituto da *insinuatio apud acta*, ou seja, deviam ser celebradas por ato escrito e registradas em arquivo público. Então, o que se fazia para não observar essas formalidades era, ao invés de doar para a mesma pessoa 500 sólidos, celebrar seis doações cada uma de 100 sólidos. Com isso observavam-se estritamente as palavras da lei: não havia, considerando esse fracionamento, doação de mais de 500 sólidos. Desrespeitava-se, porém, o espírito da lei, que era

---

<sup>6</sup> Greco, Marco Aurélio, *in* Planejamento Tributário, Editora Dialética, 2004, pp.179 e 180.

<sup>7</sup> Artigos da Constituição Federal de 1988.

justamente o de que toda doação que ultrapassasse o valor de 500 sólidos teria de observar aquelas formalidades.”<sup>8</sup>

O abuso de direito, por seu turno, é uma “distorção funcional” de determinado poder ou direito, cujo resultado alcançado é diverso da finalidade da norma que conferiu tal poder ou direito. Configura-se no ato que extrapola a razoabilidade do exercício deste poder ou direito. Mais uma vez socorro-me do brilhantismo do Ministro Moreira Alves:

“A definição de abuso de direito mais ampla que encontrei foi esta: o abuso de direito se caracteriza pelo exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos, culposos, nocivos a outrem, contrário ao critério econômico e social do direito em geral”.<sup>9</sup>

Já a simulação relativa é a dissimulação de um negócio jurídico, através da criação de um negócio aparente. Difere da simulação absoluta, pois nesta última não há qualquer negócio subjacente. As lições do Ministro continuam:

“Na simulação absoluta, cria-se apenas uma aparência que não se destina a ocultar negócio que realmente se deseja. É o caso, por exemplo, de, ocorrendo uma revolução, e havendo perspectiva de confisco dos bens dos anti-revolucionários, um deles celebra simuladamente – simulação absoluta – contrato de compra e venda com um amigo que não corre esse risco por ser partidário da revolução, tornando-se aparentemente proprietário da coisa, e não correndo, portanto, o risco de tê-la confiscada. Criou-se a aparência sem que se oculte por baixo dela um negócio jurídico que é realmente desejado. Na simulação relativa, não. Nela tem-se um negócio jurídico simulado, que é aquele que cria a aparência, e tem-se o negócio jurídico dissimulado, que é aquele ocultado pela aparência. Aqui, portanto, se tem um negócio jurídico que aparenta ser aquilo que não é, que é o negócio simulado, e o negócio dissimulado, que é aquele oculto pelo negócio jurídico simulado e que é o negócio realmente desejado. Isso ocorre, por exemplo, quando o marido, não podendo fazer doação à sua concubina, simula compra e venda, pois não recebe o preço, para que essa compra e venda, na realidade, oculte doação.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Moreira Alves, José Carlos, *in* Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, ESAF, 2001, p. 68.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p.70.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 64.

As figuras, no plano prático, normalmente se inter-relacionam, sendo muitas vezes difícil identificar isoladamente qual a patologia presente, se é que existente. No caso dos autos não vislumbro a presença de nenhuma delas.

Antes de maiores considerações sobre os fatos e suas relações com as citadas patologias, vale destacar que a presente autuação teve em si mesmo uma distorção, pois a alegada infração é de “despesas desnecessárias”, objeto que não pode ser enquadrado nos vícios acima apontados. Nos parece que, em verdade, no seu cerne, a imposição fiscal não foi a mera desnecessidade do financiamento mediante debêntures com participação nos lucros, mas sim a sua descaracterização, enquadrando o capital retido na empresa como verdadeiro capital social, gerador de direitos a lucros. No entanto, a infração foi capitulada como “despesas desnecessárias”.

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.

Creio então ter havido uma distorção na infração descrita, pois de fato o que se quis foi considerar o financiamento como verdadeira capitalização, importando na indedutibilidade dos valores pagos, pois lucros em verdade, e, conforme o douto voto condutor deste Acórdão, na não-tributação dos mesmos para os seus beneficiários.

Por esse motivo já se deve afastar a figura da simulação relativa, até porque não houve qualquer alegação nesse sentido, muito embora tenha sido esta, verdadeiramente, a intenção da imposição fiscal, ao considerar como negócio efetivamente realizado um aporte de capital e não uma inversão em debêntures.

A emissão de debêntures, a sua aquisição pelos próprios sócios e a determinação de sua remuneração em participação nos lucros não fere qualquer norma positivada. Pelo contrário, o artigo 56 da Lei das Sociedades Anônimas prevê expressamente a participação nos lucros como forma alternativa de remuneração, assim como os juros variáveis.

É certo, entretanto, que a doutrina vacila quanto à isolada remuneração de debêntures por participação nos lucros, dado que há possibilidade, em tese, de que prejuízo ocorra e que não haja efetiva remuneração. Entende, portanto, que mesmo não estando expressamente convencionados, os juros seriam sempre devidos.

Não vejo, porém, absoluta convicção dos doutrinadores em afastar a natureza do título quando presente tão-somente a remuneração por participação nos lucros, descaracterização esta que, no meu entender, somente poderá repousar em conceitos de não razoabilidade, após a análise dos fatos e do conjunto de atos praticados. Observo que esta análise pertence ao campo da fraude à lei e do abuso de direito, não se relacionando com a simulação.

Assim, concluo que o negócio realizado foi efetivamente a emissão de debêntures, cujos valores foram aportados mediante débito em conta de passivo representativa de lucros a pagar aos sócios, ou seja, valores que seriam despendidos pela empresa mediante demanda do beneficiário, pois já provisionados. Deixou-se de pagar, o que economicamente significa ingresso, pois os montantes mantiveram-se na empresa. Não vejo pertinência no argumento de que não houve recurso novo, pois se os valores seriam despendidos, inclusive porque já provisionados, retê-los, transformando a natureza da dívida, é o mesmo que receber de volta os valores após o pagamento.

Outrossim, não vislumbro abuso nos fatos ora apresentados, pois reconheço no ato do contribuinte um propósito empresarial preponderante, que pode ter levado a uma vantagem fiscal de natureza acessória e marginal, sem contudo ser engendrado em função desta.

As debêntures eram remuneradas por participação nos lucros, em percentual tal que, caso a emissão proposta chegasse ao seu total, importaria em um pagamento englobado de 70% dos lucros.

No entanto, a emissão foi parcelada, e a participação dos lucros efetivamente paga, a título de encargos com debêntures, não foi linearmente de 70%, mas sim em percentual inferior na maior parte dos trimestres aqui apreciados.

Conforme já salientamos, a participação nos lucros como remuneração das debêntures encontra-se prevista no artigo 56 da Lei de Sociedades Anônimas, e não há norma específica negativa a proibir ser o debenturista o próprio sócio. Outrossim, não há regra específica a prever um percentual máximo de participação.

Isso não quer dizer que não existam limites. Conforme já afirmamos, os limites encontram-se na razoabilidade da operação e seu conteúdo econômico, no respeito às normas e suas finalidades, bem como na obediência ao ordenamento e seus princípios. Marco Aurélio Greco nos informa:

“É preciso distinguir entre critérios ligados à existência do direito e critérios ligados ao seu uso. A doutrina até aqui se preocupou com os primeiros, bem identificando os requisitos da existência do direito. Cabe agora examinar se há limites ligados ao plano do exercício desse direito, e se existirem (como é minha opinião), quais as conseqüências que advirão na hipótese de os limites serem ultrapassados e se estes efeitos consistem na ilegalidade do ato, ou, então, na ineficácia fiscal dos atos realizados no exercício desse direito, independentemente de haver ilegalidade ou ilicitude de conduta.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Greco, Marco Aurélio, ob. cit., p.181.

Mas esses limites não foram ultrapassados no caso concreto, *data venia*.

No caso em apreço transformou-se uma dívida plenamente exigível em um passivo a longo prazo, em absoluto benefício da ora recorrente. **Há um propósito comercial claro.** Tal propósito pode ter levado a uma vantagem fiscal marginal, como a diferença entre a tributação na pessoa física (20%) e a tributação na pessoa jurídica emitente (34%) que deduziu os valores pagos.

Não me parece, no entanto, que tenha sido a vantagem fiscal marginal a fundamental razão para o ato praticado. Ou seja, a razão de ser da emissão das debêntures não foi reduzir o lucro da emitente, ou simplesmente eliminá-lo. A razão foi a reestruturação da dívida, facilitando o fluxo de caixa da pessoa jurídica, que, ao invés de pagar a distribuição de lucros já provisionada, financiou-se com os próprios sócios, mediante a emissão de debêntures, retendo os valores em seu fluxo financeiro.

Pelo que depreendi também da leitura dos autos e dos memoriais, o custo desse financiamento superou a taxa Selic para os trimestres específicos, mas ficou longe do custo de mercado dos financiamentos bancários. Além disso, a redução do lucro pelos pagamentos não importou em eliminação de tributação, havendo inclusive a alegação de equivalência de carga tributária, pela soma dos tributos pagos pela emitente com o imposto retido quando do pagamento dos encargos.

A existência desse propósito comercial é a pedra de toque que S. Ex<sup>a</sup>. “o fato” nos dá no presente caso. Marco Aurélio Greco magistralmente nos ensina, como sói acontecer em todos os seus pronunciamentos:

“No entanto, os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-

tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

Sublinhe-se que, com esta conclusão, não estou dizendo que o contribuinte é 'obrigado a optar pela forma mais onerosa', ou que deverá 'pagar o maior possível'. Não!

Conforme diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor a sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

**Porém, o que disse acima é que a reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja predominantemente fiscal. Sublinhei o termo 'predominantemente', pois este é o conceito chave. Se uma determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apóia num motivo empresarial, o direito de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso. O Fisco nada poderá objetar!"** (grifo nosso)

Portanto, no caso concreto, não há ato abusivo.

Outrossim, não vislumbro fraude à lei. No caso em tela não há operações correlatas a impedir a incidência em todos os sujeitos, seja o emitente ou o debenturista, como nos casos em que o próprio sócio debenturista pessoa jurídica paga um prêmio de emissão para a sua controlada, prêmio este que por ser registrado em reserva do patrimônio líquido lhe retorna por equivalência patrimonial. Ainda nesse outro cenário, o emitente deduz a participação de lucros, e o debenturista sócio, sem qualquer perda patrimonial, amortiza o prêmio, eliminando a tributação. Não é desta hipótese que estamos aqui a tratar.

E se não é dessa outra hipótese que estamos tratando, não percebo norma imperativa que tenha sido burlada pela conduta do contribuinte, a não ser que se alegasse um "drible" na norma de incidência genérica do imposto sobre a renda da pessoa jurídica. Ora, mas mesmo assim, a emitente aqui não eliminou sua tributação, e nem era imposto ao sócio conferir capital ao invés de investir como debenturista. Adicionalmente, a empresa, caso tivesse pago os lucros já

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

provisionados, necessitaria de novos recursos, cuja dedutibilidade dos encargos não lhe seriam negados, alcançando resultado talvez inferior ao que alcançou.

Nada garante portanto ao Fisco que este seria credor de um outro valor de tributo superior. Assim sendo, não vejo qualquer violação ao ordenamento como um todo, nem tampouco o “drible” em norma que assegurasse um direito de crédito ao Fisco.

Em resumo, o ato praticado no caso em análise encontra-se alheio a patologias.

Por esses singelos motivos é que, humildemente, peço vênias à ilustre Conselheira Relatora, para divergir, provendo integralmente o recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões (DF), em 19 de maio de 2005

MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

## INTIMAÇÃO

Intime-se o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº. 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17.03.98).

Brasília - DF, em

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE

Ciente em

PAULO ROBERTO RISCADO JUNIOR  
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Processo nº 19515.002923/2003-85  
Acórdão nº 101-94.986

## INTIMAÇÃO

Intime-se o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº. 55, de 16 de março de 1998 (D.O.U. de 17.03.98).

Brasília - DF, em

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE

Ciente em

PAULO ROBERTO RISCADO JUNIOR  
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL