



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

Processo n° 16682.722020/2017-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.581 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2018
Matéria Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ
Recorrente BANCO BTG PACTUAL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2012

USUFRUTO. LUCROS/DIVIDENDOS. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. TRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. DEDUTIBILIDADE DOS VALORES PAGOS

No caso dos rendimentos pagos ou creditados a título de lucros/dividendos e 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. São, portanto, dedutíveis os valores pagos a usufrutuários de ações a título de Juros sobre Capital Próprio (JCP)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Marco Rogério Borges, Evandro Correa Dias e Paulo Mateus Ciccone, que negavam provimento. A Conselheira Edeli Pereira Bessa manifestou interesse em apresentar declaração de voto.

(Assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone- Presidente.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edeli Pereira Bessa, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em face do ora Recorrente, BANCO BTG PACTUAL S.A., no qual a fiscalização alega que, no ano calendário de 2012, o contribuinte, ao apurar o lucro real, não poderia deduzir os valores pagos a Fundos de Investimento em Participação (FIP) à título de Juros sobre Capital Próprio (JCP), uma vez que estes fundos não seriam os titulares das participações societárias sobre as quais foram pagos os JCP, mas apenas usufrutuários, sendo o nu-proprietário o BTG PACTUAL HOLDING. .

Dessa forma, foi reputada indedutível, pela autoridade autuante, a despesa a título de JCP para fins de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por se tratar de pagamento feito a usufrutuários, o que iria de encontro ao disposto no art. 9º da Lei 9.249/1995, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

*Um ponto nevrálgico é saber a quem devem ser pagos ou creditados os juros sobre o capital próprio a fim de que a fonte pagadora possa aproveitar-se do benefício consistente em deduzir tais valores das bases impositivas do IRPJ e da CSLL. A resposta está na própria Lei 9.249/1995, que outorga a vantagem: o destinatário do pagamento deve ser o “titular, sócios ou acionistas” (art. 9º). No caso dos autos, o pagamento deve ser feito aos **acionistas**, pois o contribuinte, devedor dos juros, é uma sociedade por ações. Não obstante, conforme desenvolvido no item III, acima, parte dos valores foi paga a usufrutuários. Ainda assim a fonte pagadora poderia aproveitar-se da dedutibilidade fiscal?*

Prosseguindo, a partir dos julgados ora colacionados, percebe-se que se consolida no Carf a posição segundo a qual o usufrutuário tem legitimidade para figurar como beneficiário dos juros sobre o capital próprio, descabendo, por conseguinte, acusar o nu-proprietário de omissão de receita ou desconsiderar a tributação exclusiva do usufrutuário pessoa natural.

Não obstante, o pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio à pessoa diferente daquela que detém a participação acionária direta na investida, na condição de proprietário pleno ou mesmo de possuidor da nua-propriedade dos ativos, afasta o benefício da dedução fiscal, garantido na cabeça do art. 9º da Lei 9.249/1995. Veja-se que há uma enorme distância entre a possibilidade de a empresa investida aproveitar-se da benesse

fiscal e o acatamento das escolhas privadas por meio do usufruto, pois, conquanto esteja no âmbito da sacrossanta esfera privada a possibilidade de cessão de direitos econômicos sobre os frutos de ações, – e por isso mesmo não se possa acoimar de invalidez a transferência dos juros sobre o capital próprio em favor do usufrutuário –, é incabível à fonte pagadora aproveitar-se da dedutibilidade fiscal dos juros pagos a não titulares. (grifos no original)

Cientificado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 950/977, na qual alegou, resumidamente, o seguinte:

a) que cumpriu todos os requisitos em lei para a distribuição dos JCP e que a autoridade autuante não questionou se os valores pagos seriam ou não JCP. Que não obteve qualquer vantagem indevida pelo fato de ter distribuído os JCPs aos FIPs e não originalmente à BTG Holding;

b) observados os limites quantitativos e temporais estabelecidos na legislação, deve ser mantida a possibilidade de dedução, pois o pagamento a usufrutuários não teria o condão de modificar a natureza do JCP e, conseqüentemente, a dedutibilidade seria exatamente a mesma caso os pagamentos tivessem sido efetuados à BTG Holding.

c) que os presentes autos discutem uma suposta compensação indevida que já está sendo discutida no Processo Administrativo nº 16682-721.723/2017-19.

d) a multa de 75% aplicada sobre a infração não seria razoável, pois a Impugnante cumpriu todos os requisitos legais, devendo, portanto, ser reduzida para um valor “mais justo e adequado à sua conduta”.

e) que os juros de mora não podem incidir sobre a multa, conforme o prescrito no Auto de Infração.

Em 21 de junho de 2018, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (RJ), negou provimento ao recurso em decisão cuja ementa é a seguinte: (fls. 984)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

INDEDUTIBILIDADE DE VALORES PAGOS A USUFRUTUÁRIOS DE AÇÕES A TÍTULO DE JCP.

São indedutíveis os valores pagos a usufrutuários de ações a título de Juros sobre Capital Próprio (JCP). Inteligência do art. 111 do CTN.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

O crédito tributário não pago integralmente no vencimento é acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo determinante. Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício também se submete à incidência dos juros, em caso de inadimplência.

MULTA DE OFÍCIO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

A multa correspondente ao lançamento de ofício está prevista em lei, não podendo a autoridade administrativa deixar de aplicá-la nos percentuais legalmente estabelecidos quando os fatos se subsomem à hipótese prevista. Alegações de não observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade dizem respeito à constitucionalidade de lei vigente e não podem ser apreciadas na esfera administrativa.

Questão não conhecida.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

INTIMAÇÃO PARA RETIFICAR REGISTROS NO LALUR E NO LACS. INCONFORMIDADE.

Carece interesse processual à Impugnante para questionar mera reiteração de intimação, feita no termo circunstanciado, para corrigir seus livros fiscais em razão de autuação feita em outro processo.

Questão não conhecida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2012

CSLL. LANÇAMENTO REFLEXO.

Aplicam-se à CSLL as mesmas disposições do IRPJ, no caso de lançamento reflexo.

Intimado (fls. 995), o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 999/1034 no qual reitera as alegações já suscitadas. Em particular, alega que a decisão da DRJ se baseou em fundamento estranho a discussão dos autos, qual seja, o aproveitamento de um suposto benefício fiscal por parte dos FIP's (usufrutuários das ações) que sequer são partes no presente processo administrativo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual, dele conheço.

1) DELIMITAÇÃO DA LIDE

A discussão sobre a incidência de imposto de renda e usufruto de ações é matéria já conhecida neste conselho, inclusive já decidida por esta turma no julgamento do Acórdão 1402-002.445.

Nessas diversas decisões, as autuações estavam focadas nos possíveis beneficiários e, portanto, a discussão centrava-se em lançamentos efetuados aos nú-proprietários à título de omissão de receitas quando o JCP tivesse sido pago aos usufrutuários.

Como visto pelo relatório, a situação discutida nesses autos é diversa, pois o lançamento foi efetuado na empresa que efetuou o pagamento do JCP por entender a fiscalização que estes só estariam caracterizados se tivessem sido efetuados aos sócios ou acionistas.

Essa delimitação é importante, porque a decisão recorrida, utilizou como argumento central para negar provimento à impugnação apresentada pelo contribuinte o fato de que os FIP's gozam de regime especial de tributação e, sendo assim, poderiam postergar o recolhimento do tributo, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

Na verdade, houve, sim, vantagem que, de outra forma, não seria possível. Quando a Impugnante deduziu de seu resultado os valores em questão pagos a título de JCP, era esperado que estes fossem tributados imediatamente na mesma proporção no beneficiário legal (BTG Holding).

Tal tributação, contudo, não ocorreu, em virtude de os novos beneficiários eleitos por convenção de usufruto – os FIPs – gozarem de um regime de tributação especial, onde há diferimento para o momento do resgate e menor alíquota efetiva.

A tributação dos FIPs pode ser observada nos seguintes dispositivos da IN RFB 1022 de 05 de abril de 2010:

Art. 25. Os rendimentos auferidos no resgate de cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIP), Fundo de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações (FIF FIP) e Fundo de Investimento em Empresas Emergentes (FIEE), inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

I - como ganho líquido, quando auferidos:

- a) por pessoa física em operações realizadas em bolsa;
- b) por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

II - de acordo com as regras aplicáveis aos ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, quando auferidos por pessoa física em operações realizadas fora de bolsa.

Por meio da figura do usufruto, portanto, a Impugnante acabou por ampliar as hipóteses fáticas de redução com diferimento da tributação tomando globalmente o pagador e o beneficiário do JCP (neste caso, os fundos FIPs, seus parceiros). Quanto a isto, o CTN é claro em relação a impossibilidade, pois o art. 111 prescreve que benefícios fiscais se interpretam literalmente ou, ainda, restritivamente, conforme a sua melhor exegese.

Como bem observou o Recorrente, tal fundamento encontra-se dissociado da *questio iuris* discutida nesses autos, pois, como já dito, em momento algum foi questionada a tributação nos beneficiário e sim a possibilidade de dedução das despesas pagas à título de JCP quando essas forem realizadas aos usufrutuários.

Dessa forma, para correta solução da lide, entendo imprescindível responder as seguintes questões: a) a realização de pagamento de JCP aos usufrutuários descaracteriza a sua natureza jurídica ? b) o pagamento foi feito em obediência às regras do artigo 9º da Lei nº 9.249/95?

São essas as questões que analisaremos a seguir

2.1) DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE JCP AOS USUFRUTUÁRIOS DE AÇÕES

O Juros sobre o Capital Próprio - "JCP" foi instituído através do Art. 9º da Lei 9249/95, nos seguintes termos:

"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.

§ 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;

(...).

§ 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

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 766) os valores pagos a título de Juros sobre o Capital Próprio - JCP foram desconsiderados pela fiscalização porque "*o pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio à pessoa diferente daquela que detém a participação acionária direta na investida, na condição de proprietário pleno ou mesmo de possuidor da nua-propriedade dos ativos, afasta o benefício da dedução fiscal, garantido na cabeça do art. 9º da Lei 9.249/1995*"

Desse forma, a questão essencial a ser respondida é: o pagamento do JCP aos usufrutuários teria o condão de desnaturar a natureza jurídica da despesa?

Antes analisar a questão propriamente dita, é importante estabelecer distinção entre a discussão dos autos e a relativa ao pagamento desproporcional de JCP. Isso porque, no julgamento do Acórdão 2202-004.588, do qual fui relatora, concluí que o pagamento desproporcional descaracterizava o JCP.

Naquela ocasião, reconheci que, embora parte da doutrina admitisse a identidade da natureza jurídica do JCP e dos dividendos, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.200.492-RS, publicado em 22/02/2016 e submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC/73, concluiu que os institutos possuem naturezas distintas.

Sendo assim, concluí que a referida decisão seria necessariamente aplicável à discussão sobre a distribuição desproporcional do JCP, uma vez que ela tinha como premissa a identidade de natureza jurídica rejeitada pelo STJ no referido julgamento.

Conforme previsto no artigo 1007 do Código Civil, a regra é que as distribuição dos lucros seja efetuada na proporção das respectivas quotas, admitindo, todavia, que se faça estipulação em sentido diverso. Vejamos:

“Art. 1007. 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 media do valor das quotas”(destacamos).

Ou seja, a permissão concedida pelo Código Civil tinha como pressuposto a distribuição de lucros de forma distinta da proporção das respectivas quotas. No entanto, a legislação tributária estabeleceu regimes tributários distintos para os dois institutos. Essas distinções foram destacadas no seguinte trecho do voto do Ministro Mauro Campbell:

<i>LUCROS OU DIVIDENDOS:</i>	<i>JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO:</i>
<i>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).</i>	<i>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).</i>
<i>Em relação à pessoa jurídica que paga: não são dedutíveis do lucro real (base de cálculo do imposto de renda).</i>	<i>Em relação à pessoa jurídica que paga: quando pagos são dedutíveis do lucro real (art. 9º, caput, da Lei n. 9.249/95).</i>
<i>Obedecem necessariamente ao disposto no art. 202, da Lei n. 6.404/76 (dividendo obrigatório).</i>	<i>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).'</i>
<i>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.</i>	<i>Têm como limite máximo a variação da TJLP (art. 9º, caput, da Lei n. 9.249/95).</i>
<i>Estão condicionados apenas à existência de lucros (arts. 198 e 202, da Lei n. 6.404/76).</i>	<i>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).</i>

Tal decisão, no entanto, não influencia a discussão travada nesses autos. Isso porque, ao contrário do que ocorre em relação ao pagamento dos dividendos, o legislador não atribuiu ao usufruto efeitos tributários específicos devendo, portanto, serem observados os efeitos típicos decorrentes do direito privado. Nesse sentido, esclarecedor o voto vencedor do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, no Acórdão nº 1402-002.445:

A matéria em litígio diz respeito à interpretação da legislação tributária atinente ao pagamento de JCP diretamente ao usufrutuário em decorrência de rendimentos produzidos pelas participações societárias que foram objeto de usufruto.

Cumpre-se então analisar o conteúdo das normas jurídicas que se extrai do art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Visto sob esse prisma, há de se levar em consideração que o conceito a ser aplicado ao usufruto deve ser extraído a partir do conjunto normativo do direito privado, uma vez que tal instituto é inteiramente regulado pelo Código Civil.

É importante ressaltar que, se por um lado, é lícito ao legislador conferir efeitos tributários próprios a tal instituto, tal liberdade não é dada ao intérprete.

Contudo, no âmbito tributário, o legislador não atribuiu ao instituto do usufruto efeitos tributários específicos. Nesse contexto, mesmo para fins tributários devem-se interpretar as operações envolvendo usufruto de acordo com os efeitos típicos decorrentes do direito privado, e, tratando-se de usufruto de ações, necessário se faz lançar mão das normas de direito societário.

De acordo com o art. 1.228 do Código Civil, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Já os artigos 1.390 a 1.394 do Código Civil tratam do usufruto, o qual, em apertada síntese, pode ser tratado como uma cisão das faculdades inerentes ao direito de propriedade, hipótese em que o direito real de obtenção dos frutos e das utilidades é conferido a outrem. Enquanto o usufrutuário passa a deter a posse direta da coisa (com direito real de uso e gozo do bem), inclusive mediante exploração econômica do bem (direito a rendimentos e acessórios), o nu-proprietário permanece com a faculdade de dispor do bem.

Para que não parem dúvidas a respeito da possibilidade de usufruto em caso de ações, a Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976 Lei das S/A dispõe em diversos artigos sobre tal instituto, a saber:

Outros Direitos e Ônus

Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

[...]

Voto das Ações Gravadas com Usufruto

Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.

[...]

Direito de Preferência

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital.

§ 5º No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do

vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário.

[...]

Pagamento de Dividendos

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.

[...]

Vê-se que em total sintonia com o Código Civil, o art. 205 da Lei das S/A é claro ao determinar que os dividendos serão pagos ao usufrutuário da ação.

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.

Partindo-se do disposto no § 7º desse dispositivo legal, se prevalecer o raciocínio do ilustre Conselheiro Relator de que os JCP devem ser pagos aos acionistas (nu-proprietário) e não aos usufrutuários, como seria possível a aplicação do § 7º do art. 9º da Lei nº 9.249/95 que possibilita à pessoa jurídica imputar aos dividendos obrigatórios (art. 202 da Lei das S/A) o valor pago a título de JCP, se esses mesmos dividendos devem ser pagos aos usufrutuários?

Se o art. 205 da Lei das S/A determina que o pagamento dos dividendos seja feito ao proprietário da ação (acionista) ou ao usufrutuário da ação e o § 7º do art. 9º da Lei nº 9.249/95 possibilita que os JCP sejam pagos sejam imputados aos dividendos obrigatórios, o que ocorreria se determinada sociedade anônima resolvesse distribuir somente dividendos obrigatórios aos usufrutuários, imputando a esses os valores de JCP?

Ora, se o legislador tributário quisesse impossibilitar que o JCP fosse pago ao usufrutuário não teria editado o § 7º do art. 9º da Lei nº 9.249/95, citando, inclusive, o art. 202 da Lei das S/A, inserto no capítulo destinado aos dividendos.

A interpretação dada pelo Fisco impossibilitaria que determinada pessoa jurídica pudesse imputar os JCP a dividendos obrigatórios a serem pagos a usufrutuários de suas ações, rasgando o disposto no § 7º do art. 9º da Lei nº 9.249/95. Tal interpretação, portanto, não se mostra adequada. (grifamos)

Assim como decidido no voto acima transcrito, entendo que o legislador não impôs limitações ao recebimento pelo usufrutuário de valores a título de juros sobre capital próprio, que, em razão da instituição do usufruto, a ele pertencem. Restritiva, portanto, a interpretação de que a expressão "acionista", tal como inserida no *caput* do art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, diga respeito somente ao beneficiário que detém a participação acionária direta

na pessoa jurídica, na condição de proprietário pleno ou mesmo de possuidor da sua propriedade dos ativos, com exclusão dos usufrutuários dos direitos econômicos.

A própria fiscalização reconhece que o CARF consolidou o posicionamento quanto a legitimidade do pagamento do JCP aos usufrutuários, conforme infere pelo trecho do Termo de Verificação Fiscal abaixo transcrito (fls. 766):

Prosseguindo, a partir dos julgados ora colacionados, percebe-se que se consolida no Carf a posição segundo a qual o usufrutuário tem legitimidade para figurar como beneficiário dos juros sobre o capital próprio, descabendo, por conseguinte, acusar o nu-proprietário de omissão de receita ou desconsiderar a tributação exclusiva do usufrutuário pessoa natural.(grifamos)

No entanto, contraditoriamente, concluiu que o pagamento do Juros sobre Capital Próprio só seria dedutível se efetuado ao sócio ou acionista. Ora, como bem questiona a Recorrente, se para tributação dos beneficiários a fiscalização reconhece que o usufrutuário deve ser tratado como acionista para os fins do artigo 9º da Lei 9.249/95, qual a razão de não se considerar que o usufrutuário é também o acionista, quando analisada a dedutibilidade dos mesmos pagamentos?

Não é possível cindir a natureza jurídica do JCP para reconhecê-la quando se trata dos beneficiários e negar a dedutibilidade da despesas em relação ao pagamento realizado aos usufrutuários. O reconhecimento do usufrutuário como legítimo acionista para fins de pagamento de JCP tem que surtir efeitos em ambos os níveis.

Ademais, como bem observa a Recorrente, o pagamento de JCP para o usufrutuário, na perspectiva da empresa pagadora, é irrelevante sob ponto de vista econômico-financeiro, e não há qualquer ganho fiscal com a mudança do beneficiário. Trata-se da mesma despesa, que cumpriu com as mesmas limitações quantitativas estabelecidas pela legislação em vigor, não podendo, portanto, ser submetida a um tratamento fiscal diferenciado.

2.2) CUMPRIMENTO ÀS REGRAS DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 9.249/95

De acordo com artigo 9º da Lei nº 9.249/95 a dedutibilidade de valores pagos de JCP deve estar condicionada à presença dos seguintes elementos:

- a) deliberação válida autorizando o pagamento dos valores de JCP;
- b) efetivo pagamento do valor de JCP, ou seu creditamento em subconta de passível exigível e de forma individualizada;
- c) observância dos limites quantitativos estabelecidos para o pagamento de JCP.

Conforme se observa pela sequência de fatos descritos pelo relatório fiscal às fls. 756/760 em momento algum foi apontado o descumprimento dos requisitos acima mencionados. É possível constatar pelo trecho abaixo transcrito que a única razão que motivou a desconsideração da dedutibilidade das despesas foi o fato de que os valores teriam sido pagos aos usufrutuários das ações:

A sequência de passos permite sumular o seguinte: as ações do BANCO, inicialmente de propriedade de investidores e sócios do GRUPO BTG, posteriormente integralizadas nos FIP BPAC1 e BPAC2, migraram para HLD, sendo que, com relação aos juros sobre o capital próprio pagos pelo BANCO, estes, conforme instrumento particular firmado, seriam repassados aos FIP BPAC1 e BPAC2, que por sua vez repassariam ao FIC-FIP BPAC3, que sofreriam tributação apenas na realização dos quotistas.

Em momento algum a fiscalização questiona se os valores pagos constituíam ou não JCP, ou se os usufrutuários eram ou não os beneficiários reais do JCP. Da mesma forma, não se questiona qualquer dos requisitos quantitativos ou temporais para dedutibilidade dos valores distribuídos.

Conclui-se, portanto, que os procedimentos empregados pelo Recorrente para distribuição de JCP seguiram todos os requisitos previstos em lei.

2.3) DA INTIMAÇÃO PARA CORRIGIR OS REGISTROS NO LALUR E NO LACS

Alega o Recorrente que o questionamento quanto à indevida compensação de prejuízos fiscais é matéria estranha ao presente processo, uma vez que já foi abordada no Processo Administrativo nº 16682-721.723/2017-19, no qual houve o lançamento dos valores questionados tendo sido, inclusive, intimado a retificar os registros de prejuízos fiscais e da base negativa de CSLL, suprimindo-os do LALUR e LACS.

A decisão recorrida entendeu deixou de conhecer das alegações da recorrente por falta de interesse processual, conforme se constata pelo trecho abaixo transcrito:

Examinando o TVF e os Autos de Infração, constatei que a infração de compensação indevida de prejuízo fiscal e bases negativas – relacionada à mencionada intimação impugnada – foi, na verdade, autuada em separado, devendo, portanto, ser discutida nos autos do processo de Auto de Infração nº 16682-721.723/2017-19, o qual foi devidamente impugnado.

O fato de haver mera reiteração no TVF da intimação para retificar os registros do LALUR e do LACS, em razão de glosa na compensação de prejuízos fiscais, não torna esta questão passível de ser conhecida neste processo, por faltar interesse processual.

Assim, entendo que esta questão não deve ser conhecida.

Apesar de reconhecer que a questão da retificação dos livros do Recorrente não seria passível de conhecimento do presente processo, acaba por concluir pela improcedência da impugnação apresentada.

Nesse caso, entendo que a conclusão deveria ser pela procedência da impugnação ao invés do seu não conhecimento. Isso porque, conforme se verifica às fls.771 do Relatório fiscal, a Recorrente, foi intimada "a retificar os registros de prejuízos fiscais e da base negativa de CSLL, suprimindo-os do Lalur e do LACS". Ora, se, como reconheceu a própria DRJ,

tal exigência já constava de outro processo administrativo a impugnação, nesse ponto, deve ser considerada procedente.

3) CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, dou provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio.

Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A acusação fiscal em tela, que tem por objeto a exigência de adições relativas a juros sobre o capital próprio considerados indedutíveis no ano-calendário 2012, está pautada nas seguintes premissas:

- a legislação de regência somente admite a dedução de juros sobre capital próprio quando creditados a titular, sócios ou acionistas, mas no presente caso os beneficiários (FIP BPAC1 e BPAC2) *são apenas usufrutuários dos direitos econômicos das ações do BANCO BTG PACTUAL S/A, de titularidade de BTG PACTUAL HOLDING S/A (CNPJ 10.923.227/0001-62), que, no caso, figura na posição de nu-proprietário;*
- a dedução de juros sobre capital próprio foi permitida para aumentar o *autofinanciamento das empresas, gerando aumento em sua liquidez, sem endividamento, mediante a formação de capitais próprios, de seus acionistas, sócios e investidores, em detrimento do uso de empréstimos;*
- o capital sujeita-se a remuneração mista, por dividendos (participação no resultado positivo da atividade empresarial) e por juros sobre o capital próprio, que se presta como retribuição *dos encargos implícitos do custo de oportunidade, custo equivalente ao quanto lhes renderia se o capital investido no negócio fosse aplicado no mercado financeiro, representando benefício fiscal que tem por objetivo incrementar a aplicação de recursos em atividades produtivas, condicionado ao seu creditamento a pessoas específicas e a limites estipulados em lei;*
- a possibilidade de gravar ações com usufruto é admitida na legislação, mas a Lei das S/A somente cogita de pagamento de dividendos ao

usufrutuário e não foi alterada depois da criação dos juros sobre capital próprio. Considerando, porém, que a Lei nº 9.249/95 permite que o valor pago a título de juros sobre o capital próprio seja imputado ao valor dos dividendos obrigatórios, admite-se que *o legislador não proscreeveu o pagamento de juros sobre o capital próprio ao usufrutuário, de onde se cogita a não imputabilidade de omissão de receita ao nu-proprietário (Acórdão nº 1402-002.445) e a manutenção da natureza jurídica do pagamento, de modo que o usufrutuário seja tributado exclusivamente na fonte, à alíquota de 15% (Acórdão nº 2401-004.568), mas não a dedução por parte da fonte pagadora que faz o pagamento a não titulares;*

- *os juros sobre o capital próprio remuneram o capital investido, e assim devem corresponder à aplicação da taxa sobre a sua respectiva parcela do capital, do contrário, haveria remuneração também pelo capital aplicado por terceiros, sendo inadmissível seu pagamento a pessoa que não suportou o ônus do empreendimento;*
- *os juros sobre o capital próprio não constituem despesas incorridas ao natural pela fonte pagadora, mas encargo ficto, cujo objetivo é, por meio de um incentivo fiscal, promover a captação de recursos das empresas diretamente de investidores no seu empreendimento, em vez de contrair empréstimos com terceiros. Como também se trata de um benefício fiscal, só fazem jus a ele os contribuintes que cumprirem rigorosamente as disposições legais, motivo pelo qual o pagamento ou crédito a usufrutuário dos direitos econômicos não credenciam a fonte pagadora ao tratamento fiscal favorecido.*

A autoridade lançadora também descreve as operações contemporâneas à instituição do usufruto e conclui: *A sequência de passos permite sumular o seguinte: as ações do BANCO, inicialmente de propriedade de investidores e sócios do GRUPO BTG, posteriormente integralizadas nos FIP BPAC1 e BPAC2, migraram para HLD, sendo que, com relação aos juros sobre o capital próprio pagos pelo BANCO, estes, conforme instrumento particular firmado, seriam repassados aos FIP BPAC1 e BPAC2, que por sua vez repassariam ao FIC-FIP BPAC3, que sofreriam tributação apenas na realização dos quotistas. Na apuração dos valores devidos consignou, ainda, que o BANCO BTG PACTUAL S/A não reteve Imposto de Renda na fonte (IRRF) sobre os pagamentos efetuados aos FIP BPAC1 e BPAC2, fiando-se na isenção prevista na então IN RFB 1.022/2010.*

A autoridade julgadora de 1ª instância refutou a alegação da impugnante de que não teria obtido *qualquer vantagem indevida* observando que a esperada tributação dos juros sobre capital próprio pela *BTG Holding*, na mesma proporção da dedução promovida pela autuada, não se verificou em razão do regime de tributação especial dos FIPs, ampliando-se *as hipóteses fáticas de redução com diferimento da tributação*, em desrespeito à interpretação restritiva de benefícios fiscais estipulada no art. 111 do CTN. Acrescentou, ainda, que:

Ademais, o benefício do JCP não tem exatamente por objetivo contemplar situações como a da Impugnante ou dos FIPs. Entre os reais objetivos, pode-se citar (i) incentivar a distribuição de lucros, na forma de JCP, a pessoas físicas (redução da alíquota de 34% na jurídica para 15% de retenção definitiva na fonte na distribuição) e (ii) estimular investidores estrangeiros a aportarem recursos no País

na forma de capital e não de dívida, melhorando o perfil do balanço de pagamentos. Isto porque os JCPs recebidos por investidores estrangeiros tendem a ser tratados como dividendos isentos em seus respectivos países, em razão de acordo de não-bitributação com o Brasil¹.

Esta Conselheira já manifestou seu entendimento contrário à glosa de juros sobre capital próprio pagos a usufrutuários, conforme ementa do Acórdão nº 1101-001.100:

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. BENEFICIÁRIOS. USUFRUTO DE AÇÕES. Correta a decisão que reverte a glosa considerando que o usufruto, é instituto de direito civil que constitui direito real que tem por efeito dividir as faculdades inerentes ao direito de propriedade (usar, gozar e dispor da coisa) entre o proprietário do bem (denominado nu-proprietário) e o usufrutuário, a quem são atribuídos os direitos de posse, uso, administração e percepção dos frutos; a possibilidade da instituição de usufruto sobre ações decorre das expressa disposição da Lei nº 6.404, de 1976, cujo artigo 205 determina que a pessoa inscrita como usufrutuária tem direito ao recebimento dos dividendos.

Do voto condutor de referido julgado extrai-se:

Prosseguindo, a autoridade julgadora assim se manifestou acerca dos juros que teriam sido creditados em atenção a Instrumento Particular de Usufruto de Ações:

130. Também cabe razão à impugnante em relação aos juros sobre o capital próprio contabilizados na conta nº 3.5.2.02.0007-Juros s/Capital Social (fls. 764 e 768), relativos a pagamentos de juros efetuados aos sócios pessoas físicas da Magius Participações com amparo no Instrumento Particular de Usufruto das ações da impugnante (fls. 1683-1688).

131. Referido Instrumento Particular de Usufruto foi firmado, em 10/06/2005, entre a Magius Participações Ltda. (PARTICIPAÇÕES) e seus sócios Adilton Boff Cardoso, Adalberto Boff Cardoso, Aldo Boff Cardoso, Marlene de Souza Cardoso, Tânia Mara de Souza Cardoso e Márcia de Souza Cardoso (USUFRUTUÁRIOS) com as seguintes condições:

“DO OBJETO DO INSTRUMENTO

Cláusula 1ª. A PARTICIPAÇÕES cede, neste ato, aos USUFRUTUÁRIOS de forma onerosa, o usufruto da totalidade das AÇÕES de que é titular, juntamente e proporcionalmente, cede o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos decorrentes das mesmas.

(...)

DO DIREITO DE VOTO NAS ASSEMBLEIAS GERAIS

Cláusula 3ª. As partes acordam que o direito de voto nas assembleias gerais da MAGIUS será exercido, exclusivamente, pela PARTICIPAÇÕES.

DO DIREITO AOS FRUTOS

Cláusula 4ª. Caberá aos USUFRUTUÁRIOS o recebimento dos dividendos distribuídos conforme determinado em balanço levantado e/ou juros sobre o capital próprio, calculados nos termos da lei.

DA VIGÊNCIA

¹ Como exemplo a este respeito, pode-se citar o caso da ArcelorMitttar na Espanha. Fonte: Tribunal Supremo. STS 1108/2016. Disponível em <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7628793/Impuesto/20160329>>. Acesso em 08 jun 2018.

Cláusula 5ª. O prazo de vigência deste Instrumento é de 15 (quinze) anos, iniciando-se em 10/06/2005 e terminando em 09/06/2020, sendo que sua eventual renovação, prorrogação ou alteração de condições, tanto por parte da PARTICIPAÇÕES, como dos USUFRUTUÁRIOS, dependerá de termo ativo expresso assinado pelas partes, bem como averbação no Livro de Registro de Ações Normativas da MAGIUS.

(...)” (Grifou-se)

132. O usufruto, é instituto de direito civil que constitui direito real que tem por efeito dividir as faculdades inerentes ao direito de propriedade (usar, gozar e dispor da coisa) entre o proprietário do bem (denominado nu-proprietário) e o usufrutuário, a quem são atribuídos os direitos de posse, uso, administração e percepção dos frutos (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, arts. 1.225, inciso IV, 1.228 e 1.390 a 1.411). A constituição do usufruto conduz à alteração do beneficiário do rendimento produzido pela coisa, que deixa de ser do proprietário e passa a ser do usufrutuário.

133. A possibilidade de instituição do usufruto sobre ações encontra-se prevista nos seguintes dispositivos da Lei nº 6.404, de 1976, in verbis:

“Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

I - se nominativa, no livro de ‘Registro de Ações Nominativas’;

II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotarà no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros.

(...)

Art. 100. A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais:

I - o livro de Registro de Ações Nominativas, para inscrição, anotação ou averbação: (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

a)do nome do acionista e do número das suas ações;

b)das entradas ou prestações de capital realizado;

das conversões de ações, de uma em outra espécie ou classe; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

do resgate, reembolso e amortização das ações, ou de sua aquisição pela companhia;

das mutações operadas pela alienação ou transferência de ações;

do penhor, usufruto, fideicomisso, da alienação fiduciária em garantia ou de qualquer ônus que grave as ações ou obste sua negociação.

(...)

Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.

(...)

Art. 169. O aumento mediante capitalização de lucros ou de reservas importará alteração do valor nominal das ações ou distribuições das ações novas, correspondentes ao aumento, entre acionistas, na proporção do número de ações que possuírem.

§ 1º. Na companhia com ações sem valor nominal, a capitalização de lucros ou de reservas poderá ser efetivada sem modificação do número de ações.

§ 2º. As ações distribuídas de acordo com este artigo se estenderão, salvo cláusula em contrário dos instrumentos que os tenham constituído, o usufruto, o fideicomisso, a inalienabilidade e a incomunicabilidade que porventura gravarem as ações de que elas forem derivadas.

§ 3º. As ações que não puderem ser atribuídas por inteiro a cada acionista serão vendidas em bolsa, dividindo-se o produto da venda, proporcionalmente, pelos titulares das frações; antes da venda, a companhia fixará prazo não inferior a 30 (trinta) dias, durante o qual os acionistas poderão transferir as frações de ação.

(...)

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital!

§§ 1º a 4º. (...)

§ 5º. No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário.

§§ 6º a 8º. (...)

(...)

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.

§§ 1º a 3º. (...)

(...)” (Grifou-se)

134. Portanto, a possibilidade da instituição de usufruto sobre ações decorre das expressa disposição da Lei nº 6.404, de 1976, cujo artigo 205 determina que a pessoa inscrita como usufrutuária tem direito ao recebimento dos dividendos. Note-se que não poderia a legislação societária fazer referência aos juros sobre o capital próprio em face de trata-se de dedução na apuração do resultado tributável a ser disciplinada apenas pela legislação tributária.

135. Apesar de constituir despesa financeira, a correlação entre os juros sobre o capital próprio e os dividendos fica clara quando § 7º do artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe que o valor daqueles pode ser imputado ao valor dos dividendos obrigatórios de que trata o artigo 202 da Lei nº 6.404, de 1976 (metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido das importâncias destinadas à constituição da reserva legal e à formação da reserva de contingência).

136. Assim, não cabe qualquer interpretação restritiva das disposições do artigo 9º da Lei nº 9.249, de 1995, para sustentar que apenas o acionista – e não o usufrutuário – poderia ser o beneficiário dos juros a título de remuneração do capital próprio, porquanto no usufruto a propriedade da ação permanece com o nu-proprietário, mas o gozo dos seus frutos – juros e dividendos – é atribuído ao usufrutuário.

137. Dessa forma, entendo que deve ser admitida a dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio pagos/creditados ao amparo do Instrumento Particular de Usufruto firmado em 10/06/2005.

Destaque-se que a autoridade lançadora, em informação fiscal prestada em razão da diligência requerida pela autoridade julgadora de 1ª instância, observou que o instrumento de usufruto, apesar de ter vigência até 09/06/2020, não fora registrado quando de sua constituição, dele constando apenas autenticação em 19/12/2012. Ainda, citou o art. 123 do CTN e o art. 1.144 do Código Civil, e observou que a empresa Magius Participações é que teria direito a juros sobre o capital próprio, de conformidade com sua participação 99,98%, para tanto estando obrigada a registrar tal valor como receita própria e apurar o lucro, fazendo a sua destinação devida.

A autoridade julgadora, porém, validamente demonstrou que o usufruto atribuí, dentre outros, o direito de percepção dos frutos ao usufrutuário, assim afastando a exigência de registro e redistribuição dos juros por Magius Participações Ltda, aventada pela Fiscalização. Evidenciou, ainda, que o usufruto sobre ações é constituído mediante averbação em livros da sociedade (art. 40 da Lei nº 6.404/76), sendo certo que o art. 1.144 do Código Civil, invocado pela Fiscalização, cogita da averbação do usufruto no Registro Público de Empresas Mercantis apenas quando ele recai sobre o estabelecimento, o que não é o caso.

Assim, não subsistiu motivo para a redução dos percentuais adotados para distribuição de juros sobre o capital próprio aos percentuais indicados pela contribuinte.

Para além disso, desde sua primeira manifestação em favor da glosa de juros sobre o capital próprio pertinentes a períodos anteriores, apresentada no voto condutor do Acórdão nº 1101-000.904, esta Conselheira classifica os juros sobre capital próprio como mera remuneração de capital, facultada às pessoas jurídicas para reduzir as vantagens da subcapitalização, mediante captação de recursos por meio de empréstimos onerosos:

*A caracterização do registro de juros sobre o capital próprio como faculdade ou opção é aspecto que envolve, também, a definição de sua natureza. Luís Eduardo Schoueri, em seu artigo Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração diante da "Nova Contabilidade" (in *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, 3º volume, Editora Dialética, São Paulo: 2012, p. 169/193), aborda a criação desta dedução em contexto que facilita a compreensão de sua natureza:*

Os juros sobre o capital próprio devem ser inseridos em contexto mais amplo, tendo em vista que acompanharam a isenção de dividendos. Sob tal perspectiva, parece possível ver nos juros sobre capital próprio uma criativa solução do legislador brasileiro para enfrentar a prática da subcapitalização, ou thin capitalization.

Tal prática, que se mostrou corrente em países nos quais a distribuição de dividendos é tributada, consiste em os sócios de determinada sociedade, em vez de aportarem seus investimentos no capital social da referida sociedade, mantê-los como empréstimos. Revela-se vantajosa na medida em que as despesas da sociedade com o pagamento dos juros decorrentes de tais empréstimos são dedutíveis, ao passo que os dividendos distribuídos não.

Assim, em situações em que tanto os juros quanto os dividendos pagos aos sócios são tributados, é mais vantajoso para os sócios capitalizar suas empresas por meios de empréstimos do que por aportes no capital social, uma vez que o pagamento de juros, diferentemente dos dividendos, é despesa dedutível da sociedade.

Para evitar a prática da thin capitalization, países como os Estados Unidos da América estabeleceram alguns limites para a capitalização por meio de empréstimos dos sócios. Com efeito, a legislação desses países estabeleceram diversos métodos para se constatar se a subcapitalização estaria ocorrendo, a exemplo do limite máximo de empréstimos em relação ao valor do capital subscrito e integralizado; uma vez constatada a ocorrência da prática, autorizado ficaria o Fisco a tributar os juros excessivos como dividendos.

No Brasil, com o advento da Lei nº 9.249/1995 (produzindo efeitos para o exercício de 1996), os dividendos pagos pelas sociedades brasileiras aos seus sócios ou acionistas, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou não no País,

passaram a ser rendimentos não tributáveis. Conforme reconhecido pela própria Exposição de Motivos do Ministério da Fazenda que acompanhou, à época, o Projeto de Lei nº 913/1995, tratou-se de medida de integração entre o imposto de renda da pessoa física e o imposto de renda da pessoa jurídica, com vistas a evitar a incidência do primeiro sobre recursos já tributados pelo último⁵. O tema da integração da tributação das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, ocupou, nas últimas décadas, estudos e debates nos Estados Unidos e na União Européia⁶.

E dizer, pretendeu-se eliminar, com tal expediente, a dupla tributação econômica. Conferir-se isenção aos dividendos recebidos pelos acionistas ou sócios é método tradicional para evitar-se a dupla incidência econômica do imposto, cuja adoção já foi considerada pelo Departamento do Tesouro norte-americano em estudo sobre os diversos "protótipos" de integração⁷.

Daí encontrar-se nos juros sobre capital próprio expediente criativo para se evitar a thin capitalization. Em face da isenção dos dividendos recebidos então estabelecida, e que passou a diferenciar o modelo brasileiro daquilo que se encontrava, via de regra, no direito comparado, a solução adotada seguiu caminho inverso à experiência internacional. Enquanto alhures se conferia aos juros a indedutibilidade própria de dividendos, o Brasil inovava, permitindo que se deduzissem os juros sobre o capital próprio, equiparando-os, portanto, ao tratamento tributário de juros propriamente ditos.

Os "juros sobre o capital próprio" têm a finalidade de permitir ao sócio ou acionista perceber um rendimento equivalente ao que receberia se buscasse outra aplicação financeira de longo prazo.

*Assim, consoante a disciplina do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, a sociedade paga uma remuneração a seus acionistas e reconhece o valor como uma despesa dedutível, abatendo-a de seu lucro tributável⁸. Ao mesmo tempo, tais valores encontram-se sujeitos à retenção na fonte, no momento do pagamento ao acionista, à alíquota de 15%. **Desincentiva-se, pois, a capitalização das sociedades por meio de empréstimos, ou subcapitalização, já que ela não é necessária para se conseguir a dedutibilidade dos pagamentos aos sócios.** A este respeito, assinalou a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei do qual derivou a Lei nº 9.249/1995:*

"A permissão da 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 o nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia."

[...] (negrejou-se)

Na seqüência, descrevendo o debate existente na doutrina acerca da natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, referido autor conclui que a divergência existente resulta da tentativa de enquadrar os juros sobre o capital próprio nas categorias de Direito Civil, e assume razoável tomá-los como vero conceito de Direito Tributário, sem qualquer amparo em categorias do Direito Privado. Daí que:

*Afastando-se qualquer aproximação com categorias de Direito Privado, há que se reconhecer que, na perspectiva do Direito Tributário, corresponde a figura do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 a uma **remuneração do capital**.*

O conceito tributário de juros sobre o capital próprio parte, assim, da noção econômica de custo de oportunidade, entendida enquanto renúncia, pelo agente econômico, dos benefícios derivados de determinado investimento em função

do potencial de lucro superior vislumbrado em aplicação distinta. Em tal contexto, o lucro do negócio, sob uma perspectiva econômica, somente poderia ser apurado se desconsiderado o lucro sobre o capital.

[...]

A natureza de remuneração do capital emprestada ao instituto constante do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 permite que se concretizem as exigências do princípio da igualdade e da capacidade contributiva.

[...]

É neste ponto que se revela, a partir de uma perspectiva essencialmente tributária, a relevância dos juros sobre o capital próprio. Tal instituto, ao permitir que as empresas que se valem de recursos de seus próprios sócios ou acionistas tomem a dedutibilidade dos valores pagos enquanto remuneração pelo referido capital, restabelece a igualdade destes em relação a contribuintes que, com igual capacidade econômica, façam uso de capital emprestado por terceiros.

[...]

Em síntese, por meio dos juros sobre capital próprio, assegura-se igual tratamento tributário à atividade empresarial, afastando-se a diferenciação por conta da origem de seu capital (próprio ou de terceiros).

Do ponto de vista do investidor, também, se concretiza a igualdade, naquilo que se equiparam ambas as situações. Se é verdadeira a premissa de que do lucro obtido na atividade empresarial, uma parte corresponde à remuneração do capital e outra, à atividade produtiva, então não há razão para a remuneração do capital proveniente de aplicações financeiras ter tratamento diferente daquele mesmo capital investido na empresa. Daí a tributação exclusiva na fonte. [...]

Tais considerações, intimamente relacionadas com o conceito econômico de custo de oportunidade, tornam razoável, do ponto de vista econômico e tributário, a consideração dos pagamentos dos juros sobre o capital próprio enquanto remuneração do capital, que é dedutível. E dizer, do ponto de vista tributário, a situação apresenta-se tal qual como se o sócio tivesse "emprestado" dinheiro à sociedade e recebesse juros desta, recebendo tal circunstância, em razão do princípio da igualdade, igual tratamento ao que é dado às empresas que se valem de financiamento de terceiros. (negrejou-se)

Sob esta ótica, não é possível classificar como incentivo fiscal a permissão de pagamento e dedutibilidade dos juros sobre capital próprio. Como bem observado no voto vencido do Acórdão nº 1402-002.445, trata-se, no caso, de *compensação do capital investido por alguém, pessoa física ou jurídica, em uma empresa, operando em favor do 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*. Mas isto para equiparar os efeitos tributários das duas formas de financiamento, evitando que eles influenciassem a escolha da forma de capitalização, e permitindo a dedução de despesas em ambos os casos pela investida, assim como tributação semelhante dos rendimentos pela investidora.

De outro lado, apesar de previsto em norma tributária específica, os juros sobre capital próprio não deixam de ser rendimentos de ações, atribuíveis, por certo, aos titulares deste direito, do que decorre, por aplicação inafastável da legislação civil, os efeitos

típicos da instituição de usufruto, se a lei tributária nada dispôr em contrário, como bem exposto pela Conselheira Relatora.

Sob premissas semelhantes, embora analisando a distribuição de lucros a usufrutuário, a Receita Federal do Brasil já manifestou o entendimento, na Solução de Consulta COSIT nº 38, de 2018, de que *os frutos recebidos mantêm sua natureza, quer sejam devidos ao proprietário, quer ao usufrutuário*. Veja-se:

06. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, prevê:

Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

I - se nominativa, no livro de "Registro de Ações Nominativas";

II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotarà no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros.

Voto das Ações Gravadas com Usufruto

Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.

07. Por sua vez, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, - Código Civil –regula em seus arts. 1.390 a 1.411 o usufruto, modalidade de direito real que tem por efeito dividir as faculdades inerentes ao domínio (usar, gozar e dispor da coisa) entre o proprietário do bem, que passa a ser denominado nu-proprietário, e o usufrutuário, a quem são atribuídos os direitos de posse, uso, administração e percepção dos frutos.

08. A classificação desse instituto como de direito real tem importantes reflexos na avaliação da questão proposta, isso porque as relações jurídicas dessa índole implicam uma situação de domínio do titular sobre a coisa, que as diferenciam das relações meramente obrigacionais.

09. Para melhor compreensão da amplitude desse direito, vale a leitura dos seguintes esclarecimentos prestados por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

-Propriedade – jus in re propria. É o único direito real originário, de manifestação obrigatória em nosso sistema jurídico. Nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN, “a história do direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade”. A propriedade é a manifestação primária e fundamental dos direitos reais, detendo um caráter complexo em que os atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reúnem-se. Em contrapartida, os direitos reais em coisa alheia somente se manifestam quando do desdobramento eventual das faculdades contidas no domínio.

- Direitos na coisa alheia ou direitos limitados – jus in re aliena. São manifestações facultativas derivadas dos direitos reais, pois resultam na decomposição dos diversos poderes jurídicos contidos na esfera dominial. Assim, sua existência jamais será exclusiva, eis que na sua vigência convivem com o direito de propriedade, mesmo estando ele fragmentado. Exemplificando: no usufruto, o nu-proprietário vê-se despidido dos poderes de uso e gozo da coisa, porém mantém a faculdade de disposição, a

despeito dos atributos dominiais concedidos ao usufrutuário. (Curso de Direito Civil: Direitos Reais, 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 50)

10. Ainda segundo esses autores, o direito real contém uma face externa, consistente na relação de seu titular com a coletividade: direito de abstenção universal; e uma face interna:

Este lado interno é justamente o domínio, o poder de soberania exercitado sobre a coisa, que habilita o titular a praticar a atividade material de agir e desfrutar do objeto. (Op. cit., p. 51)

11. A partir dessas definições, é possível concluir que a constituição de usufruto conduz à alteração do beneficiário do rendimento produzido pela coisa, que deixa de ser o proprietário. Contudo, isso não é suficiente para alterar a natureza jurídica do rendimento recebido.

12. Com efeito, na propriedade plena, o proprietário é o titular de todos os atributos inerentes ao domínio, ao passo que, no usufruto, essa titularidade é dividida com o usufrutuário. Apesar disso, não há diferença de substância entre a titularidade de um e de outro em relação a cada uma dessas faculdades. Ou seja, os frutos recebidos mantêm sua natureza, quer sejam devidos ao proprietário, quer ao usufrutuário.

Assim, se não há diferença de substância entre a titularidade de um e de outro em relação a cada uma dessas faculdades, não é possível negar dedutibilidade aos juros sobre capital próprio apenas porque pagos ao usufrutuário. Na medida em que a autoridade fiscal não apontou qualquer vício na instituição do usufruto, nem infirmou o aporte de capital que atribuiu à "BTG Holding" a condição de acionista da autuada, a descaracterização do usufrutuário como titular das ações e os apontamentos acerca dos eventuais descompassos quanto à forma de tributação da fonte pagadora e dos beneficiários, não são suficientes para sustentar a glosa promovida, mormente tendo em conta que a Instrução Normativa RFB nº 1022/2010, assim como a Instrução Normativa RFB nº 1.585/2015, que a sucedeu, implicitamente admitem o pagamento de juros sobre capital próprio a Fundos de Investimentos, ao estipular as condições para isenção do imposto de renda.

Estas as razões, portanto, para acompanhar a Conselheira Relatora no provimento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Conselheira