



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Recurso n.º : 141.030
Matéria : IRPJ e OUTRO - Exercícios de 2002 e 2003
Recorrente : VIA CONCESSÕES LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ EM BRASÍLIA – DF.
Sessão de : 16 de junho de 2005
Acórdão n.º : 101-95.028

IRPJ – CUSTOS. DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS. – ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES. – DEDUTIBILIDADE. - O Ato Administrativo de Lançamento requer seja produzida a prova da ocorrência de fato que, inequivocamente, se subsuma à hipótese descrita pela norma jurídica. A fundamentação da glosa de custos ou despesas operacionais realizadas e contabilmente apropriadas pelo sujeito passivo, há de ser acompanhada de elemento probatório, produzido pela Fiscalização, de que os gastos suportados não são necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora dos rendimentos. O ágio pago na aquisição de debêntures, satisfeitas as condições legalmente estabelecidas, por se tratar de despesa necessária é dedutível para efeito de se determinar o lucro real.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PROCEDIMENTO REFLEXO
- A decisão prolatada no processo instaurado contra a pessoa jurídica, intitulado de principal ou matriz, da qual resulte declarada a materialização ou insubsistência do suporte fático que também embasa a relação jurídica referente à exigência materializada contra a mesma pessoa jurídica, aplica-se, por inteiro, aos denominados procedimentos decorrentes ou reflexos.

Recurso conhecido e provido.

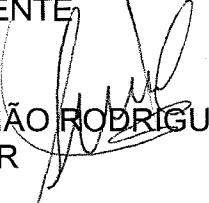
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por VIA CONCESSÕES LTDA..

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Todos os Conselheiros

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões. O Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior apresentou declaração de voto.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 09 FEV 2006

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

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

Recurso n.º : 141.030
Recorrente : VIA CONCESSÕES LTDA..

RELATÓRIO

VIA CONCESSÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ do MF sob nº 03.509.612/0001-00, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, proferida pela Segunda Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília - DF que, apreciando sua impugnação tempestivamente apresentada, manteve integralmente a exigência do crédito tributário formalizado através dos Autos de Infração de fls. ¾ (IRPJ) e 20/22 (CSLL), recorre a este Conselho na pretensão de reforma da mencionada decisão da autoridade julgadora singular.

A peça básica nos dá conta de que a matéria objeto de tributação resulta da glosa de despesas segundo descrição contida no Termo de Verificação Fiscal de fls. 013/019:

“1.1 – Indedutibilidade de Prêmio (Ágio) Pago na Aquisição de Debênture

A Sociedade Via Empreendimentos Imobiliários S/A foi constituída em 20 de setembro de 1999, com capital social de R\$ 20.000,00, divididos em 20.000 ações ordinárias sem valor nominal, totalmente subscrito e integralizado, tendo como objeto a construção civil e quaisquer serviços de engenharia civil, como projetos e orçamentos, cálculos, terraplenagem, urbanização, saneamento básico, rodoviários e pavimentação; a compra e venda, incorporação, administração de imóveis, promoção e execução de loteamento, de terrenos urbanos e rurais e a participação em empreendimentos imobiliários, sendo a seguinte a sua composição societária:

.....
Nesta mesma data, (...), a Via Empreendimentos emitiu e a VIA DRAGADOS S/A (à época denominada VIA Engenharia S/A) comprou cem debêntures no valor nominal de R\$ 20.000,00, pagando ágio de R\$ 510.000,00, por debênture. A operação custou à VIA Engenharia R\$ 53.000.000,00, sendo R\$ 2.000.000,00, de investimento, e R\$ 51.000.000,00 de ágio. O resgate das debêntures dar-se-ia pelo valor nominal dessas debêntures (R\$ 2.000.000,00), em 30/09/2002.

A escritura particular de emissão das debêntures assegurou ao debenturista remuneração correspondente a 95% do lucro apurado a partir de outubro de 1999, sendo que o pagamento se daria em

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

até 60 dias do encerramento de cada trimestre de apuração de resultados, contados a partir do mês de outubro de 1999.

.....
Ainda segundo a Escritura de Emissão Particular de Debêntures, de 20/09/1999, o prêmio de subscrição pactuado fundamentou-se nas projeções de rentabilidade futura da Via Empreendimentos, consubstanciadas no Plano de Negócios da emitente das debêntures.

A VIA Engenharia S/A (atual VIA Dragados S/A), adquirente das debêntures era controladora da sociedade emitente desses títulos (Via Empreendimentos), participando com 99,98% do seu capital social. Essas duas empresas eram, direta ou indiretamente, controladas pelos Srs. Fernando Márcio Quiroz e José Celso Valadares Gontijo (...).

Como se vê, o caso em tela refere-se a duas sociedades anônimas de capital fechado, constituindo-se de controladora e controlada, sendo que a segunda aliena à primeira debêntures, cobrando por elas ágio de 2.550% sobre o seu valor nominal, assegurando ao debenturista participação nos seus lucros, em 95%.

.....
Em 31/01/2001, a VIA Engenharia realizou cisão parcial, tendo transferido bens, direitos e obrigações às sociedades VIA Equipamentos e Serviços Ltda, atual VIA Concessões Ltda. (sociedade, também, 100% controlada pela FMQ Participações S/A e pelo Sr. José Celso Valadares Gontijo, ver nota 1), e à VIA Equipamentos e Serviços Ltda, constam as debêntures, no valor de R\$ 2.000.000,00 e o ágio relativo à aquisição das debêntures, ainda não amortizadas pela VIA, Engenharia S/A, no valor de R\$ 28.333.333,29.

O mencionado ágio foi amortizado pela VIA Equipamentos/Via Concessões no período de janeiro de 2001 a agosto de 2002, ao valor mensal de R\$ 1.416.666,66, totalizando R\$ 16.999.999,92 no ano de 2001 e R\$ 11.333.333,37, no ano de 2002 (v. documentos anexos). Nesse mesmo período, registrou remuneração de debêntures, decorrentes de participação em 95% nos lucros da Via Empreendimentos, de R\$ 24.323.572,35, em 2001 e R\$ 12.819.918,88, em 2002. Destes valores, até 08/12/2003, ainda não haviam sido recebidos pela VIA Concessões R\$ 10.815.321,92.

A Via Concessões, a partir de janeiro de 2001, passou a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL mediante as amortizações do ágio adquirido.

A emitente das debêntures, ao assegurar ao debenturista participação em 95% dos lucros apurados, nos três anos subseqüentes, reduziu as próprias bases de cálculo do IR e da

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

CSLL a 5% desses lucros, haja vista que a participação de debêntures é dedutível na determinação desses tributos.

A emissão e a aquisição das debêntures, nos moldes descritos, funcionam como mecanismo de redução dos resultados tributáveis, inicialmente da Via Empreendimentos e da VIA Engenharia, e depois também da Via Concessões, o que não é permitido por lei (...).

.....
Assim, embora a operação de emissão de debêntures possa ter sido regular, do ponto de vista formal, a fixação do valor do ágio, que é o que importa do ponto de vista fiscal, implicou "constituição" de despesa, e, portanto, há de se analisar o fato em relação à legislação fiscal, pois não se admite o surgimento de despesa por "liberalidade" dos administradores da pessoa jurídica. Em outras palavras, não têm as empresas faculdade de fixar, ao seu talante, valores de despesas dedutíveis na apuração dos tributos. Em todos os casos de contabilização de despesas, há de se provar a motivação de sua ocorrência, e que a despesa preenche os requisitos de dedutibilidade estabelecidos no Regulamento do Imposto de Renda e nas normas da CSLL.

.....
Se compararmos a natureza dos custos e despesas amortizáveis, listados no art. 325, do RIR/99, com o ágio pago na aquisição de títulos de crédito, aflora, de forma inequívoca, a dessemelhança entre a natureza do ágio e a natureza das despesas passíveis de amortização.

Como se observa, os arts. 324 e 325, do RIR/99, mantêm conexão com o 299, do mesmo regulamento, todos estabelecendo de forma minudente os limites de dedutibilidade de custos e despesas.

Assim sendo, para que não fosse necessário perquerir a natureza da despesa em tela, para se avaliar se a mesma atende ou não aos requisitos de dedutibilidade estabelecidos na legislação do IR e da CSLL, haveria de se ter lei expressa, excepcional, disciplinando a dedutibilidade, o que não ocorre no caso do ágio pago na aquisição de debêntures."

Inaugurada a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 167/179, foi proferida decisão pela Turma Julgadora de primeiro grau (fls. 185 a 194), assim assentada:

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

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/09/2002

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

Ementa: DEBÊNTURES. PRÊMIO. DESPESA DESNECESSÁRIA.

Deve ser glosada a despesa com pagamento de prêmio na aquisição de debêntures entre pessoas ligadas quando se constata que não houve qualquer necessidade da despesa para a produção de receitas ou manutenção da respectiva fonte produtora na forma da legislação fiscal.

Lançamento Procedente”

Cientificada dessa decisão em 05 de maio de 2004 (A. R. de fls. 197), a contribuinte ingressou com recurso voluntário para este Conselho, conforme petição de fls. 201 a 220, capeando a documentação de fls. 222/330, cujo inteiro teor é lido (lê-se) em Plenário, para conhecimento por parte dos demais Conselheiros.

É o Relatório.



Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

VOTO

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator.

O Recurso foi manifestado no prazo legal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Como do relato se infere, tratam os presentes autos da glosa da amortização do ágio pago na aquisição de debêntures de emissão da Companhia Via Empreendimentos Imobiliários S. A., sob o fundamento de que tais despesas não satisfazem as condições de necessidade, usualidade e normalidade, tal como exigido pela legislação de regência.

A autoridade lançadora, partindo do pressuposto de que a operação de emissão, venda e compra das debêntures estaria funcionando *“como mecanismo de redução dos resultados tributáveis”*, aponta como razões ou fundamentos para que tal redução não tenha a proteção do ordenamento jurídico:

- i) inexistência de elementos a justificar a defasagem ou o que denominou de *“desproporção”* entre o valor investido e aquele correspondente ao ágio pago na aquisição dos títulos;
- ii) falta de bilateralidade a caracterizar o negócio jurídico realizado, vez que nas condições pactuadas somente é admissível quando envolvendo sociedades coligadas;
- iii) o que norteou a fixação do ágio foi a possibilidade de apropriação de uma despesa que, uma vez registrada reduziria o montante do lucro tributável.

Outras considerações foram apresentadas pela autoridade lançadora, cabendo aqui destacar alguns aspectos:

- a criação de uma despesa não pode ser albergada pelo ordenamento jurídico, notadamente por lhe faltar o caráter de razoabilidade, sendo certo que a amplitude da liberdade poderia alcançar o infinito, com calibragem de cada caso concreto;
- a operação da qual resultou a emissão das debêntures pode ser formalmente regular, mas a fixação do valor do ágio, aspecto importante da operação, implicou constituição de despesa, sendo relevante analisar o fato sob a ótica da lei fiscal;
- à pessoa jurídica não é facultado fixar o valor da despesa que será dedutível do lucro tributável;
- a apropriação de despesa implica apresentação de prova da motivação de sua ocorrência, e de que preenche os requisitos legais a autorizar sua dedutibilidade;

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

- nos termos do artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda baixado com o Decreto nº 3.000, de 1999, o ágio pago na aquisição de debêntures por sociedade comercial dedicada à gestão de participações societárias, por não compreendido no conceito de custo ou despesa operacional, por não necessário à atividade e à manutenção da fonte produtora do rendimento, não sendo normal nem usual, não é dedutível do resultado apurado;
- mais um impeditivo à dedução do ágio é encontrado na redação do artigo 324 do citado Regulamento, na medida em que o gasto não está *"intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização dos bens e serviços"*;
- do detalhamento inserto na redação do artigo 325 do mencionado ato regulamentador, aflora a dessemelhança entre a natureza do ágio e das despesas passíveis de amortização, sendo certo a desnecessária perquirição sobre a natureza da despesa haveria que ser autorizada por lei excepcional, tratando expressamente da dedutibilidade, o que não se verifica no caso sob exame.

Contrapondo os argumentos apresentados pela Fiscalização, a pessoa jurídica autuada sustentou na fase impugnativa:

- i) inexistente, em nosso ordenamento jurídico, texto de lei que considere ilegal a operação realizada, sendo certo que o planejamento tributário, cujo objetivo seja o pagamento a menor dos impostos, só pode ser atacado se houver presente a figura da simulação, ou se tratar da tentativa de ocultar fato gerador anteriormente ocorrido;
- ii) a interpretação baseada nos conceitos de *"abuso de forma"*, ou de direito, ou considerações econômicas, não têm sido aceita pela jurisprudência;
- iii) a conduta da pessoa jurídica, constante na aquisição das debêntures é plenamente lícita, e a dedutibilidade integral das participações nos lucros, atribuídas às debêntures, está autorizada pelos artigos 462 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto nº 3.000, de 1999 Decreto nº 3.000, de 1999 e 56 da Lei nº 6.404, de 1976;
- iv) nos termos do disposto no artigo 442, III, do citado Regulamento, o prêmio na emissão de debêntures, calculado segundo a expectativa de futura rentabilidade, será receita não tributável se seu preço for registrado como reserva de capital;
- v) o fato de haver apurado lucro tanto no ano de 2001 quanto no ano de 2002, mostra a improcedência da acusação de desproporcionalidade entre o valor do ágio pago e o do investimento realizado;
- vi) o valor atribuído às debêntures resultou de Laudo elaborado por empresa especializada, que aponta a necessidade de captação da quantia de R\$ 53 milhões, valor que não apareceu aleatoriamente, como número *"criado"*;
- vii) segundo a doutrina de Roberto Barcelos de Magalhães e de Rubens Requião, os rendimentos atribuídos às debêntures, tendo por base os lucros auferidos pela Companhia emissora, caracterizam-se como de

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

- aplicações financeiras de renda variável, conclusão que é admitida pela própria CVM, através do Of. CVM/SDM nº 041/94;
- viii) se a fiscalização tem a pretensão de tributar a receita resultante da operação, não pode considerar indedutível o prêmio pago;
- ix) se a despesa com a amortização do ágio não for “operacional”, a remuneração das debêntures também não se caracteriza como receita operacional, do se conclui ser o resultado alcançado também não operacional, fato que sequer encontra obstáculo no ordenamento jurídico.

O ilustre relator do Aresto recorrido, centrado na assertiva feita no sentido de que “... o cerne da questão está na análise da possibilidade de dedução do valor do ágio na emissão de debêntures”, traz à tona algumas reflexões que deixam claro que ao promover citada análise aquele julgador refugiu ao tema central colocado como essencial para o deslinde da controvérsia.

Com efeito. Ao registrar que a pessoa jurídica atuada poderia ter promovido o lançamento de debêntures no importe ou no montante dos recursos suficientes a suprir suas necessidades (fls. 189), e que “... não era necessária a emissão das debêntures, pois a investidora poderia explorar a atividade diretamente ...” (fls. 194), o ilustre relator deu azo a que a recorrente protestasse, com razão, afirmando textualmente:

“36. Quanto à observação constante da Decisão Recorrida (...) demonstra ela o despreparo com que o assunto foi examinado.

37. A recorrente, pela experiência que tem no ramo de negócios imobiliários e de construção civil, pela riqueza de seus recursos humanos especializados e conhecimentos tecnológicos específicos e, principalmente, pela responsabilidade com que assume os riscos do negócio, deve, ela própria, decidir o que deve ou não deve fazer, em conformidade com as disposições legais vigentes. Na verdade, não compete às autoridades julgadoras de processos fiscais emitir opiniões sobre a forma como deveria a empresa conduzir os seus negócios.”

Após tecer considerações a propósito dos lançamentos contábeis promovidos pela pessoa jurídica Via Engenharia S. A., o ilustre relator registra que o valor pago a título de ágio, a teor do disposto no artigo 179, V, da Lei nº 6.404, de 1976, deveria ter sido registrado em conta do Ativo Diferido; e tendo presente os comandos jurídicos insertos no artigo 327 do Regulamento do Imposto de Renda baixado com o Decreto nº 3.000, de 1999, a amortização dos valores ali registrados só é permitida por prazo igual ou superior a cinco anos.



Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

Do rol dos encargos ou despesas constantes das alíneas “a” a “e”, do mencionado artigo 325, inciso II, não consta o ágio pago na emissão de debêntures, o que afasta, de plano, a assertiva feita no sentido de que teria ocorrido uma impropriedade digna de registro, derivada do descumprimento de disposição legal constante da legislação tributária vigente à época.

No inciso I do mencionado artigo 325, mais especificamente na sua alínea “c”, temos a previsão ou descrição da hipótese de amortização do custo de aquisição dos direitos de qualquer natureza, dentre os quais está o ágio pago na aquisição de debêntures, sem qualquer limitação quanto ao prazo para recuperação do investimento.

A debênture é considerada um instrumento que a Sociedade Anônima ou Companhia utiliza para obter financiamento, notadamente através de capital de terceiros.

Como é sabido e consabido, o Acionista contribui para a formação do capital social, e sua contribuição tem caráter permanente, vale dizer, o interesse do acionista no ativo social não é transitório, mas sim permanente, visando ganhos com o investimento, embora assumindo os riscos inerentes ao negócio realizado. Já o debenturista se apresenta como um credor da Companhia, e seu investimento tem natureza transitória.

É inegável que a operação com debênture deve ser registrada no Exigível a Longo Prazo, tendo como contrapartida conta do Ativo Diferido.

A inversão de capital na aquisição de debêntures, por valor superior ao valor nominal do título, corresponde ao ágio pago na aquisição desses títulos e deve ser registrado em conta do Ativo Diferido, ocorrendo sua recuperação quando da apropriação das correspondentes quotas de amortização, as quais serão computadas diretamente em constas de resultados, como custos operacionais. O reconhecimento de tais custos deve ocorrer enquanto o investimento contribua para a formação do resultado do exercício, ou seja, pelo prazo previsto no contrato.

A alegada impropriedade cometida no registro do valor do ágio, se ocorrida de fato, não chega a comprometer nem mesmo a alterar a natureza jurídica do negócio realizado.

Causa estranheza constatar que o ilustre relator tenha invocado as disposições legais contidas no artigo 327 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto nº 3.000, de 1999, para deixar registrado que há vedação à amortização de valores registrados em conta do Ativo Diferido, por prazo inferior a cinco anos, sem que tenha sido feito o destaque da ressalva contida no próprio parágrafo, no sentido

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

de que tal prazo se aplica apenas aos valores correspondentes a: a) *despesas de organização pré-operacionais ou pré-industriais*; ii) *despesas com pesquisas científicas ou tecnológicas*; iii) *despesas com prospecção e cubagem de jazidas ou depósitos*; iv) *custos e despesas de desenvolvimento de jazidas e minas*; v) *parte do custo, encargo e despesa resultante da utilização apenas parcial dos equipamentos ou instalações*.

Por certo que o valor do ágio pago na aquisição de debêntures não está contemplado nas disposições regulamentares invocadas pelo ilustre relator, o que implica concluir que o registro feito se apresenta irrelevante para o deslinde da presente controvérsia.

Como fácil é concluir, a decisão recorrida, fundada no voto condutor do Aresto sob exame, deixou de enfrentar, com profundidade, as questões que envolvem a glosa dos custos apropriados pela recorrente, permanecendo tão-somente em considerações superficiais, às vezes até à margem do tema central posto para decisão.

O Decreto-lei nº 1.598, de 1977, por seu artigo 15, parágrafo primeiro, autoriza a pessoa jurídica a apropriar, a título de custo ou encargo, importância correspondente à recuperação do capital investido e que contribua para a formação do resultado de mais de um período.

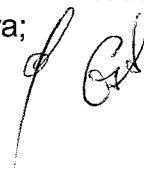
As amortizações das quotas do capital aplicado a título de custos, encargos ou despesas, a teor do artigo 58 da Lei nº 4.506, de 1964, alcança, inclusive, a aquisição de contratos e direitos de qualquer natureza, notadamente de exploração de fundos de comércio.

Segundo registro feito no Aresto atacado, a despesa deve glosada pelo fato de não se apresentar como necessária à própria emissão das debêntures.

A propósito, cumpre deixar consignado que segundo as justificativas apresentadas pela autoridade lançadora, a emissão dos títulos sequer foi questionada e, muito menos apontada como desnecessária, a ponto de lançar sua influência na apropriação contábil promovida pela investidora.

Como já registrado, os fatos que influenciaram a Fiscalização, a ponto de levá-la a considerar que o valor do ágio pago na aquisição das debêntures seria indedutível, foram;

- i) tratar-se de negócio jurídico realizado entre duas sociedades econômicas de capital fechado, controlada e controladora;



Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

- ii) alienação de debêntures com cobrança de ágio equivalente a 2550% sobre o valor nominal do título;
- iii) participação de 95% nos lucros da sociedade investida;
- iv) redução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, da emitente das debêntures a 5% do lucro líquido;
- v) a emissão dos títulos foi utilizada como mecanismo para a redução dos resultados tributáveis.

Relevante deixar consignado que as justificativas acima elencadas dizem respeito mais à Companhia emissora dos títulos que à recorrente. Aqui, para registro, cabe mencionar que autoridade lançadora sustenta que praticamente os resultados positivos alcançados pela Via Engenharia teriam sido anulados com a redução dos valores pagos a título de ágio.

Através dos registros constantes às fls. 212 a recorrente, e com razão, consigna que foi acertada a realização do investimento e deixa claro que aqui se discute apenas e tão-somente “... a situação da empresa Via Concessões S/A ...”.

A nosso sentir, o planejamento tributário foi realizado visando a economia de tributos, mas centrado nos resultados apurados pela sociedade emissora das debêntures, já que segundo o disposto nos artigos 442 e 462 do Regulamento do Imposto de Renda baixado com o Decreto nº 3.000, de 1999: i) as contribuições resultantes a subscrição de valores mobiliários, que a pessoa jurídica receber em razão de emissão de debêntures, a título de prêmio, uma vez promovido o registro como reserva de capital, não serão computadas na determinação do lucro real; e ii) as participações nos lucros asseguradas às debêntures podem ser deduzidas do lucro líquido, para efeito de determinar o lucro real.

A recorrente, na essência, realizou um investimento tendo por base o Laudo elaborado por empresa especializada, o qual indica a necessidade de que fossem captados R\$ 53 milhões, demonstrando, tecnicamente, os parâmetros utilizados para se chegar a tal conclusão, o que afasta qualquer assertiva feita no sentido de que referida importância teria surgido de forma aleatória.

Em razão da taxa interna de retorno (TIR) afluída com a realização da análise econômica do investimento, é razoável admitir que o investidor tenha se sentido atraído e, dessa forma, tenha optado por realizar o investimento nas condições pactuadas.

O professor Helenílson Cunha Pontes, atuando na condição de debatedor no Primeiro Seminário do Instituto de Pesquisas Tributárias – IPT, realizado no mês de novembro de 2002, publicado sob o título “IMPACTO TRIBUTÁRIO do Novo Código Civil, publicado pela Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2004, págs. 155 a 170, em face da palestra proferida pelo nobre advogado Marco Aurélio Greco,

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

externou sua posição a propósito do tema "O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil", nestes termos:

"... A meu ver, só temos uma hipótese de inexistência de um motivo real: quando estamos na área do abuso. Se eu estou na área do abuso, estou na área do ilícito. Se estou na área do ilícito, o que era permitido se transforma em proibido. Aqui eu lembro que esses temas de fraude à lei e abuso de direito configuram o que a Dogmática denomina ilícitos atípicos. Por que atípicos? Porque a ilicitude não decorre da contrariedade a uma regra expressa prevista no ordenamento. A contrariedade decorre do exercício de um poder ou de uma norma que permite a você agir, ou seja, você age com base numa norma que lhe permite fazer aquilo, mas a consequência da sua ação viola a eficácia de um determinado princípio. Isso é óbvio em matéria tributária, temos aqui um princípio que é o princípio da capacidade contributiva que está sempre subjacente ao nosso discurso. Quando dentro da minha liberdade contratual pratico um negócio jurídico que posso praticar porque é permitido pelo ordenamento, mas a consequência daquele meu negócio é lesiva à eficácia do princípio da capacidade contributiva, eu posso estar no âmbito do chamado abuso de direito ou abuso da lei. O que vai dizer se estou no âmbito do abuso do direito ou no âmbito do abuso da lei vai ser a ofensa que eu vou ter causado com aquele meu ato ao princípio da capacidade contributiva. ...".

.....
Agora para concluir, me parece que o tema do abuso não pode ser confundido com o tema da antielisão. Colocar o tema do abuso de direito ou fraude à lei dentro do tema antielisão significa tornar ilícitas ações lícitas. Tenho certeza que o Marco Aurélio não está dizendo isso, mas eu tenho medo do que vai acontecer com a aplicação da Medida Provisória 66 (atual Lei 10.637/02). Significa dizer que economizar tributo passou a ser ilícito, porque diz lá a MP 66 que o motivo seja equivalente. Nós não podemos transformar a exceção, que é a fraude à lei, que é uma possibilidade teórica, uma possibilidade jurídica, uma possibilidade normativa, na regra, isto é, toda e qualquer hipótese de elisão que configurar a prática de um negócio jurídico indireto ou atípico ser desconsiderada simplesmente por que foi para economizar tributo. Uma coisa é elisão, outra coisa é o abuso de forma, o abuso de direito. (...) Dizer que não tenho mais a opção entre duas ou três forma lícitas significa dizer que não tenho mais liberdade de contratar. Liberdade pressupõe alternativas de comportamento. Aceita o pressuposto de que em alguns casos eu não tenho uma alternativa de comportamento na seara tributária, isto é, devo escolher o caminho que o Fisco (não através da lei, mas da interpretação desta), me determinou, significa concluir que desapareceu a liberdade de contratar, de optar entre caminhos igualmente lícitos. Em uma palavra, significa retirar, significa negar

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

tudo que é de valor na Constituição no que tange à liberdade de iniciativa.”

Na mesma obra, agora trazendo à baila palestra do Dr. Ricardo Mariz de Oliveira “Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário”, págs. 176 a 207, pedimos vênha para reproduzir as passagens como abaixo:

“Inicialmente, é necessário relembrar que a elisão tributária lícita sempre se caracterizou, e se contrapôs à evasão fiscal ilícita, por três – e apenas três – requisitos: (1) ser resultado de atos ou omissões anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que se quer elidir; (2) ser resultado de atos praticados ou omissões mantidas com absoluta observância da ordem jurídica aplicável à situação, ou seja, com absoluta licitude; (3) ser resultado de atos ou omissões reais, e não de atos simulados.

Sempre destaquei que o terceiro requisito está contido no segundo, pois simulação é vício do ato jurídico, portanto, causa de ilicitude, mas é colocada em destaque pó a principal causa de evasão fiscal, como já dito acima. Tanto isto é verdade que a Lei Complementar nº 104 veio se ocupar apenas dela.

Os três citados requisitos são referidos na doutrina e na jurisprudência predominantes, a despeito de algumas vozes isoladas, embora respeitáveis.

.....
A ilicitude do objeto ou o objetivo de fraudar a lei imperativa não se confundem com a intenção de economizar tributos através de procedimentos lícitos, pois a elisão fiscal é direito que promana da Constituição Federal.

Também é preciso não confundir o motivo determinante do negócio, comum a ambas as partes, que, quando ilícito torna nulo o contrato, com a motivação das partes na estruturação regular dos seus negócios, com vistas à economia de tributos.

Outrossim, embora a lei tributária seja imperativa, a sua imperatividade somente existe após a ocorrência do fato gerador, de tal arte que, antes desse evento o objetivo de evitá-lo, que de resto é constitucionalmente assegurado, não representa fraude à lei tributária.

Portanto, essas causas de nulidade dizem respeito ao negócio jurídico em si, e não aos efeitos tributários dele decorrentes.

.....
Paralelamente, o art. 104 do novo estatuto civil, reprisando o anterior art, 82, afirma que a validade do negócio jurídico requer “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Ora,

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

determinada estrutura jurídica produtora de objeto lícito, possível, determinado ou determinável no âmbito privado, e igualmente produtora das conseqüentes incidências ou não incidências tributárias, atende a ambos os dispositivos.

Em suma, como sempre foi, o ato continuará lícito enquanto praticado no exercício regular de um direito. O qualificativo “regular” contrapõe-se, como sempre ocorreu, ao exercício irregular, o que se manifesta em cada situação, segundo as suas peculiaridades e circunstâncias.

Mas nem de longe se pode pensar que a escolha de um caminho legal tendente a produzir a elisão fiscal possa, por si só, representar irregular exercício de direito. Pelo contrário, é regular exercício de direito constitucional, na medida em que, como já dito e repetido, o caminho escolhido seja lícito.

.....
O parágrafo segundo é importante, na medida em que os atos forem praticados com o ânimo do proprietário exercer os atributos da propriedade, acima aludidos, sem prejudicar outrem, que não é o caso do fisco quando não chega a adquirir direito à cobrança de algum tributo porque o proprietário usou o seu patrimônio sem adentra a situação necessária e suficiente à exigência desse tributo.

Em outras palavras, este ou aquele uso da propriedade com vista à economia de tributos é uso que traz utilidade para o proprietário, e, se tal uso não se constitui em “situação definida em lei como necessária e suficiente” à ocorrência do fato gerador, na dicção do art. 114 do CTN, não há intenção de prejudicar o fisco. Tal intenção somente pode existir se o fisco tiver direito ao tributo pela já existência da respectiva situação necessária e suficiente.”

Na esteira dessas considerações, voto no sentido de que seja dado provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo na presente relação jurídico-tributária.

Sala das Sessões - DF, em 16 de junho de 2005.

SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

Declaro meu voto para esclarecer as razões de ter acompanhado o douto Relator na questão da amortização do prêmio em debêntures, posto que pelas suas conclusões, tão-somente.

Os fatos descritos pela decisão recorrida são os seguintes:

“Prêmio/Ágio na Aquisição de Debênture - Despesa Não Necessária

Pelas informações trazidas aos autos, a Via Empreendimentos Imobiliários S/A foi constituída em 20 de setembro de 1999, com um capital de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, na mesma data, emitiu debêntures no importe de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

As mencionadas debêntures foram adquiridas pela Via Engenharia S/A, atual Via Dragados S/A, pelo montante de R\$ 53.000.000,00 (cinquenta e três milhões de reais), sendo, no caso, o importe de R\$ 51.000.000,00 contabilizado como ágio na aquisição de debêntures.

O ágio assim constituído foi posteriormente amortizado, à razão de um trinta e seis avos, tendo, desse modo, reduzido a base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro.

O autuante informa que os mencionados valores são indedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, com amparo, entre outros, no art. 299 do Regulamento do Imposto sobre a Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

A impugnante, por seu turno, alega que pode conformar lícitamente seus negócios de modo a pagar a menor carga tributária possível.

O cerne da questão está na análise da possibilidade de dedução do valor do ágio na emissão das debêntures.”

Questão semelhante foi analisada por esta Câmara, quando do Acórdão 101-94986/05, em voto da ilustre Conselheira Sandra Faroni, que restou assim ementado:

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

“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.”

Neste último julgado o litígio versou sobre a indedutibilidade dos próprios encargos com as debêntures emitidas, e não sobre a amortização do prêmio pago pelo debenturista na emissão. No entanto, a Câmara, por maioria de votos, entendeu que, no contexto daquele procedimento, havia a transformação de verdadeiros lucros travestidos em encargos com debêntures, e como lucros não são dedutíveis manteve o lançamento.

No citado julgado havia emissões de debêntures mediante conversão de dividendos a distribuir, permitindo-se o pagamento de até 70% do lucro, como encargos de debêntures com participação nos lucros.

Ora, os fatos do processo em tela são ainda mais gravosos. A emitente foi constituída pelo próprio sócio debenturista, com capital reduzido para o seu objeto social, e imediatamente após a sua constituição emitiu debêntures que pagavam participação superior a 90% dos lucros.

Os valores recebidos como encargos de debêntures pela sócia debenturista foram tributados, porém com efeitos anulados dada a amortização do desmesurado prêmio (ágio) pago pelo próprio sócio debenturista.

Ocorre que essa anulação de efeitos não traz consequência tributária maior, haja vista que, em verdade, e na esteira do que já decidido por esta Colenda Câmara, o que se paga não são encargos de debêntures, mas sim lucros, os quais não devem ser tributados.

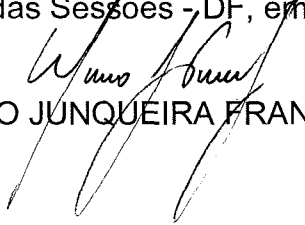
A jurisprudência desta Câmara indica que o lançamento correto seria na emitente, por indedutibilidade dos encargos pagos.

Two handwritten signatures in black ink, one on the left and one on the right, appearing to be initials or names.

Processo n.º : 10166.000053/2004-23
Acórdão n.º : 101-95.028

Esses os motivos que me fazem acompanhar o Relator em seu provimento quanto à questão de amortização do prêmio com debêntures.

Sala das Sessões - DF, em 16 de junho de 2005


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

