



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

Processo nº 10166.000239/2004-82
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-002.936 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria PAGAMENTO DE ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE DEBÊNTURES
Embargante DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BRASÍLIA
Interessado VIA ENGENHARIA S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL. DRF BRASÍLIA. "LIQUIDAÇÃO" DA DECISÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ALEGADO VÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.

Rejeitam-se os embargos de declaração quando restar não demonstrada ou não comprovada a existência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos. Ausente momentânea e justificadamente o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro. Participou do julgamento o Conselheiros Suplente Breno do Carmo Moreira Vieira.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel - Relator.

Processo nº 10166.000239/2004-82
Acórdão n.º **1301-002.936**

S1-C3T1
Fl. 3.971

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente), Roberto Silva Junior, Angelo Abrantes Nunes (Suplente Convocado), Amelia Wakako Morishita Yamamoto, Nelso Kichel, Jose Eduardo Dornelas Souza, Leonam Rocha de Medeiros (Suplente Convocado) e Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se do recurso de Embargos de Declaração manejado pelo Delegado da Receita Federal - DRF/Brasília (e-fls. 3902/3906), alegando existência de omissão, contradição ou obscuridade no **Acórdão nº 101-96.458** - 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes (atual 1ª Seção de Julgamento do CARF) (e-fls. 3876/3897), proferido na **Sessão de 05/12/2007**, que julgara os Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o **Acórdão nº 101-95.365** -1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes, **Sessão de 26/01/2006** (e-fls. 3755/3796).

A controvérsia, objeto destes Embargos de Declaração, reside acerca da despesa (amortização) do ágio pago na aquisição de debêntures, quanto aos anos-calendário 1999 e 2000.

Quanto aos fatos:

Consta do auto de infração do IRPJ e reflexo (CSLL), lavrado pela fiscalização da DRF/Brasília, em 14/12/2003, dentre outras, a imputação da seguinte infração (e-fls. 13/26), *in verbis*:

(...)

007 - DESPESAS INDEDUTÍVEIS

Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures, haja vista que o mesmo não é dedutível na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, conforme item 1.5, do Termo de Verificação Fiscal, peça integrante do presente auto de infração.

Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)

31/12/1999 R\$ 5.666.666,67 75,00

31/12/2000 R\$ 16.999.999,92 75,00

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 247, 249, inciso I, 251, 299, 324 e parágrafos 1º ao 4º, 325, I e II, c/c 841, III, do RIR/99.

(...)

Ainda, transcrevo a narrativa dos fatos constante do citado item 1.5 do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 27/61), *in verbis*:

(...)

1. CUSTOS INEXISTENTES NO PERÍODO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

(...)

1.5 — Inedutibilidade de Ágio Pago na Aquisição de Debêntures

a) Prêmio na Subscrição de Debêntures

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, e 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:

Via Engenharia S/A 19.996 ações R\$ 19.996,00 (99,98%)

José Celso Valadares Gontijo 2 ações R\$ 2,00 (0,01%)

Fernando Márcio Queiroz 2 ações R\$ 2,00 (0,01%)

Nesta mesma data, 20 de setembro de 1999, a **Via Empreendimentos** emitiu e a **fiscalizada** (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, tendo a **fiscalizada** se comprometido a liquidar o débito até 31/12/1999. 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 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.

Apesar das partes terem acordado que o valor integral da aquisição deveria ser liquidado até 31/12/1999, a fiscalizada, no ano de 1999, somente pagou à **Via Empreendimentos** a importância de R\$ 32.484.977,51. Esse valor foi liquidado com a cessão onerosa de direitos e obrigações sobre terrenos de propriedade da fiscalizada, destinados à incorporação e construção de edifícios residenciais, em fase preliminar de

estudos ou com projetos, memoriais e outros documentos em elaboração ou em fase de aprovação, e de todos os direitos e obrigações sobre as incorporações imobiliárias já constituídas, com construção em andamento ou a serem iniciadas.

*O restante, R\$ 20.515.022,49, somente foi liquidado em 31/12/2000, mediante compensação de créditos e débitos entre a **fiscalizada** e a **Via Empreendimentos**, emitente das debêntures. Desse valor, R\$ 5.635.196,00 foi liquidado com os próprios rendimentos das debêntures auferidos nos meses de junho, setembro e dezembro de 2.000, e, o restante, pela inversão de capital na edificação de unidades imobiliárias sobre os terrenos onerosamente cedidos pela fiscalizada como parte de pagamento das debêntures, posto que como condição negocial da cessão onerosa de direitos, a **fiscalizada** ficou obrigada a construir, com os seus próprios recursos, os imóveis sobre os terrenos transacionados.*

*A **VIA Engenharia S/A (atual VIA DRAGADOS S/A)**, debenturista, tinha por objetivos sociais a construção civil e quaisquer serviços de engenharia civil; a compra e venda, incorporação e administração de imóveis, promoção e execução de loteamentos de terrenos urbanos ou rurais e a participação em empreendimentos imobiliários; e a compra e venda de materiais de construção.*

*Observe-se, de início, que a **fiscalizada**, adquirente das debêntures (Via Engenharia), 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 Queiroz 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%.

*No mesmo mês de aquisição dos títulos de crédito, a fiscalizada iniciou a amortização do ágio, à razão de um, trinta e seis avos, ao mês. Uma parte do mencionado ágio foi amortizada pela fiscalizada no período de setembro de 1999 a dezembro de 2000, ao valor mensal de R\$ 1.416.666,66 (R\$ 51.000.000,00/36), **totalizando R\$ 5.666.666,64, no ano de 1999 e R\$ 16.999.999,92, no ano de 2000** (v. documentos anexos), totalizando R\$ 22.666.666,56 nesses dois anos. A outra parte foi amortizada pela **VIA Máquinas e Equipamentos (atual VIA Concessões)**, haja vista que em 31/01/2001 foi promovida a **cisão parcial** da fiscalizada. Assim, o investimento (R\$ 2.000.000,00) e o respectivo ágio não amortizado pela fiscalizada (R\$ 28.333.333,44) foram transferidos para a*

mencionada sociedade, a qual também pertence aos Srs. Jose Celso e Fernando.

*Nesse mesmo período, a **fiscalizada** registrou remuneração de debêntures, pela participação nos lucros da VIA Empreendimentos Imobiliários S/A, de R\$ 0,00, em 1999, e R\$ 5.635.196,00, em 2000, tendo omitido registro de receita em dezembro de 2000, no valor de R\$ 6.752.248,43 (v. documento anexo), o que motiva o lançamento descrito no item 5.2.*

A fiscalizada, ao realizar a aquisição de debêntures, pagando por elas ágio de 2.550% (R\$ 510.000,00 por debênture de R\$ 20.000,00), passou a reduzir a base de cálculo do IR e da CSLL mediante as amortizações do ágio pago.

A emitente das debêntures, ao assegurar ao debenturista participação em 95% dos lucros apurados, nos três anos subsequentes, reduziu as próprias bases de cálculo do IR e da 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, funcionaram como mecanismo de redução dos resultados tributáveis das duas empresas, o que não é permitido por lei, como se demonstrará.

Registre-se, a propósito:

a) a falta de elementos que justifiquem e comprovem a desproporção existente entre o valor do ágio pago (R\$ 51.000.000,00) e o do investimento realizado (R\$ 2.000.000,00), tendo-se em vista que, em casos da espécie, o principal é o investimento e o acessório é o ágio;

b) que somente entre sociedades controlada e controladora é concebível negócio em que o investimento seja de R\$ 53 milhões e o retorno certo de apenas R\$ 2 milhões, pois, neste caso, não se verifica o caráter bilateral da operação, eis que os acionistas controladores decidem pelos dois participantes da operação, isto é, tomador e investidor, no caso da VIA Engenharia e VIA Empreendimentos, eram controlados pelas mesmas pessoas (Srs. Fernando e José Celso)

c) que a fixação do alto valor do ágio objetivou a criação de despesas supostamente dedutíveis, de mesmo valor, na apuração do IRPJ e da CSLL, numa das empresas (a debenturista), independentemente do resultado a ser obtido com o suposto investimento, pois o resultado econômico não era relevante, já que se tratava de negócio entre sociedades controlada e controladora, em que resultados positivos e negativos se anulavam, na análise conjunta do resultado do empréstimo/investimento.

Ora, não é razoável considerar que a legislação fiscal permite a "criação" de despesas dedutíveis.

Cumpre alertar que, se a liberalidade da lei fiscal fosse tão vasta, o valor do ágio poderia ser calibrado, caso a caso, sempre voltado para anular lucros que seriam tributados. Na situação em comento, a calibragem apontou para R\$ 51.000.000,00, mas, nada impediria que fosse de R\$ 153.000.000,00, ou seja, 3 vezes mais. Tudo estaria a depender da vontade exclusiva dos acionistas controladores dessas sociedades.

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, ha 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.

Assim, cabe inicialmente analisar em que contexto custos e despesas são admitidos como dedutíveis na apuração do lucro real. Assim dispõe artigo 299, do RIR/99:

(...)

*Extrai-se desse preceito que é **indedutível**, na apuração das bases de cálculo do IR e da CSLL, o ágio pago na aquisição de debêntures por sociedade comercial que se dedica à construção civil, e não à atividade de investimento de risco, pois tal ágio não está compreendido no conceito de custo ou de despesa operacional, porquanto não é necessário à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, nem constitui despesa usual ou normal no tipo de transações, operações ou atividades da referida sociedade.*

Cumpre também analisar as regras que especificamente regulam os gastos passíveis de serem amortizados. Dispõe o art. 324 do RIR/99:

(...)

Portanto essa norma constitui mais um impeditivo à dedução do ágio, no caso, de vez que é evidente que o ágio não é intrinsecamente relacionado com a produção ou comercialização dos bens e serviços gerados pela sociedade.

A legislação do imposto de renda não se limitou a estabelecer regras genéricas sobre a matéria. Cuidou, para que não

remanescessem dívidas, de detalhar a natureza dos custos e das despesas que poderiam ser amortizáveis.

Dispõe o art. 325, do RIR/99:

(...)

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.

Obs:

É oportuno registrar que não há de se comparar ágio pago na aquisição de participação societária com o ágio cobrado na emissão de debêntures. O primeiro é um preço de entrada que a sociedade cobra dos novos acionistas, para restabelecer o equilíbrio patrimonial entre eles e os antigos, indenizando a estes pelo fato de que aqueles, pagando apenas o valor de subscrição (nominal), entrariam para a sociedade com iguais direitos. O ágio (ou prêmio) pago na emissão de debêntures não tem essa motivação.

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 perquirir 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.

Do exposto, extrai-se que dispêndios realizados na especulação financeira, caracterizada por pagamento de ágio na aquisição de títulos de crédito, não constituem custos ou despesas operacionais dedutíveis, nem inversão de capital passível de amortização, devendo as mesmas ser glosadas para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

(...)

Na 1ª instância de julgamento, a infração **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** restou mantida pelo Acórdão da DRJ/Brasília (2ª Turma), de 07/05/2004 (e-fls. 3486/3504), cuja ementa, nesta parte, reproduzo:

(...)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2002

(...)

Ágio Pago na Aquisição de Debêntures - 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.

(...)

Ciente desse *decisum*, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário (e-fls.3527/3601), na parte que restou vencida na instância *a quo*, e juntou aos autos, ainda, Laudo de Avaliação de rentabilidade futura projetada (e-fls. 3672/3689) e cópia da Escritura de Emissão Particular de Debêntures, de 20/09/2009 e Primeiro Termo de Alteração (e-fls. 3650/3659).

Na Sessão de **11/08/2005**, a 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes (atual 1ª Seção de Julgamento do CARF), conforme **Acórdão nº 101-95.136** (e-fls.3711/3750), afastou a infração imputada **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** por ser despesa dedutível, cuja ementa e parte dispositiva do acórdão transcrevo, no que pertinente, *in verbis*:

(...)

"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 a 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 a atividade da empresa ou a 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."

(...)

*ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR-lhe provimento PARCIAL, para: 1) excluir da incidência do IRPJ as importâncias de R\$ 5.666.666,67, no ano de 1999, R\$ 30.014.717,80, no ano de 2000 e **R\$ 5.374.595,58**, no ano de 2001; 2) ajustar as exigências reflexas, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. **Todos os Conselheiros acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões, em relação ao item "glosa das despesas com ágio na aquisição de debêntures".***

(...)

Voto

(...)

No pertinente à glosa das despesas com ágio na aquisição das debêntures, invoco os fundamentos expendidos no voto proferido por ocasião do julgamento do Recurso n.º 141.030, em data de 16 de junho próximo passado, tendo como recorrente Via Concessões Ltda., do que resultou no Acórdão n.º 101-95.028 "verbis":

(...)

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.

(...)

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 dos debêntures seria indedutível, foram;

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

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) aflorada 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.

(...)

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

Pelo exposto, entendo que as parcelas de R\$ 5.666.666,67 e R\$ 16.999.999,92, devem ser excluídas da base de cálculo do tributo.

(...)

Obs: A turma votou com o relator, pelas conclusões, quanto ao afastamento da **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures (despesa dedutível), anos -calendário 1999 e 2000**, discordando, porém, quanto à fundamentação do relator em relação ao tratamento tributário da operação na empresa emitente das debêntures (encargos pagos pela emitente das debêntures).

Processo nº 10166.000239/2004-82
Acórdão n.º **1301-002.936**

S1-C3T1
Fl. 3.981

A entrega de 95% dos lucros pela empresa emitente à adquirente das debêntures. Glosa dessa despesa deveria ser na emitente. O lançamento correto seria na emitente, por indedutibilidade dos encargos pagos, conforme declaração de voto constante do Acórdão nº **101-95.028**, de 16/06/2005, Processo conexo nº 10166.000053/2004-23, contribuinte VIA CONCESSÕES LTDA, anos-calendário 2001 e 2002, que trata do mesmo fato (amortização do ágio na aquisição de debêntures emitidas por Via Empreendimentos).

Assim, no Acórdão nº 101-95.136 (e-fls.3711/3750) e Acórdão nº **101-95.365 -correção de erro material do acórdão anterior** (e-fls. 3755/3796, lide objeto destes autos, por lapso, foi esquecido de citar a existência da indigitada declaração de voto quanto à votação da turma pelas conclusões, no processo conexo nº 10166.000053/2004-23.

Houve apresentação de embargos de declaração pela PFN, como será visto mais adiante, para esclarecer acerca da motivação do voto da maioria quanto ao acórdão citado Acórdão 101-95.136 e Acórdão nº 101-95.365, **em relação ao afastamento da glosa das despesas (amortização do ágio)**. Porém, a falta de motivação foi só aparente, não real, pois como disse a declaração de voto existe, e só foi esquecida de mencionar expressamente nos referidos acórdãos.

Ainda, o Relator do voto condutor do Acórdão nº **101-95.136** (e-fls.3711/3750) apresentou Embargos de Declaração para ajuste (correção de erro material) no nesse acórdão.

Na Sessão de **26/01/2006**, pela 1ª Câmara do 1º CC, atual 1ª Seção de Julgamento do CARF, os embargos do Relator foram acolhidos para dirimir contradição, conforme ementa e parte dispositiva do Acórdão **101-95.365** (e-fls. 3755/3796), *in verbis*:

(...)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. — CONTRADIÇÃO CONTIDA NO ARESTO. - Os embargos de declaração devem ser acolhidos para dirimir a contradição existente entre o voto e o decido pelo acórdão embargado.

(...)

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER os embargos de declaração opostos, a fim de rerratificar o Acórdão nr. 101-95.136, 10.08.05, para que passe a constar a seguinte decisão: "Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR-lhe provimento PARCIAL, para:

1) excluir da incidência do IRPJ as importâncias de R\$ 5.666.666,67, no ano de 1999, R\$ 30.014.717,80, no ano de 2000 e R\$ 13.352.778,68, no ano de 2001;

2) ajustar as exigências reflexas.

Todos os Conselheiros acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões, relação ao item "glosa das despesas com ágio na aquisição de debêntures", nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Obs: Como visto os Embargos de Declaração do Relator tinham por objeto apenas infração imputada quanto ao ano-calendário 2001. Ou seja, não versaram acerca da infração Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures, anos-calendário 1999 e 2000.

Intimada a PFN desse *decisum*, apresentou Embargos de Declaração, alegando que não haveria motivação expressa dos Conselheiros que votaram acompanhando o relator, mas pelas conclusões (e-fls. 3799/3810).

Enfrentando os Embargos de Declaração da PFN, na Sessão de **05/12/2007** a 1ª Câmara do então 1º CC, atual 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme **Acórdão nº 01-96.458** (e-fls.3875/3896), acolheu parcialmente os embargos para esclarecer acerca da motivação do voto da maioria, que seguiu o relator pelas conclusões, quando do **afastamento da glosa das despesas (amortização do ágio) pelo acórdão embargado**, e decidiu rerratificar o **Acórdão nº 101-95.365, de 26/01/2006**, cuja ementa e parte dispositiva transcrevo:

(...)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO- Configurados os vícios de contradição entre a decisão e seus fundamentos e de omissão, devem ser acolhidos os embargos para sanar a contradição e suprir a omissão.

(...).

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER parcialmente os embargos de declaração para rerratificar o acórdão Nº 101-95.365, proferido na sessão de 26/01/2006, para:

a) (...);

b) (...);

c) quanto a glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer a respeito da motivação do voto da maioria, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Voto

(...)

A Fazenda Nacional, em sua manifestação, não apontou obscuridade, dúvida ou contradição, nem qualquer ponto sobre o qual a Câmara, devendo se pronunciar, não o tenha feito. O que a Fazenda Nacional reclama é que, tendo os conselheiros acompanhado o relator pelas suas conclusões, não ficou expresso o fundamento desses conselheiros para cancelar a exigência.

(...)

Como reconhece o representante da Fazenda Nacional, o voto do relator tem a mesma fundamentação expendida no voto

condutor do Acórdão 101- 95.028, de 16 de junho de 2005, proferido no recurso nº 141.030 interposto por Via Concessões, e que trata do mesmo fato (amortização do ágio na aquisição de debêntures emitidas por Via Empreendimentos).

Naquele processo, a Câmara também votou pelas conclusões, e a motivação da Câmara foi a mesma que constou na declaração de voto do Conselheiro Mario Junqueira Franco Junior, e que o ilustre Procurador da Fazenda Nacional transcreve em seus embargos.

A Câmara votou de acordo com a sua jurisprudência (mencione-se o Acórdão 101- 04.986 de 19 de maio de 2005), no sentido de que nesses casos, o que a sociedade emitente das debêntures paga, a rigor, não são encargos de debêntures, mas sim lucros, que não são tributados. Considerou a Câmara que o lançamento correto seria na emitente das debêntures, mediante glosa da dedução dos encargos pagos.

Pondera o ilustre representante da Fazenda Nacional que, se a Câmara concluiu pela invalidade do contrato de compra e venda de debêntures, caberia, além da glosa dos encargos de debêntures pelo emitente, a glosa de despesas de ágio contabilizadas pela adquirente desses títulos, que tenha excedido valor das receitas provenientes do investimento.

Ocorre que a jurisprudência da Câmara não é no sentido de declarar inválido o negócio jurídico. Até porque, não tendo caracterizado o negócio jurídico como ilícito, nem mesmo a Fiscalização poderia desconsiderá-lo, uma vez que o parágrafo único do art. 116 do CTN não foi regulamentado, conforme exige a Lei Complementar.

O que a Câmara decidiu foi que os encargos pagos pela sociedade emitente das debêntures são indedutíveis, por serem despesas desnecessárias, dado carecerem da característica de usualidade e normalidade. Confira-se pelos excertos abaixo, do voto condutor do Acórdão 101- 94.986 de 19 de maio de 2005. (...).

Como visto, a jurisprudência da Câmara não foi no sentido de considerar inválido o negócio, como sugere a Fazenda Nacional, mas sim de glosar as despesas relativas à remuneração paga pela emitente, correspondente à quase totalidade dos lucros da empresa, dado seu caráter de despesas desnecessárias (não usuais nem normais). Por isso, todas as ponderações da Fazenda Nacional, que têm como pressuposto a invalidade do negócio jurídico, são irrelevantes.

Pelas razões declinadas, acolho parcialmente os embargos para:

a) (...);

b) (...);

c) *Quanto à glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer, no corpo deste voto, a respeito da motivação do voto da maioria.*

(...)

A PFN, ciente dessa decisão que julgara seus embargos, não recorreu, acatou a decisão.

Porém, quando da "liquidação", execução administrativa do **Acórdão nº 01-96.458**, de 05/12/2007, pela unidade local da RFB, no caso a DRF/Brasília, em 04/08/2008 o Delegado dessa unidade local embargou o referido acórdão, alegando que ainda haveria omissão, obscuridade ou contradição (e-fls. 3903/3906), nos seguintes termos, *in verbis*:

(...)

O Delegado da Receita Federal do Brasil em Brasília, na qualidade de autoridade encarregada da execução dos Acórdãos nºs 101-95.365 e 101-96.458, proferidos nos autos do processo administrativo em epígrafe, vem, com fundamento no art. 57 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO pelas razões a seguir:

Indedutibilidade de Ágio Pago na Aquisição de Debêntures

A decisão relativa à matéria acima indicada, prolatada por essa e. Câmara no acórdão 101-95.365, nestes autos, fls. 1662 a 1674, foi embargada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, estando a decisão quanto aos embargos assim ementada:

Acórdão 101-96.458

"Por unanimidade de votos, ACOLHER parcialmente os embargos de declaração para rerratificar o Acórdão N.º 101-95.365, proferido na sessão de 26/01/2006, para... c) quanto à glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer a respeito da motivação do voto da maioria.

(...)

No voto condutor do referido acórdão consta que, no Acórdão 101-95.365:

"A Câmara votou de acordo com a sua jurisprudência (mencione-se o Acórdão 101-94.986 de 19 de maio de 2005), no sentido de que nesses casos, o que a sociedade emitente das debêntures paga, a rigor, não são encargos de debêntures, mas sim lucros, que não são tributados. Considerou a Câmara que o lançamento correto seria na emitente das debêntures, mediante glosa da dedução dos encargos pagos."

Consta ainda da referida peça que:

"O que a Câmara decidiu foi que os encargos pagos pela sociedade emitente das debêntures são indedutíveis, por serem

despesas desnecessárias, dado carecerem da característica de ususalidade e normalidade."

Está registrado também que:

"... a jurisprudência da Câmara não foi no sentido de considerar inválido o negócio ... mas sim de glosar as despesas relativas à remuneração paga pela emitente, correspondente à quase totalidade dos lucros da empresa, dado seu caráter de despesas desnecessárias (não usuais nem normais)".

*Há, portanto, afirmações contraditórias: ora se diz que a Câmara conferiu a **natureza de lucros** aos pagamentos feitos pela emitente das debêntures à adquirente dos títulos; ora se diz que tais pagamentos são **despesas desnecessárias** (não usuais nem normais), portanto, indedutíveis na determinação do lucro tributável da emitente.*

Cabe, então, requerer o esclarecimento de tais pontos, pois as respectivas implicações são diferentes, determinando conclusões diversas na interpretação da motivação adotada pela maioria, no julgamento que resultou no Acórdão 101-95365.

*Com efeito, se os valores referidos **são lucros**, tem-se que efetivamente não são dedutíveis na apuração do lucro tributável da emitente das debêntures, pelo simples de fato de serem lucros.*

*No que respeita à **adquirente das debêntures**, tais lucros não são tributáveis. A adquirente das debêntures então, para concretizar essa não tributação dos lucros recebidos da emitente, **anulou-os mediante a dedução de parte do valor do ágio pago na aquisição dos títulos.***

Se a maioria do colegiado, então, adotou o entendimento de que os valores recebidos da emitente pela adquirente das debêntures são lucros, tem-se que a maioria decidiu pela manutenção, da exigência fiscal, do valor de R\$ 5.666.666,64, em 1999, correspondente à parcela da despesa com ágio deduzida, uma vez que a adquirente nada teria recebido a título de lucro da emitente naquele ano; e R\$ 11.364.603,92 em 2000, correspondente à diferença entre o valor da parcela da despesa com ágio (R\$ 16.999.999,92) e o lucro recebido da emitente, contabilizados naquele ano (R\$ 5.635.296,00).

Conclui-se, assim, que não foi esclarecida a questão levantada nos embargos opostos pela PFN ao Acórdão 101-95365 (item IV, fls. 1669 a 1673, dos autos) que levaria ao provimento parcial do recurso, na matéria, a qual demonstrava que a exigência fiscal deveria ser parcialmente mantida, se adotado, pelo colegiado, o entendimento de que a emitente das debêntures distribuíra lucros à adquirente, independentemente do colegiado ter julgado válida ou não a Escritura de Emissão Particular de Debêntures.

Em relação à afirmação de que "os encargos pagos pela sociedade emitente das debêntures são indedutíveis, por serem

despesas desnecessárias, dado carecerem da característica de usualidade e normalidade", tem-se que os valores contabilizados como despesas de remuneração de debêntures são efetivamente indedutíveis na determinação do lucro da emitente; e que a receita recebida pela adquirente deve integrar a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL (pois não provém de distribuição de lucro e sim de remuneração de debêntures).

Contudo, nada se pode concluir quanto à questão da dedutibilidade ou não da despesa com ágio na apuração do lucro da adquirente, tendo em vista que nenhuma manifestação quanto à dedutibilidade ou não da despesa com ágio, na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL da adquirente, foi feita pelo colegiado (despesa essa que foi glosada por não ser necessária ou usual; item 1.5, do auto de infração') e que a despesa que se considera desnecessária, na emitente (pagamento de encargos de debêntures), não tem a mesma natureza da despesa realizada pela adquirente.

(...)

Se, apesar disso, a maioria do colegiado considerou que a despesa com ágio, como a despesa de remuneração de debêntures, é desnecessária, tem-se que a maioria se posicionou contra o relator, que defendia a dedutibilidade da despesa com ágio. O dispositivo do Acórdão 101-95.365, portanto, não expressa a decisão que foi realmente adotada pela maioria.

Se o entendimento da maioria foi o de que o valor pago pela emitente à adquirente das debêntures tem natureza de lucro o provimento deveria ter sido parcial para excluir da exigência o valor de R\$ 5.635.296,00 (conforme demonstrado nos embargos da PFN), entretanto, se a maioria do colegiado entendeu que os encargos pagos pela sociedade emitente das debêntures são indedutíveis, por serem despesas desnecessárias, há de se perquirir, obrigatoriamente, a natureza da despesa com aquisição de ágio, se despesa dedutível ou indedutível. Se indedutível (não usual e nem normal) haveria de se ter negado provimento ao recurso da recorrente.

Assim, tem-se que somente na hipótese da maioria do colegiado ter entendido que os encargos pagos pela emitente são desnecessários, e que a despesa com a aquisição de ágio, pago pela adquirente, ser necessária (usual e normal) é que o dispositivo do Acórdão 101-95365 não precisa ser reformado.

Assim, requer a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília sejam sanadas as omissões, obscuridade e contradições acima expostas, constantes do voto condutor do r. acórdão proferido por essa e. Câmara, para que possa proceder à execução da decisão.

Reiterando as contrarrazões apresentadas nos autos por ocasião dos Embargos de Declaração da PFN, a contribuinte apresentou nos autos, desta feita, Memorial sintetizando a matéria controvertida (e-fls.3911/3927).

Na Sessão de **26/08/2014**, a 1ª Câmara/3ª Turma Ordinária da 1ª Seção de Julgamento do CARF converteu o julgamento em diligência, para apuração da tempestividade dos Embargos de Declaração do Delegado, conforme voto condutor da Resolução **1103-000.149** (e-fls. 3927/3948) que transcrevo, no que pertinente, *in verbis*:

(...)

Nos termos do Regimento Interno do antigo Conselho de Contribuintes, vigente na época dos fatos, Portaria MF nº 147, no art. 57, está positivado que:

(...)

Do texto se extrai que, cientificada a parte, têm ela cinco dias para opor o recurso.

Não consta dos autos, de forma segura, a data em que os autos ingressaram na Delegacia da Receita Federal em Brasília, a data formal do conhecimento do v. acórdão pelo Ilmo. Sr. Delegado, bem como a data formal da saída dos autos da aludida repartição pública, impossibilitando assegurar que o recurso tenha sido interposto dentro do prazo admitido pela lei.

Dessa forma, voto por converter o julgamento em diligência, para que seja intimada a Delegacia da Receita Federal em Brasília, com o fim de certificar nos autos: a) a data formal do ingresso dos autos à Delegacia da Receita Federal em Brasília e, se houver, a data do conhecimento formal do v. acórdão pelo Ilmo. Sr. Delegado; e b) a data formal da saída dos autos da aludida repartição pública.

Os autos retornaram ao CARF contendo o despacho de encaminhamento de 20/11/2014 - resultado da diligência (e-fls. 3950/3951):

(...)

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

Em cumprimento à Resolução nº 1103-000.149 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, juntou-se tela do sistema COMPROT com as movimentações do processo às fls. 3950. Verifica-se que as informações do sistema corroboram os registros feitos na capa do processo (fl. 1). Esses elementos atestam a movimentação dos autos do Primeiro Conselho de Contribuintes para a DRF/BSA em 21/7/2008 e o seu retorno ao conselho em 6/8/2008. Não é possível se afirmar, todavia, em que data o Delegado da DRF/BSA tomou conhecimento do acórdão embargado. Sendo o que se tinha a esclarecer, devolve-se o processo ao CARF para a continuidade de seu andamento.

DATA DE EMISSÃO : 20/11/2014

(...)

Na Sessão de 15/05/2017, novamente o julgamento foi convertido em diligência fiscal, dessa vez pela Resolução nº 1301-000.408 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (e-fls. 3958/3961), para apuração da tempestividade dos Embargos de Declaração do Delegado, conforme voto condutor que transcrevo, *in verbis*:

(...)

Com o retorno dos autos, vieram as informações de fls. 3.950/3.951, as quais revelam que os autos, saindo do CARF, ingressaram na DRF/Brasília no dia 21/07/2008, de lá voltando para o CARF no dia 06/08/2008.

No entanto, conforme fl. 3951, servidor público da Dicat/DRF/Brasília relata a impossibilidade de se afirmar a data em que o Delegado tomou ciência do acórdão embargado. O recurso de Embargos ora opostos, por sua vez, está datado do dia 04/08/2008, à fl. 3.867.

Na vigência do artigo 57, § 1º, do Anexo I do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, o Delegado da DRF dispunha do prazo de cinco dias, contados da ciência do acórdão, para interpor os embargos de declaração.

Nesse sentido, é a própria autoridade legitimada que deve ser intimada a fazer prova da observância aos requisitos impostos pelo Regimento Interno, para a oposição dos embargos de declaração.

Parece-me indubitável que outro agente público não pode substituir aquele que está previsto em atos normativos para o exercício de certas atividades, nem mesmo para fazer prova de que os legitimados cumprem os requisitos regimentais, quando estes sequer foram intimados para tanto.

O auxílio de terceiros, para fins de comprovação de tais requisitos, só se pode admitir quando o legitimado, devidamente intimado, assim o requerer, desde que inexista proibição em ato normativo.

No caso concreto, a própria organização administrativa obsteu a chegada dos autos ao conhecimento do Delegado, pois um subordinado tomou-lhe a frente para responder que a prova exigida da tempestividade seria impossível ao superior hierárquico, assim assumido a atividade que não lhe competia.

Diante do exposto, voto no sentido de se converter o julgamento em diligência para que o Delegado da DRF/Brasília seja intimado a comprovar a data em que formalmente fora cientificado do acórdão embargado.

(...)

Os autos retornaram ao CARF, com o seguinte despacho de encaminhamento de 15/09/2017, informação do Delegado da DRF/Brasília (e-fls. 3967):

(...)

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

De acordo com o Regimento Interno do Carf vigente à época (artigo 57, §1º da Portaria MF 147/2007), não há previsão legal para registrar a ciência formal do Acórdão embargado pelo Delegado da Receita Federal, todavia, considerar a data da efetiva entrada do referido processo na DRF como termo a quo de início de contagem do prazo não é real, pois a DRF recebe inúmeros processos para preparo do contencioso, e a utilizar esta data, todos os embargos seriam apresentados fora do prazo, assim, declaro que o Acórdão foi encaminhado para o Gabinete da DRF, acompanhado do referido Embargo, no dia 04/08/2008, data em que tomei ciência do Acórdão e assinei os embargos de fls. 3864 a 3867.

DATA DE EMISSÃO : 15/09/2017

*Emitir Parecer / Despacho / JOAO PAULO RAMOS FACHADA
MARTINS DA SILVA (...)*

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel - Relator

Na Sessão de **26/08/2014**, a 1ª Câmara/3ª Turma Ordinária da 1ª Seção de Julgamento do CARF converteu o julgamento em diligência, para apuração da tempestividade dos Embargos de Declaração opostos pelo Delegado da DRF/Brasília, conforme Resolução **1103-000.149** (e-fls. 3927/3948).

Os autos retornaram ao CARF com resultado da diligência fiscal, informando que não seria possível precisar que data o Delegado da DRF/Brasília teria tomado conhecimento do acórdão que embargara (e-fl. 3951), conforme despacho de encaminhamento de 20/11/2014 que transcrevo, *in verbis*::

(...)

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

Em cumprimento à Resolução nº 1103-000.149 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, juntou-se tela do sistema COMPROT com as movimentações do processo às fls. 3950.

Verifica-se que as informações do sistema corroboram os registros feitos na capa do processo (fl. 1).

Esses elementos atestam a movimentação dos autos do Primeiro Conselho de Contribuintes para a DRF/BSA em 21/7/2008 e o seu retorno ao conselho em 6/8/2008.

Não é possível se afirmar, todavia, em que data o Delegado da DRF/BSA tomou conhecimento do acórdão embargado. Sendo o que se tinha a esclarecer, devolve-se o processo ao CARF para a continuidade de seu andamento.

DATA DE EMISSÃO : 20/11/2014

(...)

Porém, essas informações são suficientes para aferição da tempestividade do Embargos de Declaração opostos pela autoridade da DRF/Brasília.

Consta do Manual de Exame de Admissibilidade de Embargos no âmbito do CARF, aprovado pela Portaria CARF nº 85, de 1º de dezembro de 2017, *in verbis*:

(...)

3.1.2.5 Tempestividade de Embargos de Declaração do Titular de Unidade da RFB encarregada da liquidação e execução do acórdão:

*Aplicam-se as mesmas regras estabelecidas para ciência da Fazenda Nacional (art. 79, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015), ou seja, a autoridade legitimada **considera-se cientificada do acórdão após o decurso do prazo de trinta dias contado do Despacho de Encaminhamento/movimentação do e-processo.***

A partir daí, o prazo é de cinco dias para eventual oposição de Embargos de Declaração.

Caso a movimentação do CARF para a Unidade da RFB encarregada da liquidação/execução do acórdão não seja direta, o prazo de trinta dias será contado da data de encaminhamento/movimentação, da Unidade da RFB centralizadora/distribuidora para a Unidade da RFB encarregada da liquidação/execução do acórdão. A data considerada como de apresentação dos Embargos é a data do encaminhamento/movimentação no e-Processo, da Unidade da RFB encarregada da liquidação/execução do acórdão para o CARF, ou para a Unidade da RFB centralizadora/distribuidora

A contagem dos trinta dias para determinação da data da ciência deve ser iniciada no dia seguinte à data do despacho de encaminhamento/movimentação e consequente entrega dos autos à Unidade da RFB, independentemente de o dia da semana ser útil ou não, ou de que se trate de dia de expediente normal ou não. O critério de contagem do prazo previsto para aperfeiçoamento da intimação presumida não se confunde com o critério de contagem do prazo para a prática dos atos processuais.

(...)

A movimentação dos autos do processo do Primeiro Conselho de Contribuintes para a DRF/BSA ocorreu em **21/07/2008**.

A ciência presumida do Delegado da RFB ocorreu trinta dias a partir dessa data, ou seja, em **20/08/2008**.

O prazo para apresentar o recurso de embargos é de cinco dias da ciência da decisão.

A autoridade administrativo-fiscal, no caso, tinha prazo até o dia **25/08/2008** (segunda-feira) para apresentar os embargos.

Porém, o retorno dos autos ao CARF, com a peça do recurso dos Embargos de Declaração devidamente juntada, deu-se em **06/08/2008**. Vale dizer, muito antes do prazo fatal do dia **25/08/2008**.

Mas, no caso houve outra diligência ainda.

Na Sessão de 15/05/2017, novamente o julgamento foi convertido em diligência fiscal, dessa vez pela Resolução nº 1301-000.408 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária (e-fls. 3958/3961), para apuração da tempestividade dos Embargos de Declaração do Delegado.

No relatório dessa última diligência realizada, despacho de encaminhamento de 15/09/2017, consta informação do Delegado da DRF/Brasília de que tomara ciência em 04/08/2008 (e-fls. 3967), *in verbis*:

(...)

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

*De acordo com o Regimento Interno do Carf vigente à época (artigo 57, §1º da Portaria MF 147/2007), não há previsão legal para registrar a ciência formal do Acórdão embargado pelo Delegado da Receita Federal, todavia, considerar a data da efetiva entrada do referido processo na DRF como termo a quo de início de contagem do prazo não é real, pois a DRF recebe inúmeros processos para preparo do contencioso, e a utilizar esta data, todos os embargos seriam apresentados fora do prazo, assim, declaro que o Acórdão foi encaminhado para o Gabinete da DRF, acompanhado do referido Embargo, no dia **04/08/2008**, data em que tomei ciência do Acórdão e assinei os embargos de fls. 3864 a 3867.*

DATA DE EMISSÃO : 15/09/2017

**Emitir Parecer / Despacho / JOAO PAULO RAMOS FACHADA
MARTINS DA SILVA (...).**

Como o retorno dos autos ao CARF, com a peça do recurso dos Embargos de Declaração devidamente juntada, deu-se em **06/08/2008**, o recurso foi interposto dentro do prazo de cinco dias.

Portanto, por serem tempestivos, conheço dos Embargos de Declaração interpostos pela autoridade da DRF/Brasília.

Superada a preliminar, passo a analisar os embargos propriamente ditos.

A matéria controvertida, objeto destes embargos, está restrita ao ágio pago na aquisição de debêntures pelo sujeito passivo, ou seja, à despesa (amortização da despesa de ágio pago) apropriada nos anos-calendário 1999 e 2000 que implicou redução do IRPJ e da CSLL.

O fisco glosou a despesa - indedutibilidade do ágio pago na aquisição de Debêntures, quanto aos anos-calendário 1999 e 2000.

Porém, na Sessão de **11/08/2005**, a 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes (atual 1ª Seção de Julgamento do CARF), conforme **Acórdão nº 101-95.136** (e-fls.3711/3750), afastou a infração imputada **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** por ser despesa dedutível, seguindo o voto do relator, pela conclusões.

Ainda, o Relator do voto condutor do Acórdão nº **101-95.136** (e-fls.3711/3750) apresentou Embargos de Declaração para ajuste do citado acórdão (correção de erro material).

Na Sessão de **26/01/2006**, pela 1ª Câmara do 1º CC, atual 1ª Seção de Julgamento do CARF, os embargos do Relator foram acolhidos para dirimir contradição, conforme Acórdão **101-95.365** (e-fls. 3755/3796), restando mantido o afastamento da glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures, pois os conselheiros seguiram o voto do relator, mas pelas conclusões, conforme decidido no Acórdão nº 101-95.136.

Na sequência, o **Acórdão nº 101-96.458** - 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes (atual 1ª Seção de Julgamento do CARF) (e-fls. 3876/3897), proferido na **Sessão de 05/12/2007** que julgou os Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o **Acórdão nº 101-95.365** -1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes, **Sessão de 26/01/2006** (e-fls. 3755/3796), manteve também a glosa, conforme ementa, parte dispositiva e voto já transcritos no relatório.

Ciente dessa decisão a PFN quedou-se resignada, ou seja, não recorreu.

Por outro lado, o Delegado da DRF/Brasília manejou Embargos de Declaração (e-fls. 3902/3906), alegando existência de omissão, contradição ou obscuridade no **Acórdão nº 01-96.458**, de 05/12/2007, que julgou os Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o **Acórdão nº 101-95.365** -1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes, **Sessão de 26/01/2006** (e-fls. 3755/3796), pois argumenta que, tendo os conselheiros acompanhado o relator pelas conclusões, não ficou expresso o fundamento do voto desses conselheiros para cancelar a exigência.

Vale dizer, a Delegacia da Receita Federal em Brasília, por meio de seu Delegado, alegou que, quando da "liquidação", execução da decisão na órbita administrativa, constatou obscuridade, omissão ou contradição na decisão ora embargada (**Acórdão nº 101-96.458, que julgou os embargos da PFN**) (e-fls.3876/3897), pois:

a) quanto aos fundamentos do afastamento da glosa da despesa (amortização) do ágio na aquisição de debêntures, atinente aos anos-calendário 1999 e 2000 pelo **Acórdão nº 101-95.136** (e-fls.3711/3750), tendo os conselheiros acompanhado o relator pelas suas conclusões, não ficou expresso o fundamento desses conselheiros para cancelar a exigência.

b) que o Acórdão **101-95.365** (e-fls. 3755/3796), Sessão de **26/01/2006**, da 1ª Câmara do 1º CC, atual 1ª Seção de Julgamento do CARF, apenas corrigiu erro material ou contradição de outras infrações;

c) que, assim, o Acórdão nº 101-96.458 - que julgou os embargos da PFN - não teria esclarecido os fundamentos reais do afastamento da glosa da despesa, amortização do ágio pago na aquisição das debêntures pela autuada de que tratam os Acórdãos nºs **101-95.136** e nº **101-95.365**.

Os embargos do Delegado da DRF/Brasília não merecem prosperar, pois não demonstrou existência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, quanto ao afastamento da infração **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** quanto aos anos-calendário 1999 e 2000.

Primeiro, para compreender a decisão embargada, é necessário contextualizar, retomar os fatos.

No dia 20 de setembro de 1999, a Via Empreendimentos S/A emitiu e a **VIA Engenharia S/A (sujeito passivo)** comprou cem debêntures por R\$ 2.000.000,00 (Dois milhões de reais), pagando ágio de R\$ 51.000.000,00 (Cinquenta e um milhões de reais).

No mesmo mês de aquisição dos citados títulos de crédito, a **VIA Engenharia S/A (sujeito passivo)** iniciou a amortização do ágio, à razão de um trinta e seis avos, ao mês.

Uma parte do mencionado ágio foi amortizada no período de setembro de 1999 a dezembro de 2000, ao valor mensal de R\$ 1.416.666,66 (R\$ 51.000.000,00/36), **totalizando R\$ 5.666.666,64, no ano de 1999 e R\$ 16.999.999,92, no ano de 2000**, totalizando R\$ 22.666.666,56 nesses dois anos.

A outra parte foi amortizada pela **VIA Máquinas e Equipamentos (atual VIA Concessões)**, haja vista que em 31/01/2001 foi promovida a **cisão parcial** da **VIA Engenharia S/A (sujeito passivo)**.

Assim, o investimento R\$ 2.000.000,00 e o respectivo ágio não amortizado pela **VIA Engenharia S/A (sujeito passivo)** R\$ 28.333.333,44 foram transferidos para a mencionada sociedade, ou seja, **VIA Máquinas e Equipamentos (atual VIA Concessões)**.

A amortização do ágio na aquisição das debêntures citadas (dedução dessa despesa) foi glosada pelo fisco, por auto de infração, ou seja:

a) na empresa **VIA Engenharia S/A**, a glosa da despesa de ágio abarcou os anos-calendário 1999 e 2000 (lançamento de ofício objeto destes autos);

b) na **VIA Máquinas e Equipamentos (atual VIA Concessões)**, a glosa da despesa de ágio abarcou os anos-calendário 2001 e 2002 (objeto do Processo nº 10166.000053/2004-23).

O presente processo e o processo 10166.000053/2004-23 são conexos. Tratam da mesma operação de aquisição de debêntures com pagamento de ágio.

A lide do processo da **Via Concessões** tramitou mais rápido, e foi julgado no Conselho de Contribuintes (atual CARF) muito antes deste processo.

Naquele processo, a **glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** quanto aos anos-calendário 2001 e 2002 restou afastada, por unanimidade de votos (todos os conselheiros acompanharam o relator, porém pelas conclusões e o Cons. Mário Junqueira Franco Júnior apresentou declaração de voto), processo 10166.000053/2004-23 (conexo), sujeito passivo **VIA Concessões Ltda** (anterior denominação **VIA Máquinas e Equipamentos**), conforme Acórdão nº 101-95.028 - Primeira Câmara do então 1º CC, **Sessão de 16/06/2005**, anos-calendário 2001 e 2002, cuja ementa, parte dispositiva e voto transcrevo, a seguir, *in verbis*:

(...).

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.

Recurso conhecido e provido.

(...)

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

Voto

(...)

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.

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 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; lir) 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 controlado*
- 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.

(...)

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

(...)

DECLARAÇÃO DE VOTO

(...)

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

(...)

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 101-94.986/05, em voto da ilustre Conselheira Sandra Faroni, que restou assim ementado:

"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.

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

(...)

Já nestes autos, na Sessão de **11/08/2005**, a mesma 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes, conforme **Acórdão nº 101-95.136** (e-fls.3711/3750), também afastou a infração imputada **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures** por ser despesa dedutível, anos-calendário 1999 e 2000. Todos os Conselheiros igualmente acompanharam o mesmo relator pelas conclusões, porém o acórdão - desta vez - deixou de consignar, expressamente, por lapso, que o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior já apresentara declaração de voto no Acórdão nº 101-95.028 - Primeira Câmara do então 1º CC, **Sessão de 16/06/2005**, anos-calendário 2001 e 2002 (Processo conexo nº 10166.000053/2004-23).

Como visto, a alegada falta de expressa fundamentação da decisão pelas conclusões (todos os Conselheiros seguiram o relator pelas conclusões - **Acórdão nº 101-95.136** e-fls.3711/3750) é apenas aparente, não é real, pois a mesma matéria (mesmos fatos) foram julgados, anteriormente, no processo conexo 10166.000053/2004-23 e consta, expressamente, declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior. Ambos os processos foram julgados pelo mesmo Colegiado, mesmo relator, e mesma composição da Turma.

Neste processo, a Turma, portanto, votou com o relator, pelas conclusões, quanto ao afastamento da **Glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures (despesa dedutível), anos calendário 1999 e 2000, com fulcro no art. 325,I, alínea "c" do RIR/99**, discordando, porém, quanto à fundamentação do relator em relação ao tratamento tributário da operação na empresa emitente das debêntures (encargos pagos pela emitente das debêntures à adquirente das debêntures).

A entrega de 95% dos lucros do respectivo ano-calendário pela empresa emitente à adquirente das debêntures, se foi lançada como despesa na emitente das debêntures, deveria ter sido glosada na empresa emitente. O lançamento correto seria na emitente, por

indedutibilidade dos encargos pagos na emissão de debêntures, conforme declaração de voto constante do Acórdão nº **101-95.028**, de 16/06/2005, Processo conexo nº 10166.000053/2004-23, contribuinte VIA CONCESSÕES LTDA, anos-calendário 2001 e 2002, que trata do mesmo fato (amortização do ágio na aquisição de debêntures emitidas por Via Empreendimentos).

Assim, no Acórdão nº 101-95.136 (e-fls.3711/3750), que trata da lide objeto destes autos, por lapso, deixou-se de consignar expressamente a existência da indigitada declaração de voto, porém não representou prejuízo algum, pois o entendimento dos Conselheiros que votaram acompanhando o relator pela conclusões está materializado na declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, no processo conexo.

Embora a PFN, num primeiro momento, tenha apresentados embargos de declaração, acabou convencida, por fim, que em relação a todos os Conselheiros que acompanharam o relator pelas conclusões, a motivação ou fundamentação da decisão está, realmente, materializada na declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

Tanto isso é verdade que a PFN, ciente do **Acórdão nº 01-96.458** (e-fls.3875/3896), não recorreu, quedou-se, acatou a decisão, que tratou de esclarecer acerca da motivação do voto da maioria quanto ao acórdão embargado, **em relação ao afastamento da glosa das despesas (amortização do ágio)**, ou seja, que decidiu rerratificar o **Acórdão nº 101-95.365, de 26/01/2006**, cuja ementa e parte dispositiva transcrevo:

(...)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO- Configurados os vícios de contradição entre a decisão e seus fundamentos e de omissão, devem ser acolhidos os embargos para sanar a contradição e suprir a omissão.

(...).

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER parcialmente os embargos de declaração para rerratificar o acórdão Nº 101-95.365, proferido na sessão de 26/01/2006, para:

a) (...);

b) (...);

c) quanto a glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer a respeito da motivação do voto da maioria, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(...)

Voto

(...)

Alega a embargante a existência de omissão nos fundamentos para a anulação dessa exigência, pois, ao se aplicar ao caso o

decidido no acórdão nº 101- 95.128 (o nº correto é 101-95.028), o resultado não seria o provimento total, mas apenas o parcial do recurso voluntário, para excluir da incidência a parcela de R\$ 5.635.296,00, e não de R\$ 16.999.999,92, no ano de 2000, e a manutenção da incidência do IRPJ e da CSLL sobre a importância de R\$ 5.666.666,67, no ano de 1999.

Apona a Fazenda Nacional que os demais conselheiros acompanharam o Relator apenas pelas conclusões, e conclui que o Acórdão, decisão da maioria, carece de fundamento. Diz serem não sabidas as razões para o cancelamento da exigência, sabendo-se apenas que, certamente, não são os argumentos expressos no voto condutor do acórdão.

*Reporta-se a declaração de voto do **Conselheiro Mario Junqueira Franco Júnior**, proferido no Acórdão 101-96.028, em recurso voluntário interposto pela **Via Concessões**, para entender que a Câmara concluiu pela invalidade do contrato de debêntures, e que, nesse caso, o provimento deveria ser parcial.*

(...)

A Fazenda Nacional, em sua manifestação, não apontou obscuridade, dúvida ou contradição, nem qualquer ponto sobre o qual a Câmara, devendo se pronunciar, não o tenha feito. O que a Fazenda Nacional reclama é que, tendo os conselheiros acompanhado o relator pelas suas conclusões, não ficou expresso o fundamento desses conselheiros para cancelar a exigência.

(...)

Como reconhece o representante da Fazenda Nacional, o voto do relator tem a mesma fundamentação expendida no voto condutor do Acórdão 101- 95.028, de 16 de junho de 2005, proferido no recurso nº 141.030 interposto por Via Concessões, e que trata do mesmo fato (amortização do ágio na aquisição de debêntures emitidas por Via Empreendimentos).

Naquele processo, a Câmara também votou pelas conclusões, e a motivação da Câmara foi a mesma que constou na declaração de voto do Conselheiro Mario Junqueira Franco Junior, e que o ilustre Procurador da Fazenda Nacional transcreve em seus embargos.

A Câmara votou de acordo com a sua jurisprudência (mencione-se o Acórdão 101- 04.986 de 19 de maio de 2005), no sentido de que nesses casos, o que a sociedade emitente das debêntures paga, a rigor, não são encargos de debêntures, mas sim lucros, que não são tributados. Considerou a Câmara que o lançamento correto seria na emitente das debêntures, mediante glosa da dedução dos encargos pagos.

Pondera o ilustre representante da Fazenda Nacional que, se a Câmara concluiu pela invalidade do contrato de compra e venda de debêntures, caberia, além da glosa dos encargos de

debêntures pelo emitente, a glosa de despesas de ágio contabilizadas pela adquirente desses títulos, que tenha excedido valor das receitas provenientes do investimento.

Ocorre que a jurisprudência da Câmara não é no sentido de declarar inválido o negócio jurídico. Até porque, não tendo caracterizado o negócio jurídico como ilícito, nem mesmo a Fiscalização poderia desconsiderá-lo, uma vez que o parágrafo único do art. 116 do CTN não foi regulamentado, conforme exige a Lei Complementar.

O que a Câmara decidiu foi que os encargos pagos pela sociedade emitente das debêntures são indedutíveis, por serem despesas desnecessárias, dado carecerem da característica de usualidade e normalidade. Confira-se pelos excertos abaixo, do voto condutor do Acórdão 101- 94.986 de 19 de maio de 2005. (...).

*Como visto, a jurisprudência da Câmara **não** foi no sentido de considerar inválido o negócio, como sugere a Fazenda Nacional, mas sim de glosar as despesas relativas à remuneração paga pela emitente, correspondente à quase totalidade dos lucros da empresa, dado seu caráter de despesas desnecessárias (não usuais nem normais). Por isso, todas as ponderações da Fazenda Nacional, que têm como pressuposto a invalidade do negócio jurídico, são irrelevantes.*

Pelas razões declinadas, acolho parcialmente os embargos para:

a) (...);

b) (...);

c) Quanto à glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer, no corpo deste voto, a respeito da motivação do voto da maioria.

(...)

A PFN, ciente dessa decisão que julgara seus embargos, não recorreu, acatou a decisão, como já dito alhures.

Assim, em consonância com a jurisprudência do CARF, a orientação adotada na fundamentação do Acórdão nº 101-95.365, foi de que na empresa emitente das debêntures, o pagamento - a título de participação nos lucros pela empresa debenturista - não configurou encargo ou despesa dedutível (e se foi deduzida como despesa deveria ser glosada, por ser desnecessária), pois houve mero pagamento de distribuição de lucros (não tributável), em face de **subscrição de capital**, pela empresa adquirente das debêntures. Não incide IRPJ na distribuição dos lucros na legislação de regência.

Ainda, cabe transcrever, no que pertinente, o disposto no Memorial apresentado pela **Via Engenharia S/A** (e-fls.3911/3927), por resumir e esclarecer a conexão dos processos, *in verbis*:

(...)

5.4. Os lançamentos (de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins), notificados em 29.12.2003, foram formalizados em seis processos: (i) três em nome de Via Dragados: 10166.000239/2004- 82 (IRPJ e CSLL), 10166.000050/2004 -90 (Cofins) e 10166.000051/2004-34 (PIS); (ii) três em nome de Via Concessões: 10166.000053/2004 -23 (IRPJ e CSLL), 10166.000052/2004-89 (PIS) e 10166.000055/2004-12 (Cofins).

(...)

5.6. Além disso, em 23.06.2006, formalizou, em nome de Via Empreendimentos, um sétimo processo, nº 14041.000286/2006-55, para cobrança de IRPJ e CSLL sobre os pagamentos efetuados às ADQUIRENTES, agora sob a alegação de que a operação tinha natureza de "subscrição de capital", de forma que os valores pagos tinham natureza de "lucros" e não de "participações" de debêntures.

6. Ratificando tratar-se de "subscrição de debêntures", duas Câmaras do 2º CC explicitaram o entendimento de que as participações recebidas eram receitas (financeiras), não obstante cancelaram os lançamentos de PIS e Cofins sob alegação de que tais receitas não eram integrantes do "faturamento", conforme Acórdãos 203-11.966 e 203-11.967 (da Via Dragados) e 202-17.864 e 202 e 202-17.865 (da Via Concessões), todos proferidos no dia 28.03.2007.

6.1. Ratificando tratar-se de "subscrição de debêntures", a Fazenda Nacional recorreu à CSRF, numa tentativa de manter as cobranças de PIS e de Cofins, insistindo em que, tratando-se de receitas de participações, elas integravam o "faturamento" de acordo com a definição do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

7. Portanto, tida como boa a operação no presente processo, a 1ª Câmara do 1º CC, tanto no Acórdão 101-95.028, de 16.06.2005 (Processo 10166.000053/2004-23 da Via Concessões), como no Acórdão 101-95.365, de 26.01.2006 (da Via Dragados), cancelou a glosa do ágio, com base nas "conclusões" do Relator, consignadas ao final das respectivas "Ementas", in verbis:

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.

7.1. Na "Decisão" do Acórdão 101-95.028 constou a observação: **"Todos os Conselheiros acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões. O Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior apresentou declaração de voto".**

7.2. Na "Decisão" do Acórdão 101-95.365 constou observação no mesmo teor: **"Todos os Conselheiros acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões, em relação ao item 'glosa das despesas com ágio na aquisição de debêntures', mas sem menção à Declaração de Voto.**

(...)

8. Na Declaração de Voto inserida no Acórdão 101-95.028 (da Via Concessões), o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior fez, *ipsis litteris*, as considerações que foram transcritas (à fl. 1671) pela Fazenda Nacional nos Embargos que opôs ao Acórdão 101-95.365 (do presente processo), a saber:

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 ineditabilidade dos encargos pagos.

8.1. No Acórdão 101-95.365, de 26.01.2006 (da Via Dragados), não houve juntada de Declaração de Votos. Mas, a Ilustre Relatora do Acórdão 101-96.458, embargado pela DRF, testemunha que ***"a motivação da Câmara foi a mesma que constou na declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior"***, conforme tópicos extraídos da página 19 do voto que instrui o Acórdão 101-96.458, a saber:

Como reconhece o representante da Fazenda Nacional, o voto do relator tem a mesma fundamentação expendida no voto condutor do Acórdão 101-95.028, de 16 de junho de 2005, proferido no recurso nº 141.030 interposto por Via Concessões, e que trata do mesmo fato (amortização do ágio na aquisição de debêntures emitidas por Via Empreendimentos).

Naquele processo, a Câmara também votou pelas conclusões, e a motivação da Câmara foi a mesma que constou na declaração de voto do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, e que o ilustre Procurador da Fazenda Nacional transcreve em seus embargos.

8.2. A essência da Declaração de Voto de Mário Junqueira, na medida em que acompanha o Relator "pelas conclusões" (transcritas acima), consiste na ***ressalva*** de que entendia que o ***"lançamento correto seria na emitente"*** (mas sem contrariar as razões invocadas pelo Relator).

8.3. Dai se infere que Mário Junqueira Franco Júnior, bem como os Conselheiros que acompanharam seu voto, entendia que o lançamento objeto dos Embargos da DRF fora feito de forma errônea.

8.4. Assim sendo, a ressalva de Mário Junqueira não contraria a fundamentação do Relator do Acórdão 101-95.365. Mesmo porque este já havia dito, ao início da fl. 1652, que os fatos que influenciaram a Fiscalização a considerar indedutível o ágio "dizem respeito mais à companhia emissora dos títulos do que à recorrente", confira-se:

Relevante deixar consignado que as justificativas acima elencadas dizem respeito mais à Companhia emissora dos títulos que à recorrente.

9. Faz-se, agora, pequena digressão. Tão logo tomou conhecimento da Declaração de Voto de Mário Junqueira, integrante do Acórdão 101-95.028 (da Via Concessões), a Fiscalização iniciou, em abril de 2006, ação fiscal na EMITENTE das debêntures, aplicando, desta vez, o entendimento expresso na citada Declaração de Votos ("**de que o lançamento correto seria na emitente, por indedutibilidade dos encargos pagos**"), eis que os "encargos pagos" teriam natureza de "lucros distribuídos".

9.1. A nova ação fiscal culminou na lavratura, contra a EMITENTE, de autos de IRPJ e CSLL mediante glosa das participações pagas, como está registrado no Processo 14041.000286/2006-55, (...).

(...)

10. Retorna-se ao tema central. Em 12.02.2007, a Fazenda Nacional opõe **Embargos de Declaração** ao Acórdão 101-95.365 (fls. 1669/1673), reclamando que, por falta de Declaração de Voto, o Acórdão resultou desprovido da motivação da maioria - que votou pelas conclusões.

10.1. A Fazenda Nacional, claramente influenciada pelos "subsídios" do próprio autor da ação fiscal, postas no documento de fls. 1720/1727, **supondo inválido o negócio realizado**, sugeriu, como solução do litígio, manter o lançamento pela diferença entre o valor das amortizações do ágio e o valor das participações recebidas (penúltimo parágrafo da fl. 1726).

11. O sujeito passivo ponderou, em contrarrazões (fls. 1714/1718), que a fórmula sugerida pela Fazenda Nacional não era apropriada por:

- implicar mudança no critério jurídico do lançamento (art. 146 do CTN);
- supor que a Câmara concluíra pela invalidade da operação realizada;
- não abranger as repercussões da operação ocorridas na Via Concessões;
- não cancelar as exigências de PIS e Cofins constituídas com base nas "receitas".

12. A 1ª Câmara do 1ª CC acolheu os Embargos da Fazenda e proferiu o Acórdão 101- 96.458, de 05.12.2007 (embargado pela DRF), com a seguinte decisão:

Por unanimidade de votos, ACOLHER parcialmente os embargos de declaração para rerratificar o Acórdão nº 101-95.365, proferido na sessão de 26/01/2006, para: (...) c) quanto à glosa das despesas com ágio, acolher os embargos para esclarecer a respeito da motivação do voto da maioria.

12.1. Assim, esse Acórdão mantém o provimento relativo à amortização do ágio.

12.2. A Ilustre Relatora, à página 20, retruca as ponderações da Fazenda, de que "caberia, além da glosa dos encargos de debêntures pelo emitente, a glosa de despesas de ágio contabilizadas pela adquirente desses títulos, que tenha excedido o valor das receitas provenientes do investimento", nos seguintes termos:

Ocorre que a jurisprudência da Câmara não é no sentido de declarar inválido o negócio jurídico. Até porque, não tendo caracterizado o negócio jurídico como ilícito, nem mesmo a Fiscalização poderia desconsiderá-lo, uma vez que o parágrafo único do art. 116 do CTN não foi regulamentado, conforme exige a Lei Complementar.

13. A Fazenda Nacional, a quem compete fazer a defesa nas "decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal", segundo art. 12 da Lei Complementar 73/1993, ao tomar ciência, em 18.07.2008, do Acórdão 101-96.458, **declinou da apresentação de qualquer outro recurso**, conforme consta do documento de fl. 1760.

(...)

14.1. Ora, na medida em que o Acórdão 101-96.458 mantém o provimento integral da amortização do ágio, dispensa-se a "liquidação" (que se destinaria a apurar débito remanescente), pois não há dúvidas quanto à "execução" do acórdão, visto que se excluiu 100% do crédito referente ao ponto questionado pela DRF.

(...)

16. Todavia, os Embargos da DRF não devem se prestar a esse propósito.

17. Pois, (...), a Declaração de Voto do Conselheiro Mário Junqueira (base dos Embargos da DRF) não invalida o fundamento (art. 325, I, 'c', do RIR/99) pelo qual se reconheceu, no Acórdão 101-95.365, o direito à amortização do ágio, no processo em que a operação realizada foi endossada como boa.

18. Pelas razões expostas, a decisão proferida pela Egrégia Primeira Câmara, do Primeiro Conselho de Contribuintes, merece ser mantida, rejeitando-se os Embargos da DRF, que se

resumem numa proposta de modificação dos critérios jurídicos adotados no lançamento, incabível à vista do art. 146 do CTN.

(...)

Por tudo que foi exposto, restou demonstrado que o voto pelas conclusões, quanto ao afastamento da glosa das despesas (amortização ágio pago na aquisição de debêntures) pelo acórdão embargado, deu-se conforme Declaração de Voto do Conselheiro Mário Junqueira (base dos Embargos da DRF), porém tal entendimento não invalidou o fundamento (**art. 325, I, 'c', do RIR/99**) defendido pelo Relator, pelo qual se reconheceu, no Acórdão 101-95.365, o direito à amortização do ágio pela adquirente das debêntures, no processo em que a operação realizada foi endossada como boa.

Aliás, essa possibilidade, inclusive, foi lembrada pelo próprio Delegado da DRF/Brasília, nas razões do seu recurso (e-fls. 3903/3906), que transcrevo nessa parte, *in verbis*:

(...)

Assim, tem-se que somente na hipótese da maioria do colegiado ter entendido que os encargos pagos pela emitente são desnecessários, e que a despesa com a aquisição de ágio, pago pela adquirente, ser necessária (usual e normal) é que o dispositivo do Acórdão 101-95365 não precisa ser reformado.

(...)

Correto, isso mesmo, foi esse o entendimento dos Conselheiros que seguiram o relator pelas conclusões, e cuja motivação consta da declaração do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

Ademais, o Delegado da DRF/Brasília, ainda, argumentou, nas razões do recurso:

(...)

*Com efeito, se os valores referidos **são lucros**, tem-se que efetivamente não são dedutíveis na apuração do lucro tributável da emitente das debêntures, pelo simples de fato de serem lucros.*

No que respeita à adquirente das debêntures, tais lucros não são tributáveis.

A adquirente das debêntures então, para concretizar essa não tributação dos lucros recebidos da emitente, anulou-os mediante a dedução de parte do valor do ágio pago na aquisição dos títulos.

Se a maioria do colegiado, então, adotou o entendimento de que os valores recebidos da emitente pela adquirente das debêntures são lucros, tem-se que a maioria decidiu pela manutenção, da exigência fiscal, do valor de R\$ 5.666.666,64, em 1999, correspondente à parcela da despesa com ágio deduzida, uma vez que a adquirente nada teria recebido a título de lucro da emitente naquele ano; e R\$ 11.364.603,92 em 2000,

correspondente à diferença entre o valor da parcela da despesa com ágio (R\$ 16.999.999,92) e o lucro recebido da emitente, contabilizados naquele ano (R\$ 5.635.296,00).

(...)

Diversamente do alegado pelo Delegado da DRF/Brasília, houve por completo o afastamento da glosa da amortização da despesa de ágio.

A questão levantada pelo Delegado da DRF/Brasília, alegando que poderia ser defendida a glosa da despesa com amortização do ágio quando não houvesse lucros distribuídos ou quando houvesse excesso de despesa amortizada em relação à receita de lucros distribuídos (recebidos), não pode ser aplicada no caso, pois o auto de infração não tratou na descrição da infração da exigência da diferença, simplesmente tratou da glosa total.

Logo, aplicar a glosa parcial, no caso, seria mudar o critério jurídico pelo julgador, o que é vedado.

Destarte, diversamente do alegado pela DRF/Brasília, por meio do seu Delegado, não restou demonstrada a alegada omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado.

Por tudo que foi exposto, voto para conhecer e rejeitar os embargos.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel