



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

Processo nº 10166.000239/2004-82
Recurso nº Embargos
Resolução nº 1103-000.149 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 26 de agosto de 2014
Assunto IRPJ e CSLL
Embargante DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM BRASÍLIA
Interessado VIA DRAGADOS S/A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, converter o julgamento em diligência.

Assinado digitalmente

ALOYSIO JOSÉ PERCÍCIO DA SILVA - Presidente.

Assinado digitalmente

FÁBIO NIEVES BARREIRA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Breno Ferreira Martins Vasconcelos, Marcos Shigueo Takata e Aloysio José Percínio da Silva.

I. RELATÓRIO

A controvérsia reside na legalidade da indedutibilidade do ágio pago na aquisição de debêntures.

Portanto, os demais pontos do lançamento de ofício não são objeto do embargos de declaração opostos, razão pela qual não serão observados.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls. 39/44), o Sr. Agente Fiscal entendeu indevida a dedutibilidade do ágio, pago na aquisição de debêntures, pelas seguintes razões:

“1.5— Indedutibilidade 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 (A 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 A. 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 dos 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.

Foi pactuado também que sobre eventuais atrasos, nos pagamentos das remunerações do debenturista, incidiriam juros de mora de 1% ao mês e multa punitiva de 2%, e que, na ocorrência de atrasos superiores a 60 (sessenta) dias, o debenturista teria direito à rescisão antecipada do contrato, o que implicaria "vencimento antecipado da dívida ora contraída, além da devolução do prêmio pago não amortizado", acrescido de multa de 2% e juros de mora de 1% ao mês.

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. 5 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. José 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 subseqüentes, 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.

‘Art. 325. Poderão ser amortizados:

I — o capital aplicado na aquisição de direitos cuja existência ou exercício tenha duração limitada, ou de bens cuja utilização pelo contribuinte tenha o pram legal ou contratualmente limitado, tais como:

a) patentes de invenção, fórmulas e processos de fabricação, direitos autorais e licenças, autorizações ou concessões;

b) investimento em bens que, nos termos da lei ou contrato que regule a concessão de serviço público, devem reverter ao poder concedente, ao fim do prazo da concessão, sem indenização;

c) custo de aquisição, prorrogação ou modificação de contratos e direitos de qualquer natureza, inclusive de exploração de fundos de comércio;

d) custos das construções ou benfeitorias em bens locados ou arrendados, ou em bens de terceiros, quando não houver direito ao recebimento de seu valor;

e) o valor dos direitos contratuais de exploração de florestas de que trata o art. 328;

II — os custos, encargos ou despesas, registrados no ativo diferido que contribuirão para a formação do resultado de mais de um período de apuração, tais como:

.....’ Se compararmos a natureza dos custos e despesas amortizáveis, listados no art. 325, do RIR199, 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 RIR199, 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 calculo da CSLL.”

Foi apresentada impugnação, julgada, nesta parte, improcedente, mantendo-se a exigência fiscal, em síntese, porque, entendeu-se ser de rigor glosa da 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 (fls. 3.455/3.472).

Foi interposto recurso, o qual, nesta parte foi provido, conforme transcrição do acórdão embargado(fl. 3703/3711):

“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 no 141.030, em data de 16 de junho próximo passado, tendo como recorrente Via Concessões Ltda., do que resultou no Acórdão nº 101-95.028 *“verbis”*:

‘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;

- 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 A 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 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 6, 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 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 refugiou ao tema central colocado como essencial para o deslinde da controvérsia.

Com efeito. Ao registrar que a pessoa jurídica autuada 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 As 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.

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 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 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;

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 As 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 As 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 realiza a análise econômica do investimento, é razoável admitir que o investidor tenha se sentido

atraído e, desta forma, tenha optado por realizar o investimento nas condições pactuadas.

O professor Helenilson 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, 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 .6 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 A 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 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 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 vênias para reproduzir as passagens como abaixo:

‘Inicialmente, é necessário relembrar que a elisão tributária lícita sempre se caracterizou, e se contrapõe 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 por ser 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, determinada estrutura jurídica produtora de objeto lícito, possível, determinado ou determinável no âmbito privado, e igualmente produtora das conseqüentes incidências ou não incidências ou não 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 contrario, é regular exercício de direito constitucional, na medida em que, como já dito e repetido, o caminho escolhido seja licito.

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 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 prejudicara 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."

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."

Inconformada, a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração (3.772/3.776), aduzindo que a decisão do colegiado de acompanhar o relator pela conclusões, fere a ampla defesa, razão pela qual requereu fossem sanada a omissão:

“(…)

IV. Exclusão das parcelas de R\$. 5.666.666,67 e R\$ 16.999.999,92: glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures.

30 - Trata-se de glosa de despesa com ágio na aquisição de debêntures emitidas pela sociedade Via Empreendimentos, por R\$ 53.000.000,00 (sendo R\$ 2.000.000,00 o investimento e R\$ 51.000.000,00 o ágio), adquirindo em contrapartida o direito de participar em 95% nos lucros da emitente das debêntures. Esclareça-se que o Recorrido era, na ocasião, controlador da Via Empreendimentos, detendo 99,98% do capital social da controlada, e que as duas empresas eram controladas, direta ou indiretamente, por duas pessoas físicas.

31 - Posteriormente, devido a uma cisão parcial realizada pe Recorrido, o investimento e o pretensio direito de amortização do ágio foram transferidos para a empresa Via Concessões S/A (companhia do mesmo grupo), passando esta a apropriar, como despesa, o saldo ainda não amortizado pelo Recorrido. Assim, ambas as empresas (Via Dragados e Via Concessões) foram atuadas, tendo se procedido a. glosa do ágio, para efeito de determinação da base de calculo do imposto de renda e da CSLL de responsabilidade de cada uma delas.

32 - Consta do acórdão que, nesse item, os demais conselheiros acompanharam o relator pelas suas conclusões.

33 - Evidentemente, o acórdão — decisão da maioria — carece de fundamento. Não se sabe quais as razões para o cancelamento da exigência. Sabe-se, apenas, que, certamente, não são os argumentos expressos no voto condutor do acórdão.

34 - A motivação das decisões judiciais é princípio constitucional (art. 93, inciso IX). Assim, também, deve ocorrer com as decisões proferidas por esse e. Conselho, com vista a. garantia das partes, e possibilitar sua impugnação, através de recurso competente, salientando-se, por outro lado, a função política da motivação, com a finalidade de se aferir a imparcialidade do julgador, a legalidade e a justiça das decisões.

35 - Todavia, e até para evidenciar a absoluta impossibilidade de se entender e, se for o caso, impugnar a decisão proferida por esta e. Câmara, faz-se importante, nesse ponto, apresentar reflexões sobre os possíveis fundamentos desta e. Câmara no que se refere a esse item, para demonstrar que não acarretam o cancelamento integral da exigência.

36 - Fala-se em possível fundamento porque, como parece decorrer dos debates havidos durante o julgamento do recurso da Via Concessões S/Aesta e. Câmara aduziu que o negócio relativo A. emissão e aquisição de debêntures não foi válido, isto é, o que houve em realidade, no caso, foi distribuição de lucros da Via Empreendimentos para o Recorrido, sob o disfarce de pagamento de participação de debenturista.

37 - No julgamento do processo administrativo em que se apreciou o recurso voluntário interposto pela empresa Via Concessões, em 16/06/2005, a decisão está assim consignada:

Acórdão 101-95.128 '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.**' (grifei)

38 - O r. conselheiro Mario Junqueira Franco Júnior, em sua declaração de voto, aduziu o seguinte:

'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'.

39 - Todavia, ao se afirmar, na declaração de voto, que os valores pagos 'não são encargos de debêntures, mas sim lucros' e que "o lançamento correto seria na emitente" mediante glosa de encargos de debêntures, pois estes eram dividendos distribuídos a sócios, concluiu-se pela invalidade do contrato de emissão de debêntures, pois, se assim não fosse, seria forçoso se admitir que os valores entregues pela emitente seriam encargos de debêntures (mediante participação de debenturista no resultado da companhia) e não lucros distribuídos.

40 - Em se confirmando tal assertiva, a invalidade do contrato de emissão e compra de debêntures leva à desconsideração das receitas e despesas que se originaram no referido contrato, produzindo os seguintes efeitos:

Na Via Dragados - Adquirente das Debêntures - Debenturista 1) o ágio contabilizado deixa de ser ágio, e, portanto, as despesas contabilizadas a esse título, que reduziram o lucro do exercício, devem ser glosadas; o mesmo ocorrendo em relação ao valor contabilizado como investimento (o valor de R\$ 53.000.000,00 entregue à emitente das debêntures passam a ter outra natureza).

2) as receitas de participação de debenturista, espontaneamente tributadas pela debenturista, deixam de ser receitas e assumem a natureza de lucros, portanto deixam de ser tributáveis;

3) da comparação dos valores referidos nos itens 1 e 2 se terá outros desdobramentos da infração, pois, como se verá adiante, a diferença de tais valores, por não se anularem, produz efeitos nos resultados das empresas envolvidas no negócio.

Na Via Empreendimentos - Emitente das Debêntures

1) a despesa de participação de debêntures deixa de ser despesa, por se entender que é lucro distribuído e, portanto, deve ser glosado lucro em igual montante (art. 299/RIR 99);

2) o valor do ágio contabilizado como reserva de capital (valor não tributável, segundo a legislação tributária) deixa de ser reserva, e, o valor recebido como investimento (R\$ 2.000.000,00) não será considerado como tal.

41 - Ocorre que a suposta anulação integral das receitas oriundas de rendimentos de debêntures pelas despesas com amortização do ágio, na apuração dos resultados da sociedade debenturista, na realidade a referida anulação não ocorreu.

42 - Consta dos autos que o Recorrido registrou despesas de R\$ 5.666.666,67, no ano de 1999 e R\$ 16.999.899,926, no ano de 2000, a título de despesa com amortização de ágio na compra de debêntures (glosadas pela autoridade lançadora), não tendo contabilizado em sua escrituração nenhuma receita de remuneração de debêntures no ano de 1999 e contabilizado apenas R\$ 5.635.296,00, no ano de 2000.

43 - Do confronto dos valores de receitas e despesas constata-se que nenhuma despesa contabilizada a título de ágio foi anulada em 1999 (porque, conforme apontado, não houve registro de receitas correspondentes à participação de debêntures), e apenas despesas de R\$ 5.635.296,00 foram anuladas em 2000, remanescendo, portanto, despesas não anuladas por receitas oriundas do investimento em debêntures de R\$ 5.666.666,67, em 1999, e R\$ 11.364.603,92, em 2000, o que afasta de forma inequívoca a afirmação de que as supostas despesas de ágio foram anuladas pelas receitas de participação de debêntures. Constata-se exatamente o contrário, pois as despesas contabilizadas a título de ágio foram substancialmente superiores aos valores das receitas, em ambos os anos.

44 - Portanto, admitindo-se a invalidade do negócio de compra e venda das debêntures, caberia, além da glosa dos encargos de debêntures na emitente, a glosa de despesas de ágio contabilizadas pela adquirente desses títulos, que tenham excedido o valor das receitas provenientes do investimento em debêntures. Sendo assim, no caso, é de se manter o valor da glosa de despesas com ágio que extrapolou o valor da receita de participação de debêntures computadas na apuração do lucro, porquanto tais valores de

despesas reduziram indevidamente os lucros tributáveis da Via Dragados, em R\$ 5.666.666,67, no ano de 1999 e de R\$ 11.364.603,92, no ano de 2000.

45 - Assim, o acórdão n.º 101-95.128 na verdade confirma a procedência da glosa de parte da despesa com ágio, constante do auto de infração da Via Dragados, ou seja, R\$ 5.666.666,67, em 1999 e R\$ 11.364.603,92, em 2000.

46 - Portanto, há omissão dos fundamentos para a anulação da presente exigência, sendo certo que, ao se aplicar ao caso o decidido no acórdão n.º 101-95.128, o resultado não será o provimento total, mas apenas parcial do recurso voluntário, para excluir da incidência a parcela de R\$ 5.635.296,00, e não a 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.

(...)”Os embargos de declaração, neste ponto, foram improvidos, conforme segue (fls. 3.856/3.860):

“(...

O último ponto dos embargos se relaciona com a exclusão das parcelas de R\$ 5.666.666,67 e R\$ 16.999.999,92 na glosa de despesas com ágio na aquisição de debêntures.

A recorrente adquiriu por R\$ 53.000.000,00, com ágio de R\$51.000.000,00, debêntures emitidas pela sociedade Via Empreendimentos, que lhe garantiam o direito de participar em 95% dos lucros da emitente das debêntures.

Alega a embargante a existência de omissão nos fundamentos para a anulação dessa exigência, pois, ao se aplicar ao caso o decidido no acórdão n.º 101-95.128 (o no correto é 101-95.108), 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 da 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.

Aponta 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.

O artigo 27 do Regimento em vigor quando da apresentação dos embargos dispunha:

Art. 27. Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

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.

O Regimento do Conselho faculta, mas não exige declaração de voto escrita dos demais conselheiros, que não o Relator. Assim, rigorosamente, não teria se materializado, no caso, omissão a ser integrada por meio de embargos. Todavia, entendendo ter razão o Procurador, ao reclamar contra a inexistência, expressa, da motivação que fundamentou a decisão da maioria.

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 Júnior, 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- 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.

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 o 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. Confirma-se pelos excertos abaixo, do voto condutor do Acórdão 101- 94.986 de 19 de maio de 2005.

"Como se vê, cuida-se um planejamento instrumentalizado mediante emissão de debêntures que, ao que parece, pelos recursos que estão chegando a este Conselho, tornou-se freqüente. Advirta-se, de início, que o ponto comum, de envolver emissão de debêntures, não implica identidade de soluções dos processos. Cada caso é um caso, e na apreciação dos seus efeitos fiscais não que ser considerados os aspectos específicos a eles inerentes.

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

Não se trata, conto aventado pela Recorrente, de restringir a dedutibilidade em razão de critérios como "ausência de pagamento de juros", "percentual de participação", "pagamento mediante créditos detidos pelos sócios em conta corrente", mas sim, de confrontar a operação praticada com os cânones de usualidade e normalidade, condições para apreciação da qualidade de "necessárias" das despesas.

É inegável que a lei faculta a remuneração das debêntures mediante forma de participação nos lucros. Tal consta de disposição literal da lei. Também não há vedação expressa na lei a que essa forma de remuneração seja a única atribuída. Comentando a Lei das Sociedades por Ações, Roberto Barcellos de Magalhães, ao mencionar que as debêntures podem ter remuneração sob a forma de juros, participação nos lucros, prêmios de reembolso ou até correção monetária, registra que 'são vantagens que poderão ser deferidas ao debenturista isolada ou cumulativamente, conforme estipulação constante da escritura de emissão e do certificado.....'

Não se pode, todavia, dizer que essa forma de remuneração seja 'usual' e 'normal'. Pelo menos, pode-se afirmar tratar-se de aspecto controvertido.

Falando sobre a Lei 6.404/76 (Nova Lei das S.A.), Amador Paes de Almeida registra (...)

A mais moderna corrente doutrinaria entende que a ótica da análise não deve ser sob o ângulo da licitude ou ilicitude (a licitude é requisito prévio), mas sim, da oponibilidade ou inoponibilidade dos seus efeitos ao fisco. O conceito de legalidade a ser observado não tem sentido estrito de corresponder à conduta que esteja de acordo com os preceitos específicos da lei, mas sim um sentido amplo, de conduta que esteja de acordo com o Direito, que abrange, além da lei, os princípios jurídicos. Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Dentro dessa ótica, se o negócio lícito, embora inusual, se apoiar em causas reais, em legítimos propósitos negociais, contra ele o Fisco nada pode objetar. Todavia se adotada uma forma de negócio jurídico inusual, sem um real propósito negocial, mas visando apenas reduzir artificialmente a carga tributária, o Fisco a ele pode se opor.

A Recorrente alega legítimo propósito negocial, que teria demandado a instrumentalização, sob a forma de título mercantil, das exigibilidades dos acionistas. (...)

(...)

A *usualidade e normalidade* da operação em questão não têm o atributo de notoriedade, a dispensar prova. Além de não estar demonstrado ser usual a emissão de debêntures remuneradas exclusivamente com participação nos lucros (aliás, conforme doutrina acima transcrita, nem mesmo é admissível), é pouco crível que a empresa abrisse mão de 70% de seus lucros para remunerar terceiros debenturistas. Isso, definitivamente, não é usual. (...)

(...)

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

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

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

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

(...)

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

Entendo, todavia, que por uma questão de razoabilidade, deve ser deduzida da exigência o valor pago a título de imposto de renda retido na fonte. É que, ao se considerar como indedutíveis as despesas correspondentes aos rendimentos de debêntures, na realidade está-se tratando os valores contabilizados a título de remuneração de debêntures como lucros distribuídos. Nesse caso, não cabe o imposto de renda retido na fonte, e uma vez que se trata de incidência exclusiva, não compensável na declaração dos beneficiários, deve o respectivo valor ser deduzido da presente exigência.’ 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 a 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) Quanto à exclusão da parcela de R\$ 9.925.169,71 referente a glosa de custos indevidamente registrados, retificar o erro material e suprir a omissão, esclarecendo que, quanto a esse item, deve ser dado provimento parcial ao recurso para excluir da exigência o montante de R\$5.550.619,76;
- b) Quanto glosa das despesas com juros sobre capital próprio, suprir a omissão e manter a glosa das despesas, no valor de R\$7.172.107,50;

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

A Procuradoria da Fazenda Nacional, intimada da decisão, em 18/07/2008, manteve-se inerte.

Todavia, o Sr. Delegado da Receita Federal em Brasília, com fundamento no art. 57, do Regimento Interno do antigo Conselho de Contribuintes, opôs embargos de declaração (fls. 3.866/3.869), em 08 de agosto de 2008, aduzindo:

“Indedutibilidade de Ágio Pago na Aquisição de Debêntures A decisão relativa à matéria acima indicada, prolatada por essa e. Câmara no acórdão 101-95365, nestes autos, fls. 1662 a 1674, foi embargada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, estando a decisão quanto aos embargos assim ementada:

Acórdão 101-96458 "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.**

EMENTA: 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." (grifei)

No voto condutor do referido acórdão consta que, no Acórdão 101-95365:

‘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 usualidade 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 h remuneração paga pela emitente, correspondente quase totalidade dos lucros da empresa, dado seu caráter de despesas desnecessárias (nem 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 (lido 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 A 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 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 distribuiria lucros A. 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 101-95365, 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 A 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.”

É o relatório.

II. VOTO

Conselheiro Fábio Nieves Barreira

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:

“Art. 57. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos por Conselheiro da Câmara, pelo Procurador da Fazenda Nacional, por Presidente da Turma de Julgamento de primeira instância, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo recorrente, mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias contados da ciência do acórdão.

§ 2º O despacho do Presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da Câmara em caso contrário.

§ 3º Os embargos de declaração serão submetidos à Câmara, caso o conselheiro relator, ou outro designado pelo Presidente da Câmara para se manifestar, assim o decida.

§ 4º Do despacho que rejeitar embargos de declaração do Procurador da Fazenda Nacional ou do recorrente, intimar-se-á o embargante.

§ 5º Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

§ 6º Aplicam-se às decisões em forma de resolução, no que couber, as disposições deste artigo.”

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

Processo nº 10166.000239/2004-82
Resolução nº **1103-000.149**

S1-C1T3
Fl. 3.923

data do conhecimento formal do v. acórdão pelo Ilmo. Sr. Delegado; e b) a data formal da saída dos autos da aludida repartição pública.

É como voto.

Assinado digitalmente

Fábio Nieves Barreira - Relator