

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

Processo nº 10805.001106/90-76
Recurso nº 010.288 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.011 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de março de 2009
Matéria IRRF
Recorrente SULZER BOMBAS E COMPRESSORES S/A.
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

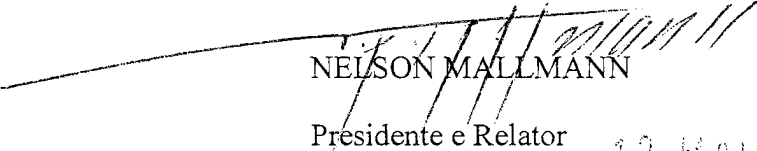
Ano-calendário: 1989

AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE SÓCIO DOMICILIADO NO EXTERIOR - REMESSA PARA O EXTERIOR DE IMPORTÂNCIA EQUIVALENTE AO CAPITAL ESTRANGEIRO REGISTRADO NO BANCO CENTRAL DO BRASIL - A remessa para o exterior de importância equivalente ao capital estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil em nome de pessoa jurídica com sede no exterior, sob o título de investimentos e reinvestimentos estrangeiros no País, será procedida sem a incidência do imposto de renda na fonte previsto no item I do artigo 555 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 1980, quando a importância remetida não superar o valor que for obtido pela aplicação do percentual representado pela participação alienada ou liquidada sobre o total do capital registrado. A apuração do percentual terá por base a participação societária alienada ou liquidada em relação à participação total do investidor no capital da empresa receptora do investimento estrangeiro. No repatriamento de capital deverá, obrigatoriamente, haver redução de investimento do capital estrangeiro no País, através da baixa do certificado de registro no Departamento de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SULZER BOMBAS E COMPRESSORES S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


NELSON MALLMANN

Presidente e Relator

12 MAI 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Heloísa Guarita Souza, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Antonio Lopo Martinez, Pedro Anan Júnior, Gustavo Lian Haddad E Amarylles Reinaldi E Henriques Resende (Suplente convocada).

Relatório

SULZER BOMBAS E COMPRESSORES S.A., contribuinte inscrita no CGC/MF 61.532.487/0001-48, com sede na cidade de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, à Rua Manoel Cremonese, n.º 01 - J. Beleta, jurisdicionado a DRF em São Bernardo do Campo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 138/147, prolatada pela DRJ em Campinas - SP, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 152/205.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado, em 19/04/90, o Auto de Infração Imposto de Renda na Fonte de fls. 13/16, com ciência em 19/04/90, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de 5.479.919,61 BTNF (referencial de indexação de tributos e contribuições de competência da União - padrão monetário fiscal da época do lançamento do crédito tributário), a título de imposto de renda na fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 50% e juros de mora de 1% ao mês ou fração, calculados sobre o valor do imposto de renda na fonte, referente ao ano de 1989.

O lançamento foi motivado pela constatação em procedimentos de fiscalização externa de falta de retenção e recolhimento de imposto de renda na fonte sobre remessas ao exterior relativo ao repatriamento de capital. Infração capitulada nos artigos 554 I, 555 I, 555 § 9º, 567 e §§, 575 IV do RIR/80, aprovado pelo Decreto n.º 85.450/80.

O Auditor Fiscal do Tesouro Nacional autuante esclarece, ainda, através do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 02/03, o seguinte:

- que conforme Ofício FIRCE-21-0-89/15, do Banco Central do Brasil e Contratos de Compra e Venda de Ações anexos, SULZER BOMBAS E COMPRESSORES S.A. adquiriu as ações de SULZER DO BRASIL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, ambas controladas por SULZER FRÉRES SOCIÉTÉ ANONYME, da Suíça e o adquirente das ações tem como acionista majoritário com 99,99% a empresa estrangeira, ou seja, a vendedora;

- que face à mencionada transação, Sulzer Bombas e Compressores S.A. remeteu para Sulzer Frères Société Anonyme, na Suíça, o montante de NCz\$ 24.710.477,15, a título de "Repatriamento de Capital";

- que o referido tipo de operação é enquadrável no entendimento consubstanciado no item 3 do Parecer Normativo CST n.º 46/87, que tem suporte no artigo 51 da Lei n.º 7.450/85, ou seja, deve ser tratada como remessa de lucros, com incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 25%.

Em sua peça impugnatória de fls. 22/37, apresentada tempestivamente, em 30/05/90, a autuada, após historiar os fatos registrados no Auto de Infração, se indispõe contra a exigência fiscal, requerendo que a mesma seja julgada insubsistente com base nas seguintes argumentações:

- que se procura citar os fatos julgados relevantes no negócio efetuado que dizem respeito à materialidade da questão, abordando-se fatos irrelevantes apenas quando este houverem sido apreciados pelas autoridades envolvidas no processo;

- que se junta à presente impugnação os balanços e demonstrações financeiras dos últimos 5 (cinco) anos, objetivando evidenciar que: a) - desde 1984 a sociedade não participou de nenhum processo de fusão, cisão ou incorporação; e que b) - desde 1984 a sociedade somente aumentou seu capital com recursos de seus acionistas e com reserva da correção monetária do próprio valor do capital conforme imposição legal;

- que é importante juntar também os balanços e demonstrações financeiras SULZER DO BRASIL, dos últimos 6 (seis) anos, para evidenciar que: desde 1984 a sociedade não participou de nenhum ato de fusão, cisão ou incorporação; e que b) - desde 1983 a sociedade somente aumentou seu capital com recursos de seus acionistas (1983), e com reserva de correção monetária de balanço e incentivos fiscais;

- que em 31/12/88, a impugnante apurou lucros em seu balanço, e os distribuiu conforme evidencia a ata das Assembléias de 25/02/89, cujas remessas comprovadamente tiveram o imposto de renda retido na fonte;

- que em 31/12/88, a SULZER DO BRASIL S/A, também apurou lucro em balanço tendo remetido para o exterior com o respectivo imposto de renda na fonte;

- que no dia 23/03/89 a impugnante adquiriu de sua acionista o controle de participação societária pela aquisição de ações da SULZER DO BRASIL S/A. Sendo que em 30/03/89 a impugnante contratou com sua coligada SPAB - Administração de Bens e Participações Ltda., mútuo no valor de NCz\$ 7.523.000,00, com cláusula de juros e correção monetária;

- que toda a documentação acostada aos autos sempre esteve à disposição e foi oferecida e exibida às autoridades monetárias quando solicitada. Afinal, o BACEN encerrou o processo, autorizando a remessa do numerário para a vendedora - SULZER FRÉRES - Suíça, cancelando o seu registro de capital estrangeiro desta sociedade na SULZER DO BRASIL S/A, comprovando que o valor remetido não excedeu o valor do mesmo capital registrado no BACEN;

- que a SULZER BOMBAS E COMPRESSORES S/A é uma sociedade brasileira nos termos do artigo 171, I, da Constituição Federal com personalidade jurídica distinta de sua acionista da mesma forma se enquadra a SULZER DO BRASIL S/A;

- que a sociedade cujas ações foram objeto do negócio - SULZER DO BRASIL - na data da venda de suas ações (23/03/89) não possuía lucros acumulados, pois distribuíra e remetera a totalidade de seus lucros apurados no balanço de 31/12/88, pagando o imposto devido;

- que a vista dos fatos, verifica-se que o negócio que originou a indigitada exação fiscal refere-se a uma venda pura de ações da companhia brasileira da qual a acionista detém o controle, sem que tal transação tenha originado ganho de capital nos termos do que dispõe a legislação de regência;

- que se toma à lição do tributarista Hiromi Higushi, que em sua obra esclarece: “Retorno de Capital - Qualquer remessa para o exterior, a título de retorno de capital, só estará isenta de Imposto de Renda Na Fonte a que se refere o artigo 555 do RIR/80 até o valor, em moeda estrangeira, dos investimentos e reinvestimentos registrados no Banco Central do Brasil.”;

- que está visto que nos últimos 5(cinco) anos nenhum lucro ou reserva de lucros capitalizou, portanto, ao se imputar a “redução de capital” - no valor de SwFr 17.132.746,36, verifica-se que a impugnante era detentora de capital registrado no valor de SwFr 19.055.649,58 - valor superior ao valor remetido ao exterior. Logo, admitindo-se a consideração econômica do fato como redução de capital e não tendo a remetente e autuada capitalizado lucros ou reservas de lucro nos últimos cinco anos, não há motivo para tratar como lucro distribuído, o que efetivamente não o é. Nem a sociedade possuía em seus balanços lucros suficientes para tanto, porque já os houvera remetido com a devida incidência dos tributos correspondentes. Conseqüentemente, o lançamento efetuado contra a impugnante só pode ser encarado como verdadeira tributação sobre o capital, sem nenhum fundamento legal, caracterizando o absoluto excesso de exação fiscal;

- que a dificuldade em convalidar o feito fiscal cresce na medida em que os fatos são examinados com maior cuidado. De fato, admitindo-se a redução de capital, que não houve, verifica-se que este teria ocorrido não na empresa autuada, mas na sociedade cujas ações foram adquiridas pela impugnante. Portanto, ainda que prevalecesse a tese do PN/CST n.º 46/87, no caso, teria havido erro na identificação do contribuinte, pois a devolução do capital estrangeiro não se verificou na impugnante, mas na sociedade cujas ações foram objeto do contrato de compra e venda;

- que o erro na identificação do contribuinte é causa de nulidade do feito fiscal desde o início, conforme se depreende do art. 142 do Código Tributário Nacional e demais normas legais aplicáveis ao procedimento administrativo tributário.

Cumprindo o preceito estabelecido no artigo 19 do Decreto n.º 70.235/72, o autor do procedimento fiscal, após analisar as razões da impugnação, propõe que o lançamento seja mantido na íntegra, por entender que Parecer Normativo CST n.º 46/87 esclarece bem os dois assuntos e manda tributar a operação, já que a empresa estrangeira, que recebeu o dinheiro, controla a compradora e a cedente das ações.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário apurado, com base nos seguintes argumentos:

- que como ficou claro, neste processo, o cerne da controvérsia exige resposta para a seguinte questão: a remessa de divisas para a Sulzer Frères Société Anonyme, estabelecida na Suíça, traduz simples “Repatriamento de Capital”, ou, contrariamente, representa remessa tributada pelo imposto de renda;

- que se aproposita, desde logo, ressaltar que esta dúvida foi levantada pelo Banco Central do Brasil, que em expediente endereçado ao Sr. Coordenador do Sistema de Fiscalização, alerta sobre o possível enquadramento da operação nas disposições contidas no Parecer Normativo CST n.º 46, de 17/08/87;

- que para bem situar o problema, transcreve-se o seguinte trecho da citada correspondência: “Considerando-se que o vendedor detém 99,999998% do capital da empresa adquirente, conforme se acha registrado neste órgão e que os recursos utilizados na transação originam-se em sua maior parte (69.03%) de empréstimo de empresa do mesmo grupo, como atesta o contrato social de SPAB - Administração de Bens e Participações Ltda., estamos comunicando a V.S.^a essas condições, tendo em vista seu possível enquadramento no Parecer Normativo CST n.º 46, de 17/08/87.”;

- que, portanto, o mérito do citado artigo 51 da Lei n. 7.450/85 é ter precisado e explicitado uma situação já presente no sistema jurídico, com destaque para as situações em que há manifesta incompatibilidade entre a forma jurídica do negócio e a efetiva materialidade de incidência subjacente a essa forma. Todavia, se ele não existisse ainda assim, repita-se, poder-se-ia tributar a situação fática em discussão no presente processo, aplicando-se a legislação vigente à época;

- que se afasta de imediato o alegado erro na identificação do sujeito passivo. De fato, tratando-se de tributação de fonte na remessa de divisas, o sujeito passivo é a remetente das divisas, no caso, a autuada e não a sociedade cujas ações foram objeto de negociação;

- que, com efeito, as operações de fusão, incorporação ou cisão são citadas pelo parecer como simples exemplos, não significando, evidentemente, que apenas nestes tipos de eventos haveria a incidência da norma contida no artigo 51 da Lei n. 7.450/85. Logicamente, outras operações com perfil e principalmente com resultados idênticos aos tratados no referido parecer normativo serão, inexoravelmente, colhidas pela regra de incidência do citado artigo 51, do qual o parecer, como não poderia deixar de ser, apenas explicita o sentido e conteúdo;

- que em se tratando de remessas de divisas a regra é a tributação de todas operações que transfiram divisas para o exterior, eis que a exteriorização do fato gerador dá-se pelos seguintes verbos: pagar, creditar, empregar, remeter ou entregar o rendimento, a teor do disposto no artigo 575, IV, “c” do RIR/80;

- que no caso do retorno ou repatriamento de capital não há tributação por que o recurso remetido não teria natureza de rendimento e nem tampouco de ganho de capital, representando uma simples devolução do capital anteriormente investido em empresas nacionais;

- que neste ponto, cabe uma indagação: qualquer remessa de divisas relativas à cessão de quotas ou de ações em que tenha participação de investidora externa caracterizaria “retorno de capital”. Sem muita divagação, a lógica indicaria como resposta positiva a essa indagação, a seguinte situação fática: quando a investidora deixasse de ter ou tivesse diminuída, direta ou indiretamente, a participação vinculada a investimento anteriormente canalizado para empresas nacionais;

- que a Sulzer Frères Société Anonyme, sociedade anônima com sede na cidade de Winterthur - Suíça, devidamente qualificada no contrato de fls. 39/40, era controladora de duas empresas estabelecidas no nosso país, a saber: a autuada e impugnante - Sulzer Bombas e Compressores S/A, detendo 99,99% do seu capital, consoante informação do Banco Central de fls. 04 e 88,87% segundo o anexo 1 da declaração de rendimentos do exercício de 1989, fls. 87, e Sulzer do Brasil S/A - Indústria e Comércio, também com

participação de 99,99% do seu capital segundo o anexo 1 da declaração de rendimentos fls. 114;

- que a consciência sobre o controle acionário posto em destaque é muito importante para a correta solução da lide e, por isso, deve ficar memorizada nestes termos: antes da discutida cessão das ações, a empresa Suíça tinha investimentos diretos no país alocados em duas empresas nacionais;

- que as condições especiais de negociação representam, igualmente, outro elemento decisivo e, portanto, precisam ser destacadas. Deveras, consoante o contrato de fls. 39/40 e aditivo de fls. 46/48, a Sulzer Suíça vendeu - termo utilizado nos referidos instrumentos - a Sulzer Bombas e Compressores S/A as 592.446.000 ações ordinárias detidas na Sulzer do Brasil S/A Ind. Com., oriundas do investimento de capital estrangeiro, conforme ratificação contida no item 1 do aditivo de fls. 46/48;

- que os instrumentos contratuais, formalmente, demonstram ter havido uma negociação entre empresa estrangeira e empresa nacional, hipótese que, não havendo ganho de capital na operação e não sendo elas empresas ligadas, tipificaria o pretendido retorno ou repatriamento de capital;

- que militam contra esta conclusão os seguintes fatos: a) - na realidade, a Sulzer Suíça - a controladora - negociou com ela mesma, pois, como visto acima, ela detinha o controle acionário tanto da empresa adquirente - a Sulzer Bombas e Compressores S/A - como da empresa que teve seu controle acionário negociado - a Sulzer do Brasil S/A; b) - a controladora e pretensa vendedora das ações - a Sulzer Suíça - continua controlando as duas empresas nacionais, ou seja, de forma direta a Sulzer Bombas e Compressores, com participação acionária inalterada de 99%, e de forma indireta a Sulzer do Brasil S/A, mediante o controle direto exercido nesta pela sua investida e controlada; c) - não tendo havido redução no investimento alocado no país, por consequência, não houve também o postulado retorno ou repatriamento de capital;

- que, portanto, em conclusão, em negócios como o ora examinado, inexistindo ganho de capital e ficando afastada a hipótese de repatriamento de capital, qualquer remessa de divisas que se faça só pode caracterizar distribuição de lucros, presentes ou futuros.

A ementa da referida decisão, que resumidamente consubstancia os fundamentos da ação fiscal é a seguinte:

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - REMESSAS PARA O EXTERIOR:

Mantém-se a tributação sobre as remessas vinculadas à negociação com ações, diante da não configuração do repatriamento de capital.

EXIGÊNCIA FISCAL PROCEDENTE.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 03/06/96, conforme Termo constante das fls. 148/150, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (03/07/96), o recurso voluntário de fls. 154/205, instruído com os documentos de fls. 206/224, no qual demonstra total irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em

síntese, nos mesmos argumentos apresentados na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que a Sulzer Frères - Suíça possuía investido na Sulzer do Brasil o equivalente a SwFr 19.055.649,88 e após o retorno de capital, em março de 1989, ficou com o equivalente a SwFr 1.922.903,65;

- que o fato acima, em nenhum momento, foi ocultado a quem que seja, isto é, não houve, em nenhuma circunstância, qualquer procedimento tendente a ocultar o fato, qual

seja, o de que o Grupo Sulzer promoveu, como de fato promoveu a restituição de parte de seu capital aportado no País, a título de retorno de capital, que seja: efetuou a remessa parcial das divisas que anteriormente trouxe ao Brasil, e que foi devidamente comprovada perante as Autoridades Monetárias (o Banco Central do Brasil), e por ela autorizada o respectivo repatriamento;

- que da mesma forma, em março de 1989, foram remetidos lucros e dividendos no valor de SwFr 8.099.027,36, conforme assinalado no mesmo relatório do BACEN. Ora, esgotados os lucros e dividendos a serem remetidos, a acionista determinou que se lhe fosse remetido o próprio capital investido no Brasil;

- que a Sulzer Frères poderia ter optado por efetuar as remessas ou via redução de capital, ou via venda parcial da participação societária, tendo optado pela segunda forma, por entender ser mais rápida e simples. Donde se verifica não haver sentido imputar-se-lhe simulação ou artifício de elisão fiscal depois de haver pago o IR Fonte sobre mais de 8 milhões de francos suíços remetidos a título de lucros e dividendos no mesmo mês de março de 1989;

- que quando o lustre julgador adjetiva a controladora como “pretensa vendedora” - intui-se que o julgador não a considerava como vendedora das ações de sua propriedade, representativas do capital social (estrangeiro) da Sulzer do Brasil S/A, como se tal operação não pudesse ou fosse juridicamente possível, o que, definitivamente, não pode prevalecer, posto que, o próprio BACEN considera tal operação como venda parcial;

- que, com efeito, tendo havido a venda das ações, pelo mesmo valor do custo do investimento e comprovado nos autos, não há que se falar em ganho de capital, assim entendido a diferença entre o valor recebido na venda das ações e o respectivo custo das mesmas, tal como registrado pelo BACEN;

- que ao fundamentar-se no artigo 51 da Lei n. 7.450/85, o agente fiscal e o delegado julgador dão à lei uma falsa aplicação. É de se ver que o referido dispositivo legal manda aplicar a lei que exige a cobrança do imposto de renda sempre que existir ganho ou rendimento de capital - esta regra não traz nenhuma novidade ao direito brasileiro, pois “basta que tais fatos (ganhos e rendimentos de capital)” decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do IR;

- que a recorrente, desde sua impugnação tem insistido e persiste na alegação de que na transação, objeto deste processo, nada é fictício, ou simulado. Toda a negociação é real e promovida de acordo com a legislação em vigor, e afinal foi confirmada pelo próprio BACEN, que autorizou a remessa a título de retorno de capital em operação de venda parcial

de investimento estrangeiro no Brasil celebrada entre sociedade controladora e sociedade controlada;

- que, todavia, as autoridades intervenientes neste processo não imputam nenhuma simulação ao presente caso. Evidência disto é o valor da multa que foi imposta em 50%. Se houvesse fraude, certamente, a multa seria exacerbada. Acredita-se que a aplicação de tal percentual não decorra de mais um erro das autoridades, porquanto, restaria inútil toda a defesa e respectivo contraditório até aqui desenvolvidos;

- que no caso da situação concreta, a Sulzer Frères S/A, sociedade sediada no exterior, tendo investido desde 1983, Swfr 19.055.649,58 na sociedade Sulzer do Brasil S/A

Ind. Com., devida e legalmente constituída sob as leis brasileiras, teve, como de fato o direito brasileiro lhe assegura, o direito de retorno deste capital sem qualquer tributação, nos termos da Portaria/MF n.º 217/87;

- que protesta a recorrente, pelo princípio da eventualidade, e apenas na hipótese (ainda que absurda) de não cancelamento do auto de infração, pela aplicação subsidiária do art. 462 do CPC, para permitir que seja suscitado questão não aventada na inicial posto tratar-se de fato novo: a incidência da TRD como juros ou correção monetária.

Em 21/08/96, o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Nilton Marques Ribeiro, representante legal da Fazenda Nacional credenciado junto a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, apresenta, às fls. 227/229, as Contra-Razões ao Recurso Voluntário.

Na Sessão de 12 de Novembro de 1997, os Membros desta Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, resolvem, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a Repartição Preparadora tome as seguintes providências:

1 - Sejam examinados os documentos trazidos aos autos na fase recursal, realizando-se as diligências julgadas necessárias;

2 - Que seja solicitado ao Banco Central do Brasil - Fiscalização e Registros de Capitais Estrangeiros - FIRCE os seguintes dados:

2.1 - qual o valor do investimento, em moeda estrangeira, da empresa Sulzer Frères Société Anonyme, com sede na cidade de Winterthur - Suíça, na empresa Sulzer do Brasil S/A - Indústria e Comércio, CGC/MF 33.574.575/0001-77, com sede na Av. Brasil, n.º 22.693 - Bairro Guadalupe - Rio de Janeiro - RJ, em 10/03/89 e posteriormente a essa data;

2.2 - qual o valor do investimento, em moeda estrangeira, da empresa Sulzer Frères Société Anonyme, na empresa Sulzer Bombas e Compressores S/A, CGC/MF 61.532.487/0001-48, com sede à Rua Manoel Cremonesi, n.º 01 - Bairro Piraporinha - São Bernardo do Campo - SP, em 10/03/89 e posteriormente a essa data;

2.3 - informar os valores, em moeda estrangeira, que foram autorizados a título de "Remessas de Retorno de Capital" - Transferência de Capital Estrangeiro - no ano de 1989, para a empresa Sulzer Frères Société Anonyme - Suíça, relativo a aquisição das ações da empresa Sulzer do Brasil S/A - Indústria e Comércio, pela empresa Sulzer Bombas e Compressores S/A.

3 - A autoridade preparadora se manifeste, sobre os documentos e os esclarecimentos prestados, em relatório circunstanciado, dando-se vista à recorrente, com prazo de 10(dez) dias para se pronunciar, caso seja de seu interesse.

Consta às fls. 254/255, o expediente remetido para o Banco Central do Brasil, Delegacia Regional de São Paulo, Fiscalização e Registros de Capitais Estrangeiros – FIRCE, solicitando as informações para o cumprimento da diligência solicitada pela Câmara.

Consta às fls. 256/257, a resposta do Banco Central do Brasil.

Em 21 de abril de 1999, a DRF em São Bernardo do Campo – SP, emite a Informação Fiscal de fls. 261/266, que trata do resultado das diligências efetuadas, devendo, entre outros, ser destacado os seguintes aspectos:

- que diante das informações, e considerando que o controle prévio das remessas para o exterior está a cargo do Banco Central do Brasil, seria impossível presumir que tais valores fossem repatriados sem qualquer registro em seus assentamentos;

- que a operação comprovada em fls. 05/09 caracterizaria um contrato de compra e venda de ações entre as empresas Sulzer Frères Société Anonyme (beneficiária das remessas) e Sulzer Bombas e Compressores S.A (impugnante e autuada). A primeira vendeu à segunda 592.446.000 ações representativas do capital da empresa Sulzer Brasil S/A;

- que indiretamente, a empresa Sulzer Frères Société Anonyme passou a controlar Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio, através da empresa Sulzer Bombas e Compressores S/A;

- que no histórico dos Certificados de Registros expedidos pelo BACEN (fls. 206/209) observa-se que o investimento da empresa Sulzer Frères Société Anonyme no capital da Sulzer Bombas e Compressores S/A sofreu diversos aumentos entre 25/04/83 e 14/06/89, consignando, no CR 260/02815-40546, de 14/06/89, a participação efetiva de NCz\$ 5.666.380,66 e a registrada de NCz\$ 5.444.727,62, e, no CR 261/02815-00129, de 14/08/89, a participação registrada de NCz\$ 1.409.151,00. Efetivamente, no ano-base de 1989, não houve qualquer redução no nível de investimento estrangeiro realizado na empresa brasileira;

- que ao analisarmos a participação da Sulzer Frères Société Anonyme na Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio, verificaremos que o investidor estrangeiro detinha uma participação registrada de NCz\$ 592.446,00, ao amparo do CR 360/02952-15613, expedida em 10/03/89;

- que em 23/03/89, o mencionado investidor vendeu 592.446.000 ações de sua propriedade, passando a deter uma participação registrada de NCz\$ 83.744,97 e uma efetiva de NCz\$ 96.190,20. Esta operação foi classificada pelo Banco Central como venda parcial. Dessa forma, à época, foi autorizado a remessa de SwFr 2.349.321,14 como retorno de capital, ocasionando o cancelamento total do Certificado de Registro 360/02952/15613-0;

- que o total aportado na investidora foi de 16.521.583,23 francos suíços, mais 604.671,83 francos franceses, mais 84.608,46 dólares americanos, mais 6.491,30 francos belgas, todos por conta da venda de ações da Sulzer Brasil S/A (CR 360/02952/15613-0);

- que se considerarmos apenas os valores remetidos em 18/12/89, no total de 2.349.321,14 francos suíços, verificaremos que foram suficientes para cancelar o CR 360/02952/15613-0, que totalizava esse montante;

- que as demais remessas (14.172.262,09 francos suíços mais 604.671,83 francos franceses, mais 6.491,30 francos belgas, mais 84.608,46 dólares americanos) não foram objeto de cancelamento junto ao Banco Central, apesar de se referirem à mesma operação e ao mesmo certificado de registro;

- que conforme o registro contábil de fls. 259, a empresa Sulzer Bombas e Compressores S. A escriturou, em 30/03/89, um investimento no valor de NCz\$ 10.256.124,53,

que correspondia à somatória dos valores dos contratos de câmbio de fls. 219/222, mais a corretagem liquidada. Nessa mesma data, foi emitido o documento de fls. 223, que cancelava parte da remessa inicial, ou seja, o equivalente a NCz\$ 1.431.723,29 ou 2.349.321,12 francos suíços, com o argumento de que o câmbio tinha sido fechado a maior. Por coincidência, esse valor é o mesmo consignado no CR 360/02952/15613-0. Dessa forma, criou-se um pretexto para remeter futuramente a mesma quantidade que havia sido cancelada;

- que de acordo com o registro contábil de fls. 260, em 22/12/89 a empresa Sulzer Bombas e Compressores S/A remeteu NCz\$ 15.876.712,26 para o exterior, como repatriamento de capital estrangeiro. Utilizou-se, para esse fim, do contrato de câmbio de fls. 224, onde estava especificado: "Remessa referente retorno de capital proveniente da venda de 592.446.000 ações de propriedade do recebedor e de emissão de Sulzer do Brasil S/A – Ind. e Com (360/02952/15613-0, de 10/03/89)". Se fosse considerado apenas este contrato de câmbio, sem se preocupar com as outras remessas realizadas em março, dar-se-ia a impressão (equivocada) de que a obrigação contratada em 22/03/89 estaria sendo cumprida somente agora. Mas, não foi assim que se procedeu. Em 30/03/89 foram remetidos para a Suíça o equivalente a NCz\$ 8.833.764,89 sem a devida tributação na fonte;

- que, portanto, houve uma remessa de valor superior ao investimento estrangeiro registrado no CR 360/02952/15613-0);

- que de acordo com a resposta ao nosso ofício de fls. 254/255, recebemos a informação de que o Banco Central não autorizou qualquer remessa para Sulzer Frères Société Anonyme no ano de 1989, como não fez qualquer referência ao CR 360/02952/15613-0;

- que comprovadamente, não houve redução no nível de investimento estrangeiro realizado em Sulzer Bombas e Compressores S/A no ano de 1989;

- que podemos concluir: foi construído um artifício elisivo por parte da remetente Sulzer Bombas e Compressores S.A para enviar um valor superior ao que foi cancelado junto ao Banco Central (CR 360/02952/15613-0). Ao se locupletar com a estratégia, a empresa incidiu nos casos que podem ser enquadrados no Parecer n.º 46/87, com ofensa ao artigo 51 da Lei n.º 7.450/85;

- que considerando que o Banco Central não autorizou qualquer tipo de remessa como retorno de capital estrangeiro para Sulzer Frères Société Anonyme no ano-base de 1989, entendemos que os pagamentos efetuados por Sulzer Bombas e Compressores em 30/03/89 (NCr\$ 8.833.764,89) e 22/12/89 (NCz\$ 15.876.712,26) foram realizados a título de

remessa de lucros, sujeitos, portanto, à incidência de imposto de renda retido na fonte conforme determinado no artigo 554, inciso I do RIR/80.

A autuada manifesta-se às fls. 274/327, destacando, entre outros, os seguintes aspectos:

- que, entretanto, em momento nenhum foi perguntado ao BACEN se os valores remetidos encontram-se registrados naquele Banco Central em nome da investidora;

- que convém ressaltar que o BACEN já havia fornecido informações relacionadas com o registro do capital estrangeiro da Sulzer Frères Société Anonyme, que foram requeridas pela ora recorrente para auxiliá-la na elaboração do recurso voluntário, e que foram efetivamente objeto de análise pelo AFTN conforme se depreende da Informação Fiscal sob comento;

- que, com efeito, segundo os controles da ora recorrente aquele valor não correspondia 1ª totalidade do retorno de capital efetivamente ocorrido. Para corroborar a afirmação foram elencadas todas as remessas feitas a título de retorno de investimento, transferência de reinvestimento (retorno) e baixa de investimento/reinvestimento por autorização para retorno, tal como informadas no extrato acima referido;

- que solicitado a fornecer o valor dos investimentos da empresa Sulzer Frères Société Anonyme nas empresas Sulzer do Brasil a Sulzer Bombas e Compressores S/A a partir de 10/03/89, bem como informar os valores em moeda estrangeira autorizados como retorno de capital/transferência de capital estrangeiro no ano de 1989, o Banco Central do Brasil apresentou novas informações que se mostram consistentes com aquelas anteriormente fornecidas para a ora recorrente – informa apenas as remessas que dependem de sua prévia autorização silenciando-se quanto às demais que dela independem;

- que, com efeito, o BACEN afirmou que de acordo com seus registros, no exercício de 1989 não foi realizada nenhuma operação de baixa de investimento para retorno de capital. Esta afirmação não procede na medida em que o extrato fornecido anteriormente indica claramente a ocorrência de retorno de investimentos durante o ano de 1989, e a carta datada de 21 de junho de 1996, demonstra no seu item (5) que a participação da investidora na recorrente, em 22/03/89, passou de NCz\$ 5.444.727,62 para uma participação de NCz\$ 1.409.151,00 onde se verifica, haver sido reduzido seu investimento registrado pelo “retorno de investimento” expressamente consignado;

- que cabe ressaltar que a fiscalização procura focar sua inconformidade na constatação equivocada de que remessas teriam sido feitas sem autorização pelo BACEN, ignorando que as remessas a título de retorno de capital prescindem de autorização como o próprio BACEN afirma, desde que limitadas ao montante registrado no certificado, o que o extrato da conta da beneficiária acusa de forma inequívoca;

- que, com efeito, o que precisa ser identificado é a natureza das remessas de valores para a Sulzer Frères, ou seja, indagar do Banco Central do Brasil sobre todas as operações efetivadas, ainda que dispensassem autorização prévia, eram de seu obrigatório conhecimento. A própria fiscalização entendeu como imperiosa a identificação das remessas efetuadas;

- que em face de tudo o que se expôs é de se concluir que a informação fiscal nada contribui para tornar os fatos cristalinos para o proferimento de decisão consistente. Em verdade, como não encontrou quaisquer informações que poderiam auxiliá-la na defesa de seu não conformismo, ancorou-se num único fato, por si só carecedor de esclarecimento, para apresentá-lo como fundamental. Em momento algum indica ou demonstra qualquer ganho de capital que possa haver ocorrido em operação de nítida característica de “retorno de capital investido ou reinvestido” e devidamente registrado.

Em 15/12/99, através do Despacho n. 104-0.180/99, da Presidência da Câmara, foi cientificado ao Representante da Fazenda Nacional da juntada dos documentos de fls. 365/407.

Em 16/12/99 o Representante da Fazenda Nacional tomou ciência da juntada de documentos, formulando o requerimento de fls. 364, nos seguintes termos:

“Ciente, em 16/12/99, requerendo a Fazenda Nacional, exclusivamente ao primeiro documento juntado (cópia do Ofício do BACEN de 12/11/99), contato com a respectiva DRF para que confirme, via ofício ou via fax, se recebeu aquele documento e se por ela recebida identifica-se com o ora apresentado. No mais, a petição versa sobre alegações finais (apresentáveis a qualquer tempo) e os demais documentos são meras repetições de outros já constantes dos autos, e assim não há óbice à sua anexação.”

Em 19/01/00, através do Despacho n. 104-0.005/00, da Presidência da Câmara, foi cientificado ao Representante da Fazenda Nacional da juntada dos documentos de fls. 414/439.

Em 26/01/00 o Representante da Fazenda Nacional tomou ciência da juntada de documentos, reiterando o requerimento de fls. 364.

Na Sessão de Julgamento de 22 de fevereiro de 2000 os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, diante do fato da juntada pela recorrente do documento de fls. 379, após a realização da diligência solicitada pela Resolução 104-1.774, de 12/11/97, onde o BACEN retifica a informação anterior, entenderam que o processo ainda não se encontrava em condições de receber um julgamento justo e correto, diante disso resolvem converter o julgamento em diligência, para que a Repartição Lançadora examine a autenticidade do documento de fls. 379 acostado, pela contribuinte, na fase recursal, realizando-se as diligências julgadas necessárias.

Em 23 de outubro de 2000 a DRF em São Bernardo do Campo – SP, emite a solicitação de fls. 475/476 para que o BACEN providencie as seguintes informações:

Os registros, a partir de 1989, inclusive os Certificados expedidos, dos investimentos realizados em nome da empresa Sulzer Frères Société Anonyme, com sede na cidade de Winterthur – Suíça, na empresa Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio, VNPJ 33.574.575/0001-77, cuja sede era na Avenida Brasil, nº 22.693 – Bairro Guadalupe – Rio de Janeiro – RJ, e atualmente encontra-se domiciliada na Rua Manoel Cremonesi, nº 01, Jardim Belita, São Bernardo do campo – SP;

Os registros, a partir de 1989, inclusive os Certificados expedidos, dos investimentos realizados em nome da empresa Sulzer Frères Société Anonyme, com sede na cidade de Winterthur – Suíça, na empresa Sulzer Bombas e Compressores S/A, CNPJ

61.532.487/0001-48, cuja sede era na Rua Manoel Cremonese, nº 01, Jardim Belita, São Bernardo do Campo – SP;

Informar, para o ano de 1989, os valores registrados e remetidos a título de “Retorno – Transferência de Capital Estrangeiro” para a empresa Sulzer Frères Société Anonyme, na Suíça, por conta de Sulzer Bombas e Compressores S/A – CNPJ 61.532.487/0001-48 e/ou Sulzer Brasil S/A – CNPJ 33.574.575/0001-77;

Informar o resultado da análise implementada através do Ofício (cópia em anexo – documento 01) DERJA/REFIR-0302/89, de 05.07.89, na qual se questionou a origem dos recursos utilizados no pagamento das ações adquiridas do investidor estrangeiro Sulzer Frères S/A, por Sulzer Bombas e Compressores S/A – CNPJ 61.532.487/0001-48;

Confirmar se o resultado apurado no item anterior gerou o Ofício (cópia em anexo – documento 02) FIRCE-21-0-89-15, de 06.11.89, na qual se questionou a transferência do capital estrangeiro realizado por Sulzer Bombas e Compressores S/A – CNPJ 61.532.487/0001-48 – para Sulzer Frères Société Anonyme, na Suíça, como enquadrado no Parecer Normativo nº 46/87;

Apresentar cópias dos Certificados de Registros nºs 361/10405-00047, de 10.03.89, em nome de Sulzer do Brasil S/A – CNPJ 33.574.575/0001-77 e nºs 260/02815-40546, de 14.06.89 e 261/02815-00129, em nome de Sulzer Bombas e Compressores S/A – CNPJ 61.532.487/0001-48.

Em 29 de agosto de 2008, a DRF em São Bernardo do Campo – SP, através do AFRFB Milton Hatsuo Okano, emite o Termo de Encerramento de Diligência de fls. 640/647.

Em 09 de setembro de 2008, o recorrente apresenta as contra-razões de fls. 653/658, alegando, em síntese, o seguinte:

- que conforme se verifica do Termo de Encerramento de Diligência, a conclusão do autor do procedimento de diligência fiscal é a de que não houve repatriamento de capital. Em que pese à qualidade do trabalho por ele desenvolvido, devemos dele discordar, na medida em que a documentação apresentada pelo Banco Central do Brasil, e que embasaram substancialmente as conclusões apresentadas, apenas confirma o equívoco da autuação, desde o nascedouro;

- que, com efeito, o recurso a ser julgado por essa Câmara cuida de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ – Campinas – SP. Nesse contexto as contra-razões ora apresentadas têm como foco a diligência determinada pela Resolução nº 104-1.822, de 25/02/2000, objetivando, única e exclusivamente, a verificação da autenticidade do documento de fls. 379, apresentado pelo recorrente;

- que esse documento contém retificação de informação prestada anteriormente pelo Banco Central do Brasil no âmbito da diligência determinada pela Resolução nº 104-1.774, de 12/11/97. Trata-se do Ofício FIRCE/CODIN-99/C-1171, de 12 de novembro de 1999, que retifica informações anteriores para confirmar que constam de seus registros operações de baixa de investimento por retorno, coincidentes com os contratos de câmbio e valores que foram objeto da autuação fiscal;

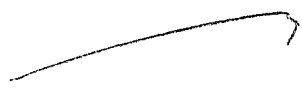
- que, assim, uma vez definido o ponto da controvérsia, e considerando que a recorrente constatou que sobre essas informações o Banco Central do Brasil manifestou-se de modo contrário ao que consta de seus próprios registros, a recorrente diligenciou ao órgão, onde obteve a retificação da informação acerca das remessas, cujo documento respectivo é o objeto da segunda diligência empreendida;

- que é importante ressaltar que as informações transmitidas pelo Banco Central do Brasil sempre se mostraram incompletas e evasivas, conforme destacado pelo agente responsável pelo cumprimento da diligência (fls. 683). E isso parece ter se agravado na atual situação, uma vez que informações novas – mas baseadas em documentos que antecedem a autuação – permitem concluir que inexistia qualquer fundamento para que a operação, devidamente aprovada pelo Banco Central do Brasil, tivesse sido comunicada à Receita Federal. E da parte desse órgão, por sua vez, indevida a acolhida das informações prestadas sem a devida apuração dos fatos para proceder ao lançamento;

- que se note pelo Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal que inicia o presente processo administrativo que o valor tributável de NCz\$ 24.710.477,15 equivale a Sw.Fr 16.521.583,23, muito maior do que o valor do ganho de capital nessa mesma moeda, que foi da ordem de Sw.Fr. 2.348.317,79, conforme informado nas mesmas fls. 645;

- que, assim, da simples verificação de alguns dos documentos ora juntados, que são cópias do respectivo processo administrativo no Banco Central do Brasil, constata-se que a autuação está, no mínimo, equivocada quanto ao valor tributável. E dessa mesma documentação aduz-se que a própria autoridade cambial não pode descaracterizar a operação como retorno de capital, conforme consta do documento de fls. 216 daquele processo administrativo, e que constitui o documento de fls. 624 e 625. A leitura de tal documento não deixa dúvidas quanto à natureza da operação. E da leitura de outro documento, o de fls. 632, ratifica-se tal entendimento, na medida em que o suposto ganho de capital, no montante de Sw.Fr. 2.348.317,79 teve a sua remessa autorizada como retorno de capital. Assim, não há dúvidas de que a remessa foi a tal título, o que atende ao objetivo determinado pela diligência.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Não há arguição de qualquer preliminar.

A matéria, de mérito, em discussão no presente litígio, como se pode verificar no Auto de Infração e Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (fls. 02/03 e 13/16), especificamente na descrição dos fatos e enquadramento legal, refere-se, tão-somente, a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte de beneficiário domiciliado no exterior.

Da análise dos autos verifica-se que a autoridade lançadora entende, que a operação realizada, em 23/09/89 e 20/04/89 (Contrato de Compra e Aditivo) onde a recorrente adquire de sua matriz estrangeira Sulzer Frères Société Anonyme da Suíça sua participação em Sulzer Brasil S/A Indústria e Comércio – CNPJ 33.574.575/0001-77, remetendo, por conta da referida cessão e transferência das ações, em 30/03/89 e 22/12/89, para sua matriz Sulzer Frères Société Anonyme da Suíça as quantias de NCz\$ 8.833.764,89 e NCz\$ 15.876.712,26, respectivamente, conforme contratos de câmbio (fls. 617/621) a título de retorno de capital, sem incidência do imposto de renda na fonte, constitui infração tributária capitulada nos artigos 554 - I, 555 - I, 555 - § 9º, 567 e §§, 575 - IV do RIR/80, aprovado pelo Decreto n.º 85.450/80.

Basicamente, a autoridade lançadora entendeu que, pelo fato da Sulzer Frères Société Anonyme, empresa situada na Suíça ser a titular de 99,99% do capital social da Sulzer do Brasil S/A - Indústria e Comércio (empresa vendida) e 88,87% da Sulzer Bombas e Compressores S/A (empresa compradora), ambas situadas no Brasil, a controladora continuou indiretamente titular das ações da Sulzer do Brasil S/A - Indústria e Comércio, empresa situada no Brasil vendida à sua controlada, caracterizando, de fato uma operação de remessa de lucros.

Por seu turno, a autoridade julgadora singular entendeu, que o referido tipo de operação não pode prevalecer pelos seguintes motivos: a) - na realidade, a Sulzer Suíça - a controladora - negociou com ela mesma, pois, ela detinha o controle acionário tanto da empresa adquirente - a Sulzer Bombas e Compressores S/A - como da empresa que teve seu controle acionário negociado - a Sulzer do Brasil S/A; b) - a controladora e pretensa vendedora das ações - a Sulzer Suíça - continua controlando as duas empresas nacionais, ou seja, de forma direta a Sulzer Bombas e Compressores, com participação acionária inalterada de 99%, e de forma indireta a Sulzer do Brasil S/A, mediante o controle direto exercido nesta pela sua investida e controlada; c) - não tendo havido redução no investimento alocado no país, por consequência, não houve também o postulado retorno ou repatriamento de capital. A autoridade julgadora singular concluiu o seu raciocínio da seguinte forma: “Portanto, em conclusão, em negócios como o ora examinado, inexistindo ganho de capital e ficando afastada a hipótese de repatriamento de capital, qualquer remessa de divisas que se faça só pode caracterizar distribuição de lucros, presentes ou futuros.”.

Da leitura dos autos se extrai, ainda, que o entendimento tanto da autoridade lançadora e como da autoridade julgadora está consubstanciado no item 3 do Parecer Normativo CST nº 46/87, que explicita:

O artifício engendrado carrega subjacentemente a intenção de realizar negócio entre as mesmas pessoas, que assumem simultaneamente posição de compradora e vendedora, adquirindo para si mesmas quotas de capital que já lhes pertence. O objetivo real é promover uma remessa de lucros para o exterior sem pagamento do imposto de renda, ao mesmo tempo em que fica mantida intacta a participação acionária dos investidores estrangeiros, sem alteração do controle das duas empresas envolvidas nas transações, modificando-se apenas a forma de controle que seria indireta na empresa B.

Estas autoridades, concluíram em seu raciocínio que esse tipo de artifício não pode produzir os proveitos fiscais planejados, mormente após a edição da Lei nº 7.450/85, cujo artigo 51 introduziu na legislação do imposto de renda, preceito que visa exatamente coibir a realização de operações simuladas com o objetivo de escapar da incidência do imposto. A norma legal estipula que os rendimentos e os ganhos de capital são objeto de tributação “qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência de imposto de renda”.

Como se vê, discute-se nos presentes autos a ineficácia do procedimento fiscal, já que no entender da suplicante a operação de remessas destinado ao exterior realizada pela sua empresa, não está sujeito à retenção de imposto de renda na fonte, por que o alienante das participações societárias, ou seja, o beneficiário estrangeiro em nenhum momento teve qualquer tipo de acréscimo patrimonial, condição básica para ocasionar o fenômeno tributário para fins de imposto de renda, à medida que o valor recebido pela sua participação na empresa Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio foi em moeda estrangeira igual àquele constante dos certificados de investimento devidamente registrados no Banco Central do Brasil (CR 360/02952-15613, de 10/03/1989). Aduz ainda, que se por acaso houvesse tributação esta deveria ter sido através da apuração de ganhos de capital sobre a negociação das ações (entendimento das autoridades cambiais) e jamais sobre as remessas realizadas.

Da análise dos autos, não vislumbrei nenhum elemento que pudesse provar ou sugerir simulação ou dissimulação com o escopo de remeter lucros ao exterior sem pagamento do imposto de renda na fonte, mediante emprego de artifício de uma operação de retorno de capital. Senão vejamos:

Consta às fls. 379, cópia do documento FIRCE/CODIN-99/C-1171, de 12/11/199, com autenticidade reconhecida pela autoridade fiscal responsável pela diligência proposta por esta Quarta Câmara (fls. 647) o seguinte:

Revedo nossos registros e em retificação ao nosso expediente DESPA/REFIR/IV-98/457, de 01/07/98, que foi emitido em atenção a seu Ofício/GAB/DRF/SBC/nº 3059/98, de 10/06/98, informamos que, de acordo com nossos registros, no exercício de 1989 foram realizadas operações de baixa de investimento por retorno, conforme abaixo:

Em 03.04.89 retorno de investimento – CHF 14.172.262,09

*Em 17.12.89 baixa de investimento por retorno de capital – CHF
2.330.928,18*

*Em 18.12.89 baixa de investimento para retorno de capital –
CHF 18.392,96.*

Da mesma forma, consta do expediente DECEC/GTSP1/CODON-2004/0082 do Banco Central do Brasil (fls. 496) as remessas feitas, no ano de 1989, pela Sulzer Bombas e Compressores S/A – CNPJ 61.532.487/0001-48, para Sulzer Frères Société Anonyme, sediada na Suíça, nos seguintes valores:

. Sw.Fr. 2.349.321,14 – operação de câmbio 05420.3572-89/706348 liquidada em 27/12/1989, amparada pelo Certificado de Autorização para Remessa 355/0166 de 18/12/1989;

. Sw.Fr. 14.172.262,09 – operação de câmbio 05420.3572-89/703667 liquidada em 03/04/1989, amparada pelo Certificado de Registro 360/02952-15613 de 10/03/1989.

Consta às fls. 602 cópia do Certificado de Registro nº 360/02952/15613-0 expedido pela Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil, onde se verifica que a Sulzer Frères Société Anonyme, sediada em Winterthur Suíça, possuía, em 10 de março de 1989, investimentos na empresa Brasileira Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio na ordem de Sw.Fr. 16.521.583,23, valor idêntico ao retorno de capital autorizado pelo Banco Central do Brasil.

Ora, da análise do lançamento verifica-se que os valores tributados como remessas para o exterior são exatamente estes, ou seja, Sw.Fr. 14.172.262,09 (em 30/03/89 no valor equivalente a NCz\$ 8.833.764,89) e Sw.Fr. 2.349.321,14 (em 22/12/89 no valor equivalente a NCz\$ 15.876.712,26). Valor este que consta do certificado de registro emitido pelo Departamento de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil, onde se constata que o investidor Sulzer Frères Société Anonyme, sediada na Suíça, investiu na receptora do investimento Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio, empresa situado no Brasil, o valor equivalente.

Donde se conclui, que as importâncias em moeda estrangeira (Sw.Fr.) constantes do Certificado de Registro nº 360/02952/15613-0 resultaram nos valores NCz\$ 8.833.764,89 e NCz\$ 15.876.712,26, exatamente igual ao preço de venda das ações, ou seja, igual ao total em moeda estrangeira investido.

Feitas as considerações acima, para melhor posicionar e elucidar o presente litígio, cujo óbice é se saber se o suplicante estava ou não obrigado a efetuar a retenção e o respectivo recolhimento do imposto de renda relativo às operações de remessas de valores para o exterior.

Inicialmente, se faz necessário salientar que em regra geral o imposto de renda incide na fonte sobre os rendimentos e ganhos de capital provenientes de fontes situadas no país quando percebidos pelas pessoas jurídicas com sede no exterior.

É sabido, que a intenção do legislador (lei) não é e nunca foi a de tributar o capital aqui investido, mas tão somente os rendimentos ou ganhos, e em consonância com esse princípio foi editada a Portaria MF nº 217, de 07 de julho de 1987, que prevê a transferência para o exterior sem a incidência do imposto de renda na fonte do capital investido no Brasil por empresa estrangeira.

É bom que se diga, que a operação realizada pela suplicante não se trata de retorno de capital no seu sentido puro e simples, mas sim, de remessa do produto da alienação da participação societária que a empresa estrangeira Sulzer Frères Société Anonyme possuía na empresa brasileira Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio.

Da mesma forma, só posso concordar com a suplicante, que o retorno de capital implicaria forçosamente em redução por valor igual no capital social da Sulzer do Brasil S/A – Indústria e Comércio (redução de capital social), e a operação realizada é de alienação de participação societária, com o respectivo cancelamento do capital estrangeiro investido. Neste caso, não poderá haver no futuro repatriamento deste capital estrangeiro, já que o mesmo deve ser cancelado pelo Banco Central do Brasil, em virtude da operação de alienação da participação societária detida pela empresa com sede no exterior.

Assim, a remessa para o exterior de importância equivalente ao capital estrangeiro registrado no Banco Central do Brasil em nome de pessoa jurídica com sede no exterior, sob o título de investimentos e reinvestimentos estrangeiros no País, será procedida sem a incidência do imposto de renda na fonte previsto no item I do artigo 555 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 1980 e seus sucedâneos, quando a importância remetida não superar o valor que for obtido pela aplicação do percentual representado pela participação societária alienada ou liquidada sobre o total do capital estrangeiro registrado. O percentual terá por base a participação societária alienada ou liquidada em relação à participação total do investidor no capital da empresa receptora do investimento estrangeiro.

No repatriamento de capital deverá, obrigatoriamente, haver redução de investimento do capital estrangeiro no País, através da baixa do certificado de registro no Departamento de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil.

É de se observar, que a Lei, bem como a Portaria não especificam quaisquer exigências quanto ao controle das empresas estrangeiras que aqui aplicam seus recursos, o importante é que o capital entrado no País possa retornar sem tributação, ficando sujeitos ao IR fonte apenas os frutos produzidos pelo investimento.

A autoridade administrativa não pode complementar a Lei de modo a fazer exigências nela não previstas de modo a conduzir à exigência de tributo textualmente dispensado. Não há embasamento legal possível para que a autoridade lançadora pudesse exigir tributo no caso da investidora/vendedora sediada no exterior ter o mesmo controle acionário da adquirente.

É possível concluir, que no caso dos autos, a autoridade lançadora ao proceder o lançamento se baseou no exercício teórico de complementação da Lei, o que é inconcebível.

No caso em questão, a Sulzer Frères Société Anonyme, empresa sediada no exterior investiu em moeda estrangeira (Sw.Fr.16.521.583,23), na empresa Sulzer do Brasil

S/A – Indústria e Comércio, empresa sediada no Brasil, conforme se constata no Certificado de Registro de nº 360/02952/15613-0, registrado no Banco Central do Brasil. Desta forma, a Sulzer Frères Société Anonyme no exterior, teria, perante a legislação brasileira, todo o direito de retorno de capital sem a incidência do imposto de renda na fonte, até o limite investido.

No retorno de capital não houve prejuízo tributário para a Fazenda Nacional, como quer a autoridade lançadora, e mantido pela autoridade julgadora singular. Poderia sim ter ocorrido ganho de capital pela alienação das ações, porém, esta matéria é estranha aos autos, ou seja, não é matéria componente do Auto de Infração, razão pela qual não tem sentido alongar a discussão neste processo.

Não há como concordar com a autoridade lançadora que o presente caso se enquadraria na operação descrita no Parecer Normativo CST nº 46/87, pois não houve cisão de empresa aqui sediada para em seguida uma delas adquirir o controle acionário da outra e remeter os valores para o exterior.

Ora, se a acionista no exterior vendesse sua participação à outra empresa também sediada no exterior, mas não pertencente ao mesmo grupo, e em seguida a compradora vendesse a uma empresa sediada no Brasil essa poderia realizar remessa de numerário até o valor aplicado sem tributação, como retorno de capital, pois não sendo do mesmo grupo não poderia ser alegado artifício.

No entender deste relator, o PN 46/87 examina uma situação em que se promove uma simulação, com a finalidade de se evitar pagamento de imposto sobre remessa de resultados, que não é a situação da operação realizada pela suplicante, que não se confunde com a simulação, tratando-se de negócio realizado na melhor forma de direito, já que o patrimônio que antes pertencia a uma empresa sediada no exterior (Sulzer Frères Société Anonyme - Suíça), passou a pertencer a uma empresa sediada no Brasil (Sulzer Bombas e Compressores S/A - Brasil), o que torna legítimo a isenção de imposto de renda na fonte até o limite do capital empregado no País pela pessoa jurídica investidora. Sendo irrelevante o fato de ambas terem o mesmo controle acionário ou que a empresa adquirida também tenha o mesmo controlador (Sulzer Frères Société Anonyme - Suíça). O fundamental no presente caso é que a vendedora sediada no exterior efetivamente transferiu suas ações a uma empresa sediada no Brasil, estando tal transação perfeitamente comprovada nos autos.

Portanto, cristalina a legitimidade da procura, pelo contribuinte, da economia fiscal buscada através da opção por negócios jurídicos ou formas jurídicas aptas a investir num negócio menos oneroso sob o ponto de vista de sua tributação. Se existem alternativas, sem dúvidas, escolha-se a de menor impacto fiscal, manda a lógica, o bom senso. E não o impede a lei ou a ética.

Se a todos é facultado, optar por negócios e/ou forma jurídica de mais brando impacto tributário, propiciando-lhe, assim, determinada economia em relação ao tributo que, se adotado fosse outro negócio e/ou forma, seria impositivo, a ninguém é permitido cogitar em economia sobre tributo já devido. Há que se ter bem claro, portanto, o que se poderia denominar de economia fiscal lícita, perfeitamente legítima e até saudável, e o que, embora com certa impropriedade, poderia ser designado como economia fiscal ilícita, de todo condenável e a ser, sob todos os aspectos, reprimida.

É fato, que o direito processual consagrou o princípio de que a prova incumbe a quem afirma. Porém, é igualmente sabido que não se pode apresentar prova

inconteste de fato negativo, como por exemplo, no caso da lide, que os pagamentos não existiram. Claro que existiram, porém, a título de remessas sem incidência do IRRF. Nesses casos admite-se que a prova se faça por meios dos lançamentos contábeis existentes, cabendo à outra parte a contraprova de que as remessas tinham o evidente intuito de fraudar o fisco, ou que por algum motivo trouxeram prejuízo ao fisco.

Enfim, a matéria se encontra devidamente esclarecida e debatida no processo, sendo despiciendo maiores considerações, razão pela qual, estou convicto que a farta documentação carreada aos autos não só evidencia como comprova de forma inequívoca que ocorreu mera remessa do capital investido no país, devidamente registrado no Banco Central do Brasil e devidamente baixado quando da realização da remessa ao exterior, não cabendo, desta forma, a incidência de imposto de renda na fonte.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 04 de março de 2009

NELSON MALLMANN

