



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 15374.005168/2001-20
Recurso nº 155.392 Voluntário
Matéria IRPJ - EX.: 1999
Acórdão nº 105-17.176
Sessão de 16 de setembro de 2008
Recorrente TELECINE PROGRAMAÇÃO DE FILMES LTDA.
Recorrida 9ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I


Ementa: PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA - ASPECTO OBJETIVO E ASPECTO SUBJETIVO - PARTES RELACIONADAS - APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DA LEI Nº 9.430/96 - Existindo vínculo societário de coligação, controle e/ou exclusividade, tem-se por satisfeito o aspecto subjetivo necessário à aplicação das normas de controle de preços de transferência, nos termos do art. 23 da lei nº 9.430/96.

GLOSA DE DESPESA - EMPRÉSTIMO - MÚTUO ENTRE PARTES RELACIONADAS - PAGAMENTO DE JUROS AO EXTERIOR - LIMITE MÁXIMO -Nos termo do art. 22 da lei nº 9.430, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real, os juros pagos a empresa relacionada no exterior (art. 23 da lei nº 9.430/97) até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


JOSE CLOVIS ALVES
Presidente



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Relator

Formalizado em: 17 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, WALDIR VEIGA ROCHA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração no qual se exige do Recorrente Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 459.024,34, acrescido dos juros de mora e da multa de ofício de 75%, tendo em vista ajuste realizado em sede de preços de transferência. A decisão recorrida relata que:

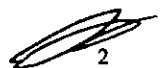
“2. A infração informada na Descrição dos Fatos do auto de infração (fl. 72) vem assim intitulada: *“Adições. Preços de Transferência. Não adição de parcela dos juros pagos ou creditados a pessoa vinculada no exterior”*.

3. De sua vez, do Termo de Verificação Fiscal (fls. 151/158), o qual descreve os fatos apurados na ação fiscal, extraímos os seguintes pontos:

3.1 que a conformação social da Telecine é a seguinte: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade brasileira com sede no Rio de Janeiro, Brasil, 50 % do capital social e votante; LISARB HOLDING B.V., uma sociedade holandesa (“Lisarb”), com sede na cidade de Amsterdã, 12,50 % do capital social e votante; UNIVERSAL PAY TELEVISION B.V., uma sociedade holandesa (“UPT”), com sede na cidade de Amsterdã, 12,50 % do capital social e votante; MGM/USA SOUTH AMÉRICA B.V., uma sociedade holandesa (“MGM/USA”) com sede na cidade de Amsterdã, 12,50 % do capital social e votante; e FOX LATIN AMÉRICA, INC, uma pessoa jurídica das Ilhas Cayman (“FOX”) com sede em *P.O. Box 39, George Town, Ilhas Cayman, British West Indies*, 12,50% do capital social e votante.

3.2 que a Telecine (licenciada) firmou contratos de licenciamento para exibição de filmes em televisão com as seguintes pessoas jurídicas estrangeiras (licenciantes): PARAMOUNT PICTURES INTERNATIONAL, uma divisão da Viacom International (Netherlands) B.V., estabelecida em Amsterdã, Holanda; UNIVERSAL STUDIOS INTERNATIONAL B.V., estabelecida em Amsterdã, Holanda; MGM INTERNATIONAL TELEVISION DISTRIBUTION INC, uma empresa de Delaware; e TWENTIETH CENTURY FOX ASIA PACIFIC TELECOMMUNICATIONS L.L.C., uma sociedade de responsabilidade limitada de Delaware;

3.3 que, por disposição contratual, a licenciada pagaria a cada licenciante uma taxa de licenciamento, durante cada ano, igual a uma porcentagem da taxa básica da receita de assinaturas em cada período contábil;



2

3.4 que os pagamentos deveriam ser efetuados trinta dias corridos seguintes a cada período contábil em dólares americanos remetidos externamente, mas que no caso de inadimplemento ou adimplemento fora do vencimento, esses pagamentos sofreriam o acréscimo de juros de 3% acima da Taxa Preferencial (*prime rate*) dos Estados Unidos, capitalizados mensalmente;

3.5 que a Telecine deixou de efetuar as remessas da parcela da taxa de licenciamento devida a todos os licenciantes referentes ao mês de dezembro de 1997 e a todos os meses de 1998, aplicando o montante equivalente em Reais, no mercado financeiro do Brasil;

3.6 que a Telecine contabilizou os juros, que passaram a ser devidos a partir do mês de fevereiro de 1998, segundo às mesmas taxas remuneratórias do capital aplicado nas instituições financeiras nacionais;

3.7 que, pelo exame das correspondências da Telecine enviadas aos sócios cotistas (fls. 120/128), ela (Telecine) foi autorizada a postergar o pagamento das taxas de licenciamento até 30/06/1999, incluindo os juros devidos; por conseguinte, segue a fiscal autuante, passou-se a presumir a ocorrência de vinculação entre a licenciada e os licenciantes para efeito do disposto no art. 22 da Lei 9.430/96, que assim estabelece: "*Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do Lucro Real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa 'Libor', para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de 'spread', proporcionalizados em função do período a que se referem os juros.*";

3.8 que, dessa forma, ela, a fiscal autuante, lavrou o Termo de Constatação de fls. 63/64, levando ao conhecimento da autuada os aspectos que a levaram à presunção de que as pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, fornecedoras de direitos de exibição de filmes em televisão, seriam consideradas vinculadas à Telecine, nos termos do disposto no art. 23 da Lei nº 9.430/96;

3.9 que, de sua vez, a Telecine, em resposta (fls. 65/67), não faz menção ao descumprimento da cláusula contratual que estabelece as "condições de pagamento", nem sequer comenta o disposto no art. 22 da Lei nº 9.430/96, atendo-se a reproduzir textualmente os incisos I a X do art. 23 da mesma Lei, de forma a negar a vinculação legal ou de direito entre ela, Telecine, e as demais pessoas jurídicas estrangeiras envolvidas nos contratos de licenciamento.

4. No mesmo Termo de Verificação, a fiscal passa a descrever o que chama de "Vinculação de Direito". De forma resumida, são estas as descrições:

4.1 que - após reproduzir os incisos III e IV do art. 23 da Lei nº 9.430/96, e os §§ 1º e 2º, do art. 243, da Lei nº 6.404/76 - a Telecine respondera a intimação alegando que não é controlada nem coligada de empresa no exterior, nem é controladora nem coligada a empresa no exterior;

4.2 que, em vista das alegações da Telecine contrárias a essa vinculação, lavrou (a fiscal autuante) Termo de Pedido de Esclarecimentos e Solicitação de Documentos de fls. 138/140, de forma a obter elementos subsidiários que a permitisse demonstrar a vinculação de fato e de direito entre a licenciada e as licenciantes;

4.2 que, em resposta ao referido Termo, a Telecine (fls. 141/142) identifica que seus sócios cotistas são aqueles definidos no Contrato Social, e que os estúdios denominados, em correspondências, “estúdios sócios”, são, em realidade, os estúdios licenciantes (antes já identificados);

4.3 que, na mesma resposta, a Telecine complementa dizendo que as correspondências comerciais mencionadas no Termo de Pedido de Esclarecimentos são dirigidas aos estúdios licenciantes, inadvertidamente chamados de sócios ou estúdios sócios no caso em questão;

4.4 que, na mesma resposta, a Telecine atende de maneira insatisfatória à solicitação de fornecer cópia dos documentos legais de constituição das empresas estrangeiras do mesmo grupo composto, entre outras, por aquelas que a Telecine identifica como “sócios cotistas” e “estúdios licenciantes”, declarando que, nos termos da Lei nº 9.430/96, não possui vínculo com qualquer das empresas que, na resposta ao Termo, identifica como “estúdios licenciantes” e que, em virtude de tal fato, não dispõe de cópia dos documentos legais de tais empresas e, conseqüentemente, não pode fornecer os referidos documentos;

4.5 que a Telecine juntou os elementos gráficos de fls. 134/137 e 143, os quais permitem (segundo a autuante) visualizar a estrutura societária das empresas estrangeiras em análise;

4.6 que a Telecine, informa a fiscal autuante, fez juntada de respostas a “e-mails” (fls. 147/150) enviados às empresas no exterior em idioma inglês (embora advertida a traduzi-los para o português) e que, em apenas um dos “e-mails” conseguiu identificar o percentual de participação societária entre as pessoas jurídicas estrangeiras envolvidas, a saber: a UNIVERSAL STUDIOS INTERNATIONAL B.V., identificada pela Telecine como “estúdio licenciante” possui 95% do capital de UNIVERSAL PAY TELEVISION B.V., identificada como “sócio cotista”, o qual, por sua vez, possui 12,5% do capital da Telecine; logo, a UNIVERSAL STUDIOS INTERNATIONAL B.V. é detentora de 11,875% (95% x 12,5%) do capital da Telecine, através de sua controlada, e portanto coligada da Telecine na forma do parágrafo 1º do art. 243 da Lei 6.404/76;

4.7 que, nos demais “e-mails”, pôde identificar que: a FOX LATIN AMERICA INC. é afiliada à TWENTIED CENTURY FOX ASIA PACIFIC TELECOMMUNICATIONS, L. L. C.; a MGM/USA SOUTH AMÉRICA B. V. é afiliada à MGM INTERNATIONAL TELEVISION DISTRIBUTION INC.; e a PARAMOUNT PICTURES INTERNATIONAL e a LISARB são subsidiárias da PARAMOUNT PICTURES CORPORATION;

4.8 que, de sua vez, a 1º alteração contratual da Telecine, fls. 173/199, define o termo "Afiliada" como sendo: "*'Afiliada' significa, com relação a qualquer Pessoa (que não sejam as Sócias Quotistas e a Sociedade), qualquer outra Pessoa que, seja direta ou indiretamente, através de um ou mais agentes, delegados, intermediários, trustes, ou quaisquer outras combinações, quer formais ou informais, controle, seja controlada por, ou esteja sob controle comum com aquela Pessoa; salvo no caso de uma Sócia Quotista, quando uma Afiliada daquela Sócia Quotista significa Controladora e as subsidiárias das quais a Controladora seja detentora da maioria das ações. Além disso, para os fins deste Contrato Social, a United International Pictures B. V. e as subsidiárias das quais ela seja detentora da maioria das ações, direta ou indiretamente, serão consideradas 'Afiliadas' da Lisarb, UPT e MGM/USA, salvo, contudo, pelo fato de que a Lisarb, UPT e MGM/USA não serem consideradas Afiliadas umas das outras.*" (sic);

4.9 que, assim afirma a autuante, a atribuição do ônus da prova ao Fisco não a impede de efetuar o lançamento de ofício com base nos elementos de que dispuser, quando o contribuinte, obrigado a prestar esclarecimentos ou intimado a informar sobre fatos de interesse fiscal de que tenha ou deva ter conhecimento se omite, recusa-se a fazê-lo, ou o faz insatisfatoriamente, conforme autorizam os art. 149 do CTN e 841 do RIR/99;

4.10 que o parágrafo 2º do art. 243 da Lei nº 6.404/76 aborda a vinculação pelo aspecto da ingerência de uma sociedade nas deliberações sociais da outra, e esse aspecto pode ser invocado pelo conteúdo textual da correspondência trocada entre as partes, a exemplo do fato de os estúdios licenciadores autorizarem a postergação do pagamento da taxa de licenciamento e dos juros devidos pelo atraso devidos pela Telecine, bem ainda quando os estúdios perdoam o montante de juros contabilizados;

4.11 que, segundo estabelece o art. 305 do Código Comercial: "*Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios da sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade de sócio. Desta natureza são especialmente: (...) 3. Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. (...)*".

5. Seguindo o conteúdo do Termo de Verificação, a fiscal autuante passa a descrever o que denomina de "Vinculação de Fato". É este o resumo das observações da autuante:

5.1 que lavrou o Termo de Constatação, "*...mediante presunção simples, valendo-nos dos ensinamentos de Gilberto Ulhôa Canto ('Presunções no Direito Tributário'. Resenha Tributária, SP, 1991), que a define como aquela presunção inferida pelo raciocínio do homem a partir daquilo que ordinariamente acontece.*";

5.2 que a análise dos fatos em questão, das razões que os motivaram, e de seus efeitos nitidamente favoráveis às partes, a compeliu "*...a presumir a existência de vínculo entre credor e o devedor na negociação investigada, pela forma como efetivamente as partes, de comum acordo, se manifestaram,*

evidenciando a combinação de recursos e esforços visando o melhor para a sociedade como um todo”, destacando, em tal contexto, o seguinte:

“1. Quando a Telecine deixa de efetuar as remessas em dólares americanos, a partir de dezembro de 1997, devidas aos licenciantes no exterior, para aplicar o montante equivalente em Reais, no mercado financeiro nacional, o faz com o consentimento destes, seguramente porque a taxa do dólar estava estável no período, e as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras do Brasil, eram superiores às praticadas no mercado internacional, de forma a obter uma receita financeira significativa para a sociedade;

‘2. Quando a Telecine e os licenciantes acordam modificar a cláusula contratual referente à taxa de juros incidente sobre o atraso no pagamento do principal, passando a Telecine a contabilizar os juros devidos por uma taxa idêntica àquela utilizada pelas instituições financeiras do país para remunerar o capital aplicado, o faz para obter equivalência entre receita financeira auferida e despesa financeira devida, o que não nos surpreende já que na mentalidade empresarial não habita a idéia de ganhar de um lado e perder de outro.

‘3. Quando a Telecine solicita e os licenciantes concedem o perdão do montante dos juros contabilizados, equivalente a RS 3.043.892,97, ela alega que a grande desvalorização cambial que ocorreu em janeiro de 1999, causou perdas significativas para o seu passivo em dólar e que o momento requeria um maior apoio de seus fornecedores e cotistas. Os sócios concluíram que a situação apresentada pela Telecine justificava o perdão e sendo assim decidiram concedê-lo - vide correspondência de fls. É fato que tamanha compreensão, sensibilidade e desprendimento da parte dos credores em relação à capacidade financeira do devedor de arcar com os compromissos assumidos em negócios contratados, não ocorre na prática, salvo se credor e devedor forem vinculados na forma da Lei e na leitura de quem deve saber interpretá-la por dever de ofício”.

5.3 por fim, termina a autuante concluindo que os fatos a induzem a afirmar que a Telecine não contrataria com terceiros - pessoas jurídicas não vinculadas - negócio nas condições aqui estabelecidas.

6. As parcelas dos juros glosados referem-se a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1998 e restam consignadas nas planilhas de fls. 164/172.

7. Em 07/01/2002, o interessado impugna a exigência por meio da peça de fls. 206/214, na qual, em resumo, alega:

7.1 que não estão abarcadas pela limitação legal de dedução de juros de que fala o art. 22 da Lei nº 9.430/96 as seguintes situações: os encargos financeiros decorrentes do pagamento de preço de mercadorias ou serviços; e os juros pagos, ainda que em operações de empréstimo, a pessoas não vinculadas;



7.2 que as operações são oriundas de contratos de licenciamento, cujos valores foram creditados nos estritos termos firmados, sendo que os saldos, não sacados pelas licenciadas, foram aplicados no mercado brasileiro, auferindo a sociedade, sempre por conta e ordem de seus credores, receitas financeiras, sendo que o resultado destas receitas foi creditado na conta respectiva do beneficiário;

7.3 que ele, o interessado, agiu como mandatário do credor, aplicando no mercado financeiro nacional, os saldos relativos a conta corrente de que era titular;

7.4 não há pagamento de juros, mas sim, o reconhecimento em favor do credor do resultado financeiro da aplicação que foi feita por ele;

7.5 que o valor do principal seguiu as disposições do contrato, o qual diz respeito de aplicação de saldo da venda de um serviço e não de uma operação de mútuo, hipótese tratada pelo art. 22 da Lei nº 9.430/96;

7.6 que não paga juros, mas sim transfere para a sociedade credora o valor correspondente ao resultado da aplicação no mercado financeiro;

7.7 que as empresas credoras não são suas controladoras, pois competem entre si no mercado internacional de licenciamento de produtos cinematográficos; logo, o auto de infração deve ser cancelado.

8. O interessado, então, solicita diligência para esclarecer sete quesitos, os quais são assim resumidos:

- a) Informar quais são as empresas que integravam seu capital em janeiro de 1998.
- b) Se é correto afirmar que os contratos não são de mútuo.
- c) Se os saldos credores correspondem a valores pertencentes aos licenciados estrangeiros, e indicar a remuneração auferida mês a mês.
- d) Informar se os valores recebidos por ele foram pagos às empresas contratantes e em que condições se deram esses pagamentos.
- e) Se essas aplicações foram consideradas como receita financeira.
- f) Se as parcelas correspondentes aos pagamentos realizados em favor das licenciadas foram indicadas como despesa operacional, *"... considerando-se tributável as eventuais parcelas relativas a crédito, cujo pagamento não foi efetuado."*
- g) Informar o valor correspondente à aplicação sobre os saldos credores das licenciadas *"...da variação cambial do dólar norte-americano, no período que vai da aplicação ao efetivo pagamento, acrescido da taxa de Libor mais 3%, comparando-se o montante indicado com a remuneração atribuída pela suplicante ao aludido crédito."*



9. Seguindo em sua impugnação, o interessado alega, por fim:

9.1 que as respostas a esses quesitos demonstrarão que a remuneração atribuída não beneficiou as sociedades estrangeiras;

9.2 que nem ele, nem a fiscalização dispõem de informação que comprove a vinculação societária invocada - por presunção - pela fiscalização, visto que a legislação mencionada só considera a vinculação, nos caso de empresas ligadas, quando elas são coligadas ou controladas; e

por fim, pelos motivos expostos, que o auto de infração seja cancelado.

A DRJ do Rio de Janeiro afastou os argumentos expendidos pela Recorrente, tendo a decisão sido ementada nos seguintes termos:

Ementa: PERÍCIA. DILIGÊNCIA. A autoridade julgadora de primeira instância indeferirá a realização de perícia ou diligência que considere prescindíveis.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998

Ementa: ART. 22 LEI 9.430/96. ALCANCE. JUROS MORATÓRIOS INCORRIDOS. OBRIGAÇÕES DE FAZER. O limite de dedutibilidade de juros pagos ou creditados de que fala o art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, aplica-se, além das operações de empréstimos com pessoa vinculada no exterior, às obrigações que produzem, para o devedor em mora, a incidência de juros.

LICENCIAMENTO DE FILMES. VINCULAÇÃO. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. No caso de licenciamento de filmes para exibição em TV paga, há vinculação entre a empresa estrangeira licenciante dos filmes e a empresa brasileira que os exhibe (licenciada), quando o real licenciante dos filmes é também controlador de empresa estrangeira que é sócia (coligada) da empresa brasileira licenciada.

VINCULAÇÃO. JUROS EM EXCESSO. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. Os contratos de exclusividade de licenciamento de direitos de exibição de filmes em canal de TV paga lavrados entre empresa brasileira licenciada e empresa estrangeira licenciante implicam vinculação entre essas partes, sujeitando os juros decorrentes das avenças às normas de preços de transferência.

Em sede de recurso, aduz, a Recorrente, as seguintes razões:

- a) as sociedades credoras não seriam controladoras da Recorrente;
- b) inaplicabilidade do art. 22 da lei nº 9.430/96, ao argumento de que a disposição legal em apreço somente se aplica aos casos de empréstimo, o que não teria ocorrido na hipótese e por não haver pagamento de juros, mas sim a mera transferência "para a sociedade credora do exato valor correspondente ao resultado da aplicação no mercado financeiro das disponibilidades de que eram titulares" (fls. 278)



- c) nulidade do feito por indeferimento da prova pericial, que objetivavam demonstrar que a) os pagamentos decorreram de contrato de licenciamento e não de mútuo; b) a salvo em favor do licenciante foi aplicado no mercado financeiro por conta e ordem daqueles; e c) houve o pagamento do imposto de renda pela Recorrente, posto que a receita e a despesa decorrente dessa aplicação foi registrada em seus livros fiscais.

É este o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

Recurso tempestivo e, presentes os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Preço de Transferência – Critério Subjetivo

A lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, implementou, na ordem jurídica interna, o controle dos chamados preços de transferência, entendidos como os preços praticados nas negociações de compra e venda e prestação de serviços entre partes relacionadas. É que, partilhando as partes negociantes de um mesmo interesse econômico, os preços por elas praticadas podem estar, eventualmente, divergentes com aqueles de livre mercado, podendo referidas negociações serem utilizadas para transferência de rendimento tributável de um país para outro.

A comunidade internacional, captaneada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, tem procurado combater referida prática que, apesar de não ser considerada um ilícito realizado pelas empresas, pode provocar distorções nas relações de tributação entre os Estados e as empresas neles localizados, além de provocar, em grande escala, a chamada concorrência tributária prejudicial.

O Brasil adotou, na esteira da lei nº 9.430/96, os conceitos gerais fixados pela OCDE na restrição de utilização dos preços de transferência. Referido controle é criado por meio de norma anti-elisiva específica que atribua poder de ajuste, para fins de tributação, dos preços utilizados pela partes relacionadas.

Na verdade, se por um lado o controle dos preços de transferência impõe uma restrição à livre negociação de preços entre as partes relacionadas no comércio internacional, por outro presente, de ante mão, qual serão os critérios a serem adotados na verificação de cumprimento da legislação fiscal. Caso o preço utilizado pelo Contribuinte seja compatível com o preço parâmetro definido pela legislação, não haverá ajuste para fins tributários. Por outro lado, caso haja divergência entre o preço utilizado entre partes relacionadas e o preço parâmetro, o Estado tem poder de ajustá-lo, sendo o critério que for mais favorável ao contribuinte.

Para estar sujeito ao controle dos preços de transferência, a lei nº 9.430/96 apresenta critérios subjetivos e objetivos, sendo que, apenas na presença de ambos é que estará autorizada, a Autoridade Administrativa, a impor os ajustes de aplicação da norma anti-elisiva específica.



O critério subjetivo demanda a identificação da existência de uma relação entre as pessoas negociantes no plano internacional, nos termos em que definidos na lei nº 9.430, a saber:

“Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

‘I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

‘II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

‘III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

‘IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

‘V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

‘VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

‘VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

‘VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

‘IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

‘X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos”.

À época dos fatos, estava em vigência a lei nº 6.404, de 1976, que em seu art. 243, §§ 1º e 2º, traçavam o seguinte conceito de coligação:

“Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

§ 2º *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*”

Em que pese a insistência da Recorrente em afirmar que não possui vínculo com as licenciadas que possam qualificá-las como empresas relacionadas, o Termo de Constatação Fiscal, no que foi reconhecido pela DRJ, delineou corretamente os vínculos entre as empresas, de forma a submetê-las ao crivo do controle dos preços de transferência:

23.1 Vinculação I - UNIVERSAL PAY TELEVISION B.V. (sócia-cotista da Telecine) e a UNIVERSAL STUDIOS INTERNATIONAL B.V. (Estúdio licenciante):

- i. A *Universal Studios*, segundo informa a correspondência (e-mail) de fls. 147, possui 95% do capital da sócia-cotista da Telecine, a qual, por sua vez, possui 12,5% do capital da Telecine; logo, a *Universal Studios* detém, indiretamente, 11,875% (95% x 12,5%) do capital da Telecine, através de sua controlada, o que caracteriza a forma de controle indireto de que fala a Instrução CVM nº 247/96 (Manual de Contabilidade – Fipecafi, sexta edição, Ed. Atlas, pág. 159). O organograma de fl. 134, fornecido pelo interessado, apresenta, parcialmente, essa informação.
- ii. Os chamados “*Financial Statements. Globo Comunicações e Participações S.A.*”, encontrados no sítio da Internet http://globopar.globo.com/english/dl/download_00.htm informam que a Telecine é (numa tradução livre) uma *joint venture* entre a *Globopar* (50%), *Paramount* (12.5%), *Metro Goldwyn Mayer* (“MGM”) (12.5%), *Universal* (12.5%) e *Twentieth Century Fox* (“Fox”) (12.5%), sendo que a *Paramount*, a *MGM*, a *Universal* e a *Fox*, juntas, configuram um estúdio parceiro. Em inglês o texto assim se apresenta: “*Telecine Programação de Filmes Ltda. (“Telecine”) is a joint venture between Globopar (50%) and Paramount (12.5%), Metro Goldwyn Mayer (“MGM”) (12.5%), Universal (12.5%) and Twentieth Century Fox (“Fox”) (12.5%) (Paramount, MGM, Universal and Fox together the “Studio Partners”).*”
- iii. Os sítios da Internet (Cf. <http://allyourtv.com/features/media/vivendi.html>) que dão informações sobre a composição acionária dos grupos internacionais de telecomunicações fazem referência ao fato de a *Vivendi Universal* (hoje a holding do Grupo *Universal*) ser dona da *Universal Pay Television*, empresa que ali consta como responsável pela distribuição internacional dos produtos para Televisão (*international distribution*), bem como ter ela participação societária (*partial ownership*) na *HBO Ásia*, *Telecine* (Brasil), *Cinecanal* (América Latina), *Showtime* (Austrália) e *Star Channel* (Japão).

23.2 Vinculação II - FOX LATIN AMERICA INC (sócia-cotista). e a TWENTIETH CENTURY FOX ASIA PACIFIC TELECOMMUNICATIONS, L. L. C. (licenciante).

i. a Fox Latin America, segundo informa a correspondência (e-mail) de fls. 149 é afiliada (*affiliate*) à Worldwide Telecommunications LCC, antiga Twentieth Century Fox Asia Pacific. Na tradução encontrada no Noronha's Legal Dictionary, 3rd Edition, Observador Legal Editora, 1998, *affiliate* traduz-se por: *afiliado; associado; coligado* (grifei).

ii. Repete-se aqui a mesma informação do *report* da Globopar mencionado no subitem I, "i" acima, no qual a Telecine Programação de Filmes Ltda. ("Telecine") é uma *joint venture* entre a Globopar (50%), Paramount (12.5%), Metro Goldwyn Mayer ("MGM") (12.5%), Universal (12.5%) and Twentieth Century Fox ("Fox") (12.5%), sendo que a Paramount, a MGM, a Universal e a Fox, juntas, configuram um estúdio parceiro.

iii. De sua vez, a News Corporation Limited (Grupo Murdoch), hoje empresa matriz do grupo ao qual pertencem tanto a Fox Latin América Inc. quanto Worldwide Telecommunications LCC, antiga Twentieth Century Fox Asia Pacific, por meio de seu sítio oficial na internet (<http://www.newscorp.com/report99/tvylw.html>), menciona que ela, News Corporation, participa em 12 % do capital da Telecine no Brasil.

iv. Mais ainda, o Parecer Técnico nº 198/COGSE/SEAE/MF, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do MF, Brasília, 05 de novembro de 2003, relativo ao ato de concentração nº 53.500.002423/2003, dá conta do seguinte: "*The News Corporation Limited. Atualmente, a News Corp. detém 36% do capital social da Sky Brasil, participação esta que será elevada para 49,7% do capital social em breve, segundo informações prestadas pela própria News. Com relação ao Telecine, a News, por intermédio da Fox, detém participação acionária de 12,5% de seu capital social, sendo os outros sócios: a Globosat, com 50%; a Paramount, com 12,5%; a MGM, com 12,5%; e a Universal Studios, com 12,5%.*"

23.3 Vinculação III - MGM/USA SOUTH AMÉRICA B.V. (sócia-cotista) e a MGM INTERNATIONAL TELEVISION DISTRIBUTION INC. (licenciante).

i. A MGM/USA *South America*, segundo informa a correspondência (e-mail) de fls. 149, é afiliada (*affiliate*) à MGM International e ambas têm como empresa matriz ou controladora (*parent company*) a MGM Studio. Vale dizer, ambas têm o mesmo controlador, o qual, como se vê aqui, é quem de fato licencia os direitos cinematográficos do grupo, bem como são associadas ou coligadas entre si (*affiliates*).

ii. Repete-se aqui a mesma informação do *report* da Globopar mencionado no subitem I, "i" acima, no qual a Telecine Programação de Filmes Ltda. ("Telecine") é uma *joint venture* entre a Globopar (50%), Paramount (12.5%), Metro Goldwyn



Mayer ("MGM") (12.5%), Universal (12.5%) and Twentieth Century Fox ("Fox") (12.5%), sendo que a Paramount, a MGM, a Universal e a Fox, juntas, configuram um estúdio parceiro.

iii. Segundo informação dada pela própria MGM, conforme o Parecer nº 06563/2004/RJ COPCO/COGPI/SEAE/MF da Secretaria de Acompanhamento Econômico do MF, de 16 de novembro de 2004, relativo ao Ato de Concentração nº 08012.008456/2004-22, "... a Metro-Goldwin-Mayer ("MGM"), com sede nos Estados Unidos da América, é uma empresa que atua no setor de entretenimento em âmbito global. Por meio de suas subsidiárias, a MGM atua no desenvolvimento, produção e distribuição mundial de diversos produtos de entretenimento, incluindo: filmes, programação para televisão, home-video, mídia interativa, música e merchandising (...). Apenas dois acionistas possuem participação societária acima de 5% no capital social da MGM, a saber : Tracinda Corporation (60,6%) e 250 Rodeo, Inc. O grupo possui participação societária apenas na Telecine Programação de Filmes Ltda. (12,5%), com atuação no Brasil e no Mercosul."

iv. Segundo informação do sítio oficial da MGM (http://www.mgm.com/corp_management_struc.do), numa tradução livre, "...o Grupo também congregou-se com diversas outras companhias estabelecendo participação societária em dez Serviços de Televisão-Paga no mundo, incluindo a Optus Visiona na Austrália, o Star Chanel no Japão, o CineCanal na América Latina e a Telecine no Brasil" (No original em inglês: *The Group also has teamed with several other companies to establish equity partnerships in 10 pay-television services around the world, including Australia's Optus Vision, Japan's Star Channel, Latin America's CineCanal, and Brazil's Telecine.*).

23.4 Vinculação IV - LISARB HOLDING B.V. (sócia-cotista) e PARAMOUNT PICTURES INTERNATIONAL (licenciante).

i. Conforme consta da correspondência de fls. 148, ambas são empresas subsidiárias e de propriedade (*owned*) da Paramount Pictures Corporation. Vale dizer, estão sobre o mesmo controle societário, o qual, como se vê aqui, é quem de fato licencia os direitos cinematográficos do grupo. O organograma de fl. 135, fornecido pelo interessado, apresenta essa informação.

Demais disso, existindo cláusula de exclusividade entre a Licenciada Recorrente e as Licenciadas, constatada pelos docs. de fls. 70, 83, 96 e 109, resta atendido o disposto no art. 23, X da lei nº 9.430/96. E a existência de exceção às referidas cláusulas de exclusividade, alegadas pela Recorrente, não são suficientes para afastar a vinculação entre as empresas.

Reconheço, assim, a existência de vinculação entre a Recorrente e a licenciadas.

Aplicabilidade do art. 22 da Lei nº .9430/96



Sujeitando-se a Recorrente ao controle dos preços de transferência, passamos a verificar a aplicabilidade do art. 22 da lei nº 9.430/96.

Dispõe referida norma:

“Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

§ 1º No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo.

§ 2º Para efeito do limite a que se refere este artigo, os juros serão calculados com base no valor da obrigação ou do direito, expresso na moeda objeto do contrato e convertida em reais pela taxa de câmbio, divulgada pelo Banco Central do Brasil, para a data do termo final do cálculo dos juros.

§ 3º O valor dos encargos que exceder o limite referido no caput e a diferença de receita apurada na forma do parágrafo anterior serão adicionados à base de cálculo do imposto de renda devido pela empresa no Brasil, inclusive ao lucro presumido ou arbitrado.

§ 4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada.”

Insurge-se, a Recorrente, contra a aplicação de referido dispositivo, alegando que não existe, no caso, contrato de mútuo com pagamento de juros, mas sim o mero pagamento de licenciamento de filmes cujos direitos autorais pertencem a empresas estrangeiras, a serem exibidos pela Recorrente no Brasil.

Do que se afere do contexto fático dos autos, a Recorrente deixou de pagar os licenciamentos a partir de dezembro de 1997. Ao fazê-lo, estaria sujeita, nos termos dos contratos celebrados, a juros de 3% acima da taxa preferencial dos Estados Unidos da América, capitalizados mensalmente.

No entanto, ao invés de se sujeitar à referida penalidade, as partes celebraram um acordo em que, tendo em vista a necessidade financeira da Recorrente para implantação de novos canais (o que viria, registre-se, beneficiar as próprias licenciadas), as Licenciadas anistiarão a incidência dos juros de 3% acima da taxa preferencial estadunidense, para que passasse o débito passasse a ser remunerado pelas mesmas taxas do mercado financeiro brasileiro. Isso ficou consignado em correspondência datada de 24 de junho de 1998, que informa (fls. 63/64): a postergação do pagamento tendo em vista a necessidade de fazer maior disponibilidade financeira da Recorrente tendo em vista o lançamento de 4 novos canais; a data limite para pagamento das licenças cujos pagamentos foram postergados para 03.06.1999; e pagamento destes valores remunerados às taxas equivalentes ao do mercado financeiro brasileiro.



Heleno Torres, em seu Direito Tributário e Direito Privado (Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005), preleciona que a verificação do negócio jurídico deve ser realizada levando em consideração a materialidade do negócio praticado, relativizando-se a estruturação formal em que os negócios se apresentam. Nesta linha de entendimento, tenho para mim que o contrato de licenciamento celebrado pela Recorrente se desnaturou para contrato de mútuo a partir do momento em que, conjuntamente, (i) deixou de pagar suas obrigações sem imposição de penalidade contratualmente prevista; (ii) houve o perdão das penalidades anteriormente previstas; (iii) fixou-se data futura para pagamento e (iv) referido pagamento seria remunerado pelas taxas de juros aplicáveis no mercado financeiro interno e (V) com objetivo de fazer caixa para novos investimentos da Recorrente. A conjunção destes elementos permite afirmar que, as licenciadas, sob o suposto manto de diferir os licenciamentos a que tinham direito, na verdade, materialmente, realizaram mútuo de referidos valores, mediante remuneração das taxas de mercado.

Aplicável, neste sentido, o art. 22 da lei nº 9.430/96, pelo que mantenho irretocado o lançamento, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2008.



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

