

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

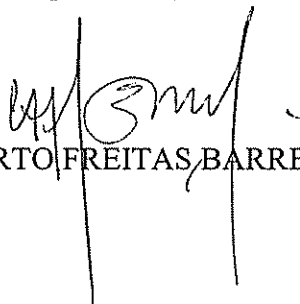
Processo nº 16327.001484/2004-01
Recurso nº 101-149.841 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-00.288 – 1ª Turma
Sessão de 24 de agosto de 2009
Matéria IRPJ E OUTRO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COLGATE - PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

Ementa: DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. Caracterizam-se como desnecessárias e, portanto, indedutíveis do Lucro Real, as despesas de juros e variações cambiais relativas a empréstimo efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante é sócia-quotista que detém 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos para integralizar o capital.

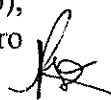
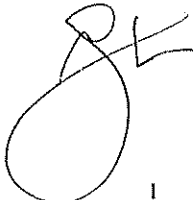
RECURSO ESPECIAL. RESTABELECIMENTO DA EXIGÊNCIA PRINCIPAL. RETORNO DOS AUTOS AO COLEGIADO A QUO PARA EXAME DE OUTRAS QUESTÕES. Em vista do restabelecimento da exigência principal (IRPJ), impõe-se o retorno dos autos ao Colegiado de origem para apreciação de questões tidas à época como prejudicadas pelo acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

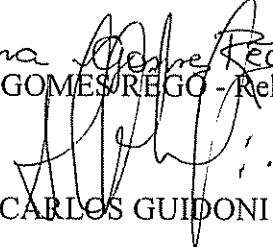
Acordam os membros do colegiado, 1) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de não conhecimento do recurso, sendo que os Conselheiros Antonio Carlos Guidoni Filho e Valmir Sandri, acompanham pelas conclusões. 2) pelo voto de qualidade, dar provimento ao recurso da PFN para restabelecer a exigência do IRPJ. O conselheiro Leonardo de Andrade Couto (substituto convocado) acompanha a relatora pelas conclusões. O conselheiro Valmir Sandri irá apresentar declaração de voto, nessa parte. 3) por maioria de votos, determinar o retorno dos autos a Câmara de origem para apreciar a exigibilidade da CSLL, em face das demais alegações recursais que deixaram de ser apreciadas, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo (Relatora), Antonio Praga e Leonardo de Andrade Couto (substituto convocado), que enfrentavam o mérito. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.


CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.





1


ADRIANA GOMES RÊGO - Relatora.


ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - Redator Designado.

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Freitas Barreto, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Antonio Praga, Karem Jureidini Dias, Adriana Gomes Rêgo, Antonio Carlos Guidoni Filho, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Valmir Sandri, Leonardo de Andrade Couto e João Carlos de Lima Júnior.

Relatório

A FAZENDA NACIONAL, inconformada com o decidido por meio do Acórdão nº 101 – 96.053, fls. 838/848, do qual tomou ciência em 6/8/2007, interpôs, no dia seguinte, Recurso Especial, fls. 852/885, com fundamento no art. 15, § 1º, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais – RICSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, aduzindo, ainda, divergência jurisprudencial ao decidido pela então Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, quando prolatou o Acórdão nº 107 – 06.796.

Pretende, a recorrente, ver reformada a decisão da então Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Sandra Maria Faroni, Paulo Roberto Cortez e Caio Marcos Cândido, que negaram provimento ao recurso voluntário.

A fiscalização que ensejou o lançamento ora em apreço, relativo aos anos-calendário 1999, 2000 e 2001, é a complementação de outra que foi concluída em 2001, abrangendo os fatos geradores ocorridos de 1996 a 1996, havendo, em ambas, sido apuradas despesas consideradas pela Fiscalização como não necessárias, porque diziam respeito a juros pagos e variação cambial suportada pela autuada (que inicialmente foi constituída sob a razão social de K & S Aquisições Ltda, sofreu alteração em sua razão social para Kolynos do Brasil Ltda e, em 19/12/2001, passou a se denominar Colgate-Palmolive Indústria e Comércio Ltda), decorrentes de empréstimo externo que contratou quando da compra das ações relacionadas ao negócio “Kolynos”, conforme Termo de Verificações Finais, fls. 405/421.

De acordo com o referido termo, complementado pela relatório de análise da operação efetuado por uma empresa de consultoria fiscal e apresentado pela autuada, fls. 233/268, como também pelo relatório do Parecer PGFN/CAT nº 2.042/2001, fls. 392/404, exarado em resposta à consulta formulada pela Delegacia de Assuntos Internacionais – DEAIN/SP para o caso em apreço, a operação de aquisição do negócio “Kolynos” teve início em 10 de janeiro de 1995, dentro do seguinte contexto:

1 – A empresa American Home Products – AHP, sediada nos Estados Unidos, resolveu vender os seus negócios ligados à higiene bucal, havendo a Colgate-Palmolive dos Estados Unidos saído vencedora no leilão privado para referida compra. Uma grande parcela deste negócio correspondia aos direitos relativos à marca Kolynos, detidos pelo Laboratório Wyeth Whitehall Ltda, fabricante no Brasil e subsidiária da AHP. Mas a AHP

exigiu que o pagamento fosse efetuado no exterior e a Colgate-Palmolive, que já tinha filial no Brasil, quis segregar as operações relacionadas à Kolynos das que já possui, até porque esta transação seria submetida à aprovação do CADE.

2 – Para tanto, a Colgate-Palmolive constituiu uma subsidiária nos Estados Unidos denominada KAC Corporation e, em 30/12/1994, foi constituída, no Brasil, a empresa K & S Aquisições Ltda, com capital de R\$ 100,00, composto de 100 quotas de R\$ 1,00 cada e cujos titulares eram Carlos José Rolim de Mello, brasileiro, e Moira Virginia Huggard-Caine, argentina; em 9/1/1995, ocorre a primeira alteração contratual da K & S Aquisições Ltda, deliberando sobre a transferência de quotas da K & S Aquisições Ltda para a KAC Corporation (EUA), 99,99% e para a Global Trading and Supply Company (EUA), 0,01%.

3 – Do lado da alienante, tem-se que, em 2 de janeiro de 1995, foi constituída, no Brasil, a empresa Kolynos do Brasil S. A, com capital social de R\$ 95.622.213,00; em 10/01/1995, os acionistas da Kolynos do Brasil S. A deliberaram um aumento de capital da sociedade, subscrito e integralizado por Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda (subsidiária da AHP, sediada no Brasil); em seguida, Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda transfere (em realização de capital) suas ações nominativas de Kolynos do Brasil S.A. para YONKERS S.A., sediada no Uruguai.

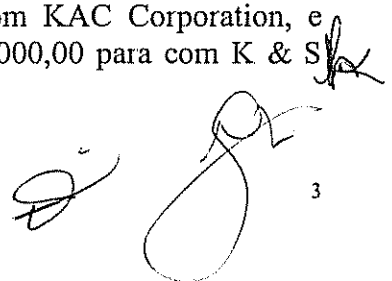
4 – Ou seja, até aqui, Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda detém ações de Yonkers S. A, que detém a Kolynos do Brasil S. A e KAK Corporation detém 99,99% do capital de K & S Aquisições Ltda.

5 – Em virtude de Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda ter exigido que o fechamento da operação ocorresse no exterior, Colgate-Palmolive, através de K & S Aquisições Ltda constituiu Albala S.A., no Uruguai.

6 – K& S Aquisições Ltda faz um contrato de empréstimo com KAC Corporaion, no valor da operação do negócio Kolynos, ou seja, US\$ 760.000.000,00, datado de 10/1/95; K & S Aquisições Ltda, nesta mesma data, firma com Albala S. A, contrato de empréstimo de igual valor. No contrato entre K & S Aquisições Ltda com a KAC Corporation, a tomadora determinou que o valor da linha de crédito fosse remetido diretamente para a Albala S.A, de forma a não transitar por sua conta no Brasil.

6 – Nesta mesma data, Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda vende, então, ações à Albala S. A.. As ações vendidas correspondem a ações em Yonkers S.A, detidas por Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. Como Yonkers S. A. detinha a Kolynos do Brasil S. A, ao adquirir ações da Yonkers S. A., a Albala S. A passa a ser controladora da Kolynos do Brasil S. A, e como a Albala S. A pertence a K & S Aquisições Ltda, esta passaria a deter a Kolynos do Brasil S.A..

7 –Em 11/1/1995, KAC Corporation realizou um aumento de capital em K & S Aquisições Ltda no montante de R\$ 226.800.000,00 (US\$ 270 milhões de dólares), tendo sido tal montante remetido através do mercado comercial no dia seguinte (11/1/95) e, **nesta mesma data**, K & S Aquisições Ltda resolve quitar uma parte do empréstimo de US\$ 760.000,00 que tomou da KAC Corporation para repassar à Albala S.A. K & S Aquisições Ltda fica, então, com um passivo de US\$ 496.279.069,77 para com KAC Corporation, e Albasa S. A tem, em janeiro de 1995, um passivo de US\$ 760.000.000,00 para com K & S Aquisições.



8 – Depois da aquisição das ações de Yonkers S. A por Albala S. A., em 17 de janeiro de 1995, o capital social da Yonkers foi reduzido, havendo a Albala recebido em troca um investimento direto na Kolynos do Brasil S. A (Albala S. A passa a ser acionista da Kolynos do Brasil S. A).

9 – Em 30 de janeiro de 1995, Albala S. A promoveu uma dação em pagamento, com o objetivo de extinguir o débito referente ao empréstimo que tinha junto à K & S Aquisições Ltda, dando em pagamento as ações que tinha na Kolynos do Brasil S. A, no valor de US\$ 760.000.000,00. Assim K & S Aquisições Ltda passa a ser titular da Kolynos do Brasil S. A., e devendo a KAC Corporation o valor de US\$ 496.279.069,77, a qual, em 17 de fevereiro de 1995, passou a ser denominada Kolynos Corporation. K & S Aquisições Ltda alterou sua razão social para Kolynos do Brasil Ltda em 20 de fevereiro de 1995 e, em 20 de abril de 1995, esta incorporou a Kolynos do Brasil S. A.

Na contabilidade da K& S Aquisições, os lançamentos foram assim efetuados:

Pela contratação do empréstimo:

D – Caixa

C – Empréstimos da Kolynos Corp. (Passivo Exigível) – R\$ 653.600.000,00

Pelo repasse à Albasa S.A:

D- Empréstimo à Albala (Ativo Realizável)

C – Caixa – R\$ 653.000.000,00

Pela quitação pela Albasa S. A. do empréstimo a ela repassado:

D- Ativo Permanente – Capital em Afiliadas R\$ 95.622.212,90

D- Ágio R\$ 557.955.787,10

C – Empréstimo à Albala (Ativo Realizável) R\$ 653.000.000,00

Pela capitalização parcial do empréstimo:

D – Empréstimo da Kolynos Corp (Passivo Exigível)

C – Capital Social R\$ 226.800.00,00

11 – Em junho de 1995, por meio de um “Contrato de Cessão”, a Kolynos Corp (EUA) repassou os direitos do contrato inicial de janeiro de 1995 à Colgate Palmolive Europe S. A, empresa com sede em Bruxelas.

12 – 19/9/1996, Colgate-Palmolive Ltda, empresa brasileira criada em 1966, adquire 70% do capital social de Kolynos do Brasil Ltda, assumindo a dívida de US\$ 496.279.069,77.

Contabilmente, na Kolynos do Brasil Ltda, o fato foi registrado da seguinte forma:

D – Empréstimos do Exterior/Colgate Europe (Passivo Exigível)

C – Capital Social Integralizado R\$ 508.487.534,89

E, na Colgate-Palmolive Ltda:

D- Investimentos na Kolynos do Brasil (Ativo Permanente)

C – Empréstimo do Exterior/Colgate Europe

Até o final de dezembro de 1996, as despesas passaram a ser deduzidas na contabilidade, então, da Colgate-Palmolive Ltda.

Em 30 de janeiro de 1997, Kolynos do Brasil Ltda incorpora Colgate-Palmolive Ltda., voltando a ser devedora da mesma dívida.

Assim, de acordo com a Fiscalização:

1º) A K & S Aquisições Ltda (que passou a ser Kolynos do Brasil Ltda) tomou empréstimo junto à sua matriz no exterior, como fim de repassá-lo a sua subsidiária no Uruguai (Albala S. A), sendo que tal empréstimo, muito embora não tenha transitado em sua conta, foi contabilizado como mútuo, o que gerou-lhe um passivo.

2º) Para que se caracterize o mútuo, é necessário que haja a entrega da coisa objeto do mútuo, o que não ocorreu no presente caso;

3º) O objetivo final das operações era a aquisição do negócio Kolynos no Brasil, pela Colgate-Palmolive Company, mas muitas operações foram feitas com a finalidade única de aumentar as despesas financeiras da K & S Aquisições Ltda.

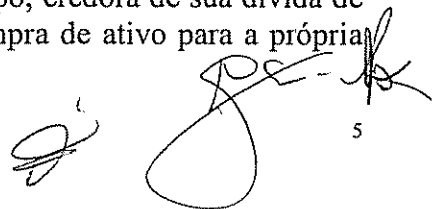
4º) É difícil entender a finalidade econômica de uma operação que toma um empréstimo de US\$ 760 milhões em um dia, paga US\$ 263 no dia seguinte, permitindo um artifício de aumentar o capital social da empresa de R\$ 100 (cem reais) para cerca de R\$ 226.000.000,00 (duzentos e vinte e seis milhões de reais)

5º) Se a matriz no exterior desejava adquirir o negócio Kolynos no Brasil e dispunha de tais recursos, *“poderia ter realizado diretamente a aquisição das ações da Kolynos S.A., ou, ainda que constituísse empresa brasileira para fazê-lo, repassar-lhe o capital para tanto.”*

6º) Não houve o repasse para aumento de capital porque isso influenciaria o resultado, *“uma vez que todos os encargos decorrentes do pagamento do empréstimo, passam a ser deduzidos do lucro líquido e conseqüentemente do lucro real, por serem os mesmos contabilizados como despesa financeira.”*

7º) A matriz no exterior, *“além de receber juros certos, os quais poderão em certos casos sofrer tributação menor do que os dividendos advindos de investimento no exterior ainda preserva seu capital contra eventuais desvalorizações da moeda do país em que se encontra a filial, no caso o Brasil.”*

8ª) Kolynos Corporation (EUA), praticamente sócia integral da Kolynos do Brasil Ltda, com 99,99% de seu capital, tornou-se, ao mesmo tempo, credora de sua dívida de US\$ 496 milhões de dólares que a filial brasileira utilizou na compra de ativo para a própria



credora pois, “sendo subsidiária integral desta, tudo que adquire a brasileira, de fato, pertence à matriz no exterior.”

Ciente da autuação, a COLGATE- PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA esclarece que os negócios foram assim realizados, parte por exigência da American Home, e parte pela necessidade de manutenção das condições exigidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e complementando o documento subscrito pela Arthur Andersen Consultoria Fiscal e Financeira S/C Ltda, juntado às fls. 233 a 268, aduz:

1 – Que a K & S Aquisições Ltda solicitou à KAC Corporation que remetesse os recursos diretamente para a Albala S. A, no Uruguai, “buscando evitar perdas com as diferenças que instituições financeiras brasileiras praticam entre a taxa de câmbio de compra e taxa de câmbio de venda”, além da rapidez exigida para a conclusão do negócio.

2 – Que a criação da KAC Corporation para controlar a K& S Aquisições Ltda ocorreu “por questão de conveniência e flexibilidade em face de eventuais futuras transações ou reorganizações”

3 – Que se criou no Brasil a K & S Aquisições Ltda para comprar a Kolynos do Brasil S. A., mesmo já existindo a Colgate-Palmolive Ltda, operando há mais de 70 anos no Brasil, porque a compra pela Colgate-Palmolive Ltda “concentraria nas mãos desta última cerca de 80% do mercado de produtos de higiene bucal e para possibilitar que a análise da operação fosse feita sem pressões pelo CADE”, havendo, inclusive, precedentes naquele Conselho que indicavam que uma das alternativas para viabilizar a aprovação da operação seria manter as empresas como entidades separadas. Enquanto esse modo de operar perdurou, a Colgate-Palmolive Ltda manteve-se pagando IRPJ e CSLL, sem beneficiar-se dos prejuízos que a Kolynos do Brasil Ltda acumulou, muito embora saliente que isso ocorreu, também, devido ao compromisso assumido com o CADE.

4 – Que a exigência da American Home de realizar o negócio no exterior decorreu do fato de que, ciente que legislação do IRPJ então em vigor não tributava ganhos de capital auferidos na alienação de investimento em sociedade estrangeira, houve por bem vender o seu investimento no exterior e obter lícita economia fiscal, tanto que a Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes exonerou a tributação sobre o lucro auferido no exterior que foi lançado contra o Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda.

Além disso, a então Impugnante alega que houve erros de transposição de valores nos demonstrativos de apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, que o MPF foi aberto tão-somente para o IRPJ e que a autorização para reexame concedida pelo Delegado da DEAIN/SP se refere, exclusivamente, para o IRPJ.

Suscita, também, a preliminar de decadência porque a ciência da autuação ocorreu em 24/11/2004 e o contrato ocorreu em 10/01/1995 e, no mérito, afirma que em um contrato de mútuo não há a necessidade da entrega física da coisa mutuada diretamente ao mutuário, mas sim, a tradição jurídica, além de tecer considerações sobre a impossibilidade da autoridade fiscal desconsiderar as personalidades jurídicas de controladora (KAC Corporation) e controlada (K&S Aquisições).

Selic.



Por fim, a contribuinte se insurge contra a juros cobrados com base na taxa



A decisão de Primeira Instância, por sua vez, manteve a autuação, havendo exonerado, tão-somente, a parcela relativa ao adicional da CSLL cujos cálculos estavam incorretamente apurados, conforme demonstrou a autuada.

Em sede de recurso voluntário, a contribuinte repisa, em síntese, os mesmos argumentos trazidos na impugnação, alegando, que:

Fosse o referido “empréstimo” uma artimanha destinada à evasão de impostos, como veladamente quis fazer crer a autuação, bem assim a r. decisão recorrida, não teria sentido o pagamento de expressiva parcela do empréstimo de uma só vez, o que diminuiu o valor das despesas dedutíveis e aumentou o valor dos impostos incidentes sobre o lucro.

Reforça que o empréstimo foi “*extremamente necessário à aquisição da Kolynos do Brasil S/A*”, que se tratou de uma operação imprescindível à expansão da atividade empresarial da autuada, no Brasil.

A Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, então, por maioria de votos, cancela a exigência fiscal por meio do acórdão retromencionado, cuja ementa, na matéria que ora se discute, foi assim disposta:

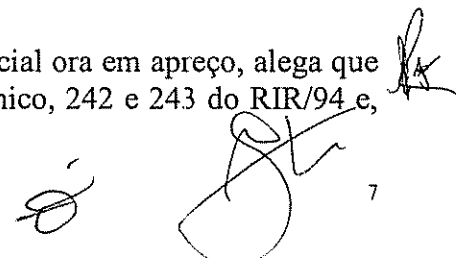
EMPRÉSTIMOS CONTRÁRIOS NO EXTERIOR COM CONTROLADA – DEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS – IRPJ – CSLL – Tendo em vista (1) a inexistência de regras referente a indedutibilidade por subcapitalização, (2) a efetividade do empréstimo contraído, (3) a natureza de mera condução do repasse do valor das operações instantâneas no Uruguai (em benefício do vendedor de participação societária e não do comprador, ora recorrente), (4) a possibilidade jurídica do empréstimo, bem como (5) a tributação dos valores dos encargos creditados ou pagos no exterior, há de se admitir a dedutibilidade dos encargos com variações passivas e juros.

Entendeu o relator do acórdão recorrido que:

No presente caso o que ocorreu foi o envio de recursos para a aquisição de uma empresa brasileira, com ativos que sempre permaneceram no Brasil, a Kolynos do Brasil S. A.. O mecanismo para isso pode ser tanto a efetiva capitalização ou o financiamento à subsidiária brasileira, no caso a K&S Aquisições Ltda.

Na verdade, o empréstimo foi efetivamente concedido à subsidiária brasileira, para aquisição de uma empresa brasileira, fato confirmado pela quase instantaneidade das operações no Uruguai.

A douta Procuradoria, por meio do recurso especial ora em apreço, alega que o acórdão recorrido ofendeu art. 195, inciso I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/94 e,



ancorado nos fundamentos do voto vencido do acórdão nº 101-95.014, relativo a processo do qual este é complementar, defende que a despesa não era necessária, demonstrando, ainda, que o empréstimo não decorreu de um ato de gestão da recorrida, mas de imposição do controlador que, com isso, reduziu a capacidade de geração de lucro da recorrida. Transcreve, ainda, a teoria do ato anormal de gestão pois visualiza que o fato assim se enquadra.

Em relação à CSLL, como o voto vencido da Conselheira Sandra Faroni no processo correlato foi no sentido de cancelar a exigência por ausência de base legal para se cobrar a contribuição sobre despesas não necessárias, “ad cautelum”, a Procuradoria pede seja aplicado o decidido pela Sétima Câmara no acórdão nº 107-06.796, cujo inteiro teor anexa, para demonstrar que a glosa das despesas reputadas desnecessárias foi mantida, inclusive, para exigência da CSLL. Argumenta que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 traz previsão para tal exigência.

Alega, ainda, a Procuradoria, que o acórdão recorrido violou o princípio da segurança jurídica, justificando a possibilidade de aduzir ofensa a princípio com fundamento no art. 7, inciso I, do RICSRF pois, no seu entender, como pode interpor recurso em ofensa à lei, igualmente pode fazê-lo, quando a ofensa for a princípios normativos, pois, no caso do princípio da segurança jurídica, a violação é tão ou mais grave que a ofensa à lei, vez que “o princípio em comento é vetor normativo subjacente ao sistema jurídico-positivo.”

Na ofensa em si, alega que o acórdão recorrido “desaforou” outro precedente (acórdão nº 101-93.026), “*alterando as premissas lá estabilizadas para, dentro do mesmo contexto fático, chegar a outra conclusão jurídica*”. Isto porque, partiu o voto condutor do acórdão recorrido, da premissa de que os ativos permaneceram no Brasil, enquanto que, no acórdão trazido como precedente, relativo à autuação de ganho de capital auferido no exterior por Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda sobre esta mesma operação, em que foi dado provimento ao recurso voluntário, partiu-se do pressuposto que as operações foram realizadas no exterior e os bens estavam situados no exterior, no caso, Uruguai.

Por meio do Despacho Presi nº 101-117/2008, fl. 890, o Presidente da Câmara recorrida deu seguimento ao recurso.

Ciente do mencionado acórdão em 22/11/2007, fl. 1.066, o contribuinte apresenta Contrarrazões às fls. 1.067/1.096, alegando ausência de prequestionamento por parte da Procuradoria, tendo em vista que o acórdão recorrido nada menciona sobre “ato anormal de gestão”, que a divergência apontada era deficiente porque o acórdão paradigma não era satisfatório para demonstrar dissenso jurisprudencial, uma vez que “*não contém sequer uma linha sobre a indedutibilidade, no que tange à CSLL, das despesas consideradas desnecessárias para efeito de apuração do imposto de renda*”, e ausência de previsão legal para a Procuradoria interpor recurso ao argumento de violação ao princípio normativo da Segurança Jurídica. Pedindo, assim, pelo não conhecimento do recurso.

No mérito, indaga se a aquisição de outra empresa atuante no mesmo seguimento econômico seu, com o propósito mercantil relacionado à sua atividade empresarial, não caracteriza como necessária as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações, defendendo, por conseguinte, que se trata de um ato legítimo de gestão.

Reitera que as mencionadas operações estruturadas em seqüência (*step transations*) ocorreram por imposição do grupo vendedor e que sequer a transferência do controle da companhia brasileira para a empresa uruguaia Yonkers S/A, tida pela relatora do acórdão nº 101-95.014 (recurso voluntário nº 138.101) como uma empresa de passagem (*conduit companie*), foi questionada, acrescentando não ser razoável que essa *step transation*

possa ser invocada para a descaracterização da necessidade de um empréstimo, cuja existência é inquestionável e cujos recursos foram efetivamente utilizados na aquisição da Kolynos do Brasil S/A e afirma:

Enquanto a estruturação da operação atendeu ao interesse de Laboratórios Wyeth Whitehall em evitar a tributação do ganho de capital, o empréstimo cuja necessidade se pretende desconsiderar constituiu uma lícita opção de financiamento do grupo Colgate Palmolive para a obtenção e alocação dos recursos necessários à compra da Kolynos do Brasil S.A.

Afinal, foi justamente a ausência de capital da subsidiária K & S Aquisições Ltda. O que motivou a capitalização mediante o empréstimo obtido junto a sua controladora no exterior, com a finalidade de fazer face à aquisição

Assim, as circunstâncias concernentes ao tempo de constituição da subsidiária e o valor do seu capital inicial são circunstâncias irrelevantes para a aferição de necessidade do mencionado empréstimo. (Grifos do original)

E conclui as Contrarrazões argumentando que, ainda que houvesse norma legal limitando a dedução de despesas decorrente de subcapitalização, que como aumentou o capital social para US\$ 270.000.000,00, colocou a estrutura de capital da subsidiária brasileira em equivalência com o quociente “dívida/capital próprio”, indicado no relatório da OCDE (anexo R (4) – Comentários ao Modelo de Convenção), de forma que “*esse quociente não configura a denominada thin capitalization*”. Pede, então, que, se conhecido o recurso especial, a ele não seja dado provimento.

Após o processo entrar em pauta para julgamento, o sujeito passivo apresentou os documentos de fls.1.131/1.673, argumentando:

Durante a sustentação oral apresentada pela RECORRIDA na sessão de julgamento ocorrida no último dia 15 de junho de 2009, a RECORRIDA mencionou, a título ilustrativo, o fato de a Colgate-Palmolive Corporation, localizada nos Estados Unidos da América e controladora da KAC Corporation, ter obtido por meio de empréstimos de instituições financeiras americanas os recursos que foram emprestados para a empresa brasileira K&S Aquisições, antiga denominação social da RECORRIDA.

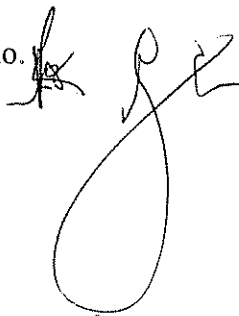
Após a sustentação oral, durante os debates, a RECORRIDA testemunhou que diversos Conselheiros se interessaram em saber mais a respeito da origem dos recursos que foram emprestados para a empresa brasileira K&S Aquisições. Ou seja, o que era um fato que, até o julgamento pelo então denominado Conselho de Contribuintes, não parecia ter relevância, tornou-se importante para a solução da lide.



Por conta disso, a RECORRIDA se esforçou para obter, junto à sua controladora no exterior, as cópias dos contratos que demonstrassem as captações de recursos. Como se tratavam de documentos firmados há quase 15 anos atrás, o processo de obtenção dos contratos tardou certo tempo. ()

Por meio do documento de fls. 1.677/1.680, a Procuradoria da Fazenda Nacional manifesta-se pela não apreciação dos documentos apresentados após iniciada a fase de julgamento do recurso, aduzindo que não se configurou a hipótese de que trata o art. 16, § 4º, alínea “c” do Decreto nº 70.235/72.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop and several strokes, positioned to the right of the text "É o relatório."

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora

O recurso, como consignado no relatório, foi admitido integralmente já que, em relação ao IRPJ, a Procuradoria demonstrou contrariedade à lei, e, em relação à CSLL, como a decisão da Câmara Recorrida foi por maioria, pois os Conselheiros vencidos no processo relativos aos anos-calendários de 1996 a 1998, neste, deram provimento integral, toda a argumentação da Procuradoria no sentido de trazer à colação o acórdão nº 107-06.796, foi, como dito, acautelatória, já que pediu, na verdade, que se observasse que, com as alterações produzidas pela Lei nº 9.249/95, a CSLL era devida.

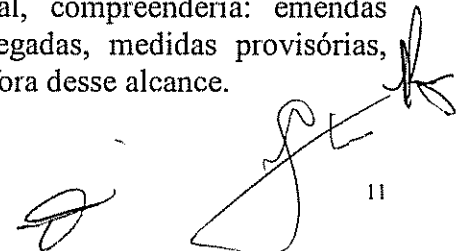
Assim, encaminho o meu voto no sentido de analisar primeiramente toda a matéria relativa ao IRPJ, para depois, verificar se a CSLL, lançada como reflexo, é devida.

Ainda em relação à admissibilidade do recurso, vislumbro que não prosperam os argumentos da Fiscalizada no sentido de que, ao suscitar a tese do ato anormal de gestão, a Procuradoria estava trazendo matéria não prequestionada. É que, ao teor do § 5º do art. 7º do RICSRF, a exigência que se faz no tocante ao prequestionamento, ocorre em relação à matéria e não à tese. Ora, se toda a discussão travada desde o lançamento até o acórdão recorrido gira em torno da glosa de despesas consideradas pela Fiscalização como desnecessárias, não há que se falar em ausência de prequestionamento em relação a esta matéria.

Aliás, cumpre repisar que o recurso especial da Procuradoria, muito embora tenha dado ênfase à aludida teoria, não se limitou a tecer considerações a respeito desta, mas também, como já dito no relatório, buscou trazer à colação os argumentos expendidos pela relatora do acórdão recorrido relativo ao processo 16327.001870/2001-42, que diz respeito à mesma operação, porém os fatos geradores lançados ocorreram nos anos-calendário de 1996, 1997 e 1998.

Durante a sustentação oral, a Recorrida levantou outras preliminares com vistas ao não conhecimento do recurso, que não foram argüidas nas Contrarrazões, tais como: recurso indicando contrariedade a Regulamento do Imposto de Renda, bem como que houve cerceamento do direito de defesa, aduzindo que no voto do processo da Kolynos (processo 16327.001870/2001-42), votado anteriormente a este, teria havido inovação nos fundamentos. Todavia, nenhum membro do Colegiado propôs fossem tais matérias conhecidas ou apreciadas.

Em relação às preliminares aduzidas pela Procuradoria, também não merecem prosperar os argumentos de que, com base no aludido inciso I do art. 7º do RICSRF, é-lhe assistida a faculdade de interpor recurso especial contra decisão que contrarie princípios normativos, pois os princípios não se incluem nem no conceito de lei *lato sensu*. Penso que a melhor interpretação para tal dispositivo é conceber lei como ato decorrente do processo legislativo que, ao teor do art. 59 da Constituição Federal, compreenderia: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Assim, os princípios estariam fora desse alcance.



Como preliminar, ainda entendo que se faz necessário tecer comentários sobre a juntada dos documentos após o processo ter sido incluído em pauta para votação, até porque, de acordo com a manifestação da Procuradoria, tais documentos não poderiam ser admitidos como prova.

E, em relação a esse assunto, considero oportuno destacar que os princípios servem para interpretar as leis ou suprir eventual lacuna, mas jamais podem ser utilizados para afastar texto expresso de lei. Ora, se a legislação que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal, no caso o Decreto nº 70.235/72, estabelece que as provas devem ser juntadas até a impugnação, salvo nas três hipóteses do § 4º do art. 16, ressalvados esses casos, as provas não podem realmente ser admitidas, ainda que isso implique prejuízo ao princípio da verdade material. Aliás, se o princípio da verdade material deve prevalecer, por que motivo o legislador estabeleceu as hipóteses do parágrafo 4º?

Também não vislumbro aplicável ao PAF o art. 38 da Lei nº 9.784/99, já que, ao teor do art. 69 deste diploma legal, o mesmo só tem alcance sobre os processos administrativos fiscais, nas matérias não tratadas pelo Decreto nº 70.235/72. Saliento que, no caso do processo administrativo fiscal, em que há duas instâncias administrativas, além desta Câmara Superior, admitir a prova após a impugnação significa suprimir de uma ou mais instâncias, a análise desta prova.

No entanto, em relação ao presente processo e ao que a petição de juntada pretende demonstrar, entendo que a hipótese se enquadra na alínea "c" do § 4º do art. 16: *"destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos."*, ainda que as razões trazidas aos autos não estejam materializadas em documentos, já que decorrem de debates ocorridos na sessão de julgamento de junho.

Admitida a prova trazida após a impugnação, e até mesmo após o recurso voluntário, passo à análise do mérito propriamente dito da presente lide, que consiste em se verificar se as despesas pagas a título de juros e variações cambiais decorrentes do empréstimo contraído em 1995, para compra das ações da Kolynos do Brasil S. A, são dedutíveis do lucro real da autuada.

De início, cumpre registrar que as operações em si são fatos incontroversos. Aliás, a Fiscalização, no seu Termo de Verificações Finais, fls. 405/421, faz referência a um relatório produzido por uma empresa de consultoria fiscal, trazido pela autuada, em sua defesa no processo nº 16327.001870/2001-42, que diz respeito à mesma operação, porém os fatos geradores lançados ocorreram nos anos-calendário de 1996, 1997 e 1998. Também não foi vislumbrada qualquer fraude na forma adotada, pois a Fiscalização sequer qualificou a multa de ofício cobrada sobre os tributos objeto de lançamento.

Esclareço ainda que, muito embora tenha a Fiscalização tecido comentários no sentido de descaracterizar o contrato de empréstimo como uma operação de mútuo, a principal motivação para o lançamento foi por considerar que as despesas seriam desnecessárias à atividade da empresa, por entender que a matriz no exterior, desejando adquirir o negócio Kolynos no Brasil e, dispondo de tais recursos, ainda que constituísse empresa brasileira para fazê-lo, poderia ter repassado o capital para tanto. Assim, considero irrelevante para deslinde da controvérsia, a verificação se se trata ou não de um contrato de mútuo.

Analisando, então, as operações sob o aspecto formal, é possível constatar que, em ato contínuo à contratação do empréstimo, a autuada repassou os recursos obtidos por meio de outro contrato à empresa Albala S.A.

No entanto, se emprestou, como dizer que precisava dos recursos?

Esse foi, então, o entendimento da Conselheira Relatora Sandra Faroni, no voto vencido que relatou no processo 16327.0001870/2001-42, cujo trecho relativo à desnecessidade da despesa ora transcrevo:

Quanto à desnecessidade das despesas decorrentes da obrigação contabilizada, a decisão recorrida está de acordo com a pacífica jurisprudência deste Conselho. Realmente, tendo o valor do empréstimo sido, de imediato à contratação, transferido a empresa situada no Uruguai, caracterizou-se a desnecessidade das despesas dele decorrentes contabilizadas a título de juros e variações monetárias passivas.

Não obstante tal entendimento, a mencionada relatora vislumbrou haver um planejamento tributário, quando afirmou:

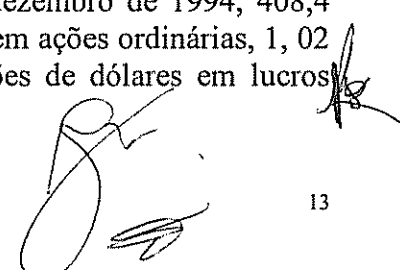
A forma como se deram os fatos que originaram a presente autuação permite identificar pelo menos três tipos dentre os que Greco enumera como "operações preocupantes", quais sejam, as "operações estruturadas em sequência" (step transition), o "uso de sociedade" (com Yonkers e Albala como empresas de passagem, pela qual transitaram as ações da Kolynos que, afinal, destinavam-se à Colgate-Palmolive) e o "Empréstimo ao invés de Investimento", com a desproporção entre o capital investido (R\$ 99,00) e o empréstimo (US\$ 760 milhões).

Com efeito, nas suas contrarrazões, a autuada não nega tratar-se de uma *step transaction* e que, de fato, a operação envolveu *conduit companies*, como a Yonkers S.A, que só existiu no mundo jurídico por 6 dias, e a Albala S A, ambas constituídas para que os recursos transitassem pelo Uruguai.

No entanto, neste aspecto já divirjo da tese da defesa pois, ainda que as operações estruturadas em sequência (*step transaction*) tenham sido concebidas por parte do grupo vendedor, não vislumbro justificativa para a não integralização do capital.

Isto é, poderia ter sido constituída uma K & S Aquisições Ltda no Brasil, para atender às exigências do CADE, segregando os negócios Kolynos daqueles da Colgate-Palmolive Ltda, já existentes no Brasil; poderia o Laboratório Wyeth-Whitehall Ltda ter constituído a Yonkers S. A. no Uruguai, para não receber o montante da venda no Brasil, mas, ao invés do empréstimo, a KAC Corporation, que mais tarde se tornou a Kolynos Corp, com sede nos Estados Unidos, e que era a sócia majoritária da autuada, ter, sim, integralizado capital.

E não se diga que não integralizou porque não dispunha de recursos, como tentou demonstrar com os documentos juntados aos autos na sessão de julho, pois, o que se verifica nestes documentos, sobretudo no balanço patrimonial da KAC Corporation acostado aos autos às fls. 1.204 e seguintes, é que a empresa possuía, em dezembro de 1994, 408,4 milhões de dólares em ações preferenciais, 183,2 milhões de dólares em ações ordinárias, 1, 02 bilhões de dólares em capital adicional integralizado e 2,496 bilhões de dólares em lucros retidos.



Consta, ainda, à fl. 1.205, que o lucro líquido apurado em dezembro de 1994 foi de US\$ 580,2 milhões de dólares, e à fl. 1.210, que *“A Sociedade considera todos os seus investimentos altamente realizáveis com vencimentos de três meses ou menos quando adquiridos como disponibilidades”*.

É verdade que a conta “Dívida de longo prazo” subiu em 1995 de 1,75 bilhões de dólares para 2,9 bilhões de dólares, porém como dispunha de quase 2,5 bilhões de dólares de lucros, não se pode dizer que tal fato demonstra a necessidade de emprestar à filial brasileira, ao invés de integralizar capital nesta.

É verdade que a conta “Dívida de longo prazo” subiu em 1995 de 1,75 bilhões de dólares para 2,9 bilhões de dólares, porém como dispunha de quase 2,5 bilhões de dólares de lucros, não se pode dizer que tal fato demonstra a necessidade de emprestar à filial brasileira, ao invés de integralizar capital nesta.

É também verdade que houve um contrato de crédito obtido pela Colgate-Palmolive Company, no valor total de 770 milhões de dólares, datado de 8 de janeiro de 1995, junto a vários bancos, tendo como agente o Citibank, cuja tradução foi acostada às fls. 1.382/1.486. Contudo, essa linha de crédito foi aquela que repassou direto à Albala S.A, no Uruguai, pois, pelos documentos já constantes do processo, especificamente às fls. 247/248, relativos ao documento subscrito pela Arthur Andersen Consultoria Fiscal e Financeira S/C Ltda, que foi apresentado pela recorrente para justificar toda a operação, já estava caracterizado que a KAC CORPORATION enviou em 10 de janeiro de 1995 uma linha de crédito aberta no exterior em favor de K&S Aquisições Ltda, no montante de 760 milhões de dólares.

Tal documento também faz referência a um extrato bancário de KAC CORPORATION emitido por CITIBANK, referente ao período de 10 a 11 de janeiro de 1995, atestando a remessa desses 760 milhões de dólares para a conta-corrente bancária da Albala S.A., além de fazer referência a:

Carta enviada por COLGATE-PALMOLIVE COMPANY ao CITIBANK, em 9 de janeiro de 1995, constando duas transferências de fundos, ambas efetuadas em 10 de janeiro de 1995: (a) transferência de fundos, no valor de US\$ 760.000.000,00 (setecentos e sessenta milhões de dólares norte-americanos), da conta-corrente bancária de KAC CORPORATION, e imediata transferência desse valor para a conta-corrente bancária de ALBALA S.A., e (b) transferência de fundos, no valor de US\$ 760.000.000,00 (setecentos e sessenta milhões de dólares norte-americanos), da conta-corrente bancária de COLGATE-PALMOLIVE COMPANY para a conta-corrente bancária de para ALBALA S.A. e a subsequente remessa de tal montante para LABORATÓRIOS WYETH-WHITEHALL LTDA (Doc. 14)

Ou seja, o contrato de crédito contraído pela COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, trazidos aos autos a *posteriori*, somente justifica que a controladora no exterior optou por contrair um contrato de crédito junto a bancos no exterior, para repassar esses valores ao Uruguai; mas, em razão das disponibilidades da própria COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, não tem o condão de justificar a necessidade de emprestar ao invés de integralizar. Aliás, se assim o tivesse, como a acusação inicial da Fiscalização sempre foi o fato de que o empréstimo gerou despesa não necessária, esta seria a primeira prova que a autuada traria aos autos, já na impugnação.

Por conseguinte, se a operação poderia ser “integralização de capital” ao invés de empréstimos, por mais um raciocínio muito simples já se pode concluir que o empréstimo não era necessário à atividade da empresa. Aliás, um empréstimo firmado em janeiro de 1995, fixando que o montante principal seria amortizado em janeiro de 2003 e, até lá, ou seja, durante 8 anos, correriam despesas financeiras (juros inicialmente fixados em 8% a.a., além das variações cambiais).

É verdade que um terço desse empréstimo foi depois integralizado e que, ao longo dos anos subseqüentes, a dívida foi amortizada, mas esses argumentos só fazem sentido se se estivesse discutindo aqui o *quantum* da despesa glosada, o que não é o caso.

Por oportuno, saliento ainda que, muito embora em 1996, portanto após a tomada de decisão pelos empréstimos, a legislação tenha autorizado a dedução de juros sobre capital próprio, observados os requisitos legais, tal fato não tem o condão de equalizar os efeitos tributários advindos de uma eventual capitalização, pois os empréstimos em comento proporcionaram, durante um longo período, não só a dedução dos juros, sem qualquer limitação legal, como também a variação cambial.

Mas o acórdão recorrido entendeu pela dedutibilidade das despesas, por enquadrar a situação em uma subcapitalização ou *thin capitalization*. Aliás, mister se faz registrar que **o acórdão recorrido não se fundou em reconhecer as despesas como necessárias** à atividade da empresa, mas sim em dizer que não existe óbice na legislação brasileira à tomada de empréstimos por empresa controlada a controladora, o que não foi, em si, o cerne da acusação fiscal.

Quanto à tese da subcapitalização trazida pelo acórdão recorrido, é de se reconhecer que, nos países cuja legislação há um tratamento específico para este estado, isto é, quando há normas fiscais de controle dessa sistemática, estas podem ir desde descaracterizar essas despesas com juros, tratando o empréstimo como capital e, por conseguinte, os juros como dividendos, até a desconsideração da personalidade jurídica da mutuária, tendo em vista política de interesses não só fiscais, como também de proteção ao direito dos credores.

No entanto, analisando inicialmente se se pode caracterizar a presente situação como subcapitalização, sobretudo considerando que, cinco meses após o empréstimo, a mutuante cedeu os direitos sobre o referido contrato a uma outra empresa sediada em Bruxelas, trago a doutrina de MARCO AURÉLIO GRECO¹, que define que a subcapitalização ocorre quando, ao ser criada uma pessoa jurídica como controlada ou subsidiária de outra, a controladora, ao invés de aumentar o capital da controlada, prefere celebrar empréstimos com base nos quais pode receber juros.

Porém, conforme observa HELENO TORRES² quando analisou a subcapitalização sob o prisma da relação entre as partes contratantes, tal hipótese pode ocorrer desde que haja uma estreita relação entre mutuante e mutuária, *verbis*:

Como a caracterização do estado de subcapitalização da empresa exige que a fonte de financiamento seja externa e que esta responda pela viabilização de capital próprio, as pessoas responsáveis pelos empréstimos devem ser, necessariamente,

¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário, Dialética ed. São Paulo: 2004, p. 360

² TÔRRES, Heleno. Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais, Revista dos Tribunais ed., São Paulo: 2001, pp. 520/521

sócios, quotistas, acionistas, enfim, pessoas de qualquer modo vinculadas. Todavia, como a legislação que regular o controle da subcapitalização deverá dispor sobre isso, não há uma regra universal sobre a adequada tipificação dos financiadores do capital-empréstimo, mas, de um modo geral, exige-se que os mutuantes mantenham uma relação bastante estreita com a empresa mutuária, para que se qualifique o objeto do mútuo como "capital próprio" – prevalecendo a substância sobre a forma (nos países que adotam essa hipótese).

Assim, se a cessão dos direitos relativos ao contrato de empréstimo foi feita pela sócia-quotista da atuada, no caso a Kolynos Corporation, à empresa belga Colgate-Palmolive Europe S. A (fl. 374/389), cuja razão social indica tratar-se de pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo econômico, não seria por este motivo que afastaria a constituição da empresa atuada da hipótese de subcapitalização.

Também não afastaria tal situação pelo fato de, em ato contínuo à constituição da empresa e, portanto, à celebração do empréstimo, ter havido integralização de US\$ 263 milhões, o que, aliás, foi a tese apresentada pela Fiscalizada, quando aduziu em Contrarrazões:

Ainda que houvesse norma legal limitando a dedução de despesas decorrente de sub-capitalização – e definitivamente não há – convém mencionar que a redução do valor do empréstimo, mediante o aumento de capital no valor de 270 milhões de dólares, colocou a estrutura de capital da subsidiária brasileira em equivalência com o quociente dívida/capital próprio (aproximadamente um terço de capital próprio e dois terços de dívida) indicado no relatório da OCDE (anexo R (4) – Comentários ao Modelo de Convenção) Certamente esse quociente não configura a denominada thin capitalization.

Isso porque, como não há na legislação brasileira um quociente previamente estabelecido, a relação de 2 para 1 entre dívida e capital sugerida pela OCDE não é fator determinante para descaracterização, como também não é limite a partir do qual haveria dita situação.

Neste sentido, convém trazer à colação as seguintes observações de HELENO TORRES³:

Mas, a partir de que patamar se pode falar da existência de uma "subcapitalização" na empresa? Por se tratar de um conceito de direito positivo, somente a lei poderá estabelecer, porquanto o "estado de subcapitalização" apresenta-se como um conceito objetivo, a partir da aplicação de uma regra geral anti-abuso ou de regras específicas, com a adoção de um coeficiente apto a mensurar a relação proporcional entre o capital da empresa e o endividamento líquido remunerado.

Assim, ao contrário do que aduz a atuada, não se pode dizer que há ou não a "subcapitalização" a que se refere a doutrina e a legislação de outros países, tomando como referência a relação entre sua dívida, que girava em torno de US\$ 496 milhões, e seu capital, algo em torno de US\$ 270 milhões.

³ op. cit., p. 527

Mas concordo com os doutrinadores já citados que o legislador pátrio não cuidou de modo específico da subcapitalização, pois inexistente no ordenamento jurídico nacional regras sobre o coeficiente de endividamento admissível ou *safe haven*. Portanto, está-se diante de uma situação cuja definição precisa carece de base legal.

No entanto, outras regras específicas à legislação do Imposto de Renda existem e precisam ser trazidas ao presente contexto. Assim, ousou divergir do relator do voto condutor do acórdão recorrido quanto ao entendimento de que, como no Brasil não há regras de subcapitalização, tais juros e variações cambiais deveriam ser tratados como despesas dedutíveis.

Isto porque, a existência de regra específica na legislação dispondo sobre a subcapitalização implicaria, necessariamente, na sua aplicabilidade, se a situação fosse, de fato, enquadrada nos termos em que regrados. No entanto, o contrário, isto é, a inexistência de regra específica tratando sobre tal estado, não tem o condão de afastar, de retirar do mundo jurídico, regras gerais inerentes à dedutibilidade das despesas para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Logo, faz-se necessário, sim, verificar se as despesas em comento atendem aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, o que, como já dito, não se observa no presente caso, no tocante à necessidade, vez que, por liberalidade das partes envolvidas, adotou-se a forma de empréstimos, em detrimento da capitalização.

É verdade que uma empresa detém poder decisório sobre as operações que pretende praticar; no entanto, no que diz respeito à forma de levar os resultados das suas operações à tributação, sem dúvidas, deve observar os preceitos legais.

Por conseguinte, entendo que a decisão entre contrair empréstimos ou capitalizar é uma conveniência da empresa. Contudo, afirmar que as despesas advindas do empréstimo são necessárias para que a empresa funcione e se mantenha, extrapola os limites da lógica porque se “A” empresta para “A”, “A” não precisa deste empréstimo, porque detém os recursos emprestados.

Afirmo que “A empresta para A” pois observo no caso as chamadas “operações preocupantes” a que se refere MARCO AURÉLIO GRECO, com a utilização de empresas efêmeras, e entendo que estas precisam ser analisados na sua essência, ou seja, quais são os negócios subjacentes e a essência destes, como observa o citado autor⁴, quando aborda a subcapitalização:

Embora o tema possa ser enfrentado por legislação específica, a simples existência de desproporção pode ser indicativa de abusividade na utilização do direito de negociar empréstimos, o que recomenda especial atenção

Complemento com ROBERTO FRANÇA DE VASCONCELOS⁵, que, ao discorrer sobre a *thin capitalization* e enquadrar o empréstimo concedido por sócio domiciliado no exterior como um financiamento externo, ponderou:

⁴ op. cit., p. 360.

⁵ VASCONCELLOS, Roberto França de. Tributos e Preço de Transferência, coord. por Luís Eduardo Shoucri, Dialética ed. São Paulo: 2009, p. 209.

Embora não haja, em termos gerais, impedimento ao financiamento da sociedade pelos seus próprios sócios, em situação equiparável ao financiamento externo, algumas questões deverão ser ponderadas, tais como comparação com terceiros, valorização do conteúdo econômico sobre a forma, abuso da forma jurídica e restrições para a dedução de juros.

Ora, é inquestionável que toda a transação ocorreu para a aquisição do negócio Kolynos; também resta evidenciado nos autos que a Kolynos Corporation era sócia praticamente exclusiva da K& S Aquisições Ltda, detendo 99,99% do seu capital social.

Logo, se Kolynos Corporation era praticamente a única sócia-quotista da autuada, esta era devedora de dívida para consigo, ou seja, tem-se que, na essência do negócio, ela figurou, simultaneamente, como credora e devedora da mesma operação, ou seja, “A” empresta para “A”. E, repisando, se credor e devedor se confundem na mesma pessoa, é porque o empréstimo não se faz necessário.

Neste sentido, convém transcrever o que entendeu a Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no acórdão nº 107 –06.796, trazido pela Procuradoria como paradigma no processo nº 16327.001870/2001-42, que serve como fundamento no sentido de corroborar a impossibilidade de se admitir como despesas necessária, nas hipóteses em que a controladora é a mutuante do empréstimo, e ao seu arbítrio, cria a despesa:

Aflora de um simples e superficial análise que os interesses da empresa controlada se confundem com os da empresa controladora e, ainda com os sócios – pessoas físicas (direta ou indiretamente) desta. Detendo a sociedade controladora quase 100% (99,98%) do capital social e das ações com direito a voto da sociedade controlada, é iniludível que o acionista majoritário desta passa a ter legitimidade ativa para, independentemente de prévia deliberação da assembléia geral, determinar as operações e as políticas, à sua matroca. Aliás, nem caberia tal assembléia, in casu, pois além de impregnada por absoluto contra- senso, teria resultado certo e indubitado, pelo que sem sentido a sua realização.

(.)

Infere-se que, se houvesse distribuição dos lucros acumulados, à empresa controladora não se imporia quaisquer cargas a teor de despesas, permanecendo o seu lucro liberto de qualquer fator redutor a este título. Contrário senso, o mútuo contratado substitutivo perpetraria uma despesa, como aliás se cristalizou, reduzindo, dramaticamente, o resultado do exercício e, de forma reflexa, o seu patrimônio, como alias resta demonstrado e perfeitamente perceptível através de um singela análise da declaração de fls. 342 e seguintes. É patente a punição do resultado dos períodos em foco, a despeito da existência – não utilizada – dos lucros acumulados na controlada por estrita determinação do diretor comum. Senão vejamos:

(...)

Montado esse cenário, importa concluir que o empréstimo tomado pela controladora por determinação de seu diretor comum trouxe para a recorrente uma carga redutora não só do patrimônio dessa unidade, como também do seu lucro tributável, motivados por mera liberalidade, sem qualquer necessidade, e sem nenhuma correspondência ou correlação, notadamente em face da existência de lucros acumulados e de disponibilidades financeiras na empresa controlada que, por certo, cumpririam, sem quaisquer lesões aos cofres públicos e à sociedade controladora, os designios conformados ao art. 242 do RIR/94. Não há, pois,

quaisquer equívocos na tipificação da matéria impositiva e na precisas dissertações da Autoridade recorrida.

A propósito, trago ainda à colação, jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, da lavra do Ministro Ilmar Galvão, que deu tratamento tributário de dividendos a juros pagos por filial brasileira de empresa norte-americana à sociedade controladora desta, nos Estados Unidos:

Assim sendo, a operação rotulada de empréstimo não passa de suprimento de fundos, de um estabelecimento para outro, do mesmo proprietário, não havendo como deixar de considerar-se lucro, conseqüentemente, para fins de tributação, toda reserva realizada a pretexto de variação de câmbio, bem como toda dedução que for feita do lucro operacional a título de pagamentos de juros.⁶

Nem mesmo os empréstimos contraídos no exterior justificam a necessidade da despesa financeira, ou melhor, de emprestar ao invés de integralizar, porque, como já tido, a controladora era uma empresa que dispunha de condições para integralizar. Se não o fez, certamente é porque visualizou outras oportunidades, como, além de reduzir os lucros no Brasil, poder dispor do capital de que detinha no exterior. No entanto, é preciso deixar claro que isso é uma liberalidade e não uma necessidade.

Reconheço que a compra da Kolynos representou para a Colgate um incremento de receitas, um aumento na sua produção, enfim, uma maior representatividade no mercado. Contudo, argumentos dessa natureza justificam a compra de uma empresa pela outra, mas não a forma adotada de empréstimos, ao invés de capitalização.

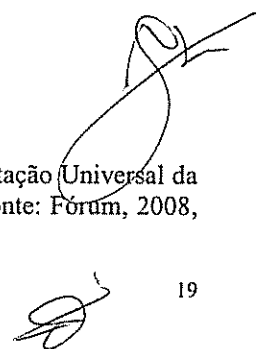
Por conseguinte, quer seja analisando a operação sob o aspecto formal, quer seja verificando o conteúdo subjacente a esta forma, a glosa de despesas consideradas desnecessárias deve ser mantida em relação ao IRPJ.

A Recorrida pediu, quando da sustentação oral, para que fosse compensado com o IRPJ devido, se mantida a autuação, o IRF incidente sobre as remessas ao exterior relativas aos juros pagos. No entanto, nenhum membro do Colegiado propôs fosse tal matéria conhecida e apreciada, porque se entendeu pela preclusão da matéria.

Neste aspecto, cumpre deixar registrado que, em momento algum, se entendeu que o empréstimo não ocorreu.

Em relação à CSLL, foi levantada a preliminar de ausência de prequestionamento. O Colegiado, por maioria, vencidos eu e os Conselheiros Antônio José Praga de Souza e Leonardo de Andrade Couto, entendeu que muito embora tivesse havido o prequestionamento, não houve a análise por parte da Câmara *a quo*, motivo por que decidiram que essa matéria deveria ser analisada, inicialmente, pela Câmara recorrida.

Fica, então, o meu voto vencido:



⁶ AMS nº 92.966 - RJ, DJ 12.06.1986, retirado da obra de André Martins de Andrade. A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma proposta de sistematização e uma alternativa inovadora. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 143.

Uma vez mantida a glosa das despesas financeiras, faz-se necessário analisar se, conforme afirmado pela Procuradoria, também seriam devidas as exigências relativas à CSLL, lançadas como reflexo.

Desta feita, urge transcrever o art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, *verbis*:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

I - de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável; (Vide Lei 9.430, de 1996)

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

III - de despesas de depreciação, amortização, manutenção, reparo, conservação, impostos, taxas, seguros e quaisquer outros gastos com bens móveis ou imóveis, exceto se intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

IV - das despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores;

V - das contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica;

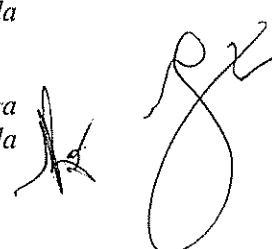
VI - das doações, exceto as referidas no § 2º;

VII - das despesas com brindes.

Assim, se a lei fala em “independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964” é porque mencionado artigo passa a ser considerado, também, para efeito de base de cálculo da CSLL, e o mesmo é a base legal do art. 299 do RIR/99, dispondo, *verbis*:

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.



§ 2º *As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

§ 3º *Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.*

§ 4º *No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.*

§ 5º *Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:*

a) *no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;*

b) *no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.*

§ 6º *Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.*

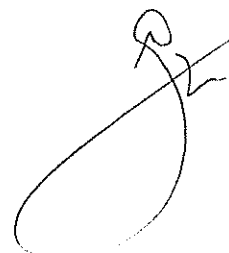
§ 7º *Incluem-se, entre os pagamentos de que trata o § 5º, as despesas feitas, direta ou indiretamente, pelas empresas, com viagens para o exterior, equipando-se os gerentes a dirigentes de firma ou sociedade.*

Portanto, a partir do ano-calendário de 1996, com a entrada em vigor da Lei nº 9.249/95, as despesas não necessárias devem ser glosadas, também, da base de cálculo da CSLL, o que significa dizer que devem ser mantidas, também, as exigências relativas à CSLL.

Em face do exposto, manifesto-me por DAR PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional, para reconhecer como devidas as exigências de IRPJ e CSLL relativas a despesas não necessárias.

É como voto.

Adriana Gomes Rêgo- Relatora



Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, Redator Designado

Cinge-se este voto vencedor à discussão relativa à necessidade (ou não) de remessa dos autos à Câmara *a quo* para exame das razões invocadas pela Contribuinte sobre a ilegitimidade da exigência da CSLL (reflexo) no caso, as quais foram tidas como prejudicadas pelo acórdão recorrido em virtude do reconhecimento da improcedência do lançamento (principal) de IRPJ.

No ponto, entendeu a i. Relatora que a matéria poderia ser objeto de imediata cognição por esse Colegiado, porquanto (tal matéria foi) objeto da insurgência recursal da Fazenda Nacional e presente o prequestionamento. Segundo a i. Relatora, as razões específicas para cancelamento da exigência de CSLL seriam de conhecimento dos julgadores da Câmara Superior de Recursos Fiscais, nos termos do voto vencido da lavra da i. Conselheira Sandra Maria Faroni em processo “correlato” de interesse da mesma Contribuinte. Por relevante, vale transcrever o trecho do Relatório e do Voto sobre a questão, *verbis*

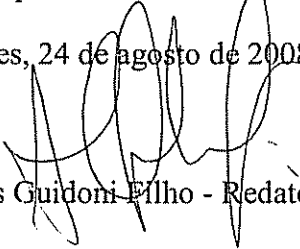
“Em relação à CSLL, como o voto vencido da Conselheira Sandra Faroni no processo correlato foi no sentido de cancelar a exigência por ausência de base legal para se cobrar a contribuição sobre despesas não necessárias, “ad cautelum”, a Procuradoria pede seja aplicado o decidido pela Sétima Câmara no acórdão nº 107-06.796, cujo inteiro teor anexa, para demonstrar que a glosa das despesas reputadas desnecessárias foi mantida, inclusive, para exigência da CSLL. Argumenta que o art. 13 da Lei nº 9.249/95 traz previsão para tal exigência.”

Pois bem. Não desconheço a existência da teoria da “causa madura” acolhida pelo Código de Processo Civil (CPC, art. 515, § 3º), pela qual se admite que a instância superior examine questões jurídicas ainda não apreciadas pela instância inferior (matérias estritamente “de direito” ou “de fato” quando desnecessária instrução probatória). Ao contrário, entendo que tal teoria deveria ser aplicada com mais constância pela instância administrativa, respeitando-se naturalmente o princípio do Juiz Natural. Contudo, o próprio Poder Judiciário é reticente quanto à aplicação desta teoria em instâncias extraordinárias (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, especialmente), tal como, *mutatis mutandis*, a Câmara Superior de Recursos Fiscais para a seara administrativa. Não bastasse, vale ressaltar que a instância administrativa não tem acolhido esta teoria em boa parte de seus julgamentos.

Afastada a aplicação desta teoria para o caso concreto, a insurgência da Fazenda Nacional em relação à CSLL não pode ser conhecida neste momento processual por manifesta ausência de prequestionamento. Tal ausência decorre notadamente do cancelamento da exigência principal (IRPJ) sem qualquer menção (pelo acórdão recorrido) aos fatos e fundamentos jurídicos específicos da exigência da CSLL. Daí porque necessária nova manifestação do Colegiado *a quo*, a fim de que sejam expressamente resolvidas as questões relativas à CSLL, viabilizando-se, a partir de então, se o caso, insurgência fundamentada à CSRF, observados formalidades e pressupostos de estilo.

Por tais fundamentos, oriento meu voto no sentido de não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional nessa parte e determinar o retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para exame das questões de mérito relativas à CSLL.

Sala das Sessões, 24 de agosto de 2008.


Antonio Carlos Guidoni Filho - Redator Designado

Declaração de Voto

Conselheiro VALMIR SANDRI

Ante o resultado da decisão proferida por esta Colenda Turma no presente processo, não poderia deixar de registrar minha opinião acerca da glosa efetuada pela fiscalização, das despesas de juros e variação cambial passiva decorrente do empréstimo externo destinados à compra das ações representativas do capital social da empresa Kolynos do Brasil S.A. pelo Grupo Colgate Palmolive, ocorrida em janeiro de 1995.

Examinando com cuidado os fatos e provas apresentados em confronto com as leis que se aplicam ao caso concreto, não consegui concluir que estaríamos diante de um caso de simulação ou mesmo algo que se aproxime de planejamento tributário que mereça ser reprimido e objeto de desconsideração ou incidência tributária de modo diverso daquele adotado pela empresa, senão vejamos:

Ora, é inconteste, inclusive reconhecido pela ilustre relatora, que o questionado contrato de empréstimo existiu, bem assim todas as operações de aquisição da empresa Kolynos do Brasil pela Colgate Palmolive.

E mais, de acordo com os registros contábeis e todos os demais elementos acostados aos autos, pode-se dizer que o objetivo pretendido pela empresa era crescer e aumentar o seu espaço no mercado nacional, isto é, existia um propósito negocial que justificou a realização de todas as operações. É claro que não se pode desconhecer que várias operações foram realizadas para que a empresa lograsse êxito no seu objetivo. Tais operações poderiam até ser indispensáveis se a aquisição se desse de forma direta, porém, ao final, também não pode se desconhecer que o que restou foi exatamente o alcance da meta pretendida, a empresa realmente cresceu e se tornou quase um monopólio no mercado brasileiro, fato este também inconteste público e notório.

Alguns pontos merecem ser apresentados para justificar a posição por nós assumida e que me levou a fazer a presente declaração de voto.

Uma coisa que inicialmente deve ser observada é que o objeto de julgamento é um Recurso Especial da douta Procuradoria da Fazenda Nacional. Por conseguinte, o julgamento do colegiado encontra-se delimitado e adstrito às questões recursais que lhe foram postas, bem assim aos motivos originais da autuação, não podendo ser aproveitada a oportunidade para se rever a interpretação adotada pela Egrégia Câmara originária ou serem acrescentados novos argumentos para justificar a motivação do decidido.

Desse modo, o que deve ser examinado pelo colegiado é se a recorrida realizou ou não um bom ato de gestão quando tomou um empréstimo e assumiu o ônus de pagar juros, foi esta, em síntese, a razão do Recurso Especial. Qualquer outra discussão colocada para justificar a glosa, *data vênia*, sob meu juízo, é matéria estranha ao julgamento deste colegiado.

Logo, é descabido o debate em torno da suposta desnecessidade da despesa em decorrência da suposição de que a empresa controladora deveria ter aumentado o seu capital ao invés de tomar um empréstimo, até porque, não foi essa a acusação da fiscalização.

Colocada a premissa acima, é importante que se faça uma apertada síntese acerca dos fatos, para que possamos justificar a nossa posição.

Como é do conhecimento geral do Colegiado, a autuação decorreu da glosa de despesas consideradas desnecessárias, pelo fato da ilustre autoridade fiscal haver entendido que o empréstimo tomado pela empresa à sua controladora, havia sido repassado a outra empresa e, logo, ela não teria sido a real beneficiária do empréstimo. Também, entendeu aquela autoridade, que o empréstimo não se encontrava contabilizado, nem que tinha sido transmitido o objeto do mútuo à empresa. É este o cerne da acusação da infração que foi imputada à contribuinte. E é este, no meu entender, o limite inicial a que se deve ater o julgador no objetivo de exercer o seu papel de dar a correta solução aos casos que lhe são submetidos.

Conforme se depreende dos autos, a autoridade julgadora de primeira instância entendeu que a autuação deveria ser mantida pelo fato de não ter ocorrido a efetiva entrega do domínio da coisa mutuada à contribuinte, embora, diga-se de passagem, já reconhecendo que efetivamente houve o empréstimo.

Já, por ocasião do julgamento do recurso voluntário por este E. Conselho foi dado provimento ao recurso, por ter o colegiado entendido que não existiam regras referentes à indedutibilidade de despesas por subcapitalização, bem assim que estava efetivamente comprovada a realização do empréstimo e que teria ocorrido, apenas uma condução do repasse do valor do empréstimo das operações realizadas em benefício do vendedor e não da empresa compradora, porém, estava caracterizada a possibilidade jurídica do pedido.

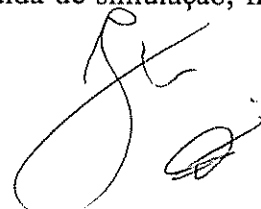
Agora, por ocasião do Recurso Especial, a Douta Procuradoria da Fazenda Nacional, introduziu um novo elemento ao caso, qual seja, a despesa não seria necessária por ter decorrido de um ato anormal de gestão.

Também, durante as discussões na sessão de julgamento, surgiu a hipótese de que as despesas eram desnecessárias, tendo em vista que a opção da controladora, em realizar empréstimo ao invés de aumentar capital, teria configurado liberalidade que transformaria as despesas de dedutíveis em indedutíveis.

Pois bem. Colocada as premissas acima, causa surpresa a falta de vínculo entre os motivos da autuação, os motivos de decidir da autoridade julgadora de primeira instância, os motivos do julgamento na segunda instância e os motivos do Recurso Especial e, também, no surgimento da discussão sobre se a empresa deveria ou não aumentar capital e não tomar empréstimo. Tais fatos, por si sós, já seriam suficientes para que, *data vênia*, o referido recurso não fosse admitido. Contudo, quedo-me diante da decisão do colegiado.

No mérito, as razões recursais, apesar de configurarem verdadeira inovação da acusação como visto acima, não resistem a um confronto com os documentos do processo, o qual pôde compulsar em meio magnético disponibilizado aos membros desta Colenda Turma.

É que, embora na marcha processual tenham sido tecidos comentários no sentido de serem levantadas suspeitas da existência de um suposto planejamento, por parte da Interessada, com o único objetivo de se beneficiar de suposta indevida redução de tributo, ao fim e a cabo, restou comprovado que todas as operações efetivamente se realizaram e resultaram em benefício da empresa compradora. Portanto, não se cuida de simulação, fraude ou mesmo planejamento tributário, conforme se quer parecer crer.



Da análise dos autos, verifica-se que existem fatos incontroversos e inquestionáveis no processo que não podem ser negados, quais sejam:

1) houve sim um contrato de empréstimo entre a controladora e sua controlada devidamente contabilizado, como pode ser comprovado por intermédio da decisão proferida pelo Conselho de Recursos Fiscais do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, bem como pelas cópias das folhas dos livros contábeis da empresa, anexados pela defesa;

2) as operações de aquisição e incorporação de empresas também aconteceram e podem ser comprovadas pela decisão do CADE que autorizou os referidos atos;

3) a opção pelo empréstimo está plenamente justificada pelas provas carreadas ao processo, como será destacado abaixo face à relevância dos fatos;

4) o empréstimo contraído no exterior, como visto nos autos, foi a melhor opção de gestão que a empresa podia adotar, tendo em vista que os juros pagos lá fora (8%) eram bem menores do que aqueles cobrados no Brasil, à época (53%);

5) a tributação dos juros no exterior era equivalente à tributação dos lucros, portanto, para a controladora tanto fazia receber lucros ou juros, só que, empresarialmente falando, ela não poderia ser obrigada a pagar os juros do empréstimo tomado no exterior com lucros recebidos da controlada no Brasil;

6) o tempo de liquidação do empréstimo, antes do tempo aprazado de 8 (oito) anos, demonstra que se a intenção da empresa era na verdade reduzir lucros, conforme aventado, ela não teria procurado liquidar o empréstimo rapidamente conforme o fez;

7) o faturamento, a produção e as exportações da empresa aumentaram de forma substancial, fatos esses que, por si só, já seriam mais do que suficientes para justificar a operação.

Na verdade, o que se tratou no presente caso foi um repasse de empréstimo que a controladora tomou no exterior junto ao Citibank, com pagamentos de juros, para que a sua controlada adquirisse outra empresa e, com isso, crescesse no mercado brasileiro, saltando do percentual de 25% para um percentual de mais ou menos 75%, conforme se depreende da documentação acostadas aos autos.

Ora, a pacífica jurisprudência deste colegiado é exatamente em sentido contrário ao entendimento que se deu ao presente caso, ou seja, ela caminha no sentido de que só se caracteriza liberalidade e, por conseguinte, se tornam indedutíveis as despesas com juros, quando uma empresa repassa empréstimo oneroso para outra empresa vinculada e não cobra juros sobre esse empréstimo à sua controlada. Aqui é exatamente o contrário, a controladora tomou empréstimo no exterior, com pagamento de juros e repassou esse empréstimo à sua controlada, também com pagamento de juros, portanto, tudo perfeitamente ajustado à jurisprudência deste colegiado.

Sobre a dedutibilidade de juros, é importante transcrever parte do parecer do professor Alberto Xavier (f. 17 do parecer) acostado ao processo:

“Efetivamente, se os recursos foram tomados no exterior e nenhum destino lhes foi dado que dissesse respeito à exploração do objeto da empresa e à manutenção da sua fonte produtora, não se vislumbrariam motivos que justificassem a necessidade e a razoabilidade da despesa.

Assim sucederia, com efeito, se o procedimento negocial conducente à aquisição da Kolynos do Brasil S.A tivesse terminado na fase na aquisição no exterior, ou seja, se o procedimento de aquisição tivesse terminado com a compra por Albala S.A. das ações da Yonkers S.A, então titular do capital da Kolynos do Brasil S.A.

Aí sim, se o procedimento aquisitivo tem terminado com esta última operação, o financiamento externo deveria ter sido naturalmente concedido por KAC Corporation diretamente à Albala S.A., não se justificando racionalmente a interposição de K&S Aquisições Ltda., simultaneamente como tomadora e repassadora de um empréstimo para cujo resultado não teria qualquer interesse direto imediato.”.

Como se vê, a opção da controladora, por empréstimo, ao invés de aumento de capital na controlada, é um ato inteiramente normal na gestão de uma empresa, portanto, uma opção negocial e empresarial que está perfeitamente comprovada e justifica inteiramente a necessidade do empréstimo. Logo, comprovado que o empréstimo foi realizado em benefício econômico da empresa, não pode o Fisco exigir ou obrigar que a mesma adote prática que ele entende ser a que resultaria em maior pagamento de tributo.

Como ensina o professor Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário. Ed. Dialética, 2004, p.318), para configurar um ato anormal de gestão, deve ser verificado se há inadequação objetiva entre o procedimento adotado e os fatos, e, ainda:

“Segundo a doutrina, o modelo existente na França é o de o Fisco verificar se o ato está dentro do padrão normal e, caso detecte que o ato não foi no interesse da empresa, o Fisco vai cobrar o tributo que resultaria da gestão normal.” (grifo não é do original)

É inegável que a empresa controladora não dispunha de recursos líquidos no seu caixa que pudesse lhe abrir a possibilidade de escolher qual a opção a ser seguida, se empréstimo ou aumento de capital, embora, possuísse um patrimônio superior ao empréstimo contraído.

O fato de uma empresa possuir patrimônio líquido representativo, não significa dizer que a mesma disponha de valores líquidos em caixa de que pudesse dispor para fins de enviar às suas controladas. Pode ser um ato de gestão não se desfazer de ativos, isto é, não se descapitalizar e optar por empréstimos, especialmente quando os juros pagos forem favoráveis. Tal aspecto está sim dentro do âmbito de liberdade e autonomia empresarial que não poderá ser questionado ou ser exigida conduta diversa, por mera interpretação ou consideração objetiva do aplicador da lei. No caso, não existem óbices ou vedações legais que imponham conduta diversa. Nestes casos, é imprescindível que sejam analisados todos os aspectos envolvidos na operação, não bastando seccionar um fato e tomá-lo como verdade absoluta.

De se notar que, apesar de o Acórdão recorrido ter adotado o entendimento de que não existiam regras que levassem à tributação por subcapitalização (*thin capitalisation*), entendo que não é o caso aqui em julgamento, uma vez que na mesma data do empréstimo houve um aumento de capital da controlada, de valor aproximado de mais ou menos 1/3 do empréstimo. Tal fato tornou a operação de empréstimo ajustada às regras internacionais, conforme provas no processo.



27

Tais documentos comprovam tanto a transferência dos recursos, como o respectivo registro contábil. Deste modo, entendo que fica superada a possível suspeita de que havia desproporção entre capital e empréstimo.

A verdade é que, a possibilidade de empréstimo entre controladora e controlada além de não estar submetida a qualquer vedação legal, pelo contrário, está subordinada a regras taxativas na própria legislação que regula, de modo expresso, os preços de transferência, estabelecendo limites de juros que, na respectiva não observância, aí sim é que haverá infração à lei.

De se registrar que não foi esse o caso do processo; aqui não houve qualquer violação a tais regras como dito pelo próprio fiscal. Para esse caso, o próprio Professor Marco Aurélio Greco considera que tal fato é apenas um indicativo que não pode ser visualizado de modo isolado, mas tem que ser conjugado a todos os outros fatos envolvidos.

No presente caso, foi também levantada a teoria do Professor Marco Aurélio Greco, no intuito de justificar a cobrança de tributos, na hipótese da existência de indícios em razão de seqüência de operações, que poderiam configurar “operações preocupantes”.

Ora, é exatamente nessa mesma teoria daquele ilustre mestre que busco subsídios para firmar a minha convicção de que no caso ora julgado, as operações realizadas foram efetivamente concretizadas e tiveram um único objetivo ou propósito negocial que foi atingido. Era o desejo e o objetivo da empresa crescer e avançar no mercado brasileiro, e isso efetivamente ocorreu, como reconhecido pela ilustre relatora.

Tal fato é público e notório, o que a princípio já dispensaria qualquer prova. É irrefutável que depois de tais operações a empresa saiu do pequeno espaço de 25% do mercado brasileiro para se transformar quase em um monopólio com 75% do mercado, em cujo patamar se encontra até hoje, conforme se depreende dos gráficos e documentos apresentados pela Interessada.

Quando se fala em planejamentos, o que, diga-se de passagem, não é o presente caso, mas que coloco aqui como reforço de argumento, em tais hipóteses deve ser observadas todas as operações realizadas e desfeitas, isto é, deve-se levantar o véu da cadeia de atos e verificar o que resta ao final. No caso, desconsiderando-se todas as operações intermediárias pode-se enxergar, sem dúvidas, o que efetivamente ocorreu: a empresa tomou um empréstimo e adquiriu sua concorrente em um leilão privado. Após todas as operações o que restou foi um empréstimo que foi sendo pago ao longo do tempo e a empresa recorrida cresceu e se tornou quase que um monopólio no mercado nacional.

In casu, não se verificou qualquer inadequação entre o desejo, os atos realizados e o objetivo concretizado. Nada foi simulado ou dissimulado. Se o caminho percorrido visou atender a alguma exigência da empresa vendedora, tal fato não tem o condão de afastar a dedutibilidade das despesas de juros e variação cambial decorrente do empréstimo efetuado para a aquisição das ações da empresa Kolynos.

Importante ainda indagar se, diante da possibilidade de alcançar a meta de crescer no mercado brasileiro ou sucumbir diante da concorrência mais forte, seria um bom ato de gestão e a despesa seria necessária se, para fazer caixa, a empresa tivesse que tomar um empréstimo e atender às exigências da empresa vendedora que com ela não tinha qualquer ligação?

A resposta só pode ser uma. Seria um ato anormal de gestão, em prejuízo da empresa, se ela não aproveitasse a oportunidade de realizar seu objetivo de crescer e com isso aumentar seus faturamento e, também adquirir a sua concorrente.

De toda a documentação constante dos autos, verifica-se que tudo foi feito às claras e com transparência, com registros contábeis, aprovação do BACEN e do CADE e por meio de oferta em leilão privado. Se para conseguir seu objetivo teve que tomar um empréstimo e pagar juros, tal ato não pode ser considerado como anormal, pois, está provado que ela foi a legítima beneficiária do resultado do empréstimo. O efeito contrário, a perda do mercado e ficar exposta à concorrência danosa, aí sim é que seria um procedimento prejudicial e um ato anormal de gestão.

Portanto, não se poderia exigir da contribuinte outro procedimento diferente daquele adotado. Se a vendedora visava algum planejamento, eis que tal fato não está aqui em julgamento, pois, não se pode punir a empresa compradora por atender aos caprichos da empresa vendedora, quando não lhe restava outra opção, eis que era uma exigência da vendedora que a operação se realizasse no exterior. Tanto isso foi verdade que, ultrapassado vinte e poucos dias da operação de compra das ações da Kolynos no exterior, as mesmas (ações) ingressaram no patrimônio da autuada, ora Interessada.

Dessa forma, para a Interessada só havia uma opção: ou ela se submeteria às exigências da vendedora para adquirir a sua concorrente ou não atenderia as exigências e, por conseguinte, deixaria que outro grande grupo internacional saísse vencedor do leilão e se tornasse seu concorrente no mercado nacional.

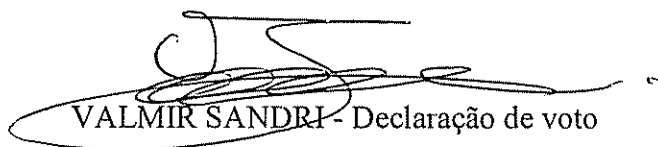
Logo, o empréstimo e a decorrente despesa de juros e variações cambiais se identificam perfeitamente no conceito legal de despesa necessária, tudo aliado ao fato de que essa despesa está sobejamente comprovada e tem um propósito negocial claro que justifica todas as operações realizadas.

Não seria razoável ou se poderia exigir outro procedimento por parte da Interessada, mesmo porque não poderia ter sido adotada outra alternativa. Portanto, não pode agora ser exigido da Interessada, por critérios subjetivos, que ela adotasse outro procedimento, isto é, escolhesse aumentar capital e não utilizar empréstimo. A utilização de empréstimo para aquisição de empresa é um procedimento usual e normal adotado pela maioria das empresas, não havendo porque se estranhar de tal operação.

É importante ressaltar ainda que, os resultados de faturamento e exportações obtidos posteriormente, bem assim as ações de responsabilidade social a que a empresa teve que se submeter por exigência do CADE, demonstra, inclusive, a sua boa fé e os benefícios que tanto a empresa como terceiros obtiveram, o que reforça os argumentos da importância do empréstimo e, por consequência, a necessidade das despesas que foram questionadas.

Assim, diante da robustez das provas e dos fatos, quer examinado à luz do direito comercial, empresarial, financeiro ou fiscal, não poderia deixar de me manifestar no presente processo, em razão de me encontrar perfeitamente seguro em afirmar que as despesas glosadas pela fiscalização são usual para o tipo de operação, bem como foram necessárias para o incremento das receitas da Interessada, o que de fato ocorreu, quando saltou de uma receita bruta de R\$ 496.932.924,41 (1994), para uma receita bruta de R\$ 1.028.253.329,00 (2000), conforme exaustivamente comprovado nos autos, subsumindo-se, portanto, a norma disposta no artigo 242, do RIR/94.

São essas as minhas considerações que me levaram a votar pelo não provimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.


VALMIR SANDRI - Declaração de voto