



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001870/2001-42  
Recurso nº. : 138.101 - EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO  
Matéria: : IRPJ – ano-calendário: 1998  
Recorrentes : 10ª. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP.I e KOLYNOS DO BRASIL S.A.  
(NOVA RAZÃO SOCIAL: COLGATE-PALMOLIVE INDÚSTRIA E  
COMÉRCIO LTDA)  
Sessão de : 15 de junho de 2005  
Acórdão nº. : 101-95.014

DECADÊNCIA – Não decorridos cinco anos da data da ocorrência do fato gerador, legítima a atuação do fisco em efetuar o lançamento de ofício.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE DA CSLL. DESCABIMENTO. Conforme art. 9º da Portaria SRF 3007/2001, se as irregularidades apuradas constituem, ao mesmo tempo, infrações à legislação da CSLL e à legislação do IRPJ, e os elementos de prova são os mesmos, considera-se a CSLL incluída no procedimento de fiscalização acobertado pelo MPF relativo ao IRPJ, independentemente de menção expressa.

ERRO NA APURAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL- Demonstradas inconsistências contidas na apuração da matéria tributável, impõe-se corrigi-las e excluir a parcela da exigência correspondente.

EMPRESTIMOS CONTRAÍDOS NO EXTERIOR COM CONTROLADA – DEDUTIBILIDADE DOS ENCARGOS – 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 para 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 ao exterior, há de se admitir a dedutibilidade dos encargos com variações passivas e juros.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de ofício e voluntário, interpostos pela 10ª. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP.I e KOLYNOS DO BRASIL S.A. (NOVA RAZÃO SOCIAL: COLGATE-PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA).

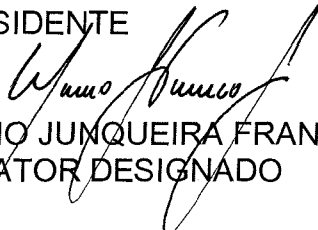
*Gal*

*uf*

ACORDAM, os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento da CSL e de decadência e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento integral ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Relatora), Paulo Roberto Cortez e Caio Marcos Cândido que deram provimento parcial ao recurso, tão-somente para cancelar a exigência da CSL. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS  
PRESIDENTE



MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR  
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 16 NOV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros VALMIR SANDRI e ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO.

Recurso nº. : 138.101 - EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO  
Recorrentes : 10ª. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP.I e KOLYNOS DO BRASIL S.A.  
(NOVA RAZÃO SOCIAL: COLGATE-PALMOLIVE INDÚSTRIA E  
COMÉRCIO LTDA)

## RELATÓRIO

Em análise recursos, voluntário e de ofício, contra decisão da 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, que julgou procedentes em parte os autos de infração lavrados contra a empresa Kolynos do Brasil S.A (nova razão social de Colgate Palmolive Indústria e Comércio Ltda.), mediante os quais foram formalizadas exigências de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido relativas aos anos-calendário de 1996, 1997 e 1998.

A exigência decorreu de glosa de despesas operacionais pela falta de comprovação tanto da efetividade como da necessidade real dos dispêndios a título de despesa financeira e variação cambial passiva incidente sobre o empréstimo de US\$ 496,279,069.77, relacionado com a aquisição da Kolynos do Brasil Ltda (antiga K & S Aquisições Ltda).

Os fatos que ensejaram a lavratura do auto de infração estão assim relatados no Termo de Constatação de Irregularidade Fiscal de fls. 1052 a 1063:

“Em 30/12/1994 foi constituída em São Paulo a empresa K & S Aquisições Ltda com capital social de R\$ 100,00 (cem reais), capital esse que era composto de 100 quotas de R\$ 1,00 cada e cujos titulares eram o Sr. Carlos José Rolim de Mello, brasileiro, detentor de 51 quotas e Da. Moira Virginia Huggard-Caine, Argentina, com 49 quotas.

Em 09/01/95 foi constituída em São Paulo, a empresa Kolynos do Brasil S/A, com capital social integralizado em 10/01/95 de R\$ 95.622.213,00 e com sede em São Bernardo do Campo, resultante, segundo informações da fiscalizada, da cisão da divisão de produtos de higiene bucal da empresa denominada Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda, fabricante no Brasil de produtos da marca “Kolynos”.

Em 09/01/95, os sócios-quotistas da empresa K&S Aquisições Ltda cederam sua participação no capital da empresa, cuja titularidade ficou composta da seguinte forma:

- noventa e nove quotas de R\$ 1,00 cada do capital social da empresa KAC Corp. empresa esta que tem sede no Estado de Delaware – Estados Unidos da América;
- uma quota do referido capital social de propriedade de Global Trading and Supply Company, com sede em Nova Iorque – NY, Estados Unidos da América.

Em 10/01/95, a empresa brasileira K & S Aquisições Ltda, contraiu um empréstimo no valor de US\$ 760,000,000.00 (setecentos e

sessenta milhões de dólares dos Estados Unidos da América), junto à empresa americana KAC Corp., a juros de 8% (oito por cento) ao ano, e disponibilizou esse montante diretamente para a empresa Albala S/A com sede em Montevidéu – República Oriental do Uruguai.

Em resposta ao Termo de Intimação Fiscal de 31/10/2000, a fiscalizada esclarece, em 15/12/2000, que o empréstimo efetuado para a empresa Albala S/A de Montevidéu – Uruguai, destinou-se à aquisição pela Albala S/A, da empresa Yonkers S/A empresa esta também com sede na cidade de Montevidéu – República Oriental do Uruguai, a qual detinha a totalidade das ações da então empresa recém constituída Kolynos do Brasil S/A, continuando em sua resposta a fiscalizada afirma que a Albala S/A adquiriu a empresa Yonkers S/A e ato contínuo incorporou-a, tornando-se ela própria a titular das ações da Kolynos do Brasil S/A e em quitação ao empréstimo de US\$ 760,000,000.00 (setecentos ...), transferiu a titularidade da Kolynos do Brasil S/A para a empresa K & S Aquisições Ltda.

Em data de 15/01/1995, foi contabilizado o recebimento das ações da Kolynos do Brasil S/A, pela empresa K & S Aquisições Ltda a débito das contas 5.1515.01 na importância de R\$ 95.622.212,90 – CAPITAL INTEGRALIZADO e 5.1515.02 na importância de R\$ 557.977.787,10 – ÁGIO pelo valor total de R\$ 653.600.000,00 o que equivalente à época do lançamento contábil, a US\$ 760,000,000.00 (setecentos ...), convertidos a taxa do dólar a razão de R\$ 0,86 por dólar americano, conforme anexos a resposta encaminhada à fiscalização.

Em 10/01/95 a empresa KAC Corp. e a Global Trading deliberaram alterar o capital social da K& S Aquisições Ltda de R\$ 100,00 (cem reais.) para R\$ 226.800.001,00 (duzentos...), correspondente a 226.800.001 quotas de valor nominal de R\$ 1,00, sendo 01 (uma) quota de R\$ 1,00 da Global Trading (0,01%) e as demais da KAC Corp. (99,99%), que assim integralizou sua parte no capital social, mediante a conversão de uma parcela do empréstimo de US\$ 760 milhões da seguinte forma: US\$ 263.720.930,23 à taxa do dólar da data de R\$ 0,86 por dólar perfazendo a importância de R\$ 226.800.000,00, restando portanto uma dívida de US\$ 496,279,069.77 que passaram a incidir juros e demais despesas financeiras e variação monetária passiva.

Em janeiro de 1995 a KAC Corp passa a ser denominada Kolynos Corp. nos Estados Unidos da América e em 20 de fevereiro de 1995 a K&S Aquisições Ltda passa a ser denominada Kolynos do Brasil Ltda.

A constituição da empresa K & S Aquisições Ltda, posteriormente denominada Kolynos do Brasil Ltda e a transferência de seu capital para a empresa Kolynos Corp. EUA, foi o instrumento utilizado pela Kolynos Corp. EUA para adquirir a divisão Kolynos do Laboratório Wyeth-Whitehall Ltda no Brasil, já desmembrada sob a denominação Kolynos do Brasil S/A.

O suposto empréstimo de US\$ 760 milhões que teve a mesma finalidade ou seja a aquisição da Kolynos do Brasil S/A, em virtude da sistemática contábil adotada, o dinheiro advindo do referido empréstimo não transitou pela contabilidade da empresa fiscalizada, entretanto a obrigação foi contabilizada no passivo na subsidiária brasileira, já que a Albala S/A foi a verdadeira mutuária do empréstimo, o qual quitou mediante a transferência da totalidade das ações da Kolynos S/A para a empresa K& S Aquisições Ltda.

A Kolynos Corp – EUA, assim se tornou sócia praticamente integral da Kolynos do Brasil Ltda com 99,99% de seu capital social e ao mesmo tempo credora de sua própria dívida de US\$ 760 milhões que a filial

brasileira utilizou na compra dela própria, ato contínuo transformou uma parte do empréstimo em capital social na importância integralizada R\$ 226,800,000.00, correspondente a US\$ 263,720,930.23, restando uma dívida, com ela mesma, no valor equivalente a US\$ 496 milhões.

A razão principal da fiscalizada não efetuar aumento de capital, está ligada ao aspecto tributário que diretamente influencia o resultado do exercício, 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 e 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 e ainda preserva, seu capital contra eventuais desvalorizações da moeda do país da moeda em que se encontra a filial, no caso o Brasil.

Todavia aliado ao fato de que a Kolynos Corp – EUA ao repassar os direitos do contrato inicial de janeiro de 1995 para a Colgate Palmolive Europe S/A em julho de 1995, negociou seus direitos sobre o contrato assinado com a filial brasileira e tornou-se assim exclusivamente a única sócia quotista.

Entretanto, em setembro de 1996, a Colgate Palmolive Ltda, empresa brasileira, visando uma incorporação com a Kolynos do Brasil Ltda, o que realmente aconteceu em janeiro de 1997, realiza um investimento na Kolynos do Brasil Ltda assumindo assim a dívida desta junto a seu credor no exterior. Pelos termos do contrato datado de 19/09/96 a Colgate Palmolive Ltda assume as obrigações da Kolynos do Brasil Ltda junto a seu credor no exterior, então Colgate Palmolive Europe S/A com sede em Bruxelas-Bélgica, em troca de uma participação no capital da Kolynos do Brasil Ltda.

Como se percebe, mais uma vez a dívida da Kolynos do Brasil Ltda com seu credor no exterior continua a existir, embora investidora e investida como empresas distintas e independentes, passando então Colgate Palmolive Ltda no período de setembro a dezembro de 1996 a contabilizar as despesas financeiras e as variações cambiais passivas.

Em janeiro de 1997 as duas empresas investidora e investida se juntam em uma operação em que a Kolynos do Brasil Ltda incorpora a Colgate Palmolive Ltda, passando a incorporadora a dar continuidade ao pagamento das despesas financeiras e variações cambiais oriundas do saldo do empréstimo anteriormente firmado entre a Kolynos do Brasil e a Kolynos Corp EUA.

Considerando que a obrigação de US\$ 760 milhões existente no passivo da K & S Aquisições Ltda, quando a Albala S/A quitou o empréstimo à empresa brasileira, já então denominada Kolynos do Brasil Ltda e pertencente integralmente à Kolynos Corp EUA, zerou sua conta de realizável, creditando-a pela importância de US\$ 760 milhões em contrapartida a débito de contas de Ativo Permanente. Todavia é evidentemente que são muitos os benefícios desse artifício contábil, uma vez que o empréstimo transformado em investimento de capital, quando da integralização do capital social, geraria lucros que seriam tributados no Brasil antes de remetidos para o exterior. Porém o aporte de capital permanecendo como empréstimo, ao contrário, é transformado em despesa financeira, que somadas às constantes desvalorizações do Real perante o Dólar Norte Americano geram variações cambiais passivas, que reduzem o lucro líquido do exercício fazendo com que a fiscalizada tenha consecutivos prejuízos fiscais.

Não obstante, o Código Civil estabelece para o contrato de empréstimo duas modalidades distintas denominadas comodato e mútuo: o

comodato é o empréstimo gratuito de coisas fungíveis, perfaz-se com a tradição do objeto, ou seja, alguém empresta a outrem coisa fungível, para ser usada temporariamente e depois restituída.

Por sua vez, contrato de mútuo é contrato real, porque é aquele pelo qual um dos contratantes transfere a propriedade de bem fungível a outrem, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Tem como requisito subjetivo a capacidade dos contratantes, não só a comum mas também a especial, o mutuante deverá ter aptidão para dispor da coisa emprestada, por ser condição especial do mútuo a transmissão da coisa de seu patrimônio para o do mutuário (art. 1257 do Código Civil – “este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição”) é requisito objetivo, pelo qual o mútuo é entendido como empréstimo de consumo, requer que o objeto emprestado seja fungível, ou que sobre coisa que pelo uso se torne fungível, por isso em regra consumível, possibilita a transferência de patrimônio de sua propriedade ao mutuário com a simples tradição, em se tratando de dinheiro o mútuo consiste na exigência da entrega da quantia mutuada, enquanto o valor emprestado não for creditado na conta do mutuado, ainda que o contrato seja pactuado entre as partes, não está presente o requisito caracterizador ao contrato de mútuo, mas sim como uma simples promessa de celebrar um contrato.

É entendimento tranqüilo da doutrina, que esteja presente como elemento imprescindível para caracterização do mútuo, à entrega da coisa mutuada ao mutuário, para tanto podemos citar entre outros doutrinadores a consagrada autora Maria Helena Diniz em seu livro Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º ed. Saraiva, vol. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais “tem o mutuante certos deveres que não constituem efeitos da obrigação contratual assumida, mas elementos **imprescindíveis** para a formação do contrato. Trata-se da obrigação de:

- a) **entregar a coisa objeto do mútuo** ;
- b) abster-se de interferir no uso (ou seja, consumo) da coisa durante toda a vigência do contrato, não exigindo a sua restituição antes do término do prazo convencionado, exceto se houver algum motivo que autorize a rescisão contratual”.

Em razão da não dedutibilidade do valor das despesas com juros objeto de análise do preço de transferência, não há que se apurar diferenças referente ao limite estabelecido no art. 25 (sic) da Lei 9.430/96. Entretanto, considerando que as despesas operacionais dedutíveis na apuração do lucro real, são aquelas cuja previsão legal enquadram-se na observância dos gastos efetuados serem estritamente necessários à atividade da pessoa jurídica, sendo, portanto, usuais, normais e compatíveis com o tipo de transação, operação, ou da atividade produtora e geradora de receita considerando o critério estabelecido pela legislação tributária em vigor, determinante para admissibilidade das despesas tributárias em face da determinação legal contida no art. 242, e seus parágrafos, do RIR/94, aprovado pelo Decreto 1041/94.”

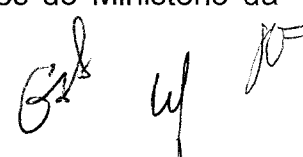
Concluiu a fiscalização que a interessada, nos anos-calendário de 1996, 1997 e 1998, infringiu o disposto no art. 242 do RIR/94, resultando em matéria tributável a título de “custos, despesas operacionais e encargos não necessários”:

A empresa apresentou impugnação tempestiva, na qual inicia por narrar os fatos que antecederam o surgimento da Kolynos do Brasil. Esclarece que, em fins de 1994, a American Home Products, com sede nos Estados Unidos da América do Norte, colocou à venda sua divisão de higiene bucal compreendendo Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia e Equador, montando, para tanto, leilão privado para o qual concorreram grandes companhias. O lance ganhador foi o da Colgate-Palmolive Company, de US\$ 1,04 bilhões, US\$ 760 milhões dos quais correspondentes ao segmento brasileiro, detido pela Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda, subsidiária da American Home.

Diz que, no tocante ao Brasil, a estruturação do negócio tal como ocorreu deveu-se parte por imposição da American Home e parte pela necessidade de a aquisição ser aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, não havendo nenhum mistério na sua motivação.

Expõe que a Colgate-Palmolive Company criou a KAC Corporation para controlar a K & S Aquisições Ltda, mantendo, assim, o segmento brasileiro e respectivo controle à parte de suas operações nos Estados Unidos, por questão de conveniência e flexibilidade em face de eventuais futuras transações ou reorganizações. Aduz que a compra da Kolynos do Brasil deu-se mediante a criação da K & S Aquisições Ltda, e não diretamente pela Colgate-Palmolive Ltda, que aqui já operava há mais de 70 anos, porque, se assim não fosse, a operação concentraria nas mãos da Colgate cerca de 80% do mercado de produtos de higiene bucal, e poderia ser bloqueada pelo CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

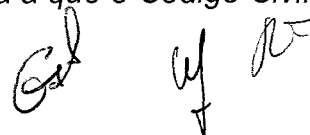
Acrescenta que o negócio foi efetivado no exterior porque a American Home, ciente de que a legislação do imposto de renda em vigor não tributava os ganhos de capital auferidos na alienação de investimento em sociedade estrangeira, houve por bem vender o seu investimento no exterior e assim obter lícita economia fiscal, como de fato obteve, tanto que, autuado pela Receita Federal, por não pagamento do imposto de renda sobre o lucro auferido na operação, o Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda foi exonerado da exigência por decisão unânime da 1ª Turma do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.



Alega que três foram as razões da remessa direta, sem trânsito pelo Brasil, do dinheiro utilizado na compra da do Brasil S/A: (i) a natureza global da operação; (ii) a rapidez exigida para a conclusão do negócio vis-à-vis o porte e o grande interesse dos concorrentes na aquisição; e (iii) o fato de que o trânsito do dinheiro pelo Brasil encareceria a operação desnecessariamente, mercê da diferença entre as taxas de câmbio (venda e compra) da moeda norte-americana e da comissão de corretagem, entre outras.

Em seguida, diz que a fiscalização se contradiz. Inicialmente, alega que o empréstimo de US\$ 760 milhões, com o qual a defendente adquiriu a do Brasil S/A, e que teria a natureza de mútuo, não existiu. Todavia, informa que, em 10/01/95, a empresa brasileira K&S contraiu empréstimo de US\$ 760 milhões e disponibilizou esse montante diretamente para a empresa Albala S/A (sede em Montevidéu). Ao mesmo tempo, às fls. 1054, afirma que o suposto empréstimo não transitou pela contabilidade da fiscalizada, embora registrada a obrigação no passivo desta, e que a Albala S/A foi a verdadeira mutuária do empréstimo, o qual quitou mediante a transferência da totalidade das ações da Kolynos S/A para a empresa K & S Aquisições Ltda. Destaca que a fiscalização conclui pela indedutibilidade, em 1996, 1997 e 1998, dos juros pagos por conta do empréstimo e da variação cambial correspondente, pois, uma vez que o empréstimo não existiu, já que a quantia correspondente não foi “entregue” à mutuária (o que no mútuo seria de rigor), os juros pagos e a variação cambial contabilizada não teriam causa legítima e, portanto, não se enquadrariam na categoria de despesas operacionais definida no art. 242 do RIR/94.

*Pondera que “se o auditor afirma que a defendente contraiu um empréstimo e disponibilizou o montante emprestado a terceiro, não faz sentido referir-se ao empréstimo, linhas após, como “suposto”. Também não faz sentido algum afirmar que o empréstimo não transitou pela contabilidade da fiscalizada para dizer em seguida que a obrigação foi contabilizada em seu passivo. Se a Albala S/A quitou o empréstimo de US\$ 760 milhões com a transferência das ações da Kolynos do Brasil S/A para a K & S Aquisições Ltda é porque lhe devia US\$ 760 milhões. Uma pessoa tornar-se credora de sua própria dívida é possível na situação de confusão prevista no art. 1049 do Código Civil, mas que não ocorreu no caso dos autos. Por fim, não há como conceber que uma pessoa jurídica a que o Código Civil*



*Brasileiro (art.20) atribui existência legal e patrimônio próprios, distintos da existência e do patrimônio dos seus membros, possa usar um empréstimo tomado a um deles para comprar a si própria. “*

Suscita preliminar de inconsistência no demonstrativo das despesas tidas como indevidamente deduzidas, fazendo referência a que a fiscalização consolidou valores registrados na contabilidade das sociedades Kolynos do Brasil Ltda e Colgate-Palmolive Ltda com relação ao ano-calendário de 1996, uma vez que a incorporação desta última pela Kolynos do Brasil Ltda deu-se em janeiro de 1997.

Além disso, menciona que a apuração da contingência pelo auditor atuante não contemplou a compensação dos valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido acumulados até 31 de dezembro de 1995.

Identificou, ainda, divergências relacionadas a valores de variação cambial e juros. Diz que o auditor fiscal não considerou, em seus cálculos, os valores credores de variação cambial e juros, que na sua essência referiam-se a reversões de lançamentos a maior de despesas.

Por outro lado, diz que, caso prevaleçam os argumentos do fiscal atuante, deve ser deduzida a CSLL da base de cálculo do IRPJ.

Como segunda preliminar, diz que o auto de infração não pode subsistir em relação à CSLL, pois o MPF 0817300 2000 001137, de 15/09/2000, referia-se exclusivamente ao IRPJ.

Como terceira preliminar, diz que o empréstimo cuja existência foi negada pelo auditor fiscal foi formalizado por contrato de 10/01/1995, e que na data em que os autos de infração foram cientificados à defendente (17/09/2001), o ano de 1995 já havia sido inapelavelmente atingido pela decadência, impedindo o Fisco de rever atos, fatos ou contratos então ocorridos e celebrados. Invoca jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Quanto ao mérito, alega que o principal argumento do auditor fiscal é de que o empréstimo de US\$ 760 milhões com o qual a defendente comprou a Kolynos do Brasil S/A caracterizaria negócio de mútuo, porém o acordo pelo qual aquela quantia foi disponibilizada à defendente não tem a natureza de mútuo. Diz que o contrato é regido e interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova

York, que não reconhecem o mútuo com as mesmas e exatas características que a lei brasileira o reconhece. Pondera que o fato de o tradutor público utilizar a acepção de mutuante e mutuário para designar as partes do contrato não significa que sua natureza é, necessariamente, de mútuo. Aduz que, analisado à luz do Direito brasileiro, o acordo em questão tanto pode se enquadrar no figurino do mútuo, como pretende a fiscalização, quanto do contrato de financiamento, ou ainda do contrato de abertura de crédito, que também são formas legítimas pelas quais o dinheiro pode passar das mãos de quem o detenha para o poder de quem dele precise. Diz ser a abertura de crédito é a figura com a qual o acordo mais se identifica. Chama atenção para o fato de que, quando da respectiva assinatura, a KAC Corporation já havia estendido uma linha de crédito à K&S Aquisições Ltda, de US\$ 760 milhões, o que revela que o acordo serviu, não propriamente para ajustar o empréstimo, que já estava ajustado, mas para disciplinar questões acessórias, como a forma de saque, estipulação de juros, moeda, local e prazo de pagamento, lei de regência etc.

Acrescenta que a investigação sobre a exata natureza jurídica do acordo é desinfluyente à correta solução do presente litígio, sobretudo quando não se pode negar, que K&S Aquisições Ltda adquiriu a Kolynos do Brasil S/A com recursos de terceiros postos à sua disposição. Pondera que são muitas as formas legítimas pelas quais uma empresa pode contrair uma dívida, e se a dívida contraída prestou-se aos interesses da empresa, convergindo diretamente à manutenção e ao desenvolvimento de suas atividades, os encargos dela resultantes são operacionais e, portanto, dedutíveis na determinação do lucro real, independentemente de qual tenha sido a forma de contratação.

Sustenta que ainda que se tratasse de mútuo, nesse, assim como no financiamento, na abertura de crédito ou na assunção da dívida (" figura não codificada no Brasil, mas de legitimidade indisputada"... ) , a entrega física do dinheiro ao mutuário não é elemento essencial à caracterização do contrato. E que o fato de nenhuma moeda ingressar no caixa do mutuário ou ser creditada em sua conta corrente bancária positivamente não é argumento para se sustentar que não tenha ficado caracterizada a ocorrência do empréstimo. Essa ocorrência também se caracteriza pela entrega simbólica, que transfere ao tomador do empréstimo, tanto quanto a entrega física, o domínio sobre o dinheiro emprestado.

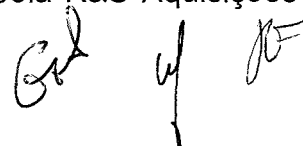
Na seqüência, passa a abordar a questão do empréstimo versus capitalização, expondo que empréstimo de dinheiro de empresa não-residente a empresa domiciliada no País, além de negócio jurídico cuja licitude está acima de dúvida razoável, é de realização extremamente comum entre empresas vinculadas. Assim, não procede o entendimento do auditor fiscal no sentido de que a quantia mediante a qual K&S Aquisições adquiriu a do Brasil S/A não deveria ter vindo como empréstimo, mas como capital.

Alega o princípio da legalidade, o princípio da autonomia da vontade em matéria contratual que se caracteriza pela liberdade de contratar das empresas, segundo os seus melhores interesses desde que não contrariem a lei, a ordem pública e os bons costumes. Diz que a lei do imposto de renda permite a realização de empréstimos entre pessoas vinculadas, coibindo apenas estipulação de juros acima de certo percentual (Lei nº 9.430/96, art. 22). Quanto aos juros pagos por conta do empréstimo, destaca que a fiscalização não encontrou qualquer violação à Lei 9430/96, na parte que disciplina os preços de transferência.

Diz, ainda, não haver como responder seriamente às afirmações no sentido de que a Kolynos Corp – EUA, teria se tornado credora de sua própria dívida por ser a controladora da K&S Aquisições, ou ainda que esta última tenha utilizado os US\$ 760 milhões na compra de si própria. Entende que o auditor fiscal advoga uma inaceitável forma de desconsideração parcial da personalidade jurídica de K&S Aquisições, posto que lhe nega capacidade para contrair o empréstimo utilizado na compra da Kolynos S/A, mas não para figurar como controladora dessa empresa, ou no pólo passivo do auto de infração ora impugnado.

Aduz que desconsideração da personalidade jurídica não é coisa que se possa fazer arbitrariamente, sem sérias e fundadas razões que justifiquem sua aplicação, e que essa doutrina, tal como consentida pelos Tribunais brasileiros e acolhida no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art.28), ou ainda no projeto de Código Civil, cuida de prevenir os abusos perpetrados à sombra da personalidade jurídica, caracterizados pelo desvio de finalidade. Cuida, enfim, de coibir a fraude, os ilícitos, os desmandos praticados em prejuízo de terceiros, o que absolutamente não se vê no caso dos autos.

Em conclusão, diz não haver como negar que a Kolynos do Brasil S.A. existiu e que seu enorme patrimônio foi lícitamente adquirido pela K&S Aquisições



com dinheiro posto à sua disposição por sua sócia principal. Por via de consequência, e por consubstanciarem despesas necessárias à sua atividade, os juros pagos por conta dessa disponibilização e a variação cambial correspondente são operacionais. Afirmar o contrário é fingir que a compra não ocorreu, que a defendente não assumiu o compromisso com o CADE mercê da aquisição.

Insurgiu-se contra os juros de mora calculados à taxa SELIC e pediu a extensão da decisão de mérito do IRPJ à CSLL.

O processo foi enviado em diligência, pelo órgão julgador, à fiscalização, tendo retornado com a informação fiscal de fls 1529 a 1563, sobre a qual a empresa se manifestou, no prazo que lhe foi concedido, insurgindo-se contra a informação fiscal, conforme peça de fls. 1547 a 1562, e acostando os documentos de fls. 1563 a 1650.

A 10ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, julgou procedentes em parte os autos de infração, conforme Acórdão 3.340, de 20 de maio de 2003, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

Ementa: DECADÊNCIA DE ANALISAR CONTRATO. O prazo decadencial conta-se da entrega da declaração de rendimentos na qual foram efetivamente apropriados os encargos relativos a empréstimo questionado pela fiscalização.

EMPRÉSTIMO DO EXTERIOR. FALTA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS. Não havendo a entrega do livre domínio sobre o bem objeto do contrato, não há que se falar em empréstimo, nos termos do Código Civil Brasileiro.

LUCRO REAL. DESPESAS FINANCEIRAS E VARIAÇÃO CAMBIAL. INDEDUTIBILIDADE. Descaracterizado o empréstimo do exterior pela ausência de requisitos imprescindíveis, além de desnecessário à empresa pelo imediato repasse a terceiros, mantém-se a exigência quanto à glosa das despesas com juros e variação cambial, exonerando-se os valores comprovados como indevidos.

TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. INDEDUTIBILIDADE. A impugnação tempestiva suspende a exigibilidade da contribuição social lançada de ofício, tornando-a, nos termos da lei, indedutível na apuração do lucro real.

SUJEITO PASSIVO. CONTRIBUINTE E RESPONSÁVEL. SUCESSORA E SUCEDIDA. SEGREGAÇÃO DE VALORES. A sucessora por incorporação responde pelos valores apurados de ofício em relação a fatos ocorridos na sucedida, devendo a matéria ser calculada de forma segregada em cada uma das pessoas jurídicas – sucedida e sucessora, cabendo a esta a compensação dos prejuízos fiscais próprios.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS COM MATERIA APURADA DE OFÍCIO. Cabível a compensação de prejuízo fiscal de período anterior com a

matéria apurada de ofício, ainda que não pleiteada na declaração de rendimentos em face da inexistência de lucro real apurado pelo contribuinte.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE DA CSLL.DESCABIMENTO. Apurada matéria de ofício em ação fiscal do IRPJ, obrigatória é a formalização, no mesmo processo, de exigência da CSLL que dependa dos mesmos elementos de prova, não havendo que se falar em nulidade.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Aplica-se à tributação reflexa o decidido no IRPJ pela íntima relação de causa e efeito.

JUROS DE MORA. INCONSTITUCIONALIDADE. A constitucionalidade dos juros de mora calculados pela SELIC, uma vez aplicados nos termos de legislação própria, é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente em Parte

Na forma da lei, foi formulado recurso de ofício.

A empresa deu entrada no recurso voluntário em 18 de setembro de 2003, conforme carimbo apostado à fl. 1756. Foram oferecidos bens e direitos para arrolamento.

Na peça recursal, a recorrente faz uma observação a respeito dos juros Selic calculados até 30/09/2003, os quais, segundo afirma, não registram exclusivamente juros, estando indevidamente inflados com o valor da “taxa” prevista no Decreto-lei 1.025/69, absolutamente estranha ao lançamento impugnado.

Na seqüência, refuta os fundamentos da decisão recorrida para não acatar, quanto à primeira preliminar, a dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ, bem como para não acolher a preliminar relativa à nulidade da exigência da CSLL por ausência de MPF específico para esse tributo. Renova, ainda, a preliminar de decadência.

No mérito, afirma que a impugnação demonstrou que analisar o contrato sob o figurino do mútuo não era influente à boa solução do litígio, face à existência de várias outras formas contratuais suscetíveis de, sem entrega física, operar a transferência de recursos de quem os detenha para quem deles precise, entre elas o contrato de abertura de crédito, espécie mais identificada com o *Agreement* em causa. Demonstrou, ainda, que mesmo que de mútuo se tratasse, a entrega física da coisa não é essencial à sua caracterização.

Diz que a Turma de Julgamento alterou o fundamento da exigência. Antes, o contrato não existia porque o dinheiro emprestado não foi materialmente

entregue à Recorrente. Agora, o empréstimo existiu, porém sem a entrega do domínio do dinheiro emprestado, e sem necessidade de sua contratação.

Acrescenta que a decisão recorrida, a par de reconhecer a existência do empréstimo, pelo seu registro contábil/escritural, confirma a tendência de se desconsiderar a personalidade jurídica dos contratantes e bem assim seus atos e contratos. Reedita as considerações feitas a esse respeito na impugnação.

Diz que a realização de empréstimos de empresas não residentes às suas coligadas ou controladas no País, além de constituir prática extremamente comum, traduz negócios jurídicos cuja licitude está acima de qualquer dúvida.

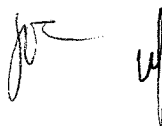
Acrescenta que a Turma Julgadora considerou o empréstimo desnecessário, porque foi repassado, e argumenta que só pode repassar dinheiro quem dele tenha sido possuidor de fato ou de direito.

Chama atenção para o fato de não se tratar de simples empréstimo repassado a terceiros, mas de operação complexa, conseqüente à sua natureza global, à celeridade exigida para sua conclusão e sobretudo, ao porte e interesse de empresas concorrentes na aquisição do negócio Kolynos.

Diz que a atitude da fiscalização, em parte confirmada pela decisão, constitui extemporânea e distorcida aplicação do art. 116 do CTN. Extemporânea, porque os fatos são anteriores à alteração do CTN, e distorcida, porque o regime não é auto-aplicável.

Requer, afinal, o provimento do recurso para exonerá-la definitivamente da exigência fiscal mantida.

É o relatório.



## VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

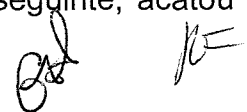
### RECURSO DE OFÍCIO

O valor do crédito exonerado supera o limite estabelecido pela Portaria MF 333/97, razão pela qual, nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pelo art. 67 da Lei 9.532/97, deve a decisão ser submetida à revisão necessária. Conheço do recurso.

A parcela excluída da exigência decorreu de erros e inconsistências contidos na apuração da matéria tributável, representados por: (a) equivocada consolidação dos valores registrados na contabilidade das sociedades Kolynos do Brasil Ltda e Colgate-Palmolive Ltda com relação ao ano-calendário de 1996, uma vez que a incorporação desta última pela Kolynos do Brasil Ltda deu-se em janeiro de 1997; (b) não contemplação da compensação dos valores de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido acumulados até 31 de dezembro de 1995; (c) divergências relacionadas a valores de variação cambial e juros.

Essas inconsistências foram cuidadosamente analisadas pela Relatora do voto condutor do Acórdão recorrido.

Sobre a consolidação dos valores registrados na contabilidade das sociedades Kolynos do Brasil Ltda e Colgate-Palmolive Ltda, considerou a Relatora que, embora correta a formalização da autuação em nome da Kolynos do Brasil Ltda, na qualidade de responsável por sucessão (art.121 e art.132, do CTN), procede a alegação da requerente de que o cálculo do tributo deve ser apurado individualmente. Em havendo prejuízos a compensar originados na Kolynos do Brasil (sucessora), como alegado na impugnação, torna-se imperiosa a segregação de valores nos termos dos arts. 502 e 509 do RIR/94. Considerou ainda que, conquanto não compensáveis, a qualquer tempo, o prejuízo e o lucro real das sucessoras e sucedidas, reciprocamente, nada obsta que a empresa sucessora, continue a gozar do direito de compensar seus próprios prejuízos, anteriores à data da absorção, com fundamento no artigo 502 do RIR/94 . Por conseguinte, acatou



como procedente a alegação da interessada, refazendo os cálculos de forma segregada.

Sobre a compensação dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL acumulados até 1955, esclareceu a Relatora que a análise foi feita com base nas peças constantes do processo e também dos valores constantes dos sistemas de controle da SRF. Uma vez comprovada a apuração de prejuízo fiscal em 1995 e não compensado pelo interessado nos períodos autuados, em suas declarações de rendimentos dos exercícios de 1997, 1998 e 1999, em função da inexistência de lucro real, considerou procedente a alegação da defesa com base no art. 502 e seu parágrafo, do RIR/94, ressaltando que foi observado o limite de 30% em função da Lei nº 8.981/95, limite legal não questionado pela empresa.

Sobre as divergências de valores apontadas, informa a ilustre Relatora que foi solicitada manifestação da fiscalização, que, sustentando-se na peça de fls. 257, que chamou de *Razão Analítico*, considerou procedente apenas o equívoco quanto ao valor de R\$ 1.882.976,98, pois o correto seria R\$1.822.976,98, rejeitando os demais.

Invocando o artigo 29 do Decreto 70.235/72, que dispõe sobre a livre formação da convicção na apreciação das provas, a Relatora analisou os valores apontados como indevidos pela impugnante a partir desse *Razão Analítico* e com base na documentação constante dos autos, fez minuciosa demonstração de sua análise e acatou as divergências de valores apontadas.

Considerando, assim, que a redução da matéria tributável está em consonância com a legislação aplicável e com a jurisprudência deste Conselho, tendo, ainda, decorrido de cuidadosa e correta apreciação das provas acostadas, nego provimento ao recurso de ofício.

## **RECURSO VOLUNTÁRIO**

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos legais. Dele conheço.

A observação a respeito da "taxa" prevista no Decreto-lei 1.025/69 é matéria estranha litígio.



A Recorrente renova as preliminares de nulidade do lançamento da CSLL, por falta de MPF específico, e de decadência, e trata como questão preliminar a dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ. Passo a apreciá-las.

Quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), trata-se de instrumento criado pela Portaria SRF nº 1.265/99, e atualmente regulado na Portaria SRF nº 3.007/01, e que deve ser emitido sempre que for necessária a instauração de procedimento fiscal de fiscalização (MPF-F) e a efetivação de diligência (MPF-D). Há, ainda, previsão de emissão de Mandado de Procedimento Fiscal Especial (MPF-E), a ser expedido nos casos em que o procedimento fiscal tenha se iniciado antes da emissão de MPF em razão da necessidade de preservação dos interesses da Fazenda Nacional, Mandado de Procedimento Fiscal Extensivo (MPF-Ex), para realizar diligência para coletar informações e documentos destinados a subsidiar procedimento de fiscalização relativo a outro sujeito passivo, e Mandado de Procedimento Fiscal Complementar (MPF-C), que deve ser utilizado para proceder às alterações no MPF, decorrentes de substituição, inclusão ou exclusão de AFRF responsável pela sua execução, ou pela supervisão, bem assim as relativas a tributos ou contribuições a serem examinados e período de apuração, ou, ainda, para constituição de crédito tributário relativo a período diverso do fixado, e deve ser emitido pela autoridade outorgante do MPF originário.

O art. 9º da Portaria SRF nº 3.007/2001 estabelece que, na hipótese em que infrações apuradas em relação a um tributo ou contribuição contido no MPF-F ou no MPF-E também configurarem, com base nos mesmos elementos de prova, infrações a normas de outros tributos ou contribuições, estes serão considerados incluídos no procedimento de fiscalização, independentemente de expressa menção. Disposição idêntica constava do art. 9º da Portaria SRF 1.180/99.

Portanto, uma vez que as irregularidades de que é acusada a empresa constituem, ao mesmo tempo, infrações à legislação da CSLL e à legislação do IRPJ, e os elementos de prova são os mesmos, independentemente de estar a CSLL expressamente mencionada no MPF relativo ao IRPJ, considera-se-a incluída no procedimento de fiscalização, não tendo procedência a preliminar suscitada.

A dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ foi rejeitada pela decisão de primeira instância ao fundamento de que, com a impugnação interposta,

sua exigibilidade restou suspensa, fato que a torna indedutível do lucro real, nos termos da Lei 8.981/95, art. 41, § 1º.

Com a devida vênia, equivoca-se o julgador. A atividade de lançamento é vinculada, devendo a autoridade lançadora observar rigorosamente, na formalização do crédito, a lei vigente na data da ocorrência do fato gerador. No caso, a lei previa a dedutibilidade da CSLL da base de cálculo do IRPJ. A regra do § 1º do artigo 41 da Lei 8.981/95 determina a indedutibilidade, na determinação do lucro real, dos tributos e contribuições cuja exigibilidade esteja suspensa. E ao ser formalizada a exigência do IRPJ, a exigibilidade da CSLL não se encontrava suspensa por impugnação.

A preliminar de decadência foi suscitada ao argumento de que o empréstimo cuja existência foi negada pelo auditor fiscal foi formalizado por contrato de 10/01/1995, e que, conforme acórdão deste Conselho, que colaciona por sua ementa, em 17/09/2001, na data da ciência do auto de infração, estava o Fisco impedido de rever atos, fatos ou contratos ocorridos quando já decorridos mais de cinco anos.

Como com muita propriedade registrou a decisão recorrida, cada caso submetido ao Conselho de Contribuintes tem suas características próprias e a ementa de um acórdão é uma síntese do julgado. O acórdão 101-92.362, de 15/10/98, invocado pela Recorrente, tem a seguinte ementa:

*DECADÊNCIA – Uma vez expirado o prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN, a fiscalização não está autorizada a promover revisão dos fatos ocorridos e registrados, pois que alcançados pelo instituto da decadência. Não prevalece a exigência em relação aos valores submetidos à tributação como consequência da inobservância da regra que tornara imutáveis fatos espelhados nos registros contábeis mantidos.*

Naquele caso, cuidava-se de lançamento formalizado em fevereiro de 1997, com acusação de omissão de receita operacional caracterizada pela não comprovação da origem e efetividade da entrega de numerário utilizado em aumento de capital. A fiscalização intimou a fiscalizada a comprovar o saldo credor registrado em sua contabilidade em 31/12/90, na conta Remessas Recebidas do Exterior/Empréstimos XXX Ltda., e que foram mais tarde utilizados para aumento de

capital. A fiscalizada apresentou planilha demonstrando os lançamentos de 1989 e 1990, cópias de *slips* contábeis, comprovantes de depósitos, e de contratos externos. A fiscalização considerou os documentos formalmente não hábeis e entendeu não comprovadas a origem e exigibilidade dos recursos, não reconhecendo o aumento de capital e seus efeitos posteriores. Assim, entendeu inexistente o aumento de capital e glosou as correspondentes despesas de correção monetária do Capital .

Como se vê, naquele caso a Fiscalização, para glosar despesas de correção monetária do capital, alterou fatos (aumento de capital) registrados na contabilidade em período atingido pela decadência.

No presente caso, a essência da acusação é de que a fiscalizada assumiu os ônus de empréstimo concedido a terceiro. A fiscalização não afirma que o empréstimo não existiu, mas sim que o favorecido com ele foi outra empresa, e não a Kolynos do Brasil Ltda.<sup>1</sup>. Em razão disso, considerou a fiscalização que as despesas decorrentes do empréstimo, assumidas pela Kolynos do Brasil Ltda, não seriam dedutíveis e glosou-as em relação aos períodos que entendeu não alcançados pela decadência.

Portanto, o julgado trazido à colação não se aplica ao presente caso.

A Turma julgadora expressou o entendimento de que o termo inicial para contagem do prazo de decadência, no caso, é a data da entrega da declaração de rendimentos. Quanto a esse aspecto, discordo da Turma Julgadora. Conforme jurisprudência pacificada neste Conselho, em se tratando de lançamento por homologação, o termo inicial para a contagem da decadência é a data de ocorrência do fato gerador. Em relação ao fato gerador ocorrido em 31/12/1996, o termo final para contagem do prazo de decadência seria 31/12/2001. Uma vez que o lançamento se aperfeiçoou em 17/09/2001, não está ele fulminado pela decadência.

Rejeito a preliminar.

Passo ao mérito.

---

<sup>1</sup> Diz o Termo de Verificação: “..em virtude da sistemática contábil adotada, o **dinheiro advindo do referido empréstimo** não transitou pela contabilidade da empresa fiscalizada, entretanto a obrigação foi contabilizada no passivo na subsidiária brasileira, já que a **Albala S/A foi a verdadeira mutuária** do empréstimo, o qual quitou mediante a transferência da totalidade das ações da Kolynos S/A para a empresa K& S Aquisições Ltda.” (negritos acrescentados)

De acordo com os elementos contidos nos autos, os fatos que originaram a exigência em litígio se deram da seguinte forma:

Em fins de 1994 a American Home Products coloca à venda sua divisão de produtos de higiene bucal mediante leilão privado, tendo sido vencedor Colgate Palmolive Company. A parte do preço correspondente ao setor brasileiro foi 760 milhões de dólares.

Em 30 de dezembro de 1994 foi criada no Brasil a K&S Aquisições Ltda, com capital de R\$100,00 detido por duas pessoas físicas, uma brasileira e uma Argentina. Paralelamente, foi criada nos Estados Unidos a KAC Corporation. Segundo consta da impugnação, a KAC Corporation foi criada pela Colgate Palmolive Company e criou no Brasil a K&S Aquisições, que por sua vez criou no Uruguai a Albala S/A.

No dia 09 de janeiro os sócios da K&S cederam sua participação no capital para duas empresas americanas, sendo 99% para a KAC Corporation.

No dia 09 de janeiro de 1995 foi constituída no Brasil a Kolynos do Brasil S/A, com capital integralizado de R\$.1.000,00, sendo 99% pertencentes a Laboratórios Wyeth Whitehall, empresa situada no Brasil e subsidiária da americana American Home Products.

No dia seguinte (10 de janeiro) foi aumentado o capital da Kolynos do Brasil S/A em R\$95.622.213,00, totalmente integralizado por Laboratórios Wyeth Whitehall, mediante conferência, pelo seu valor contábil, de todo seu acervo existente em sua filial situada na Via Anchieta, 14, utilizado na produção e comercialização de produtos de higiene bucal. No mesmo dia 10 de janeiro os outros acionistas da Kolynos do Brasil S/A transferem suas ações para Laboratórios Wyeth Whitehall, que se tornou o único proprietário da Kolynos do Brasil S/A.

Ainda no mesmo dia 10 de janeiro, Laboratórios Wyeth Whitehall, detentora da totalidade das ações da Kolynos do Brasil S/A, conferiu-as à empresa Yonkers S/A<sup>2</sup>, com sede no Uruguai, em integralização de capital. Assim, a totalidade das ações da Kolynos do Brasil S/A pertencia à empresa Uruguia

---

<sup>2</sup> Conforme doc. 24 (fl. 1436), a Laboratórios era a única acionista da Yonkers. A cópia de documentos à fl. 1424 permite ver que, embora a Yonkers estivesse registrada desde 17/11/89, com capital autorizado de US\$ 50.000,00, os títulos representativos de seu capital só foram emitidos em 10 de janeiro de 1995. Nesse mesmo dia 10 seu capital foi aumentado, sendo o aumento subscrito pela Laboratórios e integralizado mediante conferência das ações da Kolynos, e emitido Certificado Provisório por US\$101.010.355,03.

Yonkers.<sup>3</sup> Nesse dia não foram emitidas as ações correspondentes ao aumento de capital, mas sim um certificado provisório correspondente ao referido aumento.

No mesmo dia 10 de janeiro a K&S contraiu um empréstimo no valor de US\$760 milhões junto à KAC Corporation. Esse empréstimo foi disponibilizado diretamente para a Albala S/A, no Uruguai.

Ainda em 10 de janeiro os novos sócios da K&S (Kac Corporation e Global Trading) deliberaram aumentar o capital de K&S para R\$ 226.800.001,00 dos quais R\$ 226.800.000,00 foram integralizados por KAC Corporation mediante conversão de parcela do empréstimo de US\$ 760,000,000.00 (US\$ 263,720.930.23) restando uma dívida de US\$ 496,279,069.77.

No mesmo dia 10 de janeiro a Laboratórios alienou à Albala as ações da Yonkers por US\$760 milhões (doc 19, fl.1427).

Assim, em 10 de janeiro a K&S era devedora da KAC em US\$ 496,279,069.77 e credora da Albala em 760 milhões.

Seis dias depois (em 16 de janeiro) a Albala, único acionista da Yonkers, reduziu o capital da Yonkers no mesmo valor correspondente ao aumento que integralizara mediante conferência das ações da Kolynos do Brasil S/A, e é trocado o certificado provisório pelas ações da Kolynos do Brasil S/A. Por conseguinte, as ações da Kolynos do Brasil S/A passaram a pertencer diretamente à Albala. (fls. 1438).

Passados 9 dias (em 25 de janeiro) a Albala delibera extinguir o débito junto à K&S mediante dação das ações da Kolynos do Brasil S/A pelos US\$ 760 milhões (ágio equivalente a US\$ 648,811,485,00 ).

Em 20 de fevereiro foram alteradas as denominações da K&S, que passou a se chamar Kolynos do Brasil Ltda., e da KAC (americana), que passou a denominar-se Kolynos Corporation.

Em fevereiro de 1995 o capital da Kolynos do Brasil Ltda (antiga K&S) era de R\$ 226.800.001,00, dos quais R\$ 226.800.000,00 pertenciam à Kolynos Corporation (antiga KAC), e R\$ 1,00 pertencia Global Trading

Em abril a Kolynos do Brasil S.A. foi incorporada pela Kolynos do Brasil Ltda (antiga K&S).

<sup>3</sup> Assim, em 10 de janeiro de 1995 American Home era controladora da Kolynos do Brasil, através de sua controlada Laboratórios Wyeth Whitehall, que era controladora da Yonkers, que era proprietário da totalidade das ações da Kolynos .

Em setembro de 1996 o capital da Kolynos do Brasil Ltda foi aumentado de R\$ 226.800.001,00 para R\$ 277.743.698 mediante aproveitamento da reserva de correção monetária, e imediatamente reduzido para 208.118.409,00 para absorção de prejuízos. Essa mesma assembléia deliberou aumento de capital para R\$ 716.605.943, integralmente subscrito por Colgate-Palmolive Ltda. e integralizado mediante utilização do crédito que Colgate-Palmolive Ltda passou a deter por força do instrumento de cessão de crédito celebrado em apartado. Ou seja, a Colgate Palmolive do Brasil assumiu a dívida da Kolynos do Brasil Ltda (antiga K&S) junto à Kolynos Corp. (antiga KAC) em valor equivalente a US 496,279,069.77, em troca da participação no seu capital.

Em janeiro de 1997 a Kolynos do Brasil Ltda incorpora Colgate do Brasil e dá continuidade ao pagamento dos encargos incidentes sobre o saldo do empréstimo US\$ 496,279,069.77.

Em resumo, a Kolynos Corp. (antiga KAC) cedeu seu crédito de US\$ 496,279,069.77 junto à Kolynos do Brasil Ltda. (antiga K&S) para a Colgate Palmolive, que com ele integralizou capital da Kolynos do Brasil. A Colgate Palmolive tornou-se sócia Kolynos do Brasil e devedora da Kolynos Corp. Três meses depois, a Kolynos do Brasil incorpora a Colgate Palmolive e retorna à condição de devedora da Kolynos Corp. em relação ao mesmo valor.

Como se vê, houve toda uma estruturação de negócios no sentido de reduzir a carga tributária.

Não se discute que o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade, inclusive sendo lícito e até desejável fazê-lo de forma a obter maior economia de tributos possível. Há, todavia, uma diferença entre atuações que objetivam os negócios empresariais e atuações que objetivam exclusivamente reduzir artificialmente a carga tributária.

Em recente conferência proferida no Congresso Internacional de Direito Tributário do Rio de Janeiro, sobre o tema "*A constitucionalidade dos controles sobre a elusão fiscal*"<sup>4</sup>, o eminente Professor Diogo Leite de Campos, titular da Universidade de Coimbra, Portugal, defendendo a liberdade de atuação, dentro da lei, advertia que o empresário é livre para gerir os seus negócios, mas não para gerir os negócios do Estado.

---

<sup>4</sup> Hotel Sofitel Copacabana, em 27 de abril de 2005

Assim, cada caso deve ser analisado com cuidado, para decidir sobre a oponibilidade ao fisco dos negócios formalizados.

Marco Aurélio Greco<sup>5</sup>, pondera que “*A experiência no campo do Direito Tributário mostra que, muitas vezes, surgem casos em que são desenhadas determinadas operações que exigem uma particular atenção do intérprete antes de emitir um pronunciamento quanto à oponibilidade ou não contra o Fisco*”. E acrescenta que, “*não obstante as conclusões dependam do caso concreto, existem algumas situações que, por si só, recomendam especial atenção, pois geram preocupações aos que diante delas se encontram*”. E após realçar que “*o fato de determinada operação ser preocupante não significa que esteja contaminada; significa apenas que merece especial atenção, pois contém algum elemento sobre o qual há necessidade de cautela*”, enumera várias operações que chama de preocupantes.

A análise dos fatos ocorridos permite constatar que a criação da K&S, em 31/12/94, e a criação da Kolynos, 2 dias depois, com capital de valor insignificante ( R\$100,00 a primeira e R\$ 1.000,00 a segunda) são apenas atos preparatórios. Sua verdadeira formação deu-se, na realidade, em 10 de janeiro, quando a Kac Coporation adquire a K&S e a Laboratórios aumenta o capital da Kolynos S/A, transferindo a totalidade de seu patrimônio compreendendo a produção e comercialização dos produtos de higiene bucal.

A própria Recorrente declara que a Colgate Palmolive Corporation criou a KAC Corporation nos Estados Unidos, que criou a K&S no Brasil, que criou a Albala no Uruguai.

Assim, num espaço de 24 horas, foram “criadas”, direta ou indiretamente:

- a. pela Colgate Corporation: a KAC (americana) a K&S(brasileira) e a Albala<sup>6</sup> (uruguaia)

<sup>5</sup> GRECCO, Marco Aurélio- Planejamento Tributário- Dialética, São Paulo, 2004, pg. 344

<sup>6</sup> Quanto à Albala, consta dos autos cópia de seus Estatutos, que foram aprovados em 1991, e o Registro de acionistas, registrando a integralização de U\$5,000.00, em 10/01/1995 pela K&S, representando a totalidade de capital integralizado . Portanto, embora seus estatutos tenham sido aprovados em 27 de dezembro de 1989 e registrados em março de 1991, parte de seu capital só foi integralizado em 10/01/95, e integralmente pela K&S. Ou seja, só passou a existir, de fato, em 10/01/95 com um único acionista, a K&S. A Ata da Assembléia realizada em 10/01/1995 (fl. 1417) registra que a totalidade do capital da Albala pertencia à K&S

- b. pela Laboratórios Wyeth Whitehall: a Kolynos (brasileira) e a Yonkers (uruguaia)<sup>7</sup>

A Yonkers só existiu no papel, ou melhor, teve uma existência real de apenas seis dias, pois foi “criada” no dia 10 de janeiro, (dia em que o capital autorizado foi integralizado pela Laboratórios Wyeth Whitehall). Nesse mesmo dia 10 recebeu a totalidade das ações da Kolynos do Brasil S/A em integralização de seu capital, nesse mesmo dia 10 a totalidade de suas ações foi alienada por US \$760 milhões à Albala (também “criada” nesse mesmo dia 10), e no dia 16 teve seu capital integralizado reduzido à situação anterior (zero) e a Abdala, detentora das ações correspondentes, recebeu em troca as ações da Kolynos.

A Albala foi criada em 10 de janeiro (dia em que a totalidade de seu capital autorizado foi integralizada pela brasileira K&S) . Nesse mesmo dia 10 a K&S disponibiliza para a Abdala 760 milhões de dólares. Nesse mesmo dia 10 a Abdala adquire da brasileira Laboratórios Wyeth Whitehall a totalidade do capital integralizado da Yonkers, e no dia 16 recebe em troca da participação na Yonkers as ações da Kolynos do Brasil S/A.

No dia 25 de janeiro (ou seja, 15 dias depois de criada e de receber a disponibilização dos US\$ 760 milhões) a Abdalla quita o débito mediante dação em pagamento à K&S das ações da Kolynos.

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 seqüência” (*step transition*)<sup>8</sup>, o “uso de sociedade”<sup>9</sup> (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”<sup>10</sup>, com a desproporção entre o capital investido (R\$99,00) e o empréstimo (US\$ 760 milhões).

A análise do conjunto de operações, considerando o momento anterior e posterior ao conjunto de etapas e o elemento tempo, mostra que não

<sup>7</sup> A cópia de documentos à fl. 1424 permite ver que, embora a Yonkers estivesse registrada desde 17/11/89, com capital autorizado de US\$ 50.000,00, os títulos representativos de seu capital só foram emitidos em 10 de janeiro de 1995

<sup>8</sup> Mesma obra, pg. 345

<sup>9</sup> Idem, pg. 350

<sup>10</sup> Idem, pg. 360

houve alteração, pois a situação existente antes da deflagração da seqüência de etapas e após sua conclusão era a mesma: a Colgate-Palmolive Corporation era senhora do investimento representado pelo setor de higiene bucal no Brasil, adquirido da American Home Products, em leilão privado, por US\$760 milhões. Assim, todo o conjunto de operações formalizadas num mesmo dia ou num curto espaço de tempo só teve por objetivo criar despesa para reduzir o lucro tributável.

Alega a Recorrente que a Turma de Julgamento alterou o fundamento da exigência. Todavia, isso não ocorreu. O fundamento da exigência é a desnecessidade das despesas decorrentes de obrigação contabilizada pela Recorrente, e a Turma Julgadora não alterou esse fundamento.

A acusação da fiscalização é de que, pretendendo-se fazer um aporte de capital, utilizou-se artifício contábil de efetuá-lo sob a forma de empréstimo, de maneira a obter economia de tributos. Todavia, considerou que: (a) o dinheiro advindo do empréstimo não transitou pela contabilidade da empresa fiscalizada; (b) sua verdadeira beneficiária foi a Albala S/A; (c) entretanto, a fiscalizada assumiu os ônus deste empréstimo. Em razão disso, considerou indedutíveis as despesas contabilizadas advindas do empréstimo.

O Termo de Constatação Fiscal discorre sobre a descaracterização do contrato como mútuo, transcrevendo doutrina de Maria Helena Diniz, e destacando trecho em que a autora menciona, como elemento imprescindível à formação do contrato, a entrega da coisa objeto do mútuo. A decisão recorrida confirma o entendimento da fiscalização e destaca o segundo elemento imprescindível mencionado da doutrina transcrita, que é a obrigação do mutuante de abster-se de interferir no uso (ou seja, consumo) da coisa durante toda a vigência do contrato. Além de o fundamento da exigência não ser a descaracterização do contrato como mútuo (como dito acima, o fundamento é a desnecessidade das despesas), mesmo nesse aspecto não há divergência entre a a fiscalização e a decisão. Ambas consideram não caracterizado o contrato como mútuo, apenas a razão invocada é diferente.

Não obstante, como a própria Recorrente afirma, a análise do contrato sob o figurino do mútuo não tem relevância para a solução do litígio. Realmente, o que importa é averiguar se as despesas contabilizadas como decorrentes do

contrato, qualquer que seja sua natureza, se caracterizam como despesas necessárias.

Alega a Recorrente que a decisão recorrida confirma a tendência de se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa K&S, e que a realização de empréstimos de empresas não residentes às suas coligadas ou controladas no País, além de constituir prática extremamente comum, traduz negócios jurídicos cuja licitude está acima de qualquer dúvida.

Não se questiona o fato de ser prática comum a realização de empréstimos de empresas não residentes às suas coligadas ou controladas. Bem assim, não foi questionada a licitude desses negócios jurídicos. Tanto que, no caso, não foi aplicada a penalidade qualificada.

A pretexto de que teria havido desconsideração parcial da personalidade jurídica da K&S, afirmou a interessada que a fiscalização negou-lhe capacidade para contrair o empréstimo utilizado na compra da Kolynos do Brasil, mas não para figurar como controladora dessa empresa, ou no pólo passivo do auto de infração.

Improcedentes as alegações. Não foi negada a capacidade da K&S de figurar no pólo passivo da obrigação, mas apenas foram analisados os efeitos tributários da obrigação contabilizada. Veja-se que no Termo de Constatação que integra o Auto de Infração, o AFRF considera que *“as despesas operacionais dedutíveis na apuração do lucro real, são aquela cuja previsão legal enquadram-se na observância dos gastos efetuados estritamente necessários à atividade da pessoa jurídica, sendo portanto, usuais, normais e compatíveis com o tipo de transação, operação, ou da atividade produtora e geradora de receita”* (sic). E transcreve jurisprudência onde destaca: *“Mesmo a despesa efetivamente realizada se submete ao crivo da necessidade, usualidade e normalidade dos gastos ao desenvolvimento da atividade da empresa, com vista a se admitir ou não sua dedutibilidade para efeitos fiscais”*(A. 103-19.889/99). E ainda: *“É indispensável, principalmente, comprovar que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido e que, por isso mesmo, torna o pagamento devido”* (ac. 101-92.706/99). Apenas considerou que os encargos dele decorrentes são indedutíveis por desnecessários.



Embora tenha entendido que o contrato em causa não se caracteriza como de mútuo, o autuante não o considerou simulado (tanto que não aplicou a penalidade qualificada). E ao se reportar a decisões administrativas que registram que mesmo as despesas efetivamente realizadas se submetem ao crivo da necessidade, e que é indispensável comprovar que o dispêndio corresponde a uma contrapartida de algo recebido, demonstra o autuante que não está negando a existência do empréstimo nem das despesas dele decorrentes, mas apenas rejeita sua dedutibilidade pela Kolynos Ltda. por não ter dele se beneficiado.

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.

Quanto à Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, todavia, a exigência não pode prosperar.

Não houve descon sideração do negócio jurídico praticado, mas apenas foram glosadas as despesas dele decorrentes, como desnecessárias, e esse fato não afeta a base de cálculo da contribuição social.

Efetivamente, a base de cálculo da contribuição social é o resultado do exercício apurado com observância da lei comercial, com os ajustes previstos no § 1º do art. 2º da Lei 7.689/88, não havendo previsão para a inclusão das despesas não dedutíveis para efeito de apuração do imposto de renda. Se as despesas não foram consideradas inexistentes, mas sim indedutíveis para o imposto de renda, por desnecessárias, sua glosa não afeta a CSLL.

Insurge-se, ainda, a Recorrente, com a aplicação da Taxa Selic para a quantificação dos juros de mora.

O art. 13 da Lei nº 9.065/95 determina que, a partir de 1º de abril de 1995, serão calculados segundo a SELIC os juros de que trata o art. 84, I, da Lei 8.981/05, cuja dicção é a seguinte:

" Art. 84- Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos de:

Processo nº 16327.001870/2001-42  
Acórdão nº 101-95.014

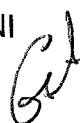
I- juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal interna;  
.....”

Portanto, a incidência dos juros segundo a Taxa Selic consta de disposição expressa de lei em vigor, cuja aplicação não pode ser negada por este órgão administrativo.

Pelas razões declinadas, nego provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, rejeito as preliminares e dou-lhe provimento parcial para cancelar a exigência relativa à CSLL.

Sala das Sessões, DF, em 15 de junho de 2005

  
SANDRA MARIA FARONI



VOTO VENCEDOR

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR

Pedi vistas dos autos para melhor analisar os fatos. Após essa análise, com a devida vênia da ilustre Conselheira Relatora e dos demais que já a acompanharam, entendo incabível a glosa das despesas financeiras e juros relativos a empréstimos obtidos no exterior.

Passo a expor minhas razões.

Tenho me pautado nos julgamentos neste Conselho de Contribuintes pela avaliação dos fatos e da verdade material que dos mesmos emana, independentemente de qualquer qualificação jurídica que aos mesmos possa se dar (simulação, fraude à lei, desnecessidade de encargos etc).

No presente caso não poderia ser diferente. Aqui, o conjunto de operações, como tentarei demonstrar, teve como finalidade a de se evitar a tributação do ganho de capital pelo vendedor das ações da Kolynos do Brasil S.A. Vale observar que a recorrente é a adquirente, e não a vendedora.

Tudo se inicia com a constituição de empresa americana KAC Corporation, controladora da brasileira K&S Aquisições Ltda. Essa, por sua vez, era controladora de empresa no Uruguai denominada Albala S.A.

A citada estrutura empresarial tinha como objetivo a aquisição da Kolynos do Brasil S.A., antiga divisão da Laboratórios Wyeth Whitehall, pertencente a um outro grupo empresarial, no caso o grupo vendedor.

Antes da operação de aquisição, as ações da Kolynos do Brasil S.A. já estavam na propriedade de uma outra empresa uruguaia, denominada Yonkers, mediante atos societários de cisão e versão, realizadas pelo grupo vendedor.



Afirma a recorrente, inclusive nos memoriais entregues por ocasião do julgamento, que, por exigência do grupo vendedor, a aquisição deveria ocorrer no Uruguai, mediante a aquisição das ações da Yonkers, controladora da Kolynos do Brasil S.A.

Em 10/01/95 a empresa K&S Aquisições Ltda. contraiu empréstimo com sua controladora no exterior, repassando automaticamente, na forma de novo empréstimo, o valor recebido para a sua controlada uruguaia Albala S/A. Ato contínuo, esta última adquire com o caixa recebido a também uruguaia empresa Yonkers, incorporando-a imediatamente.

Em 15/01/95, **portanto cinco dias após o recebimento do empréstimo**, a K&S Aquisições recebeu, em pagamento do empréstimo feito à sua controlada uruguaia Albala, as ações da Kolynos do Brasil S.A., que pertenciam à Albala após a incorporação da empresa Yonkers.

Remanescente o empréstimo devido pela K&S Aquisições com sua controladora no exterior, parte do mesmo é capitalizado, restando um saldo sobre o qual a incidência de variações passivas e juros é neste processo objeto de glosa, por desnecessidade.

Vale ressaltar que a K&S Aquisições passa a denominar-se Kolynos do Brasil Ltda., a qual, por uma nova seqüência de fatos vem a ter como sócia a empresa belga Colgate Palmolive Europe S/A.

A acusação fiscal busca descaracterizar o mútuo pelo fato de que os valores foram apenas contabilizados pela K&S Aquisições Ltda., sendo diretamente depositados em conta da uruguaia controlada Albala. Afirma também que a estrutura de financiamento utilizada permitiu a eliminação de resultados no Brasil, através da geração de despesas com empréstimos com controlada no exterior, ainda que tributados os valores creditados ou remetidos ao exterior em quitação dos mesmos.



Conforme já afirmei anteriormente, toda esta estrutura me parece montada para facilitar a venda da Kolynos do Brasil S.A., sem a ocorrência de ganho de capital, mediante a caracterização de ganho realizado no exterior.

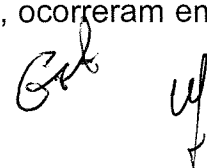
No mais, as opções de financiamento utilizadas pela controlada no exterior não ferem em nada a legislação tributária, principalmente porque não temos no Brasil qualquer regra de limitação de dedutibilidade de encargos de financiamento pelo próprio sócio com relação à denominada "*thin capitalization*" ou subcapitalização, como ocorre no EEUU (no máximo 3 de financiamento do sócio para 1 de capital), ou no México ( 1,5 de financiamento para 1 de capital).

Querer utilizar-se do conceito da subcapitalização para limitar a dedutibilidade de encargos com empréstimo contraído da controladora no exterior, seria o mesmo que antes da legislação sobre preços de transferência, limitar-se a dedutibilidade de custos na importação, sem qualquer critério legal, ou pior, glosando-se integralmente o valor dos encargos.

Ademais, os valores creditados ou remetidos em quitação do empréstimo têm regramento próprio quanto à sua tributação, sobre o total, sem deduções, fato que não é negado nem pela própria fiscalização.

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.

Outrossim, não concordo com o raciocínio da fiscalização, data venia, que o empréstimo tenha sido efetivado na verdade à empresa Albala, e não para a K&S Aquisições, pelo fato do depósito direto no Uruguai. As operações no Uruguai de (1) repasse de empréstimo à Albala, (2) aquisição ato contínuo da Yonkers, (3) incorporação desta pela Albala, e (4) quitação do empréstimo pela Albala, mediante entrega das ações da Kolynos do Brasil S.A., ocorreram em tempo

Handwritten signatures in black ink, appearing to be initials or names, located at the bottom right of the page.

recorde, pouco dias, deixando indene de dúvidas que serviram apenas de condução para a caracterização da venda no exterior, por motivos do vendedor e não do comprador.

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.

Por fim, vale bem esclarecer que **não** teço aqui qualquer crítica, ainda que indireta, ao Acórdão 101-93.026, desta mesma Câmara, lavrado quando dela ainda não tinha a honra de participar, e que tratava da tributação do ganho de capital do grupo vendedor. As razões de decidir postas naquela oportunidade, tomando-se em conta a particularidades daquele processo, tanto do lançamento *ex officio*, quanto das razões do apelo interposto, devem ser respeitadas por este Conselheiro. Assim sendo, sobre o mesmo deixo de me pronunciar.

*Ex positis*, considerando (1) a efetividade do empréstimo contraído, (2) a natureza exclusiva de condução das operações no Uruguai em razão de objetivo do vendedor, (3) a inexistência de regra jurídica específica para limitação de dedutibilidade em casos de subcapitalização, (4) a possibilidade jurídica de uma empresa nacional contrair empréstimos de sua controladora no exterior e (5) a tributação dos encargos desse empréstimo no momento do crédito ou pagamento, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Observo, por fim, ter acompanhado a douta Relatora quanto à rejeição das preliminares de nulidade e decadência.

É como voto.

Sala das Sessões, DF, em 15 de junho de 2005

  
MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR 