



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

Processo nº 16327.001870/2001-42
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9101-002.478 – 1ª Turma
Sessão de 22 de novembro de 2016
Matéria IRPJ - DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS
Embargante COLGATE-PALMOLIVE COMERCIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1997, 1998, 1999

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ATENDIMENTO. INOCORRÊNCIA.

Ausentes as contradições e obscuridades apontadas pela embargante, os declaratórios opostos devem ser rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Demetrius Nichele Macei, que conheceram parcialmente. A Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio acompanhou a relatora pelas conclusões em relação à segunda contradição apontada. Solicitaram apresentar declaração de voto os Conselheiros Cristiane Silva Costa e Demetrius Nichele Macei. Encerrado o prazo regimental, o Conselheiro Demetrius Nichele Macei não apresentou a declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício), Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal De Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata o presente de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, opostos por COLGATE-PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, nova denominação de KOLYNOS DO BRASIL LTDA, em face do acórdão nº 9101-00.287, prolatado por esta 1ª Turma em sessão realizada em 24/08/2009, em cuja ementa restou assinalado:

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 mutuaría e dispunha de recursos para integralizar o capital.

Recurso Especial do Procurador Admitido em parte.

Em sua parte dispositiva, referido acórdão consignou:

Acordam os membros do colegiado, 1) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de não conhecimento do recurso, sendo que os Conselheiros Antônio 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, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Em sua peça de defesa, a ora embargante sustenta a ocorrência de:

i) CONTRADIÇÕES ENTRE A **DECISÃO E AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS** - alega a embargante que o ato decisório combatido esposou conclusões a partir de informações que são contraditórias às provas trazidas ao processo. Nessa linha, traz considerações acerca da "existência ou não de recursos próprios para capitalizar a embargante"; "distinção entre as personalidades jurídicas da embargante e de sua controladora no exterior"; "entrega das ações da Kolynos S.A. em pagamento do empréstimo com Albala"; "demonstração da inexistência de planejamento tributário"; "suposto objetivo do empréstimo"; "valor do Capital da Embargante"; e "Dissenso Jurisprudencial";

ii) OBSCURIDADES no que tange à obrigatoriedade de utilização de capital ao invés de empréstimo e à fundamentação legal para sustentar a desnecessidade das despesas.

Referidos embargos, juntados ao presente processo às fls. 2.048/2.049 e opostos com amparo nas disposições do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, foram admitidos por meio do Despacho de fls. 2.113/2.122.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo - Relatora

Anoto, inicialmente, que a admissibilidade dos embargos de declaração opostos não foi efetuada com a adequada observância às normas regimentais então vigentes, eis que à época em que foi promovida, o § 2º do art. 65 do ANEXO II do Regimento Interno aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, estabelecia que o Presidente de Turma poderia designar Conselheiro para tanto, mas, no caso presente, tal designação, constante às fls. 2.122 dos autos, foi efetivada somente na manifestação de concordância com os termos da admissibilidade proferida, isto é, *a posteriori*, e ainda assim, a designação não foi para proceder à admissibilidade nos termos do mencionado artigo, mas sim, para, uma vez admitidos, designar redator *ad hoc*, nos termos do §7º do art. 49.

É preciso destacar também que **o remédio jurídico manejado pela contribuinte é de espectro restrito**, sendo certo que ele não pode ser utilizado como instrumento para rediscutir matérias que já foram devidamente apreciadas em momento próprio.

Nessa linha, passo a apreciar os fundamentos declinados no despacho de fls. 2.113/2.122 para admitir os EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, bem como as alegações trazidas pela embargante, confrontando-as com o acórdão embargado.

De início, destaco o título utilizado pela embargante, à fl. 2.086, para as contradições, pois assim classifica: “1. CONTRADIÇÕES ENTRE A DECISÃO E AS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS”. Ou seja, ela mesma já deixa evidenciado que está trazendo para discussão algo que nem o Regimento vigente ao tempo da interposição dos embargos (Portaria MF Nº 256, de 2009), nem o atual (Portaria MF Nº 343, de 2015), haja vista que para ambos os Regimentos as regras eram a mesma. Por oportuno, trago a redação vigente ao tempo da interposição:

*Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou **contradição entre a decisão e os seus fundamentos**, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.*

E o Regimento não poderia dispor diferente, pois uma contradição entre a decisão e a prova dos autos significa que o embargante discorda da valoração da prova promovida pelo julgador, ou, em outras palavras, significa que o embargante entende que o julgador deveria ter adotado outro entendimento à luz das provas que carrou aos autos. Ora, o que é isso senão rediscutir o mérito da decisão?

Passemos então à cada hipótese suscitada.

PRIMEIRA CONTRADIÇÃO ("existência ou não de recursos próprios para capitalizar a embargante").

Aduz a embargante que a afirmação de que dispunha de recursos para integralizar contraria frontalmente as provas acostadas aos autos. E no seu item 19, ressalta que

as demonstrações financeiras acostadas aos autos são da Colgate-Palmolive Company, e não da KaC Corporation.

Contudo, registra o despacho que o acórdão embargado teria se servido de balanço patrimonial equivocado para concluir sobre a existência de recursos para a aquisição da KOLYNOS, de modo que seria necessário fazer uma nova análise da matéria, vez que não pode haver qualquer dúvida a respeito do balanço patrimonial que serviu de lastro para motivar a decisão atacada.

Penso que o Ilustre Conselheiro responsável pela apreciação da admissibilidade dos embargos opostos pela contribuinte equivocou-se em sua análise.

Com efeito, como consta da reprodução trazida pela peça de embargos, o acórdão embargado, ao fazer referência ao balanço patrimonial da KAC CORPORATION, assinala que ele encontra-se "acostado aos autos às fls. 1204 e seguintes do processo nº 16327.001484/2004-01", circunstância que, ao que tudo indica, não foi percebida na análise da admissibilidade do recurso em questão.

Adite-se que a embargante não traz como fundamento para a apresentação da sua peça de defesa a suposição (equivocada) de que o acórdão contestado mencionou, em seu voto condutor, ao invés do balanço da COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, o da KAC CORPORATION, vez que, no que diz respeito a esse assunto, limita-se a ressaltar que "*as demonstrações financeiras acostada aos autos são da COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, e não da KAC CORPORATION*", o que não colide com a decisão combatida, que, como acima ressaltado, apenas destaca que o balanço patrimonial desta última encontra-se juntado ao processo nº 16327.001484/2004-01.

Cumprе esclarecer que o processo nº 16327.001484/2004-01 refere-se à autuação complementar à constante do presente processo, visto que alcança fatos geradores relativos aos anos calendário de 1999, 2000 e 2001. Cabe destacar também que referido processo foi julgado nesta Câmara Superior de Recursos Fiscais na mesma sessão de 24 de agosto de 2009 (acórdão nº 9101-00.288). E que, conforme consignado no relatório da decisão embargada, foi a própria contribuinte quem peticionou, por meio da petição de fls. 2.029/2.035, a juntada dos documentos de fls. 1.131/1.673 do processo nº 16327.001484/2004-01, mesmo após o início do julgamento do recurso especial de que tratou a decisão ora embargada.

A embargante, na verdade, busca sustentar a oposição dos embargos em uma alegada contradição entre a decisão e as provas por ela trazidas ao processo, o que, como já dito, seja o Regimento Interno vigente à época em que os embargos foram opostos, seja o atual, não autoriza, eis que a contradição que pode dar causa ao recurso em questão é a porventura existente entre a DECISÃO e os seus FUNDAMENTOS.

Pretende a embargante, portanto, pela via estreita dos declaratórios, ressuscitar o debate acerca de supostas provas trazidas ao processo para, a partir daí, fulminar os fundamentos declinados no acórdão combatido, e, com isso, reverter a decisão ali estampada.

Como é cediço, embargos de declaração, nos termos em que disciplinado pelo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não constitui meio recursal para reapreciação de matéria, seja ela de que natureza for, prestando-se tão somente

para suprir omissões ou eliminar obscuridades e eventuais contradições entre o que foi decidido e os fundamentos correspondentes.

A meu sentir, portanto, os embargos devem ser rejeitados em relação ao presente item.

SEGUNDA CONTRADIÇÃO ("distinção entre as personalidades jurídicas da embargante e de sua controladora no exterior")

Aqui, sob pena de incorrer em omissões que possam trazer prejuízo à compreensão do consignado no despacho de fls. 2.113/2.122 acerca da contradição em destaque, peço licença para reproduzir na íntegra o que nele foi assinalado.

Alega a Embargante que a confusão efetuada pelo acórdão embargado entre as personalidades jurídicas do credor e do devedor foi a conclusão tirada pela relatora ao se debruçar e analisar as provas trazidas pela Embargante, eis que o resultado desse conflito entre a personalidade jurídica do sócio e da sociedade da qual participa, levou à desconsideração da existência da própria pessoa jurídica, ao afirmar que "se credor e devedor se confundem na mesma pessoa, é porque o empréstimo não se faz necessário".

Transcreve excerto neste sentido.

A questão levantada pela Embargante quanto a existência de contradição em face da não distinção entre as personalidades jurídicas da Embargante e de sua controladora no exterior segue o mesmo raciocínio atribuído para a solução da primeira contradição apontada.

Assim há se alegar contradição no julgado por confusão entre as personalidades jurídicas do credor e devedor levando-se em conta que a conclusão daí advinda levou à desconsideração da personalidade jurídica da pessoa da autuada, seja quanto ao ato, ou seja quanto à sua existência.

O que há na indicação de contradição formulada quanto ao tema sob exame não é mera divergência de entendimento sobre a mesma matéria, a considerar os conteúdos da defesa esboçada pela Embargante e o teor do julgado embargado.

Trata-se, na verdade, de uma falácia lógica que se denomina "non sequitur", na qual se verifica ser um argumento onde a conclusão nunca segue as premissas.

Ao considerar que as pessoas jurídicas são uma só, há um rompimento da premissa de que são pessoas jurídicas diversas, ainda que assim o fosse, entre esta premissa e a conclusão feita, haverá que se esclarecer se razões econômicas ou administrativas - em ambientes que envolve diversas nações e conjunturas estruturais diversas - não estariam sendo esquecidas.

Não é tão simples assim. O argumento construído não pode deixar margens à dúvidas, omissões ou contradições.

Pelo que foi possível depreender, a admissibilidade dos embargos em relação ao presente item fundou-se em uma **suposta** confusão do acórdão atacado acerca das personalidades jurídicas da fiscalizada e do credor da obrigação que deu causa às despesas glosadas.

Com o devido respeito, a argumentação expendida no despacho de fls. 2.113/2.122 tangencia a incompreensão, e, no que mais é relevante, não revela qualquer fundamento apto a demonstrar a procedência da admissibilidade dos embargos.

Em sua peça de defesa, a contribuinte, reproduzindo excertos do acórdão embargado, afirma que "*há clara contradição em relação à natureza jurídica da EMBARGANTE de empresa controlada da KAC Corporation, e não de filial desta*". Os referidos excertos são os abaixo transcritos do voto:

"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." (destacamos)

"É verdade que a conta 'Dívida de longo prazo' subiu em 1995 de 1,75 bilhões de dólares para 1,9 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." (destacamos)

A partir das reproduções acima, **a embargante assinala:**

28. No entanto, há que se recordar que a EMBARGANTE é pessoa jurídica totalmente distinta da personalidade jurídica de sua Controladora. Não se trata de "filial" e "matriz", mas sim, de duas pessoas jurídicas distintas, sendo uma proprietária da maioria do capital social da outra.

29. É inconteste que se trata de uma empresa brasileira, e não de uma filial de uma empresa americana, inclusive com farta documentação que assim comprova carreada aos autos, tal como o Contrato Social da EMBARGANTE.

30. Entretanto, em seu Relatório, a Ilustre Relatora reconhece essa distinção de personalidade jurídica, como demonstram os parágrafos a seguir transcritos:

"4 - Ou seja, até aqui,(...) KAC Corporation detém 99,99% do capital de K&S Aquisições Ltda.

(...)

7 - Em 11/1/1995, KAC Corporation realizou um aumento de capital em K&S Aquisições no montante de R\$ 226.800.000,00 (US\$ 270 milhões de dólares)

(...)"

31. Porém, para embasar sua decisão, assume que mutuante e mutuaria são a mesma pessoa, ou que EMBARGANTE e KAC Corporation são "filial" e "matriz", respectivamente. E isso definitivamente não é verdade!

32. Não bastasse, em outro trecho de sua decisão, choca ainda mais a confusão entre a personalidade jurídica da ora EMBARGANTE e de sua controlada. Vejamos:

"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 em sua essência, ou seja, quais são os negócios subjacentes e a essência destes, como observa o citado autor, quando aborda a subcapitalização:

(...)

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% de 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."

33. Note-se que a suposta identidade de credor e devedor, assumida pela D. Conselheira Relatora, foi uma das principais bases de sua decisão, para concluir sobre a desnecessidade da despesa.

34. Logo, se a confusão entre credor e devedor foi a conclusão tirada pela Relatora ao se debruçar e analisar as provas trazidas pela EMBARGANTE, **caracterizada está a contradição existente entre os documentos acostados aos autos e o voto proferido pela Relatora.** (GRIFEI)

35. No mais, é farta a doutrina e a jurisprudência a respeito da distinção entre a personalidade jurídica do sócio e da sociedade na qual participa. Tanto é assim que, para atingir os bens pessoais dos sócios em casos de disputas entre sociedade e seus credores, é o Judiciário que decreta a "desconsideração da personalidade jurídica" da sociedade.

36. Não se trata de desconsiderar "atos ou negócios jurídicos", mas sim, desconsiderar - e (sic) apenas por via judicial, como determina o artigo 50 do Código Civil, a própria existência da pessoa jurídica.

37. A esse respeito, pois, vejamos o entendimento firmado pelo Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em recente decisão publicada no Diário Oficial da União, in verbis:

...

38. *Dito de outra forma, a aplicação excessiva e sem critério da teoria da desconconsideração acarreta uma série de entraves e conseqüências danosas à livre iniciativa e à propriedade privada. O instituto da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade devem ser protegidos, uma vez que somente pela via judicial é que poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica.*

39. *Confira-se, a propósito, as cristalinas palavras da Professora Maria Helena Diniz, em sua obra Curso de Direito Processual Civil Brasileiro:*

...

40. *Ainda nessa linha, o Professor Fábio Ulhoa Coelho ensina que "a desconconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado". (in Desconconsideração da Personalidade Jurídica, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 95).*

41. *Como se vê, não existem razões para a Ilma. Relatora, a pretexto de justificar a suposta desnecessidade da despesa incorrida pela EMBARGANTE, desconsiderar a própria existência da pessoa jurídica, sendo certo que eventual desconconsideração da personalidade jurídica só pode ser decretada por meio de decisão judicial após farta dilação probatória.*

Ressalto que aqui, assim como na anterior e em todas as demais CONTRADIÇÕES apontadas, a embargante faz correlação entre os termos da decisão e as supostas provas carreadas ao processo, o que, como já dito, não autoriza a oposição de embargos, visto que a contradição deve se dar entre a DECISÃO e os seus FUNDAMENTOS.

Não obstante, a título de mero registro, esclareço que o acórdão embargado não tratou de desconconsideração de personalidade jurídica. Adito que o fato de o acórdão fazer referência a expressões do tipo MATRIZ e FILIAL, e, ao mesmo tempo, admitir que, no caso, estamos diante de pessoas jurídicas distintas, não representa contradição capaz de dar azo à oposição dos declaratórios, até porque de contradição não se trata, mas, sim, de uso impróprio das citadas expressões. Destaco que, no contexto da fundamentação esposada no acórdão embargado, pode-se afirmar que essa impropriedade é relativa, eis que o que ali se pretendeu demonstrar foi a elevada relação de proximidade societária existente entre a fiscalizada e a sua controladora, o que levou, inclusive, à caracterização de uma operação realizada com si mesmo.

Esse proximidade societária havia sido trazida na acusação fiscal e o relatório do acórdão ora embargado assim reproduziu (negrito, agora, algumas expressões do relatório fiscal para deixar claro):

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

A Fiscalização, então, concluiu:

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 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 mesmo 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-UEA 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 passivas oriundas do saldo do empréstimo anteriormente firmado entre Kolynos do Brasil a Kolynos Corp EUA.

Sem que se pretenda avançar ao mérito da questão posta em discussão, vez que o objetivo da ora embargante é tido como inadmissível, penso que os fragmentos abaixo reproduzidos, extraídos do acórdão contestado, permitem visualizar com maior clareza o contexto em que as considerações acerca da afirmação "*A empresta para A*" encontram-se inseridas.

*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 autor ■ 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 VASCONCELOS, que, ao discorrer sobre a thin capitalization e enquadrar o empréstimo concedido por sócio domiciliado no exterior como um financiamento externo, ponderou:

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 atuada, 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 que, embora não aceita para demonstrar o dissenso jurisprudencial alegado para a CSLL, serve como fundamento no sentido de corroborar a impossibilidade de se admitir o pagamento de juros 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.

(...)

Observa-se, pois, que o legislador ao tratar das sociedades controladas, dedicou artigo específico aos seus gestores e à sua responsabilidade perante à companhia por atos de favorecimento a uma ou mais das unidades envolvidas, antevendo circunstâncias como a que ora se retrata e, o que é mais importante, reconhecendo que nesses casos é repudiável - em razão da influência que a controladora exerce sobre a controlada - a concessão de tratamento diferenciado em qualquer das esferas.

(...)

Infere-se que, se houvesse distribuição dos lucros acumulados, à empresa controladora não se imporiam 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 uni despesa, como aliás se cristalizou, reduzindo, dramaticamente, o resultado do exercício e, de forma reflexa, o seu patrimônio, como aliás 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 um 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 desígnios conformados ao art. 242 do RIR/94. Não há, pois, quaisquer equívocos na tipificação da matéria impositiva e na precisas dissertações da Autoridade recorrida.

Tenho, pois, por inadmissível a alegação de contradição pois em momento algum houve confusão no voto ora embargado entre as personalidades das pessoas jurídicas envolvidos. O voto esclarece porque disse que “*A empresta para A*” e menciona expressamente que “*Kolynos Corporation era sócia praticamente exclusiva da K&s Aquisições Ltda*”, posto que detinha 99,99% do seu capital social.

TERCEIRA CONTRADIÇÃO ("entrega das ações da Kolynos S.A. em pagamento do empréstimo com Albala")

Objetivando, mais uma vez, ser absolutamente fiel ao que foi registrado no despacho de admissibilidade dos embargos, sirvo-me de excertos do que nele foi assinalado acerca desta terceira contradição.

A bem da verdade, os argumentos expendidos nos embargos aviados como reais motivos econômicos que redundaram no empréstimo, podem sim justificar a necessidade de se contrair empréstimo, a depender de uma análise econômica ampla, que considere tal opção feita pela empresa e não somente se concluir, sumariamente, que uma vez que havia recursos próprios da controladora que permitiriam à integralização de capital na controlada, outra opção economicamente viável não poderia ser necessária ao crescimento da empresa.

A decisão embargada, a meu ver, não deu a devida atenção ao fato levantado pela embargante.

Com todas as vênias, o que se vê é que o despacho de fls. 2.113/2.122, afastando-se do seu objetivo, adianta-se a fazer juízo sobre o mérito da glosa perpetrada pela Fiscalização, não destinando uma única linha acerca do atendimento aos pressupostos de admissibilidade dos declaratórios opostos.

Certamente, o argumento do despacho de que “*A decisão embargada, a meu ver, não deu a devida atenção ao fato levantado pela embargante*”, além de contaminado por indeterminação e subjetividade, não se presta como fundamento de admissibilidade do recurso examinado.

No que tange à argumentação expendida pela embargante, o seu início, abaixo transcrito, reafirma o não atendimento ao pressuposto de admissibilidade dos embargos, pois, como já reiteradamente destacado, a CONTRADIÇÃO que serviria de suporte para tal

estaria refletida na comparação entre a decisão e as provas carreadas ao processo. Senão vejamos:

[...]

42. Outro ponto da decisão que apresenta clara contradição com as provas apresentadas pela EMBARGANTE se refere ao fato de que a decisão ignorou sumariamente o fato de o empréstimo da EMBARGANTE com a Albala S.A. ter perdurado por menos de 1 (um) mês, e ter sido liquidado com a dação em pagamento das ações da Kolynos do Brasil S.A.

Vejamos:

...

No mais, pretende a embargante rediscutir a matéria, o que, como dito, não é possível em sede de embargos de declaração.

Aliás, apenas a título de esclarecimento, cumpre destacar que o fato de o voto condutor não ter destacado expressamente que o mencionado empréstimo perdurou por menos de um mês sequer pode ser considerado omissão porque, como se demonstra com trechos do voto abaixo, a linha de raciocínio seguida pela relatora restou bastante clara no sentido de que esse aspecto, de fato, não era relevante para a acusação fiscal de dedução de despesas não necessárias:

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, 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 seqüência” (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 Younkers 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 seqüência (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, poderia 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 do processo nº 16327.001484/2004-01, 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 do processo nº 16327.001484/2004-01, que o lucro líquido apurado em dezembro de 1994 foi de US\$ 580,2 milhões de dólares, e à fl. 1.210 desse mesmo processo, 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 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 do processo nº 16327.001484/2004-01. 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 do processo nº 16327.001484/2004-01, 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 condições financeiras 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 subsequentes, 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.

Assim, se a possibilidade de a controladora integralizar capital ao invés de emprestar os recursos à investida foi o motivo determinante para confirmação da desnecessidade das despesas financeiras, inexistente a contradição suscitada pela embargante em razão da abordagem subsidiária acerca do repasse à Albala S/A dos recursos obtidos em razão do empréstimo.

QUARTA CONTRADIÇÃO ("demonstração da inexistência de planejamento tributário")

O despacho sob análise registra:

A Embargante aponta a existência de contradição entre a documentação acostada aos autos pela embargante e as conclusões a que chegou a relatora no caso em questão, a saber:

A decisão embargada afirma que houve planejamento tributário por parte da embargante, eis que houve a prática de vários atos sequenciais para o atingimento do resultado final - aquisição da Kolynos.

A farta documentação acostada aos autos demonstram os reais motivos econômicos que redundaram no empréstimo, quais sejam:

Para demonstrar a ausência de qualquer tipo de planejamento tributário em favor da Embargante, ela acostou aos autos farta documentação, demonstrando os reais motivos econômicos que redundaram no empréstimo, quais sejam:

...

Assinalou, ainda, que:

Com base nisso, caracterizada está a patente contradição entre a documentação acostada pela EMBARGANTE e as conclusões a que chegou a Ilma. Relatora, no caso em questão.

Os documentos juntados aos autos pela interessada fornecem subsídios importantes ao julgador acerca dos fatos e dos negócios jurídicos ocorridos no mundo fático, dando-lhe suporte para possibilitar a tomada de decisão, que se encontra jungida aos ditames da lei.

No entanto, a verificação de que se as despesas em comento atendem aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade, implica, naturalmente, em se considerar devidamente todos os elementos probantes juntados aos autos; no presente caso, para se concluir pela ocorrência de um suposto planejamento tributário, as informações em referência, ao ver deste relator, não podem deixar de ser consideradas, com a devida manifestação da autoridade julgadora sobre a sua influência ou não no julgamento deste aspecto.

Como visto, do exposto para que se afaste a contradição entre a documentação apresentada pela Embargante - e não incorrermos em omissão na análise das provas - e as conclusões a que chegou o acórdão embargado, seria necessário que todo o conjunto probatório fosse exaustivamente analisado pela decisão embargada.

Por não distinguir adequadamente o que foi sustentado pela embargante daquilo que representa juízo acerca da admissibilidade da peça de defesa, o despacho de fls. 2.113/2.122 compromete até certo ponto a apreciação acerca da sua procedência. Contudo, promovendo uma análise comparativa dele, do despacho, com a peça de defesa apresentada pela contribuinte, tenho que o juízo acerca da admissibilidade dos embargos está representado pelo último parágrafo da passagem acima reproduzida.

Mais uma vez, constata-se o equívoco na análise empreendida, eis que a CONTRADIÇÃO indicada confronta a decisão com provas supostamente juntadas ao processo.

Em sua manifestação, a embargante, embora afirme que está caracterizada a CONTRADIÇÃO entre a documentação por ela acostada e as conclusões a que chegou a relatora do acórdão combatido, não cuidou exatamente disso, mas, sim, de contestar determinada passagem do voto condutor do referido acórdão, quando a relatora cita o voto vencido da decisão recorrida que, é importante ressaltar, nenhuma maior influência exerce sobre o resultado do julgamento, vez que, ausente a exasperação da penalidade aplicada em virtude de uma suposta conduta dolosa, torna-se irrelevante a discussão acerca da existência ou não de planejamento tributário. Essa não foi a essência da decisão, conforme se pode verificar no próprio voto de fls. 2.058/2.066.

As considerações trazidas pelo acórdão embargado a respeito de planejamento tributário, objetivaram contestar argumentação apresentada por meio de contrarrazões ao Recurso Especial anteriormente interposto e, da mesma forma que o voto vencido referenciado pela contribuinte nos embargos, serviram de "*reforço de argumento*", só que em apoio a tese em sentido contrário:

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 Younkers 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 seqüência (step transaction) tenham sido concebidas por parte do grupo vendedor, não vislumbro justificativa para a não integralização do capital.

Ou seja, o voto embargado sequer calcou sua fundamentação em a operação analisada ser ou não planejamento tributário. Observe-se o parágrafo do voto seguinte ao que a embargante transcreve:

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, poderia ter, sim, integralizado capital. (negritei).

Aliás, no início do seu voto, a relatora já deixa claro o fato de que as operações em si não são o objeto da polêmica:

De início, cumpre registrar que as operações em si são fatos incontroversos e que não foi vislumbrada qualquer fraude na forma adotada, pois a Fiscalização sequer qualificou a multa de ofício cobrada sobre os tributos objeto de lançamento.

De qualquer forma, o que importa sublinhar é que a contribuinte não logrou êxito na demonstração de que, no presente item, encontra-se presente circunstância que autoriza o acolhimento dos declaratórios opostos.

QUINTA CONTRADIÇÃO ("suposto objetivo do empréstimo")

Assinala o despacho em questão que, *"para este aspecto, valem as mesmas argumentações expostas no item anterior"*. Registra o Ilustre Conselheiro responsável pela análise que, *"ao concordar com a acusação fiscal, principalmente ao decidir uma questão que envolve definir qual seria o objetivo da empresa ao definir determinadas estratégias econômicas, para afirmar peremptoriamente que o objetivo seria outro, entendo que o julgador deve exaurir a análise das provas, para, de forma clara, sustentar a acusação; trata-se de infirmar uma conduta adotada por outrem, com a pretensão de alterar-lhe a intenção"*. Finaliza argumentando que *"a decisão não pode ser omissa neste ponto"*.

À evidência, "exaurimento" da análise de provas, genericamente considerado, não constitui fundamento que possa servir de suporte à oposição de embargos.

O despacho de admissibilidade, mais uma vez, carece de argumentos capazes de, como base nele, julgar atendidos os requisitos impostos pela norma regimental aplicável para oposição de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Na peça de defesa ofertada pela contribuinte, a situação não é diferente das até aqui apreciadas, visto que, nela, a embargante afirma expressamente que, relativamente à matéria em destaque, *"há clara contradição em face da farta documentação acostada aos autos"*, ou seja, incorre a embargante novamente em equívoco quanto aos pressupostos de admissibilidade do recurso manejado.

Discorrendo sobre fatos que demonstrariam que o empréstimo por ela tomado foi a forma que ela dispunha para obter recursos necessários à aquisição da KOLYNOS, a embargante alega que tais fatos encontram-se lastreados por documentação aportada ao processo, que não foram levados em conta pela decisão combatida. Referida argumentação, a exemplo de outras no mesmo sentido, pode levar ao entendimento de que, embora o pressuposto tenha sido a ocorrência de CONTRADIÇÃO, na verdade estaríamos diante de OMISSÃO, interpretação que, pelo que parece, foi a emprestada pelo Conselheiro responsável pelo juízo de admissibilidade.

Entretanto, a situação não é exatamente essa, visto que a própria contribuinte transcreve passagens do voto condutor da decisão embargada em que fica claro que os fatos por ela referenciados foram devidamente considerados, senão vejamos (reprodução na ordem em que constam do acórdão combatido):

...

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.

...

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.

A expressão "não foram levados em conta", portanto, não está associada à omissão na apreciação da prova, mas, sim, ao fato de que os elementos analisados não foram suficientes ao convencimento da relatora do acórdão atacado, que assinalou que eles, os elementos, só seriam relevantes em uma discussão acerca do "quantum da despesa glosada".

item. Não merece acolhimento, assim, os embargos, relativamente ao presente

SEXTA CONTRADIÇÃO ("valor do Capital da Embargante")

Transcrevo o consignado no despacho de fls. 2.113/2.122.

A argüição da Embargante é que a decisão embargada desconsiderou o aumento de capital realizado pela KAC Corporation, simultaneamente à aquisição da Kolynos, dando a falsa impressão que a embargante não dispunha de capital próprio significativo (subcapitalização); que quando da aquisição da Kolynos o capital da embargante era maior do que a própria disponibilidade de caixa da Colgate-Palmolive Company em 31.12.94.

A este respeito o voto vencedor do acórdão recorrido (fls. 1.830/1.861), enfoca o tema em apreço sob à ótica da dedutibilidade das despesas financeiras de acordo com a tese de subcapitalização, considerando que em razão das condições financeiras desta empresa controladora, não teria tal operação o condão de justificar a necessidade de emprestar ao invés de integralizar, pois o empréstimo não era necessário à atividade da empresa.

*Mais uma vez, quanto ao quesito formulado pela Embargante suso mencionado, **entendo não ter havido a devida apreciação do argumento suscitado pela embargante**, no julgado. (GRIFEI)*

Nota-se que o responsável pela análise pronuncia-se pela admissibilidade dos embargos por entender que não houve "**a devida** apreciação do argumento suscitado pela embargante", o que, mais uma vez, denota indeterminação e subjetividade, além de juízo de

valor, o que, à evidência, não se compatibiliza com a análise de admissibilidade requerida pela norma regimental.

No que diz respeito aos argumentos trazidos pela embargante, a matéria relativa ao presente item guarda inteira conexão com a tratada no precedente, em que se deixou claro que a expressão "*não foram levados em conta*", que aqui está representada por "desconsideração", não está associada à omissão, mas, sim, ao fato de não ter sensibilizado o julgador na formação da sua convicção acerca da procedência ou não da glosa levada a efeito pela Fiscalização.

Cabe registrar que a mesma passagem do voto condutor da decisão embargada referenciada no item anterior ("suposto objetivo do empréstimo"), indica que o aumento de capital em questão integrou os elementos analisados pela decisão embargada, porém, em nada contribuiu na formação da convicção do julgador. Aqui, portanto, não se trata também de omissão na apreciação, seja do argumento, seja do documento que o lastreia.

Incomprovado, assim, o atendimento aos pressupostos de admissibilidade dos embargos.

SÉTIMA CONTRADIÇÃO ("Dissenso Jurisprudencial")

Assinala o despacho de fls. 2.113/2.122:

Indaga a Embargante que se o acórdão apresentado como paradigma não demonstrou o dissenso jurisprudencial alegado pela Fazenda Nacional, como pode ele servir de fundamento para corroborar a decisão embargada?

Não vislumbro que o acórdão embargado contenha assertivas que permitam responder a esta indagação.

De início, não vislumbro sob que fundamento pode-se admitir os embargos na circunstância acima retratada.

De qualquer forma, entendo que o fato de um determinado acórdão não ter sido admitido como comprovação de divergência jurisprudencial, **por si só**, não constitui óbice ao eventual aproveitamento de fundamento nele esposado na apreciação de determinada controvérsia.

É importante consignar que a parte do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional para qual não foi dado seguimento diz respeito à CSLL, sendo que o despacho correspondente, fls. 1.899/1.901, embora afirme que a divergência refere-se à questão de direito, limita-se a afirmar "*que se os fatos são distintos a interpretação da norma jurídica não poderá ser divergente*".

Apesar de entender que o pronunciamento acima deveria ser objeto de reparo e complementação por ocasião daquela admissibilidade, penso que não há prejuízo à citação questionada, visto que as passagens em que o voto condutor se utiliza de fundamentos declinados no acórdão paradigma rejeitado cuidam exclusivamente de questão de direito e o próprio voto consigna que apesar de não ter sido aceito como paradigma, o acórdão se presta para demonstrar a "*impossibilidade de se admitir o pagamento de juros como despesas necessária, nas hipóteses em que a controladora é a mutuante do empréstimo e, ao seu arbítrio, cria a despesa*"), senão vejamos:

*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 que, **embora não aceita para demonstrar o dissenso jurisprudencial alegado para a CSLL, serve como fundamento no sentido de corroborar a impossibilidade de se admitir o pagamento de juros 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.

(...)

Observa-se, pois, que o legislador ao tratar das sociedades controladas, dedicou artigo específico aos seus gestores e à sua responsabilidade perante à companhia por atos de favorecimento a uma ou mais das unidades envolvidas, antevendo circunstâncias como a que ora se retrata e, o que é mais importante, reconhecendo que nesses casos é repudiável - em razão da influência que a controladora exerce sobre a controlada - a concessão de tratamento diferenciado em qualquer das esferas.

(...)

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 aliás 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 um 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 desígnios conformados ao art. 242 do RIR/94. Não há, pois, quaisquer equívocos na tipificação da matéria impositiva e na precisas dissertações da Autoridade recorrida. (negritei)

Os excertos acima transcritos refletem análise sobre questão jurídica que em tudo se assemelha a enfrentada nos presentes autos, cabendo destacar que na única referência de natureza fática (participação da controladora no capital da controlada) a similitude é inafastável.

Além disso, o voto expressamente consigna que para o fim utilizado, aquele paradigma se prestava, pois foi trazido para demonstrar tratamento semelhante ao que fora dado na presente acusação fiscal, abstraindo-se, é claro, da essência que fora o motivo para rejeitar o paradigma: a CSLL. Ademais, a abordagem jurídica consignada no acórdão citado poderia ser utilizada como fundamento de decisão ainda que ele sequer tivesse sido trazido como paradigma pela recorrente, mas apenas como fonte jurisprudencial.

Portanto, é inconteste que não existe a contradição, uma vez que a própria relatora chamou a atenção para o fato de que estava trazendo à colação aquele acórdão justamente porque tratava de indedutibilidade de despesas financeiras em situação equivalente.

Ausente, portanto, a contradição apontada pela embargante.

PRIMEIRA OBSCURIDADE (obrigatoriedade de utilização de capital ao invés de empréstimo)

O despacho de admissibilidade sustenta que *"a decisão pautou-se por analisar os fatos concretos que lhe foram postos à apreciação nos autos, bem assim os efeitos decorrentes do nexo causal existente entre a conduta adotada pela Embargante e o resultado final da operação engendrada e, posteriormente, verificar se tais atos implicaram em infração à legislação tributária e na aplicação da lei de forma adequada, porém, de forma não pormenorizada, com o devido detalhamento que a questão suscitada exigia"*.

Vê-se que o exame admissibilidade pontua, de forma expressa, que a decisão embargada analisou os fatos concretos postos à sua disposição; analisou os efeitos decorrentes da conduta adotada pela autuada e o resultado final da operação; e verificou se tais atos implicaram em infração à legislação tributária, mas, fez isso *"de forma não pormenorizada"*, sem o *"detalhamento que a questão suscitada exigia"*.

Incorre o despacho de admissibilidade, mais uma vez, em indeterminação e subjetividade, suficientes ao comprometimento da apreciação que pretendeu fazer, e, o que é mais relevante, não exterioriza, e nem mesmo tangencia, os fundamentos em virtude dos quais poder-se-ia considerar atendidos os pressupostos para a admissibilidade dos declaratórios.

No que tange aos argumentos expendidos pela embargante em sua peça de defesa, embora ela faça referência à existência de obscuridade, não a indica sob qualquer hipótese, e sequer transcreve passagem do voto condutor do acórdão embargado em que tal obscuridade estaria presente. Limita-se a sustentar que não pode a autoridade administrativa determinar ao contribuinte como este deve proceder; a transcrever manifestação externada na declaração de voto, em Parecer juntado aos autos e na doutrina; a tecer considerações acerca das normas trazidas pela Medida Provisória nº 472, de 2009, que introduziu regras relativas à subcapitalização; e a sustentar a insubsistência da autuação.

Patente, mais uma vez, a tentativa da contribuinte de, pela via estreita dos embargos, rediscutir matérias já devidamente apreciadas pela decisão atacada.

Cumprе destacar que no item 73 de sua peça recursal, ainda que sob o título dessa “obscuridade”, a embargante alega:

“Outra demonstração cabal de contradição da decisão ora embargada é o fato de a própria KAC Corporation ter tomado financiamento no mercado financeiro para obter os recursos necessários à aquisição.”

Ou seja, torna a afirmar que houve contradição. E conclui:

“74. Ou seja, o empréstimo para a EMBARGANTE – que, repise-se, foi originalmente apenas de dois terços do montante total despendido na aquisição – nada mais foi do que um repasse do empréstimo captado no exterior, não fazendo sentido a KAC Corporation assumir, sozinha 100% dos custos financeiros desse empréstimo, já que a aquisição beneficiou diretamente a EMBARGANTE”.

Contudo, nem contradição, nem omissão, e nem obscuridade consigo identificar demonstrados por meio desses argumentos. Trata-se, sim, mais uma vez, de discordância da embargante com o resultado do julgamento porque a decisão foi bastante clara em sentido oposto ao que ela quer fazer valer, inclusive abordando o empréstimo captado pela controladora no exterior em mais de um momento:

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 condições financeiras 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.

[...]

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.

É importante destacar, ainda, que, em preliminar, o voto condutor do acórdão embargado expressamente admite as provas referidas, por se destinarem a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos por ocasião de debates ocorridos na sessão de julgamento anterior.

E, com referência à inexistência de regras, à época, que vedassem a subcapitalização, claro está no voto condutor do acórdão embargado o repúdio à pretensão da interessada novamente suscitada sob o manto da "obscuridade":

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 mutuatária, 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, 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 mutuaria, 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 autuada, 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 autuada 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 autuada, 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.

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 dispende 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.

SEGUNDA OBSCURIDADE (fundamentação legal para sustentar a desnecessidade das despesas)

Nos termos do despacho de admissibilidade, "embora a motivação erigida no voto condutor do aresto tenha considerado a dedutibilidade das despesas financeiras com o pagamento de juros e de variações cambiais passivas, segundo o critério da necessidade de sua realização, com base na legislação fiscal utilizada na determinação do lucro real, tendo por capitulação legal os artigos 195, I, e 242 do RIR/94", não foram "suficientemente expressos os fundamentos legais balizadores da decisão adotada no acórdão embargado", restando "a dívida quanto a quais outros preceitos legais a embargante teria deixado de atender". Isto com base na afirmação da embargante de que a decisão "não deixa clara qual a base legal que sustenta as suas conclusões."

Em sua peça de defesa, a embargante assinala que "em certa passagem da decisão, a D. Conselheira Relatora alerta para o dever de "observar os preceitos legais", mas não capitula claramente qual - ou quais - o preceito legal que deixou de ser observado pela EMBARGADA". No mais, referida peça traz argumentos diversos, reiterando aspectos enfrentados nos tópicos precedentes, buscando com isso que seja feita uma reapreciação da matéria.

Ora, como apregoou, ao menos em parte, o próprio despacho de admissibilidade, os "preceitos legais" referenciados pelo ato decisório embargado não são

outros que não aqueles que foram declinados na peça acusatória de fls. 1.064/1.071 (art. 6º, § 2º, e art. 7º do Decreto-Lei nº 1.598/77, e art. 45, § 2º, e art. 47 da Lei nº 4.506/64, refletidos nos arts. 195 (inciso I), 197, 242 e 243 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994, que representaram os efetivamente citados na referida peça).

A decisão analisa os argumentos de recorrente e da recorrida, mas não pode se afastar dos critérios adotados pela Fiscalização no lançamento de ofício. E se toda a fundamentação da Fiscalização foi na linha da indedutibilidade da despesa, na inobservância aos artigos acima citados, com a devida vênia, mais uma vez, é claro que a decisão embargada se referia a esses preceitos legais, e nem poderia ser diferente disso.

Nesse sentido, foi que a decisão consignou:

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.

[...]

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).

[...]

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.

.....
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.

Registro, por oportuno, que equivoca-se a embargante quando faz referência ao art. 299 do RIR/94, pois o art. 299 é o equivalente ao art. 242 do RIR/94, porém já no diploma legal do RIR/99.

No que diz respeito à reapreciação da matéria, como já dito, considerado o recurso manejado (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO), inexistente possibilidade para tanto.

Por fim, esclareço que a contribuinte apresentou embargos nos autos do processo administrativo nº 16327.001484/2004-01, apontando praticamente as mesmas contradições e obscuridades em relação ao Acórdão nº 9101-00.288, proferido na mesma sessão de julgamento em que apreciados estes autos. Deixou apenas de indicar a última contradição aqui apontada, intitulada "dissenso jurisprudencial". E, em sede de admissibilidade promovida por outro Conselheiro previamente *indicado hoc para se pronunciar sobre o juízo de admissibilidade dos embargos*, o Presidente da 1ª Turma da CSRF acolheu as razões por ele expostas para declarar a *improcedência das alegações suscitadas* e não acolher os embargos. As razões ali expostas estão alinhadas àquelas expressas neste voto:

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Contribuinte, com fundamento no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em face do acórdão 9101-00288, proferido pelos membros desta 1ª CSRF, por meio do qual (1) foram rejeitadas as preliminares relativas ao conhecimento; (2) foi dado provimento ao Recurso da Fazenda Nacional para restabelecer a exigência do IRPJ e (3) foi determinado o retorno dos autos à Câmara de origem para apreciar a exigibilidade da CSLL, em face das demais alegações recursais que deixaram de ser analisadas.

O Embargante, em suas razões, afirmou que "a decisão ora embargada tomou suas conclusões a partir de afirmações que, com todo respeito, são contraditórias às provas trazidas aos autos (...)".

Para demonstrar a contrariedade e a obscuridade, repisou todos os argumentos já suscitados em sede de Recurso Especial, da seguinte forma: (1) contradições: (1.1) existência ou não de recursos próprios para capitalizar a embargante, (1.2) distinção entre as personalidades jurídicas da embargante e de sua controladora no exterior, (1.3) entrega das ações da Kolynos S.A em pagamento do empréstimo com albalá, (1.4) da demonstração de inexistência de planejamento tributário, (1.5) suposto objetivo do empréstimo, (1.6) valor do capital da embargante e (2) obscuridades: (2.1) obrigatoriedade de utilização de capital ao invés de empréstimo, (2.2)

fundamentação legal para sustentar a desnecessidade das despesas.

O regimento interno do CARF, aprovado pela portaria nº 256. de 22 de junho de 2009. no artigo 65. dispõe:

"Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

O acórdão embargado analisou toda a operação realizada e concluiu (i) pela manutenção da glosa de despesas consideradas desnecessárias para o IRP.1 e (ii) em relação CSL, pelo retorno dos autos para análise da questão pela câmara a quo, sob o fundamento de que "se a Kolynos Corporation era praticamente a única sócia quotista da atuada está era devedora de dívida para consigo (...) E, repisando, se credor e devedor se confundem na mesma pessoa, é porque o empréstimo não se faz necessário.". E, ainda, foi consignado 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 de empréstimo ao invés de capitalização."

A inconformidade com as conclusões do acórdão ou com a análise de provas não deve ser manifestada por meio de Embargos de Declaração, já que estes não são a via própria para a reforma do acórdão.

Por não ter restado demonstrado que o acórdão embargado padeça de qualquer vício de obscuridade, omissão ou contradição, manifesto-me pela rejeição dos embargos apresentados.

Assim, com suporte nas razões antes expostas, conduzo meu voto no sentido de REJEITAR os declaratórios opostos.

(assinado digitalmente)
Adriana Gomes Rêgo

Declaração de Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa

Com a devida vênia, divirjo do voto da ilustre Relatora no que concerne a dois pontos dos embargos de declaração.

Primeiramente, conheço dos embargos de declaração, dando-lhes provimento quanto à segunda contradição apontada pela embargante, relacionada à distinção entre as personalidades jurídicas da embargante e de sua controlada no exterior. Com efeito, no acórdão que julgou o recurso especial consta contradição ao se identificar ora como controlada e controladora, ora como matriz e filial. Reconheço a existência deste pequeno lapso que implica em contradição do acórdão embargado a ser suprida com o presente julgamento.

Em que pese o acolhimento dos embargos quanto à contradição acima citada, não atribuo efeitos infringentes aos embargos a esse respeito, pois entendo que o tema central do recurso (necessidade da despesa) foi enfrentado por esta 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais sem que caiba seu reexame pela mera correção da contradição acima reconhecida. Até porque o acórdão embargado enumera diversas razões pelas quais a Turma, à ocasião, deu provimento ao recurso especial da Procuradoria, não sendo a identificação como matriz e filial (contraditoriamente incluída no acórdão) a razão central para a decisão. Nesse sentido, aliás, a ementa do acórdão menciona que *"a mutuante é sócia-quotista que detém 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos para integralizar o capital"*.

Assim, acolho os embargos de declaração neste ponto para retificar o acórdão embargado, constando que as empresas são controlada e controladora, com a efetiva distinção entre as pessoas jurídicas, sem que tal retificação implique em atribuição de efeitos infringentes.

Ademais, acolho os embargos de declaração para reconhecimento da obscuridade no acórdão embargado a respeito do fundamento legal para sustentar a desnecessidade da despesa, tema identificado como segunda obscuridade pela embargante.

O tema foi tratado pelo acórdão recorrido da forma seguinte, conforme voto vencedor, elaborado pelo ex-Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior:

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 recorde, pouco dias, deixando indene de dívidas 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

Lembro que a Lei nº 12.249/2010 estabeleceu em seu artigo 24 restrições à dedutibilidade de despesas na hipótese de subcapitalização e que o acórdão embargado reconhece a inexistência de normas que tratassem da subcapitalização ao tempo do fato gerador tratado nestes autos:

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.

Não obstante o reconhecimento da falta de norma a esse respeito, o v. acórdão embargado manteve a autuação fiscal, por entender que "a inexistência de regra específica tratando de 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." (fls. 8 do acórdão).

Portanto, a despeito de analisar a regra geral de dedutibilidade de despesa (299, do RIR/99), o acórdão embargado não elucida qual a norma jurídica que impediria a dedutibilidade de despesas com mútuo antes da Lei nº 12.249/2010. Até porque o próprio acórdão reconhece a aquisição da Kolynos e a efetividade desta aquisição com recursos

mutuados foi reconhecida pelo Banco Central do Brasil (conforme decisão no acórdão CRSFN 7885/07, verbis: "7. ... Não há como separar a operação de empréstimo que permitiu a aquisição de ativos da Kolynos do restante das operações realizadas pela Recorrente. Partindo-se de tal premissa, já que a K&S, uma subsidiária brasileira da KAC, realmente obteve o controle dos negócios da Kolynos, por meio da Albala, sua subsidiária uruguaia, resta indiscutível que tal aquisição por K&S ocorreu com recursos emprestados à KAC. Isto é pacífico").

As razões pelas quais é reputada desnecessária a despesa (como o fato da Kolynos Corporation ser praticamente a única sócia-quotista da autuada) indicam que a Turma, à ocasião, vislumbrou hipótese de subcapitalização. Exatamente por isso é obscura a manutenção de lançamento quando o mesmo acórdão identifica a inexistência de normas que tratassem do "*coeficiente de endividamento admissível*".

Por tais razões, voto por acolher os embargos de declaração também para reconhecimento desta obscuridade, com atribuição de efeitos infringentes neste ponto para negar provimento ao recurso especial da Procuradoria.

(assinado digitalmente)
Cristiane Silva Costa