



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

Processo nº 16327.002025/2005-18
Recurso nº 173.882 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1302-00.565 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de maio de 2011
Matéria IRPJ
Recorrentes MONSANTO DO BRASIL LTDA e FAZENDA NACIONAL
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2004

Ementa.

DESPESAS NECESSÁRIAS.

O pagamento de juros a empresa não vinculada, referente a negociação de títulos que foram repassados a bancos no exterior e cujos recursos foram aplicados pela recorrente em investimentos ligados à sua atividade produtiva, constituem despesa necessária e, portanto, dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

MULTA QUALIFICADA. RECURSO DE OFÍCIO.

Nega-se provimento ao recurso de ofício que afastou a multa qualificada diante da ausência dos pressupostos previstos nos art. 71 a 73 da Lei 4502/64.

IMPORTAÇÃO. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. AJUSTES.

Comprovada, após diligência, a inexistência de ajuste relativo a um dos produtos objeto da autuação, exonera-se parcialmente a exigência.

RO Negado e RV Provido

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, que negava provimento e, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício

(documento assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente. e relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Lavinia Moraes De Almeida Nogueira Junqueira, Andre Ricardo Lemes Da Silva, , Luiz Tadeu Matosinho Machado, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues De Mello .

Relatório

Trata-se de recurso voluntário e de ofício em relação ao acórdão DRJ que, por maioria, manteve parcialmente o lançamento abaixo descrito.

DA AUTUAÇÃO

Conforme Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls. 2282 a 2301, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, foi constatado o seguinte:

DOS FATOS

A contribuinte opera no segmento de herbicidas, e tem por finalidade o fabrico da matéria-prima Glifosato.

No ano-calendário de 2000, a contribuinte importou de forma preponderante o Ácido N-Fosfonometil Iminodiacético, síntese na elaboração do Glifosato. Nesse período o valor de importação foi da ordem de US\$ 130,9 milhões, sendo que desse total aproximadamente US\$ 124,3 milhões corresponderam a operações com empresas vinculadas, conforme demonstrativo de fl. 2283.

DA CONSTATAÇÃO FISCAL

A –PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

No ano-calendário de 2000 foram apurados valores passíveis de ajustes no LALUR para os produtos relacionados à fl. 2285 (11 produtos, ajuste total de R\$ 23.125.099,16).

A contribuinte calculou e apresentou os ajustes dos produtos Kadett, Sempra e Glifosato, aplicando o método PRL-20 (inciso II do artigo 18 da Lei nº 9.430/96 e alínea “d” do artigo 2º da Lei nº 9.959/2000), conforme documentos acostados aos autos (volumes I a III).

Para os produtos Ácido N-Fosfonometil, Flomo1407, Multiação e Roundup, a contribuinte calculou e apresentou os ajustes aplicando o método PRL-60 (item 1 da alínea “d” do artigo 2º da Lei nº 9.959/2000), conforme documentos acostados aos autos (volumes IV a VI).

A fiscalização, após a análise de dados, apresentados em meio magnético, não somente aceitou os métodos, preços praticados, preços-parâmetro e valores de ajustes dos

produtos apresentados pela contribuinte, como também apurou os ajustes pelo método PRL-20 dos produtos EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60, conforme tabelas de nºs 03, 04 e 05, anexas ao presente termo (fls. 2304 a 2306).

B- DA FRAUDE REALIZADA PARA SE EXIMIR DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS

A fiscalização apresenta uma descrição detalhada das operações de empréstimos, consideradas irregulares, através da emissão de títulos, realizadas no ano-calendário de 1998, entre as empresas Monsanto Colombiana Inc. (USA), Triple A Negócios Ltda., São Luiz Negócios Ltda., Equity Gestão de Negócios Ltda., LSC Gestão de Negócios Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda., e tendo como agente pagador o The Chase Manhattan Bank, de Londres, Inglaterra, de acordo com os certificados registrados no BACEN de nºs 241/35285 e 241/35025 (fls. 2286 a 2294).

A contribuinte informou que o objetivo das operações foi a realização de investimentos diretos de longo prazo (fl. 1303). Dos contratos registrados no BACEN, com base em informações prestadas pela contribuinte, extrai-se que os recursos foram declarados como sendo para capital de giro, quando na realidade foram para investimentos de longo prazo (aquisições de fábricas).

Foram criadas 4 empresas no Brasil (Triple A, São Luiz, Equity e LSC), para realizar uma única operação: as empresas Triple A e São Luiz emitiram títulos ao portador (Fixed Rate Notes, fls. 1647 a 2121), em nome da empresa Monsanto Colombiana, nos valores de US\$ 375,000,000.00 e US\$ 200,000,000.00, respectivamente, que foram repassados às empresas Equity e LSC, que, por sua vez, repassaram à Monsanto do Brasil, mediante assunção de dívida (nos repasses ocorridos em 30/06/98 e 01/10/98, para a Equity, a LSC e a Monsanto, o BACEN não tomou conhecimento).

Em março de 1999, as 4 empresas supracitadas foram definitivamente incorporadas pela Monsanto do Brasil.

Em 2004, a empresa Monsanto Company, USA, afirmou que resgatou os títulos criados pelas afiliadas brasileiras (não foi anexado qualquer documento comprovando, de forma irrefutável, os pagamentos da recompra) e realizou um aumento de capital na Monsanto do Brasil, ficando, dessa forma, caracterizada a operação irregular de empréstimos entre as empresas Monsanto Colombiana, Triple A, São Luiz, Equity, LSC e Monsanto do Brasil.

Não ficaram comprovadas as reais necessidades da criação de dívidas, via emissão de títulos, por parte das empresas Triple A e São Luiz, pois verifica-se que a Monsanto Colombiana detinha a totalidade do capital das empresas que emitiram os títulos, e, ainda, que as empresas afiliadas no Brasil foram constituídas com o objetivo de emitirem títulos para o próprio Grupo Monsanto.

Além disso, extrai-se que a empresa matriz Monsanto Company, USA, detinha o controle de 100% do capital da Monsanto Colombiana, e de 99,99% da Monsanto do Brasil, de modo que podemos concluir que as empresas Triple A e São Luiz ao emitirem títulos criaram dívidas, de forma indireta, via empresa matriz, para a própria Monsanto do Brasil.

Na realidade houve aporte de capital da empresa matriz, no exterior, para a sua afiliada Monsanto, no Brasil, de forma indireta, e não a obtenção de recursos no mercado internacional, como quer a Monsanto Colombiana caracterizar, isto porque não houve qualquer aquisição de títulos por parte de pessoas físicas ou jurídicas não bancárias.

Houve a criação de dívidas nas empresas brasileiras, por 6 anos, visando à geração de despesas de juros e variações cambiais passivas, de forma desnecessária à atividade da Monsanto do Brasil, e, com isso, a controladora nos EUA teria garantido um rendimento mínimo, mediante o pagamento de juros.

Isto porque a Monsanto Colombiana possuía os recursos necessários para fazer o aporte de capital na afiliada Monsanto do Brasil; e tanto que é verdade, que antecipou os referidos recursos (fls. 1684 a 1686) para a Triple A e a São Luiz, antes mesmo do carregamento dos títulos da Banca Commerciale Italiana – BCI de títulos (notas) emitidos por suas afiliadas no Brasil.

Além disso, as Fixed Rate Notes (FRNs) deveriam trazer cláusulas de garantias, bem como projeções de rentabilidade, requisitos mínimos para a avaliação dos eventuais investidores interessados em comprá-los.

Tais títulos foram emitidos por 4 empresas recém criadas no Brasil, cada uma delas com capital declarado muito inferior aos empréstimos supostamente pretendidos, conforme demonstrativo de fl. 2298.

Fica, assim, evidenciado que os títulos ofertados não se destinavam a quaisquer investidores, pois, na verdade, já estavam “comprados” pela própria Monsanto Colombiana.

A operação descrita permitiu que a Monsanto Colombiana aportasse no Brasil investimentos, como se empréstimos fossem, tornando-se proprietária das empresas adquiridas, e, simultaneamente, credora de sua própria dívida.

Por todo o exposto, conclui-se que as despesas financeiras contabilizadas (sintetizadas à fl. 2300), a título de variações cambiais e juros passivos, são indedutíveis (artigos 249, inciso I, 251, e § único, 299 e 300, do RIR/99), ficando, ainda, configurada a situação prevista no inciso I, do artigo 2º, da Lei nº 8.137/90, impondo-se o lançamento de multa qualificada.

DOS LANÇAMENTOS E DA RETIFICAÇÃO DO LALUR

Em face do acima exposto, foram retificados os saldos do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, e efetuados os seguintes lançamentos (anos-calendário de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2004:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)		
Auto de Infração	fls. 2262/2270 e 2308/2314	
Fundamento legal	artigos 241, 249, inciso I, 251, e § único, 299 e 300, do RIR/99; artigos 2º e 12, da Lei nº 9.959/2000; e inciso I, do artigo 2º, da Lei nº 8.137/90	
Crédito Tributário (em reais)	67.627.319,54	Imposto
	97.105.023,18	Multa proporcional
	45.322.755,34	Juros de mora (cálculo até 30/11/2005)
	210.055.098,06	TOTAL

Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)	
Auto de Infração	fls. 2271/2279 e 2315/2321
Fundamento legal	artigo 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88; artigo 19 da Lei nº 9.249/95; artigo 1º da Lei nº 9.316/96; artigo 28 da Lei nº 9.430/96; e artigo 6º da MP nº

	1.858/99 e reedições	
Crédito Tributário (em reais)	33.115.638,37	Contribuição
	48.103.459,85	Multa proporcional
	24.995.611,78	Juros de mora (cálculo até 30/11/2005)
	106.214.710,00	TOTAL

Crédito Tributário Total (em reais)		
Consolidado até 30/11/2005	210.055.098,06	IRPJ
	106.214.710,00	CSLL
	316.269.808,06	TOTAL

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Em decorrência do que foi constatado pela fiscalização, foi formalizado o processo nº 16327.002036/2005-06, de Representação Fiscal para Fins Penais.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos lançamentos em 05/12/2005 (fls. 2262 e 2271), a contribuinte, por meio de seus advogados, regularmente constituídos (fl. 2347 e 2348), apresentou, em 29/12/2005, a impugnação de fls. 2353 a 2399, alegando, em síntese, o seguinte:

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

IMPUGNAÇÃO DA COBRANÇA, HAVENDO PREJUÍZO NO ANO

A contribuinte não contesta os ajustes relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Sempra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomo1407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60.

No entanto, entende que tais ajustes devem ser reduzidos do saldo dos resultados negativos do ano-calendário de 2000 - antes da utilização feita pela fiscalização em relação ao débito tributário do item 02 do Auto de Infração – cancelando-se o lançamento do IRPJ e da CSLL, da multa e dos juros cobrados neste item da autuação, conforme demonstrativo de fl. 2357.

IMPUGNAÇÃO DO CÁLCULO PARA O ÁCIDO N-FOSFONOMETIL

Com relação ao Ácido N-Fosfonometil, no entanto, a impugnante não concorda com os cálculos adotados pela fiscalização, apresentados de forma resumida nas tabelas 02 e 06 do Auto de Infração (fls. 2303 e 2307), pelos motivos a seguir expostos.

Planilha de cálculos inicial incluiu parte não vinculada

Após ter entregue à fiscalização as planilhas referentes ao Ácido N-Fosfonometil, a impugnante reconheceu que havia incluído nelas, equivocadamente, importações da

empresa estrangeira CK Witco, que não se enquadra nos conceitos dados pelo artigo 244 do RIR/99 sobre o que seriam partes vinculadas à impugnante no Brasil, nem nas condições de aplicação das regras de preços de transferência estabelecidas pela IN SRF nº 38/97, vigente no ano-calendário de 2000.

A evidência dessa afirmação está comprovada pela DIPJ relativa ao ano-calendário de 2000, apresentada pela impugnante em 29/06/2001, muito antes da fiscalização ser iniciada. Na Ficha 35 do citado documento (doc. 06), na qual devem ser relacionadas as empresas que poderiam ser consideradas vinculadas à contribuinte para fins de aplicação das regras de preços de transferência, não consta a empresa CK Witco.

A impugnante anexa à presente uma declaração da empresa, confirmando a desvinculação societária ou operacional, no mesmo sentido daquela feita pela CK Witco (doc. 07).

Planilha de cálculo substituída é ignorada pela fiscalização

Visando a retificar as planilhas entregues à fiscalização em 06/09/2004, a contribuinte corrigiu o supracitado equívoco, e entregou à fiscalização, em 11/04/2005, ainda durante a ação fiscal, novas planilhas com cálculos para o preço-parâmetro das importações do Ácido N-Fosfonometil durante o ano-calendário de 2000 (doc. 08).

As novas planilhas envolveram exatamente os mesmos números e critérios utilizados nos cálculos originais, apenas deixando de incluir as importações feitas da empresa CK Witco.

Excesso de custos não excede a 5% das importações

A exclusão das importações da CK Witco gerou uma diminuição no cálculo do preço-parâmetro nas importações do Ácido N-Fosfonometil durante o ano-calendário de 2000.

Em vista disso, o ajuste ao lucro real e à base de cálculo da CSLL foi reduzido de R\$ 14.466.834,02 (cálculos de 06/09/2004) para R\$ 2.782.859,96 (cálculos de 11/04/2005).

No entanto, considerando que o preço efetivo (média aritmética) praticado pela impugnante naquele período para aquele produto foi de R\$ 6,994, excluídas as importações feitas da CK Witco, o excesso em relação ao verdadeiro preço-parâmetro (R\$ 6,896) é de 1,42%, inferior ao limite de tolerância de 5% estabelecido pelo artigo 36 da IN SRF nº 38/97, ficando a contribuinte dispensada de efetuar qualquer ajuste ao lucro real e à base de cálculo da CSLL referente às importações do Ácido N-Fosfonometil durante o ano-calendário de 2000.

A fiscalização usou a planilha errada

Surpreendentemente, e sem qualquer aparente razão, a fiscalização deixou de apreciar os cálculos apresentados pela impugnante em 11/04/2005, utilizando os cálculos errados entregues em 06/09/2004.

Ora, se a fiscalização aceitou, como afirma, todos os cálculos apresentados pela contribuinte, deveria tê-lo feito por completo, rejeitando os apresentados em 06/09/2004, e aceitando os apresentados em 11/04/2005, ainda durante a ação fiscal.

Busca da verdade material deve excluir parte não vinculada

O erro da fiscalização contraria frontalmente a verdade dos fatos, a verdade material, que é o que se busca no processo administrativo.

O exame dos documentos fornecidos pela impugnante em 11/04/2005 deve ser necessariamente feito e considerado, em respeito à apuração da verdade material e, consequentemente, em benefício da correta aplicação da lei.

Exclusão da autuação ou refazimento dos cálculos

Em vista do acima exposto, a impugnante rejeita os cálculos apresentados no Auto de Infração referentes ao Ácido N-Fosfonometil, e requer que sejam aceitos os cálculos entregues em 11/04/2005.

Caso não seja esse o entendimento dessa Delegacia de Julgamento, a impugnante requer a devolução dos autos para que o Auditor Fiscal autuante reanalise a glosa referente ao Ácido N-Fosfonometil, face aos cálculos apresentados em 11/04/2005.

A GLOSA DE DESPESAS DE JUROS E VARIAÇÃO CAMBIAL

A impugnante consigna que, para tornar clara a análise dos fatos, passará a se referir às operações de lançamento de títulos no exterior como operações de empréstimo, ainda que tecnicamente não o fossem.

OS FATOS

Investimentos no Brasil e obtenção de recursos no mercado internacional

No final da década de 90, a impugnante decidiu realizar importantes investimentos no Brasil. Apenas em 1998 esses investimentos somaram cerca de R\$ 461 milhões, como se verifica na Ficha 25 da DIPJ de 1999 (doc. 09).

Os recursos vieram ao país por meio do lançamento e Fixed Rate Notes (FRNs), com colocação em regime de "*private placement*" (venda privada de títulos feita por um agente intermediador, e sem venda em mercados públicos), conforme contratado à época com o The Chase Manhattan Bank (docs. 10 e 11).

Os títulos foram lançados em 1998, pelas empresas São Luiz Negócios Ltda. e Triple A Negócios Ltda. (docs. 12 e 13, fls. 2476/2484, com tradução juramentada às fls. 2699/2704), constituídas com o propósito específico do grupo Monsanto no Brasil para o lançamento dos títulos no mercado financeiro internacional. Esses lançamentos de títulos tiveram autorização do BACEN (docs. 14 e 15).

Em seguida ao recebimento dos recursos, a São Luiz e a Triple A transferiram os montantes obtidos e a responsabilidade pelo pagamento das FRNs para as empresas LSC Gestão de Negócios Ltda. e Equity Gestão de Negócios Ltda., respectivamente, constituídas com o propósito específico do grupo Monsanto no Brasil.

Imediatamente após o recebimento, a LSC e a Equity transferiram os recursos por elas recebidos e a responsabilidade pelo pagamento das FRNs para a impugnante (docs. 20 a 23).

Causa estranheza à impugnante a afirmação do Auditor Fiscal de que nos repasses ocorridos em 30/06/98 e 01/10/98, para a Equity, a LSC e a Monsanto, o BACEN não tomou conhecimento, pois o BACEN não se envolve em transferências de recursos feitas dentro do país.

Uso de empresas de propósito específico no Brasil

Um dos fatores que levou a fiscalização a suspeitar de fraude na estruturação do financiamento internacional foi a criação das 4 empresas de propósito específico - São Luiz, Triple A, LSC e Equity – utilizadas no lançamento dos títulos e repasse à impugnante dos recursos obtidos.

A razão disso, no entanto, longe de fraudar qualquer lei brasileira, foi evitar que a empresa americana da Monsanto viesse a ser enquadrada em regra tributária dos EUA que tributaria ficticiamente os juros decorrentes dos empréstimos obtidos no Brasil.

De acordo com a legislação tributária dos EUA na época, uma empresa americana, em certas condições, estaria obrigada a registrar como “receita presumida própria” os juros dos empréstimos que fossem pagos diretamente a um terceiro credor no exterior, quando o pagamento fosse efetuado por empresa operacional associada à empresa americana. Seria essa a situação da empresa americana da Monsanto ligada à impugnante, se a impugnante figurasse diretamente como devedora dos títulos. Caso a própria impugnante fosse a emitente dos títulos, a tributação dos juros seria feita de forma efetiva na instituição financeira estrangeira que adquiriu os títulos, e, uma segunda vez, de forma presumida, na Monsanto dos EUA, empresa americana ligada à pagadora dos juros segundo a legislação daquele país.

Adicionalmente às 2 empresas de propósito específico - São Luiz e Triple A – foram também criadas 2 outras empresas, também de propósito específico, no Brasil - LSC e Equity – para gerenciarem diretamente a aplicação no país dos recursos obtidos no exterior, caso fossem destinados separadamente a mais de um investimento. Na prática, a gestão separada dos recursos mostrou-se desnecessária, uma vez que eles foram aplicados através da impugnante, e não separadamente, como se cogitou à época da criação da LSC e da Equity.

Incorporação das empresas de propósito específico na impugnante

Também causou estranheza à fiscalização o fato de, após essa estruturação complexa de lançamento de títulos, serem as 4 empresas de propósito específico incorporadas pela impugnante alguns meses depois.

No final de 1998, a Lei nº 9.718/98 alargou a base de cálculo da COFINS e do PIS, já para 1999, incluindo as receitas de juros e de variações cambiais, fazendo com que as 4 empresas, constituídas em 1998, antes da Lei nº 9.718/98, viessem a ser grandemente oneradas.

Em vista disso, decidiu-se concentrar todo o assunto dos empréstimos em uma só empresa – a impugnante – e aquelas 4 empresas foram incorporadas à impugnante e extintas (doc. 24).

A partir desse momento, a impugnante passou a ser sucessora universal das 4 empresas incorporadas e responsável direta pelos títulos emitidos e pelo pagamento dos juros aos credores no exterior. Outra consequência foi gerar, para a empresa Monsanto nos EUA, tributação presumida dos juros pagos diretamente pela impugnante aos credores no exterior, exatamente o que a criação da Triple A e da São Luiz pretendeu afastar.

Fatos que evidenciam que não houve intuito de fraude

Tanto o lançamento dos títulos como a incorporação das 4 empresas foram aprovados pelo BACEN e devidamente registrados. O pagamento dos juros também foi feito segundo as regras cambiais do país, averbado nos certificados de registro pelo BACEN. A criação e a extinção daquelas empresas foram registradas no registro de pessoas jurídicas.

Tudo se fez às claras, e sem ocultação da nada. Tudo foi mostrado à fiscalização, antes da autuação. Não existiu, nem se demonstrou, uma única ação fraudulenta da impugnante ou das empresas a ela ligadas, no Brasil ou no exterior.

1ª PRELIMINAR—O FISCAL AUTUANTE NÃO ENTENDEU A OPERAÇÃO

Apesar de o Auditor Fiscal autuante ter sido amplamente informado pela impugnante, durante a fiscalização, sobre a natureza e particularidades do lançamento dos títulos no mercado financeiro internacional, o Termo de Constatação e Verificação Fiscal indica, em vários aspectos, que seu autor não compreendeu a operação em sua totalidade e, por isso, desconfiou de sua regularidade.

Os títulos emitidos não são ao portador, e sua transferência ao novo adquirente não se faz de mão em mão. A troca de titularidade é feita pelo Agente de Lançamento / Pagamento, no caso The Chase Manhattan Bank (docs. 12 e 13).

A posição do agente financeiro é receber os recursos dos investidores, para repassá-los ao emitente dos títulos; exatamente o contrário do que o Auditor Fiscal autuante parece haver entendido.

Nos casos de “*private placement*” dos títulos emitidos, a colocação deles é feita de forma direta com investidores institucionais, privadamente, e não uma colocação pública junto a pessoas físicas ou jurídicas não bancárias (“*public placement*”). Colocar os títulos junto a instituições privadas é, na verdade, a forma mais comum, quando se trata de grande volume de recursos no mercado financeiro internacional.

A prova do repasse dos títulos é inequívoca, e foi feita ao Auditor Fiscal autuante pela apresentação dos próprios títulos emitidos em favor dos bancos italianos, o que se comprova pelos extratos do The Chase Manhattan bank (docs. 12 e 13). Isso sem dúvida basta para comprovar a informação que o Auditor Fiscal entende que não foi disponibilizada. Querer confirmá-la por extratos bancários do exterior é simplesmente ignorar as práticas internacionais. O repasse dos títulos está comprovado, e é o que basta. Isso também é verdade em relação ao pagamento dos juros, que estão indicados nos próprios certificados de registro da operação, emitidos pelo BACEN (docs. 14 e 15), sendo desnecessários extratos bancários do exterior, aos quais a impugnante não tem acesso.

A recompra dos títulos está evidenciada sob diversas formas, a principal delas é sua posterior capitalização na impugnante. Não estivessem eles recomprados, não seria possível a capitalização pelo Monsanto Company, como foi feito. A impugnante anexa à

presente os documentos firmados pela Banca Commerciale Italiana, já em nome de sua sucessora, provando o recebimento dos recursos decorrentes da recompra e autorizando o Agente do Lançamento / Pagamento a transferir os títulos de volta à Monsanto Colombiana (docs. 32 e 33).

Como o Auditor Fiscal autuante não entendeu a operação de lançamento dos títulos como um todo, a fundamentação jurídica adotada não corresponde aos fatos, mal compreendidos pela fiscalização. O lançamento, nesse aspecto, não corresponde ao procedimento previsto no artigo 142 do CTN, devendo o Auto de Infração ser preliminarmente cancelado.

2ª PRELIMINAR – DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR 1999

O Auto de Infração foi lavrado em 02/12/2005, e neste item da autuação exige-se tributo sobre fatos geradores ocorridos em 31/12/99.

Tanto o IRPJ quanto a CSLL são tributos lançados por homologação, regidos pelo artigo 150 do CTN, de modo que o direito de a fiscalização constituir o crédito tributário através do lançamento extingue-se após 5 anos da ocorrência do fato gerador, ou seja, 31/12/2004, no presente caso.

Ainda que se reconheça que tenha havido a prática de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial seria deslocada para o artigo 173 do CTN, que estabelece o mesmo prazo de 5 anos, só que contados da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento (que é a declaração de rendimentos, segundo entendimento pacífico da jurisprudência administrativa).

Assim, qualquer que seja o critério adotado, será sempre no sentido de que a exigência fiscal cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/99 não pode ser mantida.

3ª PRELIMINAR – ERRO NO CÁLCULO RELATIVO À CSLL DE 1999

Ainda que superada a preliminar acima exposta, a exigência da CSLL relativa ao ano-calendário de 1999 deve ser cancelada, tendo em vista insanável erro de cálculo na sua apuração (decorrente de erro de cálculo do adicional).

O DIREITO

A necessidade da despesa

Todo o trabalho fiscal, que resultou na glosa da dedutibilidade das despesas de juros e de variações cambiais passivas de empréstimos contraídos no exterior, baseia-se na falta de necessidade das referidas despesas.

O dispositivo legal dado como infringido, e que constitui o principal fundamento para a autuação, é o artigo 299 do RIR/99 (artigo 242 do RIR/94).

Para ser dedutível, deve a despesa estar relacionada com a atividade da pessoa jurídica. Esse é o referencial legal. Qualquer outro referencial, que alguém queira subjetivamente utilizar, é irrelevante perante a lei.

Destaque-se que o Fisco não detém competência para questionar procedimentos comerciais adotados pelos contribuintes, sob o argumento da indedutibilidade da despesa.

Cabe ao empresário, e somente a ele, decidir pela conveniência e oportunidade do gasto incorrido, sem qualquer prejuízo à sua dedutibilidade para fins fiscais.

Juros e variação cambial são despesas usuais e necessárias

As despesas de juros e de variações cambiais passivas incorridas pela impugnante, e glosadas pela fiscalização, são absoluta e completamente necessárias à atividade operacional da impugnante.

Trata-se de encargos incorridos em função de disposição contida em contrato de empréstimo, cujos recursos foram aplicados no desenvolvimento das atividades da impugnante, conforme reconhecido pela própria fiscalização.

Registre-se que a efetiva utilização dos recursos captados no exterior na aplicação no desenvolvimento das atividades da impugnante não foi questionada pela fiscalização, tendo esta reconhecido expressamente que o produto das operações de empréstimo foi aplicado na aquisição de novas empresas e na ampliação da capacidade instalada da impugnante.

Só por esse motivo já se evidencia a total improcedência da exigência fiscal, devendo ser cancelado o Auto de Infração ora impugnado.

Desconsideração do negócio jurídico praticado

Impressionou-se a fiscalização com o fato de a contratação do empréstimo ter sido realizada entre a empresa então ligada à impugnante no exterior e 2 empresas supostamente “de papel”, constituídas para esse fim, e que alguns meses depois foram incorporadas pela impugnante, e o fato de os recursos captados terem sido repassados à impugnante logo após a realização da operação. Também causou espécie ao Auditor Fiscal autuante o fato de, 6 anos após a operação, o empréstimo ter sido utilizado como aumento de capital social da impugnante.

Todos esses fatos foram considerados pela fiscalização como evidências de ocorrência de simulação, tendo em vista que a intenção original das partes contratantes teria sido a realização de um investimento permanente entre elas, e não de um empréstimo.

Em função disso, os pagamentos efetuados entre as partes não teriam a natureza de juros e de variações cambiais passivas, mas de lucros e dividendos, e, como tal, seriam indedutíveis para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

A questão que se coloca, portanto, e que é objeto da autuação, é se pode o aplicador da lei desconsiderar a natureza dos atos praticados pelos contribuintes, e em que condições.

Não resta a menos dúvida de que os institutos jurídicos do empréstimo e da participação no capital social são completamente diversos, e não se confundem. Como também não pode restar qualquer dúvida de que os regimes de tributação a que ambos se submetem são distintos.

Essa conclusão se impõe ainda que os efeitos econômicos dos dois atos eventualmente venham a ser equivalentes.

Diante de duas estruturas jurídicas diferentes – que satisfazem igualmente os resultados negociais que se pretende atingir – podem as partes livremente escolher aquela que bem lhe aprouver, submetendo-se ao regime de tributação aplicável à natureza jurídica escolhida, sem que o aplicador da lei possa descaracterizá-la somente para submetê-la ao regime de tributação mais onerosa.

Ao contrário do que ocorre em outros países, a lei tributária brasileira não consagra a prevalência da substância econômica sobre a estrutura jurídica adotada. Embora todos os fatos geradores de obrigações tributárias devam conter substratos econômicos, a substância econômica dos atos jurídicos, por si só, não é suficiente para fazer nascer a obrigação tributária, nem se sobrepõe à estrutura jurídica adotada.

A liberdade de escolha da estrutura jurídica pelas partes é reconhecida pela jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes, sendo completamente irrelevantes os efeitos econômicos dos atos praticados pelo contribuinte para fins de determinação do regime jurídico tributário aplicável à operação.

De acordo com a jurisprudência administrativa, a estruturação jurídica do ato praticado pelo contribuinte deve ser respeitada pela fiscalização, ainda que seus efeitos econômicos sejam os mesmos de outra estrutura jurídica que eventualmente possa apresentar tratamento tributário mais oneroso.

Essa afirmativa, no entanto, não pode ser tomada em termos absolutos. Isso porque é igualmente pacífica a orientação da jurisprudência no sentido de que, tendo sido demonstrada a ocorrência de simulação, os atos praticados pelo contribuinte ficarão sujeitos ao regime jurídico tributário aplicável à operação que as partes realmente desejaram ajustar, e não aquele aplicável à operação simulada.

Hipótese de simulação

Apenas na hipótese de simulação, e somente se houver a prova incontestada de sua ocorrência, é que a estrutura jurídica adotada não será relevante para fins de determinação do regime jurídico aplicável aos atos praticados. O que vai determinar o regime de tributação aplicável, nessa hipótese, será o que as partes realmente pretenderam ajustar, e não o que elas simularam.

Considerando que foi dado como fundamento da autuação o disposto no inciso I do artigo 2º da Lei nº 8.137/90, e como fundamento da aplicação da penalidade o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, conclui-se que a fiscalização teria identificado a ocorrência de operação simulada pela impugnante na contratação das operações de empréstimo.

A questão é que a caracterização da simulação, no trabalho fiscal, não está nem evidenciada, nem comprovada.

Nos autos há somente uma vaga menção à fraude, na identificação de uma possível irregularidade no registro do empréstimo externo no BACEN, que teria sido declarado para financiar capital de giro, quando, na verdade, os recursos captados foram aplicados na aquisição de outras empresas; e a insistência em caracterizar como “de papel” a empresas que figuraram no pólo passivo da relação contratual de empréstimo, e que, alguns meses depois, foram incorporadas pela impugnante.

Estranha, ainda, a fiscalização o fato de a empresa da Monsanto nos EUA, por dispor dos recursos para investir a longo prazo no Brasil, tenha optado por contratar empréstimos, e não desde logo a realização do aporte de capital.

Nenhum dos atos acima enumerados pode ser caracterizado como hipótese de fraude, nem tampouco evidenciam comprovação incontestada de prática de simulação.

A anotação nos registros no BACEN de operação de empréstimo de capital de giro, e não de operação de empréstimo de longo prazo, pode configurar, no máximo, lapso no preenchimento do formulário. Isso porque a divergência nas informações é totalmente irrelevante para efeitos fiscais, pois o regime jurídico tributário aplicável às duas hipóteses é rigorosamente o mesmo.

A contratação de operação de empréstimo, ao invés de aporte de capital, faz parte da liberdade do contribuinte de escolher a estrutura jurídica que melhor atende aos seus interesses negociais no momento da realização da operação.

As transações ora questionadas se revelaram corretas do ponto de vista gerencial, porque à época na qual os títulos foram lançados foi bastante turbulenta no país. O risco cambial existente no final de 1998 terminou por se mostrar verdadeiro no início de 1999, quando o Real foi desvalorizado, e gerou prejuízos a toda a economia do país.

Um investimento de capital que fosse feito pela Monsanto Colombiana, conforme pretendido pela fiscalização, teria resultado em prejuízo inevitável para o investidor, posto que seria reduzido bruscamente, em virtude da maxidesvalorização da moeda brasileira em face do dólar e os efeitos cambiais, o que não ocorreu em decorrência do lançamento das FRNs.

É bem verdade que a jurisprudência administrativa tem desconsiderado operações em que terceiros interpostos dela participam, na qualidade de meras “pontes”. Mas tais decisões administrativas examinaram situações de fato em que os terceiros interpostos entre as partes não desempenhavam qualquer função, mas intervinham na operação apurando algum tipo de lucro ou prejuízo.

Esse absolutamente não é o caso dos autos, pois a interposição das empresas devedoras na operação de empréstimo é completamente neutra de efeitos fiscais, haja vista que os recursos foram captados no exterior a um determinado custo financeiro, e esse custo foi repassado, sem qualquer ajuste para mais ou para menos para a impugnante.

Assim, o fato de os recursos auferidos com os contratos de empréstimo terem sido contratados por duas empresas, e depois repassados no mesmo dia à impugnante, não justificam a descaracterização da natureza jurídica da operação contratada, nem evidenciam a prática de simulação.

Esse tipo de repasse de recursos captados de terceiros, com encargos, é bastante conhecido da jurisprudência administrativa, que tem mantido a glosa da dedutibilidade das despesas financeiras somente quando o repasse de recursos é feito sem a cobrança de encargos.

No caso em tela restou demonstrado que o repasse dos recursos para a impugnante ocorreu com a totalidade dos encargos assumidos pelas empresas contratantes.

Além disso, como já explicou a impugnante na exposição dos fatos, a primeira pessoa jurídica interposta foi necessária para evitar que a empresa controladora no exterior sofresse tributação presumida sobre os juros que seriam auferidos por uma terceira instituição, em função da contratação da operação.

No curso das negociações para a emissão dos títulos, surgiu a proposta de interposição de uma segunda pessoa jurídica, visando retirar da impugnante a manutenção dos investimentos que seriam captados no exterior. A idéia era manter com pessoas jurídicas independentes da impugnante a administração dos investimentos nas novas unidades de negócios e nas novas participações societárias que seriam adquiridas com os recursos obtidos.

Quanto à decisão de incorporação das empresas, esta teve, como já mencionado, um claro propósito empresarial: evitar a sobreposição de incidências de PIS e de COFINS sobre o valor de receitas financeiras de empréstimos repassados entre várias empresas do mesmo grupo.

É importante salientar também que, ainda que se considerasse simulada a existência das empresas devedoras, o fato é que a operação de empréstimo em si não pode ser considerada simulada. O pólo passivo da relação jurídica obrigacional foi originalmente preenchido pelas empresas interpostas, para logo após dar lugar ao devedor efetivo, qual seja, a impugnante.

A interposição das empresas devedoras efetivamente ocorreu. Mas o empréstimo em si é verdadeiro, real, efetivo, pois foi corretamente contratado, devidamente registrado no BACEN, e houve a efetiva entrada de recursos do exterior no Brasil. Sendo incontestes a efetiva realização da operação de empréstimo, não há que se falar em simulação.

Sustenta ainda a fiscalização que a criação de dívidas na empresa brasileira teria garantido à empresa controladora nos EUA o recebimento de um rendimento mínimo mediante o pagamento de juros. A fiscalização afirma que a controladora estaria recebendo indevidamente, além dos lucros e dividendos, também os juros devidos na contratação do empréstimo.

Nada mais falso. Os fatos demonstram não ter havido a realização de esquemas que gerassem despesas no Brasil e receitas mínimas garantidas no exterior à empresa Monsanto nos EUA, uma vez que os juros foram pagos não a ela, mas aos bancos italianos.

Estranha ainda a fiscalização que a colocação dos títulos no exterior foi feita sem garantias.

A empresa devedora brasileira, efetivamente, não ofereceu garantias de pagamento dos títulos emitidos. Mas a Monsanto Company e a Monsanto Colombiana, no exterior, garantiram a recompra dos títulos, nas condições ajustadas entre eles e os bancos italianos, nos termos dos contratos firmados entre eles (docs. 27 a 29, com tradução juramentada às fls. 2705/2821)

Glosa de variações cambiais passivas sem considerar as ativas

Para evidenciar, ainda mais, a incongruência dos critérios adotados pela fiscalização no cálculo da exigência fiscal, registre-se que as variações cambiais passivas líquidas das ativas lançadas pela impugnante nos anos de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2004 foram consideradas indedutíveis para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Mas a variação cambial ativa, reconhecida contabilmente pela impugnante no ano-calendário de 2003, não gerou crédito de imposto, nem foi deduzida pela fiscalização dos valores considerados indedutíveis nos demais anos.

Além disso, outra demonstração da falta de coerência da fiscalização reside no fato de a impugnante ter sofrido outra fiscalização, em meados de 2003, e ter sido autuada

pela falta de recolhimento da COFINS e do PIS incidentes sobre os valores correspondentes às variações cambiais ativas desses mesmos empréstimos, agora qualificados como simulação de capital.

A impugnante espera das autoridades públicas um mínimo de coerência. Ou bem a administração fazendária considera que a remuneração dos empréstimos tem natureza de juros e de variação cambial passiva, e como tal permite a sua dedução no cálculo da incidência dos tributos devidos com base nessa natureza jurídica, ou bem ela sustenta que esses valores na verdade têm natureza de lucros e dividendos, remuneração de capital, e os submete a esse regime específico de tributação.

Classificação da despesa como não necessária ao invés de lucros e dividendos não dedutíveis

A norma fiscal dada como infringida foi o artigo 299 do RIR/99, que trata das condições necessárias ao reconhecimento da dedutibilidade das despesas da pessoa jurídica.

No entanto, se o empréstimo tivesse sido contratado para dissimular uma operação de aporte de capital, os juros e as variações cambiais passivas teriam de se submeter ao regime de tributação dos lucros e dividendos distribuídos, e o fundamento legal deveria ter sido o §1º do artigo 274 do RIR/99, c/c artigo 201 da Lei nº 6.404/76, que vedam a dedutibilidade como despesa operacional dos lucros distribuídos aos sócios da pessoa jurídica.

Ao optar por embasar o trabalho fiscal no artigo 299 do RIR/99, a fiscalização inviabilizou a manutenção da autuação, por total incompatibilidade entre a suposta irregularidade e a fundamentação legal dada por infringida.

Destaque-se que mesmo que os valores mutuados tivessem realmente a natureza jurídica de aporte de capital, os valores pagos teriam a natureza de juros sobre o capital próprio. Seriam plenamente dedutíveis como juros, e não como dividendos (indedutíveis).

DA MULTA AGRAVADA

A penalidade exigida pela fiscalização foi a prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, aplicável nos casos de evidente intuito de fraude, conforme definido nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, que tratam das hipóteses de sonegação e de fraude no âmbito do direito tributário.

Sonegação é toda ação ou omissão dolosa com o objetivo de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária do fato gerador da obrigação tributária. E fraude é toda ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador de tributo, ou a excluir ou modificar as suas características principais.

Não houve sonegação, pois, por mais esforço que se faça, impossível identificar na conduta da impugnante uma ação dolosa com o objetivo de ocultar da fiscalização a ocorrência de fatos geradores de tributos.

Também não houve fraude, pois não se identifica, nos negócios jurídicos realizados, a ocorrência de dolo ou má-fé por parte da impugnante, com o objetivo de impedir a incidência de tributos.

Diante de todo o exposto, ainda que se mantenha a exigência fiscal, deve a multa agravada ser afastada, tendo em vista a não ocorrência de qualquer conduta da impugnante que possa ser caracterizada como sonegação ou fraude.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Após sintetizar sua impugnação às fls. 2397 a 2399, a impugnante requer a anulação do Auto de Infração e o cancelamento dos créditos tributários nele exigidos.

DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

DA DILIGÊNCIA PROPOSTA PELA DRJ/SÃO PAULO

Em face dos argumentos trazidos pela contribuinte em sua impugnação, e visando à complementação da instrução processual, esta Delegacia de Julgamento encaminhou o presente processo à DEAIN/São Paulo (fl. 2831/2833), solicitando ao Auditor Fiscal atuante que:

Preços de transferência

- Manifeste-se acerca da alegação da contribuinte de que a empresa estrangeira CK Witco não seria a ela vinculada, e que, na apuração dos ajustes relativos ao Ácido N-Fosfonometil, foi utilizada a planilha entregue em 06/09/2004 (errada, por incluir importações da CK Witco), e não a corrigida, entregue em 11/04/2005, ainda durante a ação fiscal (destaque-se que a fiscalização afirma ter aceito as planilhas apresentadas pela contribuinte);
- Refaça, se for o caso, o cálculo dos ajustes relativos ao Ácido N-Fosfonometil, observando a alegação da contribuinte de que, com a exclusão das importações da CK Witco, o excesso de custo em relação ao preço-parâmetro seria inferior ao limite de tolerância de 5% estabelecido pelo artigo 36 da IN SRF nº 38/97.

Cálculo do adicional da CSLL

- Junte aos autos o “Demonstrativo de Apuração da Contribuição Social sobre o Lucro” utilizado na autuação, com a apuração do valor do adicional da CSLL, para todos os períodos autuados, corrigindo, se for o caso, eventuais equívocos.

DO RELATÓRIO FINAL DE DILIGÊNCIA FISCAL

Em atendimento à solicitação da DRJ/São Paulo, a fiscalização elaborou o Relatório Final de Diligência Fiscal de fls. 2892 a 2897, a seguir sintetizado.

Preços de transferência

A contribuinte apresentou, em 11/04/2005, uma petição informando que a empresa CK Witco não era a ela vinculada (fl. 1193). Não foi mencionada qualquer redução do valor do ajuste declarado em 06/09/2004. Mencionou apenas que os cálculos e documentos anexados à petição contemplavam essa nova informação.

De qualquer forma, não constam no presente processo os demonstrativos e planilhas de cálculo peticionados pela contribuinte.

Assim, a fiscalização passou à revisão e recálculo de todos os dados apresentados em meio magnético, para a efetiva comprovação do preço praticado, do preço-parâmetro e do ajuste do insumo Ácido N-Fosfonometil. Independentemente da interpretação e dos cálculos elaborados e entregues pela contribuinte, a fiscalização elaborou seus próprios cálculos, em conformidade com o item “b” e os incisos I e II do § 11 do artigo 12 da IN SRF nº 32/2001.

Às fls. 2894 e 2896 a fiscalização apresenta a metodologia adotada na determinação do preço-parâmetro pelo método PRL-60. O preço-parâmetro obtido foi de R\$ 8,9371.

À fl. 2896 a fiscalização apresenta o demonstrativo de cálculo do preço praticado, obtendo o valor de R\$ 6,8593.

Assim, tanto na apuração realizada pela fiscalização, quanto na realizada pela contribuinte (sintetizada à fl. 2896), não houve ajustes relativos ao Ácido N-Fosfonometil.

Dessa forma, conforme consta à fl. 2285, deve ser excluído do valor do ajuste o valor de R\$ 14.466.834,02, devendo ser adicionado no LALUR, ano-calendário de 2000, o valor de R\$ 8.658.265,14, conforme demonstrativo a seguir (valores em reais):

Valor no Auto de Infração	23.125.099,16
(-) Retificação	-14.466.834,02
= Valor corrigido	8.658.265,14

Cálculo do adicional da CSLL

A fiscalização junta aos autos cópia do demonstrativo de apuração da CSLL e do adicional de 4% (fl. 2898), relativo ao ano-calendário de 1999, e informa que no demonstrativo foi considerada a receita bruta declarada na DIPJ que serviu de base de cálculo do PIS.

Foi também juntada, à fl. 2899, a memória de cálculo do percentual das receitas brutas dos meses de abril a dezembro de 1999, em relação à receita bruta anual (janeiro a dezembro de 1999).

DA MANIFESTAÇÃO DA CONTRIBUINTE

Intimada a se manifestar sobre o resultado da diligência, a impugnante o fez às fls. 2907 a 2913, no seguinte sentido.

Preços de transferência

A fiscalização reconheceu ser indevida a inclusão de empresa não vinculada no cálculo do preço-parâmetro e, ao refazer seus cálculos, constataram a ausência de qualquer ajuste necessário com relação ao Ácido N-Fosfonometil. Assim, restou definida a exclusão do ajuste proposto para essa mercadoria, no valor de R\$ 14.466.834,02.

Dessa forma, ficou consignado que o valor a ser ajustado no LALUR relativo ao ano-calendário de 2000 seria tão somente o valor de R\$ 8.658.265,14, já reconhecido pela impugnante. Nesse tocante, cumpre ressaltar que, considerando a existência de prejuízos correntes naquele período em montante superior ao ajuste mantido, a impugnante realizará o ajuste, não sendo cabíveis quaisquer exigências de juros de mora ou multa de ofício.

Assim, com relação a esse item da autuação, a impugnante vem consignar sua concordância com relação à conclusão da diligência fiscal.

Cálculo do adicional da CSLL

Tendo em vista a clara discrepância do valor da CSLL e do valor do adicional aplicável no período de maio a dezembro de 1999, a impugnante requereu a revisão desses cálculos, o que foi acolhido na determinação da Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

Na realização da diligência fiscal, no entanto, a fiscalização limitou-se a anexar planilha de cálculo do adicional e a informar que o valor da receita bruta adotada para fins de apuração da parcela do lucro sujeita ao adicional de 4% correspondia à linha de Faturamento/receita Bruta na Demonstração da Base de Cálculo do PIS, informada na DIPJ/2000.

Como não houve qualquer revisão ou retificação do valor do adicional, a impugnante manifesta-se contrariamente à conclusão da fiscalização e volta a consignar que não concorda com o cálculo do adicional da CSLL, uma vez que:

1. a fiscalização desconsiderou, para fins de adicional, a base negativa da CSLL no ano-calendário de 1999. Essa inconsistência gerou uma exigência de adicional de 4%, relativo a um período de 8 meses, 12 vezes maior que a exigência da própria CSLL à alíquota de 4% no período de 12 meses;
2. a impugnante reafirma seu entendimento indicado no cálculo apresentado no curso da diligência fiscal, em 24/05/2007, no sentido de que o percentual do lucro sujeito ao adicional da CSLL não deveria partir da base de cálculo do PIS, mas da receita bruta apurada nos termos da legislação do imposto de renda. Essa afirmação demonstra a boa-fé da impugnante, uma vez que o percentual apurado com base na receita bruta nos termos da legislação do imposto de renda (85,94%) é substancialmente superior ao apurado pela fiscalização com base na receita bruta declarada para o PIS (54,06%); e
3. a fiscalização pretende ajustar o percentual sujeito ao adicional da CSLL mediante a inclusão do valor de supostas infrações apuradas (R\$ 479.540.859,38) na receita bruta do período e na receita bruta total. A impugnante não pode concordar com esse procedimento, uma vez que as infrações apuradas referem-se à glosa de despesas financeiras, alheias à determinação do valor da receita bruta, que permaneceria inalterada, mesmo na improvável hipótese de procedência das infrações.

Assim, a impugnante reafirma seu entendimento de que o adicional da CSLL seria corretamente calculado se o valor da suposta infração fosse compensado com a base negativa da CSLL do período e de períodos anteriores, multiplicado pelo percentual de 85,94% e, então, multiplicado pela alíquota de 4%, como demonstrado na planilha de fl. 2912.

O acórdão DRJ foi ementado como abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2004

IMPORTAÇÃO. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. AJUSTES.

Comprovada, após diligência, a inexistência de ajuste relativo a um dos produtos objeto da autuação, exonera-se parcialmente a exigência.

APORTE DE CAPITAL DE CONTROLADORA NO EXTERIOR PARA CONTROLADA NO BRASIL, POR MEIO DE ATOS SOCIETÁRIOS DIVERSOS SEM PROPÓSITO NEGOCIAL. SIMULAÇÃO

Não são válidos por si sós os negócios formalizados a título de "planejamento fiscal" ou "negócio jurídico indireto". Provada de forma indireta a existência de simulação no suposto empréstimo feito pela controladora no exterior, para a própria empresa, evidenciado ser mero aporte de capital, por meio de atos societários sem qualquer propósito comercial, a despesa com a variação cambial negativa e a remessa de juros é indedutível.

MULTA AGRAVADA DE OFÍCIO

Não havendo intuito de fraude nos atos praticados pela empresa, diminui-se a multa imposta para 75%.

CSLL. DECORRÊNCIA. ERRO NO CÁLCULO.

A decisão relativa ao IRPJ se estende à CSLL, por decorrem os lançamentos dos mesmos fatos e elementos de prova. Constatado erro na apuração do tributo, corrige-se o valor lançado.

Importante transcrever os votos vencido e vencedor para melhor clarear os fatos de interesse na solução da lide:

Voto Vencido:

Tempestiva a impugnação ao Auto de Infração, dela tomo conhecimento.

DO IRPJ E DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA (CSLL)

Os lançamentos relativos ao IRPJ e à CSLL decorrem dos mesmos fatos e elementos de prova. Desse modo, a decisão relativa ao IRPJ se estende, mutatis mutandis, à CSLL.

DA AUTUAÇÃO RELATIVA A PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA
No ano-calendário de 2000 foram apurados valores passíveis de ajustes no LALUR, segundo a legislação de preços de transferência, para os produtos relacionados à fl. 2285 (11 produtos, ajuste total de R\$ 23.125.099,16).

A contribuinte não contesta os ajustes relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Sempra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomo1407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60 (ajuste total de R\$ 8.658.265,14).

Entende, no entanto, que tais ajustes devem ser reduzidos do saldo dos resultados negativos do ano-calendário de 2000 - antes da utilização feita pela fiscalização em relação ao débito tributário do item 02 do Auto de Infração - cancelando-se o

lançamento do IRPJ e da CSLL, da multa e dos juros cobrados neste item da autuação, conforme demonstrativo de fl. 2357.

Com relação ao Ácido N-Fosfonometil, a impugnante não concorda com os cálculos adotados pela fiscalização (método PRL-60), apresentados de forma resumida nas tabelas 02 e 06 do Auto de Infração (fls. 2303 e 2307), que levaram ao ajuste de R\$ 14.466.834,02.

Alega que nas planilhas por ela entregues originalmente (em 06/09/2004) à fiscalização foram incluídas, equivocadamente, importações da empresa estrangeira CK Witco, que não se enquadra nos conceitos dados pelo artigo 244 do RIR/99 sobre o que seriam partes vinculadas à impugnante no Brasil, nem nas condições de aplicação das regras de preços de transferência estabelecidas pela IN SRF nº 38/97, vigente no ano-calendário de 2000 (os docs. 06 e 07, fls. 2421 a 2424, confirmariam essa alegação).

Segundo a contribuinte, o equívoco foi corrigido, tendo sido entregues novas planilhas - iguais as originais, apenas deixando de incluir as importações feitas da empresa CK Witco - à fiscalização (em 11/04/2005, ainda durante a ação fiscal, conforme doc. 08, fl. 2425), as quais teriam sido ignoradas pela fiscalização.

Considerando a exclusão das importações da CK Witco, o excesso de custo em relação ao preço-parâmetro seria de 1,42%, inferior ao limite de tolerância de 5% estabelecido pelo artigo 36 da IN SRF nº 38/97, ficando a contribuinte dispensada de efetuar qualquer ajuste ao lucro real e à base de cálculo da CSLL referente às importações do Ácido N-Fosfonometil durante o ano-calendário de 2000.

Após diligência efetuada junto à contribuinte, a fiscalização de fato, concluiu que não deveria haver ajustes relativos ao Ácido N-Fosfonometil.

Dessa forma, há que se excluir da tributação o ajuste de R\$ 14.466.834,02, restando o ajuste de R\$ 8.658.265,14, não contestado pela contribuinte, relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Semptra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomo1407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60.

Com relação aos resultados negativos do ano-calendário de 2000, há que se observar que estes já foram considerados pela fiscalização em relação ao débito tributário decorrente da glosa de despesas financeiras (fls. 2267 e 2276), de forma mais benéfica à contribuinte do que a por ela pleiteada, visto que a referida glosa foi acompanhada por multa de ofício qualificada, de 150%, ao passo que os ajustes decorrentes da legislação de preços de transferência tiveram a aplicação de multa de ofício de 75%.

DA GLOSA DE DESPESAS DE JUROS E DE VARIAÇÃO CAMBIAL A fiscalização considerou irregulares operações de empréstimos, através da emissão de Fixed Rate Notes (FRNs), realizadas no ano-calendário de 1998, entre as empresas

Monsanto Colombiana Inc. (USA), Triple A Negócios Ltda., São Luiz Negócios Ltda., Equity Gestão de Negócios Ltda., LSC Gestão de Negócios Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda., e tendo como agente pagador o The Chase Manhattan Bank, de Londres, Inglaterra, de acordo com os certificados registrados no BACEN de n.ºs 241/35285 e 241/35025 (fls. 2286 a 2294).

Conseqüentemente, as despesas financeiras contabilizadas (anos-calendário de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, sintetizadas à fl. 2300), a título de variações cambiais e juros passivos, foram consideradas indedutíveis, ficando, ainda, configurada a situação prevista no inciso I, do artigo 2º, da Lei nº 8.137/90, impondo-se o lançamento de multa qualificada.

A impugnante alega em sua defesa que:

A fiscalização interpretou equivocadamente os fatos, e extraiu deles efeitos não condizentes com a realidade, com errônea aplicação da legislação pertinente, contrariando o disposto no artigo 142 do CTN;

A fiscalização entendeu desnecessárias despesas de juros e variações cambiais sabidamente necessárias;

A fiscalização ignorou a liberdade da impugnante em lançar títulos e obter empréstimos, desconsiderando a natureza jurídica da operação realizada, apesar de todos os seus atos serem legais e possuírem substância evidente e sustentável, pretendendo imputar-lhe a natureza de um aumento de capital disfarçado. Como resultado, alegou a intenção de fraude, mas não se esforçou, nem conseguiu apresentar provas incontestes de que a fraude tenha de fato existido;

A glosa efetuada é incoerente e inconsistente, pois se as despesas de juros e variações cambiais, na operação analisada não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL, as receitas de variação cambial de 2003, então tributadas na forma da legislação vigente, deveriam ser excluídas da tributação, gerando crédito de tais tributos, o que não foi concedido pela fiscalização; a incoerência se torna mais evidente ao se notar que a mesma fiscalização federal autuou a impugnante em meados de 2003 por falta de pagamento de PIS e da COFINS sobre as receitas de variação cambial ativa registradas nas mesmas operações de empréstimo;

A fiscalização fundamentou de forma errada suas alegações, pois nas hipóteses de simulação não se aplica o artigo 299 do RIR/99 (sobre a necessidade da despesa), mas o artigo 274, §1º, do RIR/99, c/c artigo 201 da Lei nº 6.404/76, que vedam a dedutibilidade como despesas operacional dos lucros distribuídos aos sócios da pessoa jurídica;

A fiscalização estabeleceu multa agravada de 150%, aplicável a casos de sonegação ou fraude, mas não demonstrou, seja de forma evidente ou implícita, qualquer um desses institutos;

Decadência do direito de lançar o ano-calendário de 1999; e Erro no cálculo relativo à CSLL (adicional) do ano-calendário de 1999.

Passemos, então, à análise do caso em tela.

DO USO DE EMPRESAS DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E DA POSSIBILIDADE HAVER OCORRIDO DE FRAUDE

Como bem observa a impugnante, um dos fatores que levou a fiscalização a suspeitar de fraude na estruturação das transações efetuadas foi a criação das 4 empresas de propósito específico - São Luiz, Triple A, LSC e Equity – utilizadas no lançamento dos títulos e no repasse à impugnante dos recursos obtidos.

Inicialmente, cabe observar que a criação de empresas que servirão de intermediárias em determinadas transações não caracteriza, por si só, intuito de fraude à legislação tributária. Há que se analisar, caso a caso, se tais empresas são meras intermediárias ou se cumprem papel relevante nas operações, e se a interposição dessas empresas modifica, em prejuízo ao Fisco, os efeitos tributários que teriam ocorrido sem essa intermediação.

No caso em tela, as empresas São Luiz e Triple A foram criadas com o propósito específico de lançar títulos no mercado financeiro internacional; e as empresas LSC e Equity para gerenciarem diretamente a aplicação no país dos recursos obtidos no exterior. Ou seja, tinham uma finalidade econômica, ultrapassando a mera intermediação.

Cumpra observar que a criação de sociedades de propósito específico (SPE) - modelo de negócio com origem em institutos tipicamente norte-americanos, para executar objetivos específicos e determinados (Special Purpose Company) - é um instrumento largamente utilizado em nosso ordenamento jurídico, para a estruturação de negócios.

Quanto aos efeitos tributários, há que se observar que a interposição das supracitadas empresas na operação de empréstimo é completamente neutra, haja vista que os encargos decorrentes da captação de recursos no exterior foram repassados, integralmente, para a impugnante, como se ela fosse a contratante original dos empréstimos.

As empresas Triple A e São Luiz emitiram Fixed Rate Notes em nome da empresa Monsanto Colombiana, nos valores de US\$ 375,000,000.00 e US\$ 200,000,000.00, respectivamente, sendo que os valores recebidos foram repassados às empresas Equity e LSC, que, por sua vez, repassaram à Monsanto do Brasil, mediante assunção de dívida.

Dessa forma, conclui-se que não houve fraude na criação e intermediação das supracitadas empresas, pois, além de estas cumprirem uma finalidade específica e justificável, sua utilização não trouxe modificações, em prejuízo ao Fisco, dos efeitos tributários decorrentes das operações.

Resta, agora, analisarmos eventual fraude nas operações de empréstimo e a dedutibilidade das despesas decorrentes.

DAS OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO E DA DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS DE JUROS E DE VARIAÇÃO CAMBIAL As despesas incorridas foram consideradas, pela fiscalização, como desnecessárias, pois teria havido, na realidade, aporte de capital da empresa matriz para a sua afiliada, objetivando a aquisição de novos investimentos. As operações questionadas teriam permitido que a Monsanto Colombiana aportasse no Brasil investimentos, como se empréstimos fossem, tornando-se proprietária das empresas adquiridas, e, simultaneamente, credora de sua própria dívida.

A autuação baseia-se numa presunção de que teria havido uma simulação envolvendo as empresas supracitadas, numa hipotética operação de mútuo. Essa conclusão está baseada, essencialmente, no fato de, no contrato de empréstimo registrado no BACEN, a contribuinte haver informado que a finalidade dos recursos era de capital de giro, tendo estes sido utilizados como investimentos.

Trata-se de uma presunção simples, hominis, cuja utilização, pura e simples, como instrumento de autuação, sofre restrições, conforme observa-se, entre outros, pelos seguintes Acórdãos do Conselho de Contribuintes:

“I.R.P.J. – OMISSÃO NO REGISTRO DE RECEITA - Após o advento do Código Tributário Nacional, que consagrou o princípio da reserva legal na atividade administrativa de lançamento, as exigências tributárias somente poderão ser formalizadas com prova segura, a cargo de quem alega, dos fatos que revelem o auferimento da receita passível de tributação, ou mediante a demonstração de que ocorreram aqueles fatos, expressamente arrolados pela lei, como presunções de omissões de receitas. Se é certo que as presunções hominis ou facti, não se prestam para alicerçar a incidência do Imposto sobre a Renda, como é cediço na doutrina e jurisprudência, impossível a manutenção da exigência quando se baseia em simples ilação. Recurso voluntário conhecido e provido” (Acórdão 101-92549, de 23/02/99). No mesmo sentido, Acórdão nºs 101-92729/99, 101-92319/98 e 101-92289/98.

“IRPJ e OUTROS OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÕES COMUNS - A constatação no mundo factual de infrações capituladas como presunções comuns “de hominis”, não têm o condão de transferir o ônus probante da autoridade fiscal para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, a qual, para manter a respectiva imputação, deverá o fisco produzir provas hábeis e

irrefutáveis da ocorrência da infração” (Acórdão 107-07334, de 10/09/2003).

Os fatos apurados pela fiscalização seriam, quando muito, meros indícios de irregularidade, cabendo à fiscalização efetuar as diligências necessárias para confirmar, ou não, a existência do ilícito tributário, em obediência ao artigo 142 do CTN, in verbis:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

A operação de mútuo está comprovada, tendo sido, inclusive, registrada no BACEN. Se trata-se de uma simulação, tal fato deveria ter sido comprovado, não simplesmente presumido. Esse também é o entendimento do Conselho de Contribuintes:

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO - Não basta a simples suspeita de fraude, conluio ou simulação para que o negócio jurídico realizado seja desconsiderado pela autoridade administrativa, mister se faz provar que o ato negocial praticado deu-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN).

SIMULAÇÃO – Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador, efetivamente, realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO – Configura-se negócio jurídico indireto, quando um contribuinte se utiliza de um determinado negócio, típico ou atípico, para obtenção de uma finalidade diversa daquela que constitui a sua própria causa, em que as partes querem efetivamente o negócio e os efeitos típicos dele realizado e submete-se a sua disciplina jurídica” (Acórdão 101-94340, de 09/09/2003).

No presente caso, no entanto, sequer se observam indícios de irregularidades fiscais.

Além de ser irrelevante o fato de a contribuinte haver informado que a finalidade dos recursos era de capital de giro, tendo estes sido utilizados como investimentos, não

há na legislação vigente nada que impeça uma empresa no exterior a efetuar empréstimos – reais, efetivos – a sua coligada no Brasil, em vez de capitalizar os recursos transferidos.

Diante de duas estruturas jurídicas diferentes – que satisfazem igualmente os resultados negociais que se pretende atingir – podem as partes livremente escolher aquela que bem lhe aprouver, submetendo-se ao regime de tributação aplicável à natureza jurídica escolhida, sem que o aplicador da lei possa descaracterizá-la somente para submetê-la ao regime de tributação mais onerosa.

Em outras palavras, nada impede o legítimo planejamento tributário. Nesse sentido, observe-se o seguinte acórdão do Conselho de Contribuintes:

“IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO – OPERAÇÕES DE SWAP- Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação” (Acórdão 101-93616, de 20/09/2001).

A opção da contribuinte, no sentido de contrair empréstimo junto a sua controladora no exterior, é legítima, de cunho administrativo e pessoal, não cabendo ao Fisco contestá-la. Ainda mais porque os recursos obtidos foram aplicados em investimentos condizentes com o objeto social da contribuinte (o que torna dedutíveis, a princípio, as decorrentes despesas de juros).

Há que se observar, ainda, que a maioria dos juros não foram pagos à Monsanto Colombiana, mas a bancos italianos.

Isso porque, conforme relatado pela contribuinte às fls. 1684 e 1685, e comprovado pelos documentos juntados aos autos (docs. 12 e 13, fls. 2476/2484, com tradução juramentada às fls. 2699/2704), das 4 Fixed Rate Notes emitidas pela São Luiz em nome da empresa Monsanto Colombiana, 3 delas foram repassadas à Centrobanca SPA e à Banca Commerciale Italiana (fl. 2699), assim como todas as 15 Fixed Rate Notes emitidas pela Triple A em nome da empresa Monsanto Colombiana foram repassadas à Banca Commerciale Italiana (fls. 2701/2704).

Assim, apenas uma Fixed Rate Note emitida pela São Luiz manteve-se com a Monsanto Colombiana, empresa vinculada à contribuinte.

Apenas com relação a essa única Fixed Rate Note poderia se cogitar a aplicação das normas que regulam os empréstimos junto a pessoas vinculadas domiciliadas no

exterior, limitando a dedutibilidade dos juros passivos correspondentes.

Trata-se de normas inseridas na legislação relativa a preços de transferência (em especial o artigo 22 da Lei nº 9.430/96, correspondente ao artigo 243 do RIR/99, e o artigo 25 da IN SRF nº 38/97) e na legislação acerca da tributação de lucros auferidos no exterior por meio de empresas coligadas (em especial o §3º do artigo 1º da Lei nº 9.532/97), in verbis:

(Lei nº 9.430/96)

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

(...)

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

(IN SRF nº 38/97)

“Art. 25. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em Dólares pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referir os juros.

(...)

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

(...)” (grifei).

(Lei nº 9.532/97, para o ano-calendário de 1999)

“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

(...)

§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil.

(...).

(com a redação da MP nº 1991-15/2000, para o demais anos-calendário)

“§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, relativos a empréstimos, pagos ou creditados a empresa controlada ou coligada, independente do local de seu domicílio, incidentes sobre valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas controladas, domiciliadas no exterior”.

Ocorre que sequer as limitações impostas pelas normas supra transcritas são aplicáveis ao presente caso, pois:

com relação ao artigo 22 da Lei nº 9.430/96 (artigo 243 do RIR/99) e o artigo 25 da IN SRF nº 38/97, há que se observar que, como destaca a própria fiscalização, os contratos de mútuo, mediante lançamento de Fixed Rate Notes, encontram-se devidamente registrados no BACEN, conforme certificados de nºs 241/35285 (1292/1295) e 241/35025 (fls. 1257/1260); e com relação ao §3º do artigo 1º da Lei nº 9.532/97, não há nos autos qualquer comprovação, ou sequer a menção, de que haveriam lucros não disponibilizados no exterior em favor da contribuinte.

Mesmo se assim não fosse, a alteração da legislação de regência e da matéria tributável representaria, indubitavelmente, novo lançamento, o qual não pode ser efetuado por esta Delegacia de Julgamento, mas apenas pela autoridade lançadora competente, dentro do prazo decadencial, nos termos do artigo 18, §3º, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93, in verbis:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

(...)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de

lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada”.

Por todo o exposto, há que se exonerar a tributação relativa à glosa de despesas de juros e de variação cambial passivos, restabelecendo-as integralmente.

DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE *Em face de a decisão de mérito ser totalmente favorável à contribuinte quanto à dedutibilidade das despesas de juros e de variação cambial passivos, deixa-se de apreciar, por desnecessário, os argumentos de defesa relativos à decadência do direito de lançar o ano-calendário de 1999 e ao erro no cálculo relativo à CSLL (adicional) do ano-calendário de 1999.*

Quanto à multa agravada de 150%, reitera-se a sua inaplicabilidade, face a não restar comprovado o intuito de fraude.

DOS TRIBUTOS MANTIDOS *Considerando que restou, como matéria tributável, apenas o ajuste decorrente de preço de transferência de R\$ 8.658.265,14 (ano-calendário de 2000), não contestado pela contribuinte (relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Semptra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomo1407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60), há que se refazer o cálculo dos tributos mantidos.*

Com relação aos anos-calendário de 1999, 2001, 2002 e 2004, há que se exonerar integralmente o IRPJ e a CSLL exigidos, restabelecendo-se, também integralmente, os prejuízos fiscais (IRPJ) e as bases de cálculo negativas (CSLL) dos respectivos períodos.

Com relação ao ano-calendário de 2000, há que se refazer os cálculos, considerando os resultados negativos do ano-calendário de 2000 para compensar o ajuste decorrente dos preços de transferência, pelo fato de se haver exonerado integralmente a exigência relativa à glosa de despesas financeiras.

Com relação a todos os períodos supracitados, há que se restabelecer, ainda, o saldo de prejuízos fiscais e de base de cálculo da CSLL de períodos anteriores, utilizados nos Autos de Infração (fls. 2266/2270 e 2275/2279).

DA CONCLUSÃO *Diante do exposto, voto no sentido de que se considerar **PROCEDENTES EM PARTE** os lançamentos.*

Voto Vencedor:

Embora elogiando o esmerado voto do douto Relator, expondo detalhadamente seu entendimento, de maneira solidamente fundamentada, exponho os fundamentos pelos quais divirjo de seu entendimento apenas no que concerne à questão da simulação.

Analizando as operações feitas pela contribuinte, cabe apontar alguns aspectos relevantes.

Embora a contribuinte argumente que criou empresas especialmente para emissão de títulos com a finalidade de captar recursos no mercado internacional, os citados títulos não foram ofertados publicamente e, ainda que a contribuinte alegue a oferta privada de títulos, isto é oferecidos a um pequeno grupo de investidores, geralmente através de um grande banco, fundos de pensão, companhias de seguro etc.

O que foi feito na realidade, com o fito exclusivo de elidir as leis fiscais, foi a utilização dessa operação para efetuar remessas de capital da sede da empresa situada no exterior para a subsidiária dentro do país, efetuada da seguinte maneira: a empresa ou empresas controladas emitem títulos de renda fixa ou variável que são negociados através de um agente intermediário que já tem acordo para “vendê-los” apenas para a matriz ou controladora dessa empresa, situada no exterior que, dessa forma remete o dinheiro, destinado ao aporte de capital na subsidiária brasileira, disfarçado de investimento ou empréstimo. A controlada no País começa a remeter à matriz quantias à título de juros do empréstimo ou investimento e ao final do prazo acordado, a matriz ao resgatar os títulos, simplesmente “resolve” deixar o dinheiro no país, como aporte de capital à subsidiária.

Quem ganha com isso? A empresa no Brasil que recebe o dinheiro no começo do investimento, quer dizer, já está com todo o capital que a matriz desejava remeter à filial, a filial por sua vez, remete valores à sua matriz a título de juros e o mais importante desconta esses valores de juros e das variações cambiais negativas do cálculo do imposto de renda devido, muitas vezes obtendo resultados negativos de IRPJ exclusivamente por conta dessas operações, ou seja deixa de recolher os impostos e contribuições devidos nos país. A matriz lucra também pois ao invés de simplesmente fazer o aporte de capital à subsidiária, recebe “juros” que são sempre remetidos ao contrário dos lucros e dividendos que dependem do resultado da empresa.

Quem perde com essa operação? O Fisco nacional que deixa de receber parte ou a totalidade do IRPJ e das contribuições devidas por conta da dedução dos supostos juros enviados e variações cambiais negativas. Observe-se que esse tipo de remessa é muito diferente da remessa de dividendos ou lucros à controladora pois apenas resultados positivos (lucros) são passíveis de comportar remessa ao exterior e são tributáveis.

A contribuinte alega que fiscalização ignorou a liberdade da impugnante em lançar títulos e obter empréstimos, desconsiderando a natureza jurídica da operação realizada, apesar da legalidade de seus atos, pretendendo imputar-lhe a natureza de um aumento de capital disfarçado, alegando a

intenção de fraude, mas não conseguiu apresentar provas incontestes de que a fraude tenha de fato existido.

Não se discute aqui a liberdade da empresa criar empresas, lançar títulos ou tomar empréstimos, evidentemente que assiste à contribuinte todo o direito de assim proceder. O que não pode ser admitido é que essas operações tenham o fito exclusivo de promover a evasão fiscal, disfarçada de planejamento tributário.

A prova desse tipo de operação sempre é feita por chamadas provas indiretas, através de presunções formadas a partir de indícios.

A presunção é um meio de prova, conforme especifica o artigo 136 do antigo Código Civil (artigo 212 da nova codificação), construído a partir de um substrato fático formado pela reunião de indícios.

Gilberto de Ulhôa Canto (in Presunções no Direito Tributário - Resenha Tributária - SP - 1991 - pag. 3 e 4) ensina que:

“Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de frequência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da consequência já conhecida em situações verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexa causal lógico que o liga aos dados antecedentes.”

Moacyr Amaral Santos, em “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, leciona:

“(...) prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.”

“A prova indireta é o resultado de um processo lógico. Na base desse processo está o fato conhecido. (...) O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma presunção.”

Observe-se o que diz Paulo Celso B. Bonilha em “Da Prova no Processo Administrativo Tributário”, Editora LTr, 1992, pag. 112:

“Sob o critério do objeto, nós vimos que as provas dividem-se em diretas e indiretas. As primeiras fornecem ao julgador a idéia objetiva do fato probando. As indiretas ou críticas, como as denomina CARNELUTTI, referem-se a outro fato que não o probando e que com este se relaciona, chegando-se ao conhecimento do fato por provar através de trabalho de raciocínio que toma por base o fato conhecido. Trata-se, assim,

de conhecimento indireto, baseado no conhecimento objetivo do fato base, “factum probatum”, que leva à percepção do fato por provar (“factum probandum”), por obra do raciocínio e da experiência do julgador.

Indício é o fato conhecido (“factum probatum”) do qual se parte para o desconhecido (“factum probandum”) e que assim é definido por Moacyr Amaral Santos:

‘Assim, indício, sob o aspecto jurídico, consiste no fato conhecido que, por via do raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.’ Evidencia-se, portanto, que o indício é a base objetiva do raciocínio ou atividade mental por via do qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido. Se positivo o resultado, trata-se de uma presunção.”

Acrescentem-se, ainda, as palavras de Antônio da Silva Cabral em “Processo Administrativo Fiscal”, Saraiva, São Paulo, 1993, pag. 311:

“8. Valor da prova indireta. Em direito fiscal conta muito a chamada prova indireta. Conforme consta do Ac. CSRF/01-0.004, de 26-10-1979, “A prova indireta é feita a partir de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção.”

O fisco se utiliza da prova indireta, mediante indícios e presunções, sobretudo para descobrir omissões de rendimentos ou de receitas.”

Veja-se a jurisprudência administrativa:

“MEIOS DE PROVA - A omissão de receitas, quando sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizar-se por todos os meios admitidos em Direito, inclusive presumtiva com base em indícios veementes, sendo livre a convicção do julgador” (Acórdão nº 105-4.032/90, DOU de 14/09/1990).

Portanto, o fato de o lançamento fundar-se em presunções ou indícios em nada o desabona, pois são os indícios, ou fatos conhecidos, as bases para construção da prova. Em face de indícios veementes no sentido de que o fato jurídico tributário ocorreu, o lançamento deve ser formalizado. Logo, basta à fiscalização a demonstração inequívoca dos fatos, bem como a seriedade e consistência do vínculo com a infração.

No caso concreto, poderia se perguntar qual empresa que, constituída com o fito de gerar lucros aos controladores ou acionistas, escolheria deliberada e desnecessária mente aumentar suas despesas e o grau de endividamento, diminuindo o resultado ao final do exercício e por consequência, os ganhos dos acionistas? Obviamente nenhuma empresa em sã

consciência faria isso e considerando que seus dirigentes não sofrem de problemas mentais nem estão tentando falir a empresa, nem os controladores da empresa estão reclamando, levanta-se imediatamente a suspeita que os atos da empresa visam ocultar algum outro motivo que não deve aparecer, constituindo-se em forte indício de operação simulada.

Ouro indício foi o suposto investidor que adquiriu os títulos, enviou o dinheiro antes mesmo do carregamento dos títulos da Banca Commerciale Italiana – BCI de títulos (notas) e por fim, o dinheiro do suposto investimento não retornou ao investidor no resgate dos títulos.

Para se descobrir o real objetivo, basta se perguntar, quem nessa operação sai prejudicado? Como já dito acima, somente o Fisco Nacional, e indiretamente toda população do País, pois o dinheiro arrecadado serve para o governo federal implementar seus serviços sociais e públicos.

Ao argumento da empresa que a operação efetuada poderia ser considerada, como entendeu a Fiscalização, uma simulação, mas na realidade, um planejamento fiscal, ou seja, elisão e não evasão fiscal, aborda-se a seguir alguns aspectos de tal tema.

As definições de elisão e evasão fiscal não são unânimes na doutrina, porém, existe consenso no sentido de que elisão fiscal corresponde à economia lícita de tributos e evasão fiscal à sonegação ou simulação, que pode ser absoluta ou relativa, esta última denominada dissimulação.

Assim, existem características que diferenciam elisão de evasão. Conforme entendimento dominante, elisão fiscal corresponde à prática de atos lícitos, anteriores à incidência tributária, de modo a obter-se legítima economia de tributos, seja impedindo-se a ocorrência do fato gerador, seja retirando o contribuinte do campo de abrangência da lei ou simplesmente reduzindo o montante do tributo a pagar. Já a evasão fiscal constitui a prática, concomitante ou posterior à incidência tributária, com utilização de meios ilícitos (fraude, sonegação, simulação) para se furtrar ao pagamento de tributos.

Cabe destacar que há situações em que a evasão fiscal antecede a efetiva incidência da norma tributária, em razão disso a doutrina tradicional considera, além do aspecto cronológico, o da legitimidade dos meios utilizados para a correta caracterização da elisão ou evasão fiscal.

Cabe, então, tecer algumas considerações sobre simulação, que no direito brasileiro o seu conceito encontra-se positivado no artigo 102 do Código Civil de 1916, vigente à época (reproduzido no § 1º do art. 167 da Lei nº. 10.406, de 11 de janeiro de 2002), que dispõe:

Mencione-se o entendimento de Maria Rita Ferragut quanto à importância da prova indireta na identificação da intenção de fraudar o Fisco (in Evasão fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação, Revista Dialética de Direito Tributário nº 67, Dialética, São Paulo, 2001, p. 119/120):

“As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fé em geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas. Os indícios, por essa razão, convertem-se em elementos fundamentais para a identificação de fatos propositadamente ocultados para se evitar a incidência normativa”.

A mesma autora acrescenta (in Presunções no Direito Tributário, Dialética, São Paulo, 2001, p. 105):

“Assim, tem a Administração Pública o dever-poder de investigar livremente a verdade material diante do caso concreto, analisando todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca da existência e conteúdo do fato jurídico, já que é uma constatação a prática de atos simulatórios por parte do contribuinte, visando diminuir ou anular o encargo fiscal. E essa liberdade pressupõe o direito de considerar fatos conhecidos não expressamente previstos em lei como indiciários de outros fatos, cujos eventos são desconhecidos de forma direta”.

Marcos Bernardes de Mello assim conceitua simulação (Teoria do fato jurídico: plano de validade, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 153):

“Simular significa, na linguagem comum, aparentar, fingir, disfarçar. Simulação é o resultado do ato de aparentar, produto do fingimento, da hipocrisia, do disfarce. O que caracteriza a simulação é, precisamente, o não ser verdadeira, intencionalmente, a manifestação de vontade. Na simulação quer-se o que não aparece, não se querendo o que efetivamente aparece. ‘Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis’.

Do ponto de vista jurídico, no entanto, a simulação somente constitui defeito invalidante do ato jurídico quando praticada com a intenção de prejudicar terceiros, mesmo quando não havendo má-fé, efetivamente lhes cause dano. À base do ato simulado estão o seu caráter mentiroso e sua natureza danosa a terceiros.” (destaque da transcrição)

Assim, a simulação pode ser definida como a declaração de vontade irreal, emitida conscientemente, mediante acordo entre as partes, objetivando a aparência de um negócio jurídico que não existe ou que, se existe, é distinto daquele que efetivamente se realizou, com o objetivo de enganar terceiros.

Didaticamente, pode-se distinguir a simulação em duas espécies, uma é a denominada absoluta, quando as partes praticam de forma ostensiva um ato, mas não pretendem, no íntimo, realizar qualquer negócio. O intuito é tão-somente o de enganar maliciosamente terceiros. Verifica-se, então, uma aparência de negócio, um negócio sem conteúdo e inexistente quanto a seus efeitos. Neste caso, podemos citar como exemplo o caso da

venda simulada de bens para fraudar credores, pois o intuito não é o de alienar bens, mas apenas subtraí-lo à eventual execução, não havendo entre as partes a intenção de qualquer negócio alternativo que o simulado pretendesse encobrir.

A segunda espécie é a simulação relativa, caracterizada quando as partes desejam negócio distinto do pactuado e aparente, quando o sujeito é diverso daquele que integra a relação jurídica aparente ou ainda quando há falsidade em qualquer outro elemento da relação jurídica. Nesta espécie, tem-se como exemplo típico o da venda de um bem para ocultar doação, sendo esta tributariamente mais onerosa do que aquela. Nesses casos, verifica-se um negócio verdadeiro, mas dissimulado, que se concretiza através de um negócio aparente dito simulado, conforme Antonio Roberto Sampaio Dória (in Elisão e evasão fiscal, São Paulo, Bushatsky, 1977, p.65). Constata-se, por vezes, a existência de dois contratos na simulação relativa, o contrato que se simula, destinado regra geral a fugir à aplicação da lei, e o contrato de fato realizado, que consubstancia o negócio escondido pela simulação.

Nos termos do Código Civil vigente à época dos fatos narrados na autuação, para que a simulação afete a validade de um ato jurídico, ela há de ser nocente:

“Art. 103. A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.”

Os atos simulados que não prejudicam não têm sua validade afetada. Se a simulação for absoluta e nocente, não há ato jurídico. Se for relativa e inocente, o ato jurídico é válido e eficaz.

De acordo com a teoria geral do direito, o ato simulado nocente é anulável. Todavia, os atos simulados não têm eficácia contra o fisco, que não necessita demandar judicialmente sua anulação. O artigo 118 do CTN, a seguir reproduzido, reforça a dicotomia entre os planos da validade e da eficácia:

“Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

I – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos”.

Alberto Xavier colabora com o entendimento exposto a seguir (Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva, São Paulo, Dialética, 2001, p. 69):

“A verdade, porém, é que o interesse pragmático do Fisco não vai ao ponto de exigir a declaração de invalidade do ato simulado, vez que tal invalidade respeita apenas às relações entre privados, que podem ter interesse ou não na argüição da nulidade ou até ter interesses divergentes, como sucede com os terceiros de boa-fé interessados na validade do ato simulado

que, em nome da proteção da aparência jurídica, têm interesse na preservação dos seus efeitos: pense-se nos credores ou subadquirentes do simulado adquirente.

O interesse do Fisco contenta-se com a ineficácia relativa de tais atos, ineficácia esta que se traduz na insuscetibilidade de os atos em cause lhe causarem prejuízo, atingindo a sua esfera jurídica, independentemente de tais atos serem considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre simuladores e terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes”.

Meios de prova da simulação Assim se manifesta Francisco Ferrara sobre a prova da simulação (A simulação nos negócios jurídicos, Campinas: Red Livros, 1999), verbis:

“A simulação como divergência psicológica da intenção dos declarantes, escapa a uma prova directa. Melhor se deduz, se pode argüir, se infere por intuição do ambiente em que surgiu o contrato, das relações entre as partes, do conteúdo do negócio, das circunstâncias que o acompanham. A prova da simulação é uma prova indirecta, de indícios, conjectural (per coniecturas, signa et urgentes suspiciones), e é esta que fere verdadeiramente a simulação, porque a combate no seu próprio terreno.”

Ferrara, apesar de afirmar a dificuldade da prova direta da simulação, não se furta a abordar os meios probatórios indirectos, elencando-lhes os elementos, que classifica como relativos ao interesse em simular: às pessoas dos contraentes; ao objeto do negócio jurídico; à execução do negócio; à conduta das partes na realização do negócio.

Entre os diversos elementos capazes de provar a simulação apontados por Ferrara, destacam-se alguns, que merecem ser vistos em maior detalhe pela sua pertinência com o caso em análise.

Antes de mais nada, segundo Ferrara, deve-se indagar a respeito da existência de motivo para a simulação, ou seja, “o interesse que leva as partes a estabelecer um acto simulado, a razão que conduz a fazer aparecer um negócio que não existe ou a mascarar um negócio sob uma forma diferente: é o porquê do engano”. Essa causa deve ser “séria e importante (suficiens e idonea)” de forma a justificar a simulação.

É importante ainda verificar se existe ligação entre as partes.

Também relevante é a falta de execução material do contrato, a qual, afirma Ferrara, é decisiva para caracterizar um negócio como simulado, tratando-se da “mais clara confissão” da simulação. Na execução apenas formal do negócio jurídico, este leva a mutações jurídicas que só se manifestam no campo do direito, comportando-se os contraentes, de fato, de acordo com outro negócio jurídico ou como se não tivesse negócio algum.

A simulação no caso concreto é evidente, considerando a lição acima: o motivo foi a redução indevida do valor do IRPJ e das contribuições legalmente devidos, lesando o Fisco Nacional, conforme se pode observar na documentação constante nos autos: as partes envolvidas são estreitamente ligadas, separadas apenas fisicamente pois se trata da mesma empresa, cuja única controladora se situa nos Estados Unidos e finalmente como se observou, o dinheiro do suposto investimento, empréstimo jamais voltou ao investidor, tornando-se aporte de capital na controlada brasileira, ou seja a operação não se concretizou na íntegra.

Quanto à alegação que, devia ser retirada da base de cálculo, as variações positivas cambiais apuradas em 2003, uma vez que já esta se tributando as variações negativas, esclarece-se a empresa que os lançamentos são relativos aos anos-calendário 1999, 2000, 2001, 2002 e 2004, não havendo qualquer lançamento em 2003. Se a empresa entende ter direito a qualquer crédito em 2003, cabe a ela, dentro do prazo legal requerer a restituição ou compensação desse crédito.

Desse modo, entendo estar correta a ação fiscal que acertadamente classificou de simulação a operação feita de aporte de capital, sendo correto o lançamento efetuado.

No entanto, discordo da imposição de multa de 150% imposta pela autuação porque entendo que a empresa não se negou a prestar todas as informações requeridas pelo Fisco, não falsificou documentos ou informações e impediu o acesso à sua documentação durante o curso do procedimento fiscal, além do que, dentro da operação realizada, os seus atos foram lícitos, embora o propósito da operação tenha sido o não pagamento de impostos.

Quanto a CSLL, assiste razão à contribuinte quando reclama do cálculo efetuado pelo Auditor Fiscal.

De fato, no ano-calendário de 1999, no calculo do adicional, não foi deduzido o resultado negativo do período (fls. 2.898).

Relativamente ao cálculo do Imposto de Renda, no ano-calendário de 2000 não foi deduzido os 30% relativos aos resultados negativos de outros períodos (fls. 2.309), embora a contribuinte tivesse prejuízos acumulados suficientes (fls. 2.917).

Finalmente, não cabem aqui os argumentos apresentados pela empresa a respeito da decadência do direito de lançar relativo ao ano-calendário de 1999 pois, em casos de simulação, não se aplica o art. 150 do CTN e sim o art.173.

Considerando o art. 173, o prazo para decadência se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a que a autuação poderia ter sido feita, ou seja 2001, a decadência só ocorreria em 31/12/2005. Uma vez que a contribuinte foi cientificada em 05/12/2005, não ocorreu a decadência, sendo correto o lançamento relativo ao ano-calendário de 1999 e seguintes.

A recorrente tomou ciência do acórdão recorrido em 28/10/2008 e apresentou recurso em 26/11/2008.

Em seu recurso, reitera os argumentos da impugnação em relação à matéria não exonerada (glosa de despesas com juros e variação cambial) e resume a decisão de 1ª instância:

1. Decisão unânime para afastar:

- (a) a acusação de fraude, reduzindo a multa a 75%*
- (b) o cálculo errado do adicional da CSLL de 1999*
- (c) o ajuste para o produto com insumo importado de parte não vinculada*

2. Decisão não unânime, no restante

2.1 Voto do Relator, vencido

- (a) afastou a imputação de simulação*
- (b) cancelou o auto de infração*

2.2 Voto da Maioria, vencedor

- (a) manteve a imputação de simulação e a glosa dos juros e variação cambial, por desnecessários*
- (b) remeteu a outra instância a discussão da variação cambial positiva de 2003*
- (c) afastou a alegação de decadência para 1999*

DAS RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

- Recurso se resume à questão da glosa dos juros e variação cambial por suposta simulação dos empréstimos*
- Da não correspondência dos fatos com a fundamentação jurídica da autuação e da decisão de primeira instância*
- Da inexistência de negócio simulado a validar a autuação e a decisão de primeira instância.*
- Da necessidade, usualidade, normalidade e dedutibilidade das despesas glosadas pela fiscalização. Erro na fundamentação jurídica da autuação*
- Da decadência do direito de lançar o IRPJ e a CSLL para o ano de 1999.*

Questões afastadas em primeira instância, objeto de recurso de ofício

- (a) Fraude, afastada, com redução da multa a 75%*
- (b) Erro no cálculo do adicional da CSLL, afastado*

- (c) *Ajuste ao preço de transferência, afastado* (d) *Compensação dos ajustes aceitos com prejuízos fiscais anteriores admitida.*

Após discorrer sobre o cenário econômico brasileiro e sobre a necessidade de se capitalizar para investimentos no País, descreve a operação cujos efeitos tributários são questionados pela fiscalização e pela decisão de 1ª instância:

Decisão da Monsanto por empréstimo, não por capital

Em vista de um tal ambiente político e econômico, conhecido e vivido diariamente pela Monsanto no Brasil -- que já estava operando aqui durante todos esses anos --, a decisão gerencial da matriz nos Estados Unidos, em pleno ano de 1998, foi de internalizar os recursos necessários aos investimentos no Brasil -- cerca de meio bilhão de dólares --, sob a forma de empréstimo.

O empréstimo em moeda estrangeira seria registrado contabilmente no Brasil pelo equivalente em moeda estrangeira forte, e não em reais fixos. O empréstimo ficaria sujeito portanto à variação cambial do real frente à moeda estrangeira e estaria, assim, protegido em caso de maxidesvalorização do real, como se anunciava. O empréstador estrangeiro teria seu empréstimo preservado em moeda forte e não perderia valor em caso de desvalorização do real.

O investimento sob a forma de capital fixo, ao contrário, não teria o valor em moeda estrangeira preservado, para o investidor no exterior. O registro contábil no Brasil seria feito em reais e seu valor permaneceria fixo em reais, sem registro da variação cambial em caso de desvalorização do real. Por permanecer fixo em reais, o investimento estrangeiro em moeda forte teria seu valor original reduzido quando houvesse a maxidesvalorização do real, porque os reais do capital, mantidos fixos, não mais corresponderiam ao valor da moeda estrangeira originalmente investida. Isso resultaria obviamente em vultoso prejuízo para a matriz, se e quando viesse a maxi.

Afora a necessidade de obter recursos no mercado financeiro internacional -- o que por si só já indicava que a forma de internar os recursos deveria ser a de algum tipo de • empréstimo --, a perspectiva da maxidesvalorização, como se avaliava generalizadamente em 1998, foi uma razão adicional para levar a Monsanto nos Estados Unidos a optar pelo empréstimo, e não por capital fixo. Era a forma de evitar prejuízo aos acionistas da empresa matriz, nos Estados Unidos, com a perda de valor do investimento fixo feito no Brasil, se viesse a maxidesvalorização do real, como efetivamente veio, logo no início de 1999.

Os recursos do empréstimo, ademais, já se sabia, viriam de terceiros, captados no mercado internacional, e não se desejava que terceiros eventualmente entrassem no capital da Monsanto no Brasil, com esses recursos. A melhor forma de preservar a Monsanto do Brasil sob o controle exclusivo da Monsanto americana era, sem dúvida, internar os recursos obtidos no mercado financeiro internacional sob a forma de empréstimo. O empréstimo externo oferecia, ainda, a flexibilidade adicional de poder ser assumido pela própria Monsanto no exterior, no futuro, e ser convertido em capital no Brasil, se e quando isso se mostrasse adequado negocialmente, como o foi em 2004.

A decisão gerencial por empréstimo se mostrou das mais acertadas, aliás, como ficou evidente apenas alguns meses depois. Quando a maxidesvalorização do real foi anunciada, em 15 de janeiro de 1999, várias empresas multinacionais com capital fixo em reais em suas subsidiárias no Brasil -- inclusive a Monsanto, pelo investimento fixo anteriormente aportado ao Brasil -- tiveram perdas substanciais no investimento feito em moeda estrangeira vis-à-vis o real desvalorizado, exatamente porque não estavam adequadamente protegidas contra o risco cambial. Não foi o caso dos recursos obtidos pela Monsanto sob a forma de empréstimo, para os investimentos aqui descritos.

Decidida a obtenção dos recursos sob a forma de empréstimos, pelas sólidas razões de negócio já expostas, era preciso viabilizar a operação no mercado financeiro internacional. Assim foi feito.

A Monsanto americana partiu então para a difícil empreitada de captação de recursos de empréstimo da ordem de cerca de meio bilhão de dólares para financiar os investimentos de longo prazo no Brasil. Desafio nada simples, naquele ano de 1998 e ainda hoje, registre-se.

Assessores financeiros e agentes de bancos internacionais foram contatados para desenvolver alternativas eficientes financeiramente e a custos competitivos.

Esses assessores ofereceram então à Monsanto estrutura de captação de recursos disponibilizados por bancos italianos no mercado financeiro internacional, por prazos longos, através da compra de Fixed Rate Notes (FRNs) emitidas pela tomadora dos recursos. As FRNs eram notas promissórias ou títulos comerciais com juros fixos e prazos longos de maturação, emitidos pela empresa tomadora dos recursos para colocação privada (private placement) junto a investidores internacionais emprestadores dos recursos,

em operações intermediadas por agentes financeiros especializados.

• Devido às necessidades dos recursos serem aportados ao Brasil, a colocação das FRNs foi feita em duas tranches, a primeira de 200 milhões de dólares, em junho de 1998, e a segunda de 375 milhões de dólares, em outubro do mesmo ano. Os agentes financeiros passaram a negociar a colocação das FRNs junto a dois bancos italianos, a Centrobanca, e a Banca Commerciale Italiana, investidores institucionais com recursos suficientes para disponibilizar por prazo longo. Como os recursos se destinavam ao Brasil, foi decidido gerencialmente que a Recorrente, no Brasil, seria a tomadora final dos recursos e a pagadora original dos juros aos emprestadores internacionais, os bancos italianos.

Para a estruturação da operação, previu-se a criação de duas empresas de propósito específico, uma para cada tranche, ambas sob o controle da Monsanto americana.

Essas empresas de propósito específico seriam as emitentes originais dos títulos, das FRNs, e as pagadoras finais dos juros aos bancos italianos. Dessa forma, pelo vulto da operação e por sua especificidade, a operação de empréstimo internacional seria toda concentrada nessas empresas de propósito específico e não na empresa operacional geral da Monsanto no Brasil. Essas empresas emitiriam os títulos (FRNs), os colocariam junto a emprestadores privados no exterior, receberiam os recursos dos empréstimos e os repassariam no Brasil. As duas empresas de propósito específico tinham também a função secundária de evitar a bitributação dos juros que seriam pagos aos bancos italianos, o que poderia ocorrer a título de receita presumida na Monsanto americana, segundo a legislação daquele país. A bitributação dos juros, na Itália e nos Estados Unidos, e inviabilizaria o custo financeiro da captação dos recursos no mercado internacional. Com as duas empresas de propósito específico no Brasil uma para cada tranche de emissão das FRNs, o risco de bitributação dos juros estaria afastado.

Mas não apenas isso se pensou na ocasião. Como eram vários os projetos a que os recursos se destinavam no Brasil -- aquisição de três empresas produtoras de sementes e a construção de uma fábrica nova de produção de insumo anteriormente importado --, e elevado o valor dos recursos tomados no exterior com momentos diferentes previstos para o desembolso em cada projeto, foi também decidido gerencialmente criar duas outras empresas de propósito específico no Brasil, para receber das emitentes originais das FRNs os recursos recebidos em cada tranche de emissão dos títulos e para gerenciar o repasse desses

recursos aos vários projetos no Brasil, conforme a demanda de cada um.

E assim foi feito, com a criação de duas empresas de propósito específico para a emissão das FRNs — a São Luiz Negócios Ltda. ("São Luiz") e a Triple A Negócios Ltda. ("Triple A") --, e duas outras empresas de propósito específico para o gerenciamento e o repasse dos recursos captados para os diferentes projetos — a LSC Gestão de Negócios Ltda. ("LSC") e a Equity Gestão de Negócios Ltda. ("Gestão"). A presença dessas quatro empresas de propósito específico causou profunda perplexidade ao d. auditor fiscal autuante, compartilhada pela maioria dos julgadores de primeira instância, e foram para eles talvez um dos sinais mais fortes da ocorrência de simulação na operação. O Voto do Relator, no entanto, muito bem destacou a prática generalizada no uso desse tipo de empresas de propósito específico nos negócios de maior vulto e maior complexidade, no Brasil e no exterior, sem qualquer evidência disso ser, por si só, indício de simulação.

A realidade dos fatos é que a criação dessas quatro empresas de propósito específico se fez para melhor administrar a captação e a distribuição dos vultosos recursos captados no exterior. Sabia-se desde o início que elas funcionariam no Brasil apenas como veículo para viabilizar a operação financeira internacional, sem qualquer efeito contábil, societário ou tributário específico, para qualquer delas. Segundo a estrutura concebida de início, haveria total neutralidade na passagem dos recursos tomados no exterior por essas quatro empresas e total neutralidade nas receitas e despesas com os juros decorrentes dos recursos emprestados.

As duas primeiras empresas de propósito específico, a São Luiz e a Triple A, receberiam os recursos dos títulos emitidos por elas em cada tranche e repassariam integralmente os recursos adiante, para a LSC e para a Gestão. Estas duas outras, receberiam os recursos repassados pelas primeiras e os alocariam integralmente às empresas no Brasil titulares dos projetos, que afinal foi a própria Monsanto do Brasil, aqui Recorrente. A São Luiz e a Triple A seriam as devedoras dos juros aos bancos italianos mas seriam ao mesmo tempo as credoras dos mesmos juros da LSC e da Gestão, respectivamente. Estas duas seriam as devedoras dos juros à São Luiz e à Triple A mas seriam ao mesmo tempo credoras desses mesmos juros da empresa no Brasil titular dos projetos, no final, a Recorrente.

Por aí se vê que, apesar de cumprirem função específica na viabilização dos empréstimos, as quatro empresas de propósito específico tinham resultado absolutamente neutro na operação. Os recursos que entrassem, saíam. Os juros que recebessem, pagariam. O principal emprestado seria pago de volta ao prestador. A operação, repita-se, seria absolutamente neutra sob o ponto de vista contábil, societário e tributário, para cada uma das quatro empresas de propósito específico criadas para a estruturar a operação de emissão dos ' títulos FRN e para captação dos recursos junto aos bancos italianos.

Não havia, como não há, a menor razão para duvidar da licitude e da • transparência da estrutura concebida para a captação e repasse dos recursos originados do exterior para custear os investimentos da Monsanto em seus novos projetos no Brasil, naquele ano de 1998. Imputar simulação, pela presença dessas quatro empresas, é por certo desconhecer os fatos como eles são, no mundo dos negócios, e, com o perdão da palavra, é ver chifre em cabeça de cavalo.

Sobre a estrutura inicial da operação e a criação das quatro empresas de propósito específico em 1998, o Relator do processo em primeira instância acertadamente afirmou, textualmente:

"No caso em tela, as empresas São Luiz e Triple A foram criadas com o propósito específico de lançar títulos no mercado financeiro internacional; e as empresas LSC e Equity [Gestão] para gerenciarem diretamente a aplicação no país dos recursos obtidos • no exterior. Ou seja, tinham uma finalidade econômica, ultrapassando a mera intermediação.

Cumprir observar que a criação de sociedades de propósito específico (SPE) — modelo de negócio com origem em institutos tipicamente norte-americanos, para executar objetivos específicos e determinados (Special Purpose Company) — é um instrumento largamente utilizado em nosso ordenamento jurídico, para a estruturação de negócios."

Mas não é só isso, Senhores Conselheiros. Há mais.

FRNs eram títulos com isenção tributária no Brasil. Ressalte-se que o próprio governo brasileiro estimulava a captação de recursos externos por via de títulos comerciais de longo prazo, ante a frágil posição das contas externas do País, na época. Constitui fato notório esse incentivo do governo - e que se justificava pela premente necessidade de atração de divisas em moeda estrangeira para o País. O pagamento de juros de títulos comerciais privados de longo

prazo lançados por empresas brasileiras no mercado internacional — tais como Floating Rate Note .

Fixed Rate Notes, Floating Rate Certificates of Deposit, Fixed Rate Certificates of Deposit Bônus de Colocação Pública (Publicly Issued Bonds) e Bônus de Colocação Privada (Privately Issued Bonds), previstos na Resolução CMN/BACEN 1.853/91 — gozavam de isenção plena de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) e do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)

Esse era um incentivo fiscal relevante para essa forma de captação de recursos externos e foi largamente utilizado por empresas brasileiras, e incentivado pelo nosso governo, para reduzir custo da captação de recursos internacionais, na época.

A emissão de títulos de longo prazo na forma de FRNs, tal como realizado pela Recorrente, constituía operação usual e normal como fonte de financiamento exterior das empresas, com isenções tributárias outorgadas em lei pelo próprio governo brasileiro, o que não só legitimava esse tipo de operações como desde logo afastava delas qualquer presunção de obscuridade. Não havia dúvida acerca da natureza dos empréstimos obtidos em 1998 através do lançamento de títulos pela Recorrente no mercado internacional nem de seu enquadramento jurídico-tributário como operações de longo prazo, com isenção do IRRF e do IOF sobre os juros pagos ao exterior (art. 10 da Lei nº 9.481/97, com a redação da Lei nº 9.532/97 1 e Portaria MF 228/95).

Lançamento das FRNs em dois momentos
Primeiramente, em 30 de junho de 1998, foram lançados títulos no valor de US\$ 200.000.000,00 pela empresa de propósito específico São Luiz, divididos em quatro • FRNs de US\$50.000.000,00 cada. Subseqüentemente, em 1º de outubro de 1998, foram lançados títulos no valor total de US\$ 375.000.000,00 pela empresa de propósito específico Triple A, divididos em 15 FRNs de US\$25.000.000,00 cada.

Conforme informado pela própria d. fiscalização no corpo do auto de infração, essas duas empresas foram constituídas pelo grupo Monsanto no Brasil para o propósito específico de lançamento dos títulos em exame no mercado financeiro internacional, uma para cada tranche de lançamento.

O lançamento feito pela São Luis obteve Autorização do Banco Central nº 10-1-98/00391 e recebeu o Certificado de Registro de Empréstimo nº 241/35025 (doc. 14 da

Impugnação — Certificado de Registro do BACEN, São Luiz). O lançamento feito pela Triple A obteve Autorização do Banco Central nº 10-1-98/00605 e recebeu o Certificado de Registro de Empréstimo nº 241/35285 (doc. 15 da Impugnação - Certificado de Registro do BACEN, Triple A). Em ambos os casos, o agente de lançamento e pagamento foi o The Chase Manhattan Bank, de Londres, e o agente estruturador da operação foi o Bancamerica Securities, Inc., de Chicago (docs. 14 e 15 da Impugnação).

Em seguida ao recebimento dos recursos provenientes da emissão das quatro FRNs, a empresa São Luiz transferiu para outra empresa de propósito específico do grupo Monsanto no Brasil, a LSC, o equivalente em Reais aos US\$ 200.000.000,00 obtidos com a emissão das FRN (doc. 16 da Impugnação — Instrumento de Assunção de Dívida entre São Luiz e LSC). Conseqüentemente, a LSC passou a ser responsável pelo pagamento de tais títulos.

Conforme apontou a d. fiscalização federal, a transferência de recursos para a LSC se deu pela emissão de cheque no valor de R\$ 231.128.000,00 sacado contra o Banco Citibank (doc. 17 da Impugnação — cheque da São Luiz à LSC).

Por sua vez, a Triple A transferiu os US\$ 375.000.000,00 recebidos pela emissão das quinze FRNs, e conseqüentemente transferiu a responsabilidade pelo pagamento delas,, a outra empresa com propósito específico do grupo Monsanto no Brasil, a Gestão (doc.

18 da Impugnação - Instrumento de Assunção de Dívida entre Triple A e Gestão). O valor correspondente em Reais à quantia acima, no total de R\$ 440.287.550,00, foi transferido à Gestão também através de cheque sacado contra o Banco Citibank (doc. 19 da Impugnação—cheque da Triple A à Gestão).

Em momento imediatamente subsequente, os montantes recebidos pela LSC e pela Gestão foram transferidos para a Recorrente mediante endosso dos cheques acima mencionados, tal como comprovado pela documentação anexa aos autos do processo (docs. 20 a 23 da Impugnação — Instrumentos de Assunção de Dívidas pela Recorrente e Extratos Bancários).

- *Visto sob outro ângulo, após essa operação — e como originalmente concebido, em 1998 - a Recorrente passou a ser a efetiva titular do valor captado com a emissão das FRNs através das empresas de propósito específico São Luiz e Triple A, e passou a ser a principal devedora do empréstimo representado pelas FRNs colocadas no exterior.*

Monsanto Columbiana atuou como 'ponte' das FRNs, em 1998

A negociação com os bancos italianos para a colocação de recursos desse vulto foram naturalmente demoradas -- afinal, falava-se de volume expressivo de recursos para qualquer prestador, de cerca de meio bilhão de dólares. Por outro lado, as oportunidades de negócio no Brasil não podiam esperar, sob pena de se perderem tais negócios se a empresa fosse aguardar a finalização da negociação com os bancos italianos. Assim, uma empresa do grupo Monsanto nos Estados Unidos -- a Monsanto Columbiana, Inc., de Delaware -- atuou como 'ponte' para a colocação dos títulos, adiantando os recursos das duas tranches de títulos para o Brasil, para pouco tempo depois transferir os títulos para os verdadeiros emprestadores internacionais, os bancos italianos, após concluídas as negociações com essas instituições.

Para os títulos emitidos pela Triple A, o adiantamento ao Brasil foi feito em 10 de outubro de 1998 e o repasse de todos os 15 títulos à Banca Commerciale Italiana se deu em 11 de dezembro de 1998, dois meses depois. Para os títulos emitidos pela São Luiz, o adiantamento foi feito em 30 de junho de 1998 e o repasse de um dos títulos à Centrobanca foi feito no mesmo dia, enquanto o repasse de dois outros títulos, à Banca Commerciale Italiana, foi feito também em 11 de dezembro de 1998, pouco mais de 5 meses depois. A Monsanto Columbiana não conseguiu repassar apenas um único título emitido pela São Luiz. Para os demais, ela atuou como 'ponte' por 2 meses, no caso da Triple A, e por pouco mais de 5 meses, no caso da São Luiz.

Tendo em vista que as FRN recebidas pela Monsanto Columbiana foram vendidas aos dois bancos italianos (Centrobanca e Banca Commerciale Italiana), os juros incidentes sobre os valores devidos pela Recorrente após o período 'ponte' passaram a ser pagos diretamente às referidas instituições.

E aqui convém enfatizar que o fato de a operação haver contado com a participação de empresa da controladora da Recorrente no exterior, a Monsanto Columbiana, em nada deve causar estranheza, não só em face da absoluta transparência da operação efetuada e comprovada nos autos, realizada at arms' length, como pela circunstância de que justamente essa intervenção 'ponte' da Monsanto Colturbiana é que viabilizou e possibilitou a obtenção do financiamento a taxas de juros atraentes junto aos bancos

italianos, tomadores finais dos títulos, ao mesmo tempo em que disponibilizou os recursos à Recorrente em tempo hábil para concretizar oportunamente seus investimentos na Brasil. Nada mais natural que a Monsanto Columbiana interviesse como 'ponte' para a colocação dos títulos, aliás, posto que era evidente o interesse da controladora da Recorrente na viabilização de financiamento com os bancos • italianos ao menor custo possível para financiar os seus investimentos de longo prazo no Brasil, para o que até mesmo se prestou como garantidora da operação.

Cumpra ressaltar novamente que no breve período em que a operação de financiamento foi concebida e passou a ser estruturada, as oportunidades de investimento existentes no Brasil, num ambiente empresarial competitivo cuja dinâmica não admite delongas, exigiram da ora Recorrente recursos imediatos para efetuar as aquisições. Antes mesmo do fechamento da compra dos títulos pelos bancos italianos, portanto, o valor correspondente à emissão programada foi então adiantado às empresas São Luiz e Triple A pela controladora destas no exterior, a Monsanto Columbiana, sediada nos EUA. Os títulos correspondentes foram entregues à Monsanto Columbiana pelas empresas São Luiz e Triple A e foram repassados aos bancos italianos, alguns poucos meses depois, completando-se assim a operação tal como originalmente programada.

Com esses recursos, a Recorrente pode cumprir o programa de importantes investimentos no Brasil, tais como (i) a aquisição do controle da empresa agrícola Agrocere e, posteriormente, o fechamento de seu capital mediante a aquisição das ações em mercado; (ii) a aquisição da empresa Braskalb, também no ramo de sementes agrícolas; (iii) a aquisição de parte dos negócios da empresa Cargill no ramo de sementes e, por fim, (iv) a instalação de uma nova unidade industrial na Bahia, via uma sua subsidiária também brasileira.

Registre-se mais outra vez, para que se tenha uma idéia da grandeza deles, que apenas em 1998 os investimentos da Recorrente somaram cerca de R\$ 461 milhões, como se verifica da Ficha 25 da DIPJ de 1999 (doc. 09 da Impugnação).

A expectativa de lucros da Recorrente era muito grande, em 1998, com as oportunidades de negócio dentro da área de biotecnologia, com o desenvolvimento e comercialização de sementes transgênicas. Estrategicamente, essa foi a grande aposta da Recorrente. Devido a uma série de dificuldades, porém, especialmente as de caráter regulatório, hoje, passados dez anos da ampliação dos negócios de biotecnologia, a Recorrente ainda não conseguiu atingir a expectativa de lucros que fazia no

início da operação, em 1998. Com isso tudo, em uma complexa, sofisticada e bem sucedida operação, estava completada a viabilização dos investimentos no Brasil, com recursos captados em 1998 no mercado financeiro internacional, a custos financeiros de mercado, tudo como havia sido planejado de início. Tudo foi devidamente registrado nos órgãos competentes e nenhum indício de fraude existiu na operação — como foi reconhecido unanimemente pela Delegacia de Julgamento —, como também, venha permissa, não existiu qualquer indício de simulação de que os recursos aportados seriam capital da controladora, e não empréstimo de terceiros.

Estrutura inicial teve que ser modificada em 1999

Então, tudo contratado como inicialmente fora planejado, foi preciso introduzir a primeira modificação relevante na estrutura da operação, com a incorporação das quatro empresas de propósito específico na Recorrente, motivo de grave suspeita de simulação por parte do d. auditor fiscal autuante e da maioria dos julgadores de primeira instância administrativa. Essa primeira modificação da operação não teve nada de suspeito e foi simples consequência da profunda alteração no panorama econômico e tributário no País, ocorrida imediatamente depois de a operação estar toda estruturada e implantada.

No final de 1998 foi editada a Lei nº 9.718, que alargou a base de cálculo da COFINS e do PIS para fazer com que tais contribuições passassem, também, a incidir sobre receitas financeiras das empresas, o que 'até então não acontecia. No início de 1999, a maxidesvalorização do real frente ao dólar acentuou o risco da elevação desmedida das receitas recebidas a título de juros e variação cambial ativa entre as quatro empresas de propósito específico concebidas para a estrutura original de colocação e repasse dos recursos das FRNs.

Poucos meses após a operação ter sido implantada, o ambiente econômico e tributário mudou substancialmente no Brasil e exigiu realizar a primeira grande modificação na estrutura da operação.

A Recorrente concluiu que não mais seria indicado manter as quatro empresas de propósito específico criadas anteriormente para a legítima finalidade de captação e de gerenciamento dos recursos, como acima mencionado, uma vez que a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas de juros e variação cambial ativa resultaria em ônus não previsto inicialmente e de altíssimo custo, retirando a neutralidade contábil, societária e tributária das 1, quatro

empresas de propósito específico e inviabilizando-as financeiramente.

As quatro empresas de propósito específico (São Luiz, Triple A LSC e Gestão) foram então incorporadas pela Recorrente, no início de 1999, para grande suspeita da fiscalização. Vale ressaltar que a decisão de incorporar as empresas de propósito específico em 1999 em nada contrariava a necessidade de sua criação em um primeiro momento, e 1998.

Como se afirmou, foi simples consequência da mudança no ambiente econômico e tributário do País, naquela época. Com a incorporação em 1999, toda a responsabilidade pelo pagamento dos títulos repassados aos bancos italianos e dos juros correspondentes passou a caber unicamente à Recorrente, uma vez que a incorporação extinguiu as empresas São Luiz, Triple A, SC e • Gestão (doc. 24 da Impugnação — Incorporação das 4 empresas de propósito específico.). A partir desse momento a Recorrente passou a ser a sucessora e, portanto, a responsável « freta pelas FRNs emitidas, bem como pelo pagamento de juros aos credores no exterior.

Como consequência dessa transformação societária, os já mencionados certificados de registro emitidos pelo Banco Central para as operações de lançamento de títulos no exterior foram aditados 'para constar como empresa devedora a própria Recorrente (doc. -'5 e 26 da Impugnação — Aditamento da Incorporação nos Registros no BACEN). A Recorrente, passou a pagar os juros aos bancos italianos a partir de então, como se vê das averbações de pagamento feitas nos Certificados de Registro dos empréstimos juntados aos autos.

Assim, ficou alterada a estrutura inicial da operação, passando a Recorrente a ser a responsável direta pelos títulos emitidos e repassados aos bancos italianos, , com a extinção das quatro empresas de propósito específico. Essa primeira modificação, feita em 1999, afastou a tributação não prevista de PIS e COFINS que seria aplicável às empresas .de propósito específico, caso fosse mantida a estrutura da operação concebida originalmente. Nada de simulado, tudo às claras, com legítimo propósito negociai ante a modificação do cenário• econômico e tributário do País. Assim, fica claro que a incorporação daquelas quatro empresas não pode ser vista como indício de simulação de capital travestido por empréstimos, como equivocadamente foi a leitura feita pelo d. auditor fiscal autuante e pela maioria dos julgadores i de primeira instância administrativa.

De outro lado, sob o aspecto dos empréstimos internacionais tomados, verificou-se a progressiva redução

das taxas de juros internacionais, atingindo patamares bem menores do que os juros fixos contratados para as FRNs emitidas. Isso fez com que o custo financeiro destes títulos, em mãos dos bancos italianos, ficasse bastante superior aos custos do mercado financeiro internacional. A Monsanto americana decidiu então recomprar as FRNs dos citados bancos italianos, devolvendo a eles os recursos originalmente emprestados. A recompra dos títulos aos bancos italianos significava economia de custos financeiros, com menores taxas de juros de mercado, ao invés de 'se manterem os juros fixos mais elevados das FRNs.

Detentora dos títulos, a Monsanto americana decidiu converter os empréstimos em capital social da Recorrente, fazendo cessar a contínua geração de prejuízos contábeis e fiscais. E assim foi feito, no ano de 2004, como fartamente noticiado nos autos do processo.

A correta descrição da operação e de suas duas modificações, em 1999 e em 2004, ganha relevo diante da simulação alegada pela fiscalização e mantida pelo Voto da Maioria. Diferentemente do quanto concluiu o d. agente fiscal e a maioria dos julgadores de primeira instância, vê-se que o montante recebido pela Recorrente, e que gerou as despesas glosadas, efetivamente possuía e sempre possuiu a natureza de empréstimo, pela colocação dos títulos no mercado financeiro internacional, e sempre gerou encargos de juros e variação cambial negativa efetivamente pagos pela Recorrente aos bancos prestadores italianos. Os empréstimos somente foram convertidos em capital em 2004, 5 anos após a incorporação, em 1999, das empresas de propósito específico que viabilizaram, em 1998, a emissão dos títulos e a captação dos recursos. No final de 6 anos da captação inicial, os valores tomados no mercado financeiro internacional com a emissão das FRNs foram convertidos em capital da Recorrente para fazer cessar a geração de elevados prejuízos, seja pelo custo financeiro elevado que a taxa fixa de juros das FRNs representava e pela variação cambial negativa, seja pelo acordo comercial imposto à Recorrente até 2005 pela ação do Greenpeace e do Idec. A capitalização se fez porque a Recorrente acumulava prejuízos insuportáveis, em decorrência das variáveis econômicas e regulatórias já referidas. Quando os empréstimos foram convertidos em capital, em 2004, a empresa Recorrente era muito diferente daquela que, em 1998, buscava ampliar suas atividades e seus investimentos no Brasil.

- *Diante desses diferentes cenários -- em 1998, quando se tomaram os recursos no mercado internacional;*

I em 1999, quando se incorporaram as quatro empresas de propósito específico para afastar incidência tributária não prevista; e em 2004, quando se capitalizaram os empréstimos para estancar os prejuízos financeiros da Recorrente, agravados

pela proibição de comercialização das sementes transgênicas , é impensável que desde o início da operação, em 1998, a Recorrente e sua controladora americana já soubessem que isso tudo iria acontecer no Brasil e que o empréstimo seria capitalizado seis anos depois, como quiseram o d. auditor fiscal autuante e os julgadores de primeira instância, por maioria.

O raciocínio da simulação se justificaria, segundo essas autoridades, para a criação artificial de despesas de juros e variação cambial negativa. Isso, segundo as mesmas autoridades, teria sido "previsto" desde 1998. A realidade é que a acumulação de prejuízos mostra que até hoje a Recorrente não conseguiu compensá-los. Para que criar despesas dedutíveis se não há lucros contra os quais compensá-las? Foram seis anos desde os empréstimos até a capitalização e mais quatro anos de lá até hoje. Qual o sentido de um planejamento dessa extensão, sem que haja o benefício da redução efetiva dos tributos? E mais, para que criar despesas que teriam o benefício teórico de redução de tributos em 34% de seu valor (IRPJ + CSLL), quando se sabe que seria preciso gastar mais 66% do valor dessas despesas com terceiros, os bancos italianos, para economizar 34%? Seria esse um planejamento inteligente?

A Fazenda Nacional, a fls. 3063 e seguintes, apresenta contra-razões ao recurso voluntário, onde afirma:

O que ora se discute é saber se foi correta ou não a imputação de simulação, decorrente da requalificação dos alegados empréstimos como capital, com a glosa dos juros e variação cambial, os quais foram despesas tidas como desnecessárias, por se qualificarem como dividendos indedutíveis.

Uma análise cuidadosa dos autos, evidencia o fato de que não socorre razão à contribuinte, como veremos a seguir.

Compulsando-se os autos, pôde. se observar, que a utilização da já citada operação teve. o intuito de efetuar remessas de capital da sede da empresa situada no exterior para sua subsidiária no Brasil.

Para tanto, o procedimento adotado foi o seguinte:

a empresa ou empresas controladas emitem títulos de renda • fixa ou variável que são negociados através de um agente intermediário que já tem acordo para "vendê-los" apenas para • a matriz ou controladora dessa empresa, situada no exterior que, dessa forma remete o dinheiro, destinado ao aporte de capital na subsidiária brasileira, disfarçado de investimento • ou empréstimo. A controlada no País começa a remeter à • matriz quantias à título de juros do empréstimo ou investimento e ao final do prazo acordado, a matriz ao resgatar os títulos, simplesmente "resolve" deixar o dinheiro no país, como aporte de capital à subsidiária.

Ora, diante disso, temos que a contribuinte recebe , o dinheiro no começo do investimento, quer dizer, já está com todo o capital que a matriz desejava remeter à filial, a filial por sua vez, remete valores à sua matriz a título de juros e o mais importante

desconta esses valores de juros e das variações cambiais negativas do cálculo do imposto de renda devido, muitas vezes obtendo resultados negativos de IRPJ exclusivamente por conta dessas operações, ou seja deixa de recolher os impostos e contribuições devidos nos pais. A matriz acaba por lucrar também, pois ao invés de simplesmente fazer o aporte de capital à subsidiária, recebe "juros" que são sempre remetidos ao contrário dos lucros e dividendos que dependem do resultado da empresa.

Por outro lado, a autuada sustentou em seu apelo, que fiscalização ignorou sua liberdade em lançar títulos II e obter empréstimos, ao desconsiderar, por completo, a I natureza jurídica da operação realizada, apesar da legalidade i ti de seus atos, pretendendo imputar-lhe a natureza de um , 'I aumento de capital disfarçado. I, t • 22. Ora, "o que aqui se discute não versa sobre a . liberdade da empresa criar empresas, lançar títulos ou tomar i/empréstimos. Diferentemente, o que não pode ser admitido é!. que essas operações tenham o intuito de promover a evasão fiscal travestida de planejamento tributário.

Com efeito, como é cediço, a análise da espécie de operação vislumbrada nos autos é feita por chamadas provas indiretas, através de presunções formadas a partir de indícios.

Como é cediço, a presunção é um meio de prova, conforme prevê o inciso IV do artigo 212 do Código t Civil', construído a partir de um substrato fático formado pela reunião de indícios.

Continua a Fazenda:

Tanto isso é verdade, que no Caso "sub examen", poderia se indagar qual empresa que, constituída obviamente com a idéia de gerar lucros aos seus acionistas, escolheria deliberada e desnecessariamente aumentar suas despesas e o grau de endividamento, diminuindo o resultado ao final do exercício e por conseqüência, os ganhos dos acionistas?

. Ora, a resposta se mostra óbvia: Nenhuma empresa em sã consciência. Assim, temos imediatamente uma concreta suspeita de que os atos da empresa visam ocultar algum outro motivo que não deve aparecer, constituindo-se em fortíssimo indício de operação simulada.

Senão bastasse isso, outro indício a ser mencionado foi o suposto investidor que adquiriu os títulos, enviou o dinheiro antes mesmo do carregamento dos títulos da Banca Commerciale Italiana - BCI de títulos (notas) e por fim, . o dinheiro do suposto investimento não retornou ao investidor no resgate dos títulos.

Mais especificamente, é importante para o deslinde - da controvérsia ainda verificar se existe ligação entre as • partes envolvidas e a falta de execução material do contrato'.

A simulação no caso concreto é evidente, considerando que as partes envolvidas são estreitamente ligadas, separadas apenas fisicamente pois se trata da mesma empresa, cuja única controladora se situa nos Estados Unidos.

Ademais, o dinheiro do suposto investimento, empréstimo jamais voltou ao investidor, tornando-se aporte de capital na controlada brasileira, ou seja a operação não se concretizou na íntegra.

Em relação à decadência, afirma a Fazenda Nacional:

Não socorre razão à contribuinte.

Isto porque, estando diante de lançamento de ofício em que não houve pagamento prévio dos tributos, além da existência de simulação, deve-se levar em conta o prazo do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, ou seja, o prazo para decadência se inicia no primeiro dia do exercício, seguinte a que a autuação poderia ter sido feita, ou seja 2001, a decadência só ocorreria em 31 de dezembro de 2005.

Com efeito, uma vez que a contribuinte foi: cientificada em 5 de dezembro de 2005, não ocorreu a ' decadência, sendo correto o lançamento relativo ao ano calendário de 1999 e seguintes.

Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO

O recurso voluntário é tempestivo e deve ser conhecido. O valor exonerado pela decisão de 1ª instância supera R\$ 1.000.000,00, devendo o mesmo também ser conhecido..

Analiso inicialmente o recurso de ofício interposto.

O acórdão recorrido, em relação à matéria exonerada se manifestou conforme abaixo:

DA AUTUAÇÃO RELATIVA A PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA
No ano-calendário de 2000 foram apurados valores passíveis de ajustes no LALUR, segundo a legislação de preços de transferência, para os produtos relacionados à fl. 2285 (11 produtos, ajuste total de R\$ 23.125.099,16).

A contribuinte não contesta os ajustes relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Sempra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomol407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60 (ajuste total de R\$ 8.658.265,14).

Entende, no entanto, que tais ajustes devem ser reduzidos do saldo dos resultados negativos do ano-calendário de 2000 -

antes da utilização feita pela fiscalização em relação ao débito tributário do item 02 do Auto de Infração – cancelando-se o lançamento do IRPJ e da CSLL, da multa e dos juros cobrados neste item da autuação, conforme demonstrativo de fl. 2357.

Com relação ao Ácido N-Fosfonometil, a impugnante não concorda com os cálculos adotados pela fiscalização (método PRL-60), apresentados de forma resumida nas tabelas 02 e 06 do Auto de Infração (fls. 2303 e 2307), que levaram ao ajuste de R\$ 14.466.834,02.

Alega que nas planilhas por ela entregues originalmente (em 06/09/2004) à fiscalização foram incluídas, equivocadamente, importações da empresa estrangeira CK Witco, que não se enquadra nos conceitos dados pelo artigo 244 do RIR/99 sobre o que seriam partes vinculadas à impugnante no Brasil, nem nas condições de aplicação das regras de preços de transferência estabelecidas pela IN SRF nº 38/97, vigente no ano-calendário de 2000 (os docs. 06 e 07, fls. 2421 a 2424, confirmariam essa alegação).

Segundo a contribuinte, o equívoco foi corrigido, tendo sido entregues novas planilhas - iguais as originais, apenas deixando de incluir as importações feitas da empresa CK Witco - à fiscalização (em 11/04/2005, ainda durante a ação fiscal, conforme doc. 08, fl. 2425), as quais teriam sido ignoradas pela fiscalização.

Considerando a exclusão das importações da CK Witco, o excesso de custo em relação ao preço-parâmetro seria de 1,42%, inferior ao limite de tolerância de 5% estabelecido pelo artigo 36 da IN SRF nº 38/97, ficando a contribuinte dispensada de efetuar qualquer ajuste ao lucro real e à base de cálculo da CSLL referente às importações do Ácido N-Fosfonometil durante o ano-calendário de 2000.

Após diligência efetuada junto à contribuinte, a fiscalização de fato, concluiu que não deveria haver ajustes relativos ao Ácido N-Fosfonometil.

Dessa forma, há que se excluir da tributação o ajuste de R\$ 14.466.834,02, restando o ajuste de R\$ 8.658.265,14, não contestado pela contribuinte, relativos aos seguintes produtos: Kadett CE 10LT, Semptra 1,5 Kg, Glifosato Técnico, Flomol 1407, Multiação, Roundup Dry, EqualSPF, KLTP25, NU25 e NUGR60.

Diante da manifestação da fiscalização em sede de diligência, o excesso de custo em relação ao preço-parâmetro, restringiu-se a 1,42%, inferior aos 5% estabelecido pela IN 38/97, dispensando o contribuinte de qualquer ajuste.

Diante do exposto, considero correta a decisão recorrida, e voto por negar provimento ao recurso de ofício quanto a esta matéria.

A segunda matéria que foi objeto de exoneração foi a redução da multa de 150% para 75%.

Quanto a esta matéria, se manifestou o voto condutor do acórdão:

Desse modo, entendo estar correta a ação fiscal que acertadamente classificou de simulação a operação feita de aporte de capital, sendo correto o lançamento efetuado.

No entanto, discordo da imposição de multa de 150% imposta pela autuação porque entendo que a empresa não se negou a prestar todas as informações requeridas pelo Fisco, não falsificou documentos ou informações e impediu o acesso à sua documentação durante o curso do procedimento fiscal, além do que, dentro da operação realizada, os seus atos foram lícitos, embora o propósito da operação tenha sido o não pagamento de impostos.

Esclareço inicialmente que entendo contraditória a manifestação acima reproduzida.

Após afirmar que estava correta a fiscalização ao classificar a operação de aporte de capital como simulação, em seguida afirma que todos os atos foram lícitos, embora o propósito da operação tenha sido o não pagamento de impostos.

Também esclareço que a afirmação “que a empresa não se negou a prestar todas as informações requeridas pelo Fisco, não falsificou documentos ou informações e impediu o acesso à sua documentação durante o curso do procedimento fiscal”, exceto na parte referente a não falsificação de documentos, não dizem respeito à qualificação da multa de ofício, cujas condutas justificadoras devem ser observadas no momento da ocorrência do fato gerador e não no momento da ação fiscal. Se fosse o caso de obstrução da ação fiscal a legislação tributária possui penalidades específicas, diversas da qualificação da multa de ofício.

Para verificar a correta aplicação da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei 9430, torna-se necessário verificar o conteúdo dos art. 71 a 73 da lei 4502/64:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Entendo que, se as operações são provadas como simuladas e com o objetivo de não pagamento de tributos, estaria justificada a aplicação da multa qualificada, nos termos do art. 44 da Lei 9430/96, c. c. o art. 72 da Lei 4502/64.

Entendo necessário, portanto, para decisão sobre o recurso de ofício no que se refere à aplicação da multa qualificada, que se decida sobre a correção da qualificação da conduta do contribuinte como simulada e, posteriormente, decida-se sobre o recurso de ofício.

Conforme exaustivamente descrito pela fiscalização e confirmado pela recorrente e pela decisão de 1ª instância, a recorrente, em 1998, utilizando quatro sociedades de propósito específico, lançou títulos denominados FRN (Fixes Rate Note) com a finalidade declarada de captar recursos inicialmente declarados para utilização em capital de giro e depois utilizados em investimentos. O valor captado em moeda estrangeira foi de cerca US\$575.000.000,00 (Quinhentos e setenta e cinco milhões de dólares norte-americanos). Importante também ressaltar que esses títulos gozavam de isenção em relação ao IRF e ao IOF no pagamento dos juros ao exterior.

Os lançamentos dos títulos foram autorizados pelo Banco Central do Brasil.

Esses títulos foram negociados inicialmente com a Monsanto Colunbiana, de Delawre e, segundo a recorrente, logo depois (ainda em 1998) foram transferidos para os bancos italianos, que, segundo a recorrente, seriam os verdadeiros emprestadores internacionais.

A recorrente admite que o Monsanto Colunbiana, empresa do grupo Monsanto dos Estados Unidos, que também controla a recorrente, enviou o recurso às sociedades de propósito específico e que estas repassaram os recursos à recorrente também através de sociedades de propósito específico.

Alega a recorrente que as duas empresas de propósito específico tinham também a função secundária de evitar a bitributação dos juros que seriam pagos aos bancos italianos, o que poderia ocorrer a título de receita presumida na Monsanto americana, segundo a legislação daquele país. A bitributação dos juros, na Itália e nos Estados Unidos, inviabilizaria o custo financeiro da captação dos recursos no mercado internacional. Com as duas empresas de propósito específico no Brasil uma para cada tranche de emissão das FRNs, o risco de bitributação dos juros estaria afastado.

Em 1999 as sociedades de propósitos específicos foram incorporadas pela recorrente. Segundo a recorrente, com a edição da Lei 9718/98, foi alargada a base de cálculo da COFINS e do PIS, fazendo incidir tais contribuições sobre a receita financeira das empresas. Também houve a maxidesvalorização do real frente ao dólar, elevando as receitas recebidas a título de juros e variação cambial ativa entre as quatro empresas de propósito específico concebidas para a estrutura original de colocação e repasse dos recursos das FRN's.

Em 2004 a Monsanto americana decidiu pela capitalização dos empréstimos, após recompra das FRNs que estavam em poder dos bancos italianos. Após a recompra, sendo detentora dos títulos, a Monsanto decidiu converter os empréstimos em capital social da Recorrente.

Afirma a decisão recorrida:

O que foi feito na realidade, com o fito exclusivo de elidir as leis fiscais, foi a utilização dessa operação para efetuar remessas de capital da sede da empresa situada no exterior para a subsidiária dentro do país, efetuada da seguinte maneira: a empresa ou empresas controladas emitem títulos de renda fixa ou variável que são negociados através de um agente intermediário que já tem acordo para “vendê-los” apenas para a matriz ou controladora dessa empresa, situada no exterior que, dessa forma remete o dinheiro, destinado ao aporte de capital na subsidiária brasileira, disfarçado de investimento ou empréstimo. A controlada no País começa a remeter à matriz quantias à título de juros do empréstimo ou investimento e ao final do prazo acordado, a matriz ao resgatar os títulos, simplesmente “resolve” deixar o dinheiro no país, como aporte de capital à subsidiária.

Entendo necessário reproduzir legislação posterior que veio tratar de tema correlato ao tratado nos autos (Lei 12249):

Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, vinculada nos termos do art. 23 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo aos seguintes requisitos:

I - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

II - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que não tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

III - em qualquer dos casos previstos nos incisos I e II, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total de endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

§ 2º *Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada.*

§ 3º *Verificando-se excesso em relação aos limites fixados nos incisos I a III do caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.*

§ 4º *Os valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido, a que se refere este artigo, serão apurados pela média ponderada mensal.*

§ 5º *O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica no caso de endividamento exclusivamente com pessoas vinculadas no exterior que não tenham participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil.*

§ 6º *Na hipótese a que se refere o § 5º deste artigo, o somatório dos valores de endividamento com todas as vinculadas sem participação no capital da entidade no Brasil, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.*

§ 7º *O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Trago abaixo a exposição de motivos da norma acima :

29. O art. 24 visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.

29.1. A dedução desses juros da base de cálculo do IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e da CSLL (alíquota de 9%) gera uma economia tributária de 34% do seu valor. Mesmo considerando que as remessas para pagamento de juros são tributadas pelo Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%, resta uma economia tributária de 19%.

29.2. A medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais. O objetivo é controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais

Me parece claro que a inovação legal tenta evitar espécie de planejamento tributário que, segundo o raciocínio da decisão recorrida teria ocorrido no caso dos autos.

Também me parece necessário transcrever trecho do voto vencido na DRJ:

A opção da contribuinte, no sentido de contrair empréstimo junto a sua controladora no exterior, é legítima, de cunho administrativo e pessoal, não cabendo ao Fisco contestá-la. Ainda mais porque os recursos obtidos foram aplicados em investimentos condizentes com o objeto social da contribuinte (o que torna dedutíveis, a princípio, as decorrentes despesas de juros).

Há que se observar, ainda, que a maioria dos juros não foram pagos à Monsanto Colombiana, mas a bancos italianos.

Isso porque, conforme relatado pela contribuinte às fls. 1684 e 1685, e comprovado pelos documentos juntados aos autos (docs. 12 e 13, fls. 2476/2484, com tradução juramentada às fls. 2699/2704), das 4 Fixed Rate Notes emitidas pela São Luiz em nome da empresa Monsanto Colombiana, 3 delas foram repassadas à Centrobanca SPA e à Banca Commerciale Italiana (fl. 2699), assim como todas as 15 Fixed Rate Notes emitidas pela Triple A em nome da empresa Monsanto Colombiana foram repassadas à Banca Commerciale Italiana (fls. 2701/2704).

Assim, apenas uma Fixed Rate Note emitida pela São Luiz manteve-se com a Monsanto Colombiana, empresa vinculada à contribuinte.

Apenas com relação a essa única Fixed Rate Note poderia se cogitar a aplicação das normas que regulam os empréstimos junto a pessoas vinculadas domiciliadas no exterior, limitando a dedutibilidade dos juros passivos correspondentes.

Trata-se de normas inseridas na legislação relativa a preços de transferência (em especial o artigo 22 da Lei nº 9.430/96, correspondente ao artigo 243 do RIR/99, e o artigo 25 da IN SRF nº 38/97) e na legislação acerca da tributação de lucros auferidos no exterior por meio de empresas coligadas (em especial o §3º do artigo 1º da Lei nº 9.532/97), in verbis:

(Lei nº 9.430/96)

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

(...)

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

(IN SRF nº 38/97)

“Art. 25. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco

Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em Dólares pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referir os juros.

(...)

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

(...)” (grifei).

(Lei nº 9.532/97, para o ano-calendário de 1999)

“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

(...)

§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil.

(...)”.

(com a redação da MP nº 1991-15/2000, para o demais anos-calendário)

“§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, relativos a empréstimos, pagos ou creditados a empresa controlada ou coligada, independente do local de seu domicílio, incidentes sobre valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas controladas, domiciliadas no exterior”.

Ocorre que sequer as limitações impostas pelas normas supra transcritas são aplicáveis ao presente caso, pois:

com relação ao artigo 22 da Lei nº 9.430/96 (artigo 243 do RIR/99) e o artigo 25 da IN SRF nº 38/97, há que se observar que, como destaca a própria fiscalização, os contratos de mútuo, mediante lançamento de Fixed Rate Notes, encontram-se devidamente registrados no BACEN, conforme certificados de nºs 241/35285 (1292/1295) e 241/35025 (fls. 1257/1260); e com relação ao §3º do artigo 1º da Lei nº 9.532/97, não há nos autos

qualquer comprovação, ou sequer a menção, de que haveriam lucros não disponibilizados no exterior em favor da contribuinte.

Mesmo se assim não fosse, a alteração da legislação de regência e da matéria tributável representaria, indubitavelmente, novo lançamento, o qual não pode ser efetuado por esta Delegacia de Julgamento, mas apenas pela autoridade lançadora competente, dentro do prazo decadencial, nos termos do artigo 18, §3º, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93, in verbis:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

(...)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada”.

Por todo o exposto, há que se exonerar a tributação relativa à glosa de despesas de juros e de variação cambial passivos, restabelecendo-as integralmente.

Como se pode observar pelos trechos acima reproduzidos, não me parece correta a interpretação dada pelo voto vencedor aos fatos e a consequência tributária dos mesmos.

Antes da vigência da Lei 12249, que trouxe ao ordenamento a presunção legal em caso de subcapitalização, o que se poderia admitir era a prova direta de que a operação de empréstimo teria sido falseada, até porque ela era expressamente admitida pela Lei 9430. No caso concreto, tendo sido a maioria esmagadora dos juros pagos aos bancos italianos, somente em relação à parcela paga diretamente à empresa ligada se poderia questionar o pagamento dos juros (na verdade limitação da parcela dedutível.) na vigência da Lei 9430

Embora, efetivamente, possa ter havido economia de tributos pela recorrente, e isso não fica claro nos autos tendo em vista a seqüência de prejuízos fiscais incorridos, não vejo nos autos como considerar as despesas com juros e variação cambial, que foram incorridos, como indedutíveis, pois aplicadas em investimentos da empresa e demonstrado que foram efetivamente pagos.

Não se há de negar que pode ter havido planejamento tributário, tanto em relação à legislação brasileira com à americana, mas não me parece que seja ilícito tal procedimento.

Sobre a alegada simulação, reproduzo trecho do voto vencido na DRJ:

A operação de mútuo está comprovada, tendo sido, inclusive, registrada no BACEN. Se trata-se de uma simulação, tal fato

deveria ter sido comprovado, não simplesmente presumido. Esse também é o entendimento do Conselho de Contribuintes:

“DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO - Não basta a simples suspeita de fraude, conluio ou simulação para que o negócio jurídico realizado seja desconsiderado pela autoridade administrativa, mister se faz provar que o ato negocial praticado deu-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN).

SIMULAÇÃO – Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador, efetivamente, realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO – Configura-se negócio jurídico indireto, quando um contribuinte se utiliza de um determinado negócio, típico ou atípico, para obtenção de uma finalidade diversa daquela que constitui a sua própria causa, em que as partes querem efetivamente o negócio e os efeitos típicos dele realizado e submete-se a sua disciplina jurídica” (Acórdão 101-94340, de 09/09/2003).

No presente caso, no entanto, sequer se observam indícios de irregularidades fiscais.

Além de ser irrelevante o fato de a contribuinte haver informado que a finalidade dos recursos era de capital de giro, tendo estes sido utilizados como investimentos, não há na legislação vigente nada que impeça uma empresa no exterior a efetuar empréstimos – reais, efetivos – a sua coligada no Brasil, em vez de capitalizar os recursos transferidos.

Diante de duas estruturas jurídicas diferentes – que satisfazem igualmente os resultados negociais que se pretende atingir – podem as partes livremente escolher aquela que bem lhe aprouver, submetendo-se ao regime de tributação aplicável à natureza jurídica escolhida, sem que o aplicador da lei possa descaracterizá-la somente para submetê-la ao regime de tributação mais onerosa.

Em outras palavras, nada impede o legítimo planejamento tributário. Nesse sentido, observe-se o seguinte acórdão do Conselho de Contribuintes:

“IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO – OPERAÇÕES DE SWAP- Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a

declaração enganosa de vontade, essencial na simulação” (Acórdão 101-93616, de 20/09/2001).

A opção da contribuinte, no sentido de contrair empréstimo junto a sua controladora no exterior, é legítima, de cunho administrativo e pessoal, não cabendo ao Fisco contestá-la. Ainda mais porque os recursos obtidos foram aplicados em investimentos condizentes com o objeto social da contribuinte (o que torna dedutíveis, a princípio, as decorrentes despesas de juros).

Há que se observar, ainda, que a maioria dos juros não foram pagos à Monsanto Colombiana, mas a bancos italianos.

No caso dos autos, os títulos foram emitidos (com autorização do Banco Central), os juros foram pagos em sua maioria a Bancos Italianos em relação aos quais não há notícia de vínculo com a recorrente.

Poderia se questionar a sequência de fatos que levaram até à capitalização da recorrente em 2004.

Entendo importante analisá-los de forma individual e em conjunto.

1998 – constituição das empresas de propósito específico – foram criadas de forma transparente e respeitando a legislação em vigor.

1998 – emissão dos títulos – (Fixed Rate Notes) e negociação dos títulos com empresa ligada à recorrente – previstas pela legislação e aprovadas pelo Banco Central

1998 – Repasse da maioria dos títulos aos bancos italianos, exceto uma FRN no valor de US\$ 50.000.000,00 que ficou em poder da empresa Monsanto Columbian -

1999 – incorporação das empresas de propósito específico pela recorrente. A recorrente alega que em função de mudança na legislação tributária, que realmente ocorreu, e onerou as receitas financeiras com a incidência do PIS e da COFINS;

2004 – A controladora americana recompra os títulos e transforma a dívida em capital – não há impedimento legal e as circunstâncias alegadas são verossímeis.

Vistos em 2005, os fatos podem levar à convicção de um complexo planejamento tributário e que, na verdade, desde o início se desejava o resultado final, mas mesmo não afastando essa hipótese, não vejo como considerá-la ilícita e desconsiderar seus efeitos para fins tributários.

Mesmo considerando que o art. 116 do CTN pudesse ser aplicado sem sua regulamentação, ainda assim entendo que a autoridade administrativa não poderia desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pela recorrente sem prova de dissimulação ou simulação. Até pelo tempo transcorrido entre a emissão dos títulos, envio dos recursos, pagamento dos juros e, ao final a capitalização, seria muito difícil a demonstração do interesse em dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Entendo, portanto, que não foi demonstrada a alegada simulação e, portanto, sendo a operação declarada de mútuo, tendo sido efetivamente pagos os juros, tendo sido os recursos efetivamente aplicados em investimentos da recorrente, devem as despesas ser consideradas dedutíveis, por serem necessárias ao desenvolvimento das atividades empresariais da recorrente.

Importa dizer que mesmo a legislação posteriormente vigente, que trata das situações de sub-capitalização, não proíbe que empresas vinculadas realizem operações de mútuo, mas apenas restringe a dedutibilidade quando os valores ultrapassem o dobro da participação da empresa vinculada do exterior no patrimônio líquido da empresa brasileira.

Acrescente-se que, no caso dos autos, os juros, em sua maioria, foram pagos à empresa financeira não vinculada, mesmo considerando que houve um adiantamento dos recursos à recorrente e posterior repasse dos títulos aos bancos italianos.

Voltando ao recurso de ofício, afastada a simulação e não havendo outra motivação para a qualificação da multa, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício também em relação à exoneração da multa qualifica.

Em relação ao recurso voluntário, adoto as motivações do voto vencido da 1ª instância e voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Relator