MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16561.000193/2007-68

Processo nº	16561.000193/2007-68
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**1201-005.195 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	16 de setembro de 2021
Recorrente	PAIC PARTICIPAÇÕES LTDA.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2002

LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.
A operação de alienação de participação societária não configura disponibilização dos lucros auferidos pela sociedade estrangeira controlada pela empresa incorporada, nos termos do art. 10, § 2°, alínea b, item 4 da Lei n° 9.532/97.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.
Em se tratando de exigência reflexa que têm por base os mesmos fatos do lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada no processo principal constitui prejulgado na decisão da CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Sérgio Magalhães Lima (relator), Wilson Kazumi Nakayama e Efigênio de Freitas Júnior. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Jeferson Teodorovicz. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima - Relator

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Sergio Magalhaes Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Lucas Issa Halah (suplente convocado), Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou improcedente impugnação apresentada em contraposição a autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 115 a 117) e de da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL (fls. 120 a 122), referentes ao ano-calendário de 2002, com crédito tributário total no valor de R$ 877.461,84 (oitocentos e setenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e um reais e oitenta e quatro centavos).

Conforme narrativa conclusiva do termo de Verificação Fiscal (TVF) acerca da análise dos fatos e do direito aplicável, constatou-se que a empresa incorporada pela Recorrente, Ação Real Participações S/A. (doravante denominada "Ação Real"),*"realizou operações na qual ocorreu transferência de cotas de suas empresas controladas no exterior, caracterizando disponibilização de lucros conforme o item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º, da Lei n° 9.532/97".*

Em resposta à impugnação apresentada, decidiu-se pela manutenção dos créditos tributários, de acordo com Acórdão DRJ/SP1 n° 16-24.710, nos termos da seguinte ementa:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ**
>
> Ano-calendário: 2002
>
> MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO.
>
> RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA.
>
> A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelo crédito tributário da incorporada, respondendo tanto pelos tributos e contribuições como por eventual multa de ofício e demais encargos legais decorrentes de infração cometida pela empresa sucedida, mesmo que formalizados após a alteração societária.
>
> IRPJ. DECADÊNCIA. O direito de praticar o ato de lançamento extingue-se após 5 anos, sendo o termo inicial de contagem do prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.
>
> TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. LUCRO AUFERIDO POR CONTROLADA OU COLIGADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. **Os lucros auferidos por pessoa jurídica controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil quando ocorrer o emprego do valor, em favor beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.**
>
> ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES. A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.
>
> JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO. Os juros de mora são devidos por expressa disposição legal, inclusive a utilização da taxa SELIC.
>
> TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. - A tributação reflexa segue a mesma linha decisória quanto ao decidido no IRPJ.

Documento nato-digital

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignada, após ciência do acórdão, em 30/04/2010 (e-fls. 454), interpôs recurso (e-fls. 308/366), em 31/05/2010, por meio do qual alega, em preliminar, a impossibilidade do lançamento da multa de ofício na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão, e a ocorrência do instituto da decadência, ao passo que, no mérito, aduz (i) a inocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL, (ii) a impossibilidade de se tributar o resultado de equivalência patrimonial e a variação cambial decorrente de investimentos realizados em empresas controladas ou coligadas sediadas no exterior, (iii) a indevida utilização da taxa de câmbio, (iv) o vício quanto à apuração da base de cálculo do lucro tributável gerado no exterior, e, por fim, (v) a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Sérgio Magalhães Lima, Relator.

O recurso é tempestivo, e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, a Recorrente informa que a operação questionada pela Fiscalização foi realizada, em fevereiro de 2002, pela empresa Ação Real, incorporada pela Recorrente em 2004.

Discorda do entendimento da DRJ, pela interpretação literal do art. 132 do Código Tributário Nacional (CTN), e afirma que o sucessor responde apenas pelos tributos devidos até a data da sucessão, sendo a multa transferida ao sucessor somente no caso de ter sido lançada antes do ato sucessório.

Assim, como a multa foi lançada em dezembro de 2007, e a sucessão realizada em janeiro de 2004, assevera que *"não há que se manter a cobrança da multa punitiva em face do ora Recorrente"*.

Cita jurisprudência e doutrina a fim de corroborar seus argumentos.

Sobre essa questão, vários julgados deste Conselho já caminhavam em linha com o entendimento manifestado pela Fiscalização e validado pela instância de piso, o que resultou, em 2019, no enunciado da súmula CARF nº 113. Confira-se:

> **Súmula CARF nº 113**
>
> A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, independentemente de esse crédito ser formalizado, por meio de

Documento nato-digital

> lançamento de ofício, antes ou depois do evento sucessório. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).
>
> Acórdãos Precedentes:
>
> 2401-004.795, de 10/05/2017; 3401-003.096, de 23/02/2016; 9101-002.212, de 03/02/2016; 9101-002.262, de 03/03/2016; 9101-002.325, de 04/05/2016; 9202-006.516, de 27/02/2018.

Com base na consulta aos precedentes acima relacionados, torna-se possível o exame dos fundamentos que desaguaram nos termos do enunciado da referida súmula, todos contrários à alegação da Recorrente.

Isto posto, rejeito a preliminar arguida.

Para o exame da próxima questão, atinente à preliminar de decadência, convém expor os fatos descritos nos itens 3, 4 e 5 do TVF. Veja-se:

> **3. CÁLCULO DOS LUCROS DISPONIBILIZADOS E NÃO OFERECIDOS À TRIBUTAÇÃO: Crosslake Holdings Inc.**
>
> De acordo com a cópia traduzida do "Memorando de Constituição e Contrato Social da Crosslake Holdings Inc", esta empresa está sediada nas Ilhas Virgens Britânicas e foi constituída em 21 de novembro de 2001. Da leitura da cópia do "Consentimento de Deliberação do Único Conselheiro Alterando o Memorando de Constituição" , datado de 17 de dezembro de 2001, ocorreu aumento de capital autorizado da Sociedade. **A empresa Pão de Açúcar Indústria e Comércio detém a participação de 77,31% do capital social da Crosslake, juntamente com a empresa brasileira Ação Real Participações S/A que subscreveu 22,69 %** do capital da Crosslake Holdings Inc, totalizando 100% do capital social da empresa das Ilhas Virgens Britânicas.
>
> Finalmente, da leitura da cópia da "Ata de Diretoria da llaban S/A", **em 28 de fevereiro de 2002, as empresas Pão de Açúcar Indústria e Comércio e Ação Real Participações S/A realizaram conferência da totalidade do pacote acionário da sociedade Crosslake Holdings Inc para a empresa llaban S/A**, sediada no Uruguai, a título de adiantamento para futuro aumento de capital.
>
> **Das demonstrações financeiras em 2002 da Crosslake Holdings Inc**, **a empresa apresentou lucro acumulado para o total dos anos no valor de US$ 1.857.981,89** (um milhão, oitocentos e cinqüenta e sete mil, novecentos e oitenta e um dólares e oitenta e nove centavos):
>
> A empresa Ação Real Participações S/A **participava com 22,69% do capital social** da Crosslake Holdings Inc, portanto:
>
> US$ 1.857.981,89 x 22,69 % = US$ 421.576,09
>
> De acordo com o artigo 143 da Lei n° 5.172 de 25 de outubro de 1996 - Código Tributário Nacional , combinado com o artigo 74, caput da MP 2.158-35/2001, **para conversão do montante em reais (R$), a taxa de câmbio a ser utilizada é a da data do fato gerador:**
>
> *"Art. 143 - Salvo disposição da lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua* ***conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação****."*
>
> *"Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n° 9.249. de 26 de dezembro de 1995. e do art. 21 desta*

Documento nato-digital

> *Medida Provisória,* ***os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço*** *no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento."*
>
> **Portanto:**
>
> **US$ 421.576,09 x 2,34820 (taxa de câmbio do dia 28/02/2002, fato gerador) = R$ 989.944,98** (novecentos e oitenta e nove mil, novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e oito centavos).
>
> **4. DA BASE DE CÁLCULO TRIBUTÁVEL**
>
> **No ano de 2002, o lucro apurado através das demonstrações financeiras da Crosslake Holdings Inc é de R$ 989.944,98** (novecentos e oitenta e nove mil, novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e oito centavos) **para a empresa Ação Real Participações S/A**.
>
> O resultado auferido no exterior e não oferecido à tributação no valor de R$ 989.944,98 (novecentos e oitenta e nove mil, novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e oito centavos) em de 2002, acima demonstrado será objeto de lançamento de ofício.
>
> **5. DO ENQUADRAMENTO LEGAL**
>
> O contribuinte infringiu o disposto **no art. 25 da Lei n° 9.249/95**, o "caput", do § 1º, inciso b e do § 2º, inciso b, **item 4**, do artigo 1º da **Lei n° 9.532/97**.

Em síntese, para a Fiscalização, conforme citado no relatório, em 28/02/2002, a transferência de cotas entre as empresas controladas no exterior caracterizou a disponibilização de lucros conforme o item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º, da Lei n° 9.532/97, fundamento este que será analisado oportunamente, pois cabe nesse momento somente identificar o termo final do prazo decadencial.

Por sua vez, para a Recorrente, uma vez que o lançamento foi efetuado em 17/12/2007, e o fato gerador ocorreu em 28/02/2002, o crédito tributário constituído estaria fulminado pela decadência, nos termos artigo 150, § 4º do CTN. Veja-se o seguinte excerto da peça recursal:

> Dessa forma, analisando-se o presente caso (e as jurisprudências já proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), em que ***(i)*** **os tributos exigidos - IRPJ e CSLL - estão sujeitos ao lançamento por homologação;** ***(ii)*** **o fato jurídico tributário (fato gerador) ocorreu em 28/02/2002; e (iii) o lançamento (de ofício) deu-se em 17/12/2007; conclui-se que**: quando da lavratura dos autos de infração, os créditos tributários relativos ao lucro apurado pela empresa coligada no exterior, no ano-calendário de 2002, **iá haviam sido definitivamente extintos, a partir de 27/02/2007.** em razão do decurso do tempo, nos exatos termos dos artigos 150, § 4º, e 156, incisos V, ambos do Código Tributário Nacional, ocorrendo, portanto, **a decadência** do direito de constituição de eventuais créditos tributários pelo Fisco.

Inconformada contra a decisão recorrida, que manifestou entendimento no sentido da aplicação do art. 173, I, do CTN, defende que os julgadores partiram de premissa equivocada "de que a homologação, prevista no artigo 150, §4°, do CTN, refere-se apenas ao pagamento prévio efetuado pelo contribuinte."

Registre-se aqui o entendimento da turma julgadora *aquo*:

Documento nato-digital

> A Impugnante defende também que os autos de infração do IRPJ e da CSLL foram tardiamente lavrados, quando já havia decaído o direito do Fisco constituir parte dos créditos tributários exigidos.
>
> A Impugnante defendeu que ao tempo da ciência do lançamento já havia ocorrido a decadência do direito do Fisco de constituir os eventuais créditos tributários, aplicando-se ao caso o previsto no § 4º do art. 150 do CTN.
>
> Não possui razão a Impugnante. Relativamente ao ano-calendário de 2002, **observa-se que o Contribuinte apurou prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, não tendo, por conseguinte, imposto de renda e contribuição social a pagar**. **Entendo que se aplica para a contagem do termo inicial do prazo decadencial, tanto para o IRPJ como para a CSLL, o previsto no inciso I do art. 173 do CTN**. Assim, o termo final para o lançamento seria 31/12/2008, do que se conclui que o lançamento, cuja ciência foi dada em 18/12/2007, foi efetuado dentro do prazo decadencial

Como visto, a Fiscalização identificou a realização de conferência de ações da sociedade Crosslake Holdings Inc para a empresa llaban S/A (dação de ações de uma empresa para integralização em outra), em 28/02/2002, e a classificou como forma de disponibilização de lucros para fins de tributação da empresa Ação Real, incorporada pela Recorrente.

Considerando correto esse entendimento - questão que será detalhada em análise de mérito -, tão-somente para exame de eventual decadência dos créditos ora exigidos, torna-se necessário, em primeiro lugar, investigar qual o momento em que se consideram disponibilizados os valores objeto do auto de infração.

A Lei 9.249/95, que introduziu em nosso ordenamento jurídico a tributação em bases universais, dispôs, em seu art. 25, que lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior deveriam ser computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano, *verbis:*

> Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Por sua vez, o art. 1º da Lei 9.532/97 dispôs sobre o momento em que esses lucros deveriam ser considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas - quando ocorrer o crédito, ou o pagamento traduzido nas hipóteses da alínea b do *§ 2o* daquele artigo -, e ainda o momento em que deveriam ser efetivamente considerados para fins de tributação - quando adicionados ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real, na data de 31 de dezembro do ano em que ocorrer a disponibilização. Veja-se o teor do artigo:

> *"Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro liquido,* ***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".*
>
> *"§ 1º Para efeito do disposto neste artigo,* ***os lucros serão considerados disponibilizados*** *para a empresa no Brasil:*
>
> *[...]*

Documento nato-digital

> *b) **no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento** ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Para efeito do disposto na alínea "b"do parágrafo anterior, **considera-se:***
>
> ***[...]***
>
> ***b) pago o lucro, quando ocorrer:***
>
> *o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;*
>
> *a entrega, a qualquer titulo, a representante da beneficiária;*
>
> *a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;*
>
> **o *emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior."***

No caso em tela, verifica-se que embora os lucros sejam considerados disponibilizados para a empresa investidora na data de 28/02/2002, é certo que, em linha com o caput dos artigos 25 da Lei 9.249/95 e 1º da Lei 9.532/97, somente em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil é que se torna possível a adição ao lucro líquido para determinação do lucro tributável.

Importante registrar, para que se desfaça alguma divergência de interpretação com a conclusão ora exposta, que a súmula vinculante CARF nº 78, conforme seus precedentes, afirma a necessidade de se considerar a data da disponibilização para fins de fixação do ano calendário em que os lucros devem ser tributados, e não a data em que anteriormente foram auferidos. A título de exemplo, eventuais lucros apurados em 1998, 1999 e 2000, caso sejam disponibilizados no curso do ano de 2002, somente poderão ser computados em 31/12/2002, e não naqueles anos em que os lucros foram auferidos para fins de contagem do prazo decadencial. Confira-se o enunciado da súmula:

> **Súmula CARF nº 78**
>
> A fixação do termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de lançamento sobre lucros disponibilizados no exterior, deve levar em consideração a data em que se considera ocorrida a disponibilização, e não a data do auferimento dos lucros pela empresa sediada no exterior. (Súmula revisada conforme Ata da Sessão Extraordinária de 03/09/2018, DOU de 11/09/2018). (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).
>
> Acórdãos Precedentes:
>
> Acórdão nº 1202-00.118, de 27/07/2009 Acórdão nº 108-09.592, de 17/04/2008 Acórdão nº 101-96.652, de 16/04/2008 Acórdão nº 101-96.364, de 17/10/2007 Acórdão nº 101-97.026, de 13/11/2008

Para melhor esclarecer, eis os excertos do Acórdão precedente nº 108-09.952:

> I- Adições não computadas na apuração do lucro real — Lucros auferidos no exterior - Ausência de adição ao lucro líquido do período, na determinação do lucro real, dos lucros auferidos no exterior, por controladas, **referente aos lucros totais apurados em 1996, 1997 e parcial de 1998 pagos em 30/10/2000**. Além disso, o contribuinte não

Documento nato-digital

> ofereceu a tributação a totalidade dos lucros suspensos no período de 1996 à novembro de 2001, quando da transferência da titularidade das suas controladas no exterior para sua controlada no Brasil. (Ano-calendário2000).
>
> [...]
>
> Assim, não há que falar em decadência quanto aos lucros apurados em 1996 e 1997, quando sua **disponibilização aconteceu em 31 de dezembro de 2000** e o lançamento do IRPJ em 30 de setembro de 2005, menos de cinco anos, portanto.

Nesse sentido, entendo que seja no exame da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL referentes ao 4º trimestre de 2002, em 31/12/2002, que se encontre o ponto de partida para a contagem do prazo decadencial.

Portanto, ainda que se considerasse incorreto o entendimento da decisão de piso, que rejeitou a aplicação da regra decadencial prevista no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN), pode-se afirmar que somente após a apuração em 31 de dezembro é que se poderia iniciar a contagem do prazo decadencial para fins de exame da integridade dos lançamentos efetuados.

Assim, seja pela aplicação da regra prevista no art. 150, §4º, do CTN, cujo termo final se completaria em 31/12/2007, seja pela aplicação do comando disposto no art. 173, I, do mesmo diploma legal, ter-se-ia válido o lançamento efetuado, em 18/01/2007.

Por tais motivo, rejeito a preliminar de decadência.

Passa-se à análise das cinco questões de mérito levantadas pela Recorrente

(i) A inocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL

A Recorrente inaugura a questão com informações referentes à fenomenologia da incidência tributária, na intenção de estabelecer premissas a fim de demonstrar que "*não ocorreu no presente caso a subsunção do fato à norma prevista no artigo 1º, § 2º, alínea "b", item 4 da Lei n° 9.532/97 (fundamento da autuação)".*

Nesse ponto, embora já transcritas acima, faz-se necessária a reprodução das situações dispostas na norma em debate que estabelecem os momentos da disponibilização por meio de pagamento dos lucros auferidos no exterior, o que no caso ora tratado se reduz ao item 4 abaixo grifado:

> ***b) pago o lucro, quando ocorrer:***
>
> *I. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;*
>
> *2. a entrega, a qualquer titulo, a representante da beneficiária;*
>
> *3. remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;*
>
> **4. o *emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior***

Prossegue a Recorrente, a partir da análise da regra-matriz de incidência tributária do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos pelas empresas controladas ou coligadas no

Documento nato-digital

exterior, com a conclusão de que "*a mera cessão de quotas de empresas controladas ou coligadas sediadas no exterior, pelo Recorrente, não caracteriza hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL.*"

Tal conclusão pode ser extraída das seguintes premissas constantes da peça recursal (e-fls. 333):

> Portanto, **para a subsunção do fato à norma acima mencionada, faz-se necessário a ocorrência do seguinte critério temporal: o momento em que ocorre o emprego, pela sociedade controlada ou coligada sediada no exterior em favor da investidora, do lucro por ela apurado.**
>
> Dessa forma, ao contrário do que pretendeu o Sr. Agente Fiscal, seguido pela decisão ora recorrida, **o referido diploma legal é claro ao determinar que só se considera ocorrido o fato gerador ("disponibilização de lucros") com o efetivo emprego pela sociedade investida (e não pela sociedade investidora/que no caso é o Recorrente) dos lucros por ela apurados em favor da controladora,** o que, de fato, não ocorreu no presente caso, conforme melhor se demonstrará no próximo item deste Recurso**.**

A seguir, procura demonstrar melhor sua tese com base nos seguintes argumentos:

> Contudo, da análise da operação em questão, resta claro que não há que se falar em disponibilização ou auferimento de lucros, tal como pretendido pelo Sr. Agente Fiscal e confirmado pela DPJ, **eis que se trata de uma mera utilização de participações acionárias para subscrever ações em empresas situadas no exterior, ou seja, uma mera troca de ativos,** não havendo que se falar em disponibilização de lucros ou acréscimo patrimonial.
>
> Vale reiterar: **o que ocorreu nos casos em análise foi uma mera substituição de ativos (troca de investimentos), em que a empresa Ação Real utilizou os investimentos registrados em seu ativo para subscrição de ações em empresas sediadas no exterior, o que, por si só, não tem o condão de instaurar a relação jurídica tributária que obrigue o Recorrente ao recolhimento do IRPJ e da CSLL, tal como pretendido pelo I. Auditor Fiscal.**
>
> Nessa linha, **resta claro que não houve**, tal como determina o artigo I^{o}, §2°, alínea "b", item 4, da Lei n° 9.532/97, **emprego em favor da controladora dos lucros auferidos pela coligada, mas tão somente a utilização de ativos para subscrição de ações em empresas alienígenas.**
>
> Ora, conforme se extrai da análise da regra-matriz de incidência tributária, anteriormente analisada, **só se considera emprego para fins de tributação dos lucros** auferidos por empresa controlada/coligada no exterior **quando a distribuição de lucros é efetuada pela própria empresa investida (controlada ou coligada), mediante o uso desses lucros em favor da empresa controladora no Brasil.**
>
> **Assim, conforme se observa das operações anteriormente referidas, não houve em nenhum momento emprego pela sociedade investida dos lucros por ela apurados em favor da empresa Ação Real**, não ocorrendo subsunção do fato à norma a ensejar a tributação pelo IRPJ e pela CSLL. A empresa que teria, sob a óptica dos agentes fiscais, disponibilizado lucro à empresa Ação Real (qual seja, a empresa Crosslake), foi objeto da relação de transferência de participação societária — troca de ativos[1] — mas nunca foi "sujeito" da relação, tal como enuncia o fundamento utilizado para a autuação fiscal.

[1] Pela análise dos gráficos anteriormente apresentados verifica-se que a participação societária da empresa Ação Real detida na Crosslake (22,69%) foi mantida na Ilaban (22,69%).

Documento nato-digital

> De fato, conforme visto anteriormente, a Lei n° 9.532/97 **considera disponibilizado o lucro** auferido por empresa controlada ou coligada somente **no momento em que esse lucro é empregado, pela empresa estrangeira, em favor da empresa investidora (critério temporal).**
>
> Noutras palavras: **a empresa coligada no exterior, no presente caso, não exerceu o ato de empregar os lucros por elas apurados em favor da empresa investidora, elemento este indispensável para o surgimento da relação jurídica tributária.**

Conclui, portanto, a Recorrente, que ocorreu uma mera troca de ativos, e que a disponibilização de lucros é ato da empresa investida, e não de sua investidora, fato que não atrai a situação descrita como emprego de valor nos termos do art. 1º, § 2º, alínea "b", item 4 da Lei n° 9.532/97.

Passo à análise.

A situação ora em exame nos leva ao necessário exame do alcance da expressão "***emprego do valor"*** introduzida pelo item 4 da norma citada, e a seguir reproduzido**,** com vistas a se deduzirem corretos, ou não, os lançamentos efetuados:

> **b) pago o lucro, quando ocorrer:**
>
> **[...]**
>
> **4. o *emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior***

Após ampla pesquisa, percebo que os entendimentos sobre a presente questão não são pacíficos neste Conselho, o que nos leva a melhor examinar os pontos divergentes.

Para tal mister, importante relembrar, no que concerne à evolução legislativa sobre o tema, que, seis meses após a edição da Lei 9.249/95, foi publicada a Instrução Normativa (IN) SRF nº 38/1996 (revogada pela IN SRF 213/2002), necessária naquele momento pelo seu papel de ato administrativo típico a detalhar com maior precisão o alcance das leis, e que terminou por abrigar hipóteses de disponibilização que somente vieram a ser consolidadas na Lei 9.532/97. Veja-se o art. 2º daquela IN:

> Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.
>
> § 1º Consideram-se disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior.
>
> **§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se:**
>
> I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior;
>
> **II - pago o lucro, quando ocorrer:**
>
> a) o crédito do valor em conta bancária em favor da matriz, controladora ou coligada, domiciliada no Brasil;

Documento nato-digital

b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;

d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

§ 3º Os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações ou operações efetuadas no exterior serão computados nos resultados da pessoa jurídica, correspondentes ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que auferidos.

§ 4º No **caso de encerramento do processo de liquidação da empresa no Brasil**, por extinção da empresa, os recursos correspondentes aos lucros auferidos no exterior, por intermédio de suas filiais, sucursais, controladas e coligadas, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados na data do balanço de encerramento, devendo, nessa mesma data, serem adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real.

§ 5º No **caso de encerramento de atividades no exterior da filial, sucursal, controlada ou coligada**, os lucros, auferidos por seu intermédio, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados, devendo serem adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário ou da data do encerramento das atividades da empresa no Brasil.

§ 6º Os lucros ainda não tributados no Brasil, auferidos por filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior, cujo **patrimônio for absorvido por empresa sediada no Brasil**, em virtude de incorporação fusão ou cisão, serão adicionados ao lucro líquido desta, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do evento, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

§ 7º No **caso de cisão, total ou parcial, a responsabilidade da cindida** e de cada sucessora será proporcional aos valores do patrimônio líquido remanescente e absorvidos.

§ 8º Ocorrendo a **absorção do patrimônio da filial, sucursal, controlada ou coligada por empresa sediada no exterior**, os lucros ainda não tributados no Brasil, apurados até a data da transferência do referido patrimônio, serão considerados disponibilizados, devendo ser adicionados ao lucro líquido da beneficiária no Brasil, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do evento.

§ 9º Na hipótese de **alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior**, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil.

A reprodução dessa IN torna-se especialmente importante em função do seu parágrafo 9º, cuja redação, tal como as dos demais parágrafos 4º a 8º, não se encontra reproduzida na Lei 9.532/97.

Com base nesse fato, construíram-se entendimentos no sentido de que a situação descrita no parágrafo 9º daquela IN (revogada em 2002) constituiria previsão específica de tributação de lucros distinta do ato de disponibilização de lucros, na medida em que aquele ato é realizado pela empresa investidora, e não pelas controladas ou coligadas.

Documento nato-digital

Assim, tal qual a recorrente, terminam por concluir que a alienação de participação societária no exterior por pessoa jurídica no Brasil não constitui hipótese de emprego de valor pela investida no exterior, motivo pelo qual o parágrafo 9º não teria sido reproduzido na Lei. 9532/97.

Peço vênia, contudo, para divergir.

Entendo que as hipóteses tratadas nos parágrafos da IN 38/96, especialmente em seu parágrafo 9º, representam situações desdobradas da expressão "emprego do valor" na qualidade de um conceito genérico capaz de sintetizar as diversas formas de disponibilização não albergadas nos itens 1, 2 e 3 do artigo 1º, §2°, alínea "b", da Lei n° 9.532/97, sobre as quais não há discussão.

No caso do parágrafo 9º, que trata de previsão acerca de alienação do patrimônio da participação societária em controlada ou coligada no exterior, o fato de que os lucros compõem o valor patrimonial desses ativos constitui o efetivo racional econômico-contábil pelo qual se pode depreender que essa hipótese compreende espécie do gênero "emprego de valor". Explico.

Em casos como o que ora se apresenta, a alienação de patrimônio, seja por meio de permuta, incorporação de ações, ou mesmo dação em pagamento, pode ser vislumbrada no balanço da investidora como uma "mera troca de ativos", sem acréscimo patrimonial, conforme afirma a Recorrente. Contudo, embora não haja ganho de capital, pois normalmente essa troca ocorre entre ativos de mesma valoração, é certo que nas participações societárias avaliadas pelo MEP ocorre a disponibilização de lucros.

Isso porque, embutidos em eventual valorização dessas participações, encontram-se os lucros ainda não distribuídos, demais componentes do patrimônio líquido, e as variações cambiais desses investimentos. Ou seja, passam a integrar o custo atualizado desses ativos.

Logo, ao dispor de ativos classificados como participações avaliadas pelo MEP em determinada empresa investida no exterior para fins de integralização de capital em outra empresa, é possível concluir que no preço das novas participações adquiridas estão inclusos os lucros ainda não distribuídos, relativos às participações anteriores, e que, em consequência, ocorre a realização desses lucros em favor da investidora naquele momento.

Importante observar que, a partir da conferência de ações, não há que se falar mais em lucros a serem disponibilizados em razão das participações societárias da primeira investida, já que não estão mais figuradas no ativo investimentos da investidora. Com efeito, apenas as novas participações passam a ser representadas inicialmente pelo seu valor de custo.

Esse fato pode ser melhor deduzido por meio do seguinte exemplo contábil em que a Investidora Cia. A realiza a integralização do capital (de 100%) da Cia. C por meio da entrega de 100% das participações que detém na Cia. B

1. Investidora Cia A

ATIVO		PASSIVO
Bancos	300	
		PL

ATIVO		PASSIVO
Bancos	300	
		PL

Documento nato-digital

Inv. Cia. B	**100**	C. Social	400	→	**Inv. em C**	**100**	C. Social	400

---

2. **Investida Cia. B**

ATIVO		PASSIVO	
Bancos	100		
		PL	
		C. Social	60
		Lucros	**40**

3. **Investida Cia. C**

ATIVO		PASSIVO	
Bancos	0		
		PL	
Inv. em B	100	C. Social	100
		Lucros	**0**

Note-se que, ao contrário da tese que visa demonstrar que os lucros não foram disponibilizados por ainda se encontrarem na primeira empresa investida (Cia B, no exemplo acima), é certo que esses lucros a partir desse momento passam a não mais existir como hipótese de distribuição para a sua investidora original (Cia. A no exemplo acima), pois não se encontram representados contabilmente no PL da nova investida (Cia. C no exemplo acima).

Por evidente, isso ocorre porque, conforme exemplo acima, a Cia A dispôs (**empregou valor**) dos lucros da Cia B para aquisição das participações da Cia C, sendo certo que a lei não define quem é o agente do ato de disponibilização dos lucros.

Nem há que se falar em possível dupla tributação econômica, pois caso haja distribuição de lucros, eles serão disponibilizados para a Cia. C, e serão lançados em Dividendos a Receber em contrapartida a Investimentos, como no exemplo a seguir:

1. Investidora Cia A

ATIVO		PASSIVO	
Bancos	300		
		PL	
Inv. em C	**100**	C. Social	400

---

2. **Investida Cia. B**

ATIVO		**PASSIVO**	
Bancos	100	Div. a Pagar	40
		PL	
		C. Social	60
		Lucros	0

3. **Investida Cia. C**

ATIVO		PASSIVO	
Bancos	0		
Div. Receber	40	PL	
Inv. em B	60	C. Social	100
		Lucros	0

Ao final, após o pagamento dos dividendos da Cia. B (controlada) para a Cia. C (controladora), resta aumentado o caixa (ou bancos) da Cia. C e reduzida a sua participação na

Documento nato-digital

Cia. B, sem qualquer possibilidade futura de que esses "lucros" possam ser tributados na hipótese de eventual retorno à Cia. A, como, por exemplo, em casos de alienação futura ou de redução de capital da Cia C.

Nesse sentido, o único reflexo tributário possível de um lucro efetivamente colocado à disposição da empresa investidora, e que, repise-se, não será mais objeto de tributação em futura distribuição, é aquele previsto especificamente no parágrafo 9º da IN 38/96 e incorporado no conceito de "emprego do valor" pela correta interpretação do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º, da Lei n° 9.532/97.

Ademais, se esse fato não constitui disponibilização de lucros nos termos do item 4 em referência, pergunta-se: qual outra situação além de aumento de capital de controlada ou coligada no exterior, prevista nesse próprio item**,** pode ser admitida como "emprego do valor"? Confira-se novamente a redação do item 4:

> "o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, **inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior**"

Resta claro que, ainda que houvesse uma hipótese, da qual desconheço, não haveria a necessidade de a lei utilizar um conceito aberto para abrigar apenas mais uma hipótese, quiçá duas. Indiscutível, portanto, que se trata de uma expressão aberta, inteligentemente utilizada para abrigar quaisquer situações que resultem em aplicação de lucros da empresa investida no exterior em favor da investidora no Brasil.

Por tais motivos, entendo que não há como se admitir a tese de que essa situação não foi reproduzida em lei por constituir a alienação de patrimônio aqui tratada como forma distinta de efetiva disponibilização de lucros, pois seria entender que foi posta em lei expressão inútil, sem qualquer efeito prático, e ainda se optou pela não incidência legal e definitiva da tributação de lucro nessas operações, uma vez que inexistirá qualquer ganho ou lucro a ser tributado em momento futuro.

Quanto aos demais argumentos, e em reforço aos aqui já apresentados, peço vênia para reproduzir o voto condutor do Acórdão n° 1102-00.059, sessão de 29/09/2009, de lavra da il. Conselheira Sandra Maria Faroni, que, pelo seu notório saber, ilustra muito bem a análise dessa questão:

> As situações tratadas na alínea "a" e nos itens 1, 2 e 3 da alínea "b" do § 2° do artigo são muito claras, não dando margem a discussões. **Todas as dúvidas trazidas à discussão no Conselho contêm-se no alcance que tem sido dado à expressão "emprego do valor", referida no item 4.**
>
> Registro que não estou analisando a constitucionalidade da lei, não só porque foge à competência deste Conselho fazê-lo, mas também porque é indubitável que o disposto no item 4 da alínea "b" do § 2° não conflita com o art. 43 do CTN e com o conceito constitucional de renda.
>
> **O objeto da análise é quanto ao alcance do conceito de "emprego do valor".**
>
> A norma determina que os lucros serão considerados disponibilizados na data do pagamento, e que se considera pago o lucro, quando ocorrer o emprego do valor, em

Documento nato-digital

favor da beneficiaria. **A presunção legal estabelecida não contém qualquer vinculação com o agente da ação que materializa o emprego**.

O vocábulo disponibilidade significa a faculdade de dispor dos bens.

Dispor é um dos atributos do direito de propriedade. O Proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (CC, art. 1.228). Significa o poder que o proprietário tem de se desfazer do bem, inclusive para integrá-lo ao patrimônio de outra pessoa. **Alguém só pode dispor de algo de que seja proprietário, o que implicitamente, significa que num momento anterior adquiriu a disponibilidade desse bem**. (**A disponibilidade é adquirida mediante transferência da propriedade**).

Importa verificar se as situações que na prática têm sido enquadradas no referido item 4 traduzem a aquisição da disponibilidade de lucros.

Uma quota ou ação representa parcela da propriedade da investidora no patrimônio da investida. Se esse patrimônio contém lucros acumulados, ao alienar o investimento (simplesmente para dele se desfazer, ou para integralizar capital de outra sociedade), a sociedade dispôs de sua participação no patrimônio da investida, incluindo a parcela de lucros nela compreendidos.

Não é relevante que o lucro permaneça no PL da investida. Veja-se que , contabilmente, o resultado positivo (lucro) auferido através da coligada ou controlada se materializou por ocasião da apuração da equivalência patrimonial, tendo afetado o lucro líquido. **Assim, o PL da investidora brasileira já se encontra afetado pela valorização do investimento na investida, correspondente aos lucros nela acumulados**. **Se esse investimento é utilizado para qualquer fim -por exemplo, restituir capital aos sócios da investidora ou para adquirir participação no capital de outras empresas (integralizar capital subscrito) - , é óbvio que a investidora dispôs dos lucros que auferiu através da coligada no exterior (que estão contidos no investimento alienado)**.

Conforme ponderou o ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, em voto condutor do Acórdão 94.747/2005, "o ordenamento jurídico tem suas bases muito mais ligadas a interpretações sistemáticas e finalísticas, a ensejar um conjunto sustentado em certa axiologia, ainda que mutável no tempo, do que a restritivas interpretações literais". E concluiu o brilhante Conselheiro que **a disponibilização de que trata a norma é o uso do valor adicionado pelos lucros auferidos no exterior, para quaisquer fins, ainda que seja para pagamento de dívida. É assim que deve ser interpretada a expressão "emprego do valor, em favor da beneficiária.**"

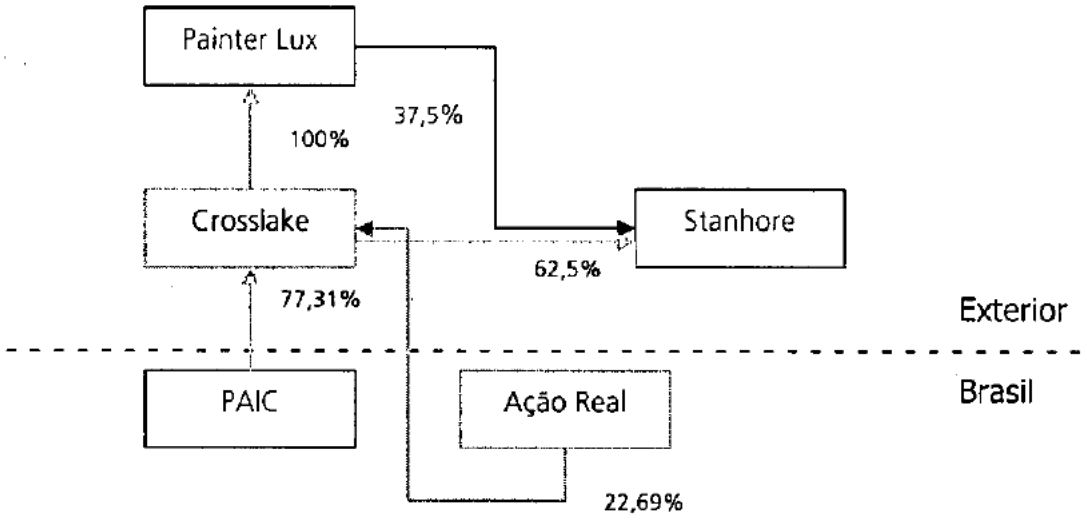
Sabe-se que a lei não contém palavras inúteis. Pergunta-se: a não ser o aumento de capital da coligada ou controlada, expressamente previsto na norma, que outra situação se conteria no item 4 que não correspondesse a alienação do investimento? Não identifico nenhuma. Nos debates travados em julgamento pretérito, levantou-se, como exemplo, que poderia ser para pagamento de dívida do investidor. Ora, levando em conta que as entidades (investidora e investida) não se confundem, a utilização dos lucros acumulados na investida para esse fim (pagamento de dívida do sócio/acionista) pressupõe um passo anterior (ainda que implícito, oculto) de transferência dos lucros acumulados para conta representativa de passivo exigível da investida, situação prevista na alínea "a" do § 2° do artigo, e uma ordem/autorização da investidora.

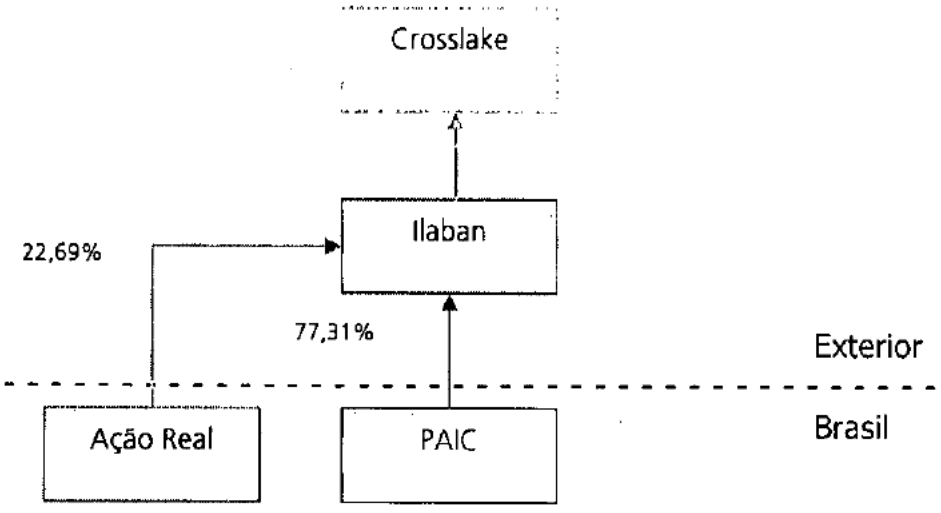
A finalidade da norma (item 4 da alínea "b" do § 2°) foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo. E a Alienação do investimento, por qualquer forma, entre elas a conferência para integralização de capital de outras empresas, corresponde à sua realização.

Documento nato-digital

> **Ao alienar a participação, cujo valor já está afetado pelos lucros acumulados na investida, a investidora realizou os lucros, devendo incluí-los para tributação**. O valor pelo qual o investimento foi alienado só tem relevância para a apuração do resultado na alienação (que pode, inclusive, neutralizar a tributação dos lucros, se o valor da venda for inferior ao valor contábil do investimento).

Destaca-se do voto acima a análise sobre o vocábulo "disponibilidade", que se traduz em um dos atributos do direito de propriedade, o que torna muito apropriado ao caso em tela, pois havia apenas dois proprietários da empresa investida Crosslake Holdinsgs Inc., constituída nas Ilhas Virgens britânicas, que, juntos, fizeram o movimento de aportar as suas ações na empresa Ilaban S.A, constituída no Uruguai, ambos os países reconhecidamente paraísos fiscais naquele período. Vale dizer, o direito de dispor nesse caso foi exercido em sua plenitude, sem obstáculo algum. Confiram-se os organogramas apresentados pela recorrente em seu recurso:





Embora se reconheça divergências sobre o tema, filio-me ao entendimento sedimentado em jurisprudência bastante densa deste conselho no sentido de se considerar qualquer forma de alienação de investimento em controlada/coligada como situação

Documento nato-digital

caracterizadora de emprego de valor em favor da beneficiária, e portanto qualificada como disponibilização dos lucros.

Cito as ementas de alguns acórdãos nesse sentido:

> **Ementa:** LUCROS NO EXTERIOR – EMPREGO DO VALOR - DISPONIBILIZAÇÃO – Os lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas e controladas devem ser adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real da empresa nacional. O momento é diferido até a data em que forem disponibilizados tais lucros. Todavia**, a venda ou qualquer outra forma de transferência das participações fulmina a subsunção à regra excepcional do aspecto temporal e, conseguintemente, qualifica o fato pela regra geral do momento da aquisição da renda**. VARIAÇÃO CAMBIAL – Tendo em vista as razões contidas na da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível nem receita tributável, indicando necessidade de lei expressa nesse sentido. CSSL – aplica-se aos reflexos o que foi decidido quanto à exigência matriz, devido à íntima relação de causa e efeito existente entre eles. Recurso parcialmente provido. (Acórdão 101-95.302, de 18/10/2006)
>
> **Ementa:** IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ - EXERCÍCIO: 2002 LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - LEGISLAÇÃO ANTERIOR - Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, **para efeito de disponibilização de lucros de coligada/controlada sob a forma de pagamento, considera-se como tal o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça. No caso vertente, o emprego está caracterizado pela utilização da participação societária na empresa estrangeira que auferiu os lucros, para aporte de capital em outra**. AUTO DE INFRAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL E/OU BASE NEGATIVA - Descabe falar em montante de crédito tributário nos casos de autos de infração de ajuste de bases de cálculo**.** (Acórdão 105-16.766, de 08/11/2007)
>
> **Ementa:** Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício: 2001, 2002 IRPJ - LUCROS NO EXTERIOR - EMPREGO DO VALOR - DISPONIBILIZAÇÃO - Os lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas e controladas devem ser adicionados ao lucro líquido para determinação do Lucro Real da empresa nacional. O momento é diferido até a data em que forem disponibilizados tais lucros. Todavia, **a venda ou qualquer outra forma de transferência das participações fulmina a subsunção à regra excepcional do aspecto temporal e, por conseguinte, qualifica o fato pela regra geral do momento da aquisição da renda**. CSL - LANÇAMENTO DECORRENTE - O decidido no julgamento do lançamento principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica faz coisa julgada nos dele decorrente, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existente. Recurso Voluntário Provido em Parte. (108-09.592, de 17/04/2008)
>
> **Ementa:** Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Anos-calendários: 2001 e 2002 DECADÊNCIA. LUCRO NO EXTERIOR- DISPONIBILIZAÇÃO- EMPREGO- **A expressão "o emprego do valor, em favor da beneficiária." contida no artigo 1º, § 2º, "b", item 4, da Lei 9.532/97 abrange os casos em que o emprego do valor foi feito pela própria beneficiária**. VARIAÇÃO CAMBIAL- De acordo com as normas especiais que regem matéria, os lucros da controlada no exterior são computados, para fins de tributação da controladora no Brasil, no lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados, convertidos pela taxa de câmbio das datas de encerramento dos balanços da controlada em que foram apurados CSSL - Aplica-se à CSLL o que foi decidido quanto ao IRPJ, uma vez que as razões discutidas são as mesmas para ambos os lançamentos. JUROS DE MORA- SELIC- A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados

Documento nato-digital

pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º C.C. nº 4) Recurso parcialmente provido. (101-96.652, de 16/04/2008)

Ementa: LUCROS NO EXTERIOR AUFERIDOS EM 1996 E 1997 LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL - EMPREGO DO VALOR - DISPONIBILIZAÇÃO - **A integralização de capital mediante entrega da participação acionária de controlada no exterior configura o emprego dos lucros em favor da investidora brasileira e caracteriza a disponibilização do valor para fins de tributação, a teor das disposições da Lei n° 9.532/97, em seu art. 1°, § 2°, alínea "b", item 4**.(1102-00.151, de 29/01/2010)

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2002 LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. EMPREGO DO VALOR. **A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º, da Lei nº 9.532, de 1997, foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo, entre elas a alienação do investimento mediante conferência para integralização de capital de outras empresas**. (Precedentes: Ac. CSRF nº 9101-00.420, de 03/11/2009, relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho; Ac. nº 1102-00.059, de 29/09/2009, relatora Sandra Maria Faroni). (9101-001.768, de 15/10/2013)

ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. HIPÓTESE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS. **Na alienação de participação em empresa sediada no exterior, há o emprego dos lucros auferidos no exterior, em favor da empresa brasileira, configurando hipótese de disponibilização desses lucros. A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.532/1997** não pode ser outra, senão a de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não esteja compreendida nas demais situações previstas no referido §2º. Não há como defender a ideia de que a alienação das participações societárias (onde os lucros estavam acumulados) não representa uma forma de disponibilização dos lucros no exterior. Ao contrário disso, a alienação das participações societárias é uma típica forma de realização dos lucros auferidos no exterior, lucros que ainda não haviam sido tributados pelas leis brasileiras. (9101-003.649, de 04/07/2018)

ALIENAÇÃO DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR EM CONTROLADA . HIPÓTESE DE REALIZAÇÃO. EMPREGO DE VALOR. **Na alienação de participação em controlada estrangeira, há o emprego, em favor da sociedade empresária brasileira, dos lucros auferidos no exterior**, os quais devem ser oferecidos à tributação. Trata-se, pois, de realização do investimento gerador de lucros que ainda não haviam sido tributados pelas leis brasileiras. (9101-003.887, de 07/11/2018)

ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. HIPÓTESE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS. **Na alienação de participação em empresa sediada no exterior, há o emprego dos lucros auferidos no exterior, em favor da empresa brasileira, configurando hipótese de disponibilização desses lucros**. A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.532/1997 não pode ser outra, senão a de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não esteja compreendida nas demais situações previstas no referido §2º. Não há como defender a ideia de que a alienação das participações societárias (onde os lucros estavam acumulados) não representa uma forma de disponibilização dos lucros no exterior. Ao contrário disso, a alienação das participações societárias é uma típica forma de realização dos lucros auferidos no exterior, lucros que ainda não haviam sido tributados pelas leis brasileiras (9101-003.750, de 12/09/2018)

Documento nato-digital

Por fim, em razão de todos os argumentos acima deduzidos, concluo pelo não acolhimento das razões da Recorrente sobre essa questão.

(ii) A impossibilidade de se tributar o resultado de equivalência patrimonial e a variação cambial decorrente de investimentos realizados em empresas controladas ou coligadas sediadas no exterior; e (iii) A indevida utilização da taxa de câmbio

Alega o recorrente que "*a decisão recorrida incorreu em notória contradição. Isso porque, ao mesmo tempo que afirma não estar sendo tributado o resultado de equivalência patrimonial, sustenta a manutenção da autuação no fato de o investimento do Recorrente, utilizado para aumentar capital em uma terceira sociedade, estar supostamente aumentado em razão da sua avaliação pelo custo da aquisição somado ao lucro do período registrado pela controlada, que nada mais é que o resultado da avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial"*.

Acrescenta que*, "em nenhum momento, a decisão recorrida menciona que o lucro registrado na empresa coligada no exterior teria sido disponibilizado ou utilizado pela empresa coligada no exterior em benefício da Ação Real. Em outra linha, sustenta que o fato desse lucro compor o valor do investimento registrado na Ação Real (efeito natural da avaliação pelo método da equivalência patrimonial), e a respectiva utilização desse investimento, caracterizaria a disponibilização desse lucro*."

Por essas premissas, informa que "*não resta dúvida que a decisão recorrida também não observou no presente caso a hipótese do artigo Iº, §2°, alínea "b", item 4, da Lei n° 9.532/97, pretendendo manter a autuação sob o incorreto fundamento da tributação exatamente do resultado da equivalência patrimonial, o que, conforme se passa a demonstrar, não pode ser admitido"*

Após discorrer sobre o método de equivalência patrimonial, e da legislação tributária acerca do assunto, afirma *que "ao contrário do pretendido pela decisão recorrida, o resultado positivo de equivalência patrimonial não pode ensejar a tributação pelo IRPJ e pela CSLL eis que além de não constituir renda ou lucro, mas sim mero registro contábil de resultado de investimentos (participações societárias) em empresas sediadas no exterior, inclusive com efeitos da variação cambial, existe isenção expressa que afasta a possibilidade desta exigência."*

Especificamente, sobre a variação cambial reafirma algumas considerações sobre o método de equivalência patrimonial com o fim de concluir que o suposto equívoco da decisão de piso também se reflete na impossibilidade de tributação daquela variação.

Após folhear detidamente as páginas acórdão recorrido, verifico que não houve equívocos ou incoerência nos argumentos lançados na decisão recorrida. Não vejo discordância com todas as premissas técnicas levantadas pela Recorrente no que diz respeito à impossibilidade de se tributar o resultado de equivalência patrimonial, aí incluída a variação cambial.

O fato de se registrar em decisão que nas participações societárias da empresa investida avaliadas pelo MEP estão inclusos os lucros, não significa dizer que a base de cálculo para fins de tributação deva ser o valor do resultado de equivalência patrimonial. Perceba-se no caso em apreço que a empresa Crosslake Holdings Inc foi constituída em 21 de novembro de

Documento nato-digital

2001, e auferiu lucros ainda naquele ano, no valor de 1.857.981,89, conforme balanço de e-fls. 90. Confira-se:

CROSSLAKE HOLDINGS INC.
BALANÇO PATRIMONIAL

ATIVO	U$	U$	PASSIVO	U$	U$
CIRCULANTE	31.12.2002	31.12.2001	CIRCULANTE	31.12.2002	31.12.2001
Caixa e Bancos		-	Instituições Financeiras	-	-
Tit.Vinculados ao Mercado Aberto		-	Impostos a Recolher	-	-
Contas a Receber de Clientes		-	Financiamentos de Impostos	-	-
Dividendos a Receber		-	Salários e Encargos Sociais	-	-
Outros Créditos		-	Demais Contas a Pagar	-	-
Despesas do Exercício Seguinte		-			
Total do Circulante		-	Total do Circulante	-	-
REALIZAVEL A LONGO PRAZO			EXIGIVEL A LONGO PRAZO		
Empresas Controladas e Acionistas		-	Provisões para Contingências	-	-
Depósitos para Recursos Judiciais		-	Empréstimos Bancarios	-	-
Outros Ativos		-	Imposto de Renda Diferido	-	-
Provisão para Créditos Duvidosos		-	Demais Contas a Pagar	-	-
PERMANENTE			PATRIMONIO LIQUIDO		
Investimentos			Capital Social	222.925.262,38	222.925.262,38
Controladas e Coligadas	224.783.244,27	224.783.244,27	Reservas de Capital	-	-
Outros	-	-	Reservas de Lucros	1.857.981,89	1.857.981,89
Imobilizado	-	-	Lucros (prejuízos) Acumulados	-	-
	224.783.244,27	224.783.244,27		224.783.244,27	224.783.244,27
TOTAL DO ATIVO	224.783.244,27	224.783.244,27	TOTAL DO PASSIVO	224.783.244,27	224.783.244,27

Em 28/02/2002, houve a conferência de ações, com a entrega da totalidade das participações detidas pela empresa investidora (Ação Real), que representava 22,69% do capital social, para integralização de capital na empresa Ilaban S.A, data em que se encontram registrados no balanço de Crosslake os lucros auferidos em 2001, cujo valor foi utilizado para fins de tributação, e não o resultado da equivalência patrimonial refletido no balanço de Ação Real. Isso está muito claro!

Contudo, assiste razão à Recorrente no que diz respeito à taxa de câmbio utilizada para cálculo dos valores a título de lucro em moeda local.

Isso porque, deveria ser utilizada a taxa de câmbio da data de 31/12/2001, data em que os lucros foram auferidos conforme disposto no art. 25, § 4º, da Lei 9.249/95, *verbis:*

> § 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

Nesse sentido, foi aprovada a súmula CARF nº 94 cujo enunciado assim estabelece:

> **Súmula CARF nº 94**
>
> Os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada serão convertidos em reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados tais lucros, inclusive a partir da vigência da MP nº 2.158-35, de 2001. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).
>
> Acórdãos Precedentes:
>
> Acórdão nº 105-16.365, de 28/03/2007; Acórdão nº 101-96.318, de 13/09/2007; Acórdão nº 108-09.592, de 17/04/2008; Acórdão nº 105-17.382, de 04/02/2009; Acórdão nº 1301-00.132, de 17/06/2009; Acórdão nº 1402-00.213, de 06/07/2010;

Documento nato-digital

> Acórdão nº 1102-00351, de 12/11/2010; Acórdão nº 1402-00.338, de 14/12/2010; Acórdão nº 1402-00.493, de 30/03/2011; Acórdão nº 1103-00.522, de 04/08/2011

Portanto, ao contrário da taxa de câmbio utilizada, de cotação para venda em 28/02/2002, data da efetiva disponibilização dos lucros, deveria ter sido utilizada a taxa de 31/12/2001, vez que os lucros objeto da tributação foram apurados em 2001.

Em consulta ao sítio do Banco Central[2], verifica-se que a taxa de câmbio da data de 31/12/2001 é 2,3204, sendo esse o valor que deve ser utilizado na conversão de moedas (Dólar para Real).

Desse modo, a conversão efetuada e descrita no TVF: US$ 421.576,09 x 2,34820 (taxa de câmbio do dia 28/02/2002) = R$ 989.944,98 (novecentos e oitenta e ínove mil. novecentos e quarenta e quatro reais e noventa e oito centavos), deve ser substituída pelo seguinte cálculo: US$ 421.576,09 x 2,3204 (taxa de câmbio do dia 31/12/2001) = R$ 978.225,15 (novecentos e setenta e oito mil, duzentos e vinte e cinco reais, e quinze centavos).

Fruto desse novo cálculo, deve ser reduzido o valor tributável (base de cálculo) do IRPJ e da CSLL utilizado no lançamento, em R$ 11.719, 83 (onze mil, setecentos e dezenove reais e oitenta e três centavos).

(iv) O vício quanto à apuração da base de cálculo do lucro tributável gerado no exterior; e (v) A ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Aduz a Recorrente que a Fiscalização não utilizou nenhum dos métodos conhecidos de apuração do lucro para fins de tributação (lucro real, presumido, ou arbitrado), sendo no caso utilizado o lucro contábil, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Alega que caso o entendimento que foi adotado **"***pela fiscalização, de que o suposto "lucro" gerado no exterior, a ser tributado aqui no Brasil, seria o lucro líquido contábil, prevaleça, abriria margem para que os contribuintes fizessem (sic) planejamentos de modo a efetuar pagamentos de despesas que seriam indedutíveis aqui no Brasil por intermédio da empresas localizadas no exterior, o que acabaria por reduzir substancialmente o lucro apurado no exterior, diminuindo a arrecadação dos tributos sobre ele incidentes."*

Essa questão não suscita discussões, e entendo corretos os fundamentos expostos pela turma julgadora *aquo* sobre essa questão, motivo pelo qual os reproduzo e os adoto como razão de decidir:

> Não procede a tese formulada pela Impugnante. Em qualquer uma das formas de apuração da base de cálculo do imposto de renda citadas, parte-se de um montante definido em lei. No caso do lucro real, exemplificando, parte-se do lucro líquido do período de apuração, sendo este o lucro contábil. São fórmulas definidas em lei. E no caso do presente processo, a lei prescreveu que os lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real. Observe-se que essa é sim uma forma de apuração do lucro real, conforme a citada legislação regente do tema. Além disso, o valor foi informado pelo Contribuinte e encontra-se em suas demonstrações financeiras, também apresentadas à Fiscalização pelo próprio Contribuinte.

[2] https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/historicocotacoes

Documento nato-digital

> Observe-se, também, que o lucro apurado seguiu a formula do lucro real, conforme se vê às fls. 113 a 123 dos autos.

Por fim, quanto à cobrança de juros sobre a multa de ofício, a súmula CARF nº 108 assim pacificou a questão nesse Conselho:

> **Súmula CARF nº 108**
>
> Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Conclusão

Ante todo o exposto, rejeito as preliminares, conheço do recurso, e, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reduzir, em R$ 11.719, 83 (onze mil, setecentos e dezenove reais e oitenta e três centavos), o valor tributável (base de cálculo) utilizado no lançamento do IRPJ e da CSLL.

(documento assinado digitalmente)

Sérgio Magalhães Lima

Voto Vencedor

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Redator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Preliminarmente, a Recorrente informa que a operação questionada pela Fiscalização foi realizada, em fevereiro de 2002, pela empresa Ação Real, incorporada pela Recorrente em 2004.

Como bem descrito no Relatório, o auto de infração foi gerado sobre tributos relativos à Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ (fls. 115 a 117) e da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL (fls. 120 a 122), referentes ao ano-calendário de 2002, com crédito tributário total no valor de R$ 877.461,84 (oitocentos e setenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e um reais e oitenta e quatro centavos).

Nesse aspecto, segundo o Termo de Verificação (TVF), entendeu-se que a empresa incorporada pela Recorrente (Ação Real Participações S/A), teria realizado operações onde ocorreram transferências de cotas das suas próprias empresas controladas no exterior (alienação de participações societárias), caracterizando disponibilização dos

Documento nato-digital

lucros nos termos do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º, da Lei n° 9.532/97". A DRJ avalizou o entendimento do TVF, em ementa abaixo reproduzida:

> **ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ**
>
> Ano-calendário: 2002
>
> MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO.
>
> RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA.
>
> A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelo crédito tributário da incorporada, respondendo tanto pelos tributos e contribuições como por eventual multa de ofício e demais encargos legais decorrentes de infração cometida pela empresa sucedida, mesmo que formalizados após a alteração societária.
>
> IRPJ. DECADÊNCIA. O direito de praticar o ato de lançamento extingue-se após 5 anos, sendo o termo inicial de contagem do prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.
>
> TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. LUCRO AUFERIDO POR CONTROLADA OU COLIGADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. **Os lucros auferidos por pessoa jurídica controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil quando ocorrer o emprego do valor, em favor beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.**
>
> ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES. A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.
>
> JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO. Os juros de mora são devidos por expressa disposição legal, inclusive a utilização da taxa SELIC.
>
> TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. - A tributação reflexa segue a mesma linha decisória quanto ao decidido no IRPJ.
>
> Impugnação Improcedente
>
> Crédito Tributário Mantido

Assim, a par das questões preliminares e adjetivas ao mérito por sua vez controvertidas na pretensão recursal, entendo que o núcleo do debate e do qual dependem todas as demais questões – é a seguinte: teriam tais operações se subsumido à noção de disponibilização de lucros, nos termos do item 4, alínea b, parágrafo 2ª do art. 1ª da Lei 9532/97? Ou, em melhores letras: teria o legislador, no âmbito do dispositivo legal supramencionado, adequadamente previsto os elementos que autorizariam a tributação dessas operações, considerando-as lucros disponíveis a atrair a tributação da renda?

Vejamos o que diz o artigo 1ª, caput da Lei n° 9.532/97 e que, por sua vez, apresenta o seguinte teor (vigente à época da operação):

> 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**

Documento nato-digital

> **tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.** (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)
>
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:
>
> a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;
>
> b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
>
> c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros; (Incluída pela Lei nº 9.959, de 2000)
>
> d) na hipótese de adiantamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço. (Incluída pela Lei nº 9.959, de 2000)
>
> § 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se:
>
> b) pago o lucro, quando ocorrer:
>
> 4. o **emprego do valor**, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

Nesse aspecto, o Termo de Verificação (TVF) interpretou que a empresa incorporada pela Recorrente (Ação Real Participações S/A), teria realizado operações onde ocorreram transferências (alienações) de participações societárias das suas próprias empresas controladas no exterior, caracterizando disponibilização dos lucros nos termos do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º, da Lei n° 9.532/97", com base na normativa acima mencionada, pois considerou que teria havido "emprego de valor" em favor da beneficiária, o que levaria à imediata disponibilização de lucros aptos à sofrer a tributação.

Por outro lado, em sua pretensão recursal, diferentemente do que entendeu o acórdão recorrido, o recorrente defende que houve mera substituição de ativos (troca de investimentos), em que a empresa Ação Real utilizou os investimentos registrados em seu ativo para subscrição de ações em empresas sediadas no exterior, o que, por si só, não tem o condão de instaurar a relação jurídica tributária atinente ao IRPJ e reflexos.

Conforme sustenta a petição recursal, não houve preenchimento da hipótese legal para autorizar a incidência da norma prevista no artigo 10, §2°, alínea "b", item 4, da Lei n° 9.532/97, isto é, o "emprego em favor da controladora dos lucros auferidos pela coligada, mas tão somente a utilização de ativos para subscrição de ações em empresas alienígenas".

Na análise do recorrente, só se consideraria emprego para fins de tributação dos lucros auferidos por empresa controlada/coligada no exterior quando a distribuição de lucros fosse efetuada pela própria empresa investida (controlada ou coligada), através da utilização desses lucros em favor da empresa controladora no Brasil. Ao contrário, não teria ocorrido em nenhum momento emprego pela sociedade investida dos lucros por ela apurados em favor da empresa Ação Real. Na leitura da autuação, a empresa que teria disponibilizado lucro à empresa Ação Real (Crosslake) foi objeto de relação de transferência de participação societária – troca de ativos – mas nunca foi "sujeito" da relação, tal como enuncia o fundamento utilizado para a

Documento nato-digital

autuação fiscal. Assim, a empresa coligada no exterior não exerceu o ato de empregar os lucros por elas apurados em favor da empresa investidora, elemento necessário para o nascimento da obrigação tributária.

Conclui, portanto, a Recorrente, que ocorreu uma mera troca de ativos, e que a disponibilização de lucros é ato da empresa investida, e não de sua investidora, fato que não atrai a situação descrita como emprego de valor nos termos do art. 1º, § 2º, alínea "b", item 4 da Lei n° 9.532/97.

Passamos à análise da legislação combatida.

Primeiramente, é de se asseverar que a legislação infraconstitucional limita-se à mencionar "emprego de valor" sem aprofundar-lhe o conteúdo jurídico legal.

Por outro lado, as Instrução Normativa n. 38/96, em particular no art. 1ª, par. 9ª e no art.2ª, par.9ª, vigente à época dos fatos, colacionou algumas informações importantes a respeito:

> (...)
>
> Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.
>
> **§ 9º Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil.**

A reprodução dessa IN torna-se especialmente importante em função do seu parágrafo 9º, cuja redação, tal como as dos demais parágrafos 4º a 8º, não se encontra reproduzida na Lei 9.532/97.

Pode-se observar, portanto, que a IN supramencionada também não explora e nem especifica a questão do "emprego de valor", assim como a norma legal. A problemática principal, no entanto, era outra: teria o legislador, ao utilizar a expressão "emprego de valor", utilizado um "tipo aberto", ou, simplesmente, teria se omitido de preencher adequadamente o conteúdo jurídico da noção de disponibilização de lucros por controlada no exterior?

Sob essa questão, pontuou o substancioso voto do Relator:

> Entendo que as hipóteses tratadas nos parágrafos da IN 38/96, especialmente em seu parágrafo 9º, representam situações desdobradas da expressão "emprego do valor" na qualidade de um conceito genérico capaz de sintetizar as diversas formas de disponibilização não albergadas nos itens 1, 2 e 3 do artigo 1º, §2°, alínea "b", da Lei n° 9.532/97, sobre as quais não há discussão.

Nada obstante, data máxima vênia ao entendimento manifestado no voto do Ilustre Relator, não entendo que a expressão "emprego de valor" necessariamente configure-se como "tipo aberto", pois não está claro o esforço legislativo para determinar-lhe seu conteúdo abstrato mínimo básico e nem viabiliza esforço interpretativo que obtenha sua determinação sem

Documento nato-digital

recorrer ao campo da analogia ou da interpretação extensiva, recursos que encontram muitos óbices no direito tributário, ou mesmo à normativa infralegal, ao arrepio da legalidade tributária.

Ainda, reforce-se que a IN 38/96, ao trazer elementos não previstos ou indicados expressamente na legislação, apresenta potencial violação ao artigo 97 do Código Tributário Nacional, por usurpar o papel do legislador na determinação do campo hipotético legal (princípio da tipicidade).

Assim, há restrição expressa imposta pela própria legislação, na determinação legal do fato gerador (hipótese de incidência tributária), conforme se observa no art. 97 do CTN:

> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
>
> I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
>
> II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
>
> **III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;**
>
> **IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;**
>
> V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
>
> VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.
>
> § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.
>
> § 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Embora não seja necessariamente contrário à utilização de tipos jurídicos no direito, o direito tributário brasileiro (diferente de outros sistemas jurídicos como o sistema jurídico tributário alemão, onde a utilização de tipos é seguramente melhor interpretada e aplicada) apresenta maiores restrições, ou pelo menos ponderações, provenientes da própria tradição jurídica doutrinária (e legislativa) em observância à princípios ligados à segurança jurídica, como a legalidade, a certeza do direito e a tipicidade (adequação da lei ao fato gerador).

Por outro lado, mesmo que fosse possível superar a questão tipológica, o problema central refere-se à (im)possibilidade da IN 38/96 avançar (inovar) sobre conteúdo não expressamente previsto ou autorizado pela órbita legal.

Logo, essa é justamente a questão central que motiva minha discordância com o voto do Relator, já que, em meu entender, a situação descrita no parágrafo 9º daquela IN (revogada em 2002) constitui previsão específica de tributação de lucros distinta do ato de efetiva disponibilização de lucros, na medida em que aquele ato é realizado pela empresa investidora, e não pelas controladas ou coligadas. A conclusão, nesse sentido, é de que a alienação de participação societária no exterior por pessoa jurídica no Brasil não constitui

Documento nato-digital

hipótese de emprego de valor pela investida no exterior, motivo pelo qual o parágrafo 9º não foi reproduzido na Lei. 9532/97.

E, nesse ponto, concordo com os argumentos trazidos pela Recorrente especificamente no sentido que a operação visada não se adequa à hipótese legal descrita em lei, pelos motivos já assinalados.

Finalmente, para reforçar minha posição acerca do tema objeto de análise, tomo a liberdade de reproduzir na íntegra o entendimento manifestado no voto condutor de relatoria de Gisele Barra Bossa, e com o qual concordo, a respeito de situação fática semelhante, por sua vez já apreciada e julgada anteriormente por esta Turma, ainda que em composição colegiada distinta (Acórdão n. 1201-003.416 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relatora Gisele Barra Bossa, Processo n. 16327.001277/2005-20, julgado em 11 de dezembro de 2019) e cuja inteligência entendo deva ser aplicada ao presente julgamento:

> 8. Inicialmente cumpre destacar que, a questão principal destes autos é saber se a alienação de participação societária configuraria disponibilização ou não dos lucros auferidos no exterior, especialmente quando estamos tratando de lucros auferidos no exterior entre 1996 e 2001. 9. Assim sendo, para assertiva compreensão da tema aqui em análise, relevante tecer breves considerações acerca da evolução legislativa que disciplina a sistemática de tributação no Brasil de lucros obtidos por sociedades domiciliadas no exterior, controladas ou coligadas de sociedades domiciliadas no Brasil. 10. Vejam que, anteriormente à Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, vigorava no Brasil, em matéria de imposto de renda das pessoas jurídicas, o princípio da territorialidade. Com o advento do referido diploma normativo, passou-se a adotar o novo regime previsto no "caput" do art. 25 segundo o qual "os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano". 11. De acordo com os §§ 2º e 3º do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real mediante adição ao respectivo lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da controlada ou da coligada. 12. A sistemática em questão, diferente das legislações comparadas de tributação de lucros em bases universais, passou a prever a tributação extraterritorial de lucros indisponíveis, o que levou a severas críticas. Isso porque, o próprio art. 43 do CTN consagra a proibição de tributação de tais lucros3 ; e, nos acordo para evitar a dupla tributação com o Brasil, há previsão expressa não sentido de que não pode o Estado de residência do sócio tributar os lucros apurados e não distribuídos pela sociedade por ele participada residente no outro Estado contratante. 13. Note-se que, as legislações de controladas no exterior, como regra, figuram como medidas antiabuso (neutralizadoras) de caráter específico e, assim sendo, tornam-se compatíveis com os acordos para evitar a dupla tributação na medida em que, diferente da legislação brasileira - tributação de caráter genérico de lucros indisponíveis, esteja a controlada ou coligada sediada em país de tributação favorecida ou de tributação regular-, cuidam de distinguir os rendimentos passivos dos ativos, sem tributar a totalidade dos acréscimos patrimoniais; (ii) só admitem, em caráter excepcional, a distribuição fictícia de dividendos a partir da avaliação do local onde esta sediada a controlada ou coligada (se regime fiscal privilegiado ou de tributação favorecida) e/ou mensuração do efetivo grau de controle da investidora/sócia (influência preponderante). 14. Seja como for, e sem adentrar mais nas questões relativas à natureza jurídica das normas de controladas no exterior, a Lei n° 9.249/95 passou a produzir seus efeitos de 1º de janeiro de 1996 até 31 de dezembro de 1997, já que a partir de 1º de janeiro de 1998 passou a viger o novo regime de tributação dos lucros no exterior previsto na Lei n° 9.532/97. 15. Entre a vigência da Lei n° 9.249/95 e da Lei n° 9.532/97, foi editada a Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal n° 38, de 27 de junho de 1996 ("IN n° 38/96") que, como resulta expressamente do seu preâmbulo, teve por propósito tentar compatibilizar o regime dos arts. 25, 26 e 27 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, com o art. 43 do CTN, diploma de força hierárquica superior. 16. Finalmente, em 27 de julho de 2001

Documento nato-digital

foi editada a Medida Provisória n° 2.158-34, cujo art. 74 e parágrafo único estabeleceram o seguinte: "Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento. "Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor." 17. A referida medida provisória veio a ser regulamentada pela Instrução Normativa n° 213/2002, cujo art. 1°, § 70 retomou a previsão de que a alienação configura hipótese de disponibilização de lucros, previsão essa que também padece do mesmo vício constante da IN n° 38/96, qual seja, a total carência de amparo legal. 18. Feitas essas considerações relativas à evolução legislativa, passemos a analisar o presente caso. 19. Da apreciação da decisão de 1ª instância, verifica-se que, a manutenção das exigências fiscais de IRPJ e de CSLL foi fundamentada exclusivamente no § 9° do artigo 2° da Instrução Normativa n° 38/96, que estabelece a obrigatoriedade de tributação no Brasil dos lucros apurados no exterior na hipótese de alienação da participação societária estrangeira. Confiram-se, nesse sentido, os seguintes trechos do referido voto: "Contudo, seja em seus aspectos jurídicos, seja em seus aspectos factuais, está bem caracterizado nos autos que ocorreu a disponibilização dos lucros auferidos e acumulados pelas sociedades estrangeiras até 07/02/01. O assunto é tratado pela instrução Normativa SRF n° 38, nestes termos (sem grifos no original): "(...) § 9° Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil." Vê-se, pois, que o § 9° do artigo 2° da Instrução Normativa SRF n° 38, de 1996, dispõe expressamente que a alienação da participação societária obriga o alienante a submeter à incidência do IRPJ os lucros acumulados no exterior que ainda não haviam sido tributados. A alienação, conseguintemente, equivale a disponibilização." (grifos nossos) 20. Após trazer considerações acerca da legalidade da referida Instrução Normativa - por ter concedido suposto benefício ao contribuinte ao postergar a incidência do IRPJ para o momento em que os lucros fossem disponibilizados (e não auferidos, como previa a Lei n° 9.249/95) -, bem como acerca da não derrogação da referida IN pela Lei n° 9.532/97, o acórdão recorrido conclui: "Portanto, as Instruções Normativas referidas, ao prescrever que a alienação da participação societária equivale a disponibilização, apenas tornam expresso o que se achava implícito no texto legal e o que, ainda que não pudesse ser inferido do ordenamento escrito, deveria ser observado, por ser uma imperativo lógico e do senso comum. (...) Segue-se, mais uma vez, que a Instrução Normativa SRF n° 38, de 1996, não ultrapassou os limites da lei nem inovou ao consignar a hipótese em discussão e, por isso mesmo, não poderia ter sido tacitamente revogada pela Lei n° 9.532, de 1997." **21. Contudo, data a máxima vênia, discordo de tal entendimento, pois não há dispositivo de legal que ampare a pretensão tributária de equiparar a alienação de participação societária à disponibilização dos lucros auferidos no exterior, não se prestando para tanto o item 4 da alínea b do parágrafo 2° do artigo 1° da Lei n° 9.532/97.** Confira-se o teor do referido dispositivo: "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. § 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil: a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados; b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros; d) na hipótese de adiantamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo

Documento nato-digital

superior ao ciclo de produção do bem ou serviço. § 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se: a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior; b) pago o lucro, quando ocorrer: 1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil; 2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; 3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; 4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior. (grifos nossos) **22. Ressalte-se que, o art. 2°, § 9°, da IN SRF n° 38/96 não pode servir de fundamento para a exigência fiscal, vez que alterou, originariamente e, assim, ilegalmente, a hipótese de incidência do IRPJ sobre lucros no exterior prevista na Lei n° 9.249/95.** Vejamos: IN SRF n° 38/96 "Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados. § 1º Consideram-se disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior. § 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se: I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior; II - pago o lucro, quando ocorrer: a) o crédito do valor em conta bancária em favor da matriz, controladora ou coligada, domiciliada no Brasil; b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior. § 3º Os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações ou operações efetuadas no exterior serão computados nos resultados da pessoa jurídica, correspondentes ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que auferidos. § 4º No caso de encerramento do processo de liquidação da empresa no Brasil, por extinção da empresa, os recursos correspondentes aos lucros auferidos no exterior, por intermédio de suas filiais, sucursais, controladas e coligadas, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados na data do balanço de encerramento, devendo, nessa mesma data, serem adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real. § 5º No caso de encerramento de atividades no exterior da filial, sucursal, controlada ou coligada, os lucros, auferidos por seu intermédio, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados, devendo serem adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário ou da data do encerramento das atividades da empresa no Brasil. § 6º Os lucros ainda não tributados no Brasil, auferidos por filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior, cujo patrimônio for absorvido por empresa sediada no Brasil, em virtude de incorporação fusão ou cisão, serão adicionados ao lucro líquido desta, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do evento, observado o disposto nos §§ 1º e 2º. § 7º No caso de cisão, total ou parcial, a responsabilidade da cindida e de cada sucessora será proporcional aos valores do patrimônio líquido remanescente e absorvidos. § 8º Ocorrendo a absorção do patrimônio da filial, sucursal, controlada ou coligada por empresa sediada no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil, apurados até a data da transferência do referido patrimônio, serão considerados disponibilizados, devendo ser adicionados ao lucro líquido da beneficiária no Brasil, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do evento. § 9º Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil." Lei n° 9.249/95 "Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. § 1º Os

Documento nato-digital

rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte: I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil; II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais; § 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte: I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira; II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real; III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento; IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. § 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte: I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada; II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica; III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica; IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada. § 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada. § 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil. § 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º." (grifos nossos) **23. Como dito, pelo sistema da Lei n° 9.249/95, uma vez apurados os lucros das controladas e coligadas no exterior, seriam eles adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica controladora ou coligada domiciliada no Brasil, na proporção da participação societária detida por esta no capital social da sociedade domiciliada no exterior, independentemente de sua efetiva distribuição ou de qualquer outro ato equivalente que caracterizasse o efetivo ingresso daqueles resultados no patrimônio da sociedade domiciliada no País. Daí, inclusive, as duras críticas à essa legislação por destoar completamente das Legislações de Controladas no Exterior adotadas no resto do mundo. 24. Por sua vez, a IN SRF n° 38/96, em clara inovação à Lei n° 9.249/95, dispôs sobre a tributação dos chamados lucros "disponibilizados". Além disso, considerou também, sem qualquer fundamento na referida lei, como atos de disponibilização, ou equiparados à disponibilização, os seguintes: (i) extinção de empresa brasileira e consequente transmissão do patrimônio da sociedade estrangeira (art. 2°, § 4° da IN SRF n° 38/96), (ii) encerramento de atividades da controlada ou coligada no exterior (art. 2°, § 5° da IN SRF n° 38/96), (iii) absorção do patrimônio de sociedades estrangeiras por sociedades brasileiras em virtude de incorporação, fusão ou cisão (art. 2°, § 6° da IN SRF n° 38/96), (iv) absorção do patrimônio da controlada ou coligada por empresa sediada no exterior (art. 2° § 8° da IN SRF n° 38/96), e (v) alienação da participação societária em controlada ou coligada no exterior (art. 2° § 9° da IN SRF n° 38/96). 25. Foi precisamente a hipótese prevista no § 9° do art. 2° que foi invocada pelo r. acórdão da DRJ para justificar a presente autuação, hipótese essa, todavia, que não se assentava em qualquer base legal, pois, frise-se, a Lei n° 9.249/95 não continha previsão expressa da incidência do imposto sobre lucros**

Documento nato-digital

distribuídos ou "disponibilizados". 26. Assim sendo, concordo com a Recorrente no sentido de que, "independentemente da pretensão de compatibilizar o sistema da Lei n° 9.249/95 com o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional4 - renunciando à tributação imediata dos lucros acumulados no exterior antes de sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira -, resulta evidente que referido ato administrativo não poderia, praeter legem, alterar legitimamente as situações previstas na Lei n° 9.249/95 como hipóteses de incidência tributária". 27. Nessa esteira de raciocínio, inclusive, foi a decisão monocrática do Min. Napoleão Nunes Maia Filho da 1ª Seção do STJ, posteriormente confirmada pela 1ª Seção do STJ (AgInt no Recurso Especial n° 1749745/SP): Resp. nº 1749745/SP Decisão: Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. IRPJ e CSLL. lucros auferidos por empresas coligadas ou controladas sediadas no exterior. tributação dos resultados positivos de equivalência patrimonial de investimentos no exterior. Instrução Normativa IN/SRF nº 38/1996 alterada pela IN/SRF 213/2002. Ilegalidade. Recurso Especial do Ente Público a que se nega seguimento, em consonância com o parecer ministerial. (DJe: 15/10/2018) AgInt no Recurso Especial n° 1749745/SP EMENTA "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS, SEDIADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. INSTRUÇÃO NORMATIVA 213/2002. ILEGALIDADE. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como bem consignado na decisão agravada, a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte entende que o art. 7º, § 1º da IN 213/2002 ofende o princípio da legalidade tributária, uma vez que amplia, sem amparo legal, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL ao prever tributação sobre o resultado positivo da equivalência patrimonial. 2. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento. Por tal razão, afigura-se mais do que evidente a ausência de base legal para servir de fundamento para o presente lançamento tributário, o que, por si só, invalida a presente autuação por clara afronta ao princípio da legalidade tributária." (Data de Julgamento de 02/04/2019) 28. Interessante que, tais precedentes decorrem do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra acórdão do TRF da 3a. Região, assim ementado: MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESA CONTROLADA NO EXTERIOR- IN 38/96 DA SRF. ARTIGO 43 DO CTN. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS. - Inclusão na base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos valores relativos aos lucros provenientes de alienação acionária que não foram disponibilizados à impetrante, mas contam de seu balanço econômico e financeiro. - Objetiva a impetrante não sofrer a majoração de seus tributos por força da instrução normativa 38/96 da SRF, a qual determina que os lucros não disponibilizados e relativos à referida alienação. - Cabimento do writ. Ato normativo infralegal e real possibilidade do impetrante sofrer a tributação. - Presunção de que os lucros acumulados pela pessoa jurídica no exterior ainda não distribuídos à coligada no Brasil configuram acréscimo patrimonial. Tributação indevida. - Os lucros, rendimentos e ganhos de capital, auferidos no exterior, não integram a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro - art. 15 da IN 38/96. - Remessa oficial e apelação improvidas (fls. 435). (grifos nossos) 29. Do exposto, não há dúvidas de que tais decisões norteiam e definem a questão de direito constante do presente processo administrativo de forma favorável ao pleito da ora Recorrente. 30. Mas não é só. Sobre essa temática, também já me manifestou a jurisprudência desse E. Tribunal Administrativo: "LUCROS NO EXTERIOR AUFERIDOS EM 1996 E 1997 — LEI 9.249/95 — ALTERAÇÃO DO ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA PELA IN SRF 38/96. IMPOSSIBILIDADE - Antes do advento da Lei 9.532/97, o regime de tributação dos lucros de filiais, controladas e coligadas no exterior observava o momento em que tais lucros eram auferidos, não havendo na Lei nº 9.249/95 qualquer elemento que considerasse a efetiva disponibilização como componente temporal da hipótese de incidência. Os lucros auferidos durante os anos-calendário de 1996 e 1997 deveriam ser

Documento nato-digital

adicionados em 31 de dezembro de cada ano, na proporção da participação societária, e não pelo montante efetivamente disponibilizado a posteriori." (grifos nossos) (1° Conselho de Contribuintes, 1a. Câmara, Recurso n° 143.981, Relatora Conselheira Sandra Maria Faroni, sessão de 27/04/2006) "LUCROS NO EXTERIOR AUFERIDOS EM 1996 E 1997 — LEI 9.249/95 — ALTERAÇÃO DO ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA PELA IN SRF 38/96. IMPOSSIBILIDADE - Antes do advento da Lei 9.532/07, o regime de tributação dos lucros de filiais, controladas e coligadas no exterior observava o momento em que tais lucros eram auferidos, não havendo na Lei nº 9.249/95 qualquer elemento que considerasse a efetiva disponibilização como componente temporal da hipótese de incidência. Os lucros auferidos durante os anoscalendário de 1996 e 1997 deveriam ser adicionados em 31 de dezembro de cada ano, na proporção da participação societária, e não pelo montante efetivamente disponibilizado a posteriori. O lançamento de oficio deve, portanto, reportar-se a 31 de dezembro de cada ano como data do fato gerador." (1° Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Recurso n° 145.892, Relator Conselheiro Caio Marcos Cândido, sessão de 09/11/2006) 31. Interessante que, a própria Lei n° 9.532/97, acabou por confirmar a extrapolação da IN n° 38/96 ao regime de tributação da Lei n° 9.249/95. O referido diploma normativo definiu, também, diversas hipóteses que considerava "disponibilização", dentre as quais não se encontrava a que deu ensejo à presente autuação, qual seja, alienação da participação societária em controlada ou coligada no exterior - art. 2°, § 90 da IN SRF n° 38/96. 32. No mais, não tenho dúvidas de que a operação de alienação da participação societária praticada pela contribuinte não se enquadra no conceito de "emprego do lucro em favor da beneficiária" a que se refere o art. 1°, § 2°, alínea b, item 4 da Lei n° 9.532/97. Isso porque, como bem consignou tecnicamente a ora Recorrente: "(...) a lei prevê o pagamento do lucro sob quatro modalidades distintas: (i) o crédito em conta bancária; (ii) a entrega; (iii) a remessa; (iv) o emprego. Procedendo-se a uma decomposição lógica dos vários elementos da proposição normativa que define o modo pelo qual se efetua o pagamento dos lucros, fácil se torna distinguir a ação ou conduta, o sujeito ativo, o sujeito passivo e o objeto. O objeto é constituído pelos próprios lucros da coligada ou controlada no exterior, sobre os quais incide a ação do sujeito ativo, com vistas a promover a sua disponibilização. O sujeito ativo é a pessoa jurídica domiciliada no exterior, titular do lucro, que executa a ação ou conduta em que a disponibilização se traduz. Sujeito passivo é a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, controladora ou coligada do sujeito ativo, que a lei qualifica expressamente como a beneficiária da disponibilização. Por fim, a ação ou conduta, que tem por efeito a disponibilização, consiste em quatro modalidades de facere do sujeito ativo, que caracterizam o pagamento do lucro, as quais são, repita-se, o crédito em conta bancária, a entrega, a remessa e o emprego. Desta análise lógica conclui-se que o pagamento do lucro é o ato jurídico do sujeito ativo que tem como objeto os seus próprios lucros e por efeito transferir o respectivo valor para o sujeito passivo, beneficiário dos mesmos. Esta definição aplica-se a quaisquer das quatro modalidades de pagamento tendo em vista o caráter paritário e simétrico que ocupam no texto legal. Assim, com o pagamento, os lucros deixam de existir no patrimônio do sujeito ativo e passam a integrar-se no patrimônio do sujeito passivo que, por ter adquirido a disponibilidade jurídica e econômica da renda em que os referidos lucros se traduzem, experimentando um efetivo acréscimo patrimonial, poderá ser legitimamente tributado pelo imposto de renda brasileiro, à luz do art. 43 do CTN. **Assim, só se pode falar de emprego do lucro na hipótese de ato jurídico praticado pelo sujeito ativo (controlada ou coligada no exterior), tendo por objeto os lucros nele acumulados e por consequência a transferência do seu valor para o patrimônio do sujeito passivo, beneficiário da disponibilização. Em face deste conceito jurídico, pode concluir-se que a alienação da participação societária não se enquadra no conceito de "emprego do lucro" a que se refere a Lei n° 9.532/97.** Com efeito, nesta operação, quem estaria "pagando o lucro"? Seria a adquirente das participações societárias na controlada estrangeira? E em que momento teria havido a constituição da obrigação de distribuição do lucro, fenômeno lógica cronologicamente anterior ao pagamento ou crédito do lucro? Na alienação, o ato não é praticado pelo sujeito ativo, que é a coligada no exterior, nem tem por objeto os lucros desta, como é próprio dos atos típicos de

Documento nato-digital

pagamento a que se refere o § 2° do art. 1° da Lei n° 9.532/97. Também tal ato não tem, por consequência, a transferência do valor dos lucros para o sujeito passivo, beneficiário da disponibilização. Trata-se, ao contrário, de um ato jurídico em que figura como sujeito ativo precisamente aquele que deveria figurar como sujeito passivo, ato jurídico este que nem sequer tem por objeto os lucros auferidos no exterior, que remanescem intocados na titularidade da controlada no exterior. Com efeito, na operação em causa somente alterou-se a sociedade detentora do controle da sociedade estrangeira, não importando qualquer alteração no que respeita aos lucros por essa sociedade simplesmente apurado." 33. De fato, em termos práticos, não só a operação de alienação das ações da sociedade estrangeira está fora do "espectro" do conceito de "emprego do lucro em favor da beneficiária" como tais lucros continuam integrando o patrimônio daquela sociedade estrangeira enquanto não haja efetiva deliberação. 34. Há precedentes desse E. Conselho, aliás, que reforçam essa linha de entendimento: "(...) ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NO EXTERIOR DISPONIBILIZAÇÃO EMPREGO DO VALOR A alienação de participação societária no exterior, pela coligada-participante no Brasil, para pessoa jurídica sócia sua no Brasil, não é emprego de valor em favor da beneficiária não é emprego, pela coligada no exterior, de seu lucro em favor da investidora no Brasil. Emprego do valor, em favor da beneficiária, na forma e no contexto do item 4, da alínea b do § 2.º do art. 1.º da Lei 9.532/1997, tem a significação: emprego, pela controlada ou coligada no exterior (investida), ainda que por exercício do poder de controle da controladora no Brasil, do lucro em favor desta. Supor que a alienação do investimento no exterior pela investidora, para pessoa jurídica sócia sua no Brasil, implique um ato de pagamento pela coligada no exterior, significaria, além de agredir, a dicção legal admitir que a coligada no exterior permanece com a obrigação de pagar (por ato seu) aquilo que já está pago (por ato da coligada no exterior, se pagamento fosse a entrega de investimento)." (...) (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n.º 16327.001265/2005-03. Recurso Voluntário. Acórdão n.º 1103-000.469, sessão de 25/05/2011) "ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 1999, 2000 IRPJ E OUTROS LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ANOS-CALENDÁRIO 1999 e 2000 – A conferência de participação societária não constitui "disponibilização" de lucros, cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação. (1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão nº 9101-001.678, Relatora KAREM JUREIDINI DIAS, sessão de 15/05/2013) (grifos nossos) "LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA ANO-CALENDÁRIO 1999 - A alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil não constitui "disponibilização" de lucros cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação". (1° Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, Acórdão n° 103-22.330, Relator Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, sessão de 22/03/2006) 35. Vale citar a seguinte passagem constante do voto condutor do citado Acórdão nº 103-22.330, verbis: "A lei tributária ordinária requer interpretação à luz da redação então vigente do art. 43 do CTN, definidor do conceito de renda. A apuração de lucros pela controlada, ou sua manutenção em conta de lucros acumulados não implica por si só, em qualquer receita auferida pela controladora, imediatamente, inexistindo acréscimo patrimonial desta última. Possível transferência de lucros depende de decisão societária da pessoa jurídica controlada no sentido de deliberar a distribuição. Só a partir desse ato jurídico é que se consideram auferidos pela controladora os lucros originados da controlada, ainda que não recebidos, com o seu devido reconhecimento como receita, pelo regime de competência. Nesse instante, ocorre o fato gerador e dá-se a incidência tributária. A meu ver, como já dito antes, lucros da controlada, ainda pendentes de deliberação para definição da sua destinação, não se incorporam ao patrimônio da controladora, não são por esta auferidos. Inexiste disponibilidade jurídica ou econômica da controladora sobre eles. Destaque-se a possibilidade de nunca ocorrer distribuição, utilização de lucros para aumento de capital ou qualquer outra forma de `disponibilização' em favor da recorrente, a exemplo da absorção por prejuízos, (...).

Documento nato-digital

> **Não identifico a alienação de participação societária como caso de 'emprego do valor em favor da beneficiária', conforme previsto pelo art. 1° da Lei 9.532/97. O lucro cuja destinação permanece pendente de deliberação não se incorpora, ao menos ainda, ao patrimônio da controladora. A alienação das quotas transfere ao adquirente os direitos sobre eventual 'disponibilização' futura, que será reconhecida na sua contabilidade e oferecida à tributação, se cabível, no momento da sua ocorrência." (grifos nossos) 36. Com efeito, não há dúvidas de que essa retórica construção pretendida pelo fisco esta à margem da lei, das regras de hermenêutica e da técnica.** 37. E, ainda que se tente argumentar (a par dos fundamentos utilizados pelo fisco no presente PAF) que os lucros acumulados na empresa controlada no exterior teriam valorizado as suas ações (posteriormente transferidas na reorganização societária em questão) para fins justificar a presente incidência tributária no Brasil, seria necessário que a legislação aplicável ao caso concreto prescrevesse a possibilidade da tributação dos resultados apurados pelo método da equivalência patrimonial (MEP) 5 , o que não ocorre. 38. O próprio art. 25, §6º, da Lei nº 9.249, confirmou que, eventuais receitas, evidenciadas para fins contábeis pelo MEP, não devem gerar consequências tributárias à controlada ou coligada brasileira. 39. Assim sendo, em vista das razões aqui expostas, não há outra conclusão senão que: (i) aos lucros dos anos de 1996 e 1997 deve ser aplicada a Lei n° 9.249/95 e somente aos lucros apurados a partir de 1998 tem lugar a aplicação da Lei n° 9.532/97; (ii) a tentativa de equiparação à disponibilização de lucros da alienação do investimento estrangeiro foi obra exclusiva da IN SRF n° 38/96, não encontrando fundamento na Lei n° 9.249/95, tampouco na Lei n° 9.532/97. 40. E, portanto, devem ser cancelados os respectivos lançamentos, vez que a operação de alienação em causa não configura disponibilização dos lucros auferidos pela sociedade estrangeira controlada pela empresa incorporada, nos termos do art. 10, § 2°, alínea b, item 4 da Lei n° 9.532/97 (grifos nossos).

Portanto, à luz da inteligência do entendimento firmado no Acórdão supracitado, e pelos fundamentos já apresentados, entendo que deve ser cancelada a autuação, já que que a operação autuada em causa não configura disponibilização dos lucros auferidos pela sociedade estrangeira controlada pela empresa incorporada, nos termos do art. 10, § 2°, alínea b, item 4 da Lei n° 9.532/97, por ausência de previsão legal que ampare a pretensão tributária de equiparar a alienação de participação societária à disponibilização dos lucros auferidos no exterior.

Consequentemente, no que tange às questões preliminares, perdem objeto a discussão sobre a responsabilidade por sucessão, assim como a preliminar de decadência suscitada pelo contribuinte, por não ter ocorrido o fato gerador (fato jurídico tributário) a dar surgimento da obrigação tributária ou mesmo quanto à discussão sobre o momento em que se considerariam disponibilizados os lucros para fins da incidência e do termo de início de contagem do prazo decadencial, bem como no que tange às demais questões de mérito cujas análises dependeriam do reconhecimento prévio da subsunção da situação de fato objeto de autuação à hipótese legal pretendia no art. 10, § 2°, alínea b, item 4 da Lei n° 9.532/97, seja em relação ao principal, seja em relação à tributação reflexa.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do Recurso para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Documento nato-digital

(documento assinado digitalmente)
Jeferson Teodorovicz

Declaração de Voto

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque.

O tema controvertido em sessão de julgamento consiste na possibilidade de considerar "disponibilização de lucros" a troca de participações societárias mediante substituição de ativos de empresas no exterior e controladas por companhia brasileira.

Apesar do bem lançado voto do i. Conselheiro Relator, divirjo de suas conclusões, pois considero que a matéria está claramente disciplinada pela Lei nº 9.532/97, que assim regulava a matéria à época dos fatos geradores, com clareza solar:

> 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.
>
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:
>
> a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;
>
> b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.
>
> c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros;
>
> d) na hipótese de adiantamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.
>
> § 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se:
>
> a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior;
>
> **b) pago o lucro, quando ocorrer:**
>
> 1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;
>
> 2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;
>
> 3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;
>
> **4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.**

Documento nato-digital

Demonstra-se equivocado presumir que a troca de ativos de empresas situadas no exterior, independentemente de quem as controla, represente "emprego de valor" oponível à companhia brasileira com a qual mantenham relação jurídica, seja porque não há necessário aumento de capital – e isso não fora demonstrado nos autos de infração –, seja porque o evento sucessório havido no exterior ocorreu entre companhias diversas, sem demonstração da hipótese de incidência sobre a qual nasce a obrigação jurídica relacionada ao lucro.

É dizer: tributa-se o lucro auferido no exterior pelas empresas estrangeiras e que beneficia a empresa brasileira, através dos ganhos havidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas, porém, é a própria lei que define os critérios e os contornos jurídicos do lucro e quando ele ocorre.

Ora, no caso dos autos, vê-se que a lei diz considerar-se lucro aquilo que é *disponibilizado para a empresa no Brasil* e, tratando-se de controlada ou coligada – é essa a hipótese em análise –, *o pagamento ou crédito em conta representativa de obrigação da empresa do exterior*, fato esse que não ocorreu na prática, uma vez que a troca de ativos entre as empresas estrangeiras não gerou pagamento, crédito ou disponibilidade econômica ou jurídica do lucro.

Mais: a própria lei informar que se considera *pago o lucro quanto ocorrer o emprego do valor em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.*

A autuada não realizou aportes na empresa estrangeira, não promoveu aumento de capital da controlada, não empregou valores em favor da titular da operação, razão pela qual a pretensão fazendária de alcançar um lucro inexistente, tanto econômica quanto juridicamente, descamba em vilipêndio à legalidade e tipicidade tributárias.

Revela-se equivocada a Instrução Normativa nº 38/96, por meio da qual o Fisco pretende estender os limites da lei para considerar que, *na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil* (art. 2º, § 1º), posto que não é essa a previsão disposta na Lei nº 9.532/97.

A matéria já fora analisada pelo CARF em momento anterior, sendo relevante trazer à colação o voto do i. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, a saber:

> Acórdão nº 1302001.880 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
>
> Sessão de 8 de junho de 2016
>
> LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. A alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil não constitui "disponibilização" de lucros cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação.
>
> (...)
>
> Pela literalidade do item 4, não se permite concluir que a alienação da participação societária na controlada no exterior se configure em disponibilização dos lucros, por ela acumulados, aos controladores pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil. Note-se que a estrutura de tal norma é

Documento nato-digital

> constituída de uma fórmula casuística ("o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça") seguida de um caso específico ("inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior"), trata-se assim de situação em que a própria norma autoriza a interpretação analógica, mas dentro do limite fixado no exemplo dado. Ou seja, a norma autoriza toda e qualquer situação em que haja o emprego do valor em desde que logicamente tenha havido a deliberação para distribuição/aplicação de tais lucros em benefício dos acionistas, o que não é o caso. Ora, os atos de alienação são externos à controlada alienada, sendo que a deliberação por empregar ou distribuir seus lucros acumulados é da competência exclusiva de seus órgãos de administração.
>
> É verdade que a Receita Federal ao interpretar tal dispositivo entendeu que: "*Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil*", conforme dispunha o § 9º do art. 2º da IN 38/96. Ora, tal interpretação desborda dos parâmetros hermenêuticos do aludido item 4.
>
> Para que fique ainda mais clara a falta de razoabilidade de tal interpretação, basta salientar que, por ela, se a participação na controlada no exterior for alienada para outra pessoa jurídica no Brasil, a alienante sofrerá a incidência tributária do IRPJ sobre os lucros acumulados na controlada e, como os lucros acumulados continuaram no PL da controlada (já que nada foi deliberado por ela sobre a distribuição), haveria, na vigência de tal norma, também a incidência de IRPJ sobre essa mesma base quando os lucros fossem efetivamente distribuídos para a nova controladora no Brasil. Ora, seria como tributar duas pessoas diferentes pela mesma base tributável, ou seja, haveria dois aspectos temporais de incidência tributária para a mesma base tributável, configurando assim bis in idem. Vale ainda a reflexão: se a participação na controlada no exterior for alienada várias vezes para pessoas domiciliadas no Brasil, seria justo tributar os lucros acumulados por cada uma dessas alienações, sem nunca ter sido sequer deliberada a sua distribuição?
>
> Além disso, a controladora/alienante domiciliada no Brasil sofrerá a incidência do IRPJ sobre o ganho de capital, caso o valor de alienação supere o valor contábil o investimento, conforme dispunha o art. 31 do DL 1598/77.
>
> É verdade que os lucros acumulados na controlada, aumenta o valor contábil do investimento avaliado pelo MEP registrado na controladora e, consequentemente, diminui o seu eventual ganho de capital, mas isso não justificaria a interpretação feita pela Receita Federal, pois outros valores que compunham o resultado do MEP, como a variação cambial do investimento ou o ganho por variação de participação societária, também aumentaria o valor contábil do investimento e, consequentemente, reduziria o eventual ganho de capital, sem que nunca fossem tributados. O que ocorre é que a adoção do MEP causa efetivamente uma distorção na tributação do ganho de capital quando comparamos com a alienação de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, porém, não me parece que o item 4 da alínea "b" do § 2º do art. 1º da lei 9.532/97 tenha tido sequer a pretensão de minorar tal distorção.

Ressalte-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça há muito já se debruça sobre o tema e objetivamente afasta as Instruções Normativas que pretendem alargar o fenômeno econômico que subjaz à tributação, com idêntica conclusão de julgamento, para o fim de preservar a legalidade tributária e impedir que Instruções Normativas alarguem a base de cálculo dos tributos, senão:

> TRIBUTÁRIO. IN SRF N. 213/02. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO PELO RESULTADO POSITIVO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.
> ILEGALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

Documento nato-digital

> I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "o art. 7º, §1º, da IN SRF n. 213/02 violou o princípio da legalidade tributária, ao ampliar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo ilegítima a tributação pelo resultado positivo da equivalência patrimonial contabilizado pela empresa brasileira, referente ao investimento existente em empresa controlada ou coligada no exterior" (AgInt no REsp 1698113/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 25/6/2018). Outros precedentes: REsp 1649184/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 11/04/2018; AgInt no REsp 1554106/BA, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 24/11/2017; e AgRg no AREsp 531.112/BA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 28/8/2015. II - Agravo interno improvido. (Processo AgInt no AREsp 1152151 / SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0198682-1, Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 06/09/2018, Data da Publicação/Fonte DJe 12/09/2018)
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. AUSÊNCIA. TRIBUTAÇÃO DA CONTROLADORA/COLIGADA NACIONAL ADSTRITA AO QUE TAMBÉM FOR LUCRO DAS COLIGADAS/CONTROLADAS ESTRANGEIRAS. ART. 7°, § 1°, DA IN SRF N. 213/2002. ILEGALIDADE.
>
> 1. A Corte regional, no acórdão impugnado, apreciou fundamentadamente a controvérsia e apontou as razões de seu convencimento, não se vislumbrando, na espécie, nenhuma ofensa ao art. 535 do CPC/1973. 2. A questão em debate encontra-se pacificada nesta Corte superior, havendo muitos precedentes de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção a declarar a ilegalidade do art. 7°, § 1°, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 213/2002, que extrapolou o poder regulamentar e ampliou a base de cálculo dos tributos, em desrespeito à regra da legalidade estrita. 3. O ordenamento tributário vigente (Lei n. 9.249/1995), ao menos até a entrada em vigor da Lei n. 12.973/2014, previa apenas a tributação das empresas controladoras/coligadas nacionais pela apuração do lucro das sucursais/controladas/coligadas estrangeiras, calculado pelo método da equivalência patrimonial, excluindo expressamente (da tributação) os resultados positivos da avaliação dos investimentos no exterior (apurados pelo método da equivalência patrimonial). 4. Agravo interno desprovido. (Processo AgInt no REsp 1554106 / BA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2014/0038447-6, Relator(a) Ministro GURGEL DE FARIA (1160), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 12/09/2017, Data da Publicação/Fonte DJe 24/11/2017)

Para além da ilegalidade decorrente do alargamento indevido da base de cálculo dos tributos devidos, penso que a aplicação da IN desatende ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, impedir que a interpretação dada pelo Fisco na tentativa de alcançar hipótese fática não prevista na lei é medida *necessária* à preservação dos direitos constitucionais do contribuinte, *adequada* ao correto alcance da legalidade e *justa* para que não se gere benefício sem causa aos cofres públicos. Neste sentido, é importante trazer à colação a análise dos requisitos da proporcionalidade, assim demonstrada no estudo deste julgador sobre "*A Proporcionalidade e os Limites ao Poder Sancionador Tributário"*, a seguir transcrito:

> Deverá o intérprete, assim, verificar se a norma infracional é alcançada pelo elemento da adequação ou idoneidade, que consiste na condição de que o meio utilizado pelo legislador é apropriado e oportuno à finalidade pretendida. Indaga-se a pertinência da norma ao objetivo pleiteado, considerando todos os parâmetros que o ordenamento jurídico determina, devendo ser afastada a norma quando o resultado pretendido pela sua aplicação demonstre inadequação com as garantias constitucionais e com os direitos da parte contra quem a norma infracional é dirigida ou que seja impertinente à obtenção de uma finalidade de interesse público.
>
> Outrossim, além de adequado, o ato normativo deve ser o menos gravoso à obtenção da

Documento nato-digital

> finalidade lícita a que se destina, devendo-se perquirir se é possível alcançar a pretensão estatal de forma alternativa menos prejudicial, que leve a resultado semelhante, para que se tenha cumprido o segundo requisito: a necessidade ou exigibilidade. Note-se que caberá ao intérprete analisar a existência de outros meios possíveis para o atendimento da finalidade pública perquirida.
>
> Por fim, ainda que determinada circunstância passe pelo desafio do crivo da adequação e da necessidade, tem-se que o ato normativo deverá atender à proporcionalidade em sentido estrito, a qual demanda que a medida escolhida entre duas possíveis seja a que menor dano cause àquela que se afaste, servindo à ponderação e ao balanceamento dos preceitos existentes no ordenamento jurídico. (ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A Proporcionalidade e os Limites ao Poder Sancionador Tributário.* In: *Novos Tempos do Direito Tributário,* Coord.: VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CESTINO JÚNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Pryscilla Régia de Oliveira. Curitiva: Editora Íthala, 2020, p. 75)

Tais razões me fazem divergir do voto do ilustre Conselheiro Relator, para desconstituir os autos de infração objeto da presente análise.

Conclusões

Diante do exposto, com a vênia do i. Conselheiro Relator, dou provimento ao Recurso Voluntário.

É o voto.

(documento assinado digitalmente)
Fredy José Gomes de Albuquerque

Declaração de Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque

O presente processo trata de lançamentos tributários decorrentes do fato de o contribuinte não ter considerado no seu lucro real o valor do lucro disponibilizado por empresa investida localizada no exterior, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, combinado com o artigo 1º da Lei nº 9.532/1997.

Segundo esse último dispositivo legal, os lucros auferidos no exterior deveriam ser adicionados ao lucro líquido do contribuinte, para determinação do lucro real, no ano em que tiverem sido disponibilizados. O mesmo dispositivo determina que esses lucros devessem ser considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. Na espécie, não houve o crédito em conta representativa de obrigação, restando a hipótese de pagamento do lucro.

Documento nato-digital

O mesmo dispositivo legal aponta as situações que devem ser consideradas pagamento do lucro, quais sejam: (i) o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil; (ii) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; (iii) a remessa, em favor da beneficiária e (iv) o emprego do valor, em favor da beneficiária, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada.

A fiscalização entendeu que houve o emprego do valor dos lucros auferidos, em benefício da empresa brasileira, caracterizado pelo fato de a empresa brasileira ter alienado a sua participação societária na empresa estrangeira. Para tanto, recorreu à Instrução Normativa SRF nº 38/1996, a qual previa, no §9º do seu artigo 2º que:

> §9º Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da alienante no Brasil.

O debate travado na apreciação do presente recurso voluntário chegou à polarização entre dois entendimentos: (i) a alienação da participação societária está contida no conceito de emprego dos lucros auferidos que, por sua vez, é modalidade de pagamento prevista no artigo 1º da Lei nº 9.532/1997 e (ii) a alienação da participação societária não pode ser considerada como emprego dos lucros auferidos.

Embora eu já tenha votado no sentido de que a alienação da participação societária pode ser considerada como emprego dos lucros auferidos pela empresa alienada, os debates travados desde então moveram o meu entendimento. De fato, o emprego de um bem é ato de quem detém o domínio desse bem, ainda que em benefício de terceiro. Assim, por exemplo, caso a empresa estrangeira tivesse utilizado recursos próprios para a aquisição de um bem ou serviço em benefício da empresa brasileira, entendo que esses recursos utilizados seriam o emprego dos lucros que pertenciam à empresa brasileira e que ainda estavam no domínio da empresa estrangeira, caracterizando o emprego previsto em lei. A alienação da participação societária pela empresa brasileira em nada se assemelha com essa situação, não podendo ser caracterizada como emprego.

É certo que a empresa brasileira, ao alienar a sua participação societária sem se apropriar dos lucros a que fazia jus, obteve uma vantagem econômica em razão desse fato, pois isso faz patrimônio líquido da empresa alienada figurava em valor maior do que o devido. Contudo, tal vantagem não pode ser alcançada pela tributação do IRPJ senão por meio de um eventual ganho de capital.

Saliente-se que a tributação dos lucros auferidos no exterior por empresa nacional sofreu seguidas alterações desde então e nenhuma delas trouxe a previsão da alienação da participação societária como fato gerar da tributação dos lucros não creditados ou pagos. Pelo contrário, a redação do artigo 77[3] da Lei nº 12.973/2014, atualmente em vigor, leva ao entendimento de que os lucros auferidos no exterior são tributados como ganho patrimonial da

[3] Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.
§ 1º A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

Documento nato-digital

empresa nacional, pelo que não faria sentido tributar apenas os lucros na alienação da participação societária, quando todo o ganho patrimonial, inclusive os lucros, deve ser tributado.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário em razão da ausência de fato gerar para a tributação de lucros auferidos no exterior objeto dos presentes lançamentos tributários.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque

Documento nato-digital