



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 10768.100292/2002-31
Recurso n° 161.413 Voluntário
Matéria IRPJ
Acórdão n° 101-97.026
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente Icatu Holding S/A (sucessora de Icatu Participações Ltda)
Recorrida 1ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I-RJ

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

Ementa: DECADENCIA. DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS NO EXTERIOR. FATO GERADOR. A simples apuração de lucros por empresa controlada situada no exterior não implica, por si só, em disponibilização de lucros para a controladora no Brasil, condição necessária para caracterização da ocorrência do fato gerador do IRPJ no regime implantado pelo art. 25 da Lei 9.249/95. Descabido falar-se em decadência do direito de constituir o crédito tributário quando não ocorreu fato gerador.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1999

Ementa: NULIDADE DE DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. É nula a decisão que não enfrenta todas as questões relevantes suscitadas na impugnação, por cerceamento do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

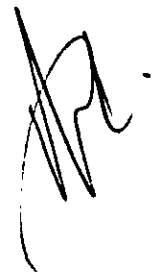
ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de decadência, vencidos Valmir Sandri e João Carlos de Lima Junior; e, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão de 1ª. instância por cerceamento do direito de defesa, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANTÔNIO PRAGA
Presidente


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA
Relator

Formalizado em: **25 MAI 2009**

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros os Conselheiros Sandra Maria Faroni, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), Caio Marcos Cândido, João Carlos de Lima Junior, Aloysio José Percínio da Silva, José Ricardo da Silva, Valmir Sandri e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da 1ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I – RJ (nº 4.550/2003 – fls. 1.076), referente a auto de infração lavrado para formalização de crédito tributário de IRPJ (fls. 983).

Tendo em vista a clareza e o detalhamento do relatório do acórdão contestado, transcrevo-o no que apresenta de essencial ao presente julgamento:

“DA AUTUAÇÃO

O presente processo tem origem no Auto de Infração de fls.983/984, lavrado pela DEINF/RIO DE JANEIRO-RJ, MPF Nº 0716600/00232/02 da qual a interessada acima identificada foi intimada em 27/12/2002, consubstanciando exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, referente aos anos- calendário de 1997 e 1999, no valor de R\$ 56.859.998,45, e os juros de mora calculados até 29/11/2002, no valor de R\$ 27.054.534,52, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 83.914.532,97.

ENQUADRAMENTO LEGAL.

IRPJ – Art.193, 194, 266, 267, 268, 369 e parágrafos, 418 e 509 todos do RIR/94, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11/01/1994; (ano-calendário de 1997).

Art. 25, § 2º, da Lei nº 9.249/1995; IN 38/96, art. 2º, § 9º; art.1º da Lei nº 9.532/1997; art. 249, inciso II, e 394, do RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26/03/1999; (ano-calendário de 1999).

DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

Em 14/02/2002 foi iniciada ação fiscal na interessada, através do Termo de Início da Ação Fiscal de fls 06, com o objetivo de verificar a correta apuração e recolhimento do IRPJ, nos anos-calendário de 1997 a 2001, conforme Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 0716600.2002 00016-3(fl.03/04).

Em virtude da ocorrência de incorporação à época dos períodos fiscalizados, quando a atual ICATU HOLDING denominava-se BANCO ICATU S/A, foi expedido um novo mandado de procedimento Fiscal (MPF) de nº 0716600 2002 00232-8, com a finalidade de atender a legislação em vigor, mais precisamente o artigo 9º, parágrafos 2º e 3º do Decreto 70.235 de 06/03/1972 (com a nova redação da Lei nº 8.748 de 9 de dezembro de 1993).

Ainda antes do início da fiscalização ocorreram outras alterações contratuais, que estão registradas no Relatório da Atividade Fiscal às fls.945/947.

AMORTIZAÇÃO DE GASTOS REGISTRADOS NO ATIVO DIFERIDO.

Da análise feita nas demonstrações Financeiras da auditada, foi verificado um lançamento na conta nº 8.3.9.10.10.0001.01 (Outras Desp. Não Oper.- Perdas de Capital) em dezembro de 1997, no valor de R\$ 4.084.045,23, tendo como histórico “vlr. Ref. Amortização do diferido resultante da incorporação da Icatu Direct, n/data”.

(...)



Considerando as informações acima prestadas e subsidiando-se da legislação que trata das amortizações do ativo diferido, concluiu o autuante como sendo não dedutíveis as despesas pré operacionais do produto "Invest Carro" da Icatu Direct, pelo seu incorporador Banco Icatu S/A. e conseqüentemente foi glosado o valor de R\$ 4.084.045,23.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR – TRIBUTAÇÃO EM BASES MUNDIAS.

Foi verificado pelo autuante no procedimento de fiscalização Lucros auferidos no exterior disponibilizados, não adicionados ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real, relativo ao ano-calendário de 1999.

(...)

Às fls.966/970, o autuante faz uma análise da legislação, já citada, que trata da matéria em questão, concluindo às fls. 971 que o Banco Icatu S/A. deveria ter adicionado os lucros ainda não tributados, auferidos pela controlada Icatu Bank (Cayman), quando da sua alienação para a empresa Tahoma Participações S/A , objetivando a integralização do aumento de capital e que como não o fez, os valores em questão estão sendo demonstrados às fls.972/973, adicionados no auto de infração ora lavrado. (na apuração do lucro Real).

Salienta que os valores apurados até 31/12/1995 não estão sujeitos a tributação, pois só a partir da Lei nº 9.249 de 1995, é que esta norma foi introduzida no Brasil, e sendo assim o valor de R\$ 82.375.042,52 não será tributado, uma vez ser decorrente do investimento inicial efetuado, corrigido até 31/12/1995, bem como os lucros auferidos até esta data, também corrigidos. Sendo que todos os outros valores, inclusive a correção cambial serão tributados.

Apurou-se então que não foi adicionado ao lucro líquido, para efeito de determinação do Lucro Real, relativo ao período-base de 1999, lucros auferidos no exterior disponibilizados, no valor de R\$ 223.355.948,60 (fls. 972/974).

DA NÃO APLICAÇÃO DA MULTA

A multa de ofício não foi aplicada a fim de que o lançamento em questão fique em conformidade com o que diz a Nota COFIS/DINOL nº 2000/00043, às fls 975/978, onde está preceituado que não é devido o lançamento da multa de ofício na incorporadora por fatos ocorridos na incorporada antes da incorporação."

Mediante tempestiva impugnação parcial (fls. 993), a atuada contestou o mérito relativo à infração à legislação de lucros obtidos no exterior (ano-calendário 1999) e acolheu a tributação do item que trata da amortização de valores registrados no ativo diferido (ano-calendário 1997).

O órgão de primeira instância julgou procedente o lançamento, segundo decisão unânime assim resumida:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1997, 1999

Ementa: Inexiste previsão legal para modificar julgada proferido nos autos de outro processo do qual cabe recurso a instância superior.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário



Ano-calendário: 1997, 1999

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO
TRIBUTÁRIA.

Não cabe à autoridade administrativa pronunciar-se quanto a alegações de inconstitucionalidade de normas legais.

JUROS DE MORA: É legítima a cobrança de juros de mora calculados com base na taxa SELIC, nos termos do art. 84, inciso I, da Lei n.º 8.981/1995, alterado pela Lei n.º 9.065/1995, pois não representa ofensa ao disposto no §1º, do art. 161, do CTN.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1997, 1999

Ementa: AMORTIZAÇÃO DE GASTOS REGISTRADOS NO ATIVO DIFERIDO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. O lançamento consolida-se, administrativamente, no que se refere à matéria não impugnada.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR – A Lei n.º 9.249/1995 determinou a incidência do IRPJ sobre os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, e a Instrução Normativa SRF n.º 038/1996 apenas esclareceu o significado do termo “auferido” utilizado pelo legislador, de forma a dar efetividade ao comando legal, não sendo correto afirmar que a instrução normativa criou fato gerador de imposto.

A Lei n.º 9.532/1997 não revogou a IN SRF n.º 038/1996, porque esta não era com ela incompatível.

A alienação, em 1999, de investimento em controlada situada no exterior, caracteriza disponibilização de lucros, que devem ser acionados ao lucro líquido na proporção de sua participação acionária, para efeito de determinação do lucro real, e constitui hipótese de auferimento destes lucros, conforme o § 9º, do art. 2º, da IN SRF n.º 038/1996.”

Cientificada da decisão em 15/03/2004 (fls. 1.101), a interessada interpôs o recurso no dia 6 do mês seguinte (fls. 1.107), alegando, preliminarmente, decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao ano-calendário 1996 e nulidade da decisão recorrida, em razão de omissão no exame do pedido para exclusão dos ganhos de equivalência patrimonial, o que teria resultado em “preterição do direito de defesa”.

No mérito, renovou as razões de defesa sustentadas na impugnação.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade.

Permanece em discussão apenas a exigência relativa aos lucros originários de controlada no exterior, uma vez que a infração correspondente à amortização de gastos foi expressamente reconhecida pela autuada quando da impugnação, conforme relatado.

Argumenta a recorrente que “se reconhecida a invalidade da IN SRF nº 38/96, mas sendo validada a Lei 9.249/95, haveria decadência para o período-base de 1996, pois o Auto é de 27.12.2002”.

A exigência relativa à infração definida como “ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL – LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR” teve por enquadramento legal o art. 25, § 2º, da Lei 9.249/95 e o art. 1º, da Lei 9.532/97. Também foi relacionado o art. 2º, § 9º, da IN SRF 38/96.

A preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao ano-calendário 1996 está vinculada à definição do momento no qual devam ser tributados os lucros obtidos no exterior sob o regime legal mencionado.

Segundo o art. 25 da Lei 9.249/95, 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.

O verbo auferir significa ganhar, obter, conseguir. É costumeiramente empregado na legislação tributária em consequência do reconhecimento de receitas da pessoa jurídica pelo regime contábil de competência, independentemente do seu efetivo recebimento, nos termos da lei societária, em oposição ao regime de caixa, pelo qual as receitas são contabilizadas e tributadas quando recebidas.

Parece-me claro que o destinatário do comando contido no *caput* do dispositivo examinado é, no caso concreto, a pessoa jurídica controladora, no Brasil. Ela é que auferir lucros, rendimentos ou ganhos de capital aqui tributados. Assim, o momento de ocorrência do fato gerador, da tributação, é aquele em que a controladora auferir lucro originário do exterior e não o da apuração do lucro pela controlada do exterior.

A meu ver, lucros acumulados da controlada, ainda pendentes de deliberação para definição da sua destinação, não se incorporam ao patrimônio da controladora, não foram por ela auferidos. Inexiste disponibilidade jurídica ou econômica da controladora sobre eles.

Não identifico contradição entre a IN SRF 38/96, art. 2º, *caput*, e o art. 25 da Lei 9.249/95. Ao contrário, entendo que a referência à adição ao lucro líquido dos lucros no exterior, quando “disponibilizados”, revela adequada interpretação do dispositivo legal, em consonância com o regime de competência contábil e com o art. 43 do CTN.



Portanto, uma vez demonstrada inexistência de fato gerador no ano-calendário 1996, quando foram apurados os lucros pela pessoa jurídica no exterior, considero descabido cogitar-se de decadência do direito de constituir o crédito tributário, uma vez que, segundo indicado pela autoridade fiscal no auto de infração, corretamente, o fato gerador teria ocorrido em 31/12/1999.

O crédito tributário foi constituído no dia 27/12/2002, portanto, dentro do prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

A reclamação de cerceamento de direito de defesa está baseada em indicação de omissão do acórdão recorrido quanto ao pedido de ajuste da base de cálculo para tributação apenas dos lucros “susceptíveis de disponibilização” pela controlada no exterior.

Com efeito, consta da impugnação, nos itens 3.54 a 3.57, pedido expresso para exclusão da base de cálculo do resultado da equivalência patrimonial, inclusive ganho cambial, proveniente da avaliação do investimento na controlada do exterior.

Nesse particular, entendo que a alegação da recorrente está correta.

De fato, a decisão recorrida não enfrentou a questão suscitada na impugnação, restando caracterizado o aludido cerceamento de direito de defesa e, conseqüentemente, a nulidade do acórdão, nos termos do art. 59, II, do Decreto 70.235/72, que assim dispõe:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Dessarte, deve ser reconhecida a nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa.

Conclusão

Pelo exposto, rejeito a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário e, por outro lado, acolho a preliminar de nulidade da decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões - DF, em 13 de novembro de 2008

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA