



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

Processo nº 16327.000299/2006-53
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-002.466 – 1ª Turma
Sessão de 20 de outubro de 2016
Matéria IRPJ - LUCROS NO EXTERIOR
Recorrente BANK OF AMERICA NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001

Ementa:

LUCROS NO EXTERIOR. LEI Nº 9.532 DE 1997. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. ASPECTOS.

Segundo melhor doutrina a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*. Análise do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997 e parágrafos permite constatar que a norma, sob aspecto pessoal, dirige-se à pessoa jurídica domiciliada no Brasil que possui participação societária de coligada ou controlada sediada no exterior. Sob aspecto material, predica que os lucros auferidos no exterior por meio das investidas deverão ser adicionados ao lucro líquido, mediante ocorrência de hipóteses, dentre as quais, mediante disponibilização para a empresa no Brasil, no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento (aspecto temporal), considerando-se pago o lucro quando ocorrer o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça (aspecto territorial), inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

PAGAMENTO DO LUCRO. ATOS DA INVESTIDA E DA INVESTIDORA.

As hipóteses de pagamento do lucro abrangem tanto atos de iniciativa da empresa investida quanto da investidora. O crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil, a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária e a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça, pressupõem ato da investida. Por sua vez, o emprego de valor abrange ato da investidora, que, naturalmente, sendo detentora de participação da investida, pode, a qualquer momento, dispor de suas ações, da melhor maneira que lhe convier, como, por exemplo, por meio de alienação, transferência, conferência para integralizar capital em outras empresas, dentre outros.

EMPREGO DE VALOR. CONDIÇÃO PARA CONSUMAÇÃO DO ASPECTO TEMPORAL.

O emprego de valor consolida precisamente a valorização do investimento, refletivo no balanço da investidora por meio do método da equivalência patrimonial, e não tributado enquanto não ocorrer a disponibilização dos lucros porque o lucro já é tributado na investida. A partir do momento em que a investidora decide alienar as ações da investida, e se beneficia da valorização do investimento para efetuar a operação, valorização essa que se viabilizou a partir dos lucros auferidos pela coligada refletidos no investimento por meio da equivalência patrimonial, resta evidente a consumação do emprego de valor, e por consequência o momento do pagamento do lucro, aspecto temporal da norma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado), que lhe deram provimento. Solicitou apresentar declaração de voto o conselheiro Luís Flávio Neto.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício), Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flavio Neto, Rafael Vidal De Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição à conselheira Nathália Correia Pompeu).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela BANK OF AMERICA NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (e-fls. 456/486) em face da decisão proferida no Acórdão nº 101-97.023 (e-fls. 329/338), pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 13/11/2008, no qual foi dado provimento parcial ao recurso voluntário da Contribuinte e negado provimento ao recurso de ofício.

Resumo Processual

A autuação fiscal, relativa ao ano-calendário de 2001, tratou de infração relativa a lucros disponibilizados no exterior por emprego do valor, em razão de alienação de participação societária, com fulcro no art. 394, §§ 2º, 3º e 4º, alínea II, item "d", do RIR/99.

A primeira instância (DRJ) julgou o lançamento fiscal procedente em parte, para afastar da base de cálculo os lucros relativos ao ano-base de 1998 (37.928.123,00 euros), vez que teriam sido disponibilizados em 28/12/1999 em favor de outra empresa. Em razão do crédito tributário exonerado foi efetuada remessa necessária (recurso de ofício).

A segunda instância (Turma Ordinária do CARF) negou provimento ao recurso de ofício e deu provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a conversão cambial na data da disponibilização dos lucros, determinando a utilização da taxa de câmbio da data das demonstrações financeiras, com base no §4º, do artigo 25 da Lei nº 9.249 de 1995.

Foram interpostos embargos de declaração pela Contribuinte, que foram apreciados pela segunda instância, que, no acórdão de embargos, decidiu prover parcialmente o recurso para excluir os lucros relativos ao ano-base de 1999 (67.379.328,00 euros), que foram disponibilizados em favor da BBM, empresa diversa da Contribuinte.

Foram interpostos novos embargos de declaração pela Contribuinte e pela PGFN em face do acórdão de embargos. Os recursos foram apreciados pela segunda instância e o acórdão decidiu no sentido de rejeitar os embargos e de ofício corrigir erro material na redação da ementa do acórdão de embargos anterior.

A Contribuinte interpôs recurso especial no qual foi dado seguimento por despacho de exame de admissibilidade, em relação à interpretação conferida no disposto do art. 1º, § 2º, alínea 'b', item 4, da Lei 9.532/97 ("emprego do valor"). Foram apresentadas contrarrazões pela PGFN.

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal e a fase contenciosa.

Da Autuação Fiscal

A autuação fiscal (e-fls. 152 e segs.), relativa ao ano-calendário de 2001, discorre sobre operações realizadas entre a Contribuinte (BANK OF AMERICA NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, "BANK OF AMERICA", anteriormente denominada BOSTON NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA) e sua controlada "BankBoston Latino Americano S.A.", denominada doravante "BANK BOSTON LATINO", situada na Zona Franca da Madeira até dezembro de 2001, quando foi transferida para Lisboa.

A Contribuinte foi constituída em 06/12/1999 com um capital social de R\$10.000,00, e teve um aumento de capital em 28/12/1999 em R\$330.359.802,58, mediante subscrição e integralização pelo "BankBoston Banco Múltiplo S/A", em participação societária deste na controlada BANK BOSTON LATINO. Assim, o "BANK BOSTON LATINO" passou a ser controlada pela Contribuinte.

Em 21/12/2001 a Contribuinte constituiu a "BBLA HOLDING EUROPE, SL", doravante denominada "BBLA", sediada em Madrid (Espanha), por meio da entrega em

espécie de 100% das ações que detinha do BANK BOSTON LATINO, tendo sido o aporte de ações calculado com base no balanço da controlada em 30/09/2001.

Diante de tal situação, entendeu a Fiscalização que a Contribuinte, ao utilizar a seu favor todo o investimento que detinha na sua controlada BANK BOSTON LATINO para integralizar o capital da BBLA, incorreu em situação prevista nos §§ 2º, 3º e 4º do Artigo 394 do RIR/99. Assim, ocorreu o emprego do valor dos lucros auferidos no exterior da sua controlada BANK BOSTON LATINO. Foram considerados os lucros acumulados pela controlada até 30/09/2001. Como a disponibilização teria ocorrido em 21/12/2001, o valor em euros foi convertido em reais tomando-se a taxa de câmbio nesta data.

Foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 140/151).

Da Fase Contenciosa

A Contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 167 e segs), que foi apreciada pela 5ª Turma da DRJ/São Paulo I e julgou o lançamento fiscal **procedente em parte**, nos termos do Acórdão nº 16-10.180 (e-fls. 236 e segs.), afastar da base de cálculo os lucros relativos ao ano-base de 1998 (37.928.123,00 euros), vez que teriam sido disponibilizados em 28/12/1999 em favor de outra empresa ("BankBoston Banco Múltiplo S/A"), conforme a ementa da decisão:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ

Ano-calendário: 2001

Ementa: FATO GERADOR. LUCROS DISPONIBILIZADOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR.

O evento societário de aporte de ações da empresa estrangeira controlada para constituição de outra empresa estrangeira, independentemente de alteração patrimonial no quantitativo dos investimentos da contribuinte, configura a hipótese legal de disponibilização de lucros, conforme item 4, alínea b, §2º, artigo 1º, da Lei nº 9.532/97

DATA DO FATO GERADOR TRIBUTÁRIO.

A data do fato gerador do lucro disponibilizado não se confunde com a data do auferimento do lucro.

TAXA DE CÂMBIO APLICÁVEL.

Inexistindo disposição de lei em contrário, a conversão para reais deve ser feita pela taxa de câmbio da data da disponibilização dos lucros auferidos no exterior, fato gerador da obrigação tributária.

DISPONIBILIZAÇÃO EM EVENTO ANTERIOR.

A autuação não pode alcançar lucros apurados e legalmente disponibilizados em fato gerador anterior.

CONVENÇÃO BRASIL—PORTUGAL POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO NO BRASIL.

Os lucros considerados disponibilizados têm a natureza de dividendos, e podem, segundo a Convenção Brasil-Portugal, ser tributados no Brasil.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001

Ementa: CSLL. DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO.

Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2001

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE E/OU ILEGALIDADE.

A instância administrativa não se manifesta a respeito de suposta inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da legislação tributária. Preliminar indeferida.

MPF. NULIDADE. Não há que se falar em nulidade do lançamento se os períodos fixados pelos MPF abrangem a data de ocorrência do fato gerador.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001

Ementa: DECADÊNCIA.

Considerada a data da disponibilização legal dos lucros auferidos pela coligada, não se observa o decurso do prazo decadencial, qualquer que seja a modalidade do lançamento.

Em razão do crédito tributário exonerado pela DRJ, foi interposto recurso de ofício. Também foi interposto recurso voluntário (e-fls. 265 e segs) pela Contribuinte. A 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 13/11/2008, por meio do Acórdão nº 101-97.023 (e-fls. 329 e segs), decidiu no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a conversão cambial na data da disponibilização dos lucros, determinando a utilização da taxa de câmbio da data das demonstrações financeiras, com base no §4º, do artigo 25 da Lei nº 9.249 de 1995., conforme ementa a seguir.

CAUSAS DE NULIDADE. TAXATIVIDADE. DECRETO 70.235/72. As causas de nulidade previstas nos artigos 59 e 60 do Decreto 70.235/72 são taxativas, de modo que somente os fatos nela previstos viciam o procedimento fiscal.

FATO GERADOR. LUCROS DISPONIBILIZADOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. DECADÊNCIA Em virtude de ficção legal prevista no art. 1º da Lei 9.532/92, considera-se ocorrido o fato gerador no momento da disponibilização para a

pessoa jurídica domiciliada no Brasil, contando-se daí o prazo decadencial para o lançamento.

CONVENÇÃO BRASIL-PORTUGAL. NÃO APLICAÇÃO NA ZONA FRANCA DA ILHA DA MADEIRA. O acordo para evitar bitributação assinado entre Brasil e Portugal, introduzido no ordenamento por meio do Decreto 4.012/2001, não impede a incidência tributária sobre lucros auferidos com empresas estabelecidas na Ilha da Madeira.

LUCRO NO EXTERIOR. TAXA DE CONVERSÃO PARA A MOEDA NACIONAL. A conversão para a moeda nacional dos lucros auferidos no exterior por coligadas ou controladas deve ser feita com a taxa de câmbio do dia das demonstrações financeiras em que foram apurados

Foram opostos embargos de declaração (e-fls. 314 e segs.) pela Contribuinte, que foram apreciados pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 05/07/2010. O Acórdão nº 1102-00.244 (e-fls. 397 e segs) decidiu dar parcial provimento ao recurso, para afastar da base de cálculo da autuação fiscal os lucros relativos ao ano-calendário de 1999 (67.379.328,00 euros), por entender que, da mesma maneira que os lucros do ano-calendário de 1998, forma disponibilizados para a "BankBoston Banco Múltiplo S/A", conforme ementa a seguir.

IRPJ - LUCRO AUFERIDO NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - Havendo disponibilização de lucro auferido por coligada no exterior no decorrer do ano-calendário, deverá o lucro apurado até a data da disponibilização deste mesmo ano-calendário ser oferecido à tributação.

IRPJ - DEDUÇÃO DE PREJUÍZO - O prejuízo apurado após a disponibilização dos lucros deve ser computado para fins de dedução do lucro real do mesmo ano-calendário.

TRATADO BRASIL PORTUGAL - INAPLICABILIDADE - TRIBUTAÇÃO DE DIVIDENDOS - Não se aplica o Tratado de Não Dupla Tributação entre Brasil e Portugal (Decreto n.º 4.012 de 13/11/2001) quando se tributa dividendos.

AUTO DE INFRAÇÃO - NULIDADE - CRITÉRIO JURÍDICO - O critério jurídico utilizado pela autoridade fiscal para efetuar o lançamento foi o da data em que ocorreu a disponibilização dos lucros.

Em face do Acórdão nº 1102-00.244, foram opostos embargos de declaração pela Contribuinte (e-fls. 413/428) e pela PGFN (e-fls. 408/410), que foram apreciados pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 08/05/2013. O Acórdão nº 1102-000.869 (e-fls. 436 e segs) decidiu no sentido de rejeitar ambos os embargos e de ofício corrigir erro material na redação da ementa do acórdão de embargos anterior, conforme ementa a seguir.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

NORMAS REGIMENTAIS. INEXATIDÃO MATERIAL.

As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão serão retificados pelo presidente de turma, mediante requerimento de conselheiro da turma, do Procurador da Fazenda Nacional, do titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão, do recorrente, ou por reconhecimento de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2001

TRATADO BRASIL PORTUGAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. TRIBUTAÇÃO DE DIVIDENDOS.

Por terem os lucros disponibilizados a natureza de dividendos, aplica-se a eles o artigo 10 da Convenção Brasil-Portugal (Decreto n.º 4.012 de 13/11/2001).

Foi interposto recurso especial (e-fls. 456 e segs.) pela Contribuinte. Apresenta como acórdãos paradigma os de nº 9101-01.303 e 1103-00.207, para demonstrar a divergência com a decisão recorrida em relação ao conceito do emprego de valor previsto do art. 1º, § 2º, alínea 'b', item 4, da Lei 9.532/97. No mérito, discorre que não ocorreu emprego de valor em seu favor, e que o acórdão recorrido partiu de premissa equivocada de que parte do valor do investimento que a Contribuinte transferiu para a holding seria concernente a lucros acumulados no exterior. Toma como base os arts. 132 e 182, § 4º, da Lei nº 6.404, de 1976, para concluir que os lucros apurados pela empresa ou são distribuídos como dividendos ou são destinados à reserva de lucros ou lucros acumulados. E, ao serem destinados à reserva de lucros, os sócios da companhia (no caso, a controladora no Brasil) deixam de possuir qualquer exigibilidade sobre os lucros auferidos pela controlada no exterior. A norma em debate define como disponibilização apenas o pagamento ou a mera exigibilidade. Quanto à exigibilidade, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil quando a empresa no exterior transferir o lucro (débito na conta de lucro acumulado) para uma conta de passivo exigível (crédito no passivo), ou seja, quando fática ou juridicamente o lucro passa a ser exigível pelo controlador. E, quanto ao pagamento, só pode ser compreendido como a extinção efetiva da obrigação da controlada ou coligada, ou seja, o efetivo pagamento do lucro para a controladora. Entende que para efeito do art. 1º, §§ 1º e 2º e letra "b" da Lei nº 9.532, de 1997, somente o crédito, a entrega, a remessa ou o emprego que represente um pagamento da controlada no exterior do lucro em favor da controladora no Brasil é fato gerador da disponibilização prevista na norma legal. E só haverá pagamento do lucro auferido no exterior pela controlada em favor da controladora no Brasil quando se verificar a situação concreta da baixa da reserva de lucro, representativa da extinção da referida obrigação. Discorre ainda que do ponto de vista jurídico e contábil, no caso concreto ocorreu apenas uma troca de ativo entre duas empresas, ou seja, a controladora no Brasil (BNP) passa a deter um investimento numa outra controlada no exterior (BBLAHE), que passa a ser controladora direta da empresa no exterior. Entende que essa troca de investimento não acarreta qualquer alteração na situação jurídica ou contábil da controlada no exterior, e muito menos em relação aos lucros acumulados registrados em reserva de capital. E, em não ocorrendo nenhuma das hipóteses de disponibilização (exigibilidade ou pagamento), os lucros deveriam ser adicionados, para efeito de tributação, tão somente em 31 de dezembro de 2002, na forma do art. 74 da MP nº 2158-01, quando se passou a tributar, nos termos do art. 7º da IN 213, de 2002, a equivalência

patrimonial Entende que se equivoca o acórdão recorrido ao se pretender comparar, via interpretação, a transferência de ativos entre empresas (subscrição e integralização de capital) como sendo uma das formas de "exigibilidade" ou "pagamento" dos lucros auferidos no exterior pela controlada, evento que não afeta nem juridicamente nem contabilmente a contabilidade da empresa. Nesse sentido, requer que seja reconhecida a inexistência de pagamento de lucros pela investida no exterior em favor da Contribuinte e pelo cancelamento do auto de infração.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 555/558 deu seguimento ao recurso, em relação à interpretação conferida no disposto do art. 1º, § 2º, alínea 'b', item 4, da Lei 9.532/97 ("emprego do valor").

Foram apresentadas contrarrazões (e-fls. 570/578) pela PGFN, no qual discorre que a tese do emprego do valor é a seguinte: o investimento na subsidiária registrado no ativo da empresa brasileira é valorizado pelos lucros auferidos no exterior, em função da equivalência patrimonial. Ao utilizar esse investimento valorizado em seu favor, para quaisquer fins, a investidora dispõe de sua participação no patrimônio da investida, incluindo os lucros contidos no investimento, ou melhor, emprega em seu favor o valor dos lucros apurados pela subsidiária. Logo, o uso desse valor adicionado ao investimento traduz a realização dos lucros auferidos no exterior pela empresa brasileira e, por consequência, implica a sua disponibilização, nos termos do art. 1º, § 2º, alínea b, item 4, da Lei nº 9.532/97. Aduz ainda que não há necessidade de que o "emprego do valor" seja realizado pela subsidiária, em favor da investidora brasileira, ou seja, o sujeito da ação de empregar não deve obrigatoriamente ser a empresa estrangeira, precisamente situação tratada no art. 1º, § 2º, alínea b, item 4, da Lei nº 9.532/97, o qual a hipótese do "emprego do valor" é configurada a partir de ação da empresa brasileira, por meio do aumento do capital social da controlada ou coligada. É o caso em que o agente é o investidor, que determina a capitalização de sua subsidiária no exterior, isto é, o emprego do valor estaria caracterizado independentemente de participação ativa da controlada ou coligada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

A princípio, cabe breve esclarecimento sobre a matéria que se encontra sobre litígio.

A autuação fiscal tomou como base de cálculo para a tributação dos lucros disponibilizados no exterior por emprego do valor, em razão de alienação de participação societária, os lucros acumulados no decorrer dos anos-base de **1998, 1999, 2000 e 2001**, e adotou para fins de conversão cambial a data da ocorrência da disponibilização dos lucros (21/12/2001).

O acórdão da DRJ decidiu afastar da base de cálculo dos lucros acumulados os lucros auferidos no ano-base de **1998**, matéria objeto de recurso de ofício no qual foi negado provimento pela turma ordinária do CARF e não foi questionada pela PGFN. O acórdão

recorrido decidiu no sentido de considerar como data da conversão cambial aquela em que foram apresentadas as demonstrações financeiras. O primeiro acórdão de embargos decidiu afastar da base de cálculo dos lucros acumulados os lucros auferidos no ano-base de 1999. O segundo acórdão de embargos não teve efeitos infringentes. **A PGFN não interpôs recurso especial**, e a Contribuinte interpôs recurso discorrendo **exclusivamente** sobre a matéria "emprego de valor".

Nesse contexto, a matéria litigiosa, a ser tratada pelo presente Colegiado, trata do conceito de "emprego de valor" previsto no § 2º, "b", "4", do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, considerando-se **como lucros acumulados aqueles auferidos pela controlada da Contribuinte nos anos-calendários de 2000 e 2001**.

E, em relação à admissibilidade, adoto as razões do Despacho de Admissibilidade de e-fl. 555/558, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999¹, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para **conhecer** o recursos especial interpostos pela Contribuinte.

Sobre o **emprego de valor**, a redação vigente à época da autuação era a seguinte:

*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.***

*§ 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 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

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. (grifei)

Trata-se de matéria já bastante discutida, tanto pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, quanto pelo CARF.

O caso concreto dispõe sobre controlada BANK BOSTON LATINO da Contribuinte, que auferiu lucros no decorrer dos anos-calendário de 1998, 1999, 2000 e 2001, sendo que até 21/12/2001 não teria ocorrido a disponibilização dos lucros, conforme legislação de regência.

Por sua vez, em 21/12/2001, a Contribuinte valeu-se do investimento que detinha na sua controlada BANK BOSTON LATINO (Portugal) para integralizar o capital da BBLA (Espanha), momento em que, conforme a autoridade autuante, ocorreu o emprego do valor dos lucros auferidos no exterior pela controlada BANK BOSTON LATINO.

Entendo que não há reparos em tal interpretação.

Inclusive, não há que se falar em enquadramento legal incorreto, como sugeriu a Contribuinte ao discorrer que caberia tributação dos lucros apenas em 31/12/2002, na forma do art. 74 da MP nº 2158-01. Isso porque os fatos tratados nos presentes autos amoldam-se à hipótese de incidência prevista no § 2º, "b", "4", do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, delineada pela doutrina de GERALDO ATALIBA².

Esclarece o doutrinador que a hipótese de incidência *se apresenta sob variados aspectos, cuja reunião lhe dá entidade*. Os aspectos analisados no presente voto são o material, pessoal, territorial e temporal. Ou seja, para se consumir a hipótese de incidência, há que se concretizar a ocorrência de todos os aspectos previstos na norma.

A empresa investidora (BANK OF AMERICA) passou a **auferir lucros no exterior**, a partir do ano-calendário de 1998, na proporção de sua participação na sua investida. Isso porque a sua investida, empresa controlada BANK OF BOSTON LATINO, com sede no exterior, auferiu lucros. Entendo ser o aspecto **material** de hipótese de incidência prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997. Transcrevo novamente o *caput*:

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.

² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, 6ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 51 e segs.

Ocorre que a consumação do aspecto material, por si só, não é suficiente para a concretização da hipótese de incidência.

Passemos adiante.

Quanto ao aspecto **peçoal**, a redação do *caput* não deixa dúvidas de que a norma estabelece, no pólo ativo, a presença de **peçoal jurídica domiciliada no Brasil**, e no passivo, empresa com sede no exterior. A empresa no Brasil atua no exterior por meio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas. No caso em tela, a BANK OF BOSTON LATINO (pólo passivo, empresa com sede no exterior) é controlada da BANK OF AMERICA (pólo ativo, empresa com sede no Brasil). Portanto, percebe-se que o aspecto peçoal encontra-se atendido.

Por sua vez, o diploma, ao tratar do aspecto **temporal**, discorre sobre o **balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados**, momento em que optou por positivar uma série de hipóteses, relacionadas nos §§ 1º e 2º do artigo em estudo.

No caso de **controladas** e coligadas, a disponibilização ocorre **na data (1) do pagamento** ou **(2) do crédito** em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

Observa-se, portanto, que enquanto os lucros permanecerem na investida, **sem utilização**, não há que se falar em disponibilização. Utilizo o termo "utilização", vez que restou clara, pela redação dada pela norma, que a disponibilização não se restringe à remessa dos lucros para o Brasil, *stricto sensu*. Os termos "pagamento" ou "crédito" não foram adotados por acaso. A disponibilização, a realização do lucro, pode ser operacionalizar mediante diferentes situações.

Precisamente nessa perspectiva, é fundamental constatar que a **quota ou ação** da investidora (BANK OF AMERICA) na investida (BANCO BOSTON LATINO) percebe uma **valorização**, auferida mediante o método de equivalência patrimonial (MEP), **em razão do lucro auferido pela investida**.

E, em se tratando da **data do pagamento**, optou o legislador em positivar quatro hipóteses, do qual transcrevo na sequência:

1ª) o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;

2ª) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

3ª) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;

4ª) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

As hipóteses de pagamento do lucro abrangem **tanto atos de iniciativa da empresa investida quanto da investidora**.

As três primeiras, (1) o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil, (2) entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária e (3) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça, pressupõem **ato da investida**. Na terceira, amplia-se o **aspecto territorial**, ao dizer que a remessa em favor da beneficiária pode ser para o Brasil ou **para qualquer outra praça**.

Já a quarta, **precisamente o emprego de valor**, pressupõe um ato que pode ser tanto da investida, quanto da **investidora**, que, sendo detentora de participação da investida, pode, a qualquer momento, dispor de suas ações ou quotas, da melhor maneira que lhe convier, como, por exemplo, por meio de alienação, transferência, conferência para integralizar capital em outras empresas, dentre outros. E também, na quarta hipótese, não por acaso dispôs o legislador que a negociação pode ocorrer **em qualquer praça**. Ora, ao dispor do investimento, a investidora tem liberdade para negociar com qualquer outra empresa, independente de sua localização.

O pagamento do lucro pressupõe a autonomia da investida, no sentido de decidir a conveniência disponibilizar os lucros para a investidora (itens 1, 2 e 3, alínea "b", § 2º, art. 1º) e também consagra a autonomia da investidora, que pode, a qualquer momento, dispor do seu investimento (itens 4, alínea "b", § 2º, art. 1º), para quem quiser (empresa no Brasil ou no exterior) e da maneira que lhe parecer mais conveniente.

E, em se tratando de investimento em coligada ou controlada, o valor das ações é avaliado pelo método de equivalência patrimonial (MEP), que permite refletir, na proporção da participação societária do investidor, os lucros auferidos pela investida. Enquanto o lucro estava sendo auferido na investida, e refletido via MEP na investidora, não havia que se falar em disponibilização para a investidora. Por sua vez, sendo tal investimento alienado para outra empresa, entendeu o legislador que seria hipótese no qual o lucro, até então não disponibilizado pela investida, passaria a ser disponibilizado, porque serviu para valorizar a participação alienada.

E, no caso em debate, o lucro auferido pela investida foi **empregado**, quando a participação da Contribuinte foi utilizada para integralizar capital da BBLA.

Observe-se que a redação entende que o emprego de valor ocorre, *inclusive*, no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

A Contribuinte (BANK OF AMERICA) constituiu a BBLA, mediante a integralização de capital utilizando-se de sua participação na BANK OF BOSTON LATINO.

Ora, se a redação da norma predica que o emprego de valor ocorre **inclusive** no aumento de capital de controlada no exterior, percebe-se que situação no qual se integraliza o capital de outra empresa no exterior, como no caso concreto, também é caso de realização de lucro, de utilização do valor em favor da beneficiária.

Resta completamente incoerente dizer que, *inclusive* a utilização do investimento para aumentar capital de outras sociedades caracteriza emprego de valor, mas a utilização do investimento para integralizar capital de sociedade nova (BBLA) não seria emprego de valor.

Portanto, no caso em análise, a partir do momento em que a investidora (BANK OF AMERICA) decidiu se utilizar das ações da investida (BANK DE BOSTON

LATINO) para integralizar o capital da BBLA, e se **beneficiou da valorização do ativo (ações)** para efetuar a operação, **valorização essa que se viabilizou a partir dos lucros auferidos pela controlada refletidos no investimento por meio da equivalência patrimonial**, restou evidente a consumação do emprego de valor.

Portanto, mediante análise da norma sob a perspectiva dos aspectos material, pessoal, territorial e temporal (demonstrada a ocorrência do emprego de valor), deve ser **mantida a autuação fiscal** relativa aos lucros disponibilizados no exterior em razão da efetiva utilização da participação societária para integralizar o capital de outra empresa.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer e negar provimento** ao recurso da Contribuinte.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Declaração de Voto

Tendo em vista que não foi apresentada no prazo regimental, considera-se não formulada a declaração de voto do Conselheiro Luís Flávio Neto ³.

³ Conforme Regimento Interno do CARF (RICARF), Anexo II, art. 63, §§ 6º e 7º:

Art. 63. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes e dos ausentes, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos e a matéria em que o foram, e os impedidos.

(...)

§ 6º As declarações de voto somente integrarão o acórdão ou resolução quando formalizadas no prazo de 15 (quinze) dias do julgamento.

§ 7º Descumprido o prazo previsto no § 6º, considera-se não formulada a declaração de voto.