



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

Processo n° 16327.000574/00-72
Recurso n° 128.712 Voluntário
Matéria IRPJ
Acórdão n° 101-97.025
Sessão de 13 de novembro de 2008
Recorrente Rio Bonito Participações Ltda
Recorrida DRJ/São Paulo-SP

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1996

Ementa:

LUCROS NO EXTERIOR AUFERIDOS EM 1996 – LEI 9.249/95 – ALTERAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PELA IN SRF 38/96 – IMPOSSIBILIDADE.

Em que pese a IN SRF n.º 38/96 prever que, no caso de alienação da participação societária em controlada no exterior os lucros ainda não tributados no Brasil devem ser adicionados ao lucro líquido para cálculo do lucro real (art. 2º, § 9º), tal hipótese de incidência não estava inserta na lei vigente à época, qual seja, o artigo 25 da Lei n.º 9.249/95, de modo que deve ser afastada a aplicação da citada instrução normativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Sandra Maria Faroni, Caio Marcos Cândido e Antonio Praga que negavam provimento. Os conselheiros Valmir Sandri e João Carlos de Lima Junior acompanham o relator pelas conclusões, sendo que o conselheiro João Lima Junior apresenta declaração de voto, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

ANTÔNIO PRAGA - Presidente

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA – Relator

Editado em: 18 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Praga (Presidente da Câmara), Sandra Maria Faroni, Aloysio José Percínio da Silva, Caio Marcos Cândido, João Carlos de Lima Júnior, Valmir Sandri, José Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra a Decisão DRJ/SPO nº 2.439/2001 (fls. 118), do Delegado da Receita Federal em São Paulo, em face de auto de infração de IRPJ (fls. 2), com multa *ex officio* de 75% prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96.

Segundo consta do termo de verificação fiscal (fls. 04), “a fiscalizada deveria ter oferecido à tributação no exercício de 1997, ano-calendário de 1996, o lucro obtido por intermédio de sua controlada, seja porque foi auferido nesse ano, seja por sua disponibilização, já que a operação praticada representa uma das formas de alienação enquadrando-se no § 9º do artigo 2º da IN nº 38/1996”.

O referido dispositivo da IN SRF 38/96 tem a seguinte redação:

“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 interessada impugnou tempestivamente a exigência (fls. 56).

A autoridade de primeira instância julgou o lançamento procedente, assim resumindo a decisão:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Data do fato gerador: 31/12/1996 Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Não cabe à autoridade administrativa pronunciar-se quanto a alegações de inconstitucionalidade de normas legais LUCRO REAL. INCLUSÃO DE LUCRO DE CONTROLADA NO EXTERIOR.

Os lucros auferidos por controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil devem ser computados na apuração do lucro real. Os lucros auferidos pelas controladas devem ser apurados



conforme as normas da legislação brasileira e, adicionados ao lucro líquido da controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA.

Decorre do cumprimento à Lei, através da atividade vinculada e obrigatória do lançamento, a imputação de multa de ofício sobre créditos apurados de ofício, sendo incabível a exclusão da mesma, exceto nos casos legalmente previstos.

Efetuada a cobrança de juros de mora e multa de ofício em perfeita consonância com a legislação vigente, não há base para retificar ou elidir os acréscimos legais lançados.”

Cientificada da decisão em 04/09/2001 (fls. 130), a autuada interpôs o recurso no dia 4 do mês seguinte (fls. 131), por intermédio dos seus advogados, refutando integralmente a exigência.

Na sua síntese dos fatos, informa que é sociedade dedicada “especialmente à participação no capital de outras empresas, comerciais ou civis, nacionais ou estrangeiras, como sócia, quotista ou acionista”.

Os seus quotistas deliberaram, em 29/08/1995, aumento do capital social no valor de R\$ 56.629.281,00, mediante a subscrição de 56.629.281 quotas de valor unitário de R\$ 1,00, integralizado pelo quotista Banco Icatu S/A (“Icatu Brasil”) com 11.000.000 de ações ordinárias nominativas de emissão do Icatu Bank (Cayman) Co. (“Icatu Cayman”), de propriedade desse quotista (Icatu Brasil). Tais fatos foram regularmente informados ao Banco Central do Brasil (Bacen).

Com a alteração contratual, o Icatu Cayman, antes detido diretamente pelo Icatu Brasil, passou a integrar o seu patrimônio.

A operação societária teve por objetivo colocar uma pessoa jurídica não financeira entre o Icatu Brasil e o Icatu Cayman, para efeitos de cálculo de limites operacionais do primeiro, quanto às normas reguladoras do Bacen. Porém, com o advento da Resolução do Bacen nº 2.302, de 25/07/1996, a alteração contratual teria se tornado inócua.

Dessa forma, mediante nova alteração contratual em 19/12/1996, optou-se por retificar a alteração anterior, fazendo com que a sua estrutura social deixasse de espelhar o aumento de capital social. Conseqüentemente, as ações do Icatu Cayman voltaram a ser detidas diretamente pelo Icatu Brasil.

Os resultados decorrentes da equivalência patrimonial auferidos entre 29/08/1995 e 29/12/1996, relativos à participação no Icatu Cayman, foram então estornados, assim como a parcela de correção monetária do capital social.

A recorrente assegurou que tudo ficou como antes, em razão da retificação realizada, mantendo-se a situação existente até 29/08/1995. A primeira alteração não surtiu qualquer efeito jurídico, pois a mudança no capital do Icatu Cayman dependia da concordância do Bacen, o que só veio ocorrer em momento posterior à retificação, conforme carta daquela instituição datada de 15/07/1998 (fls. 173).



Assim, considerando que a concordância do Bacen constituía cláusula suspensiva tácita – como, aliás, estabelecem atualmente as Resoluções nº 2.981/2000 e 2.674/1999 – a primeira alteração contratual não teria surtido qualquer efeito e as ações do Icatu Cayman jamais estiveram sob a sua titularidade.

Como fundamentos para a reforma da decisão de primeiro grau, alegou a recorrente:

a) a Lei 9.249/95, ao pretender fazer incidir o IRPJ sobre os lucros auferidos pelo Icatu Cayman, violou o art. 43 do CTN, uma vez que a geração de lucros não se confunde nem se equipara com a sua disponibilização;

b) a IN 38/96, ao tentar corrigir a falha da Lei 9.249/95, por estabelecer que o IRPJ incidiria quando os lucros fossem disponibilizados, não conseguiu seu objetivo, na medida em que, como norma secundária, não poderia inovar as disposições da lei, em sentido estrito e, especialmente, determinar que a alienação de investimento configurasse fato gerador, já que tal hipótese não está prevista em lei, sendo introduzida apenas pela referida IN 38/96;

c) embora a Lei 9.532/97 tenha pretendido corrigir as falhas da Lei 9.249/95, ao estabelecer que o fato gerador é a disponibilidade de lucro e não a sua simples geração, tal norma é inaplicável ao caso, pois além de posterior, a disponibilidade não ocorreu no caso concreto;

d) inclusão do § 2º no art. 43 do CTN, pela LC 104/2001, que autoriza o legislador a estabelecer o momento da disponibilidade econômica e jurídica de renda, demonstra que a Lei 9.249/95, assim como a IN 38/96, não tinham fundamento de validade na ocasião;

e) são inaplicáveis ao caso as disposições da Lei 9.249/95 e da IN 38/96, considerando-se que o investimento no Icatu Cayman foi avaliado pelo método da equivalência patrimonial, cuja contrapartida não produz efeitos na determinação do lucro real;

f) ainda que se admita a validade da IN 38/96, suas disposições não se prestam para legitimar a exigência, pois a retificação do contrato social não se confunde nem acarreta alienação de bens;

g) as alterações promovidas no art. 116 do CTN pela LC 104/2001 não legitimam a exigência, uma vez que são posteriores aos fatos e encerram diversas impropriedades;

h) os lucros auferidos pela sociedade no exterior continuaram lá registrados e refletidos no Icatu Brasil. Serão tributados quando disponibilizados ao Icatu Brasil;

i) mesmo que se considerasse válida a exigência, o que se admite apenas para fins de argumentação, deve ser cancelada a multa e afastada a aplicação da taxa Selic como juros de mora.

Às fls. 236, consta o Ofício nº 086/GAB/PCC-MF (fls. 236), no qual o então Presidente deste Conselho descreveu os fatos examinados nestes autos e formulou consulta à Procuradoria Geral do Bacen, nos seguintes termos:



“1) Faz-se necessária a concordância do Bacen para ICATU BRASIL transferir 100% das ações que detinha no ICATU CAYMAN para RIO BONITO PARTICIPAÇÕES LTDA?

2) Se a resposta for afirmativa, essa concordância se configura cláusula suspensiva tácita para a alteração do contrato social de RIO BONITO PARTICIPAÇÕES LTDA?”

A resposta foi encaminhada por intermédio do Ofício Deorf/Cofin II – 2003/088 (fls. 348).

A recorrente requereu a juntada de memorial (fls. 357) no qual faz referência ao Acórdão DRJ/RJOI nº 4.550/2003 (fls. 362), prolatado no âmbito do processo nº 10768.100292/2002-31, relativo a auto de infração lavrado em desfavor de Icatu Holding S/A, sucessora do Banco Icatu S/A, sobre o mesmo tema ora discutido.

Segundo garante, restou reconhecido pela DRJ que “o controle acionário do ICATU CAYMAN jamais deixou de pertencer ao BANCO ICATU, não tendo sido transferido à Recorrente em nenhum momento”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, Relator

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

Conforme relatado, este Conselho formulou consulta sobre o pressuposto de concordância do Bacen para a realização da transferência para Rio Bonito Participações (recorrente) de 100% das ações que Icatu Brasil detinha em Icatu Cayman e, na hipótese de resposta afirmativa, se essa anuência seria cláusula suspensiva tácita para a alteração do contrato social da recorrente.

A resposta da Procuradoria Geral do Bacen foi encaminhada por intermédio do Ofício Deorf/Cofin II – 2003/088 (fls. 348), com o seguinte teor:

“A propósito, esclarecemos que a regulamentação vigente à época em que realizada a transação, Resolução 1.974/1992, bem como a norma atual, Resolução 2.723/2000, prevêem que a alienação de participação no capital de empresa no exterior, detida por instituição financeira brasileira, não está sujeita à aprovação do Banco Central, sendo objeto, tão-somente, de comunicação a este órgão.

No tocante à operação em tela, cabe-nos informar que o Banco Icatu S/A, por meio da correspondência Dijur – 410/95, de 22.09.95, comunicou a esta Autarquia a transferência da totalidade de sua participação direta no Icatu Bank (Cayman) Co. para sua subsidiária integral não-financeira Rio Bonito Participações Ltda, razão pela qual o Banco Icatu passou a exercer o controle do Icatu Bank (Cayman) Co. de maneira indireta”



5

Com efeito, segundo o art. 4º, IV, da Resolução nº 1.974, de 04/12/1992, deve ser comunicada ao Bacen, no prazo de 30 (trinta) dias, a ocorrência de alienação de participação societária no exterior.

O que depende de prévia autorização do Bacen é “a instalação de dependência e a participação societária, no exterior”, conforme prescreve o art. 3º da citada Resolução.

Cumprindo a determinação contida na Resolução, o Banco Icatu, mediante a correspondência Dijur – 410/95 (fls. 100), de 22/09/1995, comunicou a transferência da totalidade da sua participação direta no Icatu Cayman para a subsidiária Rio Bonito Participações e informou que o Icatu Cayman continuaria sob seu controle, através da sua subsidiária.

Os sócios da recorrente, pela 6ª Alteração Contratual (fls. 22), resolveram retificar a 3ª Alteração Contratual (fls. 17), de 29/08/1995, para que a estrutura societária da Rio Bonito Participações Ltda deixasse de espelhar o aumento de capital. Como consequência dessa deliberação, “as ações do Icatu Bank Cayman Co. voltaram a ser de titularidade do Banco Icatu S/A”.

Pelo visto, constata-se que a alegação de existência de cláusula suspensiva tácita, relativa à suposta necessidade de autorização do Bacen, é descabida. Donde se conclui que ocorreram, efetivamente, duas alienações de participações societárias.

Passando ao enfrentamento da questão central, não identifiquei na alienação de participação societária de coligada ou controlada no exterior “emprego do valor, em favor da beneficiária” para fins da incidência tributária sob o regime de tributação instituído pela Lei 9.249/95, com as alterações introduzidas pela Lei 9.532/97, anteriormente à vigência do art. 74 da MP 2.158-35/2001.

Chamo atenção para o comando do art. 1º (§ 2º, alínea “b”, item 4) da Lei nº 9.532/1997, tido por fundamento para o lançamento ora discutido, contendo determinação no sentido de considerar pago o lucro quando ocorrer “o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior”.

O referido artigo assim dispõe:

“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:

(...)

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:



6

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.

§ 3º ...

(...)"

A redação do dispositivo revela o pressuposto de existência de ato da sociedade estrangeira para que se possa considerar disponibilizado o lucro. Afinal, quem pode deliberar o emprego do valor em favor da beneficiária? Parece-me que tão-somente a sociedade estrangeira poderia fazê-lo, nunca a controladora (coligada) no Brasil.

A própria hipótese prevista no dispositivo legal, dada como situação equiparada à de emprego de lucros em favor da beneficiária, de "aumento de capital da controlada ou coligada", também pressupõe ato prévio no sentido de pôr o lucro à disposição da pessoa jurídica no Brasil.

Com efeito, todas as hipóteses listadas nos itens "a" e "b", do § 2º, acima transcrito, pressupõem prévia decisão da empresa no exterior no sentido de pôr os lucros apurados à disposição da beneficiária brasileira, além do que, na ocorrência de qualquer uma delas (hipóteses), dá-se efetiva disponibilidade dos lucros à pessoa jurídica no Brasil.

No exame do tema, tenho em mente a definição do fato gerador do imposto de renda como aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, dada pelo art. 43 do CTN.

Observe-se que o art. 1º da Lei 9.532/97 também utiliza o conceito de disponibilidade, neste caso, para definir o momento da incidência do IRPJ sobre os lucros originários de exterior por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas.

Disponibilidade é a qualidade ou estado daquilo que é ou está disponível.

De Plácido e Silva¹ assim define o vocábulo "disponível":

"Na linguagem jurídica, *disponível*, de dispor (latim *disponere*), quer exprimir tudo de que se possa *dispor livremente*.

¹ "Vocabulário Jurídico", Rio de Janeiro, Forense, 2001, 18ª edição, pág. 280.



E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar toda espécie de bens que possam ser negociados ou alienados, porque se encontram livres e desembaraçados e porque pode o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração dos mesmos bens.” (destaques em itálico constam do original)

Mary Elbe Queiroz², ex-integrante deste Conselho, fornece-nos interessante conceito de disponibilidade ao examinar o termo no sentido como se encontra empregado no art. 43 do CTN:

“O melhor significado para disponibilidade é de liberdade necessária à normalidade dos negócios, caracterizando-se como situação que possibilita ao titular poder dar destinação livre e imediata à renda ou provento percebido, não alcançando a disponibilidade apenas potencial” (destaquei)

A lição da conceituada tributarista autoriza a classificação dos lucros pendentes de deliberação como caso típico de “disponibilidade apenas potencial” de lucros, no regime legal pesquisado. Em tais situações, de potencial disponibilidade, não incide a tributação.

O poder para dar livre e imediata destinação se propaga sobre a participação societária, da qual se é titular, mas não sobre os lucros apurados por terceiros, cuja destinação depende de deliberação formal por parte desses terceiros, nos termos dos art. 132, II, e 192 da Lei Societária – Lei 6.404/76.

Tal interpretação coincide com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE nº 172058-1/SC, versando sobre o art. 35 da Lei 7.713/88, um caso bem semelhante ao ora examinado nestes autos.

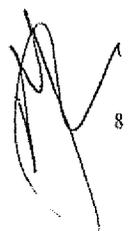
Do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, extraio os seguintes trechos, em face da sua relevância para a compreensão do tema analisado:

“Os lucros apurados em balanço de pessoa jurídica integram o patrimônio desta e não dos sócios, já que estes, considerados isoladamente, deles não dispõem, quer sob o ângulo econômico, quer, até mesmo, sob o jurídico.

... Ainda no Caderno de pesquisas, encontramos enfoque de Gustavo Miguez de Mello. Após ressaltar que a disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza constitui elemento essencial do fato gerador do imposto de renda previsto na lei complementar – Código Tributário Nacional, artigo 43 – transcreveu lição de Bulhões Pedreira, consoante a qual “disponibilidade jurídica é a presumida por força de lei, que define como fato gerador do imposto a aquisição virtual, e não efetiva, do poder de dispor. A disponibilidade é virtual quando já ocorreram todas as condições necessárias para que se torne efetiva” (página 183). No caso, sem a deliberação da assembléia competente, não se pode cogitar da disponibilidade, sequer virtual, dos lucros apurados em balanço”. (destaquei)

Devo admitir a aparência de disponibilidade dos lucros no caso examinado, foi essa a minha impressão quando do contado inicial com o assunto. Todavia, para o seu correto entendimento, deve-se ir além das aparências, para descobrimento da sua essência, da diferença entre parecer e ser.

² "Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza", São Paulo, Manole, 2004, pág. 72.



8

Na verdade, em que pese a aparência, a alienação de participação societária não constitui, na sua essência, caso de disponibilidade de lucros, ao menos no âmbito do Direito Tributário pátrio.

Conforme expus no início deste voto, não identifiquei na alienação de participação societária de coligada ou controlada no exterior “emprego do valor, em favor da beneficiária” para fins da incidência tributária sob o regime de tributação instituído pela Lei 9.249/95, com as alterações introduzidas pela Lei 9.532/97, anteriormente à vigência do art. 74 da MP 2.158-35/2001.

Nesse particular, chamo atenção para o entendimento da Administração Tributária contido no próprio art. 2º da IN SRF 38/96, que a meu ver, coincide com o meu, acima exposto.

Observe-se que a hipótese de “emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior” se encontra inserida no § 2º, II, “d”, do referido art. 2º da IN SRF 38/96.

Entretanto, por outro lado, a hipótese de alienação de participação societária em controlada ou coligada está contemplada em item diverso, no § 9º do mesmo artigo.

Ora, se a hipótese de alienação estivesse entendida pelo Fisco como “emprego de valor em favor da beneficiária, em qualquer praça ...” (§ 2º, II, “d”, do art. 2º), seria desnecessária a sua inclusão em item específico (§ 9º do art. 2º).

Assim, parece-me sensato concluir que, também para a Administração Tributária, a alienação de participação societária nunca foi interpretada como emprego de valor em favor da beneficiária, uma vez que foi inserida em item específico na IN 38/96, diverso daquele que tratou do emprego de valor.

Para Alberto Xavier³, a Lei 9.532/97, reconhecendo incompatibilidades com o art. 43 do CTN, não acolheu algumas das hipóteses de equiparação a disponibilização de lucros relacionadas na IN 38/96. Entre tais hipóteses, citou a “alienação da participação societária em controlada ou coligada no exterior (art. 2º, § 9º, da Instrução Normativa nº 38/96).”

Também penso como Alberto Xavier.

Não se cogitou de simulação no lançamento tributário contestado, daí porque considero descartado eventual exame acerca da aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN, introduzido pela LC 104/2001, que atribuiu à autoridade administrativa poderes para “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Não se discute nesse caso a utilização pelo contribuinte de meio ilícito com o fim de se esquivar do pagamento do imposto. Enfim, não se considera a possibilidade de dolo, fraude ou simulação.

³ "Direito Tributário Internacional do Brasil", Rio de Janeiro, Forense, 2002, 5ª edição, pág. 370/371



Procura-se identificar apenas se a alienação de participação societária deve ser classificada como caso de lucro disponibilizado por controlada ou coligada no exterior, segundo previsão do art. 1º da Lei 9.532/97, mais especificamente no seu § 2º, “b”, 4, que trata do “emprego do valor” em favor da coligada ou controlada no Brasil.

Afastada a hipótese de caracterização de simulação, parece-me que o entendimento que a fiscalização vem adotando nos casos de alienação de participação societária, como hipótese de disponibilização de lucros, assemelha-se à denominada interpretação econômica do Direito Tributário, segundo a qual deve ser pesquisado o significado econômico da lei tributária, como interpretação derivada do método teleológico, de aplicação amplamente censurada pela doutrina.

Luciano Amaro⁴, ao comentar a interpretação econômica, assim orienta:

“A interpretação do art. 109 do Código Tributário Nacional não se pode fazer contra a própria letra do dispositivo e com sacrifício do princípio da legalidade, do princípio da segurança e certeza do direito aplicável, e, ainda, em contradição com os preceitos do próprio código, que proclamam (como desdobramentos daqueles princípios) a vedação da tributação e da isenção por analogia. Ora, tributar a situação “b”, a pretexto de que ela revela a mesma capacidade contributiva de “a”, é tributar por analogia, o que é expressamente proibido pelo art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional. Se o legislador quiser atingir ambas as situações, repita-se, basta fazê-lo de modo expreso.”

O entendimento da fiscalização procura fazer a tributação alcançar a realização econômico-financeira da avaliação de investimento pelo método da equivalência patrimonial, equiparando-a a disponibilização de lucros.

Devo destacar que não rejeito a afirmação de que a participação societária alienada tenha sofrido influência dos lucros apurados pela coligada no exterior, no sentido de torná-la mais atraente em razão de expectativa de distribuição futura, provavelmente elevando o seu valor de mercado.

Muito pelo contrário, ratifico a afirmação. Como igualmente concordo que o efeito da apuração dos lucros pela coligada no exterior se projeta sobre o patrimônio da empresa no Brasil, pela via do seu reconhecimento contábil segundo o método da equivalência patrimonial, valorizando o investimento.

Todavia, no regime instituído pela Lei 9.249/95, o resultado da equivalência patrimonial continua fora do alcance da tributação, conforme expressamente ressalvado pelo § 6º do art. 25, assim dispondo:

“§ 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.”

O que se tributa é o lucro, quando disponibilizado, não o resultado da equivalência patrimonial ou a sua realização econômico-financeira.

⁴ "Direito Tributário Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 2006, 12ª edição, pág. 229.



Na alienação de participação societária, seria cabível apenas eventual incidência tributária sobre ganhos de capital, integrante do resultado tributável do período. Nesse caso, também é inegável que o alienante seria beneficiado pela valorização do investimento na pessoa jurídica situada no exterior (em razão da apuração de lucro), reduzindo o eventual ganho a ser obtido.

Entretanto, insisto, a lei não prevê incidência tributária sobre esse “benefício”, decorrente do método de avaliação de investimento pela equivalência patrimonial.

A hipótese descrita no parágrafo anterior também ocorre no caso de coligação ou controle societário entre empresas no Brasil, igualmente sem qualquer incidência tributária que não seja a do ganho de capital.

Ademais, deve-se atentar para um detalhe fundamental. No caso de deliberação pela distribuição, a adquirente da participação societária é que auferirá os lucros, incluindo-os entre os seus ingressos de recursos tributáveis, e não a alienante, eis que não mais será titular das ações no momento em que os lucros forem postos à disposição, com o advento de qualquer uma das hipóteses previstas no art. 1º da Lei 9.532/97.

Existe também uma corrente que defende que o controle acionário proporciona a decisão de deliberação dos lucros à sociedade brasileira (controladora), por via indireta.

Embora seja verdadeira a afirmação, penso que, mesmo assim, a transferência dos lucros nos termos previstos no referido dispositivo legal, como disponibilização, só ocorre com o ato jurídico formal de deliberação pela destinação, tendo em vista as personalidades jurídicas distintas e autônomas das empresas envolvidas, a que apura lucros e a que os recebe.

Para ilustrar o equívoco resultante da interpretação da fiscalização e da DRJ sobre o art. 25 da Lei 9.249/95, com as alterações da Lei 9.532/97, tome-se uma hipotética situação em que uma pessoa jurídica no Brasil (X) detém o controle societário de duas outras no exterior (Y e Z) e aliena a sua participação societária em ambas, no mesmo momento.

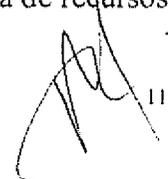
Admita-se que Y e Z apuram lucros no ano-calendário AC1. Y delibera em AC2 pela utilização dos lucros para absorção de prejuízos acumulados e Z adota idêntica decisão em AC4.

X aliena as participações em Y e Z no ano AC3.

Na alienação das ações de Y, ocorrida no ano AC3, não ocorreria disponibilização de lucro para X, uma vez que os lucros foram utilizados para absorção de prejuízos no ano anterior (AC2). Nessa hipótese, não haveria tributação sobre X, em face da inexistência de lucros acumulados no momento da alienação das ações.

No caso da venda das ações de Z, também no ano AC3, incidiria a tributação, mesmo que ocorresse superveniente deliberação para absorção de prejuízos, como contemplado no exemplo, no ano AC4. Na hipótese, X seria tributada, muito embora nunca viesse a ter os lucros postos à sua disposição (disponibilizados).

No exemplo, operações idênticas de alienação, praticadas no mesmo momento por uma única pessoa jurídica do Brasil, sem a ocorrência de qualquer transferência de recursos



financeiros, teriam conseqüências tributárias distintas apenas em face do instante em que se dá a decisão, por terceiros, pela absorção de prejuízos.

Não me parece apropriado o acolhimento de interpretação que conduz a tal resultado, o que vem revelar que a alienação de ações não pode ser tomada como hipótese de disponibilização de lucros.

Em suma, a alienação de participação societária de coligada ou controlada no exterior não caracteriza “emprego do valor, em favor da beneficiária” para fins da incidência tributária prevista no art. 1º da Lei 9.532/97. Os lucros apurados pelas pessoas jurídicas no exterior permanecem no seu patrimônio enquanto inexistir deliberação que os transfira aos sócios no Brasil.

Com efeito, antes da deliberação, existe apenas disponibilidade potencial, os sócios detêm unicamente uma expectativa de direito sobre aqueles lucros, os quais não se transferem para o patrimônio da sociedade controladora (ou coligada) no Brasil enquanto não praticados os atos jurídicos necessários pela controlada (coligada) no exterior.

Penso que tal entendimento não contraria a disciplina legal introduzida pela Lei 9.249/95, com as alterações da Lei 9.532/97, anteriormente à vigência do art. 74 da MP 2.158-35/2001. Bem ao contrário, no meu modo de ver, a ela se acomoda perfeitamente.

Sob o enfoque da lei brasileira, a alienação de ações não constitui caso de disponibilização de lucro, conforme demonstrado neste voto.

Conclusão

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 2008

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em que pese a conclusão acerca do julgamento do presente recurso voluntário seja a mesma esposada pelo i. relator, peço vênia para discordar da fundamentação daquele.

O que motivou a lavratura do auto de infração em análise foi o fato da Recorrente não ter oferecido à tributação o lucro obtido por intermédio de sua controlada, qual seja, Banco Icatu Cayman, no ano-calendário de 1996.

Assim, independentemente de ter ocorrido em 19/12/1996 a devolução das ações do Banco Icatu Cayman para o sócio Banco Icatu S/A, entendeu a autoridade fiscal que houve nesta operação transferência de bens do patrimônio da sociedade para o sócio (Banco Icatu S/A), como se fosse alienação, sendo, portanto, passível de tributação.

Conforme “Termo de Verificação Fiscal” (fl. 05), a autoridade fiscal justifica a autuação no § 9º do art. 2º da Instrução Normativa n.º 38, de 27/06/1996, que assim dispõe:

“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.” (grifos acrescidos)

Contudo, em que pese a citada IN SRF n.º 38 prever que, no caso de alienação da participação societária em controlada no exterior os lucros ainda não tributados no Brasil devem ser adicionados ao lucro líquido para cálculo do lucro real, tal hipótese de incidência não estava inserta na lei vigente à época, qual seja, o artigo 25 da Lei n.º 9.249/95, que assim dispunha sobre a forma de tributação de lucros auferidos no exterior:

“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.” (grifei)

As Instruções Normativas são normas secundárias que se destinam a complementar as Leis, normas primárias, não possuindo o caráter inovador destas últimas.

No sentido de que somente a lei pode inovar na ordem jurídica, segue entendimento do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à


13

origem. Não é tão-só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo o que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Essa característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma o seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro. Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que - conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello - só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica. A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, "está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera... É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior". (in Curso de Direito Administrativo - pág. 170 - 6ª Ed. 02-1995 - Malheiros e Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2ª ed., vol. I, Forense, 1979, p. 316.). (grifos acrescentados)

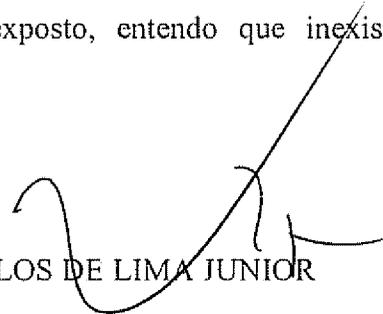
Ademais, no sentido de afastar a aplicação da IN SRF nº 38/96 face à incompatibilidade com a Lei nº 9.249/95, assim já entendeu o antigo Conselho de Contribuintes em caso análogo:

"DECADÊNCIA - LUCROS NO EXTERIOR AUFERIDOS EM 1996 E 1997 - LEI 9.249/95 - ALTERAÇÃO DO ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA 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 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 adicionados em 31 de dezembro de cada ano, na proporção da participação societária, e não pelo montante efetivamente disponibilizado a posteriori. O lançamento de ofício deve, portanto, reportar-se a 31 de dezembro de cada ano como data do fato gerador, e se realizado após cinco anos, caduco estará o direito do fisco de constituir o crédito tributário.
(...)" (Recurso 144.538, Acórdão 101-95476, julgado em 26/04/2006, 1ª Câmara, relatora Sandra Maria Faroni)

Desta forma, considerando-se que as Instruções Normativas não tem o condão de criar novas hipóteses de incidência tributária, mas tão somente regulamentar o disposto em lei, resta claro que, à época da lavratura do presente auto de infração a situação ocorrida no mundo fático, qual seja, a alienação de investimento, não se subsumia a qualquer hipótese legal.

Diante do exposto, entendo que inexistente fato gerador a ser imputado à Recorrente.

É como voto.


JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR