MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	16327.001177/2004-12
Recurso nº	153.724 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRPJ E OUTRO - EX: DE 2003
Acórdão nº	101-95.972
Sessão de	25 de janeiro de 2006
Recorrentes	1ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ I EM SÃO PAULO - SP e BANCO ITAU BBA S. A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2002

Ementa: PRELIMINAR – NULIDADE – POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA – é possível o lançamento tributário com vistas a evitar a ocorrência da decadência do crédito tributário. O artigo 63 da Lei nº 9.430/1996 ao tratar de maneira diversa e incompatível a matéria tratada no artigo 60 do Decreto 70.235/1972, o revogou tacitamente. Sendo a lei 9.430 de mesma hierarquia legal e tendo sido editada posteriormente ao citado Decreto, prevalece em relação a este.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – CONCOMITÂNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA – RENÚNCIA AO RECURSO ADMINISTRATIVO - APLICAÇÃO DA SÚMULA 1 CC Nº 01.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – TAXA SELIC - JUROS DE MORA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 1CC Nº 04.

RECURSO DE OFÍCIO – RATIFICAÇÃO DO DECIDIDO – é de se ratificar decisão de primeira instância tomada com base nos fatos e no melhor direito.

Recursos de Ofício e Voluntário Negados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de ofício e voluntário interpostos pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ I em São Paulo - SP. e BANCO ITAU BBA S. A.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
Presidente

CAIO MARCOS CANDIDO
Relator

FORMALIZADO EM: 08 MAR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, VALMIR SANDRI, SANDRA MARIA FARONI e JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

Relatório

BANCO ITAU BBA S. A., pessoa jurídica já qualificada nos autos, recorre a este Conselho em razão do acórdão nº 7.903, de 15 de setembro de 2005, que julgou parcialmente procedentes os lançamentos consubstanciados nos autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 180/184) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 185/188), relativo ano-calendário de 2002. Termo de Verificação Fiscal às fls. 191/194 parte integrante daqueles autos.

A 1ª Turma da DRJ I em São Paulo - SP recorreu de ofício em razão da parcela exonerada do crédito tributário ser superior ao limite de alçada previsto no artigo 2º da Portaria MF nº 375, de 07 de dezembro de 2001.

Os autos de infração imputam ao sujeito passivo infração à legislação tributária consistente na exclusão indevida na apuração do lucro real de valores relativos ao resultado positivo de equivalência patrimonial dos investimentos em suas filiais no Uruguai e nas Bahamas.

O crédito tributário constituído pelo lançamento encontra-se com sua exigibilidade suspensa, pelo quê, não houve imposição de multa de ofício, na forma do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista que o sujeito passivo é beneficiário de medida liminar no Mandado de Segurança nº 2003.61.003516-8, que tramita na 10ª Vara Federal Cível de São Paulo (fls. 143/161-verso), que o exime do recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre os valores relativos ao resultado de equivalência patrimonial relativos as suas filiais no exterior.

Tendo tomado ciência das autuações fiscais em 28 de setembro de 2004, em 28 de outubro de 2004, a autuada apresentou impugnação (fls. 201/225) argumentando o seguinte:

Preliminarmente, pugna pela nulidade do lançamento pelas seguintes razões:

1. devido ao erro cometido pela autoridade lançadora no cálculo do suposto crédito tributário por ter deixado de excluir da base imponível, que são os resultados positivos de equivalência patrimonial relativos às filiais situadas em Bahamas e no Uruguai em 2002, os lucros auferidos por estas mesmas filiais em 2002, que, conforme reconhecido pela própria fiscalização, já haviam sido oferecidos à tributação no fim do período-base 2002.

2. pela violação do artigo 62 do Decreto nº 70.235/1972, segundo o qual, durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão de cobrança de tributo, não deverá ser instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, e o presente crédito tributário encontra-se com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151 do CTN, por força de decisão judicial concedida no Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.015264-2, interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003516-8.

No mérito, reproduzo o relatório produzido pela autoridade julgadora de primeira instância por bem representar os fatos e argumentos apresentados pela impugnante:

5.5. apesar da fiscalização lhe imputar a infração de que excluiu os resultados positivos de equivalência patrimonial, relativos à Itaú BBA - Bahamas e à Itaú BBA - Uruguai, sem autorização legal, o procedimento adotado por si está embasado no artigo 389 do RIR/1999, norma com força de lei, cuja redação foi determinada pelos artigos 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977 e artigo 1º, inciso IV, do Decreto-lei nº 1.648/1978;

5.6. a norma contida no artigo 7º da IN SRF 213/2002 que prevê a tributação de todo o resultado positivo de equivalência patrimonial de filial, sucursal, coligada ou controlada no exterior, é manifestamente ilegal e inconstitucional (ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária assegurado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal), pois as Leis e a Medida Provisória (MP) que tratam do princípio da universalidade da renda (Leis 9.249/1995, 9.430/1996, 9.532/1997 e 9.959/2000 e MP 2.158-35/2001) nunca autorizaram a tributação de outros resultados que não fossem lucros e, conforme doutrina transcrita, o resultado positivo de equivalência patrimonial, além de conter os lucros gerados no exterior, abrange também a variação cambial do investimento;

5.7. o artigo 25, § 6º, da Lei nº 9.249/1995 estabelece que os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método de equivalência patrimonial continuam a ter o tratamento previsto na legislação vigente (artigos 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977 e artigo 1º, inciso IV, do Decreto-lei nº 1.648/1978), sem prejuízo do disposto nos §§ 1º a 3º do mesmo artigo, que tratam apenas de hipóteses de disponibilização de lucros e não de disponibilização dos valores da equivalência patrimonial;

5.8. como a Lei nº 7.689/1988 (artigo 2º, § 1º, letra "c", número 4), alterada pela Lei nº 8.034/1990, prevê expressamente que o resultado positivo que advenha do emprego do método de equivalência patrimonial deve ser excluído da base de cálculo da CSLL, o comentário do subitem anterior a respeito do artigo 25, § 6º, da Lei nº 9.249/1995, também é aplicável á CSLL, pois, a partir de outubro de 1999, esta contribuição está sujeita à mesma legislação que adotou o princípio da universalidade da renda;

5.9. ainda que a IN SRF 213/2002 fosse considerada válida, fica evidente que os resultados auferidos no exterior no período-base 2002 e nos períodos-base anteriores ao tempo de vigência da IN SRF 38/1996, que expressamente estabelecia em seu artigo 11 que os resultados de equivalência patrimonial de investimento no exterior não estavam sujeitos à tributação, não podem estar sujeitos às disposições da IN SRF 213/2002, sob pena de se ferir o princípio constitucional da irretroatividade, segundo o qual uma norma não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência;

5.10. com a finalidade de "legalizar" a tributação da integralidade do resultado positivo de equivalência patrimonial, o Governo Federal fez incluir no projeto de lei para conversão da MP 153/2003, o artigo 46 que previa que a variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método de equivalência patrimonial seria considerada

receita ou despesa financeira e comporia o lucro real e a base de cálculo da CSLL;

5.11. contudo, o próprio Presidente da República vetou este dispositivo quando da promulgação da Lei nº 10.833, de 30 de dezembro de 2003, sob alegação de que os contribuintes patrocinariam demandas judiciais para que seus efeitos alcançassem o ano-calendário de 2003, no qual se registrou variação cambial negativa de aproximadamente 15%, o que representaria despesa dedutível e perda de arrecadação de significativa monta, o que, portanto, deixa claro que a IN/SRF 213/2002 ofende o princípio da legalidade tributária, já que não há qualquer dispositivo legal que autorize a inclusão no lucro real e na base de cálculo da CSLL da integralidade do resultado positivo de equivalência patrimonial;

5.12. a própria Secretaria da Receita Federal já se manifestou pela impossibilidade de inclusão da integralidade dos resultados positivos de equivalência patrimonial na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme se observa nas respostas emitidas nas Soluções de Consulta nº 54 e 55 da Superintendência Regional da 9ª Região Fiscal, ambas de 07 de abril de 2003;

5.13. o Poder Judiciário já se manifestou sobre a ilegalidade e a inconstitucionalidade do artigo 7º, § 1º, da IN SRF 213/2002, conforme trechos de decisões judiciais transcritas.

5.14. a exigência de juros pela taxa SELIC deve ser cancelada, pois esta taxa "tem natureza remuneratória de títulos, para 'neutralizar' a inflação, razão pela qual não se pode admitir sua utilização pela Fazenda Pública como índice de correção monetária de tributos", o que implicará evidente aumento de tributo sem lei que o autorize e conseqüente violação do princípio da estrita legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, conforme decisões judicial e administrativa transcritas, devendo os juros de mora serem calculados com base no artigo 161, §1º, do CTN.

Às fls. 285/286 a autoridade julgadora de primeira instância retorna os autos à autoridade lançadora para esta confirme "se a base de cálculo utilizada nos lançamentos de IRPJ e CSLL contém ou não lucros auferidos no exterior e já oferecidos à tributação e, caso contenha, qual é o montante já oferecido à tributação".

Às fls. 308/310 encontra-se relatório de diligência fiscal em que se conclui pela exclusão parcial de valores correspondentes aos lucros auferidos pelas filiais no exterior e já tributados no Brasil, do qual foi dada ciência ao interessado.

A autoridade julgadora de primeira instância proferiu decisão por meio do acórdão nº 7.903/2005 julgando parcialmente procedentes os lançamentos, para ajustar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL ao resultado da diligência fiscal, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/12/2002

Ementa: MEDIDA JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. A suspensão da exigibilidade de tributo por medida judicial não impede a instauração de procedimento fiscal, nem o lançamento de ofício deste mesmo tributo.

ERRO DE CÁLCULO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Inexiste nulidade no lançamento decorrente de erro de cálculo, pois este representa apenas mera irregularidade sanável.

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial contra a Fazenda, por qualquer modalidade processual, implica renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto, naquilo em que houver identidade de objetos.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL. O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), também se aplica a este outro lançamento naquilo em que for cabível.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/12/2002

Ementa: CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os créditos tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).

Lançamento Procedente em Parte.

O referido acórdão, em síntese, traz os seguintes argumentos e constatações:

1 Preliminarmente afasta as preliminares de nulidade:

a. quanto ao erro na apuração do *quantum debeatur*, por não implicar em nulidade, tendo sido o lançamento efetuado por pessoa competente e o contribuinte sido regularmente cientificado do mesmo, cabendo, desta forma, o saneamento da apontada incorreção nos termos do artigo 60 do Decreto nº 70.235/1972.

b. quanto à impossibilidade de lançamento de crédito tributário com exigibilidade suspensa, tal tese não condiz com o ordenamento jurídico pátrio, em especial com o artigo 63 da Lei nº 9.430/1996, com a nova redação dada pela Medida Provisória nº 2.158/2001.

No mérito:

2 que procedeu ao ajuste das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL ao valor resultante da diligência fiscal, para excluir o valor correspondente aos lucros auferidos pelas filiais no exterior e já tributados no Brasil.

3 Da concomitância de discussão:

a. que do exame das ações judiciais propostas pela autuada, Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003516-8 e Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.015264-2, vê-se que a impugnante está discutindo perante o Poder Judiciário a mesma matéria da do presente auto de infração: o oferecimento à tributação pelo IRPJ e pela CSLL em 2002 de valores relativos aos resultados de equivalência patrimonial concernentes às filiais mantidas no exterior, nos termos do artigo 7º, § 1º, da IN SRF nº 213/2002.

b. Que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de Crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto, na forma do que dispõem o artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979, e o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980.

c. neste mesmo sentido o Ato Declaratório Normativo (ADN) da Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT) da Secretaria da Receita Federal (SRF) nº 03/1996.

d. Que no presente caso não há dúvida de que a matéria dos autos de infração está sendo discutida judicialmente no Mandado de Segurança autos nº 2003.61.00.003516-8 e no Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.015264-2, desta forma, não se deve tomar conhecimento da impugnação no tocante ao mérito da autuação.

4 Que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente pela legalidade da aplicação da taxa SELIC como base para a cobrança de juros de mora.

Em função da manutenção parcial do lançamento recorre voluntariamente o contribuinte e, em função do crédito tributário exonerado ser superior ao limite de alçada das DRJ (artigo 2º da Portaria MF nº 375 de 07 de dezembro de 2001), recorre de ofício a autoridade julgadora de primeira instância.

Cientificado do acórdão em 12 de maio de 2006, irresignado pela manutenção parcial do lançamento naquela decisão administrativa de primeira instância apresentou, em 13 de junho de 2006, o recurso voluntário de fls. 338/362, em que reitera os argumentos de sua impugnação.

Às fls. 392 e seguintes encontra-se o arrolamento de bens previsto no artigo 33 do decreto nº 70.235/1972, alterado pelo artigo 32 da lei nº 10.522/2002.

Às fls. 390 encontram-se dois Documentos de Depósitos Judiciais efetuados nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003516-8.

É o Relatório. Passo a seguir ao voto.

Voto

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Relator

Tramitam nos presentes autos: recurso voluntário e recurso de ofício interposto pela autoridade julgadora de primeira instância, em razão de ter sido exonerado o crédito tributário, ambos relativos ao julgamento de procedência parcial da impugnação, portanto procederei à análise conjunta de ambos os recursos.

Presente o arrolamento de bens para garantia de instância de julgamento, sendo o recurso voluntário tempestivo, dele tomo conhecimento.

Presente o pressuposto de admissibilidade do recurso de ofício, crédito tributário exonerado superior a R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), dele tomo conhecimento.

Passo a análise do mérito de ambos os recursos.

Trata os presentes autos de lançamento de IRPJ e da CSLL que tiveram supedâneo na imputada infração tributária consistente em excluir das bases de cálculo daqueles tributos o resultado da equivalência patrimonial de investimentos realizados no exterior (filiais no Uruguai e nas Bahamas) por pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Alega a recorrente que os lançamentos são nulos em função de terem sido lavrados em contrariedade ao disposto no artigo 62 do Decreto ° 70.235/1972, que veda a constituição de crédito tributário durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão de sua cobrança.

Ocorre que, como corretamente decidiu a autoridade julgadora de primeira instância, tal matéria sofreu modificação legislativa com a edição do artigo 63 da Lei nº 9.430)1996, que, expressamente, previu a possibilidade de lançamento tributário constituir crédito tributário para prevenir a decadência de tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV.

> *Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.*

Posteriormente a Vide Medida Provisória nº 2.158-35/2001 incluiu na parte final do citado artigo 63, o inciso V do artigo 151, do CTN.

O conteúdo dos incisos IV e V do artigo 151 do CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial

O parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que:

Art. 2º Não se destinando a vigência temporária. A Lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue.

Parágrafo 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

E assim se deu com relação à legislação de regência aplicada ao caso dos autos. O artigo 63 susocitado tratou a matéria da possibilidade de lançamento tributário com vistas a prevenir a decadência do crédito tributário, de maneira diversa e incompatível com o tratamento do artigo 60 do Decreto 70235. Sendo a lei 9430 de mesma hierarquia legal e tendo sido editada posteriormente ao citado Decreto, prevalece em relação a este.

Pelo exposto é de se REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito não resta dúvida de que a matéria tratada no Mandado de Segurança autos nº 2003.61.00.003516-8 e no Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.015264-2 é a mesma que deu base ao lançamento tributário e ao recurso voluntário interposto, senão vejamos:

Os autos de infração imputam ao sujeito passivo infração à legislação tributária consistente na exclusão indevida na apuração do lucro real de valores relativos ao resultado positivo de equivalência patrimonial dos investimentos em suas filiais no Uruguai e nas Bahamas. A base legal para a autuação é o parágrafo 1º e *caput* do artigo 7º da IN SRF nº 213/2002.

O recurso voluntário discute a autuação dos resultados positivos de equivalência patrimonial com base no artigo 7º da IN 213,inclusive quanto à impossibilidade de tributação da variação cambial de investimentos realizados no exterior.

Extrai-se do texto da decisão liminar do citado Mandado de Segurança:

Trata-se de Mandado de Segurança, de caráter preventivo, com pedido de liminar, para suspender a exigibilidade do crédito tributário de IRPJ e CSL dos valores relativos aos "resultados de equivalência patrimonial" concernentes às filiais mantidas em Nassau e Montevidéu, afastando a aplicação do parágrafo 1º do artigo 7º da IN 213/02 para os períodos base até 2002 e posteriores".

Os autos de infração imputam ao sujeito passivo infração à legislação tributária consistente na exclusão indevida na apuração do lucro real de valores relativos ao resultado positivo de equivalência patrimonial dos investimentos em suas filiais no Uruguai e nas Bahamas.

Não resta dúvida, também, que a discussão acerca da tributação da variação cambial compõe a lide judicial, para exemplificar veja-se o excerto da sentença de primeiro grau no citado Mandado de Segurança:

> *Ora a legislação que se aplica no Brasil é a brasileira, a moeda, o Real e se houver variação cambial que haja significado, em moeda nacional, aumento de capital, tal representa acréscimo patrimonial no Brasil, pois é lógico que a variação cambial traz valorização do ponto de vista da sociedade brasileira (...).*

A matéria relativa à concomitância de discussão nas esferas judicial e administrativa encontra-se sumulada pelo Primeiro Conselho de contribuintes, por meio da Súmula nº 01:

> *Súmula 1ºCC nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Quanto à alegação de impossibilidade do uso da taxa SELIC como base para a aplicação dos juros moratórios, tal matéria, também, encontra-se sumulada no âmbito do primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por meio da Súmula 1CC nº 04:

> *Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados 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.*

No tocante ao recurso de ofício, a matéria exonerada o foi com base em diligência realizada pela autoridade lançadora que concluiu que no lançamento original haviam sido incluídos valores correspondentes aos lucros auferidos no exterior e já tributados no Brasil, o que impingia dupla tributação sobre os mesmos valores, portanto correta a exclusão, procedida pela autoridade julgadora de primeira instância, daqueles valores dos valores das exigências objeto destes autos.

Pelo exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, REJEITAR a suscitada preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR-lhe provimento.

Ressalte-se a existência de dois Documentos de Depósitos Judiciais efetuados nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003516-8, fls. 390, os quais poderão ter influência na fase de cobrança e execução do crédito tributário objeto destes autos.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2006

CAIO MARCOS CANDIDO