



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

Processo nº 16327.001478/2005-27
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.465 – 1ª Turma
Sessão de 20 de outubro de 2016
Matéria IRPJ - LUCROS NO EXTERIOR
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CRBS S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2000

LUCROS NO EXTERIOR. LEI 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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito: 1) quanto ao emprego de valor, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso, com retorno dos autos ao colegiado a quo, vencidos Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Demetrius Nichele Macei (suplente convocado), que lhe negaram provimento; e 2) quanto aos juros sobre a multa, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidos Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio. Solicitaram apresentar declaração de voto os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Rafael Vidal de Araújo.

A conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio votou apenas quanto ao mérito, pois o conhecimento já havia sido decidido na reunião anterior, na qual foi substituída pelo conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa.

(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 Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN (e-fls. 869/889) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1103-00.193 (e-fls. 848/865), pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 18/05/2010, 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 2000, tratou das infrações tributárias: (1) lucros disponibilizados no exterior em razão de alienação de participação societária; (2) glosa de despesas de juros com empresas no exterior.

A primeira instância (DRJ) julgou o lançamento fiscal procedente em parte, para afastar parcialmente a infração (2), no sentido de restabelecer as despesas de juros relativas a março de 2000 com empresa coligada. 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 (manteve o afastamento parcial da infração 2) e deu provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a infração (1) e a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, e manter a tributação da parcela vinculada à glosa de despesas de juros referentes à emissão de Fixed Rate Notes (FRN).

Ambas as partes interpuseram recursos especiais relativos às matérias no qual tiveram a pretensão resistida. Os despachos de exame de admissibilidade foram no sentido de negar seguimento ao recurso interposto pela Contribuinte, e foi dar seguimento ao recurso interposto pela PGFN. Foram apresentadas contrarrazões pela Contribuinte.

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

Da Autuação Fiscal

A autuação fiscal (e-fls. 183/193), relativa ao ano-calendário de 2000, discorre sobre (1) a **alienação** das quotas que a Contribuinte (CRBS S/A, "CRBS") detinha na JALUA (Uruguai), para a Eagle Distribuidora de Bebidas S/A (EAGLE), e (2) a **emissão de títulos** pela Contribuinte para captar recursos financeiros que foram adquiridos pela JALUA.

Na primeira infração, relata a autoridade autuante que a JALUA obteve lucros nos anos-calendário de 1997 a 1999, que não foram oferecidos à tributação pela Contribuinte porque não havia se consumado nenhuma hipótese de disponibilização de lucros

conforme legislação vigente. Contudo, tal situação teria sofrido alteração no período compreendido entre janeiro e abril de 2000, quando a Contribuinte alienou as ações da JALUA para a Eagle Distribuidora de Bebidas S/A, momento em que entendeu a autoridade autuante que se ocorreu a efetiva disponibilização dos lucros, por emprego de valor, conforme art. 1º, § 2º, "b", "4", da Lei nº 9.532, de 1997, razão pela qual efetuou os lançamentos fiscais.

Na segunda infração, relata a autoridade fiscal que a Contribuinte, para captar recursos financeiros emitiu em 1999, Fixed Rate Notes (FRN) em três lotes, no total de US\$300 milhões (trezentos milhões de dólares, que foram adquiridos pela JALUA. Entendeu a autoridade autuante que a operação teria sido na realidade um mútuo, e por isso glosou a despesa de juros relativos ao período de janeiro a abril de 2000 (quando se consumou a transferência das ações da JALUA para outra empresa), amparando-se no § 3º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997.

Foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL.

Da Fase Contenciosa

A Contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 210 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 16-10.056 (e-fls. 295 e segs.), para afastar a exação relativa às despesas de juros relativas a março de 2000 decorrente de mútuo celebrado com a coligada, conforme a ementa da decisão:

Ementa: ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. HIPÓTESE DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS.

Na alienação de participação em empresa sediada no exterior há o emprego de lucros (inclusive da reserva legal) da coligada exterior, em favor da coligada no Brasil, o que configura hipótese de disponibilização.

IMPOSTO SOBRE O PATRIMÔNIO. COMPENSAÇÃO.

É passível de compensação apenas o tributo que incida sobre lucros, e não sobre o patrimônio.

MÚTUO ENTRE COLIGADAS. DESPESAS DE JUROS.

Até a edição da MP nº 1.991-15/2000, são indedutíveis os juros, pagos ou creditados, incidentes sobre o valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresa coligadas ou controladas, domiciliadas no exterior, quando estas forem as beneficiárias do pagamento ou crédito. Restabelecem-se os valores glosados relativos a período posterior à edição de supracitada norma.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC têm previsão legal, não competindo à esfera administrativa a análise da legalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido -CSLL

Ano-calendário: 2000

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.

Em razão do crédito tributário exonerado pela DRJ, foi interposto recurso de ofício. Também foi interposto recurso voluntário (e-fls. 582 e segs) pela Contribuinte. A 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção do CARF, na sessão de 18/05/2010, por meio do Acórdão nº 1103-00.193 (e-fls. 848 e segs), decidiu no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a tributação de lucros disponibilizados no exterior em razão da alienação da coligada e a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, e manter a tributação relativa á despesa de juros remanescente relativa à emissão dos FRN, conforme ementa a seguir.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: LUCROS NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. A alienação de participação societária não caracteriza disponibilização de lucros por coligada ou controlada no exterior.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: EMISSÃO DE FIXED RATE NOTES COM NATUREZA DE MUTUO. A emissão de FRN (Fixed Rate Notes) adquiridas integralmente por uma única pessoa jurídica, ligada à emitente, tem natureza de mútuo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A Lei 9.430/96 não prevê a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O art. 161, § 1º, que se subordina ao caput, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora à taxa de 1% ao mês. O art. 161, caput, do CTN prevê a incidência de juros de mora antes de imposição das penalidades cabíveis. Sobre a multa de ofício são inaplicáveis juros de mora.

A PGFN interpôs recurso especial (e-fls. 869/889), protestando que a alienação da participação societária consuma hipótese de disponibilização de lucros, nos termos do art. 1º, § 2º, alínea B, item 4 da Lei nº 9.532, de 1997, e que é indevida a exclusão de juros de mora sobre a multa de ofício.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 899/9028 deu seguimento ao recurso da PGFN. Cientificada, a Contribuinte apresentou contrarrazões (e-fls. 974 e segs). Discorre que a situação tratada nos autos, de alienação de participação acionária da coligada

geradora dos lucros para outra sociedade, não caracteriza o emprego de valor previsto na Lei nº 9.532, de 1997, e que o dispositivo do art. 2º da IN SRF nº 38, de 1996, não tem base legal. Aduz que, caso o recurso da PGFN seja provido, os autos devem retornar para a turma *a quo*, para que se pronuncie a respeito de matérias que, em razão do resultado do julgamento, tiveram sua apreciação prejudicada, quais sejam, (1) a impossibilidade da exigência da CSLL sobre lucros apurados antes de 01/01/1999 por falta de previsão legal, (2) a inclusão da reserva legal na base de cálculo do lançamento fiscal, (3) e a impossibilidade de coexistirem a "infração 1" (não oferecimento à tributação de lucros disponibilizados pela coligada no exterior) e "infração 2" (glosa de despesas de juros de mútuo), vez que a segunda infração tem como premissa a não disponibilização dos lucros. E, como no julgamento da turma *a quo*, a "infração 1" foi afastada, a matéria não foi apreciada. Enfim, entende que a legislação tributária somente autoriza a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado do tributo ou da contribuição. Ou seja, não haveria previsão para a incidência de juros sobre o valor da multa.

A Contribuinte também apresentou recurso especial (e-fls. 937 e segs), cujo seguimento foi negado pelo Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 1018/1023 e Despacho de Reexame de e-fls. 1024/1025.

Consta ainda nos autos decisão em pedido de liminar (e-fls. 1059/1061), relativa a mandado de segurança impetrado pela Contribuinte, no sentido de determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativa à exação fiscal da despesa de juros remanescente relativa à emissão dos FRN (que em tese estaria transitada em julgado administrativamente, vez que a autuação fiscal nesse ponto foi mantida pela decisão de segunda instância e teve seu seguimento negado para a Câmara Superior de Recursos Fiscais), até definitivamente concluído o julgamento do presente Colegiado, em razão da alegada prejudicialidade de coexistência entre a "infração 1" e a "infração 2".

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

Em relação à admissibilidade, adoto as razões do Despacho de Admissibilidade de e-fls. 899/902, 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** do Recurso Especial da PGFN.

As matérias da autuação fiscal trataram de duas infrações previstas no art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, cada qual com um dispositivo específico: a **primeira**, do conceito de

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.

"emprego de valor" previsto nos §§ 1º e 2º, "a", "4", e a **segunda** de glosa de juros decorrentes de captação de Fixed Rate Notes (FRN), que foram equiparados a uma operação de mútuo, com base no § 3º.

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. 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)*

Em relação à despesa de juros, a infração foi lançada para os meses de janeiro, fevereiro e março de 2000, período em que a redação sofreu alteração, como se pode observar a seguir.

Redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.959, de 27/01/2000, aplicável os fatos geradores janeiro e fevereiro de 2000:

§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, pagos ou creditados, incidentes sobre o valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas:

I - coligadas ou controladas, domiciliadas no exterior, quando estas forem as beneficiárias do pagamento ou crédito;

II - controladas, domiciliadas no exterior, independente do beneficiário.

Redação dada pelo art. 35 da MP nº 1.991-15, de 15/03/2000, aplicável os fatos geradores de março de 2000:

*§ 3º Não serão dedutíveis na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido os juros, relativos a empréstimos, pagos ou creditados a empresa controlada ou coligada, independente do local de seu domicílio, incidentes sobre valor equivalente aos lucros não disponibilizados por empresas **controladas**, domiciliadas no exterior. (grifei)*

A decisão recorrida **afastou** a primeira infração (emprego de valor), e, quanto a segunda, (1) deu provimento ao recurso de ofício, para manter a decisão da DRJ, que foi no sentido de afastar a tributação para o mês de março de 2000, por entender que a indedutibilidade da despesa de juros, a partir da redação dada pelo art. 35 da MP nº 1.991-15, de 15/03/2000, para o § 3º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, aplicar-se-ia apenas para lucros não disponibilizados por empresas controladas, situação diferente do caso concreto, vez que o empréstimo foi celebrado com empresa coligada.

Por sua vez, foram devolvidas no recurso especial da PGFN **a primeira infração (emprego de valor) e a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.**

Sobre o emprego de valor, trata-se de matéria já bastante discutida, tanto pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, quanto pelo CARF.

No caso em tela, a CRBS (Contribuinte) detinha participação societária na JALUA (exterior). A JALUA era coligada da CRBS.

No decorrer dos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999 a JALUA auferiu lucros. Contudo, os lucros no exterior auferidos pela coligada JALUA, até aquele momento, não foram considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, CRBS, conforme legislação de regência.

Cenário que mudou entre janeiro a abril de 2000, quando a CRBS **alienou** as quotas de participação da JALUA para a Eagle Distribuidora de Bebidas S/A, evento que, no entendimento da autoridade autuante, **teria caracterizado a disponibilização de lucros, por meio do emprego de valor** (§ 2º, "b", "4", do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997).

Entendo que não há reparos em tal interpretação. Peço vênica para apreciar a norma em debate sob a perspectiva da hipótese de incidência tributária 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

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

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 (CRBS) passou a **auferir lucros no exterior**, a partir do ano-calendário de 1996, na proporção de sua participação na sua investida. Isso porque a sua investida, empresa coligada JALUA 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.

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 **pessoal**, a redação do *caput* não deixa dúvidas de que a norma estabelece, no pólo ativo, a presença de **pessoa 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 JALUA (pólo passivo, empresa com sede no exterior) é coligada da CRBS (pólo ativo, empresa com sede no Brasil). Portanto, percebe-se que o aspecto pessoal 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 **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 (CRBS) na investida (JALUA) 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. Pode alienar sua participação societária de uma empresa no exterior tanto para uma empresa localizada no exterior quanto para uma empresa localizada no Brasil.

Não subsiste argumento apresentado pela Contribuinte de que, como as três primeiras hipóteses dispõem de atos exclusivamente da investida, a quarta hipótese (emprego de valor) não poderia ter a investidora como beneficiária. Pelo contrário. 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. Ou seja, o lucro auferido pela investida foi **empregado**, quando as ações ou quotas valorizadas por esse lucro foram vendidas.

Portanto, no caso em análise, a partir do momento em que a investidora (CRBS) decidiu alienar as ações da investida (JALUA) para a EAGLE, e se **beneficiou da**

valorização do ativo (ações) para efetuar a operação, valorização essa que se viabilizou a partir dos lucros auferidos pela coligada refletidos no investimento por meio da equivalência patrimonial, restou evidente a consumação do emprego de valor.

Enfim, aduz a Contribuinte em contrarrazões que, como o § 9º do art. 2º da IN/SRF nº 38, de 1996, não foi sido reproduzido no art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, por consequência a hipótese de alienação de participação, estaria fora do alcance do conceito de emprego de valor. Vale transcrever a redação do dispositivo:

§ 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.

Em brevíssima síntese, a IN/SRF nº 38, de 1996 foi editada após publicado o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 ³, que não previa nenhum evento de disponibilização dos lucros para consumir a incidência da tributação, ou seja, o auferimento dos lucros seria automático ao final do ano-calendário. Tendo recebido várias críticas, até porque à época ainda não havia sido editado o § 2º do art. 43 do CTN ⁴, a Receita Federal editou a instrução normativa dispondo

³ 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.
(...)

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;

⁴ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

sobre as hipóteses de disponibilização. Contudo, emergiu-se nova crítica no sentido de que as hipóteses de disponibilização apresentadas pela instrução normativa não teriam base legal. Nesse contexto, surgiu o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997 (precisamente o objeto da análise dos presentes autos), tratando das hipóteses de disponibilização dos lucros.

Ocorre que a redação do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997 não reproduziu na integralidade vários dispositivos do art. 2º da IN/SRF nº 38, de 1996. Apenas o essencial, o necessário, de acordo com a natureza da lei. Como exaustivamente apresentado no presente voto, a redação do § 2º, "b", "4", do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, que trata do emprego de valor, **por si só**, já se mostra suficiente para abranger todas as situações em que o lucro foi realizado e que não estão previstas nos itens "1", "2" e "3" do mesmo § 2º, "b", do artigo em análise.

A instrução normativa tem natureza de norma complementar, e por isso apresenta uma redação mais detalhada, buscando identificar hipóteses que, apesar de previstas em lei, não teriam sido expressamente positivadas, mas estariam **em conformidade** com a norma.

Assim, o fato de a lei posterior não ter reproduzido dispositivo empregado em instrução normativa anterior não implica, automaticamente, em inferir que a situação tratada no dispositivo teria sido descartada pela lei.

O cotejo a ser realizado é entre a redação do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, este que se prestou para estabelecer as hipóteses de disponibilização dos lucros em debate, de maneira precisa e objetiva.

Portanto, mediante análise da norma, sobre a ocorrência do emprego de valor), em relação aos aspectos material, pessoal, territorial e temporal, deve ser **restabelecida a autuação fiscal relativa à primeira infração**.

Em relação à incidência de **juros de mora sobre a multa de ofício**, vale transcrever, inicialmente, o artigo 113, do CTN, que predica que o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de **tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (grifei)*

§ 2º (...)

Por sua vez, o crédito tributário decorre da obrigação principal, conforme o artigo 139 do CTN:

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (grifei)

A penalidade pecuniária tem base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, materializada na multa de ofício aplicada sobre o tributo.

E, como se pode observar a penalidade pecuniária, decorrente da infração, compõe a obrigação tributária principal e, por conseguinte, **integra o crédito tributário**. Doutrina de Ives Gandra Martins ratifica o entendimento:

A obrigação tributária abrange tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária. O pagamento, seja do tributo, seja da penalidade pecuniária - que são duas espécies do gênero obrigação tributária -, extingue o crédito tributário.

A obrigação principal é efetivamente uma obrigação tributária. A obrigação acessória é uma obrigação administrativa, porque, quando ela passa a ser tributária, deixa de ser acessória e passa a ser principal. Há que se observar que não é toda penalidade tributária que se constitui em sanção com conformação de obrigação tributária. A penalidade que implica a perda de liberdade, que é ínsita ao campo do Direito Tributário, essa, evidentemente, não é uma obrigação tributária. A obrigação tributária é, como vimos, gênero do qual são espécies o tributo e a penalidade. Entretanto, esta só compreende a penalidade pecuniária. Se a penalidade for de outra natureza, tributária não é. As obrigações acessórias, aquelas que os contribuintes são obrigados a fazer em nome do fisco e para o fisco, como a escrituração dos seus livros, a manutenção dos seus documentos, a emissão de notas fiscais, essas obrigações acessórias, na verdade, não são obrigações tributárias, são obrigações administrativas. O contribuinte se transforma numa longa manus da Administração, e é evidente que essas obrigações acessórias, quando descumpridas, merecem uma penalidade, e sempre que merecerem uma penalidade pecuniária passam a ser obrigações principais e entram naquela conformação do art. 113 (Curso de direito tributário, Col. Audio-Juris., fita n. 6, lado A).” (grifei)”

Por sua vez, o CTN, ao discorrer sobre o pagamento, informa que devem incidir **juros** sobre o **crédito** tributário não integralmente adimplido no vencimento, *verbis*:

*Art. 161. O **crédito** não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifei)*

§ 1º (...)

E a correção estipulada pelo mencionado art. 161, a partir da Lei nº 9.065, de 1995, segue a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, questão já pacificada pela Súmula CARF 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.

Verifica-se, assim que tanto tributo quanto penalidade estão sujeitos à atualização prevista no art. 161 do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC.

Portanto, deve ser mantida a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

Em contrarrazões, aduz a Contribuinte que, caso restabelecida a **primeira infração** (emprego de valor), caberia o retorno dos autos para a turma *a quo*. Isso porque, como a decisão recorrida afastou a primeira infração, restou prejudicada a apreciação de outras matérias que, caso fossem analisadas pelo presente Colegiado, poderia caracterizar supressão de instância.

De fato, foram suscitadas pela Contribuinte três matérias, desde a impugnação, e que não foram apreciadas pela turma *a quo* em razão do afastamento da primeira infração.

A primeira dispõe sobre a impossibilidade de exigência da CSLL sobre lucros apurados antes de 01/10/1999, por falta de previsão legal. Isso porque a previsão para incidência da contribuição teria surgido com o art. 19 da MP nº 1.858, de 1999, publicada em 30/06/1999, que só passou a surtir efeitos a partir de outubro do mesmo ano, em razão do princípio da anterioridade nonagesimal.

A segunda matéria protesta sobre a inclusão do valor da reserva legal aos lucros auferidos pela coligada.

A terceira matéria discorre sobre a impossibilidade de coexistência entre primeira infração (emprego de valor) e segunda infração (glosa dos juros de mútuo). Entende que a redação do § 3º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, dispõe claramente que a glosa das despesas relativas a juros pagos decorrente do mútuo ocorreria apenas quando a empresa coligada beneficiária dos juros **não** tiver recebido os lucros disponibilizados. E, se a primeira infração foi no sentido de que **promover a disponibilização dos lucros**, então não haveria que se falar em glosa de despesas de juros, que só ocorre quando os lucros não forem disponibilizados.

Entendo que assiste razão à Contribuinte nesse ponto, razão pela qual devem ser devolvidos os autos para a turma *a quo* para apreciação das três matérias.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento** ao recurso da PGFN, e determinar o retorno dos autos para a turma *a quo*, para apreciar estritamente as matérias (1) impossibilidade de exigência da CSLL sobre lucros apurados antes de 01/10/1999, (2) inclusão do valor da reserva legal aos lucros auferidos pela coligada e (3) impossibilidade de coexistência entre a primeira infração (emprego de valor) e segunda infração (glosa dos juros de mútuo).

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo.

A alínea "b", § 2º, do art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, em cada um de seus itens, utiliza-se de quatro substantivos "o crédito", "a entrega", "a remessa", "o emprego", que correspondem, respectivamente, aos verbos creditar, entregar, remeter e empregar. Cada um desses verbos admitem sujeito e, em sendo, além de transitivos diretos, transitivos indiretos, admitem objeto indireto. A defesa sustenta que como os verbos creditar, entregar e remeter somente admitem como sujeito a controlada no exterior e como objeto indireto a controladora no Brasil, então a mesma lógica deve ser aplicável ao verbo empregar.

Não me parece a melhor aplicação do vernáculo, o fato de os outros três verbos não admitirem como sujeito a controladora no Brasil e o verbo empregar admitir, demonstra que, quando o legislador optou por escolher um verbo com característica diferente dos outros três já utilizados, tinha em mente exatamente permitir essa situação. Isso, pois o legislador é conhecedor tanto da língua nacional quanto do princípio geral de Direito de que não deve o intérprete diferenciar quando o legislador não o fez. E se são os três verbos iniciais que trazem em sua natureza o *discrimen*, e não a especificação expressa de determinado sujeitos e objetos indiretos, não havendo, portanto, na natureza do último verbo esse discriminante, deve-se respeitar a sua natureza e não impor as limitações dos outros verbos a este último.

Pelo contrário, o só fato do legislador utilizar-se de um substantivo ligado a um verbo mais rico e com possibilidades de aplicação mais amplas é mais um indicativo de que o legislador estava tratando no último item de um regra de aplicação subsidiária que "entra em campo" exatamente quando as outras hipóteses da norma não são suficientes para conduzir ao desejado enquadramento. Empregar é exatamente uma forma de dispor, ainda que indiretamente, de algo que não se detém diretamente.

Assim, em harmonia com o princípio basilar (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), observando e respeitando a vontade do legislador que não diferenciou não porque seja displicente, mas sim porque efetivamente não quis diferenciar, não se deve restringir o item 4 da alínea "b" ao emprego pela controlada no exterior.

Ademais, o importante na expressão "inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior" é a sinalização de que este dispositivo admite caso de emprego a partir da decisão da sociedade controladora no Brasil de aumentar capital na controlada do exterior, independentemente de haverem casos em que essa decisão de aumentar o capital não seja tomada pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil (como os que podem ocorrer com coligadas). Ou seja, a só existência fática de uma hipótese expressa ratifica o acerto por se entender que a norma comporta essa amplitude, não podendo ser restringida.

Considero importante apreciar uma jurisprudência recente que vêm ganhando ressonância. Sabe-se que "pagamento" nada mais é do que a extinção de uma obrigação que o devedor possui junto ao credor. Realizado o "pagamento" extingue-se a relação jurídica obrigacional, nada mais podendo o credor exigir do devedor. Há os que defendem que, nesse caso, não teria se extinguido essa relação jurídica obrigacional, pois a operação em tela não significa que as controladas estejam desobrigadas de, no futuro, disponibilizar o lucro por elas auferido.

Essa parte da jurisprudência incorre numa impropriedade jurídica e adota uma confusão patrimonial, que fere o princípio da entidade. Vejamos.

A impropriedade jurídica consiste em considerar que a relação jurídica obrigacional não se teria extinto pelo seu objeto, ocorre que essa relação também se extingue pela alteração dos pólos da relação, ou seja, a modificação do credor, com a alienação, está-se frente a uma nova relação jurídica obrigacional. E, embora se possa defender que o objeto continua válido, o que motivou a extinção da relação obrigacional anterior e a constituição de uma nova foi exatamente o fato de ter-se dado uma operação que o objeto atingiu todos os seus fins. E ao considerar que a relação obrigacional não seja outra, e sim a mesma, está-se implicitamente dizendo que o ocupante do pólo ativo da relação anterior se confunde com o da nova relação, o que não está de acordo com o fato de que são entidades distintas.

Ademais, ainda essa teoria ignora o fato de que se trata de uma presunção: considera-se pagamento e não que se esteja adotando as características do instituto do pagamento.

Por fim, quanto ao parágrafo 9º do art. 2º da IN 38/96, há que se ressaltar que a IN é uma norma interpretativa. O fato do restante do artigo vir a se tornar lei e não esse parágrafo não pode ser entendido como entendimento expresso de que o que consta no parágrafo 9º seja incompatível com a atual redação da lei. Pelo contrário, quando o legislador infralegal trouxe toda uma matéria para a IN tinha a concepção de que tudo aquilo era interpretativo, refletiu melhor e entendeu que alguns dispositivos eram inovadores do ordenamento jurídico, de certa forma confessou que os novos dispositivos não tinham base legal.

Entretanto, com relação ao parágrafo 9º, passou a entender que este era desnecessário ser legislado, pois seria apenas mero desdobramento do emprego de valor. Não deve causar espanto a seqüência dos fatos, embora tenha se dado de uma forma inusitada, trata-se apenas de uma manifestação da administração de que o que constava no parágrafo 9º do art. 2º é apenas meramente interpretativo do art. 2º, parágrafo 2º, II, "d", que trata do emprego de valor.

O fato dessa "confissão" da ausência da base legal para o parágrafo 2º do artigo 2º da IN 38/96 não ter sido feita para o parágrafo 9º do mesmo artigo 2º não quer dizer que a administração tenha esquecido desta parte da confissão e que este tribunal tenha agora que complementá-la. A inexistência de um dispositivo expresso com o conteúdo do parágrafo 9º do artigo 2º, mais uma vez, reflete apenas que a administração entenda que o seu conteúdo seja interpretativo dos dispositivos que vieram a ser introduzidos por lei no ordenamento jurídico.

A situação é semelhante ao caso de uma IN, posterior à vigência do art. 1º da Lei nº 9.532/97, que trouxesse um parágrafo expresso com o conteúdo do parágrafo 2º do

artigo 2º da IN 38/96. Se fosse isso o que tivesse acontecido, estaríamos discutindo a legalidade do referido parágrafo, ao que, nessa situação hipotética, eu me posicionaria pela legalidade do mesmo, por ser essencialmente interpretativo da regra subsidiária do emprego de valor.

Ademais, é conceitualmente equivocado pensar que o legislador tenha desejado que essa operação não seja tributada (o legislador teria atuado para não incluir este dispositivo); essa concepção só teria algum peso se a Medida Provisória que veiculou esses dispositivos viesse acompanhada de dispositivo com o teor do referido parágrafo 9º e esse tivesse sido suprimido no Processo Legislativo, mas não foi o que ocorreu. A Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, não propôs dispositivo com esse conteúdo, isso significa que o Poder Executivo abraçou o entendimento da Administração Tributária de que aquele entendimento está contemplado na expressão do emprego de valor.

Portanto, somente se tivesse havido supressão de texto com a redação do citado parágrafo 9º na Medida Provisória ou em eventual Projeto de Lei que legalizou os parágrafo 2º do art. 2º da IN 38/96, é que teria algum peso a tese de que o parágrafo 9º não é interpretativo do emprego de valor.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo

Declaração de Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na reunião de outubro de 2016, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante “CSRF”) analisou o recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “PFN”) em face da CRBS S/A (doravante “CRBS”, “contribuinte”, “recorrido”), no processo n. 16327.001478/2005-27. Em tal recurso, a recorrente requer a reforma do acórdão n. 1103-00.193 (doravante “acórdão *a quo*” ou “acórdão recorrido”), proferido pela então 3ª Turma, 1ª Câmara deste Tribunal (doravante “Turma *a quo*”).

O acórdão recorrido restou assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: LUCROS NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. A alienação de participação societária não caracteriza disponibilização de lucros por coligada ou controlada no exterior.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: EMISSÃO DE FIXED RATE NOTES COM NATUREZA DE MÚTUO. A emissão de FRN (Fixed Rate Notes) adquiridas integralmente por uma única pessoa jurídica, ligada à emitente, tem natureza de mútuo.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

Ementa: JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A Lei 9.430/96 não prevê incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O art. 161, § 1º, que se subordina ao caput, prevê supletivamente a aplicabilidade de juros de mora ir taxa de 1% ao mês. O art.161, caput, do CTN prevê a incidência de juros de mora antes de imposição das penalidades cabíveis. Sobre a multa de ofício são inaplicáveis juros de mora.

No julgamento do recurso especial interposto, a CSRF, por *voto de qualidade*, decidiu reformar o acórdão da Turma *a quo*. Nesta **declaração de voto**, *permissa venia*, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo NÃO PROVIMENTO do recurso especial interposto pela PFN, por compreender que a “alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior” não configura a hipótese de incidência dos tributos sob exame, notadamente no período em tela.

O núcleo da discussão instaurada no presente processo administrativo reside no art. 1º, par. 2º, “b”, item 4, da Lei 9.532/97:

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. 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.

A interpretação do dispositivo é controversa, de forma que a presente decisão deve conter em seu fundamento a explicitação da norma nele veiculada.

O conteúdo normativo dos enunciados em questão pode ser explicitado tanto de forma positiva (*o que está compreendido na hipótese de incidência da norma*) quanto negativa (*o que **não** está compreendido na hipótese de incidência da norma*).

De forma positiva, o referido enunciado prescritivo requer, como requisito de incidência, que ocorra disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros da empresa estrangeira, empregados por esta em benefício de sua coligada ou controlada brasileira. Considera-se ocorrido o aludido emprego se presentes alguns elementos que se sucedem, em especial:

1. a prática de ato da sociedade estrangeira vocacionado à disponibilização de seus lucro aos acionistas;
2. realização do rendimento, em que o contribuinte, residente no Brasil, deve beneficiar-se do valor dos lucros (disponibilização da renda);

2.1. considera-se auferido o rendimento se o lucro for utilizado para aumento de capital da própria empresa estrangeira controlada ou coligada que os produziu ou para creditamento, entrega, emprego de outras maneiras.

É relevante constatar que, na hipótese de não haver a distribuição direta dos lucros da empresa estrangeira à sua acionista brasileira na forma de dividendos, o legislador prescreveu, como condição para a incidência tributária, a presença de um elemento principal e outro acessório: o **principal**, de competência da empresa estrangeira, que deve deliberar a disponibilização de seus lucros aos acionistas; o **acessório**, de competência do acionista brasileiro (empresa coligada ou controladora), com o propósito de creditá-los, entregá-los, empregá-los de determinada maneira. Ocorre que a entrega, o emprego ou o crédito de tais valores em favor de terceiros, ultimado pela empresa estrangeira e dependente de requerimento da coligada ou controladora, apenas tem ensejo em face da existência de um ato antecedente e, por isso, principal: a constituição da obrigação de disponibilização dos lucros, que compete à empresa estrangeira.

A delimitação do fato gerador do tributo, prescrito pela Lei n. 9.532/97, também pode ser realizada de forma negativa. Assim, cogitando-se hipóteses que **não** dariam ensejo à incidência tributária, é possível citar:

- a) inexistência de obrigação constituída atinente à disponibilização dos lucros empresa estrangeira em benefício da coligada ou controladora brasileira;
- b) atos da coligada ou controladora brasileira desconectados de precedente decisão da empresa estrangeira quanto à distribuição de seus respectivos lucros;

É possível aferir-se, por essa segunda perspectiva, que, **inexistente o ato principal de competência da empresa estrangeira** (disponibilização de seus lucros), deixa de ter relevância jurídico-tributária qualquer ato praticado por sua acionista brasileira. Os atos da coligada ou controladora brasileira, dada a sua natureza **acessória**, apresentam relevância apenas parcial e não determinante.

A exigência deste ato principal é comum em ambas as perspectivas por força da Lei n. 9.532/97 que, ao tutelar os **atos praticados pela empresa estrangeira**, lhes atribui o *status* de um gatilho: o dispositivo demarcou o momento em que tem início o desencadeamento da incidência normativa, com a relevância apenas parcial e não determinante de atos da empresa controlada ou coligada brasileira.

A análise acurada do texto legal demonstra que tais assertativas são corretas. Assim, o art. 1º, par. 2, “b”, **item 1**, da Lei n. 9.532/97, tem em sua hipótese “o crédito do valor em conta bancária, **em favor da controladora ou coligada no Brasil**”. O sujeito da ação de *creditar*, eleito pelo legislador competente, foi a empresa estrangeira, enquanto a controladora ou coligada no Brasil seria justamente beneficiária da ação.

O beneficiário de tais rendimentos (acionista brasileiro) pode indicar um terceiro destinatário para o referido creditamento. Naturalmente o ato da controladora ou coligada brasileira atinente à indicação desse terceiro destinatário seria necessário para que o crédito pudesse ser realizado em benefício deste. No entanto, para a incidência tributária, a relevância desse ato da acionista brasileira seria apenas acessória e, portanto, de parcial relevância: não fossem os atos principais, de competência da controlada ou coligada estrangeira, de gerar à sua acionista brasileira o direito aos seus lucros, sequer haveria crédito a ser direcionados a terceiros ou empregado de qualquer maneira.

Não difere o art. 1, par. 2, “b”, **item 2**, da Lei n. 9.532/97, cuja hipótese consiste na “entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária”. O agente da ação de *entregar* os seus lucros seria a empresa estrangeira, enquanto quem se beneficiaria seria a controladora ou coligada no Brasil. A existência de ato da empresa acionista brasileira, que indica algum representante para o recebimento dos lucros, apresenta igualmente *relevância apenas parcial e não determinante*. Principal e determinante é o ato da empresa estrangeira.

Da mesma forma, o art. 1, par. 2, “b”, **item 3**, da Lei n. 9.532/97, cuja hipótese é “a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça”. O enunciado é igualmente claro, com a indicação de ato (“remessa”) realizada pela empresa estrangeira.

De forma harmoniosa, o **item 4** do art. 1, par. 2, “b”, da Lei n. 9.532/97, que serviu de fundamento para o auto de infração objeto deste julgamento, é expresse ao prescrever, como elemento da hipótese de incidência, “o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior”. A competência para a prática do ato determinante para a incidência tributária, por decisão do legislador, seria detida pela empresa estrangeira.

Se a acionista brasileira solicitar à sua coligada ou controlada que *empregue* a determinada finalidade os dividendos que lhe seriam atribuíveis, este ato seria naturalmente relevante para a incidência do **item 4** do art. 1, par. 2, “b”, da Lei n. 9.532/97. Relevante, mas secundário e não determinante, pois necessariamente sucederia o ato praticado pela controlada ou coligada estrangeira que decidiu distribuir seus lucros, bem como antecederia o efetivo *emprego* levado a termo pela aludida empresa estrangeira.

Nesse cenário, a controladora ou coligada residente no Brasil não possui competência para praticar o ato determinante para incidência tributária. Com isso, torna-se impertinente supor que atos praticados pelo acionista no Brasil teriam eficácia para desencadear, por si só, a referida incidência normativa, à revelia de qualquer participação das controladas ou coligadas estrangeiras.

No caso concreto, essa questão fulmina a autuação fiscal promovida contra a contribuinte. Ocorre que os fatos descritos demonstram que são imputados pela fiscalização apenas atos emanados pela acionista brasileira, sem qualquer atuação da empresa estrangeira. De forma mais objetiva: a *transferência de participação societária* foi realizada no âmbito exclusivo da acionista brasileira, não demandando qualquer ato de competência da empresa estrangeira de creditamento, entrega ou emprego de seus lucros, cuja distribuição foi deliberada.

Esse vício não foi ignorado pela Turma *a quo*, como se observa do seguinte trecho, presente no voto do i. Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, *in verbis*:

“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 “assunto 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.”

Não há elementos nos autos que evidenciem a prática de quaisquer dos atos determinantes para a ocorrência do fato gerador, qual seja, a deliberação para distribuição de lucros à controladora ou coligada brasileira. Se após as reestruturações societárias realizadas em questão viesse a ocorrer a prática do ato de competência da empresa estrangeira apto a desencadear a incidência tributária, este sim seria o ensejo para atuação da administração fiscal de garantia da arrecadação tributária. No entanto, o caso sob julgamento revela que a atuação fiscal desconsiderou tais critérios legais, padecendo, portanto, de ilegalidade.

Note-se que não havia decisão do legislador, à época dos fatos, para a tributação da simples transferência de participação societária. Isso pode ser evidenciado por uma rápida digressão quanto à evolução legislativa pertinente à matéria.

De início, é esclarecedor observar a IN 38/96, que previa algumas hipóteses de incidência com controvertida base legal:

LUCROS, RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS NO EXTERIOR

Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 1996 os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, observadas as disposições desta Instrução Normativa.

§ 1º Os lucros referidos neste artigo são os apurados por filiais e sucursais da pessoa jurídica e os decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.

§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior, diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

§ 3º Os lucros de que trata este artigo serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.

§ 4º Para efeito da incidência do imposto de renda no Brasil, os lucros serão computados na determinação do lucro real, de forma individualizada, por controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo país.

§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, os resultados poderão ser consolidados por país, desde que a matriz, no Brasil, indique uma filial ou sucursal como entidade líder no referido país.

§ 6º Os rendimentos e os ganhos de capital integrarão os resultados da pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

§ 7º As perdas reconhecidas nos resultados da pessoa jurídica deverão ser adicionadas ao lucro líquido, para determinação do lucro real.

§ 8º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real da beneficiária, no Brasil.

§ 9º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo, a serem adicionados ao lucro líquido ou nele computados, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.

Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

§ 1º Consideram-se disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se:

I - creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior;

II - pago o lucro, quando ocorrer:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se constata imediatamente do texto desses enunciados infralegais, foi a clara segregação, pela administração tributária, das hipóteses de **(i)** alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior (IN 38/96, art. 1º, §2º, “d”) e de **(ii)** emprego do valor em favor da controladora ou coligada brasileira (IN 38/96, art. 2º, § 9º).

A segregação das aludidas hipóteses corrobora com as constatações acima expostas, quanto à ***distinção entre atos de competência exclusiva da acionista brasileira (“alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior”) de atos complexos, cuja participação da coligada ou controladora brasileira é meramente acessória aos atos da empresa estrangeira, que detém a competência para a prática dos atos principais e determinantes (crédito, emprego ou entrega dos lucros distribuídos).***

Pelo texto da IN 38/96, tratar-se-iam de situações distintas, mas que configurariam, ambas, hipóteses de incidência tributária.

A Lei n. 9.532/97 veio ao socorro das controvérsias geradas em torno da IN 38/96, flagrantemente inapta, por reserva de legalidade, para tutelar o sistema brasileiro de tributação de controladas e coligadas no exterior. Ocorre que a Lei n. 9.532/97 deixou de reproduzir algumas de suas hipóteses, entre as quais se destaca, neste caso, a contida no art. 2º, § 9º da IN 38/96, qual seja, **“alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior”**.

Isso evidencia que: **(i)** *“alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior” não equivale ou se confunde com emprego, entrega ou crédito de lucros de controlada ou coligada no exterior*, bem como que; **(ii)** o legislador, com a edição da Lei n. 9.532/97, confirmou sua decisão de até então, no sentido de não prescrever a *“alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior”* como uma hipótese de incidência tributária.

A Turma *a quo* também atribuiu relevância a algumas dessas constatações, como se observa do voto do i. Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva, *in verbis*:

“Conforme expus no início deste voto, não identifico na alienação de participação societária de coligada ou controlada no exterior “emprego de 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 integrada 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.”

Por fim, suscita a PFN que os lucros acumulados na empresa estrangeira teriam valorizado as suas ações, que vieram a ser transferidas na reorganização societária em questão, o que seria suficiente para a incidência tributária. No entanto, para que esse argumento se confirmasse, seria necessário que a legislação aplicável ao caso prescrevesse a possibilidade da tributação dos resultados apurados pelo método da equivalência patrimonial (“MEP”), **o que não ocorre.**

Quando uma pessoa jurídica possui participação societária relevante em outra pessoa jurídica (controlada ou coligada), deve refletir em sua contabilidade tal investimento, avaliando-o conforme o MEP. A Lei 6.404/1976 regulou a adoção do MEP, especialmente em seu art. 248. **Essas receitas, evidenciadas para fins contábeis pelo MEP, contudo, não deveriam gerar consequências tributárias à controladora ou coligada brasileira, o que restou confirmado pelo art. 25, par. 6º, da Lei 9.249/95.**

Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial interposto pela PFN quanto à matéria analisada nesta declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto

Declaração de Voto

Tendo em vista que não foi apresentada no prazo regimental, considera-se não formulada a declaração de voto da Conselheira Cristiane Silva Costa⁵.

⁵ 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.