



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n°	16327.001728/2004-48
Recurso n°	160.464 Voluntário
Matéria	IRPJ e OUTRO - EXS.: 2000 e 2001
Acórdão n°	105-17.205
Sessão de	17 de setembro de 2008
Recorrente	METRO TECNOLOGIA INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida	5a. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

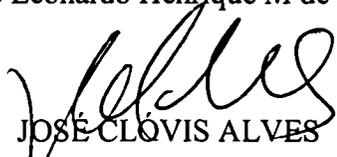
ANO-CALENDÁRIO: 1999

Ementa: LUCROS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - Transferência de ações da controlada que refletem os lucros acumulados configuram hipótese de disponibilização de lucros, conforme item 4, alínea b, §2º, artigo 1º, da Lei nº 9.532/97.

TRATADO INTERNACIONAL - Trato que impede a bitributação não impede a tributação dos lucros no país da controlada. Sistema permite a compensação de tributo pago no exterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Paulo Jacinto do Nascimento e Leonardo Henrique M de Oliveira.


JOSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente 

D



MARCOS RODRIGUES DE MELLO

Relator

Formalizado em: 17 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, WALDIR VEIGA ROCHA e BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR (Suplente Convocado) e JOSÉ CARLOS PASSUELLO. Ausente, justificadamente o Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA.



Relatório

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 172/177, em fiscalização empreendida junto à contribuinte acima identificada, foram verificados os seguintes fatos:

ATIVIDADES EXERCIDAS NO EXTERIOR – LUCROS, RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL

Descrição dos fatos

A contribuinte tinha, quando de sua fundação, a razão social de Real Planeamento e Consultoria Ltda., denominação sob a qual participou, em 02/10/96, como sócia fundadora da Itapar Europa Serviços Lda. com sede na Ilha da Madeira, Portugal, da qual, na data, possuía 80 % das cotas.

Em 19/12/1996 ocorreu um aumento de capital na Itapar Europa, tendo como resultado uma redução da participação da Real Planeamento para 35,3505 %.

Em 13/10/1999, a contribuinte (com denominação à época de Metro Tecnologia Ltda.) alienou 214.786.155 cotas da Itapar Europa, em razão de permuta, à Orion Participações Ltda., ficando sua participação reduzida à 29,7177 % (fls. 83 e 84).

Em 24/05/2000, a contribuinte alienou mais 378.254.624 cotas da Itapar Europa, em razão de permuta, à Lapa Holdings Ltda., ficando sua participação reduzida à 19,79808 % (fls. 85 e 86).

A contribuinte ingressou, em 27/01/2003, com Mandado de Segurança Preventivo (nº 2003.61.00.003264-7) contra ato a ser praticado pelo Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, ou seja, a tributação do(s):

- Resultado positivo da equivalência patrimonial relativo a suas coligadas e controladas no exterior, a partir de 2002, na data do levantamento do balanço de cada ano;
- Lucros apurados por coligadas e controladas no exterior nos anos de 1996 a 2001, por ocasião do levantamento do balanço em 2002, e
- Lucros apurados por coligadas e controladas no exterior a partir de 2002, por ocasião do levantamento do balanço ao final de cada ano fiscal, conforme dispõe o artigo 74 da MP nº 2.158-35, regulamentado pela IN SRF nº 213/2002.

A liminar foi deferida em parte, ou seja, com relação a fatos ocorridos de janeiro de 1996 a dezembro de 2002, conforme despacho às fls. 275 do processo.

Às fls 330/331 do processo foi determinado o depósito judicial dos valores objeto da ação.

Tendo em vista o deferimento parcial, a Metro Tecnologia ingressou com agravo regimental (processo nº 2003.03.00.005893-1), tendo como objeto a reconsideração do



limite do alcance da liminar aos fatos geradores ocorridos entre janeiro de 1996 e dezembro de 2002.

Em 20/02/2004, às fls 436 do processo judicial (fl. 142), foi proferida sentença de primeira instância, favorável à contribuinte, quanto ao artigo 74 da MP n.º 2.158-35, regulamentado pela IN SRF n.º 213/2002.

Nota-se, no entanto, a ocorrência de fato gerador não relacionado com o processo judicial retro mencionado, conforme a seguir explicado.

Da análise dos fatos e do direito aplicável

As operações de alienação de cotas acima descritas são comprovadas tanto por contratos de permuta, quanto pelos registros efetuados pela Conservatória do Registro Comercial da Ilha da Madeira (fls. 78/79 e 83/86).

Com a Lei n.º 9.249/95 (artigo 25), a legislação do imposto de renda passou a tributar os lucros auferidos no exterior.

O artigo 1.º da Lei n.º 9.532/97 determina o momento em que esse lucro deverá ser adicionado ao lucro líquido, e seus §§ 1.º e 2.º determinam as hipóteses de disponibilização.

Portanto as operações nas quais a contribuinte transferiu suas ações da Itapar Europa para à Orion Participações Ltda. e à Lapa Holdings Ltda. configuram hipótese de disponibilização de lucros, conforme item 4, alínea b, §2.º, artigo 1.º, da Lei n.º 9.532/97. Dessa forma, verifica-se a existência de lucros disponibilizados e não oferecidos à tributação.

Na tabela anexa (fls. 178/180), a fiscalização apresenta os resultados da Itapar Europa (Portugal), no período de 1996 a 2000 a serem oferecidos à tributação, conforme demonstrações financeiras e outros documentos anexos (fls. 87, 111/114 e 119).

Esclarece a fiscalização que no período analisado estava em vigor a Convenção Internacional destinada a Evitar a Dupla Tributação (CIEDT) entre o Brasil e a República Portuguesa, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 59/71. No entanto ela não evita a tributação dos lucros auferidos por empresas controladas “offshore” constituídas na Ilha da Madeira (Portugal), conforme parecer da tributação da DEAIN.

DOS LANÇAMENTOS

Em face do acima exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos aos anos-calendário de 1999 e 2000:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)		
Auto de Infração	fls. 150/151 e 156/160	
Fundamento legal	artigo 25, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 9.249/95; e artigo 1.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 9.532/97	
Crédito Tributário (em reais)	762.285,99	Imposto
	571.714,48	Multa proporcional (75%)
	544.561,63	Juros de mora (cálculo até 30/11/2004)





	1.878.562,10	TOTAL
--	--------------	-------

Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)		
Auto de Infração	fls. 152/155 e 161/165	
Fundamento legal	artigo 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88; artigo 19 da Lei nº 9.249/95; artigo 1º da Lei nº 9.316/96; artigo 28 da Lei nº 9.430/96; e artigo 6º da MP nº 1.858/99 e reedições	
Crédito Tributário (em reais)	298.137,50	Contribuição
	223.603,12	Multa proporcional (75%)
	215.794,01	Juros de mora (cálculo até 30/11/2004)
	737.534,63	TOTAL

Crédito Tributário Total (em reais)		
Consolidado até 30/11/2004	1.878.562,10	IRPJ
	737.534,63	CSLL
	2.616.096,73	TOTAL

Cientificada dos lançamentos em 13/12/2004 (fls 159 e 164), a contribuinte, por meio de seus advogados, regularmente constituídos (fls. 211/212), apresentou, em 12/01/2004, a impugnação de fls. 187/202, alegando, em síntese:

DO FATOS E DO MÉRITO

Da inexistência de disponibilização dos lucros da coligada

A alegada falta de pagamento do IRPJ e da CSLL advém da não adição ao lucro real de 1999 e 2000, dos lucros apurados pela empresa Itapar Europa, com sede na Ilha da Madeira, Portugal.

Ocorre que esses lucros nunca foram disponibilizados para a impugnante.

A IN SRF nº 38/96 e a Lei nº 9.532/97 determinavam que os lucros auferidos no exterior, por intermédio de controladas ou coligadas, somente seriam tributados no Brasil quando de sua disponibilização, que ocorreria no momento do pagamento ou crédito.

No caso, não houve em favor da impugnante pagamento ou crédito dos lucros da Itapar Europa.

A fiscalização, por meio de uma interpretação completamente equivocada da legislação vigente à época, entendeu que os lucros foram disponibilizados porque a impugnante efetuou uma permuta (sem torna e sem reposição de espécie alguma) de parte de sua participação da Itapar Europa.

A operação de permuta de ações não implica a disponibilização dos lucros, como pretende a fiscalização. Não houve, no caso, emprego de lucros (artigo 1º, §2º, alínea "b", item 4, da Lei nº 9.532/97).

Não obstante a IN SRF nº 38/96 tenha restringido a tributação às hipóteses de disponibilização (pagamento ou crédito), há nela algumas previsões que visam a exigir a



tributação quando não há disponibilidade, como o §9º do artigo 2º (que trata da hipótese de alienação da participação societária).

As disposições da IN SRF nº 38/96 foram posteriormente alçadas ao nível legal pela Lei nº 9.532/97, que, de um lado elencou exaustivamente as hipóteses em que se consideraria disponibilizado, para a empresa no Brasil, os lucros, e, de outro, silenciou a respeito da hipótese de alienação da participação societária como apta a gerar a disponibilização dos lucros, e conseqüente tributação, na forma do §9º do artigo 2º da IN SRF nº 38/96. Ou seja, a previsão foi revogada tacitamente.

Portanto, na forma da Lei nº 9.532/97, somente os lucros pagos ou creditados em favor da coligada são passíveis de tributação, em consonância com o disposto no artigo 43 do CTN.

O entendimento da fiscalização, de que as operações de alienação de parte das quotas da Itapar Europa, por meio de permuta, configura hipótese de disponibilização (emprego) dos lucros, é equivocado.

Em primeiro lugar, prevalecendo esse entendimento, deve-se concluir que o efetivo pagamento ou crédito dos lucros em favor das novas proprietárias das quotas não será tributado. Caso contrário, haverá um *bis in idem*, com a aplicação da regra de tributação por duas vezes sobre um mesmo montante tributável.

A hipótese dos autos não pode, de forma alguma, ser confundida com emprego dos lucros, como erroneamente pretende a autuação, ao embasar a pretensão no artigo 1º, §2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97, pois o emprego dos lucros implica que alguma vantagem patrimonial seja experimentada pela empresa detentora da participação societária.

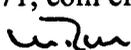
A alienação de quotas é uma operação que ensejaria apenas a apuração de ganho de capital, se o valor de venda tivesse sido maior que o valor de aquisição, o que não ocorreu.

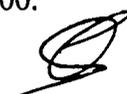
Deve-se reiterar que a previsão do §9º do artigo 2º da IN SRF nº 38/96 não é aplicável (muito embora a fiscalização não tenha utilizado esse dispositivo para embasar a autuação). A citada norma administrativa não tem base legal, e a Lei nº 9.532/97, ao silenciar sobre a matéria, reconheceu que ela violava o artigo 43 do CTN, na medida em que a alienação da participação societária não configura hipótese de disponibilização dos lucros.

Acrescente-se que o próprio RIR/99 (artigos 394 e seguintes) silencia a respeito da tributação dos lucros da controlada ou coligada quando da alienação das quotas ou ações pela empresa investidora.

Da impossibilidade de tributação dos lucros de coligada no exterior diante da Convenção contra Dupla Tributação

A presente autuação abrange os anos-calendário de 1999 e 2000. No ano de 1999, estava em vigor a Convenção para Evitar a Dupla Tributação (entre o Brasil e Portugal), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 59/71, e promulgada pelo Decreto nº 69.393/71. No ano de 2000, a referida Convenção não mais vigorava, pois o Decreto nº 3.121/99 revogou o Decreto nº 69.393/71, com efeitos a partir de 01/01/2000.





Considerando a vigência da Convenção em 1999 (em especial seu artigo 7º), a tributação dos lucros da coligada Itapar Europa não procede.

Diante da Convenção, a lei brasileira não pode, de forma alguma, tributar os lucros da empresa coligada localizada em Portugal. Poderia, no máximo, tributar os dividendos efetivamente pagos (artigo 10). Para que se tenha dividendos atribuídos ou pagos, é preciso que haja a ata de deliberação de seu pagamento/distribuição e a efetiva atribuição ou pagamento, o que não houve no caso.

A doutrina corrobora o entendimento de que, diante da Convenção, as disposições da Lei nº 9.532/97 e do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 não são aplicáveis (fls. 200/201). A jurisprudência administrativa tem vacilado a respeito da questão, mas é possível encontrar-se julgados que reconhecem que, diante da existência de tratados, não há que se falar em tributação de lucros da controlada, mas apenas em tributação de dividendos (fls. 201/202).

No voto da DRJ destaco:

“

**DA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COMO HIPÓTESE
DE DISPONIBILIZAÇÃO / TRIBUTAÇÃO**

A contribuinte alienou cotas de sua coligada no exterior (Itapar Europa), em razão de permuta, à Orion Participações Ltda. (em 13/10/99) e à Lapa Holdings Ltda. (em 24/04/2000).

A permuta configura-se, apenas e tão-somente, como uma forma de pagamento, não transfigurando a natureza das operações. A transferência de bens / direitos caracteriza, sem dúvida alguma, uma alienação, pois *“alienatio est omnis actus per quem dominium transfertur”*, ou seja, alienação é o ato pelo qual se transfere o domínio. Nesse sentido, destacamos os seguintes ensinamentos:

“Alienação, também, chamada de alheação e alheamento, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação. Também indica o ato pelo qual se cede ou transfere um direito pertencente ao cedente ou transferente” (Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 12ª edição, 1996).

“Uma coisa, entretanto é certa: o conceito fundamental da alienação envolve a idéia da transmissão de um direito de um patrimônio, que em virtude dela é desfalcado, para outro, que aumenta” (J. M. Carvalho Santos, in Repertório do Direito Brasileiro, vol. III, pg. 188).

“Alienação – Ato contratual, a título gratuito ou oneroso, pelo qual alguém transfere a outrem a propriedade de uma coisa ou um direito de que é titular. Transferência de domínio” (José Náufel – Novo Dicionário Jurídico Brasileiro – 8ª edição, Editora Ícone, 1989, pg. 113).



Nas operações nas quais a contribuinte transferiu suas ações da Itapar Europa para à Orion Participações Ltda. e à Lapa Holdings houve, evidentemente, a utilização dos lucros da coligada, pois o valor das ações refletem o valor do Patrimônio Líquido, do qual fazem parte os lucros acumulados. Dessa forma, ocorreu uma das hipóteses de disponibilização, nos termos do artigo 1º, §2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97, *in verbis*:

“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:

(...)

b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto na alínea “b” do parágrafo anterior, considera-se:

(...)

b) pago o lucro, quando ocorrer:

(...)

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).

Além do acima exposto, a IN SRF nº 38/96 dispõe expressamente que a operação em tela representa hipótese de disponibilização de lucros, nos termos de seu artigo 2º, §9º, *in verbis*:

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

(...)

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

Destaque-se que a IN SRF nº 38/96 não foi revogada pela Lei nº 9.532/97. Como não houve revogação expressa, a vigência da IN SRF nº 39/96 só seria suprimida pela edição da Lei nº 9.532/97 se não se pudessem conciliar as disposições de uma com as da outra. Assim como não era incompatível com a Lei nº 9.249/95, que a precedeu, a IN SRF nº 38/96 era ainda menos incompatível com a Lei nº 9.532/97, que lhe foi superveniente. Ela só veio a deixar de vigorar de fato com a edição da IN SRF nº 213/2002, que a revogou expressamente.

Quanto à legalidade e inconstitucionalidade das supracitadas normas, cumpre observar que à esfera administrativa não cabe apreciar questões dessa natureza, competência

inter



essa exclusiva do Poder Judiciário, não sendo possível negarmos vigência aos dispositivos legais em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

Improcede, portanto, a alegação da impugnante de que não houve a disponibilização dos lucros da coligada

DO TRATADO BRASIL-PORTUGAL

Não há que se discutir a supremacia dos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil sobre a legislação interna brasileira, pois não se verifica, no presente caso, qualquer incompatibilidade entre a Convenção Brasil-Portugal e as normas que regem a tributação de lucros auferidos no exterior.

A Convenção entre Brasil e Portugal, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 59/71, e promulgada pelo Decreto n.º 69.393/71, visava a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento, inclusive quanto à renda produzida na Ilha da Madeira, conforme determina o seu artigo III, 1, letra “b”. A Convenção, em hipótese alguma, propugna pela não tributação, no Brasil, dos rendimentos auferidos em Portugal.

No caso, não se está tributando os lucros da coligada no exterior, mas os lucros considerados disponibilizados para a coligada no Brasil, os quais têm a natureza de dividendos, sendo, portanto, aplicável ao caso não o artigo VII, mas o artigo X, item 1, da Convenção, que expressamente prevê a possibilidade de sua tributação no Brasil, *in verbis*:

“Artigo X.

Dividendos

1. os dividendos atribuídos ou pagos por uma sociedade residente de um Estado contratante a um residente do outro Estado contratante podem ser atribuídos nesse outro Estado.

(...)” (grifei).

O que a Convenção prevê é, simplesmente, mecanismos de compensação de tributos para se evitar a bi-tributação (não a tributação) dos rendimentos, como o artigo XXII, *in verbis*:

“Método para eliminar a Dupla Tributação

ARTIGO XXII

1. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto na presente Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado deduzirá do imposto sobre os rendimentos desse residente, uma importância igual ao imposto pago no outro Estado contratante. A importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fração do imposto do primeiro Estado, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributados no outro Estado.

(...)”

A compensação do crédito tributário lançado no Brasil, por ocasião de seu pagamento, com o imposto pago no exterior, está prevista na legislação interna brasileira, nos termos do artigo 13, e §§, da IN SRF n.º 38/96 (artigo 14 da IN SRF n.º 213/2002), *in verbis*:

unten



“Art. 13. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, bem como o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.

§ 1º Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada ou o relativo a rendimentos e ganhos de capital, o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser o mesmo de competência de unidade da federação do país de origem (...).”

Desse modo, não procede a alegação da impugnante, no sentido de que a Convenção contra Dupla Tributação impossibilita o presente lançamento.”

O recorrente foi intimado do acórdão DRJ em 19/03/2007 e apresentou recurso voluntário em 17/04/2007.

Em seu recurso reitera o que já havia afirmado da impugnação, em especial que os lucros nunca chegaram a ser disponibilizados para a Recorrente. Que a IN 38/96 e a Lei 9.532/97 determinavam que os lucros auferidos no exterior, por intermédio de controladas e coligadas, somente seriam tributados no Brasil quando de sua disponibilização, que ocorreria somente no momento do pagamento ou crédito..

Que a fiscalização, por meio de uma interpretação completamente equivocada da legislação vigente à época, entendeu que os lucros foram disponibilizados porque a recorrente efetuou uma permuta de parte de sua participação na Itapar Serviços Ltda. Por participações em outras empresas.

Que, de fato, a recorrente, em 13/10/1999 efetuou uma permuta de 214.786.155 quotas junto à Orion Participações Ltda., reduzindo a sua participação na Itapar Europa serviços Ltda. Para 29,7177%. Posteriormente, a Recorrente efetuou nova permuta de 378.254.624 quotas junto à empresa Lapa Holdings Ltda., reduzindo a sua participação na Itapar Europa Serviços Ltda. Para 19,79808%.

Que, contudo, tais permutas ocorreram sem torna e sem reposição de espécie alguma.

Que não houve pagamento ou crédito.

Que a operação de permuta não implica na disponibilização dos lucros, como pretende a fiscalização.

Que não houve emprego dos lucros. A recorrente efetuou permuta de sua participação e o lucro permaneceu na empresa Itapar . Quando esta empresa efetuar o pagamento ou crédito dos lucros às novas proprietárias das quotas objeto das operações de permuta, estas novas proprietárias serão então obrigadas a adicionar ao seu lucro real o respectivo valor.

Traz doutrina de Alberto Xavier, onde o autor analisa o inciso iv do parágrafo 2º. do art. 1º. da Lei 9532/97, afirmando:





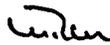
“...a quarta e última modalidade não respeita o conceito de renda do art. 43 do CTN como acréscimo patrimonial disponível, pois num aumento de capital de sociedade por incorporação de lucros ou reservas não ocorre um acréscimo patrimonial do sócio, cujo investimento mantém alterado o seu valor, ocorrendo apenas uma substituição de natureza qualitativa de contas do patrimônio líquido da sociedade investida, pela conversão de lucros em capital.”

Que o STF teria analisado a situação no julgamento da inconstitucionalidade do ILL, considerando inconstitucional o art. 35 da Lei 7713/88, que contrariava o art. 43 do CTN.

Que a alienação das quotas ensejaria apenas a apuração de ganho de capital se o valor de venda tivesse sido maior do que o valor de aquisição, o que não ocorreu.

Também alega a impossibilidade de tributação de coligada no exterior diante da convenção contra Dupla Tributação. Que a presente autuação abrange os anos-calendário de 1999 e 2000 e que em 1999 estava em vigor a Convenção Brasil Portugal destinada a evitar a dupla tributação, aprovada pelo Decreto Legislativo 69.393/71. Que em 2000 a referida convenção não mais vigorava, sendo certo que o Decreto 3.121/99 revogou o decreto 69.393/71, com efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2000.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Relator

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

A lide se restringe a dois pontos: se a permuta de quotas configura a disponibilização de lucros prevista na Lei 9532 e sobre a aplicação do tratado contra a bitributação Brasil Portugal se aplica ao caso concreto.

Quanto ao primeiro aspecto, não vejo como prosperar a argumentação da recorrente.

A decisão recorrida se manifestou sobre a matéria conforme abaixo:

Nas operações nas quais a contribuinte transferiu suas ações da Itapar Europa para à Orion Participações Ltda. e à Lapa Holdings houve, evidentemente, a utilização dos lucros da coligada, pois o valor das ações refletem o valor do Patrimônio Líquido, do qual fazem parte os lucros acumulados. Dessa forma, ocorreu uma das hipóteses de disponibilização, nos termos do artigo 1º, §2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97, *in verbis*:

“Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:

(...)

b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto na alínea “b” do parágrafo anterior, considera-se:

(...)

b) pago o lucro, quando ocorrer:

(...)

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).

Além do acima exposto, a IN SRF nº 38/96 dispõe expressamente que a operação em tela representa hipótese de disponibilização de lucros, nos termos de seu artigo 2º, §9º, *in verbis*:

“Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido do período-base,

under



para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

(...)

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

Conforme se observa acima, nas operações nas quais a contribuinte transferiu suas ações da Itapar Europa para à Orion Participações Ltda. e à Lapa Holdings houve, evidentemente, a utilização dos lucros da coligada, pois o valor das ações refletem o valor do Patrimônio Líquido, do qual fazem parte os lucros acumulados.

Configurou-se, portanto a condição prevista no item 4 do parágrafo 1º. do art. 1º. da Lei 9.532:

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

Não há notícia do afastamento desta norma pelo judiciário, com efeito erga omnes, sendo, portanto, de aplicação obrigatória por este colegiado.

Quanto ao segundo aspecto, também não cabe razão à recorrente, pois já enfatizado pela decisão recorrida, o citado tratado não impede a tributação, mas apenas a bitributação, ou seja, permite que se compense o tributo pago no país de origem do rendimento com o tributo a ser pago no país destino.

O que a Convenção prevê é, simplesmente, mecanismos de compensação de tributos para se evitar a bi-tributação (não a tributação) dos rendimentos, como o artigo XXII, *in verbis*:

*“Método para eliminar a Dupla Tributação
ARTIGO XXII*

1. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos que, de acordo com o disposto na presente Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado deduzirá do imposto sobre os rendimentos desse residente, uma importância igual ao imposto pago no outro Estado contratante. A importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fração do imposto do primeiro Estado, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributados no outro Estado.”

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo o lançamento.

É o voto.

Sala das Sessões, em 17 de setembro de 2008



MARCOS RODRIGUES DE MELLO