



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 16561.000003/2008-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-001.354 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2014
Matéria Ajustes Decorrentes de Equivalência Patrimonial no Exterior
Recorrente BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2002

EMBASAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO. DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA RECORRENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. É procedente o lançamento tributário realizado com base em documentação apresentada pela própria recorrente, à mingua de outros elementos que poderiam ter sido fornecidos durante o procedimento de fiscalização.

IRPJ. CSLL. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. VARIAÇÃO CAMBIAL. RESULTADOS POSITIVOS CORRESPONDENTES AO VALOR DO INVESTIMENTO. O lançamento de IRPJ e CSLL sobre equivalência patrimonial resultante de variação cambial em coligadas/controladas no exterior deve incidir sobre o valor do investimento no ano calendário correspondente.

EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. VARIAÇÃO CAMBIAL. INVESTIMENTOS DE COLIGADA. O lançamento de IRPJ e CSLL sobre o resultado positivo de variação cambial de empresa situada no país somente incide sobre a equivalência patrimonial da sociedade coligada/controlada no exterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR (Presidente), EDUARDO DE ANDRADE, HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, MARCIO RODRIGO FRIZZO, WALDIR VEIGA ROCHA, GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário.

Na origem foi efetuado lançamento de ofício de IRPJ (R\$ 103.553.538,50) e CSLL (R\$ 49.221.627,60) sobre resultados positivos (variação cambial) de equivalência patrimonial de investimentos de sociedades controladas ou coligadas à recorrente no exterior durante o ano-calendário 2002, lavrado pela Divisão de Fiscalização - Tributação em bases Universais da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais da Receita Federal do Brasil em São Paulo (DEAIN/SP), em cumprimento ao MPF nº 0817100.2005.00170-0 (fls. 63/73).

O lançamento se fundamenta no art. 74, da MP 2.158-35/2001, combinado com o art. 7º, § 1º, da IN nº 213/01, e se deu para evitar a decadência do crédito, haja vista a suspensão da exigibilidade do tributo (art. 151, IV, CTN) promovida pela liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2003.61.00.003806-6, processado perante a 24ª Vara Federal de São Paulo/SP (fls. 14/16), consoante se denota da seguinte passagem da decisão (fl. 16):

Assim, DEFIRO A LIMINAR requerida para suspender a exigibilidade de créditos tributários dos impetrantes, de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro CLS resultantes da não adição nas bases de cálculo destes tributos dos resultados positivos de equivalência patrimonial de seus investimentos em sociedades coligadas ou controladas no exterior, afastando-se aplicação da IN SRF 213/02, e determino que as autoridades impetradas abstenham-se da prática de qualquer ato construtivo tendente à cobrança de tais tributos.

Dessa forma o AFRFB expediu três termos de intimação para que a Recorrente apresentasse os seguintes documentos (fls. 06/12):

- Demonstrativos de afiliações e participações empresárias no exterior;
- Demonstrativos de lucros e prejuízos dessas entidades;
- Descrição das operações e atividades exercidas no exterior;
- Atos constitutivos dessas entidades;
- Demonstrativos financeiros das entidades em moedas locais;
- Conversão para reais dessas demonstrações financeiras;
- Cópias do Livro diário onde as demonstrações financeiras foram escrituradas;
- Registros contábeis das operações da recorrente no exterior;
- Memórias de cálculo e lançamentos contábeis de equivalência patrimonial das entidades no exterior;

- Comprovação da inclusão nos cálculos do IRPJ dos lucros obtidos no exterior;
- Comprovantes de pagamento sobre renda no exterior;
- Cópias de contratos de mútuos com empresas vinculadas do exterior;
- LALUR; e
- Planos de conta do período fiscalizado.

Consta dos autos a apresentação de instrumento de procuração (fls. 13), cópia das principais partes dos autos de mandado de segurança (fls. 14/43), relatório de auditoria realizada em 2002 na então controlada “BMSP Internacional em Luxemburgo” pela *Deloitte & Touche* (fls. 44/56), balancetes das demais controladas (fls. 57/62), e demonstrativos de compensação de prejuízos fiscais (fls. 74/77).

Em posse dessas informações, o AFRFB identificou que a Recorrente possui as seguintes dependências no exterior, consoante narra o Termo de Verificação Fiscal (fls. 78/92):

(i) Que em 31/12/2002 a recorrente possuía participação nas seguintes dependências situadas no exterior:

1. Controladas e Coligadas: (a) Banco Mercantil São Paulo Internacional S/A Luxemburgo-Controlada; (b) Finasa Holding Controlada em 2002 e Coligada em 2001 com 30,50%.

2. Filiais: (a) Banco Mercantil de São Paulo Grand Cayman; (b) Banco Mercantil de São Paulo London; (c) Banco Mercantil de São Paulo New York;

Ato seguinte, foi realizado o cálculo da equivalência patrimonial desses investimentos, oportunidade em que o AFRFB identificou os seguintes resultados positivos:

- BMSP Luxemburgo: R\$ 102.730.545,90;
- BMSP Grand Cayman: R\$ 100.224.634,70;
- BMSP Londres: R\$ 19.486.941,39;
- BMSP Nova York: R\$ 16.364.233,23;
- Finasa Holding: R\$ 213.916.516,20;
- **TOTAL: R\$ 435.722.871,30.**

Após, foi realizado o lançamento tributário para evitar a decadência. Em tempo, cumpre destacar que o Termo de Verificação Fiscal não aponta com precisão de onde foram extraídas as informações para o cálculo do montante devido. Entretanto, percebe-se que o lançamento se deu a partir de relatório de auditoria apresentado aos autos, realizado pela *Deloitte & Touche* (fls. 44/56) e dos balancetes das demais controladas (fls. 57/62).

Ato seguinte, a recorrente foi notificada do lançamento em 28/12/2007 (fls. 92). Em 28/01/2008 apresentou impugnação questionando, em síntese, as formalidades

atinentes ao lançamento (competência da autoridade e base de cálculo do lançamento) (fls. 94/99).

Na oportunidade, a recorrente apresentou cópia do PAF nº 16327.002193/2007-75 em que a Delegacia Especial de Instituições Financeiras da Receita Federal do Brasil em São Paulo (DEINF/SP), no cumprimento do MPF nº 0816600-2007.00276-2, efetuou o mesmo lançamento em face de Alvorada Cartões, Créditos, Financiamentos e Investimentos S/A, pessoa jurídica sucessora da recorrente por incorporação (fls. 141/689), porém, a apuração da base de cálculo do tributo se deu com base em inúmeros documentos apresentados pela recorrente à fiscalização, resultando em um lançamento divergente do presente (montante significativamente inferior).

A impugnação da recorrente foi julgada improcedente, nos termos do acórdão cuja ementa segue abaixo (fls. 690/711):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ.

Ano-calendário: 2002

COMPETÊNCIA CONCORRENTE. DEAIN. DEINF. A competência da Delegacia Especial de Assuntos Internacionais e da Delegacia Especial de Instituições Financeiras é concorrente para efetuar o lançamento à tributação em bases universais em que o sujeito passivo é uma instituição financeira.

PREVISÃO DE JURISDIÇÃO. O início do procedimento fiscal previne a jurisdição na hipótese de competência concorrente entre as unidades administrativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

ERRO DE CÁLCULO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. Não demonstrado o equívoco na apuração da base de cálculo do tributo, deve ser integralmente mantida a exigência.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O LUCRO LÍQUIDO - CSLL.

Ano-calendário: 2002

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A procedência do lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica implica manutenção das exigências fiscais decorrentes dos mesmos fatos.

Lançamento procedente.

Intimada da decisão supratranscrita em 30/06/2008 (fl. 715), a recorrente apresentou recurso voluntário em 30/07/2008 (fl. 722/746), no qual ventila as seguintes razões, em resumo:

(i) Em preliminar, alega que o acórdão recorrido é nulo por ausência de clareza mínima quanto a origem dos valores que serviram de base para o lançamento, deixando de mencionar inclusive de onde foram extraídos os

dados para a realização dos seus cálculos, afrontando o disposto nos artigos 113, § 1º e 142, ambos do CTN;

(ii) No mérito, necessidade de retificação dos valores de IRPJ e CSLL para a correção dos cálculos elaborados pelo AFRFB em relação aos resultados de equivalência patrimonial decorrentes das participações nas estrangeiras Finasa Holding e BMSP Luxemburgo.

Neste aspecto, a recorrente sustenta que o AFRFB, considerou para o cálculo da variação cambial da dependência Finasa Holding, base de cálculo do lançamento, a diferença do saldo apurado em 31/12/2001, de R\$ 56.480.549,08, e 31/12/2002, de R\$ 270.397.065,20, como equivalência patrimonial, sem levar em consideração que parte dessa diferença correspondia à aquisição de 69,5% da participação nessa sociedade, Finasa Holding, junto à Souto Vidigal S/A;

Quanto à controlada BMSP Internacional Luxemburgo, a recorrente defende que não deveria ser tributada por equivalência patrimonial decorrente de variação cambial dessa empresa, pois adquiriu participação societária nela em 31/12/2002.

(iii) Subsidiariamente, pleiteia a conversão dos autos em diligência para realização de perícia contábil nos autos para a elucidação da verdade real dos fatos alegados e demonstrados em suas oportunidades de manifestação, mormente acerca das operações societária de aquisição e incorporação envolvendo as coligadas/controladas no exterior BMSP-Luxemburgo e Finasa Holding.

Remetido o processo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o então Conselheiro Relator entendeu que os autos não se encontravam devidamente instruídos para julgamento. Na ocasião, ponderou-se o seguinte (fls. 919/923):

(i) A recorrente trouxe aos autos alegações lastreadas em documentos que fazem surgir dúvida razoável sobre a base de cálculo apurada pela fiscalização;

(ii) Que se confirmadas as alegações da recorrente, pode haver relevante alteração da base tributável;

(iii) Que em busca da verdade material no processo administrativo, seria necessário a conversão do julgamento em diligência para:

- Auferir a veracidade das afirmações dos parágrafos 46 e 53 do recurso voluntário – ter o AFRFB desconsiderado que parte da diferença apurada entre 2001 e 2002 correspondia à aquisição de 60,5% da participação na Finasa Holding junto à Souto Vidigal S/A. Se afirmativa a resposta, qual seria o reflexo no lançamento;

- Auferir a veracidade das afirmações dos parágrafos nº 56 a 65 do recurso voluntário – que a recorrente teria deixado de participar da BMSP-Luxemburgo em 27/12/2001, e voltado somente em 30/12/2002, quando da incorporação da Finasa Holding. Se afirmativa a resposta, qual seria o reflexo no lançamento.

A Turma, então, por unanimidade decidiu pela conversão do julgamento em diligência para que fossem esclarecidas essas circunstâncias.

Na origem, os questionamentos formulados foram respondidos para esclarecer que, de fato, a fiscalização não teria se atentado às operações societárias realizadas pela recorrente na participação entre as estrangeiras Finasa Holding e BMSP Luxemburgo. Ainda, que essas circunstâncias refletiriam no lançamento da equivalência patrimonial de variação cambial apenas da controlada Finasa Holding, ou seja, somente em relação ao primeiro questionamento, nos termos dos esclarecimentos acostados aos autos (fls. 926/930).

Em seguida, os autos foram devolvidos novamente ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo.

O recurso voluntário apresentado preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

1. Considerações preliminares

Antes de iniciar o exame das razões do recurso voluntário, observa-se que a recorrente noticia a existência de ação judicial, mandado de segurança nº 2003.61.00.003806-6, originário da 24ª Vara Federal de São Paulo/SP, relacionada ao lançamento discutido nestes autos.

Do contexto dos autos, verifica-se que na ação judicial discute-se a inconstitucionalidade da adição nas bases de cálculo de IRPJ e CSLL dos resultados positivos de equivalência patrimonial de seus investimentos em sociedades coligadas ou controladas no exterior, com fundamento na IN nº 213/2002.

Nestes autos de processo administrativo, em síntese, discute-se apenas a forma de composição da base de cálculo IRPJ e CSLL dos resultados positivos de equivalência patrimonial de seus investimentos em sociedades coligadas ou controladas no exterior, cujo lançamento se deu para fins de precaver-se de decadência, já que a recorrente dispõe de medida liminar na ação noticiada, eximindo-a da exação por hora.

Assim, não se verifica a concomitância ou impedimento para o tribunal administrativo realizar o julgamento da matéria versada nos autos, conforme enunciado nº 01, da súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais¹.

Então, passa-se ao exame dos argumentos ventilados em recurso voluntário.

2. Da preliminar suscitada no recurso voluntário

No recurso voluntário, a recorrente apresenta preliminar de nulidade do auto de infração, por violação ao disposto nos artigos 113, § 1º e 142, ambos do CTN. Vejamos:

29. o fato de a DEAIN/SP não ter descrito com clareza a origem dos valores lançados, deixando, inclusive, de mencionar de onde foram extraídos os dados para a realização dos seus cálculos (!!), acabou por transferir ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto no artigo 113, § 1º e 142, do CTN.

A preliminar em questão, todavia, não merece amparo. Vejamos.

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

A controvérsia discutida no recurso voluntário versa sobre a existência de erro na base de cálculo do tributo cujo lançamento se deu única e exclusivamente para fins de prevenção de decadência.

Esse erro teria se dado especificamente em relação ao resultado positivo (variação cambial) de equivalência patrimonial de investimentos da recorrente nas controladas/coligadas BMSP Luxemburgo e Finasa Holding.

Especificamente em relação à variação cambial da coligada BMSP Luxemburgo no ano calendário fiscalizado, consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 81):

A- Banco Mercantil de São Paulo Internacional Luxemburgo

Esta controlada, embora não tenha sido declarada na DIPJ do ano calendário de 2001, estava sobre o controle do BMSP, de acordo com o relatório anual de auditoria da Deloitte & Touche, em anexo. Seu Patrimônio Líquido à época era de: (grifou-se).

Ou seja, a autoridade fiscal baseou-se expressamente no relatório de auditoria apresentado aos autos pela recorrente, motivo pelo qual não há nulidade hábil a lastrear a autuação fiscal.

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que não somente a apuração da variação cambial da coligada BMSP Luxemburgo baseou-se no aludido relatório de auditoria, mas também das demais filiais mantidas pela recorrente no exterior.

Outrossim, consta dos autos a expedição de três termos de intimação da recorrente para a apresentação de inúmeros outros documentos para o fim de subsidiar o lançamento de um tributo já questionado pela própria recorrente (fls. 06/12). Destarte, é plenamente válido o lançamento do crédito tributário que se baseou em documentos apresentados pela própria recorrente, na falta de outros elementos.

Em tempo, a recorrente já sustentava na impugnação que o lançamento teria sido realizado em duplicidade nestes autos e nos de nº 16327.002193/2007-75. Assim, poderia a recorrente ter apresentado nestes autos os mesmos elementos apresentado nos autos de nº 16327.002193/2007-75, antes mesmo do lançamento do crédito tributário.

Destarte, é patente concluir que não há nos autos nulidade hábil a tornar sem efeito o auto de infração impugnado, razão pela qual voto no sentido de afastar a preliminar de nulidade e negar provimento do recurso voluntário nesse aspecto.

3. Da apuração do montante devido a título de IRPJ e CSLL sobre variação cambial

3.1. Da controlada/coligada Finasa Holding

Em apertada síntese, a recorrente sustenta no mérito significativa divergência em relação aos cálculos elaborados pela fiscalização em relação ao resultado de equivalência patrimonial relativos às controladas/coligadas Finasa Holding e o BMSP Internacional Luxemburgo.

Pontua que (fls. 738):

46. A DEAIN/SP, ao realizar os seus cálculos para apuração do IRPJ e da CSL lançados no presente processo administrativo, conforme consta das fls. 86/87 do processo administrativo, procedeu da seguinte forma:

(i) na apuração em 31/12/2001, foi constatada a participação de 30,50% (BMSP na FINASA) no valor de R\$ 56.480.549,08; e

(ii) na apuração em 31/12/2002, foi considerada a participação de 100% (BMSP na FINASA) no valor de R\$ 270.397.065,20.

47. Portanto, o cálculo da variação cambial correspondeu à diferença entre saldos apurados em 31/12/2002 (R\$ 270.397.065,20) e 31/12/2001 (R\$ 56.480.549,08), ou seja, apurou-se R\$ 213.916.516,20. Frise-se que, neste cálculo não foi considerado a aquisição de 69,5% (junto à Souto Vidigal) no valor patrimonial de R\$ 122.977.793,48 (docs. n.ºs. 7 e 8 acima).

48. A DEAIB/SP considerou o montante de R\$ 122.977.793,48 (cento e vinte e dois milhões, novecentos e setenta e sete mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta e oito centavos) como variação cambial do investimento do Banco Mercantil de São Paulo S.A na FINASA, como se a participação societária daquela sociedade naquela permanecesse em 30,50%.

Para a recorrente, o resultado deste equívoco refletiria na base de cálculo dos tributos em exame, nos termos que adiante seguem (fl. 739 e ss.):

53. Dessa forma, diante dos documentos elucidados anexados, a correta base de cálculo que deveria ser adotada pela D. Fiscalização para apuração do IRPJ e da CSL corresponde ao valor de R\$ 91.331.602,07 (noventa e um milhões, trezentos e trinta e um mil seiscentos e dois reais e sete centavos) e não ao valor de R\$ 213.916.516,10 (duzentos e treze milhões, novecentos e setenta e sete mil, setecentos e noventa e três reais e quarenta e oito centavos), indevidamente considerados pela DEAIN/SP como variação cambial do investimento do Banco Mercantil de São Paulo S.A. na FINASA.

Diante destes argumentos, o douto Conselheiro designado anteriormente entendeu prudente converter o julgamento em diligência, para que o AFRFB atestasse a veracidade dessas informações, e quais seriam os efeitos no lançamento.

Com a conversão dos autos em diligência, o AFRFB constatou, em síntese (fls. 926):

[...] Diante do exposto acima, temos a dizer o que se segue:

1.1 Realmente, essa fiscalização, quando da confecção dos cálculos da já citada variação cambial equivocou-se em não considerar a aquisição citada no item 1.2 acima,

1.2 Entretanto, considera-se que os cálculos apresentados pela digníssima defesa não estão corretos,

1.3 Primeiramente há de se considerar dois momentos: o primeiro que vai do começo do ano de 2002 até a data da aquisição dos 69,50%, 25 de março de 2002, e o segundo que parte desta data até o dia 30 de dezembro desse mesmo ano.

Dessa forma, teríamos uma variação cambial do investimento na

fiscalizada até a data dessa aquisição e outra partindo dessa data até o 30/12/2002,

1.4 O primeiro valor seria então:

Total do Patrimônio Líquido da Finasa Holding em 31/12/2001
US 79.806.123,17

Participação de 30,50%

US 23.340.867,56

Taxa de Câmbio em 31/12/2001 2.3204

Taxa de Câmbio em 25/03/2002 2.3641

2001 R\$ 56.480.549,08

25/03/2002 R\$ 57.544.244,99

Variação Cambial R\$ 1.063.6695,91

1.5 O segundo valor seria a variação cambial desta data até 30/12/2002:

Colocando os valores em reais e já excluindo o lucro distribuído:

25/03/2002 US 79.806.123,17 x 2.3641 = R\$ 188.669.655,7

30/12/2002 US 79.806.123,17 x 3.5333 = R\$ 281.978.976,8

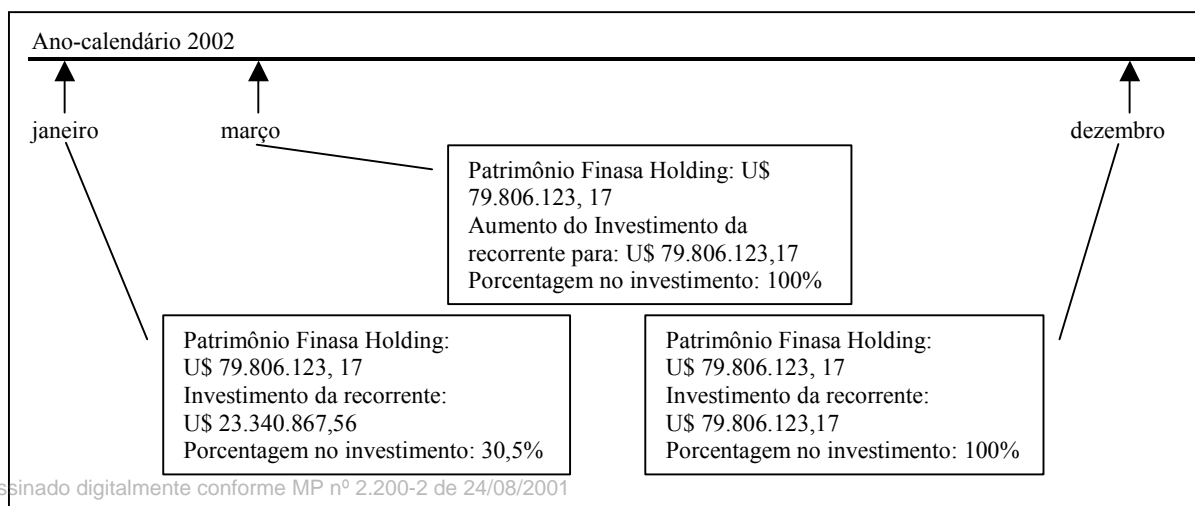
Variação cambial depois da aquisição da participação societária:

(R\$ 281.978.976,8 – R\$ 188.669.657,00) = R\$ 93.309.319,80

Variação cambial total:

R\$ 93.309.319,80 + R\$ 1.063.695,91 = R\$ 94.373.015,11 [...]

Didaticamente, teríamos então que:



Na ilustração acima, ao converter os valores em reais com a taxa de câmbio do período, o AFRFB desconsiderou o investimento realizado pela recorrente em março, tomando a diferença do resultado da conversão (em reais) do investimento em janeiro (US\$ 23.340.867,56) e do investimento em dezembro (US\$ 79.806.123, 17) como variação cambial positiva.

Entretanto, em tempo, o erro cogitado foi retificado pela própria autoridade fazendária quando da conversão dos autos em diligência.

Diante destas circunstâncias, resta dar provimento ao recurso voluntário, pois a fiscalização desconsiderou a elevação de seus investimentos na estrangeira Finasa Holding.

Entretanto, ainda assim, o valor da variação cambial (base de cálculo do lançamento) da recorrente na coligada/controlada Finasa Holding, apurado pelo AFRFB quando da conversão dos autos em diligência (R\$ 94.373.015,11), diverge do valor alegado pela recorrente no recurso voluntário (R\$ 91.331.602,07), a despeito do valor inicialmente apurado (R\$ 213.916.516,20).

Investigando o contexto dos autos, não é possível identificar a origem do valor da variação cambial da coligada/controlada Finasa Holding, alegado pela recorrente (R\$ 91.331.602,07).

Ao contrário, o valor da variação cambial da coligada/controlada Finasa Holding, apontado pelo AFRFB (R\$ 94.373.015,11), decorre da conversão de seu Patrimônio Líquido em dólar (*constante no relatório de auditoria apresentado pela recorrente de fls. 44/62 e no balanço patrimonial apresentado nos autos nº 16327.002193/2007-75 de fls. 271*) segundo a taxa de câmbio aplicada no período, conforme esclarecimentos do AFRFB no item "1" (fls. 926/930).

Destarte, considerando o contexto dos autos, entendo pela procedência parcial do recurso voluntário, razão pela qual voto por determinar a correção da base de cálculo dos resultados positivos (variação cambial) de equivalência patrimonial de investimentos da recorrente na coligada Finasa Holding, adotando-se a seguinte metodologia de apuração:

- (i) De 01/01/2002 a 25/03/2002: cálculo da equivalência patrimonial pela variação cambial sobre 30,5% do capital da Finasa Holding, proporcional ao investimento da recorrente;
- (ii) De 26/03/2002 a 30/12/2002: cálculo da equivalência patrimonial pela variação cambial sobre 100% do capital da Finasa Holding, proporcional ao investimento da recorrente.

Sendo a recorrente, detentora de apenas 30,5% da coligada Finasa Holding até o 25/03/2002, deve-se considerar o resultado da equivalência patrimonial por variação patrimonial sobre o valor do seu investimento.

Por consequência, da citada data até o dia 30/12/2002, legítimo é o lançamento sobre a equivalência patrimonial no valor de seu investimento aumentado, que passou a ser de 100% sobre a agora controlada Finasa Holding.

Registra-se que o valor correto a ser considerado como equivalência patrimonial decorrente da variação cambial da controlada Finasa Holding é aquele apontado pela fiscalização (R\$ 94.373.015,11), que é apurado com base no patrimônio líquido da recorrente constante nos autos (fls. 44/62 e fls. 271).

Assim, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário da recorrente, nos termos e fundamentos ora delineados.

3. 2. Da controlada Banco Mercantil de São Paulo Internacional - Luxemburgo

No que diz respeito ao BMSP Internacional Luxemburgo, em síntese, a recorrente sustenta que não deveria ter sido objeto de tributação o resultado apurado pela equivalência patrimonial, pois deixou de deter participação acionária na companhia em 27/12/2001, tornando a tê-la novamente somente em 30/12/2002. Argumenta que (fl. 742):

56. Conforme mencionado no item IV.2.(i) acima, a partir do dia 27/12/2001 o Banco Mercantil de São Paulo S.A. [recorrente] deixou de participar no capital social total do BMSP – Luxemburgo, pelo fato de ter integralizado as ações que detinha no capital desta empresa para a formação de parte do capital da sociedade FINASA (30,5%). Posteriormente, a participação Banco Mercantil de São Paulo [recorrente] naquela sociedade passou a ser de 100%, em razão da aquisição da participação correspondente a 69,5%, junto a Souto Vidigal S.A.

57. Como resultado da incorporação da FINASA pela BMSP - Luxemburgo em 31/12/2002, o Banco Mercantil de São Paulo S.A [recorrente] passou a participar novamente no capital social da BMSP – Luxemburgo, já que as ações que detinha na FINASA foram “trocadas” por ações da BMSP – Luxemburgo.

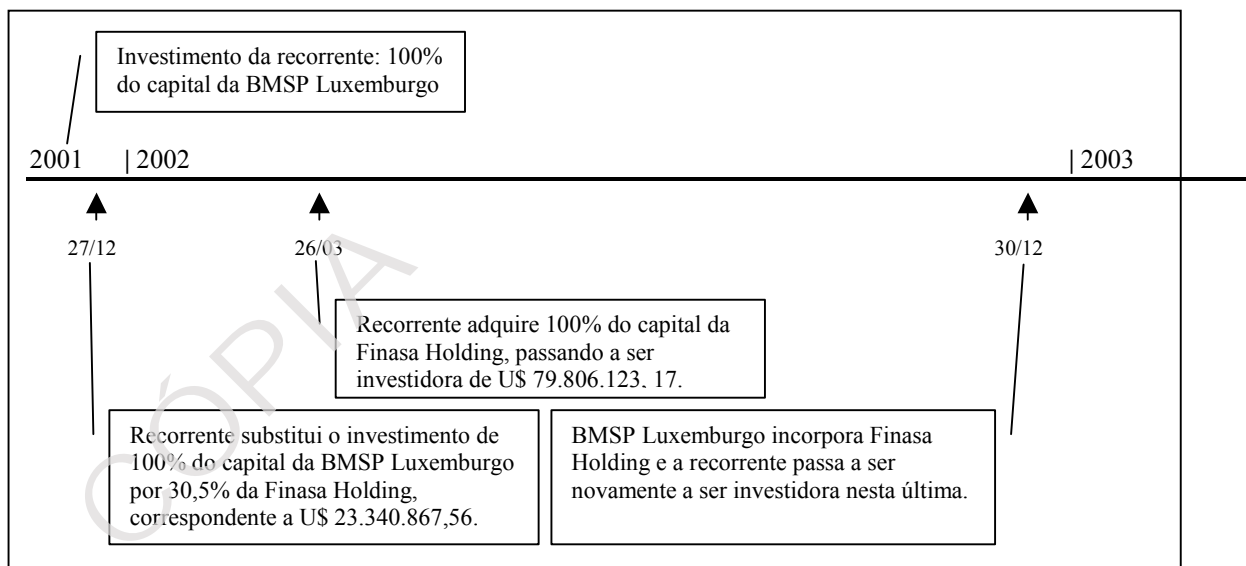
Para a recorrente, a consequência disso é de que não haveria que se falar no lançamento de crédito tributário no período, porquanto não teria experimentado qualquer impacto decorrente da equivalência patrimonial em razão da variação cambial em relação à BMSP Luxemburgo, vejamos (fl. 744):

65. No entanto, conforme demonstrado nos itens acima, o banco mercantil de São Paulo S.A. deixou de participar da BMSP Luxemburgo (empresa controlada) em 27/12/2001, motivo pelo qual essa empresa sequer foi declarada na DIPJ do ano 2001, voltando a participar nessa empresa somente em dezembro de 2002 em 100% face à incorporação da FINASA HOLDING. Portanto, no ano 2002, não há que se apurar variação cambial pela empresa, conforme equivocadamente apurado pela DEAIN/SP.

Quando da conversão dos autos em diligência para auferir a veracidade dessas informações, o AFRFB reconhece a operação societária, conforme já pontuado, mas defende que não haveria reflexo na base de cálculo do lançamento, conforme argumentos que serão individualmente analisados adiante.

Neste ponto, entendo que o recurso voluntário merece provimento.

Para fins de elucidação, ilustra-se cronologicamente a operação societária em exame:



No lançamento objeto dos autos, o AFRFB considerou que a recorrente teria auferido resultados positivos de equivalência patrimonial decorrentes de variação cambial em investimentos junto à controlada Banco Mercantil de São Paulo Internacional – Luxemburgo nos seguintes termos:

2.2 - CAPITAL, RESERVAS E LUCROS

A- Banco Mercantil de São Paulo Internacional Luxemburgo

Esta controlada, embora não tenha sido declarada na DIPJ do ano calendário de 2001, estava sobre o controle do BMSP, de acordo como relatório anual de auditoria da Deloitte & Touche, em anexo. Seu Patrimônio Líquido à época era de:

Capital US\$ 40.000.000,00

Reservas US\$ 29.434.103,34

Lucro US\$ 6.671.605,49

Total US\$ 76.105.708,83

Em Reais – Taxa de 2.3204 = R\$ 173.595.608,70

Em 2002

Capital US\$ 40.000.000,00

Reservas US\$ 35.438.548,28

Lucro US\$ 5.532.200,14

Total US\$ 80.970.748,42

Taxa de câmbio = 3.5333

Em reais R\$ 286.093.945,30

Lucro disponibilizado em 2002 R\$ 6.767.712,72

P.L de 2002: R\$ 286.093.945,30 – R\$ 6.767.712,72 = R\$ 279.326.232,60.

Resultado Positivo da equivalência patrimonial de 2001-2002:

R\$ 279.326.232,60 – R\$ 176.595.686,70 = R\$ 102.730.545,90

Porém, como pontuado pela recorrente, e verificado pelo AFRB quando da conversão do julgamento dos autos em diligência, a recorrente teria deixado de participar dessa sociedade em 27/12/2001, retomando sua participação em 30/12/2002. Resumidamente, segue relato cronológico dos fatos:

(i) 27/12/2001: Recorrente substitui 100% de ações na BMSP Luxemburgo por 30,5% de ações na Finasa Holding (Luxemburgo). Logo, a recorrente deixou de ter a participação na BMSP Luxemburgo para ser acionista na Finasa Holding.

(ii) 25/03/2002: Recorrente adquire outros 69,5% da Finasa Holding junto à Souto Vidigal S/A. A recorrente passa, então, a deter 100% da Finasa Holding, controladora da BMSP Luxemburgo.

(ii) 30/12/2002: A BMSP Luxemburgo incorpora a Finasa Holding. Logo, a recorrente, que detinha 100% da Finasa Holding, passa a deter novamente 100% do capital da BMSP Luxemburgo.

Conclui-se que o investimento da recorrente em sociedade no exterior durante o período fiscalizado se deu na Finasa Holding S/A, e não na BMSP Luxemburgo, controlada pela primeira.

Quanto à Finasa Holding, tanto a recorrente em seu recurso voluntário, quanto o AFRFB, ao prestar esclarecimentos acerca das alterações societárias noticiadas, convergem na metodologia de apuração da equivalência patrimonial, como examinado no item anterior.

A recorrente passou a ser investidora da BMSP Luxemburgo em 30/12/2002. Portanto, somente a partir de então é que ela pode ser demandada ao pagamento de equivalência patrimonial decorrente de variação cambial no limite financeiro e temporal do investimento.

Entendo que o AFRFB deveria ter verificado se, durante o período em que a Finasa foi controladora BMSP Luxemburgo, foi utilizado o método de equivalência patrimonial entre essas empresas, conforme dispõe art. 1º, § 6º, da IN nº 213/01:

IN: Art. 1º [...]

§ 6º 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 e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Entretanto, quando da conversão dos autos em diligência, o AFRFB limitou-se a (i) sustentar que as operações societárias realizadas pela recorrente não refletiram no lançamento em discussão e a (ii) rebater os argumentos delineados no recurso voluntário, o que sequer foi objeto de solicitação quando da conversão do julgamento em diligência.

Ora, é evidente que há reflexo no lançamento objeto de discussão nos autos.

O lançamento levou em consideração a variação cambial apurada no relatório de auditoria realizado pela *Deloitte & Touche* na BMSP Luxemburgo (fls. 44/56), mas não levou em consideração que a recorrente não detinha participação societária nessa empresa até o dia 30/12/2002.

Significa dizer que a variação cambial auferida na BMSP Luxemburgo seria incluída na base de cálculo do lançamento em exame por duas vezes, sendo uma diretamente dela e outra por intermédio da Finasa Holding.

O mesmo raciocínio proposto no item anterior, para a apuração da variação cambial do investimento da recorrente na Finasa Holding, deve ser aplicado à BMSP Luxemburgo.

Ou seja, o resultado positivo da equivalência patrimonial decorrente da variação cambial deve tomar em consideração o valor do investimento no momento da ocorrência do fato gerador do tributo objeto de lançamento (31/12), subtraindo-se o valor inicial e a data do investimento.

Temos então que:

Investimento	Percentual	Data inicial	Data final	Variação cambial tributável
Finasa Holding	30,5%	01/01/2002*	25/03/2002	Valor do capital na data final – valor inicial do investimento
Finasa Holding	100%	26/03/2002	30/12/2002	Valor do capital na data final – valor inicial do investimento
BMSP Luxemburgo	100%	30/12/2002	31/12/2002**	Valor do capital na data final – valor inicial do investimento

*A data representa apenas o início do ano calendário.

** A data representa apenas o fim do ano calendário, data da ocorrência dos tributos objeto de lançamento nos autos.

Esta fórmula de cálculo possui supedâneo no art. 388, do RIR/99:

Art. 388. O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

O método adotado pelo AFRFB para tributar o resultado da variação cambial da BMSP Luxemburgo em face da recorrente não deve prosperar, pois tal ato parece desconsiderar a personalidade jurídica da controlada Finasa Holding, sem, contudo, apresentar justificativa para tanto.

Vale lembrar que o lançamento do crédito em exame tem supedâneo no art. 74, da MP 2.158-35/2001, que dispõe:

MP: Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no

9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor. (grifou-se).

O regulamento mencionado na parte final do caput do artigo citado foi feito por meio da Instrução Normativa nº 213/01, que em seu art. 7º, § 1º, dispõe:

Art. 7º A contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil.

§1º Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

É dizer, as disposições legais que regulamentam a autuação fiscal em exame autorizam a tributação do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, **mas não o investimento dessa controlada em outra no país determinado.**

Do contrário, estaria a União exigindo o tributo em manifesta contrariedade ao preceito constitucional de que ninguém será compelido à recolher tributo sem que lei o estabeleça (art. 150, I, da Constituição da República). Vale dizer, não há dispositivo legal que autorize a tributação da forma como proposta pela autoridade de origem.

Tanto é que a própria Delegacia Especial de Instituições Financeiras da Receita Federal do Brasil em São Paulo (DEINF/SP), ao realizar esse mesmo lançamento em face da sucessora da recorrente, a Alvorada Cartões, Créditos, Financiamentos e Investimentos S/A, que deu ensejo à instauração do PAF nº 16327.002193/2007-75 (fls. 141/689), levou em consideração que a recorrente não detinha participação societária na BMSP Luxemburgo.

Neste caso, o AFRFB apresentou a seguinte consideração no relatório decorrente da diligência determinada por este Conselho:

2.8 Atentemos: no dia 27 de dezembro de 2001, cessou a participação da fiscalizada na BMSP Luxemburgo, então dessa maneira, e por causa disso, ela não foi declarada na DIPJ. Mas teve desempenho econômico forte durante todo o ano de 2001. Teve seus ativos avaliados em US\$ 294.378.226,00! (página 43). Atentemos novamente: dia 27 de dezembro. A própria entidade fornece o Balanço Patrimonial em 31 de Dezembro de 2001. É como se durante todo o ano ela não tivesse existido e

desenvolvido suas atividades, atividades estas sobejamente comprovadas por suas Demonstrações Financeiras. Óbvio que devemos considerar seus resultados em 2001, conforme informação oficial da mesma.

2.9 Diz ainda a D. defesa que a fiscalizada só voltou a participar novamente no capital social da controlada em 31 de dezembro de 2002. E mais, diz também que essa fiscalização não deveria ter considerado a variação cambial em 31 de dezembro de 2002, pois "... pois esse foi o único movimento durante o ano de 2002..."

Ora, a fiscalizada não declarou a empresa em 2001, pois em 31 de dezembro ela não participava mais da controlada. Deixou de fazê-lo em 27 de dezembro. Ou seja, no balancete de Dezembro, estão lá as informações até o dia 27. Agora, em 2002 mudou o enfoque. Diz que só voltou a participar da empresa em 30 de dezembro de 2002! Salieta que durante todo o ano não houve operações e, que, portanto, essa fiscalização não deveria considerar a variação cambial havida!

Estes argumentos não possuem sustentação jurídica, e por isso não merecem credibilidade, com a devida vênia à autoridade fiscal de origem.

Se o critério jurídico para o lançamento de IRPJ e CSLL fosse tão somente o fato de a recorrente deter participação societária em 31/12 do ano-calendário, estar-se-ia admitindo que a equivalência patrimonial resultado da variação cambial da Finasa Holding não poderia ser objeto de lançamento no ano-calendário 2002, pois a recorrente teria deixado seus quadros societários antes dessa data, ou seja, em 30/12.

Mas este raciocínio não norteia o recurso voluntário, tanto que como demonstrado no item anterior, a recorrente defende o lançamento do tributo no período, conforme enfrentado no item anterior.

Importante pontuar também que os presentes autos têm como objeto a fiscalização do ano-calendário 2002, de modo que não cabe aqui a discussão acerca do recolhimento ou não dos tributos devidos a título de equivalência patrimonial decorrente de variação cambial nos períodos anteriores, mormente em relação ao ano de 2001, como ponderado pela fiscalização.

Em arremate, segundo observado pelo AFRFB nos esclarecimentos prestados quando da conversão dos autos em diligência:

Concluindo: as palavras acima são cristalinas: dois pesos, duas medidas. Esta fiscalização considerou para efeito do auto de infração, os dados constantes nos demonstrativos já citados acima. Ou seja, será que a D. defesa considera que as próprias informações prestadas pela diretoria da entidade situada no paraíso fiscal de Luxemburgo não são válidas? Desta forma, consideramos que os cálculos da variação cambial desta controlada por nós realizados estão corretos e suas comprovações incontestáveis.

Não se discute a veracidade das informações constantes no relatório de auditoria que serviram de base para a apuração do resultado da variação cambial no período. Discute-se, sim, a possibilidade de inclusão desses valores no lançamento realizado em face da

Processo nº 16561.000003/2008-93
Acórdão n.º 1302-001.354

S1-C3T2
Fl. 942

recorrente, tendo em vista que a recorrente não pertencia ao quadro de acionistas da estrangeira BMSP Luxemburgo.

Por todo o exposto, é patente concluir que a inclusão do resultado da variação cambial apurado da BMSP Luxemburgo não pode ser incluída na base de cálculo do lançamento objeto dos autos, em face da recorrente, tendo em vista que ela somente passou a ser investidora nesta empresa em 30/12/2002.

Assim, voto pelo provimento do recurso voluntário nos termos da fundamentação ora delineada.

4. Da Conclusão

Ante ao exposto, voto no sentido de dar parcial provimento aos recursos voluntário, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator