



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

Processo nº 16561.000053/2006-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.880 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de junho de 2016
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente PAIC PARTICIPAÇÕES LTDA. (nova denominação de PÃO DE AÇUCAR S. A. IND. E COMÉRCIO)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR - ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

A alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil não constitui "disponibilização" de lucros cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Edeli Pereira Bessa, que admitiam a hipótese de emprego de valor e prosseguiriam na análise das razões de recurso. Fez declaração de voto o Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR – Relator.

EDELI PEREIRA BESSA - Presidente.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa (Presidente), Alberto Pinto Souza Júnior, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil e Talita Pimenta Félix.

Relatório

Versa o presente processo sobre recurso voluntário, interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 16-13.340 da 3ª Turma da DRJ/SPO1, cuja ementa assim dispõe:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DE NORMAS.

A apreciação de constitucionalidade ou legalidade de norma é atribuição do Poder Judiciário, não cabendo à Administração proceder a tal exame a fim de afastar a aplicação de diplomas normativos vigentes.

DECADÊNCIA. LUCRO DISPONIBILIZADO POR EMPRESA CONTROLADA E/OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR.

A fixação do termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de lançamento sobre lucros disponibilizados por empresa controlada e/ou coligada sediada no exterior, deve levar em consideração a data em que se considera ocorrida a disponibilização, não na data do auferimento dos lucros pela empresa controlada e/ou coligada.

TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE DOMICILIADA NO EXTERIOR.

Na alienação de investimento em controlada e/ou coligada, domiciliada no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil devem ser adicionados ao lucro líquido da alienante, para efeito de determinação do lucro real.

DISPONIBILIZAÇÃO DE LUCROS. TAXA DE CÂMBIO APLICÁVEL.

Por inexistir disposição de lei em contrário, a conversão de valor expresso em moeda estrangeira para reais deve ser feita, conforme dispõe o artigo 143 do Código Tributário Nacional, pela taxa de câmbio da data da disponibilização dos lucros auferidos no exterior.

TRATADO BRASIL-PORTUGAL. LUCROS AUFERIDOS POR INTERMÉDIO DE CONTROLADA COM SEDE NO EXTERIOR.

A Convenção Brasil-Portugal não impede a tributação de rendimentos obtidos por empresa sediada no território brasileiro, advindos de disponibilização de lucros por sociedade domiciliada na Ilha da Madeira.

TRATADO BRASIL-HOLANDA. LUCROS AUFERIDOS POR INTERMÉDIO DE CONTROLADA COM SEDE NO EXTERIOR.

Deverão ser computados na determinação do lucro real da empresa domiciliada no Brasil, os lucros auferidos por intermédio de empresa controlada sediada em qualquer parte do território da Holanda.

TAXA DE JUROS. SELIC.

A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios, calculados até a data do efetivo pagamento, tendo previsão legal a sua exigência com base na taxa SELIC.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2001, 2002

DECADÊNCIA. LUCRO DISPONIBILIZADO POR EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NO EXTERIOR.

A fixação do termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de lançamento sobre lucros disponibilizados por empresa controlada sediada no exterior, deve levar em consideração a data em que se considera ocorrida a disponibilização, não na data do auferimento dos lucros pela empresa controlada.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Aplica-se ao lançamento de CSLL o que foi decidido em relação ao lançamento matriz, por serem fundamentados nos mesmos elementos de comprovação.

Lançamento Procedente

A recorrente, cientificada do Acórdão nº 16-13.340 em 13/12/2007 (AR a fls. 246), interpôs, em 11/01/2008, recurso voluntário (doc. a fls. 273 e segs.).

Na Sessão de Julgamento de 08/07/2010, esta Turma converteu o julgamento em diligência, ao proferir a Resolução nº 1302-00.042, cujos relatório e voto foram assim exarados:

“A empresa acima identificada foi submetida a procedimento fiscal que redundou na lavratura de autos de infração (fls. 391/399 e 402/404) relativos a ajuste do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL apurados no ano-calendário de 2002, bem como referentes a exigências de IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2001, acrescidas de multa de ofício e juros calculados até 30/11/2006.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 407/415) que, da análise da documentação apresentada pela fiscalizada, constatou-se que esta realizou operações que resultaram na transferência de cotas de suas controladas no exterior abaixo elencadas, caracterizando disponibilização de lucros:

- Pão de Açúcar International S/A
- Stanhore – Trading International S/A
- Jerusha I.B.V.
- Crosslake Holding Inc.

A autuação teve como fundamento legal os seguintes dispositivos:

IRPJ - artigos 249, inciso II, e 394 do Regulamento do Imposto de Renda(RIR/1994), artigo 25, §§ 2º e 3º, da Lei 9.249/1995, artigo 16 da Lei 9.430/1996 e artigos 1º, § 1º, alínea b e § 2º, alínea b, item 4, da Lei 9.430/1996 [sic].

CSLL - artigo 2º, caput e §§, da Lei 7.689/1988, artigo 28 da Lei 9.430/1996, artigo 1º da Lei 9.316/1996, artigo 19 da Lei 9.249/1995 e artigo 6º da MP 1.858/1999 e reedições.

Em 07/12/2006, deu-se a ciência dos autos de infração e, em 05/01/2007, a interessada apresentou defesa (fls. 431/523), alegando, em síntese, as seguintes razões e fundamentos:

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como é o caso do IRPJ e da CSLL, o direito de o fisco constituir o crédito tributário expira-se após o transcurso do prazo de 5 anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, a tributação do IRPJ com base no sistema de tributação em bases universais foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 9.249/1995, a qual, em seu artigo 25, estabeleceu que todo o lucro auferido por sociedades controladas ou coligadas no exterior deveria ser oferecido à tributação no momento do levantamento do balanço de tais sociedades, independentemente de distribuição de lucro às sociedades investidoras em território nacional.

Todavia, por estar em desconformidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, que prevê a incidência do IRPJ apenas no momento da efetiva disponibilização econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, a Secretaria da Receita Federal expediu a IN SRF 38/1996,

descrevendo a hipótese em que os lucros auferidos pelas sociedades controladas ou coligadas seriam considerados disponibilizados.

Ocorre que a instrução normativa não é o veículo normativo hábil para instituir, majorar ou reduzir tributos, porquanto as alterações inseridas pelo referido diploma legal não podem surtir efeitos, por serem manifestamente ilegais.

Dessa forma, ante a ilegalidade da IN SRF 38/1996, tem-se que durante os anos-calendário de 1996 e 1997, período em que vigorou a Lei 9.249/1995, as empresas investidoras deveriam adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos pelas empresas controladas ou coligadas no exterior no momento da sua apuração, independentemente de sua disponibilização.

Conclui-se, assim, que quando da lavratura dos autos de infração, os créditos tributários relativos a lucros auferidos pelas empresas controladas ou coligadas no exterior, nos anos-calendário de 1996 e 1997, já haviam sido definitivamente extintos por decurso do prazo decadencial, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 156, incisos V e VII do Código Tributário Nacional.

Nem se alegue que se aplica à CSLL o prazo decadencial previsto na Lei 8.212/1991 (anteriormente pelo Decreto-lei 2.052/1983), notadamente por não ser o veículo hábil para disciplinar prazos decadenciais e prescricionais.

De fato, o artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal dispõe ser de competência de lei complementar estabelecer normas gerais referentes à prescrição e decadência.

Tendo a Lei 5.172/1996 (Código Tributário Nacional) sido recepcionada pelo Texto Constitucional como lei complementar, conclui-se que todas as disposições contidas na citada lei (e apenas nela) devem ser aplicadas às contribuições sociais.

Importa destacar que o artigo 45 da Lei 8.212/1991, além de ofender o disposto no artigo 146 da Constituição Federal, não pode ser aplicado à CSLL, uma vez que, caso fosse considerado constitucional (hipótese que a impugnante discorda), destinar-se-ia apenas às contribuições sociais administradas pelo INSS.

Um fato suscetível de desencadear os efeitos jurídicos prescritos no artigo 1º, § 2º, alínea b, item 4, da Lei 9.532/1997, é necessário que se preencham todos os critérios componentes da regra-matriz de incidência tributária.

Conforme se extrai da análise do citado comando legal, considera-se disponibilizado o lucro auferido por empresas controladas ou coligadas no exterior no momento em que esse lucro é empregado pela empresa estrangeira em favor da empresa investidora, fato que não ocorreu no presente caso, conforme se demonstrará.

Antes, porém, uma observação deve ser feita: a tributação da CSLL sobre os lucros em tela somente passou a ser possível após decorridos 90 dias da publicação da MP 1.858-6/1999, vez que a Lei 9.249/1995 nada dispôs acerca dessa contribuição.

Consoante demonstrado às fls. 460/465, em todas as operações questionadas pela fiscalização houve somente a utilização das participações acionárias que a impugnante detinha em empresas alienígenas para aumento de capital em outras empresas também localizadas no exterior, não havendo que se falar em disponibilização de lucros.

O que ocorreu foi mera substituição de ativos (troca de investimentos), em que a impugnante utilizou os investimentos registrados em seu ativo para

subscrição de ações em empresas sediadas no exterior, o que, por si só, não tem o condão de instaurar a relação jurídico-tributária pretendida.

Nota-se que os autos de infração padecem de vício de mérito e devem ser cancelados por terem violado o princípio da tipicidade cerrada, porquanto não houve a necessária subsunção do evento infracional à hipótese normativa invocada para fundamentar essa autuação.

O máximo que ocorreu foi o registro desses investimentos segundo a aplicação do método da equivalência patrimonial. Contudo, por disposição legal expressa, a variação decorrente da equivalência patrimonial, ainda que contabilmente registrada, não pode ser tributada.

Em atenção ao princípio da especificidade, havendo previsão expressa no artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/1977, sobre a não tributação do resultado de equivalência patrimonial, não há como subsistir a autuação em comento.

Em se tratando de investimento estrangeiro, o valor do investimento realizado pela empresa investidora é registrado em sua contabilidade em reais, estando sujeito às oscilações em razão da variação do preço da moeda estrangeira em relação ao real, nada tendo em comum com os lucros gerados pelas empresas sediadas no exterior.

Logo, a variação cambial do valor dos investimentos realizados no exterior avaliados pelo método de equivalência patrimonial não pode ser confundida com lucro.

Depreende-se da leitura do artigo 143 do Código Tributário Nacional que a data de conversão do valor expresso em moeda estrangeira será o dia da ocorrência do fato gerador, salvo disposição de lei em contrário.

Ocorre que o artigo 25, § 4º, da Lei 9.249/1995 estabeleceu regra específica para conversão desses lucros, ou seja, pela taxa de câmbio da data do levantamento do balanço.

Nesse mesmo sentido é o teor do artigo 6º, § 3º, da IN SRF 213/2002. Diferentemente do que determinam o artigo 25, § 4º, da Lei 9.249/1995 e o artigo 6º, § 3º, da IN SRF 213/2002, pretendeu a fiscalização converter tais lucros com base na taxa de câmbio do dia da ocorrência do fato gerador.

Ao estabelecer a necessidade de apuração do lucro tributável pelas empresas controladas no exterior, o legislador pátrio expressamente determinou que tais empresas deveriam optar por calcular o seu imposto mediante a utilização do lucro real, presumido ou arbitrado (artigo 25 da Lei 9.249/1995).

Contudo, verifica-se estranhamente que a fiscalização tributou o lucro contábil, o que fica evidente que a apuração das bases tributadas está em desacordo com a legislação, o que ocasiona a necessidade de cancelamento dos autos.

No que concerne à controlada Pão de Açúcar International S/A, os balanços oficiais não registram qualquer resultado de equivalência patrimonial advindo da Stanhore – Trading International S/A, empresa na qual detinha 37,5% de participação societária, uma vez que as regras contábeis do país em que é domiciliada permitiam a avaliação do investimento em empresas coligadas pelo método do custo de aquisição.

Com a finalidade de atender às regras societárias e contábeis brasileiras, avaliava seus investimentos pelo método de equivalência patrimonial, elaborando controles paralelos para registrar as variações cambiais tanto na

Pão de Açúcar International S/A como na Stanhore – Trading International S/A.

O auto de infração ora impugnado não pode ser fundamentado em simples planilha, sem que fosse feita prova primária para verificação da base de cálculo em questão.

Frise-se que a referida controlada não apurou lucro decorrente de suas atividades próprias nos anos-calendário de 1996 a 2001, mas de resultado de equivalência patrimonial.

Não obstante a simples integralização de capital na sociedade Crosslake não acarrete em disponibilização de lucros em seu favor, conforme já exaustivamente exposto, ainda que assim se entenda, o que se admite apenas a título de argumentação, não há que se falar em tributação dos valores em questão, eis que parte dos supostos lucros da Stanhore – Trading International S/A foi auferida quando se encontrava em vigor o tratado celebrado entre o Estado Brasileiro e o Estado Português, promulgado por meio do Decreto 69.393/1971, o que afastava a referida tributação.

A Convenção Brasil-Portugal foi firmada em 22/04/1971 e aprovada pelo Decreto Legislativo 59, de 17/08/1971, disciplinava o tratamento destinado a evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, inclusive no que diz respeito à renda produzida na Ilha da Madeira.

Referido tratado se aplica ao IRPJ, por previsão expressa, e à CSLL, por aplicação do § 2º do artigo 2º.

Registre-se que à época da celebração do tratado, ainda não havia previsão de incidência da CSLL sobre lucros, que somente foi instituída por meio da Lei 7.689/1988.

Mesmo após a sua instituição, essa contribuição passou a incidir sobre os lucros auferidos no exterior a partir de 01/10/1999, com a edição da MP 1.858-6/99 (atual MP 2.158-35/01).

Ressalte-se que, posteriormente à MP 1.858/6-99, foi celebrada a nova convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 188/2001, promulgada pelo Decreto 4.012/2001.

Como essa convenção foi celebrada após a vigência da CSLL sobre os lucros auferidos no exterior, passou a haver a necessidade de previsão expressa de aplicabilidade ao novo tributo, conforme dispõe o protocolo, previsto no Decreto 4.012/2001.

Verificada a conceituação de domicílio fiscal constante do artigo VII da convenção, tem-se que os lucros das empresas sediadas no Brasil eram tributados no Brasil e os auferidos pelas empresas sediadas em Portugal eram tributados em Portugal.

Dessa forma, não havendo subsídios para a referida tributação, deve a autuação ser cancelada.

Por meio do Ato Declaratório 53/1999, o Secretário da Receita Federal declarou a formalização de denúncia sobre a Convenção Brasil-Portugal.

Ainda que se admitisse a eficácia desse ato, este determinava a tributação dos lucros de empresas sediadas em Portugal a partir de janeiro de 2000.

Isso significa que a Secretaria da Receita Federal expressou entendimento, de forma clara e inequívoca, no sentido de que os rendimentos oriundos do exterior, amparados pela convenção, somente poderiam ser objeto de tributação a partir de janeiro de 2000.

Destarte, a autuação lavrada configura verdadeiro abuso e afronta aos princípios de direito internacional público e ao tratado recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional, nos estritos ditames da Carta Magna de 1988.

Em relação à Jerusha IBV, sediada na Holanda, o agente fiscal entendeu que o montante contabilizado a título de avaliação a preço de mercado das participações integralizadas teria natureza de lucro. Contudo, essa parcela, decorrente do “share premium”, independentemente do tratamento contábil adotado não guarda qualquer correlação com a apuração de lucro, não decorre de venda de ativos, atividade normal de mercancia ou prestação de serviços, mas de elevação de um determinado ativo ao valor de mercado para fins de conferência e integralização de capital.

Por não constituir acréscimo patrimonial, tem-se que esses valores não são passíveis de tributação pelo IRPJ e CSLL.

A fiscalização não pode simplesmente reclassificar os registros contábeis da empresa controlada pela impugnante, sediada na Holanda, pois apenas tem competência para aplicar a legislação tributária brasileira em face das demonstrações contábeis apresentadas, nada podendo afirmar quanto à legalidade de registro da “share premium” em conta de reserva de capital, por arbitrariamente entender que se trata de conta de reserva de lucros.

Além disso, quando da suposta ocorrência do fato gerador encontrava-se em vigor (e ainda se encontra) tratado celebrado entre o Estado Brasileiro e o Estado Holandês que afasta a referida tributação.

A fiscalização entendeu que o patrimônio líquido da citada controlada em 31/12/2001 apresentava como reserva de lucro o valor de 103.167.445,79 euros.

Ocorre que esse valor engloba valores apurados a título de “share premium” e lucros e prejuízos acumulados.

Isso porque esse valor corresponde basicamente à totalidade do “share premium” apurada em 31/12/2000.

Uma vez que o crédito tributário foi constituído com base em determinado critério jurídico, cabe à autoridade julgadora, além de determinar a realização de eventuais diligências e perícias, apenas a declaração da total improcedência do lançamento ou de sua procedência, posto que a procedência ou improcedência parcial somente alcança as hipóteses de erros de fato, o que não se verifica no presente caso.

A taxa SELIC jamais poderia ser utilizada como juros moratórios, uma vez que possui natureza jurídica totalmente diferente de “mora” por parte do devedor, qual seja, a remuneratória.

Deve-se ressaltar que a referida taxa não foi criada por lei, mas por Resoluções do Banco Central do Brasil, o que ofende ao princípio constitucional da legalidade, conforme artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Portanto, considerando-se a natureza remuneratória da taxa SELIC, a inconstitucionalidade de sua aplicação, bem como a sua ilegalidade, não há que se admitir a sua utilização no presente caso.

Protesta-se desde logo provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito.

Informa-se ainda que a interessada irá solicitar a elaboração de laudo à empresa de auditoria independente PricewaterhouseCoopers, a fim de confirmar as informações aqui prestadas, no que tange aos equívocos cometidos pela fiscalização na apuração dos valores supostamente devidos, os quais estão comprovados por meio de planilhas acostadas e documentos constantes dos autos.

A DRJ decidiu conforme ementa:

(...)

A recorrente tomou ciência do acórdão em 13/12/2007 e apresentou recurso em 11/01/2008.

Em seu recurso reitera os argumentos da impugnação e acrescenta que a decisão recorrida é nula pois houve alteração do critério jurídico utilizado no lançamento, pois introduziu como base para o lançamento a IN 38/96, quando o lançamento foi baseado na Lei 9.532/97 e foi desta base legal que a recorrente se defendeu.

Importante salientar que após o julgamento de 1ª instância a recorrente apresentou os documentos de fls. 613 a 654, que se constituem de um laudo emitido pela Pricewaterhouse Coopers sobre o presente Processo Administrativo, um parecer técnico intitulado registro de investimento pelo método do custo de aquisição em Luxemburgo e um Parecer técnico intitulado natureza jurídica dos valores registrados a título de “share premium”(informal capital) na Holanda.

A PFN apresenta contra-razões aos argumentos do recurso a fls. 864 a 915.

Argumenta a PFN:

- que não ocorreu alteração do critério jurídico que fundamenta os lançamentos, pois a simples citação da IN 38/96 no voto da relatora não significa alteração de critério jurídico e que mesmo se o art. 2º. da IN 38/96 sequer existisse, os lançamentos seriam mantidos com base no enquadramento legal realizado pela Auditora Fiscal, tendo em vista que a transferência das ações de controlada com lucros acumulados (e não tributados) corresponde a uma espécie do gênero emprego do valor dos lucros auferidos no exterior;
- que no caso, tendo em vista que a disponibilização dos lucros apurados no exterior em 1996 e 1997 ocorreu tão-somente no ano-calendário de 2001, infere-se que o fato gerador do IRPJ e CSLL foi concretizado em 31/12/2001, nos termos do art. 1º. da Lei 9.532/97.
- que o entendimento expressado pela recorrente está em contrariedade com seu próprio comportamento, pois se o contribuinte defende que durante a vigência da Lei 9249 o fato gerador do IRPJ ocorre no momento do auferimento dos lucros pelas empresas controladas, independentemente de disponibilização, por que não ofereceu à tributação os lucros auferidos em 1996 e 1997 por suas controladas PAINTER LUX e STANHORE no valor total de US\$ 27.401.359,22?
- que a contribuinte praticou diversas operações que culminaram com a transferência das participações societárias detidas em suas controladas residentes no exterior.

No momento em que os negócios jurídicos foram realizados, o patrimônio líquido das controladas registrava lucros acumulados em somas consideráveis, valor esse que foi utilizado em favor da recorrente para viabilizar a consecução das operações, caracterizando a hipótese de disponibilização prevista no art. 1º. parágrafo 2º, alínea b, item 4, da Lei 9.532/97. Que é incontestável que o valor dos lucros acumulados nas controladas foi

empregado em seu favor nas operações de alienação e de transferência das ações para integralização/aumento de capital em outras empresas. Afinal, a contribuinte somente pôde efetuar essas operações em razão dos elevados lucros registrados no patrimônio líquido das controladas, os quais determinaram o custo das ações nos diversos negócios jurídicos. Exemplifica que a alienação das 70.803 ações da Painter Lux pelo preço de R\$ 117.533.327,67 apenas foi possível em função dos lucros acumulados escriturados no patrimônio líquido da controlada, na cifra de US\$ 80.311.868,66.. Cita jurisprudência deste colegiado neste sentido.

- Ressalta que sendo a recorrente controladora das empresas no exterior, a disponibilização de lucros pelas controladas depende precipuamente da vontade da própria recorrente;

- sobre a alegação da não-tributação do resultado da equivalência patrimonial alega que é impertinente ao caso concreto, haja vista que a autuação não teve como base mera equivalência patrimonial, e sim a efetiva disponibilização de lucros auferidos por controladas no exterior, em decorrência da prática de diversas operações societárias que caracterizaram o emprego do valor desses lucros em favor da contribuinte;

- que em relação à alegação da não tributação da variação cambial, também não é pertinente ao caso em tela, pois a contribuinte não foi autuada em função da variação cambial decorrente da equivalência patrimonial de seus investimentos no exterior, mas por haver empregado em seu favor os lucros auferidos pelas controladas;

- que deve ser aplicado o art. 143 do CTN para a taxa de câmbio aplicável, tendo em vista que o parágrafo 4o. do art. 25 da Lei 9249 foi tacitamente revogado pelo art. 1o. da Lei 9532/97;

- que incide CSLL sobre os lucros disponibilizados em 2001 e 2002

- que é legítima a taxa SELIC;

- Quanto à empresa controlada Painter, afirma que é uma holding sediada em Luxemburgo, que detém 37,5% das participações societárias da Stanhora, a qual também é controlada direta e indiretamente pela recorrente. Que a recorrente afirma que os balanços oficiais da Painter não registraram qualquer alteração de resultado positivo de equivalência patrimonial oriundo da Stanhore, pois os investimentos nessa empresa seriam avaliados pelo método do custo de aquisição. Que a recorrente sustenta que elaborava balanços pro forma, no qual fazia refletir em seu patrimônio os lucros auferidos pela Stanhore – pois controlava essa empresa indiretamente, e que teria sido com base nesse controle paralelo (planilha excel), e não com fundamento nos balanços patrimoniais da Painter, que a Agente Fazendária apurou a base de cálculo do IRPJ e CSLL e que nos balanços oficiais da Painter Lux não haveria registro de lucro no período de 1996 a 2001;

- Que, no entanto, as alegações da recorrente são fulminadas pela análise dos documentos acostados nos autos. Que, em sentido oposto ao consignado no recurso, a base de cálculo dos créditos tributários foi apurada a partir dos balanços patrimoniais da Painter Lux, o que é comprovado mediante o cotejo entre o termo de verificação fiscal (fls. 410/411) e as demonstrações financeiras da controlada (fls. 152 e seguintes). Além das demonstrações financeiras da controlada, os argumentos da contribuinte também são infirmados pelo contrato de compra e venda de ações (fls. 142/149), através do qual a recorrente alienou 70.803 ações da Painter Lux à Real Participações (cláusula 2.1 do contrato e 2.2 do contrato).

- Nas demonstrações financeiras da Painter Lux (anexo II do contrato, fls. 148/149), vislumbra-se que em 31/05/2001 a controlada possuía nada menos que US\$ 80.311.868,55 a título de lucros acumulados.
- a alegação de que a Painter não registrou qualquer resultado positivo de equivalência patrimonial advindo da Stanhore é contrariada pelos próprios balanços da controlada, nos quais os investimentos efetuados foram avaliados pelo MEP;
- que quanto aos documentos juntados após o julgamento em primeira instância (fls. 810-822), deve-se acentuar que os mesmos não se enquadram nas hipóteses excepcionais de apresentação extemporânea de provas documentais previstas no art. 16 do Decreto 70.235/72, razão pela qual não devem ser conhecidos;
- conclui que ao transferir as ações da Painter, além dos eventuais lucros acumulados pela controlada direta, a recorrente empregou em seu favor os lucros auferidos pela Stanhore e refletidos na Painter via MEP, os quais estavam incorporados no valor das ações transferidas.
- Quanto à Stanhore, não se aplica a convenção Brasil-Portugal, tendo em vista que tal convenção já havia sido revogada pelo Decreto 3.121/99;
- que sendo a controlada sediada em local equiparado à Zona Franca, onde não há tributação, a referida convenção seria inaplicável pois previa evitar a dupla tributação e não instituir isenção;
- que se fosse aplicável a convenção, seria aplicável o art. X (que trata de dividendos) e não o art. VII ;
- que a Stanhore é uma holding situada na Ilha da Madeira e a recorrente possuía 62,5% do capital social;
- que em 06/12/2001, a Diretoria da contribuinte aprovou a subscrição de ações na Crosslake Holdings Inc. e para viabilizar a integralização, além das participações societárias detidas na Painter Lux, foram transferidas as 1.355.722 ações que a recorrente possuía na Stanhore, cujo valor total em 30/11/2001, era de R\$ 349.915.214,55 e à época, o patrimônio líquido da controlada registrava US\$ 221.404.018,88 de lucros acumulados, conforme os seus balanços patrimoniais (fls. 198-220).
- Logo, 62,5% do valor dos lucros auferidos pela Stanhore entre 1997 e 30/11/2001 (US\$ 67.485.502,00) foi empregado em favor da recorrente por ocasião da transferência das ações cheias da controlada, para possibilitar a integralização de capital na Crosslake Holdings, caracterizando a disponibilização prevista no art. 1o. da Lei 9532/97.
- Em relação à controlada Jerusha I. B. V., afirma que não há comprovação do registro da parcela decorrente do “share premium” no patrimônio líquido da controlada.
- que, em 26/10/1999, a recorrente adquiriu 400 ações da Jerusha, o que correspondia a 100% do capital social da controlada. De acordo com a cláusula (2) do “contrato de compra e venda de ações” (fls. 222/227), todos os direitos inerentes às ações, inclusive dividendos, foram acumulados em benefício da recorrente.
- que, em 28/12/2001, a contribuinte transferiu as ações da controlada para a C.I.R.R.S. Global Investments B. V., a fim de integralizar uma ação ordinária dessa empresa (fls. 228/232). Na data da operação, havia 103.167.445,79 Euros a título de lucros acumulados no patrimônio líquido da controlada, consoante seus balanços patrimoniais (fls. 233/238), valor que foi empregado em favor da recorrente por ocasião da transferência aludida, viabilizando a

integralização na Global Investments., que, cumpre salientar que nos balanços da Jerusha a conta reserva de lucros reflete, na verdade, o valor do lucros (prejuízos) acumulados, como constatado pela Auditora Fiscal e ratificado pela DRJ, uma vez que ao se somar o valor das reservas de lucros com o resultado apurado do período (lucro ou prejuízo líquido), tem-se o saldo inicial da referida conta de reserva no ano subsequente, o que confirma a assertiva do autuante de que se trata, de fato, de lucros (prejuízos) acumulados.

-não há qualquer elemento nos balanços patrimoniais da Jerusha que confirme a alegação da recorrente acerca da contabilização do share premium-

-a contribuinte assevera que o valor decorrente do share premium estaria registrado em conta de reserva de capital; entretanto, a análise dos demonstrativos financeiros da controlada evidencia que sequer houve escrituração de valores a título de reserva de capital;

- que os documento juntado aos autos após a impugnação (laudo da Price), não se referem a fato ou direito superveniente, nem destinam-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, tampouco restou demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, razões pela qual, propugna pelo não conhecimento dos documentos.

- que o Tratado (Convenção Brasil – Países Baixos) busca evitar a dupla tributação e não tendo sido tributado o lucro no país de domicílio da controlada não há óbice a tributá-lo no Brasil quando disponibilizados à controladora.

Em memorial complementar datado de 26 de novembro de 2009, a recorrente apresenta documentos enviados por empresa de auditoria que presta serviços à Jerusha I B V na Holanda, traduzidos por tradutor juramentado e registrado no 1o. Oficial de registros de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas em São Paulo.

São os seguintes os documentos apresentados:

Descrição da contribuição;

Carta enviada pela Jerusha à Recorrente em 12/11/99;

Resolução de acionistas da Jerusha;

Declaração de Imposto de Capitais da Jerusha no ano de 1999;

Extrato de conta-corrente da Jerusha, emitido pelo ABN-AMRO, comprovando o pagamento do Imposto de Capitais em dezembro de 1999

Lançamentos Contábeis realizados pela Jerusha no ano de 1999

Apresente também memorial onde consta demonstrativo balanço patrimonial da Jerusha, que demonstraria qual seria a parcela que se refere ao “share premium” e designa parcela como sendo referente a resultado de equivalência patrimonial da investida Ação Real.

VOTO

Entendo que o processo não se encontra em condições de ser decidido.

Tendo em vista que, no que se refere ao denominado “share premium”, foram apresentados documentos que poderiam demonstrar o pagamento àquele título, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência para

que a autoridade lançadora se manifeste sobre os documentos apresentados, inclusive:

- 1) Os documentos apresentados são hábeis para demonstrar o pagamento do intitulado “share premium” ?
- 2) No valor considerado pela fiscalização como lucro está incluída parcela referente a resultado de equivalência patrimonial da investida Ação Real? Se afirmativa a resposta, qual o valor que se refere a esta parcela?
- 3) Se forem confirmadas as duas parcelas (“share premium” e equivalência patrimonial), haveria alteração no lançamento realizado em relação à recorrente?

Após relatório que se dê ciência à recorrente.”.

Vale retificar a informação contida no relatório da resolução acima transcrita, pois o enquadramento legal do auto de infração do IRPJ (a fls. 641) incluía o art. 1º, § 1º, inciso b e § 2º, inciso b, item 4 da Lei nº 9532/97 e, não, da Lei 9.430/96 como informado no aludido relatório.

A fls. 1515, consta o Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal, no qual consta as seguintes informações:

Com a finalidade de responder as questões solicitadas pelo CARF, foi aberto o MPF- diligência de nº 08.1.85.00-2013-00250-2. Na data de 12/11/2013, foi dada a ciência ao contribuinte acerca do termo de início de diligência fiscal.

O termo de intimação nº 01 (ciência postal em 01/04/2014) solicitou à Paic que apresentasse demonstrações financeiras da controlada Jerusha IBV no ano de 1999, bem como traduções de documentação e comprovação de que estes faziam parte da declaração do imposto de renda do fisco holandês.

Em 11/04/2014, a Intimada protocolou o requerimento para concessão de prazo adicional a fim de cumprir a intimação de nº 01. Tal prazo foi concedido por meio do termo de intimação nº 02 (ciência em 15/05/2014). Finalmente, em 30/04/2014 apresentou os documentos solicitados.

Foi lavrado o termo de intimação de nº 03 (aviso de recebimento do correio datado em 05/06/2014) que solicitou a apresentação de diversos documentos devidamente notariados e consularizados. Novamente, a intimada pediu prorrogação de prazo para cumprimento desta intimação, que foi concedida por meio do termo de intimação de nº 04 (02/07/2014). Em 23/07/2014, a Paic entregou cópias dos documentos requeridos.

Apresentação extemporânea de documentos - processo administrativo nº 16561.000053/2006-17

Os documentos a serem analisados foram anexados no "Memorial Complementar da Recorrente", em 26 de novembro de 2009, e dirigido à 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A apresentação extemporânea de tais documentos caracteriza a chamada preclusão, pois a natureza destes não se enquadram em nenhuma das hipóteses elencadas pelo Decreto nº 70.235/72, artigo 16, § 4º, e por este motivo, não deveriam ser conhecidos.

Nota-se que a preclusão já havia ocorrido quando o Contribuinte anexou, após o julgamento da DRJ e antes da interposição do recurso voluntário, três laudos encomendados à PricewaterhouseCoopers e pareceres da Holanda a respeito da matéria em questão. Este fato já havia sido comentado nas contra-razões ao recurso voluntário elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na pág. 872 deste processo administrativo.

Análise da documentação apresentada:

No memorial complementar da recorrente (pág 922 a 944 do processo administrativo em papel), foram apresentados os seguintes documentos:

Descrição de Contribuição;

Carta enviada pela Jerusha I.B.V. à Recorrentes , em 12 de novembro de 1999;

Resolução de Acionistas da Jerusha I.B.V.;

Declaração de Imposto de Capitais da Jerusha I.B.V. do ano de 1999;

Extrato de Conta-Corrente da Jerusha I.B.V. emitido pelo ABN-AMRO, comprovando o pagamento do Imposto de Capitais em dezembro de 1999;

Lançamentos Contábeis realizados pela Jerusha I.B.V. no ano de 1999. "

A holandesa Jerusha I.B.V. era controlada da então denominada Pão de Açúcar SA Indústria e Comércio desde 26/10/1999, data do contrato de compra e venda de ações, com o percentual de 100% (pág 222 a 227). A fiscalizada transferiu as ações da Jerusha I.B.V. em 28/12/2001 para a C.I.R.R.S. Global Investments B.V. (também sediada na Holanda), a fim de integralizar totalmente uma nova ação ordinária emitida pela Global (pág 228 a 232). Tratava-se portanto de uma hipótese de disponibilização de resultado positivo obtido por controlada no exterior e que não foi oferecido à tributação no ano-calendário de 2001. A base de cálculo para a autuação foi o montante que correspondia à reserva de lucro da Jerusha I.B.V., extraído da demonstração do resultado do exercício em 2001 (pág. 233 a 238).

Para análise do cerne da questão (share premium), foi solicitado à Paic, demonstrações financeiras da Jerusha I.B.V. e esclarecimentos acerca de documentos referentes ao "memorial complementar da recorrente " (intimação nº 01). E para exame completo das questões levantadas pelo CARF, foi elaborada a intimação nº 03 que solicitou consularização e notarização dos documentos apresentados, dentre outros itens.

Na época em que foi lavrado o auto, a fiscalizada havia apresentado apenas as demonstrações financeiras de págs 233 a 238. Na data de 28/12/2001, quando ocorreu a transferência das ações da Jerusha para a C.I.R.R.S. Global Investments B.V., havia E 103.167.445, 79 (cento e três milhões, cento e sessenta e sete mil, quatrocentos e quarenta e cinco euros e setenta e nove centavos) a título de lucros acumulados no patrimônio líquido da controlada e este montante foi usado em favor da Paic para integralização na Global Investment.

Nos balanços da Jerusha a conta "reserva de lucros" refletia, na verdade, o valor dos "lucros acumulados", pois ao se somar o valor das Reservas de Lucros com o resultado do período (lucro ou prejuízo líquido), tem-se o saldo inicial da referida conta de reserva no ano subsequente , confirmando tratar-se de lucros acumulados.

Os seguintes documentos constantes no "memorial complementar da recorrente" : Descrição de Contribuição, Carta enviada pela Jerusha IBV à Recorrente em 12/11/1999, a Resolução de Acionistas da Jerusha IBV, e o anexo da declaração de imposto de capitais da Jerusha IBV fornecem o histórico de como foi que surgiu a chamada contribuição informal de capital na Jerusha (share premium). Conforme transcrição da resolução de acionistas assinada em 18/11/1999, o Pão de Açúcar SA Ind e Com. resolveu: " Sobre a contribuição de 2.500.000.000 ações ordinárias da Companhia Brasileira de Distribuição à Sociedade, no valor de R\$ 29.122.250, em troca de uma ação com valor nominal de 100 NLG emitida pela Sociedade, conforme formalizado em uma escritura notarial passada em 30 de outubro de 1999, fora reconhecido que a Sociedade receberá um benefício, a saber: a diferença entre o valor de transferência das 2.500.000.000 ações ordinárias da Companhia Brasileira de Distribuição de R\$ 29.122.250 e o valor justo de mercado destas ações de: R\$ 205.312.500.

Com base nos fatos supracitados, esta diferença no montante de : R\$ 176.190.250 será reconhecida como uma contribuição informal de capital na Jerusha I.B.V."

Tais documentos remetem à época da aquisição das ações da Jerusha pelo Pão de Açúcar SA Indústria e Comércio, ocorrido no ano de 1999. Para melhor entendimento dos fatos contábeis ocorridos naquele ano, a intimação nº 01 solicitou o balanço patrimonial da Jerusha I.B.V. no ano de 1999.

Ao comparar o balanço patrimonial de 1999 da Jerusha I.B.V. que foi apresentado no curso da fiscalização MPF-fiscalização nº 08.1.71.00-2005-00173-4, com o balanço do mesmo ano, apresentado pela intimação de nº 01 do MPF-diligência nº 08.1.85.00-2013.00250-2, nota-se que houve **completa alteração dos valores** constantes no patrimônio líquido, como a redução do montante do capital social, e a introdução de uma nova conta de "share premium", traduzida para a língua portuguesa como ágio de subscrição de ações, no valor de NLG 227.200.900,00. Este valor reduziu os lucros acumulados de NLG 192.653.535,34 para NLG 97.249,00, mantendo-se os mesmos valores de total do ativo e passivo de NLG 227.380.046,15.

A seguir, temos os dois balanços onde visualiza-se, tais constatações:

Balanço Patrimonial Jerusha IBV-ano de 1999 em NLG apresentado no curso do MPF-fiscaliz. nº 08.1.71.00-2005-00173-4		Balanço Patrimonial Jerusha IBV-ano de 1999 em NLG apresentado em resp. ao termo de intim.nº 01-MPF-dilig. 08.1.85.00-2013.00250-2	
Ativo		Ativo	
Caixa e Bancos	139.046,15	Ativos Fixos	
Tit.Vincul. ao Mercado Aberto		Ativos Fixos Financeiros	
Contas a Receber de Clientes		Subsidiárias	227.201.000,00
Dividendos a Receber		Outras Participações	
Outros Créditos	40.000,00	Emprést. p empresas afiliadas	
Despesas do Exerc. Sequente		Outros Empréstimos	
Total do Circulante	179.046,15	Outros ativos fixos financ.	
			227.201.000,00
Realizável a Longo Prazo			
Empres. Controlad. e Acionist.		Ativo Circulante	
Depósitos p Recursos Judic.		Emprést/Adiantam p empr.afil.	
Outros ativos		Recebíveis dos acionistas	40.000,00
Provisão para Créditos Duvid.		Paqam. Antecip. e rec. acum.	
		Devedores	
Permanente		Caixa e bancos	139.046,15
Investimentos		Outros ativos circulantes	
Controladas e Coligadas	227.201.000,00		179.046,15
Outros			
Imobilizado			
TOTAL DO ATIVO	227.380.046,15	TOTAL DO ATIVO	227.380.046,15
Passivo		Passivo e Patrim. Líquido	
Circulante		Dívida Longo Prazo-mais 1 ano	
Instituições Financeiras	2.459.518,68	Emprést. de emp.afiliada	

Impostos a Recolher		Emprést. Bancários e outros	
Financiamentos de Impostos		Outras dívidas de longo prazo	
Salário Encargos Sociais			
Demais Contas a Pagar		Dívida de Curto Prazo	
Total do Circulante	2.459.518,68	Empréstimos vincendos	2.418.546,50
		Adiantam.de empresas aflu.	
Exigível a Longo Prazo		Saques a descob. em bancos	
Provisões para Contingências		Credores	
Empresas Ligadas a Contrai.		Provisões e diferimentos	40.972,18
Imposto de Renda Diferido		Imp Renda PJ e Contrib. Previd	
Demais Contas a Pagar		Outras dívidas de curto prazo	
			2.459.518,68
Patrimônio Líquido		Capital e Reservas	
Capital Social	32.266.992,13	Capital emitido e integralizado	40.100,00
Reservas de Lucros		Ágio de subscrição	227.200.900,00
Lucros (prejuízos) Acum.	192.653.535,34	Reserva legal	
	224.920.527,47	Reserva de reavaliação	
TOTAL DO PASSIVO	227.380.046,15	Distribuição de dividendos	-97.249,00
		Lucros acumulados	97.249,00
		Resultado do exercício	-2.320.472,53
			224.920.527,47
		TOTAL DO PASSIVO	227.380.046,15

Por conseguinte, nos anos de 2000 e 2001, conforme documentos 08 e 09 em resposta aos termos de intimação nº 03, o lucro obtido pela Jerusha I.B.V. seria reduzido ao valor agora expresso em euros para E 7.818,00 (sete mil, oitocentos e dezoito euros), antes do pagamento do imposto de renda no ano de 2001, quando ocorreu a disponibilização das ações da Jerusha em favor da Global Investments. Com a apresentação dos novos balanços patrimoniais e demonstrações do resultado do exercício para os anos de 1999, 2000 e 2001 (notarizados e consularizados), as contas relativas ao patrimônio líquido **tiveram seus montantes alterados** para se adequar às informações contidas nos documentos referentes ao "memorial complementar da recorrente", e acabaram por descrever o surgimento do chamado "share premium".

O segundo questionamento feito pelo CARF, transcrito a seguir: "no valor considerado pela fiscalização como lucro está incluída parcela referente a resultado de equivalência patrimonial da investida Ação Real?", suscitou a princípio, que estaria ocorrendo algum engano na pergunta. Ocorre que em nenhum dos cinco volumes do Processo Administrativo nº 16561.000053/2006-17 (o último volume de nº 05 finalizava com a pág. 957 antes da abertura desta diligência), havia a informação de que a Jerusha I.B.V. era detentora das ações da brasileira Ação Real, ou seja, era controladora desta empresa.

Somente após o início desta diligência fiscal nº 08.1.85.00-2013-00250-2, com as lavraturas de intimações, e apresentação de novos documentos por parte da Paic Participações Ltda, é que se constata que a Jerusha I.B.V. era detentora no percentual de 100% da Ação Real Participações Limitada.

No relatório financeiro anual de 1999 da Jerusha I.B.V. - documento nº 06 da resposta à intimação nº 01, obtemos a seguinte tabela:

Jerusha I.B.V. - Subsidiárias e outras participações - ano de 1999

Nome	País	% participação	valorem NLG
Ação Real Participações Limitada	Brasil	100,00	227.201.000,00
Total			227.201.000,00

No ano de 2000, o documento 08 entregue em resposta à intimação de nº 03, informa que a Jerusha I.B.V. já não mais detinha a participação na empresa Ação Real Participações Limitada e sim em outra empresa sediada em Luxemburgo, de nome Jerusha I Sari.

O outro documento de nº 09 - resposta à intimação de nº 03, trata também de demonstrações financeiras e atas referentes ao ano de 2001 da Jerusha I.B.V. Esta empresa holandesa manteve a sua participação somente na Jerusha I Sari em 2001.

Portanto, a Jerusha I.B.V. deteve participação societária na Ação Real Participações Limitada tão somente no ano de 1999 e desta forma, o lançamento da infração relativa à Jerusha IBV, no ano de 2001 não incluía o resultado de equivalência patrimonial na Ação Real Participações Limitada.

Segue resposta à terceira questão: os resultados dos exercícios da Jerusha I.B.V. nos anos de 1999 a 2001 foram alterados com a apresentação das novas demonstrações financeiras no curso da presente diligência. Tais valores foram modificados para serem conciliados com os documentos acerca da descrição de contribuição e resolução de acionistas da Jerusha IBV, introduzindo assim, na contabilidade um novo fator, ou seja, o conceito do "share premium". Na nova demonstração do resultado do exercício desta controlada em 2001 (documento 09 da resposta à intimação nº 03), o lucro antes do imposto de renda teve o seu valor alterado e portanto, a autuação teria um lançamento com um montante diferente. Já a equivalência patrimonial por conta da participação da Jerusha I.B.V. na Ação Real não reflete qualquer alteração no valor do lançamento.”.

Tendo tomado ciência do relatório de diligência, a recorrente assim se manifestou (doc. a fls. 1524 e segs.):

“O processo administrativo em referência é originário de autos de infração lavrados para a exigência de IRPJ e de CSLL, relativos aos anos de 2001 e 2002, sob a alegação de que a Recorrente teria deixado de oferecer à tributação os lucros auferidos pelas empresas Pão de Açúcar International S/A, Stanhore - Trading International S/A, Jerusha I.B.V. e Crosslake Holdings Inc., todas controladas/coligadas localizadas no exterior, suscitando, para tanto, que o teriam sido realizadas *“operações nas quais ocorreu transferência de cotas de suas empresas controladas no exterior, caracterizando disponibilização de lucros conforme o item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º da Lei n.º 9.532/97.”*

Após o acórdão da DRJ que manteve a autuação, foi interposto recurso voluntário, o qual foi levado a julgamento por este E. CARF na sessão de 08/07/2010, onde foi decidido pela conversão do julgamento em diligência, por meio do despacho nº 1302-00.042 (doe. 02), para que fossem apuradas as seguintes questões, reativas à sociedade estrangeira Jerusha I. B. V. ("Jerusha"):

1) Se os docuemntos apresentados são hábeis para demonstrar que o que foi tributado pela d. Fiscalização representam parcela de "share premium", e não lucros acumulados pela Jerusha;

2) Se o valor tributado como lucro pela d. Fiscalização abrangeria também o resultado de equivalência patrimonial da investida Ação Real; e

3) Apurar se com base no resultado da análise referente aos quesitos 2 e 3, haveria alteração no lançamento original.

Durante o período da diligência, foram expedidas intimações para que a Recorrente apresentasse diversos documentos referentes à Jerusha como, por exemplo, balanços patrimoniais, declarações de imposto de renda, declaração de capital, todas as atas das assembleias. Também foi solicitado à Recorrente a apresentação de tradução juramentada de alguns documentos, bem como a notarização e consularização de diversos documentos.

Após a apresentação de todos os documentos e esclarecimentos que foram solicitados pela d. Fiscalização, a Recorrente foi cientificada sobre o teor do relatório de encerramento de diligência fiscal, a respeito do qual fará algumas considerações, a fim de esclarecer para este E. CARF algumas questões que foram levantadas pela Sra. Agente Fiscal¹ e que não merecem prosperar.

2. Das considerações sobre o Relatório de Encerramento de Diligência

2.1. Impertinência dos comentários acerca da suposta apresentação extemporânea de documentos por parte da d. Fiscalização

Após traçar um breve histórico sobre a documentação que foi apresentada durante a diligência e antes de responder aos quesitos formulados por este E. CARF, a d. Fiscalização resolveu se insurgir contra a apresentação de documentos pela ora Recorrente após a impugnação.

Com efeito, conforme é possível depreender da leitura da preliminar contida no relatório da diligência (p. 3), a d. Fiscalização contesta a decisão tomada por unanimidade por este E. CARF, por entender que a apresentação de documentos após a impugnação caracterizaria preclusão, nos termos do art. 16, § 4º do Decreto 70.235/72.

Ocorre que, em primeiro lugar, não cabe à Fiscalização, no âmbito da diligência solicitada por este E. CARF, contestar a decisão tomada pelo órgão colegiado, o qual entendeu que seria necessário se utilizar mais uma vez do trabalho da fiscalização, para fins de instruir o processo antes do julgamento da lide.

Além disso, a d. Fiscalização, ao fazer tal alegação, não se atentou para o fato de que o lançamento originalmente efetuado sempre foi questionado pela ora Recorrente sob o aspecto de que a tributação da forma como se pretendia, implicava em exigir o IRPJ e a CSLL sobre o "share premium" registrado na Jerusha, como se lucro fosse.

Em outras palavras, a Recorrente sempre deixou claro em suas defesas (seja na impugnação; seja no recurso voluntário) que os valores registrados a título de "share premium" não seriam passíveis de tributação, pois não são lucros da companhia.

Ou seja, o argumento da Recorrente sempre foi o mesmo. O que ocorreu é que a defesa foi cada vez mais fortalecida por documentos que foram anexados aos autos e que só corroboram para a improcedência da autuação fiscal.

Nesse sentido, vale mencionar, por exemplo, a declaração de imposto de renda apresentada pela Jerusha, na Holanda, em 1999. Referido documento está nos autos desde 15/05/2007 e deixa claro que no ano de 1999: (i) houve um registro de NLG 227.200.900² correspondente ao share premium; e (ii) a empresa apurou um prejuízo fiscal (NLG 2.320.473), ou seja, não teve lucro. Esses elementos já demonstravam, por si só, o evidente equívoco cometido pela fiscalização em tratar tais valores como lucro (tal questão será melhor detalhada mais adiante, quando serão comentadas as conclusões da d. Fiscalização na diligência).

Desta forma, os documentos que foram apresentados no memorial complementar da Recorrente vieram apenas a corroborar os argumentos de direito que já tinham suporte documental (pareceres e declaração de imposto de renda apresentada pela Jerusha, na Holanda, em 1999). Justamente por esse motivo que este E. CARF deliberou, por unanimidade, pela aceitação da apresentação dos documentos (matéria, portanto, já incontroversa nos autos), bem como pela conversão do julgamento em diligência para apurar os efeitos das alegações da Recorrente (que já vinham desde a impugnação) no lançamento de ofício.

Reforça a impertinência de se tentar discutir novamente a tempestividade dos documentos em questão o fato mencionado pela própria Fiscalização, qual seja, de que nas contrarrazões ao recurso voluntário apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional já havia o pedido para o não conhecimento dos documentos apresentados após a impugnação. Isso porque, tal pedido já era de conhecimento dos julgadores e estes, mesmo assim, decidiram por afastar a alegada preclusão quando determinaram a conversão do julgamento em diligência para a verificação dos efeitos do conjunto probatório contido nos autos (incluindo nesse conjunto probatório os documentos anexos ao memorial complementar).

Imaginar o contrário seria um disparate já que, se havia preclusão, não existia motivo para movimentar a máquina pública novamente para apurar fatos relacionados a documentos que poderiam não ser aceitos no futuro. Qual seria a lógica de se fazer isso? Nenhuma!

Vale observar que prevaleceu a busca pela verdade material e também o bom senso, já que, se fossem mantidas as autuações fiscais, mesmo com a presença de documentos que revelam a improcedência das autuações, o lançamento fatalmente seria cancelado na esfera judicial, gerando ainda mais custos à Administração, que teria que arcar não só com as despesas que incorrem em razão da instauração de um processo judicial, como também com os honorários advocatícios a que seria condenada a Procuradoria da Fazenda Nacional a pagar.

Portanto, é impertinente a alegação feita pela d. Fiscalização no sentido de pleitear a desconsideração dos documentos apresentados e a invalidade do próprio trabalho realizado durante a diligência determinada por este E. CARF (que foi baseada nos documentos apresentados pela Recorrente), sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica (despacho proferido por órgão

colegiado, considerando válidos os documentos apresentados), eficiência e moralidade (movimentação da máquina pública, com a utilização de recursos públicos, sem necessidade).

2.2. Breve síntese sobre a natureza do "share premium" na Holanda, de acordo com parecer elaborado por profissionais holandeses

Como já foi mencionado, a Recorrente anexou, em 09/05/2007, parecer técnico elaborado por profissionais holandeses³, no qual foi esclarecida a natureza jurídica do "share premium" à luz da legislação holandesa, bem como que a tributação das pessoas jurídicas na Holanda segue um regime diferente do que é utilizado no Brasil.

Aqui, vale esclarecer novamente a natureza jurídica dos valores registrados como "share premium" na Holanda, como forma de deixar ainda mais clara a improcedência da autuação fiscal.

Com efeito, naquele país, somente é objeto de tributação pelo imposto de renda das pessoas jurídicas os resultados decorrentes de atividades da própria empresa. Tal fato é evidenciado no seguinte trecho do parecer técnico em questão:

"Na medida em que os benefícios não forem derivados de negócios, mas alusivamente da relação de acionistas entre as pessoas jurídicas, este não é um benefício dos negócios e, portanto, não é um lucro tributável, conforme institui o artigo 3.8 da Lei de Imposto de Renda Holandês de 2001, pois o lucro tributável é somente aquele gerado dos negócios." (fls. 1 do parecer técnico elaborado por profissionais holandeses).

No caso, a Recorrente contribuiu - a valor de livros (NLG 32.262.992) - uma parte de seus ativos (ações) em integralização de aumento de capital realizado na Jerusha.

Nessas situações, a legislação holandesa determina que seja feita a reavaliação do capital investido a valor de mercado, submetendo-se à tributação pelo imposto sobre o capital a totalidade do valor investido já reavaliado (NLG 227.201.000).

Esses valores não são tributados como lucro, e sim, como contribuição de capital na Holanda, justamente por não serem decorrentes dos negócios daquela sociedade.

Assim, tem-se que o "share premium" nada mais é do que o capital utilizado na integralização em determinada empresa ou companhia devidamente reavaliado, nos termos da legislação holandesa.

Portanto, exatamente por esse motivo, está sujeito a um imposto específico, denominado imposto sobre o capital, não integrando a base de cálculo do imposto de renda. Mencione-se que o valor do imposto de capital, no montante de NLG 2.272.010,00 (1% do valor total integralizado do capital⁴), foi devidamente recolhido conforme demonstrado por meio da declaração de capitais apresentada pela Jerusha em 1999, bem como pelo extrato bancário emitido pelo ABN AMRO.

Tanto não se trata de lucro que, do exame da declaração de imposto de renda da Jerusha, fica claro que o pagamento do imposto sobre o capital (NLG 2.272.010,00 - vide docs. 04 e 05 da petição protocolada em 11/04/2014, em resposta ao Termo de Intimação nº 01) é uma despesa que afeta o resultado da companhia (linha 9a - vide doe. 02 da mesma petição).

Portanto, como foi demonstrado, os valores que foram tributados no Brasil como lucros são, na realidade, "share premium". Essa parcela tem natureza jurídica distinta de lucro, de modo que não poderia ter sido atingida pela tributação pretendida pela d. Fiscalização.

Tanto não se trata de lucro que, do exame da declaração de imposto de renda da Jerusha, fica claro que o pagamento do imposto sobre o capital (NLG 2.272.010,00 - vide docs. 04 e 05 da petição protocolada em 11/04/2014, em resposta ao Termo de Intimação nº 01) é uma despesa que afeta o resultado da companhia (linha 9a - vide doe. 02 da mesma petição).

Portanto, como foi demonstrado, os valores que foram tributados no Brasil como lucros são, na realidade, "share premium". Essa parcela tem natureza jurídica distinta de lucro, de modo que não poderia ter sido atingida pela tributação pretendida pela d. Fiscalização.

2.3. Considerações gerais sobre o trabalho fiscal - constatações acerca do "share premium" registrado pela Jerusha

A leitura do relatório de diligência demonstra que a d. Fiscalização, ao examinar os documentos apresentados com o memorial complementar, em conjunto com outros documentos solicitados durante a diligência, concluiu que a autuação fiscal, se tivesse levado em consideração a existência do "share premium", teria uma base de cálculo diferente da que constou no lançamento de ofício.

Com efeito, a d. Fiscalização constatou que os documentos que fizeram parte do memorial complementar da Recorrente mostram como surgiu o "share premium" na Jerusha:

"Os seguintes documentos constantes no 'memorial complementar da recorrente': (...) fornecem o histórico de como foi que surgiu a chamada contribuição informal de capital na Jerusha (share premium)" (p. 4 do Relatório de Diligência);

Contudo, apesar das constatações serem claramente favoráveis à Recorrente, vindo apenas a corroborar o que foi argumentado desde a sua impugnação (ou seja, de que a d. Fiscalização tributou como sendo lucro o "share premium" registrado pela Jerusha), a Sra. Agente Fiscal, inconformada com a inevitável constatação de que o lançamento é improcedente, faz insinuações de que a documentação apresentada não mereceria fé. Porém, tais alegações não merecem ser consideradas, conforme passamos a demonstrar.

Com efeito, após constatar que os argumentos da Recorrente (que já vinham sendo repetidos desde a impugnação) são

procedentes, já que restou, insista-se, evidenciado que o que foi tributado pela d. Fiscalização foi o "share premium" e não o suposto lucro existente, a Sra. Agente Fiscal menciona que a comparação entre o balanço da Jerusha de 1999, que foi apresentado durante a fiscalização, e aquele que foi apresentado durante a diligência revelaria uma "completa alteração dos valores constantes no patrimônio líquido, como a redução do montante do capital social, e a introdução de uma nova conta de share premium" (S.I.C.), traduzida para a língua portuguesa como ágio de subscrição de ações"(p. 5 do Relatório de Diligência)

Mais adiante, a d. Fiscalização menciona novamente que os balanços apresentados durante a diligência são diferentes daqueles que foram apresentados à época da fiscalização, mas agora acrescentando que tais alterações teriam sido feitas deliberadamente, como forma de adequar os balanços aos documentos que foram anexados no memorial complementar:

"Com a apresentação dos novos balanços patrimoniais e demonstrações do resultado do exercício para os anos de 1999, 2000 e 2001 (notarizados e consularizados), as contas relativas ao patrimônio líquido tiveram seus Montantes alterados para se adequar às informações contidas nos documentos referentes ao 'memorial complementar da recorrente', e acabaram por descrever o surgimento do chamado 'share premium' (S.I.C.)" (p. 6 do Relatório de Diligência - destaques do original)

Conclui a Diligência, informando que "os resultados dos exercícios da Jerusha I. B. V. nos anos de 1999 a 2001 foram alterados com a apresentação das novas demonstrações financeiras no curso da presente diligência. Tais valores foram modificados para serem conciliados com os documentos acerca da descrição de contribuição e resolução de acionistas da Jerusha IBV, introduzindo assim, na contabilidade um novo fator, ou seja, o conceito de "share premium" (S.I.C).

Contudo, se a Sra. Agente Fiscal tivesse examinado com cuidado a documentação que **já estava nos autos (que foram efetivamente apresentados às autoridades holandesas em 1999)**, bem como os documentos que foram trazidos pela Recorrente durante a diligência, jamais teria acusado a Recorrente de alterar os seus balanços para concilia-los com a documentação que foi apresentada no memorial complementar.

De fato, **há diversos elementos nos autos que validam os números constantes do balanço apresentado durante a diligência** e, portanto, afastam todas as suspeitas levantadas pela Sra. Agente Fiscal, veja-se:

1) Já havia nos autos, desde 15/05/2007, a cópia da declaração de imposto de renda das pessoas jurídicas, apresentada pela Jerusha, na Holanda, no ano de 1999. O valor que está lá declarado como aumento de capital corresponde exatamente com a

Tais valores podem ser melhores comparados a partir trechos abaixo, extraídos de cada uma das declarações em questão, bem como da cópia do extrato bancário emitido pelo ABN AMRO, comprovando o pagamento do imposto de capitais pela Jerusha, no ano de 1999:

2) Os balanços que já estavam nos autos (fls. 233 a 238) a que se refere a d. Fiscalização, **são relatórios gerenciais** que foram preparados pela controladora da Jerusha no Brasil, de acordo com as leis brasileiras. Por outro lado, os balanços que foram apresentados à d. Fiscalização durante a diligência são os balanços oficiais da Jerusha, que foram elaborados de acordo com a legislação holandesa, de tal forma que os valores declarados no ano de 1999 coincidem com os valores constantes do balanço apresentado durante a diligência.

3) Os autos de infração foram lavrados em 06/12/2006. **Reitere-se: as declarações de imposto de renda do ano de 1999 e a declaração de imposto de capitais da Jerusha foram apresentadas ao fisco holandês em 1999.** Os balanços de 1999 e 2000 foram aprovados pela assembleia de 2002 e os balanços de 2001 e 2002 foram aprovados pela assembleia realizada em 2003.

Como se vê, todos esses fatos ocorreram muito antes do início de qualquer tipo de atividade de fiscalização por parte do Fisco brasileiro.

Daí cai por terra o argumento da Sra. Agente Fiscal de que os balanços teriam sido alterados para serem coerentes com a documentação apresentada no memorial complementar (apresentado pouco antes da sessão de 07/2010).

Como se vê, a Sra. Agente Fiscal tentou trazer a discussão para os balanços que foram apresentados durante a diligência, como se somente esses documentos fossem suficientes para a alteração das conclusões iniciais sobre o lançamento.

Ocorre que, como foi visto, independentemente dos balanços da Jerusha, a declaração de imposto de renda de 1999, examinada em conjunto com a declaração de imposto de capitais apresentada no mesmo ano, entregues no ano de 1999 na Holanda, não deixam qualquer dúvida de que **não havia lucros acumulados**, como quis fazer crer a fiscalização quando da lavratura do auto de infração.

Os balanços oficiais somente corroboram todas as informações que foram fornecidas ao fisco holandês de que os valores que foram tributados no Brasil (representam, na verdade, o capital integralizado na Jerusha e registrado naquele país como "Share Premium"). Tanto isso é verdade que esses valores foram tributados na Holanda como contribuição ao capital da companhia e não como lucros (isso pode ser facilmente constatado a partir do exame das declarações de imposto de renda e da declaração de imposto de capitais da Jerusha).

Além desses elementos mencionados nos parágrafos anteriores, em razão do teor do relatório da diligência, a Recorrente contratou um parecer técnico/contábil, o qual foi elaborado por profissionais holandeses, no qual é examinada a operação de integralização de capital realizada pela Recorrente na Jerusha, sob a ótica da legislação da Holanda (doe. 03). O parecer em questão levou em consideração os documentos que estavam nos autos até o presente momento (que foram devidamente apresentados às autoridades holandesas no ano de 1999), inclusive os que foram juntados durante a diligência fiscal.

No referido parecer é destacado, entre outras coisas, que:

- (i) a Recorrente possuía uma cota de capital da Jerusha, no valor de NLG 100;
- (ii) houve a integralização de capital pela Recorrente na Jerusha, com ações da CBD, a valor contábil (NLG 32.262.992,00);
- (iii) o valor de mercado das ações da CBD integralizadas na Jerusha era de NLG 227.200.900,00;
- (iv) contabilmente, a participação societária da Recorrente, na Jerusha foi registrada da seguinte forma: a) capital: valor nominal da participação da Recorrente na Jerusha (NLG 100); (b) share premium: NLG 227.201.000,00. Esse valor é composto pela diferença entre o valor de mercado das ações integralizadas (NLG 227.201.000,00) e o valor nominal da participação da Recorrente na Jerusha (NLG 100)
- (v) houve o recolhimento de NLG 2.272.010,00 a título de imposto de capitais pela Jerusha (valor equivalente a 1% do capital integralizado);

(vi) a declaração de imposto de renda da Jerusha mostra que houve a integralização de capital pela Recorrente na sociedade estrangeira, no valor de NLG 227.200.900,00, bem como um prejuízo fiscal de NLG 2.320.473,00;

(vii) a operação de integralização de capital com ações da CBD na Jerusha foi devidamente registrada nos balanços da Jerusha. Tal fato é perceptível da comparação entre os balanços de 1998 e 1999, onde fica claro que em 1998 a Jerusha possuía um capital de NLG 40.000,00 e em 2009 esse capital foi aumentado em NLG 227.201.000,00).

Ademais, no citado parecer conclui-se de forma expressa que de acordo com a legislação contábil holandesa, o share premium deve ser contabilizado em conta de patrimônio líquido (fls. 6 do parecer anexo - vide doc. 03), o que evidencia, mais uma vez, que este não se confunde com lucro.

Daí fica ainda mais claro que o valor tributado pela fiscalização corresponde sim ao "share premium" e não a supostas reservas de lucros existentes na controlada da Recorrente situada no exterior. Além disso, nota-se que em 2001, conforme balanços apresentados durante a diligência, a empresa Jerusha apurou um prejuízo de 7.818,00 euros.

Portanto, fica evidente que as desconfiças levantadas pela Sra. Agente Fiscal acerca da legitimidade da documentação apresentada durante a diligência determinada por este E. CARF não procedem. Desta forma, deve esta E. Turma considerar que todo o conjunto probatório que faz parte dos autos é suficiente para demonstrar que a d. Fiscalização tributou o "share premium" registrado pela empresa controlada na Holanda (Jerusha), como se fosse lucro acumulado/disponibilizado, o que não se pode admitir.

DO PEDIDO

Ante o exposto, a Recorrente reitera os termos de seu recurso voluntário e requer a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o seu conhecimento e o provimento, com a consequente reforma da decisão recorrida e o cancelamento dos autos de infração lavrados, com o que se estará fazendo Justiça!"

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/06/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 15/0

6/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 17/06/2016 por LUIZ TADEU MATOSINHO

MACHADO, Assinado digitalmente em 17/06/2016 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 20/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recurso voluntário é tempestivo e foi subscrito por mandatários com poderes para tal, conforme procuração a fls. 251 (a fls. 382 também), razão pela qual dele conheço.

De plano, observo que o enquadramento legal da autuação pode ser sintetizada no seguinte excerto do TVF (a fls. 657):

“Da análise da documentação apresentada pela Fiscalizada Pão de Açúcar S/A Indústria e Comércio, constatamos que esta empresa **realizou operações na qual ocorreu transferência de cotas de suas empresas controladas no exterior, caracterizando disponibilização de lucros conforme o item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º da Lei nº 9.532/97.**”.

Assim, vale a transcrição do trecho do TVF, no qual são descritas as operações de transferências de cotas de: a) Pão de Açúcar International; b) Stanhore – Trading International S/A; c) Jerusha I.B.V.; e d) Crosslake Holding Inc..

Do Pão de Açúcar International

O TVF assim dispõe sobre esse subitem:

“O Pão de Açúcar Indústria e Comércio participava com 100% do capital social da empresa controlada Pão de Açúcar International S/A, sediada em Luxemburgo.

Da leitura da cópia da "Ata de Reunião de Diretoria", realizada em 19/05/2001 (anexa), foi aprovada a alienação de 70.803 (setenta mil, oitocentos e três) ações de emissão da Pão de Açúcar International S/A, para a Ação Real Participação S/A, empresa brasileira. Estas ações correspondem a 59,81% do total de ações que a Pão de Açúcar Indústria e Comércio possuía da controlada de Luxemburgo. O referido contrato de compra e venda de ações foi assinado em 31/05/2001, conforme cópia anexa.

Na cópia da "Ata de Reunião de Diretoria" realizada em 06/12/2001, ocorreu a aprovação da alienação das restantes 47.576 (quarenta e sete mil, quinhentos e setenta e seis) ações detidas pela Fiscalizada em sua controlada Pão de Açúcar International S/A, com a finalidade de subscrever ações da sociedade Crosslake Holdings Inc, empresa sediada nas Ilhas Virgens Britânicas. Estas 47.576 ações correspondem a 40,19% do percentual de ações que a Pão de Açúcar Indústria e Comércio detinha na controlada Pão de Açúcar International S/A.

Portanto, no ano de 2001, a Fiscalizada Pão de Açúcar Indústria e Comércio detinha 118.379 (cento e dezoito mil, trezentos e setenta e nove) ações da Pão de Açúcar International S/A.

3.1.1 Através das Demonstrações Financeiras apresentadas em Euros, obtemos o resultado líquido da Pão de Açúcar International para os anos de 1996 a 2001:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 04.04.2004 (Art. 6º, II, Lei nº 11.343/2006) e o Decreto nº 7.717 de 2006. **ANO LUCRO LÍQUIDO (US\$)**

Autenticado digitalmente em 15/06/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 15/0

6/2016 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 17/06/2016 por LUIZ TADEU MATOSINHO

MACHADO, Assinado digitalmente em 17/06/2016 por EDELI PEREIRA BESSA

Impresso em 20/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1996	9.676.601,02
1997	4.959.553,20
1998	3.728.832,20
1999	9.434.754,44
2000	4.392.340,31
* 2001	<u>1.707.479,35</u>

Total (até 31/05/2001) 33.899.560,52

*** Cálculo do lucro de 01/01/2001 até 31/05/2001**

80.311.868,55 (lucro acumulado até 31/05/2001)
 - 78.604.389,20 (lucro acumulado até 31/12/2000)
 = **1.707.479,35**

As 70.803 ações alienadas correspondem a 59,81% das ações detidas pela Pão de Açúcar Indústria e Comércio em sua coligada Pão de Açúcar International S/A:

US\$ 33.899.560,52 x 59,81% = US\$20.275.327,15

De acordo com o artigo 143 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1996 - Código Tributário Nacional, combinado com o **artigo 74, § único da MP 2.158-35/2001**, a taxa de câmbio a ser utilizada é a da data do fato gerador:

"Art. 143 - Salvo disposição da lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação."

Assim temos:

US\$ 20.275.327,15 x 2,3600 (taxa de câmbio em 31/05/2001 = data da assinatura da venda de ações da Pão de Açúcar Internacional S/A) = **RS 47.849.772,06 (quarenta e sete milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, setecentos e setenta e dois reais e seis centavos)."**

3.2 Stanhore - Trading International S/A

Esta empresa controlada da Pão de Açúcar Indústria e Comércio, tem sede na Ilha da Madeira e conforme cópia de "Ata de Mudança de sede e remodelação total de contrato de sociedade" e seu "documento complementar", constata-se a criação da Stanhore - Trading International S/A em 23/12/1996.

De acordo com a cópia da "Ata de Reunião de Diretoria" realizada em 06/12/2001 pela Pão de Açúcar Indústria e Comércio, foi aprovada a

emissão de ações da sociedade Crosslake Holdings Inc., constituída nas Ilhas Virgens Britânicas, com "a contribuição" de 1.355.272 (um milhão, trezentas e cinquenta e cinco mil, **duzentas** e setenta e duas) ações, detidas pela Fiscalizada em sua subsidiária Stanhore - Trading International S/A.

3.2.1 Através das Demonstrações Financeiras apresentadas em dólares, obtemos o resultado líquido da Stanhore - Trading International S/A para os anos de 1997 a 2001:

ANO	RESULTADO LÍQUIDO (US\$)
1997	12.765.205
1998	10.252.191
1999	24.948.755
2000	11.843.974
30/11/2001	<u>7.675.377</u>
TOTAL	67.485.502

A Fiscalizada Pão de Açúcar Indústria e Comércio participava com 62,50 % das ações do capital da Stanhore - Trading International S/A:

US\$ 67.485.502 x 62,50% = US\$ 42.178.438,75

US\$ 42.178.438,75 x 2,4435 (taxa de **câmbio** de 06/12/2001, data da ata de reunião de diretoria) = **R\$ 103.063.015,08 (cento e três milhões, sessenta e três mil e quinze reais e oito centavos).**

3.3 Jerusha I.B.V.

Esta empresa foi constituída nos Países Baixos (Holanda), sendo que a Fiscalizada Pão de Açúcar Indústria e Comércio adquiriu ações da Jerusha I.B.V. em 26/10/1999, conforme o "Contrato de Compra e Venda de Ações", com cópia em anexo. Da referida cópia, em sua página 01, item (2), temos que: "(2) A venda acima citada das Ações passará a vigorar em 26 de outubro de 1999 e todos os direitos inerentes às Ações, inclusive, entre outros, direitos de voto e dividendos, serão acumulados em benefício da Compradora a partir desta data".

Continuando, no mesmo contrato, no *item* (4), obtemos a informação de que: "A Vendedora garante e avença com a Compradora que as Ações representam 100% do capital emitido e integralizado da Sociedade..."

Em 28/12/2001 ocorreu uma disponibilização de capital da Jerusha I.B.V., de acordo com a cópia anexa da "Escritura de Emissão de uma Ação". Através da leitura do referido documento, as ações da Jerusha I.B.V. que pertenciam ao Pão de Açúcar Indústria e Comércio, foram transferidas para a C.I.R.R.S. Global Investments B.V., sediada na Holanda, a fim de integralizar totalmente uma nova ação ordinária emitida pela Global.

Dos Balanços Patrimoniais da Jerusha I.B.V. - cópias em anexo de 1999 a 2001, para a data de 31/12/2001, o patrimônio líquido da controlada apresentava como reserva de lucro o valor de 103.167.445,79 euros (cento e

três milhões, cento e sessenta e sete mil, quatrocentos e quarenta e cinco euros e setenta e nove centavos). Esclarecemos que nos balanços apresentados pela Fiscalizada, a conta "reserva de lucro" na verdade reflete o valor dos "lucros (prejuízos) acumulados".

Portanto:

103.167.445,79 euros x 2,05388 (taxa de câmbio do dia 28/12/2001, fato gerador) = **R\$ 211.893.553,56 (duzentos e onze milhões, oitocentos e noventa e três mil, quinhentos e cinquenta e três reais e cinquenta.**

3.4 Crosslake Holdings Inc

De acordo com a cópia traduzida do "Memorando de Constituição e Contrato Social da Crosslake Holdings Inc", esta empresa está sediada nas Ilhas Virgens Britânicas e foi constituída em 21 de novembro de 2001. Da leitura da cópia do "Consentimento de Deliberação do Único Conselheiro Alterando o Memorando de Constituição", datado de 17 de dezembro de 2001, ocorreu aumento de capital autorizado da Sociedade. A Fiscalizada Pão de Açúcar Indústria e Comércio detém a participação de 77,31% do capital social da Crosslake, juntamente com a empresa brasileira Ação Real Participações S/A que subscreveu 22,69 % do capital da Crosslake Holdings Inc, totalizando 100% do capital social da empresa das Ilhas Virgens Britânicas.

Finalmente, da leitura da cópia da "Ata de Diretoria da Ilaban S/A", em 28 de fevereiro de 2002, a empresa Pão de Açúcar Indústria e Comércio e a Ação Real Participações S/A realizaram conferência da totalidade do pacote acionário da sociedade Crosslake Holdings Inc para a empresa Ilaban S/A, sediada no Uruguai, a título de adiantamento para futuro aumento de capital.

Das demonstrações financeiras em 2001 da Crosslake Holdings Inc, a empresa apresentou lucro acumulado para o total dos anos no valor de US\$ 1.857.981,89 (um milhão, oitocentos e cinquenta e sete mil, novecentos e oitenta e um dólares e oitenta e nove centavos):

O Pão de Açúcar Indústria e Comércio participava com 77,31 % do capital social da Crosslake Holdings Inc, portanto:

US\$ 1.857.981,89 x 77,31 % = US\$ 1.436.405,80

US\$ 1.436.405,80 x 2,34820 (taxa de câmbio do dia 28/02/2002, fato gerador) = **R\$ 3.372.968,10 (três milhões, trezentos e setenta e dois mil, novecentos e sessenta e oito reais e dez centavos).**

Inicialmente, alerto que a citação, no TVF, do parágrafo único do art. 74 da MP 2.158-35, considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não macula o lançamento, pois, além de desnecessária tal citação, ele não afasta a discussão em torno de qual norma deverá ser aplicada para definir a taxa de câmbio de conversão da receita de participação nos lucros, ou seja, se o art. 143 do CTN conforme sustentado pelo autuante ou o art. 25, §4º, da Lei 9.249/95, questão essa que, em se fazendo necessária, será enfrentada mais a frente.

Assim sendo, da leitura dos trechos do TVF acima transcrito, duas questões afloram:

a) a participação nos lucros de controlada no exterior relativos aos AC 1996 e 1997 eram regidos pela Lei 9.532/97 já que seu art. 1º só entrou em vigor em 1998 (cf. art. 81)?

b) a inteligência do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º da Lei nº 9.532/97 leva a concluir que a alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil constitui "disponibilização" de lucros cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação?

Para responder a primeira questão, transcrevo trecho de artigo de minha lavra, publicado em 2003 na Revista Fórum de Direito Tributário nº 02, no qual, já enfrentava uma das questões aqui posta em julgamento, razão pela qual, com a devida vênia, transcrevo o seguinte excerto da referida publicação:

“5. Ora, conforme a seguir demonstrado, só se pode falar de disponibilidade econômica e acréscimo patrimonial, em virtude de lucro apurado no balanço da investida, mas ainda não pago ao investidor, se este estiver obrigado a avaliar o investimento pelo MEP, pois, em caso de avaliação pelo custo de aquisição, não há dúvida, de que só se poderia considerar ocorrida a disponibilidade econômica após o efetivo recebimento dos dividendos pela investidora.

14. Verificado quando se deve aplicar o MEP, cabe agora analisarmos a mais importante consequência da sua aplicação, qual seja, o reconhecimento pela investidora dos lucros da investida ao mesmo tempo em que são produzidos, independentemente de terem sido distribuídos. Com isso, antes mesmo de serem recebidos, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP já representam um acréscimo patrimonial na investidora, pois, como bem ensina Modesto Carvalhosa (*in* Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4 – tomo II, ed. Saraiva, pág. 50):

“Há assim um registro concomitante do resultado na ‘sociedade-filha’ e na ‘sociedade-mãe’. Daí dizer que a investidora apropria, com a equivalência patrimonial, o resultado derivado de seus investimentos nas sociedades investidas **por regime de competência, e não por caixa, quando distribuído**”. [grifo nosso]

17. Como se vê, ao fim da primeira parte deste arrazoado, não é a legislação tributária que determinou o regime de competência para o reconhecimento dos lucros das investidas avaliadas pelo MEP, mas, sim, a legislação comercial.

18. Até o momento, não se fez necessário nos recorrermos de nenhuma lei tributária para sustentarmos que os lucros ainda não distribuídos das investidas avaliadas pelo MEP significam um acréscimo patrimonial na investidora por representarem uma disponibilidade econômica, passível, inclusive, de distribuição aos sócios da investidora.

35. Não obstante, desde a introdução do MEP (Lei nº 6.404/76), os lucros das investidas avaliadas pelo MEP no exterior pudessem ser tributados no Brasil antes do efetivo recebimento, já que compunham o resultado contábil da investidora, não era isso que ocorria, pois o art. 63 da Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964, adotava o princípio da territorialidade – pelo qual só se

tributava os resultados oriundos de atividades exercidas no país. Assim sendo, os lucros dos investimentos no exterior avaliados pelo MEP não eram tributados no Brasil, não porque não se configurassem em um acréscimo patrimonial, mas porque o país adotava, como aspecto espacial da hipótese de incidência do IRPJ, o princípio da territorialidade.

36. Com o advento da Lei nº 9.249, de 1995, o Brasil passou a adotar a sistemática de tributação em bases universais, pelo qual a tributação compete ao país onde a empresa tem a sede, independentemente do lugar onde os rendimentos foram produzidos, se não vejamos como dispõe o art. 25:

37. Houve, assim, uma mudança no aspecto espacial da hipótese de incidência do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas com a adoção do princípio da universalidade da renda, o que em nada ofende ao conceito de renda estampado no *caput* art. 43 do CTN, mesmo porque compete à lei ordinária definir os aspectos da hipótese de incidência dos tributos, pois é isso que se chama “instituir o tributo”.

43. Destarte, com a Lei nº 9.249, de 1995, passamos a adotar a tributação do imposto de renda em bases universais, não obstante a legislação tributária continuasse a autorizar as investidoras a reconhecer os lucros das investidas no exterior, apenas quando pagos ou creditados. Isso mesmo, apesar de a legislação comercial (art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976), desde meados da década de setenta, já determinar que as investidoras reconhecessem o resultado da equivalência pelo regime de competência, ou seja, fazendo o registro contábil do resultado da equivalência patrimonial concomitantemente com a apuração do resultado pela investida, a interpretação dada pela Secretaria da Receita Federal - SRF ao art. 25 da Lei nº 9.249/95 continuou a considerar que os lucros de investida no exterior avaliada pelo MEP fossem tributados apenas quando pagos ou creditados, se não vejamos como dispunha o art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996 (posteriormente, revogada pela Instrução Normativa nº 213, de 2002):

Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais sucursais, controladoras 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.

[...]

44. Ora, decerto que não havia mais nenhum motivo para deixar de tributar no Brasil os lucros das investidas no exterior avaliadas pelo MEP, pois já tínhamos abandonado o princípio da territorialidade (único obstáculo à tributação de tais lucros) e adotado a tributação em bases universais, logo, sendo tais investimentos sediados no exterior, a entidade econômica ainda não tinha sido tributada por tais lucros no Brasil, razão pela qual tais lucros haviam de ser computados no cálculo do lucro real da investidora.

45. Entretanto, conforme já frisamos, a SRF, ao interpretar o art. 25 da Lei nº 9.249/95, em especial o § 6º, **entendeu que ali estava contemplada uma exceção ao reconhecimento pelo regime de competência, ou seja, exceção ao reconhecimento da receita da investidora no Brasil concomitantemente com a apuração do lucro pela investida no exterior (avaliada pelo MEP)**, de tal sorte que os lucros da investida no exterior só passavam a ser receitas tributáveis da investidora no Brasil quando efetivamente pagos ou creditados.

46. Vejam que essa era uma exceção para quem apura o imposto sobre a

renda pelo lucro real, já que a regra é a do reconhecimento das receitas pelo regime de competência. Aliás, sobre o regime de competência, o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, de Sergio de Iudicibus e outros, ed. Atlas, 5ª edição, p. 28, traz a seguinte definição, para depois observar o que se segue:

“As receitas e despesas são apropriadas ao período em função de sua incorrência e da vinculação da despesa à receita, **independentemente de seus reflexos no caixa**.

A Lei das Sociedades por Ações não admite exceções. Algumas praticadas hoje decorrem de legislações normalmente fiscais, ainda divergente da lei societária.” [grifo nosso]

Assim, a regra vigente para o anos-calendários de 1996 e 1997 era o art. 25 da Lei 9.249/95, com a interpretação dada pela SRF na IN 38/97, a qual concluiu que a receita de participação nos lucros de controladas no exterior só seria tributada quando efetivamente paga ou creditada.

Ora, de tal conclusão aflora uma outra questão: caso aceitável a interpretação dada pela autuante ao item 4 da alínea “b” do § 2º do art. 1º da Lei 9.532/97, o qual só entrou em vigor em 1998 (cf. art. 81 da mesma lei), tal dispositivo legal poderia retroagir para alcançar os lucros acumulados de 1996 e 1997?

A prima facie, teríamos que concluir positivamente, pois o que se estaria tratando é de uma simples alteração do aspecto temporal da hipótese de incidência tributária do IRPJ sobre a receita de participação nos lucros de controlada no exterior, logo, caso a alienação da participação societária tenha efetivamente passado a constituir uma hipótese de disponibilização de lucros com o disposto no item 4 da alínea “b” do § 2º do art. 1º da lei 9.532/97, a participação da recorrente nos lucros acumulados pela controlada no exterior passariam a ser receita tributável a partir dos eventos ocorridos após a entrada em vigor do aludido dispositivo legal.

Todavia, há que se indagar se a inteligência do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º da Lei nº 9.532/97 leva a conclusão de que a alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil constitui “disponibilização” de lucros cuja destinação ainda não fora objeto de deliberação. Vejamos, então, como dispõe tal dispositivo:

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.

Pela literalidade do item 4, não se permite concluir que a alienação da participação societária na controlada no exterior se configure em disponibilização dos lucros, por ela acumulados, aos controladores pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil. Note-se que a estrutura de tal norma é constituída de uma fórmula casuística (“o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça”) seguida de um caso específico (“inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior”), trata-se assim de situação em que a própria norma autoriza a interpretação analógica, mas dentro do limite fixado no exemplo dado. Ou seja, a norma autoriza toda e qualquer situação em que haja o emprego do valor em favor do beneficiário, desde que logicamente tenha havido a deliberação para distribuição/aplicação de tais lucros em benefício dos acionistas, o que não é o caso. Ora, os atos de alienação são externos à controlada alienada, sendo que a deliberação por empregar ou distribuir seus lucros acumulados é da competência exclusiva de seus órgãos de administração.

É verdade que a Receita Federal ao interpretar tal dispositivo entendeu que: *“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 dispunha o § 9º do art. 2º da IN 38/96. Ora, tal interpretação desborda dos parâmetros hermenêuticos do aludido item 4.

Para que fique ainda mais clara a falta de razoabilidade de tal interpretação, basta salientar que, por ela, se a participação na controlada no exterior for alienada para outra pessoa jurídica no Brasil, a alienante sofrerá a incidência tributária do IRPJ sobre os lucros acumulados na controlada e, como os lucros acumulados continuaram no PL da controlada (já que nada foi deliberado por ela sobre a distribuição), haveria, na vigência de tal norma, também a incidência de IRPJ sobre essa mesma base quando os lucros fossem efetivamente distribuídos para a nova controladora no Brasil. Ora, seria como tributar duas pessoas diferentes pela mesma base tributável, ou seja, haveria dois aspectos temporais de incidência tributária para a mesma base tributável, configurando assim *bis in idem*. Vale ainda a reflexão: se a participação na controlada no exterior for alienada várias vezes para pessoas domiciliadas no Brasil, seria justo tributar os lucros acumulados por cada uma dessas alienações, sem nunca ter sido sequer deliberada a sua distribuição?

Além disso, a controladora/alienante domiciliada no Brasil sofrerá a incidência do IRPJ sobre o ganho de capital, caso o valor de alienação supere o valor contábil do investimento, conforme dispunha o art. 31 do DL 1598/77.

É verdade que os lucros acumulados na controlada, aumenta o valor contábil do investimento avaliado pelo MEP registrado na controladora e, conseqüentemente, diminui o seu eventual ganho de capital, mas isso não justificaria a interpretação feita pela Receita Federal, pois outros valores que compunham o resultado do MEP, como a variação cambial do investimento ou o ganho por variação de participação societária, também aumentaria o valor contábil do investimento e, conseqüentemente, reduziria o eventual ganho de capital, sem que nunca fossem tributados. O que ocorre é que a adoção do MEP causa efetivamente uma distorção na tributação do ganho de capital quando comparamos com a alienação de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, porém, não me parece que o item 4 da alínea “b” do § 2º do art. 1º da lei 9.532/97 tenha tido sequer a pretensão de minorar tal distorção.

Com relação ao lançamento da CSLL, entendo que há ainda um outro obstáculo, qual seja, é que o art. 21 da MP 2.158-35, de 2001, estabeleceu a incidência dessa contribuição sobre lucros, rendimentos e ganhos auferidos no exterior, ou seja, o aspecto

material. Logo, não há como fazer retroagir tal norma para alcançar lucros acumulados antes da entrada em vigor de tal norma. Vale ressaltar que tanto o art. 25 da Lei 9.249/95 como o art. 1º da Lei 9.532/97 tratavam apenas de lucro real, sendo que a previsão de incidência da CSLL sobre lucros no exterior, inclusive observando o disposto nas Leis 9.249 e 9532, começou com o art. 19 da MP 1856-6/1999, a qual depois de muitas reedições terminou por se consolidar na MPV 2.158-35. Assim sendo, caso vencido no voto para cancelar integralmente os lançamentos, entendo que deva ser reduzida a base tributável da CSLL, para excluir os lucros apurados pelas controladas no exterior anteriores a 1999.

Por esses motivos, voto por dar provimento ao recurso voluntário para cancelar os lançamentos em tela e, caso vencido, voto por excluir das bases tributáveis da CSLL os lucros apurados pelas controladas no exterior antes de 1999.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Em que pese o bem fundamentado voto do conselheiro relator, analisando a questão principal objeto do recurso, a luz da legislação aplicável e da jurisprudência administrativa sobre a matéria, ousou divergir das suas conclusões quanto à caracterização da distribuição de lucros mediante emprego de valor no caso dos autos.

A questão controvertida refere-se à interpretação do item 4, alínea b, parágrafo 2º, artigo 1º da Lei nº 9.532/97, *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:

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 questão posta é se a alienação de participação societária em controlada no exterior pela controladora no Brasil constitui, emprego de valor a caracterizar a "disponibilização" de lucros prevista no dispositivo legal.

Esta situação foi expressamente prevista no § 9º do art. 2º da IN 38/96, ainda sob a égide do art. 25 da Lei nº 9.249/1995.

Como bem historiou o relator, o referido ato normativo, ao regulamentar o art. 25 da Lei nº 9.249/1995, excepcionou a aplicação do regime de competência ao condicionar a tributação, pela controladora, dos lucros auferidos no exterior pelas filiais, controladas e coligadas, ao efetivo pagamento ou crédito, conforme dispôs em seu parágrafo 2º, *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.

§ 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.

(grifei)

Nota-se claramente que a Lei nº 9.532/1997, nos § 1º, b e § 2º, incorporou textualmente as hipóteses em que se consideravam disponibilizados os lucros, para fins de tributação, previstas no § 2º do art. 2º da IN. SRF. nº 38/1996. O parágrafo 9º do art. 2º da referida IN não foi incorporado ao texto legal, como de resto os parágrafos 4º as 8º também não foram.

Quer me parecer que a não incorporação destes parágrafos ao texto legal decorre de seu caráter meramente interpretativo ao disposto no § 2º, inc. II, d que define o emprego de valor como disponibilização do lucro.

Neste aspecto aflora minha primeira divergência quanto ao voto do relator. Não entendo que o § 9º traga uma interpretação que desborde da definição de emprego de valor

contida § 2º, inc. II, d da IN e, posteriormente, do § 2º, alínea b, item 4 do art. 1º da Lei nº 9.532/1997.

A fórmula adotada no dispositivo, contendo uma exemplificação, claramente permite a interpretação analógica, estendendo-a a outras situações que denotem o emprego de valor, como é caso da alienação da participação.

Não encontro suporte, na norma, à afirmação do d. relator de que o emprego de valor em favor do beneficiário dependa da deliberação dos órgão de administração para distribuição/aplicação de tais lucros em benefício dos acionistas.

Concordo que os atos de alienação são externos à controlada alienada, mas não vejo relevância no fato, pois se tal decisão é tomada por quem detém o controle do investimento, os órgãos de administração da controlada também representam (e se submetem) a vontade da controladora. Há neste caso uma vontade única, e maior, que parte de quem detém o controle no sentido de "empregar" o valor investido, seja alienando-o a terceiros, seja utilizando-o para a realização de novos investimentos em outras controladas.

Também não me convence o argumento de que o lucro poderia vir a estar sujeito à tributação em duplicidade, ou mesmo em cascata, caso o investimento fosse alienado a outro contribuinte residente no país, por ocasião de uma possível distribuição efetiva de lucros após a alienação.

Em primeiro lugar porque a tributação deve alcançar efetivamente quem se beneficiou do lucro, que levou à valorização do investimento que, no caso, é o detentor quando da geração dos lucros. Tanto é assim que, como o próprio relator admite, o custo do investimento, para fins de apuração de ganho de capital pelo alienante, foi aumentado na proporção desses lucros, reconhecidos via MEP. Ora, nada mais justo que, de um lado o alienante ofereça à tributação os lucros que geraram a mais valia do investimento e de outro possa deduzi-lo como custo na apuração do ganho de capital.

Em segundo lugar porque a hipótese levantada pelo relator também pode ocorrer na atual sistemática de tributação de lucros no exterior, estabelecida a partir do art. 74 da MP. 2158-35/2001, pela qual os lucros são considerados disponibilizados à controladora na data do balanço em que tiverem sido apurados pela controlada¹.

Esta tributação ocorre, independentemente de qualquer deliberação dos órgãos de administração da controlada, que poderão, em momento futuro, decidir pela efetiva distribuição dos lucros à controladora, seja esta a que detinha o controle no momento da apuração dos lucros, seja outra que tenha adquirido o controle posteriormente.

A jurisprudência deste conselho é bastante consistente ao considerar qualquer forma de alienação do investimento feito pela controlada como situação caracterizadora do emprego de valor em favor da beneficiária e, portanto, da disponibilização dos lucros. Cito a ementa de alguns acórdãos nesse sentido:

LEI 9.532/97 - TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. LUCRO DISPONIBILIZADO. FATO GERADOR. PAGAMENTO DO LUCRO. ENTREGA, A QUALQUER TÍTULO, A REPRESENTANTE DA BENEFICIÁRIA. AUMENTO DE

¹ 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.

CAPITAL DE CONTROLADA NO BRASIL. TRANSFERÊNCIA DAS CONTROLADAS NO EXTERIOR EM TROCA DE QUOTAS DE CONTROLADA NO PAÍS.

Aumento de capital de controlada direta no Brasil por meio de transferência do controle de empresas no exterior em troca de quotas de capital configura pagamento do lucro da controlada no exterior, caracterizado pela entrega do lucro, a qualquer título, a representante da beneficiária, constituindo, assim, disponibilização de lucro. [...] (Acórdão nº 101-95.500, 27/04/2006 1ª C/1º CC)

LUCROS NO EXTERIOR - EMPREGO DO VALOR - DISPONIBILIZAÇÃO - Os lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas e controladas devem ser adicionados ao lucro líquido para determinação do lucro real da empresa nacional. O momento é diferido até a data em que forem disponibilizados tais lucros. Todavia, a venda ou qualquer outra forma de transferência das participações fulmina a subsunção à regra excepcional do aspecto temporal e, conseqüentemente, qualifica o fato pela regra geral do momento da aquisição da renda. (Acórdão nº 101-95.302, 08/12/2005 1ª C/1º CC)

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO - LEGISLAÇÃO ANTERIOR - Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, para efeito de disponibilização de lucros de coligada/controlada sob a forma de pagamento, considera-se como tal o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça. No caso vertente, o emprego está caracterizado pela utilização da participação societária na empresa estrangeira que auferiu os lucros, para aporte de capital em outra. (Acórdão nº 105-16.766, 08/11/2007 5ª C/1º CC)

LEI Nº 9.532/97 - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL - EMPREGO DO VALOR - DISPONIBILIZAÇÃO - A integralização de capital mediante entrega da participação acionária de controlada no exterior configura o emprego dos lucros em favor da investidora brasileira e caracteriza a disponibilização do valor para fins de tributação, a teor das disposições da Lei nº 9.532/97, em seu art. 1º, § 2º, alínea "b", item 4. (Acórdão nº 1102-00.151, 29/01/2010 - 2ª TO/1ª C/1º SJ/CARF)

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. EMPREGO DO VALOR.

A finalidade da norma contida no item 4 da alínea "b" do § 2º, da Lei nº 9.532, de 1997, foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo, entre elas a alienação do investimento mediante conferência para integralização de capital de outras empresas. (Precedentes: Ac. CSRF nº 910100.420, de 03/11/2009, relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho; Ac. nº 110200.059, de 29/09/2009, relatora Sandra Maria Faroni). (Acórdão nº 9101-001.768, 15/10/2013 - 1ª Turma/CSRF)

Por retratar situação semelhante à ventilada neste processo e pela profundidade com que a D. Conselheira Sandra Faroni, designada para redigir o voto vencedor, tratou da matéria, transcrevo abaixo os principais fundamentos do voto vencedor contido no Acórdão 1101-00.151, cuja ementa foi acima citada, *verbis*:

O ilustre relator foi vencido exclusivamente em quanto à parcela da exigência relacionada à disponibilização dos lucros representada pela transferência da participação societária para integralização de capital de outra empresa.

Entendeu o relator que quando a integralização se dá em empresa do mesmo grupo, a transferência da participação societária não caracteriza emprego de valor para os fins previstos no 1º, § 2º, "b", item 4, da Lei 9.532/97.

A questão - tratamento da alienação da participação societária como emprego de valor - foi por diversas vezes por mim enfrentada, que assim me expressei:

A Lei nº 9.532, de 1997, estabeleceu:

[...]

A edição do art. 1º da Lei nº 9.532/1997 foi motivada pela necessidade de compatibilizar a incidência do tributo com o conceito de disponibilização.

As situações tratadas na alínea "a" e nos itens 1, 2 e 3 da alínea "b" do § 2 do artigo são muito claras, não dando margem a discussões. Todas as dúvidas trazidas à discussão para este Colegiado contêm-se no alcance que tem sido dado à expressão "emprego do valor", referida no item 4.

O objeto da análise é quanto ao alcance do conceito de "emprego do valor"

O vocábulo *disponibilidade* significa a faculdade de dispor dos bens.

Dispor é um dos atributos do direito de propriedade. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (CC, art. 1.228). Significa o poder que o proprietário tem de se desfazer do bem, inclusive para integrá-lo ao patrimônio de outra pessoa. Alguém só pode dispor de algo de que seja proprietário, o que implicitamente, significa que num momento anterior adquiriu a disponibilidade desse bem. (A disponibilidade é adquirida mediante transferência da propriedade).

Uma quota ou ação representa parcela da propriedade da investidora no patrimônio da investida. Se esse patrimônio contém lucros acumulados, ao alienar o investimento (simplesmente para dele se desfazer, ou para integralizar capital de outra sociedade), a sociedade dispôs de sua participação no patrimônio da investida, incluindo a parcela de lucros nela compreendidos.

Não é relevante que o lucro pelineança no PL da investida. Veja-se que, contabilmente, o resultado positivo (lucro) auferido através da coligada ou controlada se materializou por ocasião da apuração da equivalência patrimonial, tendo afetado o lucro líquido. Assim, o PL da investidora brasileira já se encontra afetado pela valorização do investimento na investida, correspondente aos lucros nela acumulados. Se esse investimento é utilizado para qualquer fim - por exemplo, restituir capital aos sócios da investidora ou para adquirir participação no capital de outras empresas (integralizar capital subscrito) - , é óbvio que a investidora dispôs dos lucros que auferiu através da coligada no exterior (que estão contidos no investimento alienado).

Conforme ponderou o ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, em voto condutor do Acórdão 94.747/2005, "o ordenamento jurídico tem suas bases muito mais ligadas a interpretações sistemáticas e finalísticas, a ensejar um conjunto sustentado em certa axiologia, ainda que mutável no tempo, do que a restritivas interpretações literais". E concluiu o brilhante Conselheiro que a disponibilização de que trata a norma é o uso do valor adicionado pelos lucros auferidos no exterior, para quaisquer fins, ainda que seja para pagamento de dívida. É assim que deve ser interpretada a expressão "o emprego do valor, em favor da beneficiária".

Sabe-se que a lei não contém palavras inúteis. Pergunta-se: a não ser o aumento de capital da coligada ou controlada, expressamente previsto na norma, que outra situação se conteria no item 4 que não correspondesse a alienação do investimento? Não identifico nenhuma. Nos debates travados na última sessão, levantou-se, como exemplo, que poderia ser para pagamento de dívida do investidor. Ora, levando em conta que as entidades (investidora e investida) não se confundem, a utilização dos lucros acumulados na investida para esse fim (pagamento de dívida do sócio/acionista) pressupõe um passo anterior (ainda que implícito, oculto) de transferência dos lucros acumulados para conta representativa de passivo exigível da investida, situação prevista na alínea "a" do § 2º do artigo, e uma ordem/autorização da investidora.

Também já se disse que o emprego referido no item 4 da alínea "b" do § 2º é apenas aquele levado a efeito pela investida, e não pela investidora. Também não me parece ser essa a interpretação possível. A lei não aponta quem deve ser o agente da ação de empregar, presumindo que, ocorrido o emprego do valor do lucro, ele foi pago (considera-se pago o lucro, quando ocorrer o emprego do valor em favor da beneficiária.).

A finalidade da norma (item 4 da alínea "h" do § 2º) foi de caracterizar como disponibilização qualquer forma de realização dos lucros que não estivesse compreendida nas demais situações previstas no parágrafo. E a alienação do investimento, por qualquer forma, entre elas a conferência para integralização de capital de outras empresas, corresponde à sua realização.

Ao alienar a participação, cujo valor já está afetado pelos lucros acumulados na investida, a investidora realizou os lucros, devendo incluí-los para tributação. O valor pelo qual o investimento foi alienado só tem relevância para a apuração do resultado na alienação (que pode, inclusive, neutralizar a tributação dos lucros, se o valor da venda for inferior ao valor contábil do investimento).

Com a devida vênia do ilustre Relator, entendo não haver como excepcionar da tributação o presente caso, ao argumento de que a utilização do investimento na controlada situada em Portugal se deu para integralizar capital de outra empresa do grupo, também situada no exterior. A conferência da participação para integralização de capital, ainda que de empresa do mesmo grupo, configura disponibilização da parcela do patrimônio da investida que contém os lucros, e não haverá outro momento para tributar esses lucros.

Pelos fundamentos trazidos no voto vencedor do referido acórdão, que adoto, e pelas razões já externadas anteriormente, entendo que as alegações da recorrente, sob o aspecto ora discutido, não podem ser acolhidas, devendo ser mantidas as exigências.

É como voto.

Luiz Tadeu Matosinho Machado