



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

Processo nº 16561.000190/2007-24
Recurso nº 173.956 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1302-00.441 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de dezembro de 2010
Matéria LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR
Recorrentes UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.VEDAÇÃO.

É vedado o afastamento pelo CARF de dispositivo prescrito em medida provisória com base em alegação de inconstitucionalidade. Aplicação da Súmula CARF nº 02.

LUCROS DISPONIBILIZADOS NO EXTERIOR. TAXA DE CÂMBIO APLICÁVEL.DATA DE CONVERSÃO DA MOEDA.

A data de conversão da moeda aplicável aos lucros disponibilizados no exterior é determinada pelo §4º do art. 25 da Lei nº 9.249/95.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário. Sustentação oral pelo Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP 138192. Declarou-se impedida a Conselheira Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, substituída pelo Conselheiro Valmir Sandri.

(assinado digitalmente)

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello (presidente da turma), Irineu Bianchi (vice-presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade e Daniel Salgueiro da Silva.

Relatório

Por bem descrever os eventos ocorridos até o momento de seu relato, adoto o relatório produzido na DRJ.

DA AUTUAÇÃO

Trata-se de impugnação a Auto de Infração de Ajuste de Base de Cálculo do Imposto de Renda às fls.117 e Auto de Infração de Ajuste de Base de Cálculo da Contribuição Social às fls.122, lavrados após ação fiscal direta,

Expõe a fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, às fls.127/130, que:

2.4 Analisando os documentos fornecidos pelo contribuinte verificamos que existe um saldo de lucros disponibilizados e não oferecidos à tributação, referente ao ano-calendário de 2001, conforme o parágrafo único do art. 74 da MP 2158-35 de 2001, além do lucro apurado em 2002 e não oferecido à tributação conforme o caput do referido artigo, relativos à Unipart Internacional (...)

As infrações apuradas foram capituladas da seguinte forma:

ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR

Ausência de adição ao lucro líquido do período, na determinação do lucro real, dos lucros auferidos no exterior, pela controlada Unipart Internacional apurados conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

31/12/2002RS 46.209.866,41

31/12/2002RS 236.075.877,80

IRPJ - Enquadramento legal: Art. 25, § 2º e 3º, da Lei nº 9.249/95; art. 1º, da Lei nº 9.532/97; arts. 249, inciso II, e art. 394 do RIR/99 e art. 74, parágrafo único, da MP 2158-35/2001.

CSLL - Enquadramento legal: art. 2º e §§, da Lei n 7689/88; art. 1º da Lei nº 9316/96 e art. 28 da Lei nº 9.430/96;. art. 7º da MP nº 1807/99 e reedições; art. 6º da MP nº 1858/99 e reedições.

DA IMPUGNAÇÃO

Ciente do resultado da ação fiscal em 19 de dezembro de 2007, conforme consignado nos respectivos autos de infração (fls.117 e fls.122), o interessado apresenta impugnação em 18 de janeiro de 2008, com os argumentos de fls. 141 a 175, acompanhada dos documentos de fls. 176 a 248.

Os argumentos trazidos pela defesa são os seguintes:

I) IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DE LUCROS NÃO DISPONIBILIZADOS AO IMPUGNANTE

Após discorrer sobre a evolução da legislação que trata dos lucros obtidos no exterior, a Impugnante questiona a constitucionalidade da disposição contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2158-35, que modificou a legislação que trata dos lucros auferidos no exterior, por força do advento da Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 43 do CTN, dispondo este último que *"Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá o momento que se dará a disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo"*.

A defesa afirma que estão sendo tributados pelo IRPJ e CSLL valores que ainda não são renda ou lucro da pessoa jurídica nacional porque ainda não lhe foram disponibilizados, com violação dos artigos 153, III, 195, I, "c" da Constituição Federal e artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional, que definem o fato gerador dessas exações e o art. 145, par. 1º da CF/88 que consagra o princípio da capacidade contributiva e que o artigo 43 do CTN é taxativo ao estabelecer que o imposto de renda "tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos" o que consiste, sem dúvidas, sempre, num acréscimo patrimonial efetivo.

Alega, ainda, o impugnante que é terceira pessoa em relação à controlada no exterior e não tem livre, imediata e incondicional disponibilidade sobre o montante relativo aos lucros auferidos pela sua controlada/coligada no exterior, cuja distribuição fica sujeita à legislação do País onde estão situadas e dependerá, ainda, de deliberação dentro da própria empresa e que, no Brasil, a Lei das S/A dispõe que a assembléia geral deliberará sobre a destinação do lucro líquido, a distribuição de dividendos e a fixação da data de pagamento.

II) DOS ERROS NA APURAÇÃO DO IRPJ E CSLL SUPOSTAMENTE DEVIDOS

11.1) Da taxa de câmbio quanto ao lucro de 2001

Alega a requerente que a taxa de câmbio a ser considerada é a do dia de apuração do balanço, ou seja, 31/12/2001 nos termos do § 4º do art. 25 da Lei nº 9.249/95.

11.1.1) Do lançamento em duplicidade

Alega a defesa que este mesmo valor foi tributado em duplicidade nos autos do processo nº 16561.000189/2007-08, oriundo de autos de infração lavrados na mesma data para constituição do crédito tributário relativo ao resultado da equivalência patrimonial do ano de 2002 (doc.2).

11.2) Do valor do lucro de 2002

Alega a requerente que o lucro a ser considerado quanto ao balanço da Unipart não é o da planilha de fls.80/81, na qual constou como sendo de US\$ 66.814.557,90, mas o lucro correto é o valor de US\$ 65.592.920,28 ou R\$ 231.759.465,23, sendo este inclusive o valor que constou da DIPJ apresentada pelo Impugnante (doc.4) e parte desse lucro já foi oferecido à tributação pelo Banco Bandeirantes S/A, o qual, até 14/11/2002 detinha 8,96717% daquelas ações que, quando as alienou ao Impugnante ofereceu à tributação os lucros auferidos até

outubro daquele ano na proporção correspondente à sua participação, no valor de R\$ 20.369.724,46 (doc.5).

Nessas condições, argumenta a defesa, do lucro de R\$ 231.759.465,23 deve ser excluído ainda o valor de R\$ 20.369.724,46, por se tratar de lucro já disponibilizado quando da aquisição da respectiva participação acionária ao antigo acionista, adicionando-se porém o valor de R\$ 624.224,48 correspondente à variação cambial incidente sobre aquele valor nos meses de novembro e dezembro de 2002, conforme demonstrativo abaixo (doc.5) (...)

Conclui a defesa que, em conseqüência, quanto ao ano de 2002 o lucro da Unipart passível de tributação no Impugnante seria quando muito de R\$ 212.013.965,25 (R\$ 231.759.465,23 - R\$ 20.369.724,46 + R\$ 624.224,48).

III - DO NÃO CABIMENTO DA EXIGÊNCIA DE JUROS SOBRE

MULTA

Após interpretação que faz do art. 161 do CTN e dos arts. 43 e 61 da Lei nº 9.430/96, e com transcrição de jurisprudência administrativa, afirma a defesa que, pela legislação que rege a matéria, esta somente autoriza a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado do tributo ou da contribuição. Não autoriza como pretende o Fisco, o cálculo dos juros sobre o valor da multa.

IV - DA IMPRESTABILIDADE DA SELIC PARA EFEITOS DE CÔMPUTO DOS JUROS DE MORA

A Taxa Selic é híbrida pois inclui remuneração dos serviços das instituições financeiras, é fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo e extrapola, em muito, o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN.

Do pedido

Pleiteia o Impugnante a acolhida da impugnação para o fim de se reconhecer a insubsistência dos autos de infração.

A 10ª Turma da DRJ/SPOI, em sessão de julgamento, decidiu, por unanimidade, julgar procedente em parte o lançamento, alterando-se os autos de infração de ajuste de base de cálculo do imposto de renda e de ajuste de base de cálculo da contribuição social nos termos do demonstrativo da compensação de prejuízos fiscais de demonstrativo da compensação de bases negativas, respectivamente, conforme consta do voto, com supedâneo nos seguintes fundamentos:

- Alegação de impossibilidade de lucros não disponibilizados ao impugnante – inconstitucionalidade: contra alegação de que a tributação de lucros auferidos no exterior na forma do art. 74 da MP 2158-35 seria inconstitucional, por tributar fato que não corresponde a acréscimo patrimonial, esclareceu não caber à autoridade administrativa decidir sobre inconstitucionalidade, devendo-lhe observar as normas vigentes;

- Alegação de erros na apuração do IRPJ e CSLL. Alegação relativa à taxa de câmbio quanto ao lucro de 2001: a taxa de câmbio correta é dada pelo art. 74 da MP 2158-35, sendo obtida na data da disponibilização dos lucros. Assim, o §4º do art. 25 da Lei nº 9.249/95, que prescrevia como tal marco a data do levantamento das demonstrações financeiras da foi tacitamente revogado (art. 2º, §1º, Decreto-lei nº 4.657/42);

- Alegação de erros na apuração do IRPJ e CSLL. Alegação de lançamento em duplicidade: a alegação de duplicidade com a autuação relativa ao resultado da equivalência patrimonial (16561.000189/2007-08) deve ser argüida naquele processo, porque o lucro no exterior da Unipart relativo ao ano-calendário de 2001 deve ser considerado pela taxa de câmbio do dia 31/12/2002, prejudicando tal alegação neste processo;

- Alegação de erros na apuração do IRPJ e CSLL. Do valor do lucro de 2002: merece acolhida a alegação de que o lucro da Unipart, relativo ao ano-calendário de 2002, a ser tributado no contribuinte interessado, CNPJ 33.700.394/0001-40, é o valor alegado pela defesa, R\$212.013.965,25;

- Alegação de não cabimento da exigência de juros sobre multa: o caso presente trata de autos de infração de ajustes nas bases de cálculo do IRPJ e CSLL, ficando prejudicada a alegação feita;

- Alegação de imprestabilidade da selic para efeitos de cômputo dos juros de mora: de igual modo ao item anterior, fica também prejudicada tal alegação sobre aplicação da taxa selic;

- em demonstrativo, apresenta os efeitos da exoneração de R\$24.061.912,55.

Irresignado, o recorrente interpôs Recurso Voluntário a este Conselho, alegando, em síntese, que:

- o saldo de lucros de 2001 e os lucros de 2002 jamais foram disponibilizados, sendo manifestamente inconstitucional o art. 74 da MP 2158-35/01, porque ao considerar disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior para a investidora no Brasil na data do balanço em que tiverem sido apurados, independentemente da efetiva e real distribuição, está pretendendo tributar pelo IRPJ e CSLL valores que ainda não são renda ou lucro da pessoa jurídica nacional. Violação dos art. 153, III, 195, I, “c” da CF e os art. 43 e 44 do CTN, e o art. 145, §1º da CF/88. Está em julgamento no plenário do STF o julgamento da ADIn do art. 74 da MP 2.158, havendo já 3 votos reconhecendo sua inconstitucionalidade;

- Impossibilidade de tributação dos lucros não disponibilizados ao recorrente: os lucros apurados pela investida no exterior não podem ser tributados na recorrente porque não foram a ela disponibilizados, o que viola os conceitos de renda estabelecidos no CTN;

- o recorrente é terceira pessoa em relação à controlada no exterior, não podendo dispor dos lucros se nada for feito no âmbito da própria investida, sob pena de responsabilidade;

- não contabilização dos lucros auferidos pela controlada ou coligada domiciliada no exterior: a colocação dos lucros à disposição não depende de um só acionista ou sócio, a exemplo do que determina a Lei das SA (lei nº 6.404/76), que, por exemplo, cria reservas obrigatórias e impede a distribuição se for incompatível com a situação financeira da empresa;

- Erros na apuração do IRPJ e CSLL supostamente devidos – A taxa de câmbio quanto ao lucro de 2001: o fiscal autuante procedeu à conversão em reais com base na taxa de câmbio do dia 31/12/2002, data em que considerou os lucros disponibilizados,

supostamente com base no art. 143 do CTN. Contudo, tais lucros devem ser convertidos para reais somente no dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados na coligada ou controlada, com base no §4º do art. 25 da lei nº 9.249/95. A decisão da DRJ é equivocada por entender revogado o §4º do art. 25 da lei nº 9.249/95, porque o RIR/99 e a IN SRF nº 213/02 reconheceram sua vigência. Além disso, a parte inicial do art. 143 do CTN admite que lei disponha em sentido contrário. Junta jurisprudência do Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Andrade, Relator.

Os recursos atendem os requisitos de admissibilidade, e portanto, deles conheço.

1. RECURSO DE OFÍCIO

A fiscalização considerou o valor de US\$ 66.814.558,00, que multiplicado pela taxa de câmbio em 31/12/2002 perfaz o valor de R\$236.075.877,80.

A defesa questiona tal valor, posto que tomado da planilha de fls. 80, que, sendo interno, efetua ajustes internos efetuados pelo recorrente apenas para efeito de consolidação contábil do grupo.

Segundo alega, conforme consta de balanço local da investida, o valor correto seria de US\$65.592.920,28. Junta balanço em língua nativa, acompanhado da respectiva tradução juramentada. Além disso, demonstra que em sua declaração de rendimentos do ano-calendário de 2003 informou na ficha 37 (Participações no exterior) o lucro líquido de R\$231.759.465,23, que convertido pela taxa de câmbio de 31/12/2002 (R\$3,5333) resulta no lucro de US\$65.592.920,28.

Desta forma, concordo com a decisão da DRJ, anuindo com a substituição do valor indevido por aquele que consta do balanço local (IN SRF 38/96, art.10; IN SRF 213/02, art. 6º).

Muito embora tenha a recorrente encerrado o ano detendo 100% das ações da Unipart, até 14/11/2002 o percentual de 8,96717% daquelas ações era de propriedade do Banco Bandeirantes S/A, que quando as alienou ao recorrente já ofereceu à tributação os lucros auferidos até outubro daquele ano na proporção correspondente à sua participação, no valor de R\$ 20.369.724,46.

Nessas condições, entende que do lucro de R\$231.759.465,23 deve ser excluído ainda o valor de R\$20.369.724,46, por se tratar de lucro já disponibilizado quando da aquisição da respectiva participação acionária ao antigo acionista, adicionando-se, porém, o valor de R\$624.224,48 correspondente à variação cambial incidente sobre aquele valor nos meses de novembro e dezembro de 2002. Às fls. 169 aponta-se que o valor foi oferecido à tributação pelo Banco Bandeirantes, na DIPJ/2003.

Neste ponto, acolho a alegação feita, estando demonstrado o oferecimento à tributação pelo Banco Bandeirantes, em consonância com o que prescreve o parágrafo único do art. 74 da MP 2158-35/2001.

2. RECURSO VOLUNTÁRIO

O recorrente se insurgiu contra parte da decisão da DRJ que não conheceu de matéria que questionava inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2158-35/01.

Não lhe assiste razão neste ponto.

Ao julgador administrativo, membro de órgão de julgamento vinculado ao Poder Executivo, são impostas condições que não se aplicam aos membros do Poder Judiciário, as quais limitam sua esfera de cognição.

Tal restrição não elimina a possibilidade de que, inconformado, deduza o contribuinte sua pretensão em juízo, assegurando-se da ubiqüidade constitucionalmente garantida ao Poder Judiciário pelo art. 5º, XXXV, da CF.

O direito positivou tal restrição no art. 26-A da Lei nº 70.235/72, e, ademais, a matéria já se encontra sumulada, dadas as reiteradas e uniformes decisões tomadas pelo Colegiado no mesmo sentido, através da Súmula CARF nº 02, abaixo transcrita, a qual vincula todos os Conselheiros do Órgão, nos termos do art. 72 do Regimento Interno.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Questiona a recorrente a incorreção da taxa de câmbio aplicada aos lucros disponibilizados, tendo a autoridade utilizado a taxa obtida na data de 31/12/2002, aquela da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do art. 143 do CTN, e não aquela obtida na data do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros.

Assiste-lhe razão neste quesito.

Isto porque, no meu entender, não foi revogado o §4º do art. 25 da lei nº 9.249/95, e, por continuar em vigor, afasta a regra geral estabelecida no art. 143 do CTN, exatamente por dispor em sentido contrário.

De fato, o momento em que o lucro se considera disponibilizado foi alterado pela MP 2158-35/2001. Contudo, tal fato não autoriza a automática transposição da data de

conversão da moeda para coincidir com a data de disponibilização do lucro, por existir disposição expressa de lei em sentido contrário para esta situação específica.

Ressalte-se que a regra estabelecida no art. 143 admite exceção prevista em lei, o que acontece no caso presente.

Assim, voto para negar provimento ao Recurso de Ofício e dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para alterar a data de conversão da moeda relativa à tributação dos lucros auferidos no exterior para aquela prescrita no §4º do art. 25 da Lei nº 9.249/95

Sala das Sessões, 16 de dezembro de 2010.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Relator