



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

Processo nº 19515.003943/2007-05
Recurso nº 178.332 De Ofício
Acórdão nº **1402-00.302 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de novembro de 2010
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FCBB EMPREENDIMENTOS E COMÉRCIO LTDA.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2002

Ementa:

IRPJ ERRO NA DETERMINAÇÃO DO FATO GERADOR

A data fato gerador do IRPJ, no caso de disponibilização de lucros acumulados durante o ano de 2001, por efetiva distribuição ou por eventos que causem a disponibilização de lucros acumulados, é 31/12/2001, tornando improcedente o lançamento efetuado que considerou a data do fato gerador 31/12/2002.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

EDITADO EM: 30/12/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima (Presidente de Turma), Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Antonio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Frederico Augusto Gomes de Alencar.

Relatório

A Fazenda Nacional recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 5ª Turma da DRJ São Paulo I/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 34 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.1.90.00-2007-02813-9 (fls.01) a Fiscalização apurou, no domicílio fiscal da contribuinte acima identificada, os seguintes fatos, conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls. 167 a 170):

A empresa possui 100% de participação da empresa Anterior Consultoria e Investimento Ltda, situada na Ilha da Madeira e, conforme apurado pela Fiscalização, os lucros apurados pela empresa, durante o período de 1998 a 2000 não foram oferecidos à tributação até a presente data.

Pelo disposto no art. 43, § 2º do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 74, § único da MP nº 2.158-35/2001, esses lucros foram considerados compulsoriamente disponibilizados em 31/12/2002.

A Auditora cita ainda a disposição adicional nº 9 da convenção Brasil – Portugal em vigor, que não impediria a tributação desses lucros.

Consta também na tabela elaborada pela Auditora Fiscal às fls. 168 que foi levado em consideração uma distribuição de lucro havida em 2001, no valor de R\$ 1.792.978,00, embora não haja qualquer explicação do fato no Termo de Verificação.

Em 05/12/2007, foram lavrados os seguintes Autos de Infração

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica IRPJ (fls. 173 a 176), no valor de R\$ 58.267.111,11, já incluída a multa de ofício e os juros de mora, calculados até 30/11/2007. Embasamento legal: art 43 do CTN, artigo 25, e §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.249/1995; artigo 16 da Lei nº 9.430/96; artigos 249, inciso II, 251 e § único e 394, do RIR/99; artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001; e artigo 7º, §3º, inciso II da IN SRF nº 213/2002.

- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 177 e 178), no valor de R\$ 18.015.378,52, já incluída a multa de ofício e os juros de mora, calculados até 30/11/2007. Embasamento legal: art 43 do CTN, artigo 19 e 25, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.249/1995; artigo 1º da Lei nº 9.316/1996; artigo 16 da Lei nº 9.430/1996; artigo 19º da MP nº 1.858/99 e reedições, artigos 249, inciso II, 251, e § único e 394, do RIR/99; artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001; e artigo da IN SRF nº 213/2002.

Inconformada com a autuação fiscal, da qual foi cientificada em 17/12/2007, a interessada apresentou, em 15/01/2008, competente impugnação (fls. 185 a 220), expondo as razões, a seguir em apertada síntese:

Alega que durante os anos de 1998, 1999 e 2000 a empresa Anterior auferiu lucros que jamais foram disponibilizados aos sócios brasileiros. No ano de 2001, a empresa teve prejuízo.

Alega que na Ata de Reunião dos Sócios da Anterior, realizada em 20/12/2001, parte dos lucros auferidos em 1998 foi disponibilizada à contribuinte.

Alega que em 28/12/2001, a empresa reduziu o seu capital social, entregando a totalidade da participação da empresa Anterior ao seu sócio, pessoa física, decorrendo que, em 31/12/2001, a contribuinte já não era proprietária da empresa Anterior.

Alega que em 18/08/2003, o sócio, pessoa física, se desfez da participação detida na empresa Anterior, para a empresa TMF – Assessoria Empresarial LDA, situada em Portugal, auferindo ganho de capital no valor de R\$ 80.525.963,63 que foi oferecido à tributação, que recolheu o valor de R\$ 12.078.894,54, relativo ao Imposto de Renda sobre Ganho de Capital.

Alega que já ocorreu a decadência do direito de efetuar lançamento fiscal sob fato gerador ocorrido em 2001, além da Fiscalização ter ignorado a disponibilização de lucros em 20/12/2001, além da redução do capital em 28/12/2001, não considerando também os prejuízos gerados em 2001.

Faz em seguida longa digressão explicando porque entende ter ocorrido a decadência no presente caso.

Apresenta também longa explanação sobre porque entende ter havido erro na interpretação do art. 74 da MP nº 2.158-35/200, além de argumentar contra o que entende ter sido aplicação retroativa desse dispositivo legal.

Alega que variações cambiais não podem ser tributadas pois não são receitas tributáveis, citando, ainda, alguns acórdãos administrativos que embasariam sua tese.

Alega que o art 7º do antigo Tratado Brasil-Portugal vedaria a tributação de lucros não distribuídos relativos aos anos de 1998 e 1999 e que o novo tratado, firmado no ano 2000, teria aplicação retroativa para todo o ano 2000 e, desse modo, qualquer alteração na tributação somente teria efeito no ano seguinte.

Alega que houve erro na determinação do lucro tributável pois não foram considerados os prejuízos ocorridos no ano 2001, pois alega não haver restrição na compensação de prejuízos dos anos anteriores relativo a lucros auferidos no exterior. Desse modo, alega que se tivesse mesmo disponibilizado em 31/12/2001, o valor a ser tributado seria o equivalente a R\$ 35.620.191,30 conforme demonstrativo que apresenta junto com a impugnação.

Investe contra a aplicação da multa de ofício que considera abusiva, extorsiva, expropriatória, além de confiscatória e em confronto com o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Alega que os juros calculados sobre a taxa Selic são inaplicáveis pois a taxa Selic não foi criada para fins tributários, citando, ainda, decisão do STJ a respeito.

Alega que ainda que admitida a cobrança de juros sobre a taxa Selic, os mesmos deveriam se limitar ao crédito tributário principal, não podendo ser exigido sobre a multa de ofício.

Alega que a exigência da CSLL sobre o lucro somente poderia ser exigida a partir de outubro de 1999, primeiro mês após a entrada em vigor da MP nº 1.858/1999, evidenciando a impropriedade do auto de infração.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração, determinando o cancelamento da exigência, bem como das penalidades e dos juros aplicados.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-17.479 (fls. 205-214) de 17/06/2008, por unanimidade de votos, julgou improcedente o lançamento nos termos representados em sua ementa a seguir transcrita:

“IRPJ ERRO NA DETERMINAÇÃO DO FATO GERADOR

A data fato gerador do IRPJ, no caso de disponibilização de lucros acumulados durante o ano de 2001, por efetiva distribuição ou por eventos que causem a disponibilização de lucros acumulados, é 31/12/2001, tornando improcedente o lançamento efetuado que considerou a data do fato gerador 31/12/2002.”

Contra a aludida decisão, nos termos do art. 34 do Decreto 70.235/72, a DRJ recorre de ofício a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar.

O recurso de ofício reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Acredito que a DRJ enfrentou adequadamente a questão. Por essa razão peço vênia para adotar aqui os seus fundamentos.

Destaca-se, de início, que os lucros auferidos no exterior, a teor do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Nessa esteira, a IN SRF nº 38/96, em seu art. 2º, estabeleceu que os lucros auferidos no exterior deverão ser 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.

A mesma IN SRF nº 38/96 considera disponibilizados os lucros pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior. Mais ainda; considera a citada norma 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.

A partir do ano-calendário de 1998, até o ano-calendário de 2001, passou a vigorar a Lei nº 9.532/97, que manteve a tributação dos lucros oriundos de controladas no exterior apenas quando disponibilizados à controladora no Brasil.

A MP nº 2.158/2001, em seu art. 74, estabeleceu que os lucros auferidos a partir de 2002 seriam considerados disponibilizados na data do balanço levantado pela

controlada. Com relação aos lucros acumulados até 31/12/2001, a disponibilização se daria em 31/12/2002 ou antes, caso houvesse antecipação.

Pelo exposto acima, resta claro que os lucros auferidos e não disponibilizados até 31/12/2001 deverão ser considerados disponibilizados, para fins tributários, em 31/12/2002, independente de sua efetiva disponibilização, salvo quando antecipado.

No caso em pauta, conforme evidenciam os documentos de fls. 258 a 277 (ata da empresa Anterior Consultoria e Investimentos LDA do dia 20/12/2001 (fls. 258/260), ata da empresa FCBB do dia 28/12/2001 (fls. 261/268) e Instrumento Particular de Contrato de Promessa de Cessão de Cota (fls. 270/277)), ocorreu distribuição parcial de lucros no dia 20/12/2001 e transferência total do controle da empresa Anterior para um dos sócios da empresa FCBB. Tais eventos anteciparam a data da disponibilização dos lucros, para efeito de tributação, para 31/12/2001.

Assim, é de se considerar que o auto de infração foi lavrado com data do fato gerador incorreta, o que torna imprestável a base legal do lançamento bem assim os cálculos efetuados para o levantamento do crédito tributário.

Nesse esteira, o erro quanto ao critério temporal de apuração do imposto leva, por consequência, ao erro quanto ao valor lançado, isto é, erro no valor do montante do tributo devido, vícios que ferem elementos essenciais do lançamento. Impõe-se, portanto, declarar sua nulidade.

Ressalte-se que não é cabível, nesta instância recursal, retificar a exigência para um valor que seria considerado correto, tendo em vista que tal procedimento somente seria admissível se estivesse diante de correção de valores decorrentes de manifesto erro material ou de reconhecimento de provas que resultassem no afastamento de parte da matéria tributável, uma vez que tais atos não implicariam em mudança dos critérios jurídicos que levaram à autuação.

No presente lançamento, entretanto, os erros apontados demandam não apenas uma mera correção de cálculo, mas a alteração da data do fato gerador adotado para se apurar a base de cálculo dos tributos o que, caso efetuado por este órgão julgador, consubstanciaria em inadmissível inovação.

Dessa forma, independentemente da análise do mérito da autuação, há que se observar que o lançamento em análise padece de vício insanável, relacionado ao aspecto temporal do fato gerador, violando o disposto nos artigos 142 e 144 do CTN.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de ofício apresentado.

Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2010

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

CÓPIA